SAGGI
ITINERARI
per la storia del pensiero giuridico moderno
ARCHIVIO APERTO

Pietro Costa

Saggi di storia della cultura giuridico-politica

IX. Diritto e interpretazione

Lefebvre Giuffrè

ArchiviO APERTO

SAGGI ITINERARI

per la storia del pensiero giuridico moderno

Pietro Costa

Saggi di storia della cultura giuridico-politica

IX. Diritto e interpretazione

Lefebvre Giuffrè

ISBN 9788828881056

Quaderni fiorentini A*rchivi*O_APERTO_saggi-itinerari
Centro di studi Paolo Grossi per la storia del pensiero giuridico moderno

Pietro Costa, *Saggi di storia della cultura giuridico-politica*.
IX. *Diritto e interpretazione*
Open Access Publication
DOI 10.69134/QFArchiviO_24_10
https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_10

FSC

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2025
Via Monte Rosa, 91 - 20149 MILANO - www.lefebvregiuffre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

PREFAZIONE

È tradizione diffusa che uno studioso raccolga i suoi saggi, scritti in un lungo arco di tempo e dispersi nelle più varie riviste e opere collettanee. È una tradizione che intendo seguire. Non posso escludere che ad aderire a essa mi solleciti un inconfessato narcisismo, ma confido che la motivazione prevalente sia un'aspettativa più disinteressata: l'aspettativa che rendere agevolmente disponibili scritti difficilmente accessibili contribuisca (sia pure in modo infinitesimale) allo scambio delle idee e allo sviluppo della ricerca.

In questa prospettiva, appare molto promettente una delle risorse messe a disposizione dalla 'rete': la possibilità di pubblicare i risultati delle proprie ricerche in 'open access', affidandoli a testi cui il lettore accede senza vincoli e restrizioni. Mi sembra quindi quanto mai opportuno che il Centro di studi dell'università di Firenze (dedicato alla storia del pensiero giuridico moderno) abbia deciso di creare al suo interno una Sezione che reca il significativo nome di Archivio aperto. Questa Sezione, infatti, è programmaticamente interessata a ospitare documenti diversi per struttura (volumi compiuti ma al contempo liberamente rivedibili e trasformabili, non meno di progetti di ricerca, di interventi puntuali, di scritti in itinere) e tuttavia accomunati dall'obiettivo di facilitare e incrementare il dialogo endo- ed interdisciplinare.

Ospitata nella nuova sezione del Centro fiorentino, la raccolta dei miei saggi vede la luce come un insieme di testi liberamente fruibili dai visitatori del sito e organizzati nella forma dell''auto-archiviazione'. La raccolta degli scritti, infatti, è, sì, organizzata in undici 'volumi', ma ciascuno di essi è, più che un vero e proprio 'libro', piuttosto un 'archivio': un assemblaggio di testi, che può essere, nel corso del tempo, modificato, incrementato, alleggerito, con una libertà e facilità di intervento improponibili per un 'libro' (anche in versione digitale).

I saggi sono 'archiviati' senza alcuna modifica (né nel testo né nelle

note) rispetto alla loro versione originaria. Di ciascun saggio vengono indicati gli estremi bibliografici della prima pubblicazione. Ciascuno dei volumi (più esattamente, dei 'volumi-archivio') è corredato da un contrassegno DOI, che lo rende perfettamente individuato e inconfondibile.

Proprio perché i 'volumi-archivio' sono strutturalmente aperti e modificabili, sono gradite le proposte e i suggerimenti che i volenterosi 'utenti' vogliano proporre per favorire la fruibilità della raccolta. Per quanto riguarda i suoi contenuti, invece, ho rinunciato a qualsiasi velleità di revisione e miglioramento: posso soltanto ripetere (con il famigerato procuratore romano) "quod scripsi, scripsi" e affidarmi all'indulgenza dei lettori.

INDICE GENERALE

Vol. I - Scritti metastoriografici

Vol. II - Storie di concetti: cittadinanza

Vol. III - Storie di concetti: diritti

Vol. IV - Storie di concetti: ordine, conflitti

Vol. V - Storie di concetti: sovranità

Vol. VI - Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario

Vol. VII - Storie di concetti: popolo, nazione, rappresentanza

Vol. VIII - La pena di morte

Vol. IX - Diritto e interpretazione

Vol. X - Secolarizzazione, storia della storiografia, diritto e arti

Vol. XI - Ritratti

Volume IX
DIRITTO E INTERPRETAZIONE

INDICE DEL VOLUME

DISCORSO GIURIDICO E IMMAGINAZIONE. IPOTESI PER UN'ANTROPOLOGIA DEL GIURISTA

1. Conoscenza vs. immaginazione: un cenno introduttivo 1
2. Il paradigma 'logicistico-positivistico' e la sua crisi 2
3. Un dilemma per il giurista: il sapere giuridico fra conoscenza 'rigorosa' e interpretazione 'creativa' 5
4. I giuristi 'in azione': ipotesi ed *exempla.* 14
   4.1. 'Immaginare' il testo: il caso dei giuristi medievali 15
   4.2. 'Immaginare' l'oggetto: esempi ottocenteschi 19
   4.3. 'Immaginare' il diritto: il giurista e il legislatore 25
5. Conoscere, immaginare, progettare 26

IUS COMMUNE, IUS PROPRIUM, INTERPRETATIO DOCTORUM: IPOTESI PER UNA DISCUSSIONE

. 31

I 'PADRONI DELLA LEGGE'. LEGGE, INTERPRETAZIONE, LIBERTÀ NELL'ILLUMINISMO GIURIDICO

1. Cenno preliminare 45
2. Legge e interpretazione 46
3. Legge e libertà 58
4. L'illuminismo giuridico e la sua problematica eredità 68

L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE: FRANÇOIS GÉNY E LA CULTURA GIURIDICA ITALIANA FRA OTTOCENTO E NOVECENTO

1. Avvertenza preliminare 73
2. Gény: il 'metodo tradizionale' e le risorse dell'interpretazione 74
3. Il 'metodo tradizionale' in Italia 89
4. Dal 'metodo tradizionale' al metodo storico-evolutivo 97
5. Le 'lacune del diritto' come problema ermeneutico: il contributo di Donato Donati 117

6. Verso un'impostazione del problema ermeneutico: il primo ventennio del Novecento 122
7. I 'principi generali del diritto' come problema ermeneutico 128
8. La filosofia dell'interpretazione 'creativa': il neoidealismo italiano 137
9. La 'logica' dell'interpretazione giurisprudenziale: il dibattito degli anni Trenta 149
10. Verso una teoria generale dell'interpretazione giuridica 160
11. Dall'interpretazione giuridica alla teoria generale dell'interpretazione: Emilio Betti 169
12. Dalla 'interpretazione del diritto' alla 'interpretazione dei giuristi':Tullio Ascarelli 179
13. Cenni conclusivi 186

L'ALTERNATIVA 'PRESA SUL SERIO': MANIFESTI GIURIDICI DEGLI ANNI SETTANTA

1. Perché gli anni Settanta? 189
2. Perché la "giurisprudenza alternativa"? 190
3. Il prologo negli anni Sessanta: interpretazione giuridica e ruolo del giudice 192
4. Il prologo negli anni Sessanta: i giuristi immaginano il mutamento sociale . 197
5. Le sorprese del 1968: i giuristi scoprono una "nuova" conflittualità . . . 200
6. I primi anni Settanta: il dispiegarsi dell'"alternativa" 202
7. Il programma della "giurisprudenza alternativa": gli obiettivi e i presupposti 205
8. Il programma della "giurisprudenza alternativa": il primato della Costituzione 211
9. Il giudice "alternativo": Hercules o Herbert? 213
10. Alternative all'"alternativa" 217
11. I tardi anni Settanta: l'esaurimento del programma "alternativo" 220
12. L'alternativa "presa sul serio" 226

NOTA A « L'ALTERNATIVA 'PRESA SUL SERIO': MANIFESTI GIURIDICI DEGLI ANNI SETTANTA » 229

DISCORSO GIURIDICO E IMMAGINAZIONE. IPOTESI PER UN'ANTROPOLOGIA DEL GIURISTA (*)

1. *Conoscenza vs. immaginazione: un cenno introduttivo.*

Il discorso giuridico e l'immaginazione. Associare, in qualche modo, i due termini è un'operazione che genera nell'interlocutore forse ancora una qualche sorpresa: la sorpresa di un accostamento fra termini evidentemente incompatibili. Per il nostro senso comune, insomma, è il poeta o il romanziere, e non certo il giurista, e nemmeno lo 'scienziato', che può essere definito come un uomo dotato di 'immaginazione'. Perché questa distinzione di ruoli e di facoltà sembra così ovvia?

Credo che la risposta vada cercata nel permanere di una 'mentalità', che collega l'attività logico-razionale alla conoscenza della 'realtà' e attribuisce all'immaginazione il compito di superare, di andare oltre, la 'realtà'. Il soggetto che conosce è il 'contabile' della 'realtà', il soggetto che immagina è il soggetto 'creativo', che inventa, che produce la 'cosa che non è', che escogita forme, organizza racconti intorno ad un oggetto che è definito proprio dalla sua costitutiva contrapposizione alla realtà. Conoscenza della realtà e immaginazione appaiono facoltà e operazioni naturalmente distinte o addirittura contrapposte.

Ora, questa opposizione apparentemente ovvia è in realtà solo l'esito di un intricato processo storico-culturale, di cui posso qui indicare solo quella che mi sembra la direzione di fondo: almeno a partire dall'illuminismo ha operato con crescente successo una tendenza che ha infranto

---

(*) Il testo è l'elaborazione di una relazione letta in un seminario, del maggio 1993, dedicato a "Las pasiones del jurista", organizzato da Carlos Petit e Antonio Serrano nella Facultat de Dret della Universitat Autònoma de Barcelona.

Orig. in « Diritto pubblico », I, 1995, pp. 1-34.

l'antico ideale dell'unitarietà del soggetto per dar forma ad antinomie che investono direttamente il nostro problema: logica\immaginazione, ragione\passione, scienza\arte, realtà\invenzione.

Proviamo a leggere verticalmente il secondo termine delle opposizioni: l'immaginazione si associa sempre più decisamente a passione, arte, invenzione e prende le distanze dal dominio della ragione, della scienza, della realtà. Ciascun termine di ciascuna coppia si definisce per opposizione: il campo semantico di ragione (di scienza, di logica) è delimitato, 'dall'esterno', dall'area di significato del termine opposto. Ragione, logica, scienza, realtà, da un lato, immaginazione, passione, arte, invenzione, dall'altro lato, si fronteggiano ormai come chiavi di accesso a mondi necessariamente collegati *perché* opposti. È sullo sfondo di queste costitutive dicotomie che si collocano le credenze epistemologiche che la cultura moderna, nel suo ormai secolare sviluppo, ci ha lasciato in eredità.

2. *Il paradigma 'logicistico-positivistico' e la sua crisi.*

Di questa complessa vicenda vorrei tentare di raccogliere, in una sintesi troppo concentrata per non essere temeraria, alcune idee-guida che hanno trovato una conclusiva sistemazione nel clima culturale del positivismo tardo-ottocentesco e nel ben più sofisticato neopositivismo della prima metà del nostro secolo, sullo sfondo degli straordinari successi delle scienze fisico-naturali.

In primo luogo, il discorso di sapere è tale in quanto organizzato in termini rigorosamente logico-dimostrativi. Si pensi al fascino di cui il modello geometrico-matematico di argomentazione gode a partire da alcune grandi opere 'inaugurali' della modernità (da Hobbes a Spinoza) fino alle recenti esercitazioni neopositivistiche: ciò che si vuole conquistare per ogni discorso di sapere, per la filosofia, l'economia, il diritto, è uno statuto di solidità, di fondatezza epistemologica che coincide con il rigore deduttivo delle argomentazioni.

In secondo luogo, il discorso di sapere, in quanto discorso 'scientifico', deve presentarsi come empiricamente verificabile: l'appello ai fatti, il nesso stringente e diretto che si vuole istituire fra teoria e realtà, è la seconda, decisiva garanzia della 'scientificità', della pretesa di verità, del discorso.

In terzo luogo, in termini 'negativi', occorre che il discorso di sapere, in quanto discorso 'scientifico', *non* sia segnato da elementi che in qualche modo lo riconducano al mondo della passione, della valu-

tazione, dell'immaginazione. Solo in quanto liberato da ogni materiale 'impuro', il discorso di sapere può assumersi come scientificamente fondato, quindi come produttivo di verità. Proprio per questo il rigore logico-dimostrativo del discorso sembra incompatibile con il carattere 'equivoco', con i cortocircuiti della metafora. La metafora appare come la più pericolosa intromissione, nel puro mondo descrittivo-dimostrativo della scienza, di un mondo 'altro', definibile *per oppositionem*: da un lato, ancora, la logica, la scienza, la percezione diretta e tendenzialmente univoca del reale; dall'altro lato, i procedimenti metaforici, le invenzioni stilistiche, il dispiegarsi dell'immaginazione, il dominio dell'arbitrario, del suggestivo, dell'indimostrabile.

È sulla base di queste coordinate generali che si viene costituendo il paradigma che vorrei dire, per intendersi, logicistico-positivistico, o più semplicemente, scientista. Esso implica in sostanza una teoria *forte* della conoscenza scientifica e una teoria *debole* della soggettività. Per quanto riguarda la conoscenza scientifica, infatti, esso include almeno i seguenti corollari: *a*) la scienza è, sia pure asintoticamente, produttiva di verità in quanto capace di conoscere la realtà 'oggettivamente', per quello che è; *b*) la conoscenza scientifica è oggettiva in quanto fondata sui procedimenti della logica e sulla osservazione dei fatti; *c*) i fatti si offrono per chiunque come direttamente osservabili e constatabili. Per quanto riguarda il ruolo del soggetto nel processo conoscitivo, però, il paradigma positivistico impone che la soggettività scompaia non appena inizia il discorso della scienza: la soggettività viene intesa come una vestaglia da casa che può, che deve, essere dismessa non appena si indossano gli abiti solenni e pubblici della scienza. La proclamazione dell'avalutatività, dell'oggettività, dell'impersonalità, della descrittività della scienza, l'enfatizzazione della sua assoluta rilevanza gnoseologica procedono insieme alla corrispettiva minimizzazione della 'soggettività' dei soggetti, quindi anche degli 'scienziati', alla pretermissione del loro necessario e integrale radicamento storico-sociale e istituzionale. La storicizzazione della scienza entro il paradigma scientista diviene semplicemente la raffigurazione di un percorso unidirezionale verso la verità, quasi la traduzione epistemologica dell'idea (paleo-positivistica) di 'progresso'.

Ora, come tutti sanno, il paradigma logicistico-positivistico è entrato in anni recenti in una crisi radicale. Il dibattito sviluppatosi

all'interno della tradizione epistemologica (1), per un verso, il crescente successo della riflessione ermeneutica (2), per un altro verso, si sono incontrati nella confutazione delle principali idee-guida del paradigma positivistico e hanno sollecitato a cogliere nessi rilevanti fra quei mondi che il positivismo voleva tranquillamente separabili: fra il mondo del soggetto (il mondo delle passioni, degli schemi valutativi, del radicamento situazionale del soggetto) e le operazioni conoscitive che egli viene compiendo; fra logica 'stretta' e metafora; fra descrizione e costruzione; fra asserzione e valutazione; fra dimostrazione e retorica. In questa prospettiva, non esistono quindi, da un lato, i fatti e, dall'altro lato, l'osservazione 'pura' di essi: ogni osservazione è *theory laden*, è resa possibile, e necessariamente plasmata, dai costrutti teorici, dal linguaggio, dalla cultura, dall'identità soggettiva dell'osservatore. I discorsi di sapere non intrattengono mai un rapporto diretto e mimetico con la realtà: non la riproducono per quella che è, ma intervengono selettivamente sui dati dell'esperienza, li ripropongono in forma volta a volta diversa, in un processo dove descrizione e costruzione sono inestricabilmente congiunti. E allora: organizzare un discorso intorno ad un oggetto è un'attività complessa che non si esaurisce nella rappresentazione di qualcosa di già dato, ma procede attraverso un *mélange* dei materiali più diversi, dove dimostrazioni rigorose procedono insieme ad associazioni metaforiche in un intreccio non risolubile. In questa prospettiva, il rapporto fra logica e immaginazione sembra perfettamente rovesciato rispetto al paradigma positivistico: se una qualche distinzione fra i due concetti può forse reggere ancora sul piano psicologico o antropologico, sul piano dell'analisi dei discorsi, e in particolare dei discorsi di sapere, al divieto positivistico di pensare una possibile unità di fondo fra discorsi che si danno per opposti sembra essersi sostituita semmai la difficoltà postpositivistica a mantenere in vigore, per quei discorsi, un qualche criterio di distinzione.

---

(1) Cfr. V. Villa, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milano, Giuffrè, 1984; D. Zolo, *Scienza e politica in Otto Neurath. Una prospettiva post-empiristica*, Milano, Feltrinelli, 1986.

(2) Per una storia generale dell'ermeneutica cfr. M. Ferraris, *Storia dell'ermeneutica*, Milano, Bompiani, 1988. Per l'innesto della riflessione ermeneutica sul pensiero giuridico cfr. G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990; P. Nerhot (a cura di), *Law, Interpretation and Reality*, Dordrecht\Boston\London, Kluwer Academic Publishers, 1990; P. Nerhot, *Il diritto, lo scritto, il senso*, Ferrara, Corso ed., 1992.

3. *Un dilemma per il giurista: il sapere giuridico fra conoscenza 'rigorosa' e interpretazione 'creativa'.*

In che modo questa vicenda, di cui ho sommariamente richiamato alcuni aspetti, si è riflessa sulla cultura giuridica nel corso del suo sviluppo? Credo che il problema debba in realtà articolarsi in due domande distinte, dando luogo a due possibili 'racconti' storiografici.

La prima domanda è la seguente: in che modo i giuristi hanno fatto proprio il paradigma logicistico-positivistico, in che modo i giuristi hanno tradotto nel loro specifico discorso la parabola di un sapere che si vuole rigorosamente logico, descrittivo, vero, 'scientifico' e quindi sottratto, per definizione, alle seduzioni del metaforico, del mitologico, alle invenzioni 'irrealistiche' dell'immaginazione? E infine: in che modo, e quando, i giuristi, anche i giuristi, si sono distaccati, se si sono distaccati, dal paradigma logicistico-positivistico per accogliere le suggestioni di un paradigma diverso?

Questa serie di domande appartiene al settore forse più coltivato dagli storici del pensiero giuridico e della filosofia del diritto: il settore delle teorie, delle filosofie, delle metodologie intorno al sapere giuridico. Ciò che in questo ambito di studi si vuole raccontare è ciò che un giurista, o un gruppo di giuristi, ha detto di fare o di voler fare producendo un discorso che veniva presentato, e veniva riconosciuto, come giuridico. Che cosa sia il sapere giuridico, se esso sia, e a quali condizioni, 'scienza', se esso escluda o includa procedimenti 'non-logici', sono domande che, in questa ipotesi di racconto storiografico, rivolgiamo, per così dire, direttamente al giurista del passato: è intorno alle risposte esplicite e dirette del giurista del passato che noi organizziamo questo tipo di racconto storiografico.

Che racconto storiografico possiamo, in questa linea, prefigurare? Non posso ovviamente impegnarmi in una narrazione distesa. Posso solo ipotizzare le scansioni principali di un simile racconto, che peraltro è largamente noto. È un racconto che indica come proprio antefatto la crisi della *interpretatio iuris* nell'Europa del diritto comune e pone come presupposti essenziali della vicenda le codificazioni ottocentesche, da un lato, la rilettura 'pandettistica' del diritto romano, dall'altro lato. I tipi di pensiero giuridico che ne derivano sono sensibilmente diversi, se non opposti, ma finiscono per incontrarsi almeno in un punto: finiscono per pensare in modo simile il giurista, il suo ruolo professionale, la sua legittimazione sociale; finiscono per presentare in modo simile il discorso giuridico, la sua logica, la sua funzione.

Il discorso giuridico viene presentato come un discorso di sapere direttamente produttivo di verità. Il discorso giuridico, come qualsiasi altro discorso di sapere, nella misura in cui rispetti gli *standards* della descrittività, avalutatività, stretta consequenziarietà, oggettività, impersonalità, astrattezza, generalità, è un discorso che si ritiene capace di cogliere, senza mediazioni e incertezze, la realtà, la realtà del diritto, il diritto come 'realmente' è, qualunque cosa si intenda volta a volta con questa espressione: il diritto come 'norma sociale', il diritto come 'sistema di norme', il diritto come 'volontà del legislatore'.

Naturalmente, non ogni discorso giuridico è chiamato a dire la verità, ed è in grado di dirla, ma lo è solo quel discorso che, per le sue caratteristiche di astrattezza, impersonalità, descrittività, 'scientificità', si ponga, 'sine ira et studio', come puro specchio riflettente di fronte all'oggetto: non ogni discorso giuridico, quindi, ma il discorso giuridico come discorso di sapere, il discorso giuridico come prodotto proprio ed esclusivo del giurista accademico è il discorso che rispecchia, che riproduce duplicato in se stesso, il diritto quale esso 'oggettivamente' è. L'enfatizzazione delle prestazioni cognitive 'pure' del discorso giuridico e la celebrazione del ruolo professionale del giurista accademico si sorreggono a vicenda e costituiscono la traduzione, nel mondo della cultura giuridica, del paradigma logicistico-positivistico — e in tutta questa vicenda sarà anche da tener presente, come ci ha mostrato Schiera (3) il gioco combinato del ruolo 'costituente' dell'Università e della formazione delle *élites* politiche e sociali nei vari Stati nazionali.

Il giurista accademico presenta dunque il discorso di sapere giuridico come capace di cogliere il diritto per quello che realmente è. Nel momento però in cui, per questa via, il discorso di sapere giuridico viene ad *includere* la rappresentazione del diritto per quello che *è*, esso viene ad *escludere* la considerazione di ciò che il diritto *non è* perché non è *ancora*. L'attribuzione al discorso di sapere giuridico del 'potere' della verità, l'enfatizzazione della sua capacità di riflettere, nello specchio della 'pura' logica e della disinteressata descrittività, la forma giuridica del reale, esige la proibizione, per esso, della facoltà di inventare, usiamo pure la parola, di immaginare: di immaginare, accanto ed oltre al diritto che è, il diritto che può essere; di immaginare, dentro ed oltre il diritto che è, il diritto che diviene. Diamo un nome

(3) P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino, 1987.

a questi due itinerari possibili dell'immaginazione giuridica e troveremo, da un lato, la politica, dall'altro lato, l'interpretazione.

Di fronte alla dimensione politica il giurista fedele al paradigma logicistico-positivistico assume una posizione di netta chiusura: al discorso giuridico è possibile attribuire elevate prestazioni cognitive in quanto lo si presenti come sottratto al dominio, soggettivo, incontrollato, 'dispotico', della politica. Presentare il discorso di sapere giuridico come non politico non è una civetteria accademica, ma una scelta obbligata, dato il paradigma condiviso: il discorso di sapere, quindi anche il discorso di sapere giuridico, è produttivo di verità in quanto, per un verso, si sottrae al mondo imprevedibile, incontrollabile, della soggettività che, messa in parentesi nel rigoroso argomentare del giurista, è libera di esprimersi senza freni nel campo della perorazione politica e, per un altro verso, rappresenta il proprio oggetto per quello che 'necessariamente' è, e non per quello che si vorrebbe che fosse. Fondare l'efficacia cognitiva del discorso di sapere giuridico è possibile, insomma, entro il paradigma logicistico-positivistico, solo a patto di fermare alle soglie di quel discorso le pretese della soggettività e le tentazioni della progettualità. Nel momento in cui ci si attende che il discorso giuridico dica la verità sul diritto che è, si pretende che esso escluda attese, previsioni, desideri, appunto, progetti, sul diritto che potrebbe essere.

Più complessa, e forse più interessante, è la posizione che il giurista, entro il paradigma logicistico-positivistico, deve assumere di fronte all'interpretazione. L'interpretazione è oggetto di attenzione da sempre da parte del discorso di sapere giuridico proprio perché essa è una operazione costitutiva dell'esperienza giuridica, almeno per le società dove l'organizzazione normativa dipende, almeno in parte, dal riferimento a testi giuridici scritti. Nello stesso tempo, però, l'interpretazione è un'operazione che, forse più di ogni altra, tende continuamente a sfuggire di mano al discorso di sapere, in più sensi: in primo luogo, essa evoca figure professionali diverse dal *doctor iuris*, siano queste l'avvocato, il notaio, il giudice, e pure impegnate in una quotidiana attività di decifrazione di testi giuridico-autoritativi; in secondo luogo l'interpretazione giuridica può certo interrogare i testi normativi 'come tali', ma assai più spesso raggiunge i testi muovendo da una situazione precisa, un'azione trasgressiva, un'interazione conflittuale, e torna alla situazione, al 'caso', per suggerire (imporre) una qualche ipotesi di soluzione del conflitto. L'interpretazione, insomma, per un verso, si apre spontaneamente al mondo della pratica, delle pratiche

giuridiche e sociali (è anzi, se si vuole, essa stessa un insieme di pratiche socio-giuridiche diverse); per un altro verso, tende a individualizzarsi, a concentrarsi sul 'qui ed ora', a esaltare le diversità, le sorprese, le anomalie.

Si comprende allora come per il discorso di sapere giuridico di impronta logicistico-positivistico la dimensione ermeneutica fosse certo irrinunciabile, ma nello stesso tempo pericolosa: porre l'interpretazione al centro dell'esperienza giuridica avrebbe potuto mettere in questione le prestazioni cognitive attribuite al sapere giuridico e avrebbe potuto indurre a ridimensionare l'importanza del sapere 'astratto e generale', quindi il ruolo professionale dei giuristi accademici.

Vi sono almeno due punti nodali sui quali la dimensione ermeneutica esercita, per così dire, una pressione insostenibile per il paradigma logistico-positivistico.

Il primo punto ha a che fare con la forma, con lo stile, con l' 'ordine' del discorso di sapere: se infatti l'interpretazione si concentra intorno a 'casi', situazioni determinate, problemi specifici, lo stile argomentativo più congeniale ad essa sembra divergere non poco da quell'ideale di 'scientificità' e 'sistematicità' che ormai, al culmine di un processo plurisecolare, è divenuto il vanto della cultura giuridica universitaria; discorso di sapere ed ermeneutica insomma si dispongono in un rapporto di latente tensione così come il ragionamento per problemi si contrappone, come è stato detto, alla deduzione dai principî, così come la topica si oppone alla sistematica.

Il secondo punto ha a che fare con la 'forma del contenuto', con le caratteristiche cognitivo-culturali del discorso di sapere giuridico: se l'interpretazione procede (e non può procedere diversamente) leggendo i testi giuridico-autoritativi a partire dalla soggettività dell'interprete e dal contesto socio-istituzionale in cui egli opera, se essa insomma 'riscrive' i testi interpretati per il 'qui ed ora' del presente, l'operazione ermeneutica tende ad attivare una diversa concezione della temporalità, tende ad iscrivere l'oggetto giuridico in un orizzonte temporale che non è più quello postulato dal discorso di sapere giuridico perché, a differenza di questo, prende sul serio il movimento e non la fissità, persegue non già la contemplazione dell'ordine che è, ma l'invenzione di un equilibrio che (ancora) non è.

Ritroviamo allora, sul terreno della cultura giuridica, quel campo di tensioni non risolubili che appaiono così singolarmente costitutive della modernità: se una linea continua collega conoscenza, logica, scienza, oggettività, realtà, un'analoga, ed opposta, linea continua dovrà unire

l'immaginazione con la 'sfrenata' soggettività, con l'invenzione, con l'arte, con il superamento del dato, con l''irrealtà'. È questo il gioco opposizionale che la cultura giuridica di ispirazione logicistico-positivistica si trova di fronte ed è questo il gioco che essa ripropone sul suo proprio terreno. Il discorso di sapere giuridico presenterà quindi se stesso come veicolo di conoscenza, come 'scienza' di ciò che l'ordine giuridico-normativo realmente è (oppure: di ciò che la realtà è come ordine giuridico-normativo); nello stesso movimento, però, dovrà anche segnare con intransigenza il confine che separa il dominio della scienza dalla sua zona d'ombra: la zona della soggettività, del movimento, della problematicità, della progettualità; appunto, la zona dell'interpretazione e della politica.

Ora, l'operazione di illuminare alcuni tratti d'esperienza e insieme sospingerne altri nel cono d'ombra proiettato dalla sorgente luminosa prescelta non è mai una operazione semplice, se non altro perché escludere un oggetto dalla piena 'visibilità' richiede sempre e comunque un qualche 'pensiero' dell'oggetto escluso e dei suoi sotterranei rapporti con l'area trattenuta in piena luce. Questa operazione, poi, si preannunzia particolarmente complicata per la cultura giuridica: perché la dimensione ermeneutica e la dimensione progettuale si sono da sempre, e nei modi più vari, intrecciate con l'attività quotidiana del giurista, divenendo parte integrante del suo ruolo.

Occorre allora che la cultura giuridica di ispirazione logicistico-positivistica collochi in un'area di discreta visibilità l'ermeneutica e insieme ne neutralizzi i possibili, subliminali effetti 'inquietanti'. La risposta alle potenzialità 'eversive' dell'ermeneutica è varia ed articolata, ma può riassumersi in alcuni principi-guida: *a*) l'enfatizzazione del sapere giuridico come sapere generale ed astratto; *b*) la relegazione dell'ermeneutica a *scientia inferior*, comunque l'attribuzione ad essa di un ruolo propedeutico e settoriale; *c*) l'idea della trasparenza del testo e dell'interpretazione come enucleazione del senso 'vero' del testo; *d*) corrispettivamente, la minimizzazione del ruolo della soggettività nel processo interpretativo; *e*) la convinzione dell'autonomia (dell'autosufficienza, della completezza, della non contraddittorietà) dei testi legislativi e del carattere 'dichiarativo' dell'interpretazione; *f*) la tesi del carattere logico-sillogistico dell'interpretazione e dell'applicazione giurisprudenziale del diritto; *g*) la rigida gerarchizzazione delle diverse componenti dell'esperienza giuridica, che pone al vertice il *Professorenrecht* e prefigura come rigidamente dipendente da questo il mondo delle pratiche giuridiche.

Per questa via, l'ermeneutica viene accolta entro il paradigma logicistico-positivistico, ma nello stesso tempo vengono 'oscurate' in essa quelle componenti che il paradigma condiviso deve considerare incompatibili: la soggettività, il movimento, la progettualità.

È a questo punto, e sulla base di queste premesse, che si apre il secondo capitolo del racconto storiografico che sto tentando di ipotizzare o immaginare. È un capitolo che, a voler forzare le tinte, sembra già scritto, già contenuto *in nuce,* in ciò che il paradigma logicistico-positivistico ha incluso e, soprattutto, escluso. In realtà, gli itinerari storico-culturali sono, come sempre, assai più spezzati, incerti, frammentari di quanto qualsiasi gioco combinatorio lascia supporre, ma nel mio abbozzo o schema di racconto devo limitarmi ad alcuni snodi essenziali.

Ora, gli snodi, i temi principali del racconto nella sua 'parte seconda' sono, per l'appunto, quelle idee di soggettività, di movimento, di progettualità che il paradigma logicistico-positivistico aveva escluso nel momento in cui si strutturava nei suoi termini costitutivi. Si avvia così, fra la fine del secolo scorso e l'inizio del nostro, un lungo processo di revisione che in svariatissimi modi richiama l'attenzione sulla zona d'ombra proiettata dal paradigma fino ad allora unanimemente condiviso. Proprio per questo, proprio perché i 'revisionisti' fanno leva sugli aspetti oscurati od esclusi dalla cultura giuridica dominante, la loro strategia di attacco passa attraverso le strade già indicate dalla cultura 'tradizionale', ma le percorre, per così dire, a ritroso. Se era dunque la dimensione ermeneutica il terreno sul quale il paradigma logicistico-positivistico aveva messo alla prova la propria 'tenuta', è di nuovo sul terreno ermeneutico che si tenta di introdurre una diversa, o addirittura opposta, regola del gioco. Vengono rovesciati molti degli assiomi che costituivano l'impalcatura della teoria logicistico-positivistica dell'ermeneutica, che permettevano di preservare la centralità del discorso di sapere, il suo alto valore cognitivo, il suo carattere astratto e generale, la sua pretesa di stretta consequenziarietà. Inizia quella lunga 'rivolta contro il formalismo' (4) che, sul fronte della cultura giuridica, individua numerosi obiettivi polemici: viene messa in questione, volta a volta, l'idea dell'autosufficienza, della completezza, della non contraddittorietà, del sistema normativo; viene discussa la concezione del discorso di sapere giuridico come discorso puramente logico; viene respinta la

(4) L'espressione è di M. WHITE, *La rivolta contro il formalismo*, Bologna, Il Mulino, 1956.

tesi del carattere 'meccanico', puramente sillogistico, dell'interpretazione ed applicazione giurisprudenziale del diritto; vengono insomma sottoposti ad una critica serrata diversi aspetti del paradigma sino ad allora condiviso, ma soprattutto viene assunto come punto di riferimento e centro di irradiazione delle critiche settoriali proprio uno dei temi centrali gettati nell'ombra dal paradigma logicistico-positivistico: il tema della soggettività. Il tema del soggetto, il ruolo 'creativo' del giurista, del giurista accademico, soprattutto del giudice, il carattere necessariamente 'creativo' dell'interpretazione tornano sempre di nuovo come i punti di forza, i sostegni principali di una tendenza che si vuole duramente ed intransigentemente opposta alla cultura giuridica dominante. Con il secondo Jhering, con Gény, con Kantorowicz, con gli illustri od oscuri ripetitori del verbo antiformalista in Germania come in Francia o in Italia, la parola-guida della 'creatività' del soggetto è un'espressione che attraversa movimenti culturali e contesti storici anche notevolmente diversi: che vanno, tanto per esemplificare, dall'eclettismo a sfondo neogiusnaturalista di Gény al positivismo dei giuristi italiani di fine secolo, alle venature irrazionalistiche del giusliberismo 'estremo', alle speculazioni neoidealistiche della filosofia del diritto degli anni Venti e Trenta (5).

Ora, quale è il senso della nuova, antiformalistica celebrazione del soggetto e della sua 'creatività'? Che cosa si intende esattamente con questa espressione? Il campo semantico di creatività si estende, per così dire, fra due estremi: da un lato il soggetto, dall'altro lato ciò che viene concepito come opposto e resistente al soggetto, il dato, l'oggettività, la realtà. Il soggetto 'creativo' è il soggetto che va oltre il dato, che lo nega trascendendolo, un soggetto che non intrattiene un rapporto mimetico o meramente riproduttivo nei confronti della realtà, ma inizia un percorso che lo porta oltre l'oggettività del dato, oltre la mera descrizione dell'esistente. Sapere poi quali siano le caratteristiche del mondo 'altro' a cui il soggetto 'creativo' si apre è meno importante del movimento che porta verso di esso, del mondo di possibilità che si offre al soggetto non appena esso si dispone 'creativamente' di fronte all'esperienza.

---

(5) Su Gény cfr., da ultimo, il numero monografico dedicatogli dalla rivista « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XX, 1991. Sul giusliberismo in generale cfr. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967. Sulla filosofia giuridica del neoidealismo cfr. A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 1974.

Affermare la preminenza del soggetto; trascendere l'oggetto, il dato, la realtà; superare gli angusti confini del ragionamento meramente logico; inventare alternative; quali altri se non questi sono i contenuti che la nostra odierna enciclopedia, il nostro linguaggio corrente attribuisce all'immaginazione? L'immaginazione emerge allora, nel vivo della rivolta contro il formalismo, come una dimensione antropologica attribuibile al giurista e, insieme, come la connotazione essenziale della sua attività professionale: è il giurista, e soprattutto il giudice, che, nel momento in cui interroga il diritto esistente per applicarlo, scopre di non potere individuare la 'norma del caso singolo' semplicemente deducendola da norme già date, si rende conto di stare compiendo un'opera non di registrazione, di recezione, di ciò che già esiste, ma di invenzione di qualcosa che prende ad esistere nel 'qui ed ora' del procedimento giurisprudenziale. L'immaginazione come dimensione costitutiva del giuridico emerge dunque in piena luce proprio sul terreno dell'ermeneutica; ed emerge insieme al corredo che 'naturalmente' (storicamente) la caratterizza: il ruolo della soggettività, la tematizzazione del movimento, il superamento del dato. È di fronte al problema dell'interpretazione, del suo ruolo, delle sue modalità, che il paradigma logicistico-positivistico aveva collaudato la sua capacità di riportare ogni aspetto dell'attività del giurista al nesso scienza-logica-oggettività-realtà. È attraverso una drastica revisione dell'ermeneutica 'formalistica' che l'immaginazione acquista diritto di cittadinanza e indica come linea di sviluppo dell'attività giuridica, in particolare dell'attività giurisprudenziale, il nesso soggettività-invenzione-mutamento.

Scienza\ immaginazione, oggettività\soggettività, descrizione\inve nzione: ritroviamo allora, dopo un lungo giro, anche sul terreno del giuridico, lo stesso gioco di opposizioni che interessa a fondo, ben al di là dell'universo giuridico, la cultura, e la sensibilità diffusa, otto-nove centesca.

In questo gioco di opposizioni, non si assiste tanto ad una definitiva *Verdrängung* dell'immaginazione e dei suoi prodotti, all'avvento di un razionalismo compiuto e pacificato, quanto al riproporsi di un'opposizione binaria fra termini nessuno dei quali sembra capace di funzionare durevolmente da solo: perché ciascuno di essi trae senso dall'altro, è definito (delimitato nel suo campo semantico) dall'altro, sia che il primo operi *in absentia* o *in praesentia* del secondo. La scoperta dell'immaginazione, e dei temi attratti nel suo campo semantico, sempre di nuovo annunciata e conclamata dal variopinto esercito degli

'antiformalisti', tende a concentrarsi sul terreno dell'ermeneutica e in particolare sulla rappresentazione dell'attività giurisprudenziale, ma stenta a presentarsi come un punto di vista capace di sostituirsi integralmente al precedente. La scoperta dell'immaginazione, la linea, per intendersi, immaginazione-soggettività-costruzione-movimento-mutamento-superamento del dato, riesce con difficoltà a proporsi come un osservatorio dal quale ridisegnare la mappa del giuridico in termini radicalmente innovativi. Certo, non mancano giuristi che si fanno difensori convinti, in ogni campo del giuridico, dei meriti della 'creatività' contro le prevaricazioni della logica. In questo caso, però, ciò che realmente accade è il rovesciamento dei termini dell'opposizione, non la riformulazione del loro rapporto, non il superamento del loro andamento aporetico. È, se mi si concede una metafora, il ritorno del rimosso, che porta alla luce le istanze poste in ombra, rivela la loro costitutiva opposizione nei riguardi del paradigma dominante, ma non riesce ad abbatterlo, perché condivide con esso la sua intima aporia, il suo essenziale paradosso.

Perché si profili la possibilità di un nuovo paradigma, non basta che la cultura giuridica, globalmente considerata, includa l'immaginazione nel proprio diagramma di opposizioni: occorre che maturino le condizioni per disegnare diversamente la trama della giuridicità. Una di queste condizioni sembra essere la confutazione della logica che governava il rapporto di opposizione binaria fra conoscenza e immaginazione. Viene allora lentamente proponendosi un atteggiamento che prende sul serio la storicità del soggetto, dubita della possibilità di una conoscenza diretta, oggettiva, mimetica della realtà, indebolisce le pretese cognitive del discorso di sapere e ne rafforza le componenti metaforiche (immaginative) e retoriche.

Di conseguenza, il discorso di sapere giuridico tende a perdere lo smalto 'scientista' che lo caratterizzava, rinuncia alla pretesa di rappresentare egemonicamente l'intero campo del giuridico, problematizza l'idea della propria descrittività e 'oggettività': il discorso di sapere è un discorso accanto ad altri (e insieme una pratica accanto ad altre pratiche) che include in un unico, complesso amalgama componenti 'strettamente' logiche, metaforiche, retoriche; il discorso di sapere si intreccia con le forme narrative e argomentative proprie delle diverse pratiche giuridiche in un contesto dato; condivide con esse la dimensione ermeneutica; si comprende in rapporto all'attività di un soggetto integralmente 'situato'; si definisce nel suo metodo, nel suo stile, nel suo oggetto, insomma nel suo paradigma, grazie agli *standards* di riconoscibilità e di accettazione

volta a volta elaborati dal gruppo professionale di cui il discorso è, insieme, espressione e strumento di legittimazione.

4. *I giuristi 'in azione': ipotesi ed* exempla.

Occorre però impostare ora una seconda domanda, che sposti la nostra attenzione da ciò che i giuristi dicono, hanno detto, di fare a ciò che essi hanno realmente fatto. Il racconto precedentemente prefigurato si chiudeva nel giro della rappresentazione che i giuristi moderni, i moderni teorici del diritto, davano del discorso di sapere giuridico e, in genere, dell'esperienza giuridica. In questa ipotesi di racconto la ricostruzione del passato non viene condotta, per così dire, in presa diretta, ma per interposta persona; non si studiano i prodotti come tali, ma le presentazioni (le raccomandazioni, le intenzioni) dei produttori. Interrogarsi, in questa prospettiva, intorno a 'diritto e immaginazione' significa chiedersi se e come i giuristi abbiano rappresentato se stessi e i loro prodotti attraverso un reticolo linguistico-concettuale che includeva (o escludeva) l'immaginazione (qualunque cosa si intendesse con questo termine).

È possibile però ipotizzare una diversa domanda ed un diverso racconto. Assumiamo cioè come ipotesi di partenza le nostre idee di conoscenza, scienza, immaginazione, realtà e da questo osservatorio guardiamo alla cultura giuridica del passato: lo spazio del racconto è dato allora, direttamente, dall'organizzazione del discorso giuridico in un contesto dato e la nostra domanda su 'diritto e immaginazione' si traduce in un'inchiesta sulle strategie cognitive e argomentative di quello stesso discorso.

Da ciò una conseguenza sugli stessi confini di un racconto siffatto. Mentre, nel precedente racconto, il dato di partenza, la dissociazione fra conoscenza e immaginazione, suggeriva di far coincidere il *terminus a quo* con l'instaurazione stessa della cultura giuridica 'moderna', nel racconto ora in questione le domande di fondo — le strategie cognitive e retoriche del discorso giuridico — non impongono una rigida contestualizzazione, ma possono essere riproposte sempre di nuovo in contesti storici sensibilmente diversi. A maggior ragione, l'ipotesi di racconto che tenterò di prefigurare sarà svolta non solo schematicamente, ma anche rapsodicamente: non solo indicherò solo i titoli dei capitoli, come nel racconto precedente, ma, in questo caso, non enumererò nemmeno tutti i principali capitoli, ma citerò solo qualche esempio sparso.

4.1. *'Immaginare' il testo: il caso dei giuristi medievali.*

La nostra provvisoria domanda di partenza è così riassumibile: quali sono le caratteristiche cognitive di un discorso di sapere che in un contesto dato viene dichiarato e riconosciuto come giuridico? di che cosa e in che modo questo discorso produce conoscenza?

Diamo, in prima approssimazione, la risposta più semplice e persuasiva: il discorso di sapere giuridico ci mostra quello che il diritto, in un contesto dato, è, qualunque cosa si intenda con l'espressione 'diritto'. La risposta è semplice e chiara, ma induce subito ad un primo, ricorrente equivoco: è una risposta che presuppone l'esistenza, da un lato, di un soggetto dell'operazione conoscitiva e, dall'altro lato, di un oggetto, il diritto appunto (le istituzioni, le leggi, le consuetudini, la volontà del sovrano o quant'altro) che, di fronte al soggetto, si pone come già dato, definito, in sé concluso: un oggetto che ha la stessa perentoria 'oggettività', vorrei dire naturalità, del mondo. L'operazione conoscitiva del giurista nasce 'dopo', si esercita su una 'realtà' già costituita, che non aspetta altro che di essere compiutamente rappresentata nel discorso di sapere.

Ora, immaginiamo un racconto storiografico che, secondo questo schema, ci descriva le origini e lo sviluppo del sapere giuridico medievale, il formarsi dello *ius commune* attraverso la 'riscoperta' del diritto romano. Appunto, la 'riscoperta': la stessa, tradizionale, espressione lascia pensare ad un universo giuridico già dato che il giurista medievale riporta alla luce, come un tesoro che, a lungo sepolto, viene disseppellito, ma resta quello che è.

In realtà, il diritto romano, come grandezza già data, non esiste e non esisteva per i primi glossatori. Non esistevano il diritto e le norme, esistevano alcuni (complicati, oscuri) testi, i testi della raccolta giustinianea, accanto a numerosissimi altri. Il testo giustinianeo non era per virtù propria *il* diritto, in sé esistente e che altro non aspettava se non di essere conosciuto o ri-conosciuto. Al testo giustinianeo, come ad ogni altro testo, occorreva che un lettore attribuisse un qualche senso: è in questa attribuzione di senso, è in questa operazione interpretativa (6) che si attribuisce al testo, se lo si attribuisce, il carattere della giuridicità. La giuridicità non è una qualità oggettiva di un testo, ma

(6) Sul rapporto fra interpretazione e testo giuridico cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993.

uno *standard* attribuito ad un testo nel bel mezzo di un intricato itinerario interpretativo. Capire il testo giustinianeo, per Irnerio e compagni, era dunque una operazione complessa, le cui scansioni dovevano essere approssimativamente le seguenti: *a*) scegliere il testo, decidere quale è il testo (quale l'inizio, le componenti, la fine del testo) su cui esercitare l'operazione interpretativa; *b*) decidere che quel testo è un testo prescrittivo, attribuirvi un senso, coglierne cioè il nucleo normativo; *c*) argomentare a sostegno del carattere prescrittivo del testo, della sua 'attualità' normativa, della sua autorevolezza; *d*) riconoscere infine ad esso il carattere della 'giuridicità' (quale che fosse il significato del termine).

Il sapere giuridico medievale si configura come un discorso che include in sé procedure di individuazione, prima che di conoscenza, del diritto. Il giurista decide, in un unico movimento, intorno al testo, ai suoi confini, alle sue caratteristiche, al suo uso: il giurista costruisce il testo come 'proprio' testo, come testo per sé, nel momento in cui lo 'conosce', e, viceversa, conosce il testo in quanto lo ha individuato, lo ha fissato nel suo ruolo di testo (nel nostro caso: di testo autorevole, prescrittivo, giuridico ecc.), lo ha costituito nella sua apparente oggettività.

Il giurista medievale costruisce il proprio testo prescrittivo ed è insieme 'costruito' dal testo. Occorre almeno accennare alla complessità di questo 'doppio' riconoscimento. In primo luogo: il giurista medievale non costruisce il diritto romano come proprio testo movendosi in una terra di nessuno, scegliendo liberamente i propri testi e le proprie procedure di lettura. Le procedure di costituzione e di lettura del testo sono largamente predeterminate dalla situazione in cui egli effettivamente opera: la trasformazione del *Corpus Iuris,* da parte del giurista medievale, in quel macrotesto prescrittivo giuridico che sta alla base dello *ius commune*, è quindi il prodotto di un intreccio estremamente complesso di interessi, simboli, credenze, aspettative che costituiscono il mondo a partire dal quale il soggetto, il giurista, opera, costruisce i propri testi, li interpreta.

In secondo luogo: nel momento in cui un soggetto, un gruppo di soggetti, costruisce una serie di testi come il punto di riferimento della propria attività conoscitiva, quel soggetto, quel gruppo di soggetti costituisce se stesso come gruppo socialmente deputato a conoscere 'autorevolmente' quell'ambito di esperienza a cui i testi vengono fatti riferire. E, di nuovo, il gioco dei riconoscimenti (dai soggetti ai testi, dai testi alla società, dalla società al riconoscimento 'professionale' dei soggetti) procede attraverso un complicato intreccio di reciproci rinvii, attraverso un gioco interattivo perfettamente circolare.

Costruito il testo come 'proprio' testo, certo, il giurista medievale dovrà congiuntamente impegnarsi nella conoscenza, e nella diffusione della conoscenza, del testo prescrittivo giuridico prescelto. E chi sia rimasto convinto delle precedenti argomentazioni potrà pensare che, almeno in questo momento, il giurista effettivamente conosce il proprio oggetto: si trova di fronte ad esso, lo intende, lo espone al proprio pubblico, ne coglie la immanente 'verità'.

Si tenga però presente innanzitutto un dato elementare, ma non secondario. Il giurista conosce il diritto in quanto interpreta testi. Ciò che possiamo pensare intorno alla strategia (e alla portata) cognitiva del discorso di sapere giuridico passa necessariamente attraverso ciò che pensiamo intorno al processo di interpretazione dei testi, ai suoi presupposti, alle condizioni della sua efficacia. A questo proposito, non posso certo riassumere in poche righe i termini del dibattito ermeneutico del nostro secolo. Posso solo ricordare schematicamente alcune linee di tendenza, alcune asserzioni di regola condivise da chi si ponga, per così dire, nel punto di confluenza dell'epistemologia postpositivistica e della tradizione ermeneutica 'radicale' o radicalmente 'soggettivistica' (7): *a*) il soggetto interpreta i testi a partire dalla sua integrale 'situazionalità'; *b*) il senso del testo non è una qualità oggettiva del testo, immanente ad essa, ma è attribuito al testo dall'interprete; *c*) l'interprete riscrive il testo in funzione delle domande, degli interessi, delle esigenze caratteristici del suo presente; *d*) non si danno criteri razionali e assoluti di verità o falsità di un'interpretazione; *e*) la verità di un'interpretazione si traduce nel consenso che essa è in grado di ottenere sulla base dei presupposti condivisi entro un gruppo, una società, un contesto determinato; *f*) non potendosi l'interpretazione di un testo presentarsi come apoditticamente vera, essa si traduce in una strategia di persuasione dell'interlocutore sulla base di presupposti 'localmente' condivisi con l'interlocutore stesso; *h*) l'argomentazione interpretativa non appartiene al dominio della logica, ma della retorica.

Per chi condivida queste asserzioni, il discorso giuridico, in genere, nelle sua varia fenomenologia storica, e il sapere giuridico medievale, in particolare, offre continue, suggestive occasioni di verifica. Torniamo allora alla domanda: può dirsi che il giurista medievale 'conosca',

---

(7) Cfr., come opera fondamentale in questa prospettiva, S. FISH, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Oxford, Clarendon Press, 1989. Da un punto di vista semiotico cfr. B.S. JACKSON, *Law. Fact and narrative Coherence*, Roby, Merseyside, Deborah Charles Publications, 1988.

interpretandolo, il diritto romano? Intenda cioè il senso immanente ai testi giustinianei, lo rappresenti per quello che 'oggettivamente' è e infine lo riproponga come norma per la propria società? O piuttosto egli, proprio perché 'interpreta' il *Corpus Iuris*, lo riscrive producendo un discorso, il proprio discorso, radicalmente nuovo, incommensurabile e imprevedibile rispetto al testo? Il giurista non 'conosce' un diritto già dato, non contempla un sistema di norme, quasi queste fossero essenze ideali che la ragione giuridica contempla e poi 'applica'. Il giurista costruisce il proprio testo come testo giuridico, attribuisce ad esso un significato, lo interpreta e quindi lo riscrive a partire dalla propria *Lebenswelt* e in funzione di essa.

Valgano due esempi. Si pensi alla dottrina medievale del *dominium* (8) o al significato di *iurisdictio* (9). Il giurista non contemplava, nel testo romano, un significato già dato, come se il dominio diviso fosse almeno uno dei significati al quale il testo legittimamente poteva essere aperto. I giuristi medievali si sono di fatto comportati con il testo romano secondo la logica di quel tipo di interprete che Rorty chiama, elogiativamente, il testualista forte (10): hanno "battuto" il testo fino a che non lo hanno adattato alla forma del discorso che era il loro, hanno riscritto il testo nel momento in cui lo interpretavano. Non diversamente hanno operato con i testi ordinati intorno a *iurisdictio* e all'ordinamento gerarchico delle magistrature romane. Hanno dilatato enormemente il campo semantico di *iurisdictio* facendolo coincidere con l'intero 'processo di potere politico', hanno recepito ciò che a loro poteva servire, hanno lasciato cadere ciò che non ritenevano riscrivibile e hanno quindi sviluppato un discorso che, attraverso la continua interpretazione-riscrittura di testi autoritativi (costruiti come giuridici), ha accompagnato (preparato, rappresentato, legittimato) un lunghissimo processo istituzionale, che dalla società dei Comuni arriva alle strutture burocratiche dei primi Stati nazionali (11).

---

(8) Cfr. P. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, Cedam, 1968.

(9) Cfr. P. Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milano, Giuffrè, 1969; J. Vallejo, *Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought. An Essay in Reinterpretation*, in « Jus Commune », XIX, 1992, pp.1 ss.; Id., *Ruda equidad, ley consumada. Concepcion de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

(10) R. Rorty, *Conseguenze del pragmatismo*, Milano, Feltrinelli, 1986, p. 16.

(11) A.M. Hespanha, *Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução*, in *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano, Giuffrè, 1990, vol. I, pp. 135

Il giurista medievale, dunque, non operava 'conoscendo' un sistema di norme esistenti, ospitandole in un discorso che ne fosse lo specchio: sceglieva i propri testi e li interpretava scrivendo attraverso essi il proprio discorso di sapere. Egli non rispecchiava un mondo già dato, ma costruiva un mondo nuovo, costruiva quello che i semiotici (e i logici) chiamerebbero un *mondo possibile* (12). Il mondo che egli costruiva non era la semplice riproduzione del mondo dell'esperienza comune così come non era la rappresentazione del senso già dato del testo romano: era la elaborazione di un discorso che, attraverso la interpretazione-riscrittura del testo giustinianeo, produceva un racconto dotato di interna coerenza, i cui protagonisti, azioni, problemi si muovevano in una realtà trasposta rispetto all'esperienza quotidiana, funzionavano in un mondo doxastico legato da mille fili con il mondo 'reale', ma insieme distinto da questo.

4.2. *'Immaginare' l'oggetto: esempi ottocenteschi.*

Certo, riferirsi ai giuristi medievali come agli autori di un discorso di sapere che non descrive un mondo già dato, sia questo il mondo delle 'norme' o il mondo della 'realtà', ma costruisce, inventa, immagina, un mondo attraverso l'interpretazione, vorrei dire attraverso il sistematico *misreading*, della testualità giustinianea, può sembrare un facile modo di valorizzare l'osservatorio 'postpostivistico' nel quale ci siamo idealmente situati: se non altro perché parliamo di una cultura ancora ben lontana dalla tematizzazione 'moderna' dell'opposizione binaria conoscenza\immaginazione. Credo però che non manchino occasioni di verifica anche trasferendoci nel bel mezzo del positivismo giuridico del secondo Ottocento.

Prendiamo rapidamente in considerazione un aspetto non trascurabile della cultura giuridica ottocentesca: il costituirsi di una dottrina dello Stato, di un sapere specialistico intorno allo Stato, che si vuole intransigentemente giuridico.

Occorre subito sottolineare due aspetti singolari di questa vicenda. In primo luogo, il giurista si muove in un'atmosfera rarefatta e inconsueta: egli viene producendo un discorso che non solo si organizza

---

ss.; L. MANNORI, *Per una preistoria della funzione amministrativa*, in « Quaderni Fiorentini », XIX, 1990, pp. 323 ss.

(12) Cfr. U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990, pp. 193 ss. Non posso in questa sede discutere adeguatamente la possibilità e i limiti dell'impiego del concetto di 'mondo possibile' al discorso di sapere giuridico.

secondo i canoni ormai consolidati della generalità e sistematicità, ma si sottrae anche, in termini certamente anomali rispetto alla grande maggioranza dei testi di sapere giuridico, ad ogni specifica dimensione ermeneutica. Non vi sono per la giuspubblicistica tardo-ottocentesca — penso soprattutto all'Italia, ma il discorso mi sembra estensibile alla Germania — testi prescrittivi di cui il sapere possa farsi, in prima o in seconda istanza, interpretazione. Non c'è niente, insomma, che, nella giuspubblicistica, ricordi il rapporto che, nella giusprivatistica, viene a stabilirsi fra la 'costruzione' del sistema e il riferimento alle fonti romane, prima, e, successivamente, alla codificazione. La giuspubblicistica si svolge in una sorta di 'vuoto' ermeneutico, che la costringe a presentare i propri *standards* di giuridicità al di fuori da significativi e continuativi collegamenti con testi prescrittivi.

In secondo luogo, con la giuspubblicistica italiana e tedesca fra Otto e Novecento, da Gerber a Jellinek, da Orlando a Romano, ci troviamo di fronte proprio a quel discorso di sapere che, in omaggio a quello che ho chiamato il paradigma logicistico-positivistico, enfatizza la 'purezza' del proprio metodo e l'oggettività dei risultati; ci troviamo insomma di fronte ad un discorso di sapere che non legittima se stesso esibendo un qualche legame ermeneutico con testi autoritativi (dati per) giuridici, ma tende a fondarsi direttamente sulla rivendicazione del rigore logico delle procedure argomentative, del carattere 'puramente' descrittivo, avalutativo, degli enunciati di cui si compone, quindi sull'alto valore cognitivo ad essi attribuibile.

Assumere dunque la giuspubblicistica di ispirazione logicistico-positivistica come possibile terreno di verifica dell'esistenza di una dimensione 'immaginativa' propria del discorso di sapere giuridico sembra una provocazione, piuttosto che un'ipotesi plausibile. Eppure, non appena, come storici della giuspubblicistica otto-novecentesca, ci lasciamo alle spalle le dichiarazioni di metodo (o di intenti) e seguiamo il discorso nell'effettiva costruzione del proprio oggetto, ne analizziamo le procedure argomentative, ne seguiamo le principali tematizzazioni, vediamo emergere un tessuto argomentativo più complesso ed 'equivoco' di quello che il modello 'scientista' vorrebbe farci credere. Risalta in primo luogo il continuo intervento della metafora: un intervento non riducibile ad un gioco di stile, ma comprensibile in rapporto ad uno sforzo inventivo e costruttivo che, vorrei dire parodiando un celebre

titolo, 'non ha altre parole' per dire quello che dice (13). La definizione stessa dell'oggetto, la definizione di Stato, il rapporto Stato-società, attinge continuamente al *thesaurus* delle grandi metafore della tradizione filosofico-politica occidentale: fra queste, soprattutto, la metafora organicistica, volta a volta riformulata in rapporto ai presupposti culturali proprî dell'uno o dell'altro giurista, ma sempre irriducibile a qualsiasi risoluzione in concetti chiari e distinti, appunto, 'univoci'. La rappresentazione dello Stato, insomma, che coincide poi, per la giuspubblicistica ottocentesca, con l'individuazione del proprio oggetto teorico, appare continuamente sospesa fra un'analisi puramente 'giuridica' e un continuo, dissimulato ma operante, ritorno del mito: il sapere giuridico, nel momento in cui guarda in termini rigorosamente 'positivistici' allo Stato, nello stesso tempo, nello stesso movimento discorsivo, connota lo Stato dei grandi attributi 'mitici' della perennità, della 'personalità', dell'eticità 'realizzata'. La giuspubblicistica, anche e proprio la giuspubblicistica come 'scienza' rigorosa, non *descrive* lo Stato come l'oggettiva risultante di una serie di norme semplicemente constatate, ma *costruisce* lo Stato, tematizza lo Stato attraverso un fitto reticolo di metafore, lo trattiene entro il cerchio magico del mito e per questa via, in termini insieme analitici *e* metaforici, descrittivi *e* valutativi, 'scientifici' e 'mitici' lo assume come proprio campo teorico. Il sapere giuridico, in un momento 'alto' della propria tensione conoscitiva, si organizza come discorso efficace in quanto convoglia nel proprio alveo metafore, immagini, schemi strettamente logici, mitologemi: in quanto insomma costruisce ed immagina il proprio oggetto nel momento in cui pretende di descriverlo (14).

Mi sono riferito, dunque, con una sorta di rapido 'procedimento per campioni', a due tipi di discorso di sapere giuridico, fra loro tanto diversi da apparire sostanzialmente opposti: da un lato, un sapere giuridico che si è risolto, in un secolare sviluppo, in una continua interpretazione-riscrittura di testi autoritativi; dall'altro lato, un sapere giuridico che, in una ben più breve, ma intensa, stagione, si è sviluppato al di fuori di impegnative e costanti operazioni ermeneutiche: in

---

(13) Sul ruolo della metafora nel discorso di sapere cfr., ad es., M. BLACK, *Models and Metaphors*, Ithaca, Cornell University Press, 1962; M. HESSE, *Modelli e analogia nella scienza*, Milano, Feltrinelli, 1984.

(14) Mi si consenta un rinvio, per una analisi più ravvicinata del problema, a P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986.

entrambi i casi, tuttavia, pur nella diversità incomparabile del contesto storico, del quadro culturale, dei procedimenti impiegati, il sapere giuridico volta a volta elaborato sembra mostrarci un gioco retorico ricco e variegato, che, fra le sue risorse, può includere (con apparente paradosso) anche la pretesa 'positivistica' della 'pura' descrittività, ma che, nel suo effettivo funzionamento, non si riduce mai al semplice 'rispecchiamento' del dato, alla riproduzione di un 'diritto' esistente prima di (e indipendentemente da) esso.

Valga ora una riprova, cercata in un 'campione' che ci porti fuori dall'ambito dei discorsi di sapere e ci metta in contatto con una delle pratiche giuridiche più rilevanti, l'attività giurisprudenziale.

Pensiamo alla giurisprudenza della Francia o dell'Italia ottocentesca. È un clima dominato, come è fin troppo noto, dalle grandi codificazioni e dalla connessa e imperante ideologia del codice. È l'ideologia, rivoluzionaria e post-rivoluzionaria, che include i temi della centralità della legge, della divisione dei poteri, della sottoposizione del giudice alla legge; è un'ideologia che proclama e raccomanda il carattere meramente 'esecutivo' dell'attività giurisprudenziale; è un'ideologia che si prolunga in un'ermeneutica 'oggettivistica', dove il senso della legge è già dato e tendenzialmente chiaro, il giudice accerta il fatto ed il diritto e sillogisticamente 'deduce'. In questo quadro (di cui ho forzato per chiarezza le tinte, ma che è in sostanza il quadro che continuiamo delineare quando ci riferiamo all'età della codificazione) verosimilmente non solo la cultura giuridica dell'epoca, ma anche la giurisprudenza si riconosceva: e il giudice, o almeno la *received view* della giurisprudenza intorno al proprio ruolo e alle operazioni ermeneutiche quotidianamente condotte sul testo 'codice', non esitava certo a presentare e a legittimare il proprio ruolo professionale secondo la retorica del 'giudice-bocca della legge' e del sillogismo giudiziale. Il problema però è, di nuovo, il seguente: che rapporto passava fra la presentazione del proprio ruolo in una rivista accademica o in una riunione congressuale, le dissertazioni ermeneutiche (universitarie o extra-universitarie che fossero) e il continuo, quotidiano operare della giurisprudenza? Solo assumendo in proprio, oggi, l'ingenua ermeneutica 'oggettivistica' dell'età della codificazione potremmo colmare la frattura rilevante che doveva separare, ancora una volta, ciò che veniva *detto* (dai giuristi accademici, dai giudici) *intorno* all'interpretazione da ciò che veniva *fatto con* l'interpretazione, il *discorso* ermeneutico dalla *pratica* interpretativa.

Devo, certo, esprimermi in termini ipotetici e provvisori, non solo a causa della mia personale ignoranza del problema, ma anche a causa

della scarsità, a tutt'oggi, degli studi di storia della giurisprudenza. Posso però riferirmi a qualche indizio, se non ad un vero e proprio 'saggio di campionamento', che permetta, se non di risolvere il problema, almeno di continuare a ragionare intorno ad esso.

Suggerisco di raccogliere, come primo indizio, una testimonianza indiretta, ma significativa, dato il personaggio al quale la dobbiamo: Gény. Il giurista francese non è certo tenero verso l'ideologia della codificazione, rea di costringere il ruolo del giurista nei limiti angusti di una 'tecnica' segnata dal 'feticismo della legge': una legge che, come espressione puntuale della volontà del legislatore, è legata alla politica, alla società per la quale essa è stata progettata. Proprio per questo, il giurista si trova di fronte ad un dilemma: impedirsi di riconoscere e 'governare' il mutamento sociale, costringersi entro una temporalità assurdamente 'immobile', oppure ripensare il proprio mestiere oltre i limiti della legge e della sua interpretazione, per individuare le regole iscritte nella natura 'profonda' dei rapporti sociali. Esiste, a dire il vero, una terza via, che Gény menziona per criticarla: che è proprio la via che, a suo giudizio, la giurisprudenza francese ha seguito per molti lustri, nel bel mezzo della trionfante ideologia codicistica. Quello che le corti francesi hanno realmente fatto è entrato spontaneamente in rotta di collisione con quel 'feticismo della legge', che gli antiformalisti ora prendono a rimproverare alla cultura giuridica tradizionale. Gli esempi indicati da Gény sono numerosi e significativi (15) (dal diritto di famiglia, alle condizioni del contratto, al problema della responsabilità civile) e servono all'autore per dimostrare l'aberrante 'soggettivismo' dell'interpretazione giurisprudenziale della legge. Ma ciò che per noi è interessante non è seguire Gény in ciò che a suo avviso il giurista dovrebbe fare, ma raccogliere da lui la testimonianza di ciò che il giurista, il giudice (non dovrebbe fare, ma) fa, con o senza il beneplacito dei *Kathederjuristen*, esegeti o antiformalisti che fossero. « Dans la pensée de la Cour suprême — osserva Gény — le texte légal devient un instrument de mise en oeuvre juridique...estimé suivant les ressources qu'il est susceptible de fournir à l'interprète » (16). Non si poteva dir meglio. L'interpretazione dei testi prescrittivi è una « mise en oeuvre juridique » che riscrive il testo in funzione del 'presente' dell'interprete: che non trova e ripete un diritto già dato, non lo registra per quello che

(15) Cfr. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence,1932^2, vol. I, p. 261.

(16) *Ibidem*.

è, ma lo inventa, lo immagina, comunicandocelo attraverso un testo che è nuovo *proprio perché* interpreta (e non già *nonostante che* interpreti) un testo preesistente.

Se poi, al di là di autorevoli testimonianze, ci rivolgiamo all'Italia, ci troviamo di fronte ad una situazione sostanzialmente identica. Un riferimento d'obbligo è il settore d'intervento della (nascente) giuslavoristica. Il giurista, il giurista accademico come il giudice, si trova di fronte ad uno scollamento grave e col tempo sempre più evidente fra la codificazione del 1865, espressione di una società ancora largamente preindustriale, e l'accelerata industrializzazione degli anni Ottanta e Novanta, con il conseguente e rilevante mutamento (quantitativo e qualitativo) della conflittualità sociale. Non posso entrare nei particolari della vicenda, il cui senso, in rapporto al nostro problema, è peraltro fin troppo chiaro (17): il ceto giuridico, nel suo complesso (attraverso, ovviamente, la continua interazione di posizioni esplicitamente diversificate e di presupposti tacitamente condivisi) ha tutelato il proprio ruolo, la propria capacità di intervento anche là dove i testi prescrittivi si mostravano particolarmente inadatti ad un impiego (apparentemente) semplice e 'immediato' e ha comunque 'inventato' le soluzioni normative, immaginato il diritto; ha immaginato *quel* diritto che volta a volta l'interazione sociale complessiva, la distribuzione del potere, i valori condivisi, gli schemi di riferimento suggerivano e raccomandavano. Quali che fossero le teorie ermeneutiche sostenute, quale che fosse il tenore delle dissertazioni sulla 'intenzione del legislatore' e sui limiti dell'interpretazione, il ceto professionale dei giuristi non si è limitato a constatare, a registrare 'il diritto che è', ma si è continuamente sospinto a prefigurare, immaginare, raccomandare 'il diritto che non è', mentre la teoria del carattere 'descrittivo' e 'meramente applicativo' dell'interpretazione giurisprudenziale non funzionava affatto come vincolo effettivamente operante per la sua quotidiana attività professionale, ma solo come componente della propria 'retorica di ceto', come pedina di una efficace strategia persuasiva.

---

(17) Cfr. ad es. C. VANO, *I 'problemi del lavoro' e la civilistica italiana alla fine dell'Ottocento: il contributo di Emanuele Gianturco*, in A. MAZZACANE (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Napoli, Liguori, 1987, pp. 167 ss.; oppure, per il problema della responsabilità, G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 327 ss.

4.3. *'Immaginare' il diritto: il giurista e il legislatore.*

Ho parlato sinora del discorso giuridico come di un discorso che di regola, anche se non sempre, si riferisce interpretativamente a testi prescrittivi già dati, sia per descrivere (e illustrare didatticamente), attraverso di essi, l'oggetto 'diritto', che per individuare, attraverso di essi, la 'norma del caso singolo'. Occorre ora almeno accennare ad un tipo di intervento del giurista che, per molti versi (ma, come dirò fra breve, non per tutti i versi), si differenzia da quelli precedentemente toccati proprio perché non si rivolge a testi prescrittivi già dati, ma punta alla redazione 'in proprio' di testi prescrittivi originali. Il giurista, insomma, ricorrentemente nei più diversi contesti storici, interviene attivamente nel processo di redazione delle leggi, offre i suoi servigi a un committente che in questo caso non è un individuo o un gruppo sociale fra i tanti, ma è l'*élite* politica nel pieno della sua attività di 'governo attraverso le leggi'. Dalla redazione degli statuti nella società comunale, al processo di creazione e consolidamento delle istituzioni delle monarchie assolute, al codice Napoleone, alle costituzioni e alle codificazioni del nostro secolo (18), sino alle più recenti riforme legislative, il giurista interviene come un 'consigliere del Principe' difficilmente sostituibile.

Si pongono a questo punto due domande: che cosa propriamente offre il giurista al suo augusto committente? Quali sono le caratteristiche proprie dell'intervento del giurista?

Le risposte che comunemente si danno sono condivisibili, ma potenzialmente equivoche. Alla prima domanda si risponde facendo leva sulla 'tecnica' di cui il giurista è detentore: la 'materia' informe della 'volontà politica' riceve dal giurista la 'forma' adeguata, il lessico, le definizioni, le distinzioni necessari e sufficienti alla sua trasformazione in norma.

Ora, la risposta è vera, purché non si prenda troppo sul serio la salomonica divisione di compiti fra 'legislatore' e 'giurista', purché non si intenda la tecnica del giurista come qualcosa, insieme, di misterioso e di strumentale: un *passepartout* in possesso di alcuni esperti, buono ad aprire qualsiasi porta. In realtà, il giurista, come co-autore di testi prescrittivi, come soggetto professionale inserito in un'interazione stretta e continua con la classe politica — egli stesso è non di rado

---

(18) Si pensi, esemplificativamente, a Portalis, o a Windscheid, o, per l'Italia recente, a Rocco, a Redenti, a Calamandrei.

esponente non secondario di quella classe —, non fornisce strumenti buoni per qualsiasi fine, ma offre alla classe politica un discorso che include già in sé, spontaneamente, un'immagine di società e un progetto di società, un'idea di ciò che la società è e una proposta di ciò che la società deve divenire.

Si viene così a incontrare la risposta alla seconda domanda, circa le caratteristiche proprie dell'intervento del giurista-consigliere del Principe: si tratta di un intervento di tipo progettuale, di un intervento dove apertamente e 'per definizione' il giurista non si trova di fronte all'esistente giuridico se non per trascenderlo, dove il giurista non descrive alcunché, ma inventa, progetta, appunto, immagina. Occorre però chiarire subito un equivoco. La progettualità che viene allo scoperto nel *drafting* del giurista-consigliere non è il momento eccezionale di un discorso che nel suo ordinario e multiforme dispiegarsi si sottrae all'onere di fronteggiare e 'governare' il mutamento sociale: è, almeno da questo punto di vista, la continuazione dello stesso gioco su un altro tavolo, con gli adattamenti dovuti alla diversità dei giocatori e della posta in gioco. Tenuto a costruire un 'mondo possibile' in qualche modo autonomo e distinto rispetto al mondo dell'esperienza comune, costretto dalla sua stessa legittimazione sociale ad inseguire e controllare il conflitto degli interessi e il mutarsi degli equilibri, il discorso del giurista si trova, per così dire, legato a filo doppio al carro (apparentemente troppo variopinto per l'austerità della sua retorica di ceto) dell'immaginazione.

5. *Conoscere, immaginare, progettare.*

Pur in contesti storici tanto diversi da apparire difficilmente confrontabili, pur in una grande varietà di rapporti con i testi prescrittivi, il discorso del giurista (del giurista accademico, del giurista-'legislatore', del giudice) si mostra sempre e comunque come un tessuto composito, come un intreccio di materiali diversi tenuti insieme dall'esigenza di costruire un 'mondo possibile', un racconto coerente, nel quale i dati dell'esperienza vengono non riprodotti (e d'altronde: in quale discorso i dati vengono mai 'semplicemente' riprodotti?), ma trasposti in quella specifica forma narrativa riconosciuta (in un contesto dato) come giuridica.

Ora, è possibile rintracciare alcuni elementi che, pur nella varietà degli stili e dei contenuti della narrazione, tendono a tornare sempre di nuovo nell'immaginazione giuridica? Credo che sia possibile rispon-

dere affermativamente alla domanda e accennare, in via di ipotesi, ad alcuni elementi peculiari dell'universo di discorso giuridico.

a) Il giurista produce il proprio discorso come soggetto appartenente ad una specifica comunità professionale, come soggetto definito da un fitto reticolo di azioni e interazioni, di conflitti, di solidarietà, di relazioni di potere, di schemi comportamentali, valori, norme socialmente condivisi: è, per così dire, entro il denso e vischioso amalgama dell'interazione sociale che il discorso giuridico prende forma, viene letto, usato, produce i suoi effetti. In tutto questo, però, il discorso giuridico non si differenzia in sostanza da qualsiasi altro discorso di sapere. La specificità del discorso giuridico emerge quando si prende in considerazione il mondo che esso costruisce-immagina. Della realtà magmatica dell'interazione sociale esso seleziona alcuni tratti (schemi di comportamento, soggetti, gerarchie, poteri), grazie ai quali il pulviscolo disordinato dei conflitti, le incalcolabili diversità dei soggetti, delle azioni, delle stratificazioni sociali vengono restituiti in un racconto che li narra come momenti di un ordine compiuto. Il mondo possibile del giurista si piega a narrare la stessa realtà nel quale il giurista concretamente opera, la realtà che l'esperienza comune si trova di fronte in tutta la sua varietà e complessità. Nello stesso tempo, però, il mondo che il giurista immagina non è più la realtà magmatica delle più varie interazioni e conflittualità, ma una realtà composta e 'bloccata' in un gioco di incastri dove i soggetti, le azioni, le norme, le trasgressioni sono previste, sistemate, collocate ciascuna al suo posto: il mondo possibile che il giurista immagina è un mondo essenzialmente ordinato, è il mondo come *ordine*.

b) Il mondo costruito-immaginato dal giurista richiede un orizzonte temporale nel quale situarsi. Nel momento in cui il giurista immagina l'ordine, egli non può non includere anche, nella sua visione dell'ordine, una visione della temporalità. Ci troviamo di fronte ad un apparente paradosso. Il giurista immagina un mondo che in parte è ancora, ma in parte non è più, il mondo dell'esperienza comune: la sua narrazione infatti parla pur sempre del teatro della vita quotidiana, ma di questa cancella la varietà, la variabilità, la fluidità, in una parola, il continuo mutamento e movimento. Da questo punto di vista, il mondo immaginato dal giurista sembra fissato ad una sorta di eterno presente, sottratto al movimento, indisponibile ad ogni sforzo di storicizzazione (ed è proprio su questo sfondo che sarebbe forse da intendere la ricorrente tendenza del discorso giuridico alla 'dogmatica', ad un sapere 'fermo e stabile').

In realtà, da un altro punto di vista, il movimento, il flusso della temporalità irrompe nell'universo giuridico, passando non dalla porta secondaria, ma dall'ingresso principale, quale che sia lo sbarramento antistoricistico eretto dall'uno o dall'altro teorico del diritto. Il mondo possibile che il discorso giuridico costruisce, infatti, non è solo un mondo *immaginato*, è anche un mondo *progettato*: i soggetti, le forme di azione, le norme, i ruoli, le trasgressioni, le sanzioni, le gerarchie di cui il racconto giuridico si compone non sono i soggetti 'reali', non sono nemmeno i soggetti e le azioni dell'esperienza quotidiana, ma appartengono comunque ad un racconto che, nel momento in cui immagina i propri personaggi e azioni come figure del proprio mondo, tende anche ad imporli come figure della 'realtà'. Il discorso giuridico è come tale, intrinsecamente, anche un progetto di società. Lo è in modo programmatico e scoperto quando il giurista si fa consigliere del Principe, lo è in modo per lo più dissimulato e trasposto quando il giurista produce un discorso di sapere, lo è in modo diretto, ma implicito, quando il giurista interviene come giudice di un conflitto. Quale che sia il suo ruolo specifico, il giurista immagina per realizzare, immagina per agire, immagina in rapporto ad una forma di società che egli (spesso nello stesso movimento) descrive, prescrive, auspica.

Ora, è appunto il carattere progettuale dell'immaginazione del giurista che reimmette la temporalità nel mondo da lui costruito e insieme dà a quella temporalità una inflessione particolare. L'ordine immaginato dal giurista si presenta infatti non come la fotografia della 'realtà', ma come uno schema di intervento su di essa: un intervento che si misura programmaticamente con le anomalie, le resistenze, le diversità, in una parola, con il continuo mutarsi e fluire dell'interazione sociale. Ed ecco allora che il discorso giuridico, nel momento in cui costruisce-immagina il proprio mondo possibile come mondo ordinato, come 'ordine progettuale', o, se si preferisce, come 'progetto di ordine', postula proprio quel nesso costitutivo con il movimento, con la temporalità (con il passato, con il futuro) che, paradossalmente, sembrava escludere per definizione.

Il nesso passato-presente-futuro diviene così la condizione obbligata (anche) dell'operare del giurista: il giurista costruisce il proprio discorso di sapere attraverso una continua riscrittura della tradizione e pensa l'ordine del diritto 'che è' (anche) come progetto di una società che deve essere, potrà essere (sarà). Il giudice agisce come risolutore istituzionale di un conflitto alla luce di un ordine (apparentemente) già dato ed immobile, che però dispiega le sue potenzialità progettuali

proprio nel momento in cui il giudice lo riformula in funzione di una dinamica intersoggettiva sempre nuova e diversa. L'immaginazione giuridica si dispiega in un racconto programmaticamente sospeso fra la raffigurazione di un ordine che esiste solo in quanto 'descritto' (nel mondo possibile del giurista) e la messa a punto di un progetto che esiste solo in quanto attuato (nell'ambito della quotidiana interazione sociale).

Sospeso fra ordine e progetto, fra contemplazione 'disinteressata' e intervento 'mirato'; legato, non solo *a parte subjecti*, ma anche *a parte objecti*, al mondo dell'esperienza quotidiana, alle complesse geografie dei poteri, dei ruoli sociali, delle stratificazioni socio-economiche; il discorso del giurista sembra negarsi ad una sola dimensione dell'immaginario: la dimensione dell'utopia. È singolare constatare come, nella lunga, affascinante panoramica delle isole felici e delle città perfette (19), il contributo del giurista, come tale, sia del tutto secondario; è singolare, ma è coerente con la sua 'antropologia di ceto' e con i caratteri specifici del suo discorso. Vincolato ad immaginare l'ordine del suo presente (a immaginare il presente come ordine), il giurista può includere il futuro come variabile dipendente di quello. La prefigurazione di un futuro radicalmente diverso è un gioco tendenzialmente pericoloso e comunque non è il gioco per il quale il giurista si ritiene professionalmente attrezzato. Certo, sembrerebbe non esservi niente di più facile, per lui, che immaginare le migliori leggi, le migliori istituzioni, le migliori forme di governo per la Città del Sole: è appunto di leggi, istituzioni e governi che egli è esperto. Ciò che però rende la dimensione utopica estranea all'immaginario del giurista è il suo carattere 'radicale' e 'inattuale': inattuale, perché colpisce d'interdetto proprio quel presente in rapporto al quale, e solo in rapporto al quale, il giurista si disponeva a concepire il futuro; radicale, perché pretende di tagliare alla radice quel reticolo di poteri, ruoli, gerarchie che (nei più diversi contesti, con significativa ricorrenza) costituisce il sostegno della legittimazione sociale del giurista e insieme il 'materiale' che il giurista utilizza creativamente nella sua narrazione.

---

(19) Cfr., per una affascinante sinossi, A. MANGUEL, G. GUADALUPI, *Guia de lugares imaginarios*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

IUS COMMUNE, IUS PROPRIUM, INTERPRETATIO DOCTORUM: IPOTESI PER UNA DISCUSSIONE

L'obiettivo che mi propongo è molto più modesto di quanto il titolo non potrebbe forse far pensare e devo subito onestamente indicare al lettore ciò che egli *non* può attendersi da questa comunicazione: in primo luogo, non intendo proporre una nuova rappresentazione dei significati di 'ius commune' e 'ius proprium' attraverso una ricognizione diretta delle fonti primarie; mi muoverò piuttosto entro i confini di quel 'genere letterario' che si chiama 'storia della storiografia' e solo per questa via indiretta ed obliqua tenterò di porre qualche domanda di carattere più generale. In secondo luogo, non offrirò una rassegna ragionata e tendenzialmente completa della storiografia giuridica in tema, ma procederò in modo radicalmente selettivo, non soltanto privilegiando una tradizione storiografica, la storiografia giuridica italiana, ma anche individuando al suo interno, come il proprio principale, se non esclusivo, punto di riferimento la posizione di Francesco Calasso; tanto che forse il sottotitolo più pertinente della mia comunicazione potrebbe suonare: 'rileggendo Calasso dopo un cinquantennio'.

1. Cinquanta anni circa, anzi qualcosa di più: tanti sono gli anni che ci separano da quei saggi degli anni Trenta che, riuniti nel '51 nell'*Introduzione al diritto comune* (1), costituiscono il nucleo generatore, forse l'espressione più chiara e compiuta, dell'idea calassiana di 'ius commune'. Cinquanta, sessanta anni sono un lasso di tempo molto

(1) F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1951.

Orig. in *El Dret comú i Catalunya. Actes del IV Simposi Internacional. Homenatge al professor Josep M. Gay Escoda* [Barcelona, 27-28 de maig de 1994], a cura di Aquilino Iglesia Ferreirós [Fundació Noguera, Estudis, 10], Barcelona 1995, pp. 29-42.

lungo, tanto da far apparire la rilettura di scritti così risalenti come una mera commemorazione o, nella migliore delle ipotesi, come la ricostruzione di un momento della nostra storiografia ormai compiutamente storicizzato e come tale fissato in una cultura, in un contesto che non sono più i nostri.

Non sono però sicuro che questo sia il caso. La mia sensazione è che la nitida sistemazione calassiana abbia costituito il principale punto di riferimento di tanta medievistica giuridica italiana (e forse non solo italiana) anche di molto successiva: e non perché siano mancati dissensi o non siano emerse prospettive divergenti, ma perché la coerenza, la efficacia persuasiva della sintesi calassiana finivano per impressionare e contagiare anche interlocutori per molti versi refrattari ad appropriarsene incondizionatamente. È in questo senso perfettamente condivisibile l'affermazione di Bellomo che, in una sua Prefazione (2) del 1988, dichiarava che « vi è un solo libro che resiste al tempo, ed è perciò diventato un classico della nostra storiografia: è l'*Introduzione al diritto comune* di Francesco Calasso, del 1951 »; ed aggiungeva significativamente che « da decenni intere generazioni » di studiosi percorrono ancora « gli itinerari indicati o intuiti da Francesco Calasso ».

Tentiamo allora di capire i punti essenziali della rappresentazione calassiana dello 'ius commune', dando per noti gli aspetti più descrittivi della sua narrazione storiografica: un'impresa peraltro già condotta, ben più autorevolmente, da Bruno Paradisi in un ampio e articolato saggio di qualche anno fa (3).

Si prenda a leggere uno dei saggi-chiave dell'*Introduzione* calassiana, intitolato al *problema storico del diritto comune* (4). L'avvio del discorso pone subito sul tappeto una questione di cui oggi forse stentiamo a cogliere la pregnanza, ma che all'epoca costituiva senz'altro un problema difficile e sentito: la valutazione della possibilità stessa di una storia del diritto *italiano*; della storia cioè di un diritto la cui italianità non poteva essere certo data per chiara ed evidente. Esiste un diritto italiano da quando, e soltanto da quando, esiste l'Italia come Stato nazionale? — e allora la storia del diritto italiano è la storia degli

---

(2) M. Bellomo, *L'Europa del diritto comune*, Roma, Il Cigno e Galilei, 1991[5], p. 9.

(3) B. Paradisi, *Il problema del diritto comune nella dottrina di Francesco Calasso* (1980), ora in *Studi sul medioevo giuridico* (Istituto storico italiano per il Medio Evo. Studi Storici - Fasc. 163-173), Roma, 1987, vol. II, pp. 1009-1112.

(4) F. Calasso, *Il problema storico del diritto comune* (1939), ora in *Introduzione al diritto comune*, cit., pp. 77-136.

ultimi cento anni; oppure il diritto rinvia alle caratteristiche nazionali di un popolo che esiste, come popolo 'italiano', ben prima dello Stato (ed indipendentemente da questo)? Il problema è delicato (ben al di là delle suggestioni nazionalistiche che ne costituiscono solo, per così dire, il sovratono emotivo) perché la sua soluzione dipende dal nesso che si vuole instaurare fra 'grandezze' teoriche di grande spessore e tradizione — Stato, popolo, diritto, appunto.

La soluzione che del dilemma Calasso propone è tanto lineare quanto brillante. Essa rifiuta in primo luogo la soluzione 'statualistica', sostenendo la necessaria disgiunzione fra Stato e diritto: vi può essere, vi è stato, diritto ben prima della costituzione di quella forma politico-giuridica tipicamente moderna che è lo Stato nazionale. Ed ecco allora l'altro termine del dilemma: il popolo come matrice del diritto, produttore di norme per intima forza creatrice al di fuori di qualsiasi vincolante mediazione politica; la soluzione savigniana, in una parola, che non esclude però affatto, nella cultura politico-giuridica ottonovecentesca, interpretazioni e appropriazioni positivistiche. È a questo punto che Calasso interviene superando d'un balzo il dilemma: il diritto non presuppone necessariamente lo Stato nazionale, ma nemmeno può appagarsi del generico contenitore 'popolo', perché il diritto implica comunque una dimensione *politica,* una forma*,* uno schema organizzativo grazie al quale esso acquista una sua effettiva positività. Diritto e politica, norma e organizzazione si implicano a vicenda nell'unità dell'ordinamento. Non il recente Stato nazionale, non lo sfuggente e vago 'spirito del popolo', ma l'ordinamento giuridico, il diritto come ordinamento è quindi l'oggetto specifico della storia giuridica.

Sappiamo tutti a chi dobbiamo ricondurre questa tesi: a Santi Romano, a quel fortunato *Ordinamento giuridico del* '17, che costituisce certamente uno dei punti alti della riflessione giuspubblicistica del nostro secolo. L'operazione brillante che Calasso compie è quella di esplicitare l'orizzonte teorico-giuridico presupposto dagli storici del diritto che lo avevano preceduto, di denunciarne i limiti e di adottare una diversa (più aggiornata e flessibile) teoria del diritto — la teoria istituzionalistica — come elemento portante della propria pre-comprensione storico-ermeneutica.

Il diritto come ordinamento, però, non è un singolare, ma un plurale: il teorema del diritto come ordinamento implica come proprio corollario la tesi della pluralità degli ordinamenti. Ed è certo una pluralità impressionante di ordinamenti che lo storico del diritto, reso

avvertito dalla teoria istituzionalistica, è in grado di scorgere non appena si affaccia, oltre le soglie dello Stato moderno, sulle società di antico regime, sulla società medievale.

La constatazione della pluralità degli ordinamenti, però — e questo è un punto decisivo — non è per Calasso la conclusione dell'indagine, ma la sua premessa; serve a porre correttamente un problema, che per Calasso è *il* problema rispetto al quale le considerazioni 'istituzionalistiche' sono strumentali: questo problema è il problema dell'*unità* ed è un problema che Calasso raccoglie come tale dalla storiografia giuridica italiana che lo aveva preceduto. La preoccupazione di intendere la storia giuridica come storia nazionale e quindi come storia unitaria è ancora un problema centrale per il nostro autore: se la fenomenologia giuridica dell'età di mezzo è descritta all'insegna della pluralità, il suo senso o *tèlos* immanente non può essere che l'unità. Dal dato dalla pluralità occorre risalire all'idea (più riposta e sfuggente, ma decisiva) dell'unità.

La pluralità dei diritti, degli ordinamenti che lo storico 'vede' può essere 'spiegata' solo riconducendola alla legge dell'unità: individuare questa legge, dare un volto, un nome all'unità, è dunque il problema centrale dello storico. Quale sia, per Calasso, la soluzione del problema è noto: lo 'ius commune'. Il sistema del diritto comune, la dialettica fra 'ius commune' e 'ius proprium', le varie coordinate della topografia storico-giuridica calassiana costituiscono la soluzione del problema dell'unità dell'esperienza giuridica medievale e dipendono dall'impostazione dello stesso.

Siamo dunque di fronte a quello che è, a mio avviso, il nucleo generatore della proposta calassiana, che occorre ora valutare criticamente, sottolineando schematicamente i seguenti punti:

a) Non sembra dimostrabile, nonostante gli sforzi argomentativi dell'autore, il carattere necessario della connessione fra pluralità e unità. Pensare la pluralità non esige affatto, come propria condizione di possibilità, l'idea di unità. Il passaggio dai 'molti' all''uno' non è un passaggio obbligato né per la logica né per la teoria istituzionalistica del diritto: dove un problema di unità potrebbe porsi solo introducendo, fra gli ordinamenti, un ordinamento sovrano — lo Stato, per l'appunto

— con i quali i vari ordinamenti dovrebbero inevitabilmente confrontarsi (5).

b) L'individuazione di un'unità soggiacente alla pluralità degli ordinamenti non è dunque una necessità, ma una scelta: data la pluralità degli ordinamenti, il problema della loro complessiva unità *può*, non deve, essere posto. L'individuazione di un legame 'dialettico' fra l'uno e i molti non è dunque un obiettivo che discende *naturaliter* dalla ricerca storico-giuridica come tale, ma è la conseguenza di una peculiare impostazione storico-teorica, legata, come è inevitabile, al contesto culturale al quale il nostro autore appartiene: è a quel contesto che va ricondotta l'esigenza di individuare le matrici dell'unità giuridica nazionale, è alla formazione neo-idealistica del nostro autore che si deve l'impostazione del gioco dialettico dell'uno e dei molti.

c) È su questo sfondo, è in risposta a questa domanda generale (che cosa renda 'uno' i 'molti') che il calassiano 'sistema dello ius commune' prende forma. È ad esso che, per il nostro autore, si deve la realizzazione dell'unità dell'esperienza giuridica medievale: espressione giuridica della spinta politico-ideale e simbolica della 'reductio ad unum', il sistema del diritto comune realizza l'unità degli ordinamenti plurali perché si configura esso stesso come ordinamento giuridico (6). Ordinamento degli ordinamenti, esso si muove contemporaneamente sul piano del simbolo e dell'esperienza, figura dell'ordine teologico e teologico-politico medievale, per un verso, organizzazione giuridica della società, per un altro verso.

Ora, in che senso 'ius commune' e 'ius proprium' possono dirsi, entrambi, ordinamenti?

La mia impressione è che la tesi di una sostanziale omologia fra l'uno e l'altro ordinamento sia difendibile solo a patto di usare l'espressione 'ordinamento' in un senso, per così dire, debole, indebolito rispetto alla reale portata teorica ed operativa della teoria istituzionalistica.

Se per ordinamento si intende semplicemente un insieme di norme giuridiche (quale che sia il significato che si voglia attribuire a questa espressione), l'omologia 'ordinamentale' fra 'ius commune' ed 'ius proprium' appare comprensibile. Ammettiamo però di 'prendere sul

---

(5) E infatti opportunamente B. PARADISI (*Il problema*, cit., p. 1039 e p. 1047) si richiama ad una componente 'statualistica' del pensiero di Calasso.

(6) Ancora B. PARADISI (*Il problema*, cit., p. 1042) parlava criticamente « dell'esasperato monismo che ha sorretto l'ispirazione che potremmo dire centrale della teoria del Calasso ».

serio' il concetto di ordinamento: le norme appariranno allora come il momento organizzativo di gruppi sociali strutturati e quindi precisamente individuati e 'localizzati', forma immanente, schema organizzativo di comunità socialmente e politicamente determinate.

Da ciò due conseguenze. In primo luogo: studiare il diritto come ordinamento significa vincolare il diritto alla struttura di un'istituzione i cui confini socio-politici sono necessariamente precisi e ben delineati. Studiare il diritto come ordinamento significa prendere sul serio la specificità del singolo ordinamento e quindi la irriducibile pluralità degli ordinamenti stessi. In secondo luogo: studiare il diritto come schema di vita di un gruppo socio-politico determinato implica cogliere la dimensione potestativa del diritto così come la sua efficacia, la sua vigenza; significa capire come il diritto effettivamente funziona in questo luogo, in questo tempo, che cosa regola che cosa, chi comanda (punisce, premia, protegge) chi.

Prendere sul serio la teoria degli ordinamenti e della loro pluralità implica imboccare una direzione di ricerca che è, paradossalmente, insieme calassiana e anti-calassiana. È calassiana perché muove pur sempre da una premessa che Calasso aveva posto energicamente all'ordine del giorno: appunto l'idea istituzionalistica del diritto-ordinamento. È anti-calassiana perché, qualora si presti a radicalizzare le proprie stesse assunzioni, non può non rompere la perfetta omologia che Calasso, 'indebolendo' la teoria ordinamentale, riusciva ad instaurare fra l'ordinamento 'ius commune' e l'ordinamento 'ius proprium'.

Non sono mancati in Italia gli indizi di un interesse specificamente rivolto al problema della 'vigenza' dell'ordinamento. Si pensi, ad esempio, alla prospettiva di chi ha insistito sul carattere 'sussidiario' del diritto comune (7); si pensi alle ricerche che addirittura hanno tentato di mettere a fuoco il problema del diritto comune come momento di un'ipotetica 'gerarchia delle fonti': dove lo schema impiegato era probabilmente datato e addirittura anacronistico (per l'epoca alla quale voleva applicarsi), ma il problema che si voleva mettere a fuoco non era immotivato; il problema, appunto, di cogliere il 'precipitare' di un apparato normativo nell'effettività della sua applicazione (8).

Credo che, in questa direzione, resti ancora molto da fare. Mettere in parentesi l'unità del calassiano 'sistema del diritto comune', concen-

---

(7) Cfr. ad es. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, Vol. I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976.

(8) Cfr. U. NICOLINI, *Diritto romano e diritti particolari in Italia nell'età comunale*, in "Rivista di storia del diritto italiano", LIX, 1986, pp. 13 ss.

trare l'attenzione sulla vita degli ordinamenti, dovrebbe poter dar luogo a ricerche anche diverse per impostazione, ma riconducibili tutte all'esigenza 'realistica' di cogliere l'interazione sociale nel suo effettivo 'essere normata'. In questa prospettiva, oggetto privilegiato d'indagine diverrebbero certamente le pratiche giuridiche, quella sorta di concentrato dell'esperienza giuridica vigente in un dato tempo e in un dato luogo. Per chi voglia procedere per questa via, credo che il 'particolarismo' debba regnare incontrastato: il 'sistema' si spezza (o, piuttosto, rifluisce in quello stretto imbuto al termine del quale si trovano l'ordinamento e le sue regole) e sboccia una rosa di ricerche 'locali' che chiedono di conoscere la vita 'ordinamentale' della Firenze del '200, della Tolosa del '400 o della Catalogna del '300.

Non avrei, in questa prospettiva, paura delle 'microstorie', ma, se mi si passa l'espressione, auspicherei dieci, cento, mille 'microstorie': intendendo per 'microstoria' non semplicemente una storia dell'infinitamente 'piccolo', ma una storia dell'infinitamente complesso, che, come tale, non può essere plausibilmente narrato se non mutando la grandezza di scala. La microstoria giuridica (e spero che mi si passi l'apparente ossimoro) potrebbe essere insomma la storia di un ordinamento giuridico ricostruito in tutta la sua complessità socio-politica e normativa: come tale, esso certo funzionerebbe anche come polo di gravitazione delle più varie costellazioni normative, dei più vari testi giuridici (e quindi certo anche dell'*interpretatio doctorum*), ma questi verrebbero a trovare le condizioni della loro effettività, quindi della loro storica comprensibilità, nel concreto di una società autoregolantesi.

2. Usare, per così dire, Calasso contro Calasso, radicalizzare gli spunti ordinamentali della sua pre-comprensione storiografica conduce, a mio avviso, ad intuire la fecondità di un approccio (per intendersi) micro-storiografico alla medievistica giuridica. Resta però aperto un problema, anch'esso, come si è visto, energicamente sottolineato da Calasso: il problema dell'unità.

Lasciamoci pure alle spalle le preoccupazioni calassiane circa l'identità della nostra storia 'nazionale'. Se quelle potevano aver contribuito ad enfatizzare il problema, l'esigenza di delineare un quadro unitario dell'esperienza giuridica medievale aveva, ed ha tuttora, una sua autonoma giustificazione: quella di rendere comprensibile ed esprimere il senso, la logica complessiva di una grande società, o costellazione di società, quale la società medievale. E un'obiezione non secondaria nei riguardi di un approccio intransigentemente 'microstorico' può appunto essere quella di trascurare, per eccesso di concentrazione

individualizzante, i rapporti, gli scambi fra microcosmi, il loro comune tessuto connettivo, finendo per compromettere la stessa efficacia esplicativa della ricerca.

Nel nostro caso, la rinuncia al calassiano 'sistema del diritto comune' sembra dunque doversi pagare con la perdita di decifrabilità della complessiva esperienza giuridica basso-medievale. Prima di arrivare a questa catastrofica conseguenza, però, credo che valga la pena di riflettere ancora criticamente, da un altro punto di vista, sull'idea calassiana di diritto comune: ordinamento, ma anche simbolo, espressione (e strumento) di una cultura dominata dall'idea di ordine e di unità; ordinamento, dunque, ma anche pensiero in atto, riflessione fattiva, dottrina giuridica innovativa, creativa.

Ancora una volta, Calasso lavora sul presupposto della necessaria, intima connessione di due elementi diversi del 'sistema del diritto comune', quasi essi ne costituissero un'unica, continua nervatura: lo 'ius commune' come ordinamento è anche inevitabilmente lo 'ius commune' come dottrina, lo 'ius commune' *della* dottrina. Diritto, esperienza giuridica, pensiero giuridico si implicano vicendevolmente e armoniosamente.

Ora, la connessione (o corrispondenza) fra diritto-ordinamento e diritto-pensiero che Calasso dà per necessaria è in realtà una connessione 'decisa' sulla base di una serie di elementi pre-supposti al concreto atto di intellezione storiografica: elementi peraltro compositi, che, se per un verso rinviano al patrimonio della filosofia idealistica che ripetutamente il nostro autore valorizza nelle sue concrete operazioni storiografiche, per un altro verso trattengono ancora qualcosa della dogmatica giuridica 'tradizionale'. Valutiamoli partitamente.

a) Da un primo punto di vista, le suggestioni idealistiche circa l'integrale storicità e insieme l'inesauribile creatività del soggetto permettono a Calasso di offrire una rappresentazione della dottrina giuridica medievale che spazza via due ingombranti *idola* della *tribus* storico-giuridica.

Il primo *idolon* è l'appiattimento del sapere giuridico medievale su un diritto romano astoricamente assunto come immobile termine di riferimento, come una sorta di maestoso simulacro portato in pellegrinaggio di epoca in epoca per raccogliere i più diversi omaggi: la storia del sapere giuridico medievale come storia del diritto romano nel medioevo, per intendersi. È contro questa antica ma persistente tradizione storiografica che si oppone efficacemente lo storicismo idealistico di Calasso, restituendo al medioevo, alla cultura medievale, il sapere giuridico e le sue procedure di 'creativa' lettura del Corpus Iuris.

Il secondo *idolon* è il perdurante pandettismo che insiste ancora sul valore pratico (o dogmatico) del diritto romano e la sua produttività 'tecnico-giuridica', aprendo la strada ad una appropriazione insieme praticistica e de-storicizzante del diritto romano stesso. È appunto contro il pandettismo e quello che, parodiando Gény, si potrebbe chiamare il 'feticismo romanistico', che il crociano Calasso enfatizza il carattere radicalmente storicistico (anche) della storia giuridica.

Il pensiero giuridico, la dottrina che pensa lo 'ius commune' non è però soltanto dottrina, è anche ordinamento. Quanto questa connessione (o corrispondenza) sia per Calasso essenziale non solo è dimostrato *per facta* dall'articolazione stessa del 'sistema del diritto comune' così come le opere principali del nostro autore ce lo presentano, ma è confermato anche da un indizio, apparentemente trascurabile, ma a mio avviso significativo: l'acre polemica che il nostro autore conduce nei riguardi di Bussi.

Mi riferisco alla recensione, semplicemente feroce, del saggio di Bussi, dedicato proprio al concetto di diritto comune (9). Di che cosa si era reso responsabile il malcapitato Bussi? Di primo acchito, la sua tesi non sembrerebbe particolarmente scandalosa o peregrina. Per Bussi, il diritto comune va inteso semplicemente come « l'insieme dei principi delle costruzioni giuridiche e delle risoluzioni pratiche, rispettivamente formulate, create od escogitate dalla dottrina » (10). Certo, il tenore delle argomentazioni con cui Bussi illustra e sostiene la sua tesi non è fra i più perspicui e convincenti — valga come esempio la bizzarra distinzione che egli introduce fra teorie 'tradizionali' e teorie 'innovative', quasi che queste ultime, piuttosto che le prime, realizzassero l'equazione fra diritto comune e dottrina giuridica.

Non sono però gli aspetti più fragili del saggio di Bussi, ma proprio il suo nucleo costitutivo che sembra per Calasso clamorosamente irricevibile, l'idea cioè che il diritto comune possa ricondursi senz'altra specificazione alle teorie dei giuristi.

L'identificazione del diritto comune con le dottrine dei giuristi costituisce, per Calasso, una sottovalutazione e, insieme, una sopravvalutazione del sapere giuridico.

Una sottovalutazione: perché il sapere giuridico compare 'soltanto' come sapere, come un insieme di dottrine, e perde corrispettivamente

---

(9) E. Bussi, *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano, Soc. ed. Vita e Pensiero, 1935.

(10) *Ibidem*, p. 55.

la sua (per Calasso) necessaria connessione con le norme, la sua profonda corrispondenza con l'ordinamento.

Ridurre il diritto comune (vorrei dire parodiando Holmes) a ciò che la dottrina effettivamente pensa è però anche sopravvalutare il ruolo di quest'ultima. Da questo punto di vista, l'errore di Bussi è stato quello di non aver capito che « la posizione dommatica dell'attività scientifica dei giuristi, nel sistema delle fonti del diritto comune, rimase sempre ed esclusivamente quella di attività interpretativa, sul fondamento logico e giuridico e quindi con tutte le norme e i limiti che ogni attività interpretativa può avere in un *sistema legislativo* » (11).

La mia impressione è che il giudizio calassiano, alla luce di una diversa pre-compressione storico-ermeneutica, possa oggi essere rovesciato: e che possano essere considerate rispettivamente una 'sopravvalutazione' dello 'ius commune' la tesi della spontanea corrispondenza fra 'dottrina' e 'ordinamento' e una sottovalutazione del lavoro ermeneutico della dottrina l'idea di una *interpretatio* che lavora nei limiti di un 'sistema legislativo' già dato — il diritto romano e canonico, appunto. Ed è singolare che proprio a proposito del rapporto fra sapere giuridico, interpretazione e norma Calasso abbia messo in parentesi le proprie convinzioni neoidealistiche, abbia trascurato le ragioni della soggettività per accogliere le impostazioni 'oggettivistiche' della dogmatica giuridica 'tradizionale' (12).

3. Tenterò allora a questo punto di avanzare qualche ipotesi non solo critica, ma costruttiva. Propongo a questo scopo il seguente 'esperimento mentale'. Immaginiamo di sottrarre dalla suggestiva visione calassiana del sapere giuridico medievale la componente dell'immediato rispecchiarsi del pensiero in ordinamento: ne risulterà un panorama variegato di testi di sapere giuridico di cui ancora non sappiamo nulla, ma di cui non presumiamo di sapere la 'necessaria' ricaduta ordinamentale. Manteniamo poi ferma la tesi, che Calasso stesso avanza, pur in un orizzonte fortemente limitativo del concetto stesso di interpretazione, che i testi di sapere giuridico sono « sempre ed esclusivamente » espressione della « attività interpretativa » del giurista; e tentiamo su queste basi di immaginare un quadro euristico coerente. Mi sembra che le linee principali possano essere schematizzate nella formulazione seguente:

---

(11) F. CALASSO, rec. a E. BUSSI, *Intorno al concetto di diritto comune*, cit., in "Rivista di storia del diritto italiano", IX, 1936, p. 331. [il corsivo è dell'autore]

(12) B. PARADISI (*Il problema,* cit., p.1045) rileva al proposito l'ambiguità dell'idea calassiana di interpretazione.

a) I testi di sapere giuridico non sono niente di più e niente di meno di testi di sapere.

Non sono niente di più di testi di sapere. Non sono cioè testi che, per il solo fatto di riferirsi interpretativamente a testi prescrittivi, si pongono già come tali regolativi dell'esperienza o si rivelano capaci di offrire uno specchio immediatamente riflettente la vita di un qualche ordinamento. Il testo di sapere giuridico non coincide con l'ordinamento dell'esperienza, è, come ogni testo di sapere, un punto di vista sul mondo, un tentativo di rendere intelligibili (*more iuridico*, nel nostro caso) i dati dell'esperienza: di questi, i testi di sapere offrono una rappresentazione 'modellizzante', non una fotografia 'realisticamente' ineccepibile. Attendere dai testi di sapere giuridico una descrizione della vita 'effettiva' dell'ordinamento è porre una domanda legittima al testimone sbagliato. Proprio perché i testi di sapere danno un senso all'esperienza, essi creano, immaginano, per via di astrazione, un ordine possibile e solo obliquamente, marginalmente ed episodicamente vengono a riferirsi alla vita (necessariamente individuata, locale, particolare) dell'ordinamento.

I testi di sapere giuridico, però, se non sono niente di più, non sono niente di meno dei testi di sapere. Intendo dire con questo che i testi di sapere giuridico, come ogni testo di sapere, costituiscono un'espressione fondamentale di un contesto storico-sociale — e non sarebbe il caso di ripetere questa ovvietà se un malinteso 'empirismo' non tendesse a svalutare i testi di sapere come apparenza di fronte alla 'vera' realtà, riduttivamente identificata con 'ciò che effettivamente succede'. Le sentenze di un tribunale o le pratiche notarili non introducono, di contro ai testi di sapere, alla realtà: introducono ad un peculiare e specifico livello di realtà, che non gode di alcun primato ontologico, ma coesiste e si intreccia con i più vari aspetti del contesto storico considerato.

b) I testi di sapere giuridico si costruiscono come testi interpretativi di altri testi, come testi interpretativi di testi prescrittivi. Se è vero che questa caratteristica è di regola ricorrente nei testi di sapere giuridico appartenenti alle più varie culture, è vero anche che per tutta l'epoca che Calasso intitolava al diritto comune il ruolo dell'*interpretatio* emerge con particolare evidenza. L'*interpretatio*, prima di essere una serie raffinata e intricata di procedimenti ermeneutici teorizzati e praticati, denota il generale porsi del giurista di fronte al testo prescrittivo: un porsi di fronte al testo, per il giurista medievale, in qualche modo ermeneuticamente 'estremo', quasi una gigantesca verifica spe-

rimentale delle più audaci ermeneutiche 'decostruzioniste'. Addirittura il testo su cui il giurista medievale lavora non è un testo che egli trova, per così dire, già pronto all'uso: è un testo che egli inventa, o reinventa, come testo prescrittivo valido, è un testo di cui egli fissa le condizioni di senso e di validità, è, infine, un testo che egli usa per accreditare se stesso come ceto professionale, come interprete socialmente autorevole di quel testo ([13]).

Vediamo di trarre qualche conseguenza da queste (inevitabilmente contratte e rapsodiche) affermazioni.

a) Le domande oggi storiograficamente preminenti mi sembrano riconducibili a due schemi principali. Una prima serie di domande si indirizza (deve, a mio avviso, sempre più intransigentemente indirizzarsi) all'analisi microstorica degli ordinamenti. Il terreno privilegiato è il terreno dell'effettività giuridica: è il mondo delle pratiche, è il microcosmo sociale del singolo ordinamento, un intreccio, fortemente localizzato nello spazio e nel tempo, di azioni e interazioni sociali che si organizza secondo regole, che si struttura secondo la logica concreta dei poteri, delle norme, delle resistenze.

Oltre le pratiche, si apre un altro mondo, il mondo (che vorrei dire, in prima approssimazione, parallelo) dei saperi, quindi anche del sapere giuridico. Rispetto al mondo delle pratiche, i suoi caratteri sono nettamente differenziati: quello è settoriale e localizzato, questo è diffuso, tendenzialmente ubiquitario; quello è dominato da azioni precisamente individuate, questo è caratterizzato da tipi (astratti e generali) di azioni; questo si chiude in ciò che effettivamente succede, quello elabora un ordine generale e meramente possibile.

Il mondo dei saperi, dunque, proprio perché caratterizzato da una propria logica, perché radicato in un ceto professionale specifico, appare, in prima approssimazione, rispetto al mondo della vita 'effettiva' del singolo ordinamento, un mondo, come dicevo, parallelo. Si deve però per questo escludere l'esistenza di una fitta rete di canali di comunicazione fra i due mondi? Certamente no. Ed il microstorico indagatore della prassi giurisprudenziale o delle strutture istituzionali non tarderà ad accorgersi che nell'effettivo disciplinamento del suo microcosmo sociale collaborano, in un complesso *mélange*, norme, discorsi, simboli della più varia provenienza, quindi anche espressioni

([13]) B. Paradisi (*Il problema,* cit., p. 1095 e pp. 1110-1112) tende invece ad attenuare o comunque a problematizzare il carattere, per così dire, appropriativo e trasformativo (nei riguardi del testo prescrittivo) del lavoro ermeneutico svolto dal giurista.

variamente importanti dei saperi, in primo luogo del sapere giuridico. E, reciprocamente, lo studioso del marsiliano *Defensor pacis* o l'interprete del bartoliano *De tyranno* non potranno trascurare quei profili della contestualità politico-giuridica, quei dati di realtà che i testi di sapere non fotografano 'realisticamente', ma certo presuppongono nel momento in cui li ripropongono trasposti nell'ordine specifico che essi costruiscono-immaginano.

Chiediamoci allora, per concludere, se e come possa ancora porsi il problema dell'unità. Si è visto come questo problema rinviasse all'esigenza, difficilmente rinunciabile, di rendere comprensibile e comunicabile un'esperienza storico-sociale indicandone la direzione di senso. A questa esigenza Calasso intendeva rispondere appoggiando la vita degli ordinamenti particolari ad un sistema-ordinamento, il 'sistema del diritto comune': esso era concepito, attraverso la dialettica fra 'ius proprium' e 'ius commune', come una realtà ordinamentale capace di rispecchiare senza smagliature l'interezza dell'esperienza socio-giuridica medievale. Grazie alla dialettica fra 'ius proprium' e 'ius commune', grazie all'armonia prestabilita fra sapere giuridico e ordinamento, il problema dell'unità trovava una soluzione sostantiva e 'realistica': sapere giuridico e ordinamenti (particolari) trovavano la loro condizione di esistenza e di pensabilità nella realtà ordinamentale del diritto comune come 'sistema'.

È ancora obbligatorio dare all'esigenza dell'unità una così impegnativa risposta? La mia impressione, sorretta dalle argomentazioni precedentemente svolte, è che la postulazione del sistema-ordinamento del diritto comune come condizione di comprensibilità del medioevo giuridico possa essere opportunamente messa in parentesi. Restano allora 'soltanto' una ribollente pluralità di pratiche ed istituzioni, da un lato, un fitto intreccio di testi di sapere, e di testi di sapere giuridico, dall'altro lato, e restano i sempre vari, imprevedibili punti di innesto, di connessione fra i saperi e le pratiche, fra l'effettività politico-giuridica di un determinato ordinamento esistente e la prefigurazione, la costruzione-immaginazione di un ordine possibile. I testi di sapere ci comunicano il senso complessivo di un'esperienza entro la quale svolgono un ruolo fondamentale, ma sono necessariamente reticenti sulla vita effettiva dell'ordinamento. Quest'ultimo, per parte sua, ci mette in contatto con l'organizzarsi e regolarsi effettivo di un insieme di rapporti sociali, ma ci costringe ad uno spazio politico-istituzionale rigidamente determinato. L'unità allora, da macro-ordinamento realmente esistente, da ordine realizzato e trasparente della totalità medie-

vale, si converte in un'idea regolativa della ricerca, nell'obiettivo, insieme vincolante e inattingibile, di cogliere la 'domanda di senso' che dagli ordinamenti raggiunge i saperi e, rispettivamente, il precipitare del macrocosmo in quel 'piccolo mondo' di cui la ricerca si fa provvisoria narrazione.

I 'PADRONI DELLA LEGGE'. LEGGE, INTERPRETAZIONE, LIBERTÀ NELL'ILLUMINISMO GIURIDICO

1. *Cenno preliminare.*

Che la legge occupi una posizione privilegiata nella visione politico-giuridica dell'illuminismo è una convinzione che ogni giurista, credo, è pronto a condividere senza difficoltà: molteplici e diversificate tradizioni otto-novecentesche insistono infatti nell'indicare nell'illuminismo la matrice di quell'assoluta supremazia della legge che la 'modernità' giuridica eredita e presenta come l'elemento caratterizzante del proprio paradigma. Tornare a riflettere sul nesso 'illuminismo-legislazione' potrebbe quindi apparire doppiamente superfluo, per un verso in quanto, sul terreno propriamente storiografico, il tema è stato ampiamente affrontato in contributi di carattere generale come in analisi ravvicinate di autori e di temi specifici (1), mentre, per un altro verso, la connessione storico-teorica fra il primato della legge e alcuni princìpi e tecniche caratteristici della civiltà giuridica 'moderna' (la divisione dei poteri, la certezza del diritto, lo strumento 'codice') sembra tanto assodata quanto univocamente riconducibile alle sue matrici settecentesche.

Se poi ritenessimo comunque opportuno tornare ad affrontare entrambi i profili del problema, se volessimo cioè interrogare di nuovo

---

(1) Valgano, come riferimenti obbligati per la storiografia giuridica italiana, i lavori di G. D'Amelio, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Giuffrè, Milano 1965; M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di Comunità, Milano 1966; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, I., Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna 1976; R. Ajello, *Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Jovene, Napoli 1976; P. Comanducci, *L'Illuminismo giuridico*, il Mulino, Bologna 1978.

Orig. in « Rivista di diritto costituzionale », VI, 2001, pp. 14-39.

intorno al tema della legge i grandi testi dei riformatori settecenteschi, convinti dell'inesauribile fecondità dei 'classici', e nello stesso tempo ci proponessimo di indagare sulla 'fortuna' dell'illuminismo nelle tradizioni giuridiche otto-novecentesche (sul modo in cui la cultura giuridica degli ultimi due secoli, nelle sue molteplici e contraddittorie tradizioni, ha riflettuto sulle sue matrici illuministiche), dovremmo prepararci a svolgere un'indagine di grande respiro ed impegno, che non può ovviamente contenersi nelle brevi pagine di un saggio.

Mi limiterò quindi a proporre, tanto per il primo quanto per il secondo fronte problematico, soltanto un indice ragionato di temi che possa servire non a risolvere ma ad impostare, a rendere più articolata e concreta, la domanda sul nesso storico-teorico 'illuminismo-legislazione'.

2. *Legge e interpretazione.*

La riflessione che nel corso del Settecento (in Italia, in Francia) viene svolgendosi intorno al tema della legge non ha un carattere 'gratuito', disinteressato e contemplativo: nasce da inquietudini e insoddisfazioni che investono prima l'amministrazione della giustizia e la prassi giuridica per coinvolgere poi l'organizzazione dei poteri e l'assetto politico-sociale nel suo complesso, in un concerto di voci fortemente 'individualizzate' e dissonanti fra loro, tanto da rendere problematico qualsiasi tentativo di generalizzazione. È però diffuso un *cahier de doléances* che trova un'espressione esemplare nel muratoriano *Dei difetti della giurisprudenza*.

Il punto dolente per Muratori è la dilagante varietà delle opinioni dei *doctores iuris*: in un imponente, plurisecolare processo si è sviluppata intorno alle *leges* giustinianee una *interpretatio* dottrinale che si è gradualmente sovrapposta al testo normativo, lo ha oscurato anziché illuminarlo svolgendo nei suoi confronti una modesta funzione strumentale, per proporsi infine come un gigantesco repertorio di argomenti che legulei venali e disinvolti riescono a piegare alle più diverse e contraddittorie destinazioni.

L'insoddisfazione nei confronti del sapere giuridico dominante è diffusa e ricorrente, ma in Muratori non si traduce in atteggiamenti radicali e iconoclasti. Muratori è un realista, consapevole dell'inevitabile complessità cui l'applicazione della norma va incontro: non arriva a sostenere, come gli « antichi favoleggiatori », che la giustizia è volata in cielo, continua a crederla « tuttavia in terra », ma la ritiene comun-

que « involta in molte tenebre, a rischiarar le quali non rade volte né pur giungono i veri amatori e cercatori della giustizia ». Le difficoltà non attengono alla definizione dei princìpi: le leggi di natura, « le leggi primarie del giusto e dell'ingiusto », sono princìpi universali facilmente comprensibili e definibili, che si riflettono di regola nelle legislazioni positive. I problemi nascono nel momento in cui la norma si trova a fronteggiare i casi particolari, la varietà dei contesti, l'imprevedibilità di circostanze « di sì grande attività, che quello che dianzi era giusto può divenire ingiusto e vizioso e ciò che era ingiusto e cattivo, può cessare d'esser tale » (2).

La pessimistica, o realistica, convinzione dell'insuperabile incertezza immanente al processo di applicazione del diritto non impedisce comunque a Muratori di avanzare proposte capaci a suo avviso di contenere i 'difetti' della giurisprudenza.

Occorre in primo luogo disporre di leggi omogenee e non contraddittorie e tali non possono certo dirsi le leggi di Giustiniano: Muratori, a differenza di altri, più radicali, 'riformatori', non le attacca frontalmente e si unisce « colla repubblica legale » nell'omaggio di rito protestandole « degne di gran venerazione », ma nemmeno si esime dal denunciare la disomogeneità del *Corpus Iuris*, le sue interne contraddizioni, la superfluità di alcune sue parti. Sembrerebbe allora ragionevole ed auspicabile « che i prìncipi facessero comporre un esattissimo e chiaro estratto e compendio metodico di tutte le leggi di Giustiniano, convenevoli all'uso de' nostri tempi, risecando le superflue, le riprovate e le contrarie [...] » (3).

Se dunque nell'agenda muratoriana una prima misura è un intervento di razionalizzazione del principale apparato normativo esistente (e si suggerisce non tanto un distacco traumatico dal *Corpus Iuris* quanto una sua riproposizione emendata e tirata e lucido), una seconda misura persegue un obiettivo analogo sul terreno della *interpretatio*: il principe darà incarico ai migliori giuristi di individuare le più intricate ed importanti *quaestiones disputatae*, esaminare le diverse soluzioni proposte e scegliere infine quelle più conformi « alle leggi di Giustiniano oppure ai principii del gius di natura e delle genti » e confortate da una prevalente applicazione nei tribunali e nella « Ruota romana »; e saranno appunto queste soluzioni a divenire « per determinazione del

(2) L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), Rizzoli, Milano 1958, pp. 66-68.

(3) Ivi, p. 100.

principe » « legge per l'avvenire », pur con i debiti adattamenti dovuti al rispetto degli statuti e delle consuetudini locali (4).

È un intervento del principe sul corpo della legislazione esistente e della tradizione giuridica che dunque Muratori auspica: una razionalizzazione dell'ordine giuridico che non può non assumere la forma di un nuovo corpo di leggi, dovuto all'iniziativa di un principe disposto a rinnovare al presente l'antico esempio di Giustiniano (5).

La lezione di Giustiniano potrebbe peraltro essere seguita anche in un'altra direzione: nel porre un freno al dilagare delle interpretazioni per mettere di nuovo al centro il testo normativo (6). Per Muratori l'incertezza dilagante nella prassi giuridica, se in qualche misura appare legata allo iato che separa la previsione generale e astratta della norma dalla non dominabile varietà dei casi concreti, è però accentuata ed esasperata non solo dalle antinomie delle norme vigenti, ma anche e soprattutto dalla loro eclissi, dalla superfetazione dell'interpretazione. L'invito a razionalizzare l'ordinamento giuridico con appositi interventi legislativi potrebbe allora coniugarsi con l'esigenza di ripristinare la centralità del testo normativo; « il primo rimedio » potrebbe allora sembrare quello già raccomandato da Giustiniano e modernamente adottato da Vittorio Amedeo II: riserbare cioè « tutto lo studio degli avvocati e giurisdicenti al solo testo delle leggi, con bandire la sterminata folla di tutti i suoi interpreti, trattatisti e consulenti » (7). Il processo di interpretazione e di applicazione delle leggi non coinciderebbe allora con la contrapposizione di opposte *auctoritates* ma si tradurrebbe in un'analisi ravvicinata dei testi normativi e in un confronto fra argomenti razionali: « la ragione infatti dovrebbe essere quella che movesse i giudici a sentenziar più in una, che in altra maniera, e non già il citar filze di autori [...] ». In realtà, Muratori è di nuovo prudente, non assume un atteggiamento liquidatorio nei confronti della tradizione di *ius commune*, diffida di una ragione 'nuda', che, priva dell'appoggio e dei vincoli della tradizione, è esposta, non

(4) Ivi, pp. 122-23.

(5) Ivi, pp.127-28.

(6) Cfr. di recente P. Alvazzi Del Frate, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e 'riferimento al legislatore' nell'illuminismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2000.

(7) Ivi, p. 111.

meno o forse più della ragione 'tecnicizzata' dei causidici', ad un uso arbitrario e strumentale da parte dei giudici (8).

Sono appunto l'incertezza della prassi e l'arbitrarietà della decisione giudiziale i difetti capitali di una giurisprudenza che non può trovare dal suo interno una soddisfacente via di uscita e rende quindi inevitabile un intervento *ex alto*: l'intervento del principe, l'intervento di un potere che, a differenza del giudice, è lontano dal gioco delle parti e degli interessi contrapposti, è libero da condizionamenti, guarda soltanto alla « pubblica utilità » e può di conseguenza spezzare con la spada della legge il nodo gordiano che unisce inestricabilmente l'irriducibile molteplicità delle interpretazioni con l'arbitrio (troppo spesso 'interessato') del giudice (9). Occorre insomma « che i prìncipi mettano la falce alle radici, troncando, per quanto mai possano, le controversie ed inviolabilmente ordinando con leggi e statuti nuovi, quello che in avvenire avrà da osservarsi nei tribunali della giustizia » (10).

Certo, Muratori non si attende nessun risultato miracolistico. Non solo l'intera materia contrattuale è inevitabilmente sospesa alla decifrazione delle intenzioni dei contraenti, e quindi all'incertezza ed arbitrarietà derivanti da un siffatto processo interpretativo, ma resta, in generale, insuperabile la difficoltà di fondo: il carattere astratto e generale della norma e la sua incapacità ad 'inseguire' i casi sempre nuovi e diversi. La stessa proliferazione dell'*interpretatio*, pur deprecata nei suoi esiti finali, è acutamente ricondotta da Muratori al carattere 'statico' della norma di contro alla varietà dei casi e alla mutevolezza delle circostanze: « non poté Giustiniano preveder tutti i casi sottoposti a liti, né risolvere tutti i dubbi, risultanti dalle diverse circostanze e dalle innumerabili azioni e volontà degli uomini. Son venute migliaia d'altri Ulpiani, Papiniani, Triboniani dopo il secolo XI, che han prestato questo rilevante soccorso alla giurisprudenza [...] » (11). Corrispettivamente, la nuova, auspicata legislazione è immaginata da Muratori non come una rottura clamorosa della tradizione, non come un codice insofferente delle varietà locali, ma come la determinazione autoritativa di quelle opinioni comuni che si trovino « canonizzate nei

(8) Ivi, pp. 115-17.
(9) Ivi, pp. 246-47.
(10) Ivi, p. 248.
(11) Ivi, p. 102.

più rinomati tribunali dell'Europa letterata e adattate all'uso e alle consuetudini dei diversi paesi » (12).

Muratori non spera di sbarazzarsi una volta per tutte dell'incertezza che insidia costitutivamente la prassi giuridica, non pensa di poter sottrarre la giurisprudenza al dominio dell'opinione: non crede insomma che l'intervento del principe serva a mettere in parentesi l'interpretazione e a rendere possibile la perfetta trasparenza della decisione giudiziale. « Sia per la difficoltà di conoscere il vero e l'equo, nonché per la troppa varietà dei casi singoli, che il più delle volte è arduo di inquadrare nell'ambito della legge universale », la giurisprudenza resta aperta alla divergenza delle opinioni e ai conflitti: la legge, i princìpi generali, producono effetti soltanto attraverso la mediazione di una 'virtù', la « Prudenza », che trascende la mera 'scienza del diritto', l'astratta conoscenza delle norme, e coincide con la capacità di « discernere, con acume, quale legge si debba applicare effettivamente in ogni singolare evenienza [...] » (13).

La legge non ha per Muratori un valore taumaturgico nei confronti dei 'difetti della giurisprudenza': essa però gli appare comunque il perno di un intervento riformatore che, senza indulgere ad aspettative palingenetiche e miracolistiche, mira a ridurre il tasso di incertezza e di arbitrarietà che affligge la prassi giurisprudenziale dell'Europa settecentesca.

Al centro della visione muratoriana della legge si delinea dunque un nesso tematico di carattere disgiuntivo che resterà al centro del dibattito giuridico in tutto il 'Settecento riformatore': la legge contro l'arbitrio, la certezza contro l'incertezza. Nel prudente Muratori l'opposizione non è assoluta ma relativa e incoativa: se l'incertezza è ineliminabile, se l'arbitrarietà tende a risorgere sempre dalle ceneri, è comunque la legge lo strumento capace di diminuirne l'estensione e l'incidenza.

Legge ed arbitrio sono dunque grandezze connesse ed opposte, la cui congiunzione implica però il rinvio a piani o livelli di esistenza diversi: l'arbitrarietà e l'incertezza sono i tratti caratteristici dell'attuale esperienza giuridica, mentre la legge può svolgere la sua funzione solo postulando uno scarto rispetto al presente. L'apparato normativo

---

(12) Ivi, p. 249.

(13) L.A. Muratori, *De codice carolino sive de novo legum codice instituendo*, in L.A. Muratori, *Scritti politici postumi*, a cura di B. Donati, Zanichelli, Bologna 1950, p. 18 (tr. ital. pp. 120-21).

concretamente esistente (il *Corpus Iuris*, innanzitutto), se non è attaccato in radice da Muratori, è comunque denunciato come inadempiente nei confronti di quella che dovrebbe essere la sua precipua destinazione: quale che sia il giudizio sui suoi contenuti, appare ormai insufficiente la sua capacità di assolvere alla funzione direttiva e chiarificatrice della legge. A contrastare efficacemente l'arbitrarietà delle decisioni, la proliferazione delle liti, l'incertezza delle opinioni serve dunque non la legge esistente ma la legge futura, una legge diversa in quanto messa di nuovo in grado di assolvere alla sua funzione primaria. La legge si presenta allora, insieme, come l'oggetto della riforma e come la leva principale della riforma stessa.

Legge ed arbitrio; legge e riforma: due nessi tematici (il primo di carattere disgiuntivo, il secondo di carattere congiuntivo) che costituiscono due snodi fondamentali della riflessione illuministica, pur assumendo valenze e producendo conseguenze diverse a seconda dei contesti e degli autori. In Muratori l'esigenza riformatrice si soddisfa attribuendo alla legge il compito di razionalizzare un sistema giuridico e sociale i cui fondamenti non sembrano messi in discussione. La legge è oggetto e veicolo di una riforma la cui destinazione di senso è un più efficiente ed ordinato governo della società. La legge è essenzialmente una tecnica di governo: per il « perfetto governo dello Stato sono anzitutto due i mezzi che si richiedono, entrambi da adibirsi a freno degli uomini: vuol dirsi, le Armi e le Leggi », le prime rivolte contro i « nemici esterni », le seconde impiegate per « dar ordine alle civili azioni degli uomini » e alla società politica, « la quale, priva di tal disciplina, tosto andrebbe in rovina » (14).

In quanto strumento di governo, la legge (la 'nuova' legge, la legge riformata, la legge ricondotta cioè alla sua fisiologica funzione direttiva) si propone non come il tramite di una nuova società, ma come il necessario correttivo delle disfunzioni che affliggono l'attuale sistema. Proprio per questo la legge rinnovata non pretende di cancellare il sapere giuridico consolidato, non aspira a sovvertire la prassi giuridica, non suggerisce un atteggiamento liquidatorio nei confronti delle *leges* giustinianee e soprattutto si mostra preoccupata di rispettare e valorizzare le varietà locali, la diversità e le autonome tradizioni dei diversi Stati.

Muratori è un cauto consigliere del principe, come peraltro molti *philosophes* sono od aspirano ad essere: mutano però volta a volta le

(14) Ivi, p. 7 (tr. ital. p. 111).

aspettative nei confronti del sovrano e, soprattutto nella seconda metà del secolo, si sviluppano discorsi che fanno della legge il perno di un discorso riformatore che va molto al di là di quella cauta razionalizzazione del sistema giuridico suggerita dall'erudito modenese.

Poco più di vent'anni separa il *Dei difetti della giurisprudenza* dai brillanti e corrosivi articoli di quella rivista milanese, « Il Caffè », che, memore dell'esempio dello « Spectator » addisoniano, si propone come organo (insieme) di formazione ed espressione di una opinione pubblica 'illuminata'. Nei « fogli » del « Caffè » l'attenzione al diritto è tutt'altro che marginale e l'attacco alla tradizione è aperto ed acre. Ad essere preso di mira è innanzitutto il fondamento normativo del sistema dello *ius commune*, il *Corpus Iuris*: « io non sono al certo del parere — scrive Alessandro Verri — di quegli che risguardano le leggi giustinianee con una stupida venerazione [...] »; la compilazione di Giustiniano è un « ammasso di leggi », un « monumento d'una grand'opera mal eseguita », che può paragonarsi alle rovine d'un grande ed informe palazzo ». L'errore capitale dell'imperatore è aver voluto raccogliere nelle *Pandette* una congerie di frammenti, una casistica giurisprudenziale, anziché fissare un insieme organico di princìpi generali, suscettibili di essere applicati ad una serie aperta di casi particolari (15).

Il disordine dell'attuale prassi giuridica trova quindi una sua prima causa nel disordine della legislazione: nel dipendere da un apparato normativo che non solo è legato ad un'epoca ormai tramontata da secoli, ma è privo di interna coerenza perché è nato come una semplice raccolta di materiali eterogenei. La giurisprudenza che si è sviluppata negli ultimi secoli ha tentato di colmare le lacune della legislazione appoggiandosi alla regola della *opinio communis*, facendo leva sui precedenti giudiziari, ma è stato un rimedio peggiore del male (16), perché non ha fatto che aggravare il vizio capitale della pratica giuridica: l'« incertezza del diritto » (17).

Alessandro Verri, non diversamente da Muratori, individua nella paralizzante 'indecidibilità' delle liti giudiziarie, nell'incertezza della prassi giuridica, il vizio principale del sistema, ma è più netto ed intransigente nell'opporre l'uno all'altro i termini canonici dell'esperienza giuridica: legge e interpretazione, legge e sapere giuridico, legge

---

(15) [A. Verri], *Di Giustiniano, e delle sue leggi*, in « Il Caffè, ossia brevi e vari discorsi distribuiti in fogli periodici », a cura di S. Romagnoli, Feltrinelli, Milano 1960, pp. 129-36

(16) [A. Verri], *Ragionamenti sulle leggi civili*, in « Il Caffè », cit., pp. 400-405.

(17) Ivi, p. 399.

ed equità. La tensione fra l'astrattezza della norma generale e la peculiarità dei casi tende a risolversi privilegiando il rigore della legge su una sua flessibile adeguazione alla realtà. Lasciare allo 'spontaneo' processo della prassi il compito di adattare una legislazione invecchiata e lacunosa ad una realtà in movimento conduce inevitabilmente all'incertezza del diritto, alla ridda degli interessi contrastanti, al predominio del ceto forense. Occorre invece far leva sulla legge: non si può però ricorrere ad una semplice razionalizzazione della legge romana, compromessa alla radice e irriformabile a causa della sua arcaicità, lacunosità ed incoerenza, ma occorre metter mano ad una legislazione interamente nuova.

Un vizio radicale esige un rimedio altrettanto radicale. « Non si tratta di un sistema, il di cui fondo sia buono, ma che vi siano sovrimposti dei difetti: si tratta di un totale disordine », di una assenza di « certezza nelle leggi », dal momento che manca « un codice » e disponiamo soltanto di « venti mila volumi di quistioni » (18). Non servono riforme parziali: servono norme di carattere generale, fra loro coerenti, prive di ridondanze, capaci di metter fine all'incontrastato dominio dell'interpretazione e dell'equità. « Il sostituire alle questioni le leggi, alla interpretazione la inimitabil loro chiarezza, ai dubbi gli assiomi, alla molteplicità la concisione, alle particolarità le universalità, ai dettagli la vastità delle vedute, sono le sole, e vere, riforme da farsi » (19).

Equità e interpretazione sono il dominio della probabilità e dell'incertezza: sono il trionfo del caso singolo, l'eccezione che diviene norma e fa 'esplodere' un sistema che non ha più punti fermi e prevedibili regolarità. Opporre l'ordine al disordine significa dunque ritrovare la « inesorabile universalità » della legge e accettare che essa, in quanto « inesorabile », possa essere « dura talvolta »: l'eventuale sacrificio del singolo interesse colpito è un male minore rispetto all'avvilimento della legge e alla sconfessione della sua portata generale. Fra l'universalità della legge e la singolarità del caso non possono darsi mediazioni e il tradizionale 'termine medio' — l'equità — è semplicemente uno dei principali veicoli del presente disordine: l'equità « vuol sempre dire arbitrio, ed arbitrio vuol dire nessuna legge » (20).

La tensione, che già Muratori avvertiva acutamente, fra legge e

(18) Ivi, p. 415.
(19) Ivi, p. 416.
(20) Ivi, p. 414.

caso, fra legislatore e giudice, fra norma e interpretazione, viene risolta a vantaggio dei primi termini del rapporto ed esige una riforma radicale: « non v'è a mio parere — dichiara Alessandro Verri — riforma parziale che basti »; non servono interventi interni ad un sistema consegnato nelle mani del ceto forense, degli avvocati, dei giudici, finché non se ne capovolge la logica, « finché col favore istesso delle leggi il giudice, che dovrebb'essere il loro esecutore, potrà divenir legislatore in ogni sentenza: finché ei sarà padrone anziché servo delle leggi [...] » (21).

Si tocca con mano, nelle parole di Verri, una delle grandi connessioni tematiche che danno alla visione illuministica della legge la sua peculiare inflessione. La valorizzazione della legge (la ridefinizione delle sue caratteristiche qualitative, la determinazione delle sue funzioni) trae senso dal nesso di complementarità che la lega alla riformulazione del ruolo del giudice e dell'interprete. Se l'incertezza del diritto è legata alla deriva infinita delle interpretazioni e questa a sua volta è resa possibile dalle reticenze, contraddizioni, inadeguatezze della legge, la riforma del sistema giuridico coincide con una trasformazione qualitativa della legge (la legge sobria, chiara, coerente, generale, inderogabile) che pone ai margini o tendenzialmente azzera l'interpretazione.

Con apparente paradosso, i riformatori 'radicali' alla Verri sono perfettamente consapevoli della valenza (che un teorico ottonovecentesco chiamerebbe) 'creativa' dell'interpretazione: l'interpretazione infinita in cui si sostanzia il sistema giuridico precodicistico appare a tutti loro un processo produttivo di norme e proprio per questo l'*interpretatio* del giudice o del *doctor iuris* deve essere, a loro avviso, interdetta e bloccata. È dalla produttività normativa dell'interpretazione che scaturisce l'incertezza del diritto: l'interpretazione *è* creativa, ma *non deve* esserlo, perché è dalla confusione fra legge e sentenza, fra legislatore e giudice che nasce il disordine del sistema. Solo se norma e interpretazione, posizione e applicazione della norma appartengono a piani nettamente distinti cessano il disordine e l'arbitrio.

È a questo punto che interviene un ulteriore, e complementare, nesso tematico: il nesso disgiuntivo legge/interpretazione impone di tracciare una netta e invalicabile linea divisoria fra il legislatore e il giudice. Se legislatore è il sovrano — e che la legge sia l'espressione tipica della sovranità è un principio che gli illuministi possono racco-

(21) Ivi, p. 415.

gliere da una tradizione che risale a Bodin ma trova in lui più un fondamentale tramite che un punto di origine — il giudice non può essere a sua volta legislatore; ma tale egli diventa se è lasciato libero di interpretare la legge. Interpretare infatti significa, come scrive Pietro Verri, « sostituire se stesso al luogo di chi ha scritto la legge », « significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e quel *più* è la misura della facoltà legislatrice, che si arroga il giudice » (22).

L'invadenza del giudice non è però immotivata; nasce dalle carenze della legislazione, in due situazioni tipiche: quando il giudice si trova di fronte ad un caso non previsto e quando egli dispone non di una ma di più norme applicabili al caso, diverse e fra loro contraddittorie. L'interpretazione 'creativa' nasce da una sorta di supplenza che il giudice esercita in conseguenza delle inadempienze del legislatore e viceversa una legge qualitativamente ben costruita è in grado di ridurre al minimo o di azzerare il momento dell'interpretazione. L'apparato normativo deve essere quindi in primo luogo omogeneo e coerente, per evitare che l'interprete possa scegliere a suo arbitrio fra norme contraddittorie e deve, in secondo luogo, procedere ad una accurata e sistematica definizione delle classi di azioni che intende regolare. Certo, non è possibile escludere che alcune azioni sfuggano alle previsioni del codice: dovremo accettare allora l'inconveniente di un'azione non punibile e di un interesse non protetto; se però la legislazione è ben fatta, questi inconvenienti saranno rari e saranno comunque un male di gran lunga minore del disordine caratteristico del sistema attuale (23).

Legge *vs.* interpretazione, dunque: la legge come tramite di un ordine che il carattere arbitrario dell'interpretazione e il potere incontrollabile dei giudici mettono in scacco; è questo il tema che si ripropone con gli stessi accenti nella Milano dell'Accademia dei Pugni e dei fratelli Verri così come nella Napoli di Gaetano Filangieri. Proprio il giovanissimo Filangieri, nel '74, presenta con entusiasmo una legge, promossa da Tanucci, che imponeva ai giudici del Regno di motivare le sentenze, di attenersi alla legislazione vigente e non alle opinioni della dottrina e di rinviare al re la decisione quando il caso sembrasse normativamente non previsto (24).

---

(22) P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi*, in « Il Caffè », cit., p. 487.

(23) Ivi, pp. 487-88.

(24) Cfr. le osservazioni di N. AJELLO, *Il tempo storico delle "Riflessioni"*, in G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia* (1774), Bibliopolis, Napoli 1982, pp. II-XI. Sugli effetti e la

Le aspettative e le idiosincrasie di Filangieri si inquadrano perfettamente in quel nesso disgiuntivo fra legge e interpretazione di cui le pagine dei fratelli Verri hanno offerto un efficace esempio.

Per Filangieri la legge di recente varata è una diga contro il potere eccessivo dei giudici: « l'arbitrio giudiziario, è quello che si cerca d'estirpare. Bisogna dunque torre a' Maggistrati tutto quello, che li rende superiori alle leggi » (25). Imporre ai giudici la motivazione della sentenza serve a rendere controllabile un processo decisionale che è legittimo solo in quanto ricalca ed applica fedelmente la prescrizione legislativa: la legge si contrappone all'arbitrio e solo se l'interpretazione è « litterale » e non « arbitraria », solo cioè se l'interpretazione non estende 'creativamente' la sfera intenzionale della legge (« perché cosa è arbitrare, se non dispensare, o almeno modificare quello, che la legge ordina? »), il potere dei giudici cessa di essere un elemento di perturbazione di un ordine 'razionale'.

Dopo l'interpretazione 'creativa' (o « arbitraria »), anche per Filangieri il secondo nemico da sconfiggere è l'equità. Legittimare il giudizio equitativo in base alla necessità di temperare l'astrattezza della norma adattandola alle peculiarità dei casi sempre vari e diversi è un argomento specioso, che non riesce a superare l'obiezione fondamentale: che cioè l'equità opera come « una bilancia particolare, ed un peso proprio in ogni Causa » (26) concorrendo alla moltiplicazione delle soluzioni giurisprudenziali, al disordine, quindi alla vanificazione di regole incrollabili e comuni; l'equità, come « il dritto d'interpretare lo spirito della legge », distrugge « questa uniformità tanto necessaria per la libertà sociale » (27) ed entrambi sono solo due facce dell'arbitrario potere dei giudici: « equità, interpretazione, arbitrio non sono altro, che voci sinonime » (28).

Certo, anche Filangieri ha presente la principale difficoltà cui l'opposizione legge/interpretazione va incontro: se all'interprete è preclusa la facoltà di andare oltre il significato 'letterale' (o 'originario' o 'intenzionale') della norma, si riduce drasticamente il tempo di vitalità della norma, condannata ad un rapido declino di fronte al mutare delle

---

recezione della riforma cfr. M. Tita, *Sentenze senza motivi. Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai dispacci del 1774*, Jovene, Napoli 2000.

(25) G. Filangieri, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, cit., p. 11.

(26) Ivi, p. 20.

(27) Ivi, p. 29.

(28) Ivi, p. 32.

situazioni. Il problema deve però essere risolto, anche per Filangieri, tenendo fermo il principio del primato assoluto della legge: ai casi nuovi si risponderà con nuove leggi e il rischio dell'inflazione legislativa, della moltiplicazione eccessiva delle norme, se pure reale, è comunque un male minore dell'arbitrio giudiziale. Filangieri propone addirittura di istituire un'apposita magistratura (il « censore ») che verifichi il grado di deperimento delle leggi vigente e ne proponga tempestivi aggiornamenti (29). L'unica soluzione inaccettabile è quella intorno alla quale ruota da secoli il sistema dello *ius commune*, caratterizzato dalla confusione dei ruoli di legislatore e di giudice e dal primato della *interpretatio*. Al contrario, proprio per la sua valenza 'normativa' l'interpretazione, come la legislazione, spetta al sovrano e non al giudice: « cognizione del Fatto, applicazione letterale della legge: ecco a che si riducono tutti i doveri d'un Giudice » (30).

Ancora una volta, legge e interpretazione appaiono gli elementi di una connessione tematica centrale in tutto l'illuminismo giuridico. La riflessione dei riformatori settecenteschi sulla legge si sviluppa instaurando innanzitutto un nesso opposizionale fra legge e interpretazione. Questa opposizione non emerge all'interno di un'analisi dottrinale e togata dei sommi princìpi del giure, ma viene formulata e impiegata come strumento di diagnosi e di correzione dei 'difetti della giurisprudenza' e, più in generale, viene indicata come la leva di un'auspicabile trasformazione del sistema socio-giuridico esistente.

Certo, nello sfaccettato universo illuministico gli accenti sono vari e possono oscillare fra un atteggiamento più conciliante nei confronti del diritto romano e una totale insofferenza nei suoi riguardi, oppure fra una disponibilità a valorizzare il sapere giuridico tradizionale e una sprezzante denuncia della sua irrimediabile farraginosità e arretratezza. Più in generale è significativa una distinzione di fondo, che trova una sua limpida esemplificazione nell'atteggiamento di Muratori, da un lato, e nella posizione di Filangieri, dall'altro lato: se in entrambi i casi la connessione tematica 'legge-interpretazione' si pone al centro di un'analoga costellazione di problemi (la critica dell'incertezza, la lotta contro l'arbitrio, la centralità dello strumento legislativo), diverse sono però le direzioni di senso cui essa si apre, in un caso suggerendo una razionalizzazione, piuttosto che un'eversione, del sistema vigente, e

(29) Ivi, pp. 73 sgg.
(30) Ivi, p. 46.

nell'altro caso evocando associazioni ulteriori che postulano un distacco più netto e radicale dall'ordine esistente.

3. *Legge e libertà.*

La riflessione illuministica sulla legge non è contemplativa e 'disinteressata', ma 'interessata' e militante, difficilmente separabile da una qualche denuncia (pur di diversa radicalità) dei difetti del sistema giuridico positivo e da una conseguente aspettativa di una sua (parziale o totale) trasformazione. Ciò non significa però in nessun modo che la visione illuministica della legge nasca e si esaurisca entro la cittadella del giuridico e si proponga come una somma di rimedi alle disfunzioni 'tecniche' dell'ordinamento vigente. Al contrario, quanto più la riflessione sulla legge si apre alla prospettiva di una radicale 'delegittimazione' dell'esistente, tanto più numerosi e vitali appaiono i nessi che collegano l'immagine della legge con la visione complessiva dell'ordine politico-sociale.

Nel momento in cui Verri o Filangieri oppongono la legge all'interpretazione giudiziale per rivendicare al solo sovrano quella potestà normativa di cui il giudice indebitamente si appropria approfittando delle reticenze o inadempienze del legislatore, essi insistono su una connessione tematica tanto impegnativa quanto decisiva per intendere il senso della riflessione illuministica: la connessione fra legge e libertà.

Opporre legislatore a giudice, legge a interpretazione significa per Verri prendere sul serio la libertà. Se immaginiamo — scrive Pietro Verri — un paese interamente privo di pezze di appoggio legislative, la soluzione delle controversie sarà affidata ad un giudice le cui decisioni saranno inevitabilmente arbitrarie perché prive di qualsiasi parametro 'oggettivo': la mancanza di vincoli normativi rende 'assoluto' l'arbitrio del giudice e incontrollabile il suo operato e permette di configurare questo ipotetico regime come una perfetta incarnazione del 'dispotismo' (31). E non è determinante che ad esercitare il potere dispotico sia un uomo od un gruppo di uomini; è decisivo il fatto che in entrambi i casi l'esercizio del potere è sottratto a vincoli chiari, univoci, 'oggettivi' che 'dall'esterno' ne disciplinino le modalità, ne fissino i limiti, ne precostituiscano in qualche misura l'esito.

Il giudice-legislatore genera per Verri non già un complesso di disfunzioni 'tecniche' dell'ordinamento — l'incertezza delle liti, l'au-

---

(31) P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi*, cit., pp. 484 sgg.

mento della conflittualità, la venalità del ceto forense ecc. — ma una sua profonda perversione politica, tanto che gli inconvenienti prodotti dalla soluzione opposta, gli inconvenienti che derivano dal primato assoluto della legge e che pure i riformatori non omettono di menzionare — l'eventuale ingiustizia causata dalla rigida ed eguale applicazione della norma, l'inflazione legislativa imposta dalla necessità di far fronte al mutare della società e al moltiplicarsi dei casi non previsti — appaiono comunque ai loro occhi un male minore; l'arbitrio invece, proprio perché rende incerti i confini e i contenuti della libertà, è il male maggiore, un vizio 'strutturale' che insidia la conformazione stessa della *polis*, « un male di sistema » (32).

È all'idea di libertà che ricorre Filangieri per esprimere fino in fondo il senso dell'opposizione fra legge e interpretazione e dimostrare la necessità di bandire l'« interpretazione arbitraria »: ciò che per Filangieri compone la « libertà politica », la libertà dei cittadini nella *polis*, è « la sicurezza, e l'opinione di questa sicurezza » (33); ed è l'immagine, prima ancora della 'realtà', della sicurezza che viene vanificata dalla moltiplicazione delle soluzioni difformi, indotta dalla logica equitativa e dall'interpretazione 'arbitraria'. Il fantasma del dispotismo torna a comparire come la proiezione politica di un regime dominato dall'incertezza delle regole: « datemi dunque un Governo, nel quale i Magistrati possono arbitrare, e voi mi darete nel tempo istesso un corpo di despoti, il quale renderà il governo altrettanto peggiore del dispotismo assoluto, quanto il numero de' Magistrati supera quello dell'unità » (34).

La stretta associazione tematica fra legge e libertà (e fra i rispettivi antonimi, l'arbitrio e il dispotismo) non è ovviamente un'escogitazione singolare di Verri o di Filangieri, ma compare nei testi dei riformatori italiani al seguito di una lunga vicenda intellettuale cui conviene sinteticamente accennare per cogliere il senso e la portata dell'associazione stessa.

Il nesso 'positivo' fra libertà e legge è chiaramente tematizzato da Locke, che anche su questo terreno propone una netta alternativa allo schema hobbesiano. Hobbes non rinuncia affatto a tematizzare la libertà dei soggetti, cui dedica un apposito capitolo nel *Leviathan*. La libertà hobbesiana però comincia là dove finisce l'impero della legge: la

(32) Ivi, p. 488.
(33) G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano*, cit., p. 15.
(34) Ivi, pp. 25-26.

libertà è lo spazio giuridicamente 'vuoto' di un soggetto che trova nella legge un vincolo irresistibile e proprio per questo vede in essa la condizione di possibilità dell'ordine: « la libertà di un suddito è...solo in quelle cose che un sovrano ha omesse nel regolare le sue azioni » (35); la libertà è « quella parte del diritto naturale che viene rilasciata ai cittadini in quanto non è limitata dalle leggi civili » (36).

Locke muove invece dal presupposto che la libertà in stato di natura significa l'indipendenza di ognuno dal potere di ogni altro, ma non implica affatto una sottrazione del soggetto all'impero della legge naturale: la libertà caratterizza l'azione di un individuo che, senza subire le interferenze di chicchessia, si muove nei binari precostituiti dalla legge di natura; e la legge di natura, voluta da Dio, attribuisce precisi doveri e diritti a ciascuno: innanzitutto il diritto-dovere di conservare se stesso e, in secondo luogo, il dovere (purché compatibile con la *self-preservation*) di agire per la conservazione della società tutta (37).

La libertà non evoca dunque in Locke il movimento 'indisciplinato' di un soggetto che agisce impulsivamente, preda dei suoi istinti immediati, privo di direzioni significative e di regole cogenti, ma si coniuga al contrario con l'immagine di un soggetto 'padrone di sé', capace di autodisciplina, consapevole del nesso fra legge e libertà: la legge naturale, per un verso, dà alla libertà il suo specifico contenuto (collegandola funzionalmente al dovere-diritto di autoconservazione), mentre, per un altro verso, la rende inviolabile e irrinunciabile.

Certo, il variegato universo del riformismo settecentesco non ha un rapporto semplice ed univoco con la tradizione giusnaturalistica. Non è però necessario che i passaggi canonici del giusnaturalismo secentesco siano pedissequamente rispettati perché sia possibile accogliere (nell'essenza, non nei suoi aspetti superficiali) quel rapporto fra libertà e legge che Locke aveva delineato ricorrendo ai concetti di 'stato di natura' e di 'legge naturale'. Montesquieu, pur conservando l'idea di un ordine naturale come proprio quadro di riferimento, concentra la sua attenzione sull'ordine civile, sulla fenomenologia dei regimi politici, e si

---

(35) Th. Hobbes, *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 1974, II, 21, p. 188.

(36) Th. Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino*, in Th. Hobbes, *Opere politiche*, a cura di N. Bobbio, Utet, Torino 1959, XIII, 15, p. 260.

(37) J. Locke, *Secondo Trattato sul governo*, in *Due Trattati sul governo*, a cura di L. Pareyson, Utet, Torino 1960, § 7, p. 242.

lascia alle spalle il caratteristico lessico teorico giusnaturalistico (lo stato di natura, il contratto sociale): ciò non gli impedisce però di instaurare fra legge e libertà uno stretto rapporto di complementarità.

Il nesso legge-libertà è anzi nell'*Esprit des lois*, se non il principale snodo argomentativo, certo una delle nozioni-chiave. È questa nozione che fornisce il criterio essenziale per introdurre la distinzione più importante della fenomenologia politica montesquieuviana: non tanto la differenza fra repubblica e monarchia quanto la contrapposizione fra regimi pur diversi fra loro (e diversamente apprezzabili per Montesquieu) e tuttavia sani, normali, 'fisiologici', da un lato, e la loro inaccettabile 'degenerazione' patologica, la loro 'torsione' dispotica, dall'altro lato. Il 'male assoluto', in qualche modo un non-regime, è appunto per Montesquieu il dispotismo, quel regime che sostituisce l'arbitrio alla legge, quindi la volontà imprevedibile del despota alla prevedibile, fissa, 'regolare' prescrizione della norma.

Lungi dall'immaginare (hobbesianamente) la libertà individuale come uno spazio normativamente intatto, non raggiunto dalla legge, e la legge come un vincolo che limita e comprime le scelte del soggetto, Montesquieu presenta la libertà come inseparabile dalla legge, che ne costituisce la condizione di possibilità. La libertà è agire entro i binari che le leggi precostituiscono offrendo all'individuo una protezione e una sicurezza altrimenti impossibili. Legge, libertà e sicurezza si implicano a vicenda e si propongono come l'indice principale della legittimità dell'ordine. Per quanto i regimi siano diversi, per quanto differenziati siano i loro valori fondanti, è il nesso legge-libertà che, pur attraverso diverse soluzioni istituzionali, si ritrova al fondo di tutti i regimi 'normali'. Se la legge evoca libertà e sicurezza, il suo antonimo, l'arbitrio 'dispotico', si associa a paura e servitù.

Condizione stessa della legittimità del regime politico, il circolo virtuoso che lega insieme legge e libertà è anche l'obiettivo primario che il governo deve perseguire. I celebri espedienti di 'ingegneria istituzionale' (la divisione dei poteri, innanzitutto) suggeriti da Montesquieu sono strumenti funzionali a questo fine. Si tratta di controllare il potere attraverso il potere, di costruire l'assetto costituzionale in modo che, « per la disposizione delle cose, il potere freni il potere » (38). Occorre evitare la concentrazione delle funzioni in un solo detentore del potere e soprattutto impedire che legislazione e giurisdi-

(38) CH.-L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Utet, Torino 1952, XI, 4, p. 274.

zione si sommino e si confondano, occorre far sì che il potere giudiziario (un potere che Montesquieu chiama « terribile ») venga esercitato non da professionisti ma « da persone scelte tra il popolo » e divenga « per così dire, invisibile e nullo », vincolato al rispetto di leggi certe e precise, in modo che i soggetti agiscano in società sapendo « con precisione quali impegni vi si contraggano » (39).

Scopo primario del governo e condizione della legittimità del regime politico, la legge e la libertà si propongono come i decisivi parametri di valutazione dell'ordine positivo: quando Montesquieu teorizza la connessione fra legge e libertà, egli non enuncia un principio ideale, non descrive un rapporto fra 'essenze' concettuali, ma mette a punto un criterio che, nel momento in cui permette di 'misurare' la legittimità di un ordinamento positivo, si propone anche come criterio di una sua auspicabile modificazione.

Affermare che legge e libertà *sono* connesse significa insomma per Montesquieu sostenere, costringendo in un'unica sequenza molteplici livelli argomentativi, che esse *devono* esserlo, ma *possono* anche *non* esserlo effettivamente: significa insomma aprire la strada, insieme, ad un'analisi spregiudicata dei regimi politici, ad una valutazione etico-politica del loro grado di legittimità, alla prospettazione di una possibilità di riforma.

Certo, è essenziale che vi siano le leggi: sono le leggi come tali, quale che sia il loro contenuto, a segnare la differenza radicale che passa fra un vero e proprio regime politico e la sua patologica 'negazione', il dispotismo, dal momento che il 'governo delle leggi' si distacca qualitativamente dal 'governo degli uomini' battendo in breccia l'arbitrarietà e l'imprevedibilità di quest'ultimo. Se dunque è già la legge come tale che si raccomanda in ragione della generalità, astrattezza, impersonalità del suo comando e della prevedibilità delle sue conseguenze, essa tuttavia è ancora per Montesquieu una condizione necessaria ma non sufficiente della piena legittimità del regime politico. È a questo punto che il nesso legge-libertà dispiega tutta la sua importanza: la libertà « consiste [...] nella sicurezza, o nell'opinione che si ha della propria sicurezza » (40), ma la sicurezza è assicurata non già semplicemente da un oculato assetto costituzionale o dal carattere generale e astratto della legge, ma dai suoi specifici contenuti. La connessione tematica legge-libertà non ha un carattere soltanto for-

(39) Ivi, XI, 6, p. 279.
(40) Ivi, XII, 1, p. 320.

male, ma pone precisi vincoli sostantivi, spezzati i quali la legge stessa si perverte in strumento di oppressione e di insicurezza, tanto più pericoloso quanto più capace di investire direttamente la vita e i beni dell'individuo.

Non ogni legge, non la legge come tale, basta a difendere la libertà-sicurezza dei soggetti: la legge può essere 'buona' o 'cattiva' e solo una legge che confermi nei suoi contenuti prescrittivi il suo rapporto privilegiato con la libertà-sicurezza assolve fino in fondo al suo compito. Nascono da questo assunto l'attenzione che Montesquieu dedica al diritto penale e l'esigenza di convertirlo da strumento di minaccia in strumento di garanzia dei cittadini, intervenendo su di esso in nome di quel principio cardine — la corrispondenza fra la gravità del delitto e la pena comminata — che, nella sua trasparente razionalità, riesce a sconfiggere anche sul piano dei contenuti ogni residuo di arbitrarietà: « la pena non deriva più dal capriccio del legislatore, ma dalla natura delle cose, e l'uomo non fa violenza ad un suo simile » (41). E non è un caso che proprio con Montesquieu si connetta idealmente Beccaria nelle pagine di apertura del suo celebre saggio (42), che esordisce unendo in un unico verdetto di condanna, quale « scolo de' secoli i più barbari », le *leges* di Giustiniano e i « farraginosi volumi di privati ed oscuri interpreti » (43) e si sviluppa proponendo una radicale revisione non solo del 'sistema delle fonti' ma anche dei contenuti normativi e dei valori di fondo del diritto penale sostanziale e processuale.

Legge e libertà si intrecciano strettamente, dunque, nell'universo di discorso 'illuministico', ma questa connessione presenta due tratti essenziali, che ne offrono un'ulteriore e inconfondibile caratterizzazione. In primo luogo, il nesso legge-libertà non è solo un nesso di carattere 'formale': la legge non è veicolo di libertà solo in quanto è prescrizione astratta, generale, impersonale, solo in quanto si contrappone all'arbitrio in ragione della sua 'certezza' e della prevedibilità dei suoi effetti, solo in quanto si tiene a distanza dalle passioni e dagli interessi; la legge è tramite di libertà-sicurezza anche e soprattutto in

---

(41) CH.-L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., XII, 3, p. 324.

(42) « L'immortale Presidente di Montesquieu ha rapidamente scorso su di questa materia. L'indivisibile verità mi ha forzato a seguire le tracce luminose di questo grand'uomo [...] » (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino 1981, p. 10).

(43) Ivi, p. 3.

quanto i suoi contenuti prescrittivi sono riformulati a partire da una complessa visione sostantiva dell'essere umano, della società, dei suoi valori fondanti.

In secondo luogo, e di conseguenza, il nesso legge-libertà non serve a descrivere (legittimare) un assetto già dato, ma al contrario si inserisce nel varco aperto dalla tensione fra ciò che è e ciò che deve essere: la connessione tematica legge-libertà è inseparabile da quella tensione riformatrice che costituisce una dimensione caratterizzante del secolo.

Conviene prendere sul serio l'immagine del 'Settecento riformatore' (44). Certo, non si vorrà alludere con questa formula felice ad una sorta di *Zeitgeist* esaustivo di un secolo complicato ed eterogeneo e nemmeno si vorrà dare aprioristicamente per risolto il problema (indubbiamente aperto per lo storico della società e delle istituzioni) dei concreti effetti dell'una o dell'altra strategia riformatrice, della complicata geografia dei poteri e dei ceti in essa coinvolti, delle dinamiche complesse e diversificate dei vari 'sotto-sistemi' istituzionali e politici. Quando però si tolga alla formula qualsiasi pretesa 'olistica' e la si accolga come cifra di una peculiare e determinata strategia retorica, la riforma appare il filtro attraverso il quale una nutrita serie di testi guarda agli snodi fondamentali dell'ordine politico. Non si parla della legge se non in quanto vitalmente (formalmente e contenutisticamente) connessa con la libertà, ma anche non si tematizza il nesso legge-libertà senza assumerlo come elemento di un complesso 'giudizio': che prima delinea un modello o parametro ideale, poi lo impiega per valutare e denunciare le inadempienze dell'ordine effettivo e infine indica un'alternativa, movendosi entro un orizzonte 'critico' (45) che mette costantemente in rapporto, e in tensione, realtà e modello, realtà e possibilità.

Se dunque il nesso legge-libertà occupa sicuramente una posizione centrale nell'immaginario illuministico, esso non è realmente comprensibile finché non viene a sua volta collocato entro una rete tematica più estesa. Di questa rete la riforma non è tanto uno snodo quanto l'orizzonte. Nel momento però in cui essa si propone come un 'pensiero dell'alternativa' ed apre il gioco della possibilità e della trasformazione, essa tende fatalmente anche a suggerire o a prefigurare alcuni

---

(44) L'ovvio riferimento è alla grande opera di F. VENTURI, *Settecento riformatore, 1., Da Muratori a Beccaria*, Einaudi, Torino 1969.

(45) Intendendo per 'critica' l'arte di « non essere governati in questo modo, in nome di questi princìpi, in vista di tali obiettivi e attraverso tali procedimenti » (M. FOUCAULT, *Illuminismo e critica*, a cura di P. Napoli, Donzelli, Roma 1997, pp. 37-38).

punti di forza su cui far leva. In questa prospettiva diviene importante un nesso tematico peraltro già spontaneamente postulato dalla valorizzazione della legge: il nesso con la sovranità.

Certo, l'assetto della sovranità è esso stesso bisognoso di una specifica attenzione 'riformatrice': solo organizzando il potere in modo che esso controlli se stesso, come voleva Montesquieu, è possibile evitare l'arbitrarietà del comando ed opporre i 'governi moderati' dell'Europa al « terribile dispotismo » dell'impero turco. La sovranità è però anche la leva indispensabile della riforma.

Certo, occorre procedere con cautela su un terreno dove la grande varietà delle aspettative e delle strategie caratteristiche dei testi settecenteschi rende incerto e precario qualsiasi tentativo di schematizzazione. Credo però che, pur scontando la molteplicità delle immagini di sovranità che si affollano nel 'Settecento riformatore', sia possibile ricordare alcuni tratti ricorrenti.

Un importante tratto ricorrente è una visione positiva e ottimistica della sovranità. È vero che la sovranità è esposta al rischio del dispotismo e come 'dispotici' possono essere denunciati specifici provvedimenti o episodi. La scelta dispotica non è però la strutturale inclinazione di un potere esposto 'in quanto tale' alla degenerazione e all'oppressione, ma è la congiunturale disavventura di un potere irrazionalmente esercitato: non appena la sovranità ritrova alla luce della ragione la sua originaria e fisiologica destinazione, essa svolge un ruolo benefico e insostituibile ed appare non la minaccia, ma il sostegno della libertà.

Non si concepisce la legge se non come strumento e declinazione della libertà e non si concepisce il nesso legge-libertà se non in connessione con uno 'spirito di riforma' che chiede di valutare 'ciò che è' alla luce di 'ciò che *deve* essere' (e che *può* venire ad essere): il nesso legge-libertà e il nesso legge-riforma sono però a loro volta inseparabili dal nesso legge-sovranità.

Sullo sfondo è ancora percepibile l'influsso esercitato da una lunga tradizione 'assolutistica', dalla quale provengono due convinzioni ancora operanti: in primo luogo è intatto il nesso (antico, ma riproposto e riformulato originalmente dai Bodin, dagli Hobbes, dai Pufendorf) fra *merum imperium* e potestà legislativa, l'idea della legge come espressione eminente della 'assoluta' sovranità; in secondo luogo è ancora forte la tendenza — che prende forma a partire dalla crisi della cristianità medievale e dal divampare delle guerre di religione — a guardare al sovrano come al principale baluardo del soggetto.

Nel secolo dei lumi questi due risalenti atteggiamenti di fronte alla sovranità si traducono in un principio elementare (anche se formulato in diversissimi modi), secondo il quale è il sovrano che, attraverso la legge che è l'espressione eminente, insieme, della sua *ratio* e della sua *voluntas*, provvede alla riforma dell'assetto politico e così agendo conferma il suo strutturale carattere benefico, la sua naturale alleanza con i soggetti. Certo, l'indifferenza di un Quesnay alle forme politico-costituzionali non ha molto da spartire con il gioco montesquieuviano dei pesi e dei contrappesi, così come l'enfasi repubblicana di un Helvétius non incrocia certo le aspettative voltairiane (peraltro presto deluse) nei confronti di Federico II. Ciò non toglie però che, al di là del caleidoscopio delle forme di Stato volta a volta raccomandate, si stagli una ricorrente immagine della sovranità: una sovranità benefica e riformatrice, benefica in quanto capace di trasformare l'ordinamento per renderlo congruente con i fini prescritti con indiscutibile chiarezza dalla ragione naturale.

Legge-libertà, legge-riforma, legge-sovranità: è la legge che, come espressione eminente della sovranità, impedisce l'arbitrio, si fa veicolo di certezza, razionalizza l'ordinamento, lo trasforma, lo 'riforma' impedendone le disfunzioni 'irrazionali' che mettono a repentaglio la libertà e la sicurezza dei soggetti.

Riformare l'ordinamento è intervenire su di esso per razionalizzarlo in funzione di una libertà-sicurezza di cui il sovrano è il primo e decisivo custode: è a questo capitolo ideale che occorre ricondurre le polemiche che (con diversi livelli di radicalità) coinvolgono il *Corpus Iuris*, la tradizione giurisprudenziale, il ceto forense, il ruolo del giudice. È il nesso libertà-legge l'epicentro di un siffatto programma di razionalizzazione; ed è un nesso a sua volta indisgiungibile dalla connessione libertà-riforma e libertà-sovranità.

Occorre però guardarsi a questo punto dal fraintendimento forse più grave nel quale incorreremmo se arrestassimo a questo punto la rete delle connessioni che innervano il campo semantico della 'legge' costringendo la valenza del nesso legge-libertà ad una dimensione prevalentemente formale. Certo, già il fatto che la legge sia valorizzata in funzione della libertà, già il fatto che il discorso illuministico sulla legge è in realtà un discorso sul nesso legge-libertà, impedisce di intendere l'illuminismo giuridico come una celebrazione della legge come tale. Decisiva è però la considerazione che la libertà di cui la legge è funzione non è una libertà 'vuota', non è la semplice assenza di arbitrio, non si identifica semplicemente con la 'certezza', con la prevedibilità

delle conseguenze dell'azione individuale, ma è una libertà contenutisticamente significativa: è la libertà di un soggetto che, titolare di precisi diritti e doveri naturali, si muove entro un ordine che la legge del sovrano rispecchia, rafforza, tutela.

La libertà del soggetto è la libertà-proprietà che, teorizzata da Locke a fine Seicento, nel nuovo secolo domina la scena, pur avvalendosi di schemi di fondazione profondamente diversificati e non più obbligatoriamente giusnaturalistici. La libertà-proprietà è, insieme, la sfera del *proprium* (già teorizzata da Grozio), lo spazio inviolabile del soggetto, e l'azione espansiva ed acquisitiva (il *labour* lockiano) di un individuo che agisce per conservarsi appropriandosi dei beni, moltiplicandoli e collaborando quindi, indirettamente, alla ricchezza collettiva e al benessere del tutto. La libertà-proprietà è il versante antropologico di un ordine naturale che sottende l'azione e l'interazione dei soggetti e trova nella legge del sovrano uno specchio, un'esplicitazione formale, uno strumento di tutela.

Esaltare il nesso legge-libertà è per l'illuminismo giuridico sostenere il rapporto obbligato fra la legge e l'ordine naturale, fra la legge e i diritti naturali dei soggetti, fra la legge ed un progetto di società che entra in rotta di collisione con l'ordine positivo: con l'ordine dei corpi, delle gerarchie, delle disuguaglianze giuridiche, delle proprietà 'bloccate' (e non è ovviamente un caso che ad esempio nelle pagine del « Caffè » le invettive dei fratelli Verri contro le leggi romane si intreccino con le lucide pagine di Alfonso Longo contro i fedecommessi (46)).

È nella fitta rete di siffatte connessioni tematiche (cui nell'economia di un breve saggio è possibile solo accennare) che occorre collocare la celebrazione illuministica della legge, il 'legicentrismo' di cui daranno prova i dibattiti e le decisioni politico-costituzionali della rivoluzione francese.

La tesi della centralità della legge non ha un carattere finale ma strumentale: la legge non è un valore in sé, ma conta in funzione della libertà, è lo strumento tecnico-giuridico di cui avvalersi per spezzare la logica dell'arbitrarietà e sostituirvi il dominio della certezza. Il nesso legge-libertà, che si pone al centro della riflessione illuministica, presuppone quindi il montesquieuviano bilanciamento dei poteri e si traduce in una rigida contrapposizione fra legge e interpretazione, fra

---

(46) A. LONGO, *Osservazioni sui fedecommessi*, in « Il Caffè », cit., pp. 86-97. Cfr. anche A. LONGO, *Istituzioni economico politiche* (1773), in C.A. VIANELLO (a cura di), *Economisti minori del settecento lombardo*, Giuffrè, Milano 1942, pp. 343 sgg.

legislatore e giudice: proprio perché l'interpretazione giudiziale è 'creativa' ('arbitraria', secondo il lessico settecentesco), essa usurpa il ruolo del legislatore, ma non può valere come un suo accettabile surrogato perché le norme da essa introdotte mancano delle caratteristiche che rendono legittima la norma legislativa; esse infatti, in primo luogo, non sono generali, non sono certe, sono esposte al gioco degli interessi, sono parziali, e, in secondo luogo, sono il mero specchio di un ordine socio-politico largamente inadempiente rispetto ai requisiti dell'ordine ideale. Emerge a questo punto la fondamentale connessione legge-riforma: la norma giudiziale è illegittima non solo perché veicolo di incertezza, ma anche perché strumento di mera conservazione di quell'assetto che la legge è in grado di mutare per renderlo collimante con i postulati dell'ordine naturale.

La legge, nel momento in cui si incrocia con il tema della riforma, acquista allora una valenza ulteriore: non è solo funzione della certezza, non è solo uno strumento al servizio di una 'razionale' (certa, prevedibile) organizzazione delle istituzioni giuridiche, non è solo lo strumento di garanzia di uno spazio individuale 'vuoto', di una libertà 'formale', ma è anche, e in modo decisivo, il tramite e lo specchio di un ordine sostantivo, di quell'ordine della libertà e della proprietà che la natura stessa pone come parametro di legittimità e come fine essenziale del regime politico.

Per l'illuminismo giuridico la legge si pone indubbiamente al centro dell'ordinamento; la sua centralità è però esattamente il contrario dell'autosufficienza e si regge piuttosto sui nessi tematici, sulle destinazioni funzionali che imprimono alla legge stessa il suo senso effettivo: lungi dall'essere concepita come 'forma' disponibile a riempirsi di qualsiasi contenuto, la legge è inseparabile da un progetto di società che la investe di precisi, vincolanti contenuti, è celebrata in funzione della libertà-proprietà-sicurezza del soggetto, è strumento di tutela di un inviolabile ordine naturale, è espressione di una sovranità ancora ottimisticamente concepita come naturale alleato dell'individuo, è infine iscritta in un campo di tensione che oppone l'ordine esistente ad un ordine possibile e alternativo.

4. *L'illuminismo giuridico e la sua problematica eredità.*

È attraverso una fitta rete di connessioni tematiche che è possibile intendere la valenza specifica attribuita alla legge dalla retorica illuministica. Se dunque una ricostruzione esaustiva dell'illuminismo giuri-

dico e della sua visione della legge dovrebbe approfondire quei nessi di cui ho offerto una parziale e cursoria elencazione e ricostruirne le diverse espressioni tenendo conto della varietà degli stili individuali, delle scelte teoretiche, dei contesti, resterebbe comunque ancora intatto quel secondo fronte problematico cui accennavo all'inizio: che riguarda non più l'illuminismo giuridico come tale, ma la sua 'fortuna' (o 'sfortuna') otto-novecentesca; riguarda cioè l'impiego che diverse tradizioni giuridiche hanno fatto delle categorie 'illuministiche', accreditandosi volta a volta come fedeli eredi del lascito settecentesco oppure come fieri contestatori delle sue inadempienze teoriche e politiche.

Anche per questo secondo fronte dell'indagine mi limiterò ad indicare alcuni passaggi e alcuni problemi (a mio avviso) rilevanti; e la sommarietà dei richiami è motivata in questo caso non solo dalla necessità di sintesi imposta dall'economia del saggio, ma anche dallo stato della storiografia, che, mi sembra, non ha ancora affrontato sistematicamente e sviscerato fino in fondo il problema della 'recezione' (e della rappresentazione) otto-novecentesca dell'illuminismo giuridico.

La visione illuministica della legge passa attraverso l'attivazione di una serie di connessioni tematiche (legge-libertà, legge-sovranità, legge-riforma, legge-ordine naturale ecc.) che attribuiscono ad essa il suo senso storicamente peculiare. Dall'insieme di questi nessi è possibile indicare riassuntivamente alcuni tratti caratterizzanti l'idea illuministica di legge: *a*) la legge come insieme di princìpi generali, astratti, affidati alla scrittura, inequivocabili, trasparenti; *b*) la legge come fonte esclusiva di norme, in contrapposizione all'arbitrarietà dell'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale; *c*) la legge come strumento di realizzazione della libertà-proprietà dei soggetti; *d*) la legge come specchio e tutela di un ordine naturale; *e*) la legge come espressione di una sovranità funzionalmente orientata alla tutela di un 'ordine di soggetti'; *f*) la legge come strumento di 'riforma', di adeguamento dell'ordine reale all'ordine ideale.

Il problema della recezione otto-novecentesca della concezione illuministica della legge potrebbe essere impostato chiedendosi se e come l'una o l'altra dottrina giuridica ottocentesca accoglie, corregge, respinge i tratti tematici ora ricordati.

Mi sembra che gli elementi indicati *sub* a) e *sub* b) siano stati approfonditamente discussi dalla storiografia nel momento in cui veniva messo a fuoco il fondamentale capitolo della 'codificazione'. Vengono allora al pettine due temi essenziali della vicenda giuridica

otto-novecentesca: il ruolo dominante della legge (e della 'forma-codice') nel sistema delle fonti (almeno nei paesi a diritto codificato), la teoria formalistica dell'interpretazione e la conseguente fortuna del 'sillogismo giudiziale'. La brillante formula dell''assolutismo giuridico', che Paolo Grossi ha in più occasioni (47) proposto per cogliere una linea di fondo della cultura giuridica 'moderna', compendia in sé entrambi i princìpi e dovrebbe riuscire, a mio avviso, facilmente persuasiva nei confronti dell'odierno interlocutore (48). Essa mi sembra presupporre, come suo implicito fondamento, il lungo sviluppo dell'ermeneutica novecentesca, il suo faticoso distacco da una teoria oggettivistica dell'interpretazione, la valorizzazione dell'insostituibile presenza del soggetto interpretante. Il riflesso di questa vicenda sull'ermeneutica giuridica non può essere che la riscoperta del ruolo attivo e 'creativo' del giurista-interprete, la convinzione del carattere 'inerte' del testo normativo come tale, la necessità di una sua messa in opera da parte del giudice o del *doctor iuris*, l'inevitabile protagonismo di una *iurisprudentia* che non si limita (lo sappia o no) a 'fotografare' il senso del testo, a riprodurlo nella sua 'oggettività', ma 'dà senso' al testo, lo riscrive continuamente, non opera attraverso operazioni deduttive, 'sillogistiche', ma impiega tutte le risorse della 'immaginazione' e della retorica (49).

L''assolutismo giuridico' è una formula che serve dunque ad indicare *una* tradizione otto-novecentesca (non l'unica tradizione, ma certo per lungo tempo la tradizione dominante) che siamo oggi in grado di 'storicizzare' alla luce di una visione più complessa dell'ermeneutica generale, dell'ermeneutica giuridica, delle forze produttive dell'ordinamento. La formula è efficace perché attraverso l'espressione 'assolutismo' essa riesce ad alludere a due distinte ma connesse 'assolutizzazioni' caratteristiche di una tradizione (o di un complesso di tradizioni) di indubbia importanza nel corso dell'Ottocento e del Novecento: da un lato la 'assolutizzazione' della legge, il 'legalismo', il culto della legge come tale, l'assunzione della legge come valore in sé, come suprema ed indiscutibile istanza; dall'altro lato l'azzeramento del

---

(47) Cfr. i saggi raccolti in P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano 1998.

(48) Una critica in U. Petronio, *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, in *I Codici napoleonici, T. I, Codice di procedura civile, 1806*, Giuffrè, Milano 2000, pp. XLIII sgg.

(49) Ho sviluppato questo tema in *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in « Diritto pubblico », I, 1995, pp. 1-34.

ruolo 'attivo' dell'interpretazione, la sua riduzione a cassa di risonanza del senso 'oggettivo' della legge, il carattere 'meccanico' dell'applicazione della norma (il 'sillogismo giudiziale').

Un problema a mio avviso delicato e ancora aperto riguarda semmai il rapporto fra le tradizioni ottocentesche di marca 'gius-assolutistica' e la concezione illuministica della legge. Un nesso è sicuro e difficilmente contestabile e riguarda i due tratti che si ritrovano puntualmente nelle scelte 'gius-assolutistiche' del positivismo formalistico ottocentesco: la centralità della legge, il suo ruolo 'delegittimante' nei confronti di altre possibili fonti di produzione normativa, ed il conseguente rifiuto di un'interpretazione 'creativa', l'immagine (l'ideale) del potere giudiziario come 'potere nullo'.

Se dunque è possibile stabilire una linea di continuità fra l'illuminismo giuridico e il positivismo formalistico ottocentesco in ragione dei due tratti ora ricordati, è anche vero che altri elementi giocano a favore di significative discontinuità. Se in entrambi i casi la legge è oggetto di una vera e propria celebrazione, è profondamente diversa la sua direzione di senso, dal momento che, in un caso, la legge è esaltata in vista della sua destinazione funzionale (alla libertà, ai diritti, alla tutela dell'ordine naturale, alla riforma), mentre nell'altro caso la legge vale come principio formale e autosufficiente dell'ordine, rimanendo impregiudicato il suo rapporto con i contenuti e con i fini. Allo stesso modo, la tensione riformatrice, caratteristica della visione illuministica della legge, la convinzione che la legge debba muoversi nel varco aperto dal confronto fra l'ordine reale e l'ordine possibile, fra l'ordine ingiusto e l'ordine legittimo, introduce una dimensione 'critica' e progettuale del tutto incompatibile con la pretesa 'avalutativa', 'apolitica', 'intemporale' del positivismo formalistico. Ancora diverse, infine, sono le aspettative nutrite nei confronti della sovranità (del nesso legge-sovranità): quella sovranità che, nell'immaginario settecentesco è ancora ottimisticamente concepita come 'razionale' e 'funzionale' ad un ordine di soggetti, tende a proporsi, nel positivismo statualistico tardo-ottocentesco, come valore in sé e come perno autosufficiente dell'ordine.

Appare allora particolarmente intricato e frastagliato il rapporto fra l''assolutismo giuridico' ottocentesco e i suoi 'precedenti' settecenteschi, dal momento che sicuri elementi di continuità si mescolano (come accade peraltro di regola nelle complesse vicende della trasformazione storica) con altrettanto significative cesure. Occorre anche tener presente che a questo problema possono darsi risposte differen-

ziate a seconda della domanda di fondo che sorregge la formulazione del problema stesso. Se il mio obiettivo è ricostruire la dottrina delle fonti e la teoria dell'interpretazione otto-novecentesche per coglierne le inclinazioni 'gius-assolutistiche' (o, se si preferisce, 'legicentriche' e formalistiche), è comprensibile che io cerchi nel passato i 'precedenti' o le prime avvisaglie dell'orientamento che costituisce l'oggetto primario della mia indagine. Se invece il mio scopo è la ricostruzione della visione illuministica della legge, la mia partita storico-ermeneutica si gioca all'interno di quel contesto e divengono determinanti le connessioni tematiche che innervano il campo semantico 'legge', mentre appare un problema, per così dire, 'fuori scena', il rapporto che il futuro formalismo positivistico instaurerà con l'eredità illuministica.

Ancora diverso è il caso quando oggetto dell'indagine divenga proprio il gioco dei prestiti e degli scambi intercorrenti fra contesti storici diversi: è appunto il caso di quel tema storiografico (ancora a mio avviso troppo trascurato) che potrebbe essere intitolato alla recezione otto-novecentesca dell'illuminismo giuridico. La mia impressione (ché per un giudizio ragionato occorrerebbe ben altra argomentazione e documentazione) è che l'eredità illuministica tenda a scomparire, quale corrente carsica, nelle sabbie o rocce dello statualismo positivistico e formalistico per rendersi semmai di nuovo parzialmente visibile in quella variegata cultura 'antitotalitaria' degli anni Trenta-Quaranta (50) che sente il bisogno di riscoprire, contro la tradizione statocentrica tardo-ottocentesca di cui il fascismo (assai più del nazionalsocialismo) si era disinvoltamente appropriato, il nesso fra legge e libertà, il ruolo strumentale della sovranità, la dimensione 'critica' e progettuale del discorso giuridico.

(50) Sul recupero storiografico dell'illuminismo nel corso del Novecento cfr. G. RICUPERATI (a cura di), *La reinvenzione dei Lumi. Percorsi storiografici del Novecento*, Olschki, Firenze 2000.

L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE: FRANÇOIS GÉNY E LA CULTURA GIURIDICA ITALIANA FRA OTTOCENTO E NOVECENTO

1. *Avvertenza preliminare.*

La teoria (o 'dottrina') dell'interpretazione della legge è il problema che mi accingo ad affrontare: un problema, per un verso, tanto familiare ad ogni giurista da non richiedere alcuna prolissa introduzione, ma, per un altro verso, così diffusamente presente nella cultura (e nella pratica) giuridica da costringere lo storico a introdurre drastici criteri di selezione del materiale [1].

Nel mio caso, il principale criterio di selezione è dato ovviamente dall'angolo visuale esplicitato nel titolo, ma esso deve essere ulteriormente precisato per non generare nel lettore aspettative destinate ad essere rapidamente deluse.

Non mi propongo una comprensione complessiva di Gény (sia pure in rapporto al tema prescelto): occorrerebbe per questo prendere sul serio i rinvii, di cui abbondano le opere del giurista francese, alle filosofie di diversa ispirazione così come allargare l'analisi del testo alla comprensione della tradizione (soprattutto civilistica) rispetto alla quale Gény prende posizione.

Non mi propongo nemmeno una ricostruzione analitica della teoria dell'interpretazione nella cultura giuridica italiana: occorrerebbe

---

[1] Un'interessante analisi dell'interpretazione giuridica nel quadro del dibattito ermeneutico contemporaneo è svolta da G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990. Problemi di storia e teoria dell'interpretazione giuridica sono affrontati da D. FARIAS, *Interpretazione e logica*, Milano, Giuffrè, 1990; una sintesi notevole per ampiezza e rigore è offerta da G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

Orig. in « Quaderni Fiorentini », 20, 1991, pp. 367-495.

per questo dilatare lo spettro tematico (e la stessa orchestrazione del materiale) oltre i limiti permessi dal presente saggio.

Non mi propongo infine di seguire la 'fortuna' di Gény in Italia: almeno se con questa espressione si voglia intendere la registrazione delle puntuali prese di posizione dell'uno o dell'altro giurista italiano di fronte all'opera del giurista francese (2); non perché le citazioni, i richiami, le adesioni, le contrapposizioni facciano difetto, ma perché la loro semplice giustapposizione non renderebbe giustizia all'importanza del problema (dei problemi) che Gény (certo non da solo: valga per tutti il nome di Kantorowicz, pur esso così frequentemente invocato) ha contribuito a porre all'ordine del giorno del dibattito giuridico (anche) italiano.

Il mio obiettivo è allora quello di delineare una mappa dei problemi che intorno alla tematica ermeneutica si vengono delineando, in Gény e nella coeva cultura giuridica italiana (3): non per stabilire inverosimili nessi di causa ed effetto, non per ipotizzare filiazioni semplici là dove invece operano tradizioni culturali aperte di necessità a svariatissime sollecitazioni, ma solo per cogliere, in testi (e contesti) diversi, l'affiorare di problemi (non necessariamente di soluzioni) non dissimili, in un approccio che, senza voler insistere prolissamente su convergenze e differenze, affidi l'onere della comparazione, per così dire, alle cose stesse.

2. *Gény: il 'metodo tradizionale' e le risorse dell'interpretazione.*

Il tema dell'interpretazione della legge si presta molto bene a cogliere quella che è, a mio avviso, una delle principali 'cifre' del primo (e forse più rilevante) magnum *opus* di Gény, la *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*. Esso non è infatti un tema importante accanto ad altri e non è nemmeno il punto di arrivo e la destinazione di senso dell'argomentazione complessiva; è piuttosto il punto di

(2) Non intendo nemmeno percorrere l'itinerario inverso: anche se sarebbe certo possibile, e non privo di interesse, studiare l'eventuale influenza di autori italiani non tanto sulla prima quanto sulla seconda edizione ampliata della *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932², voll. I e II (d'ora in avanti menzionati come *Meth 1* e *Meth 2*): dove Gény esplicitamente si riferisce a non pochi giuristi italiani variamente consenzienti o dissenzienti con la sua impostazione. Cfr. ad es. *Meth I*, pp. IX-X.

(3) Per la vicenda teorico-giuridica italiana del Novecento è fondamentale A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 1974.

partenza e la pietra dello scandalo, costituendo il pernio di quella tradizione oltre la quale (e contro la quale) Gény tenta di sospingere la cultura giuridica: se esso è per il nostro autore il tema-chiave della tradizione, proprio per questo esso richiede uno sforzo di comprensione che, nel momento in cui ne approfondisce criticamente le valenze, fonda la possibilità di un'alternativa.

L'esigenza dell'alternativa non è affidata semplicemente ai contenuti e ai risultati dell'una o dell'altra argomentazione, ma incide sulla stessa struttura dell'opera, diviene strumento, pur nella costante pacatezza del ragionare, dell'autocomprensione dell'autore nell'alveo della civilistica francese: da una parte il tempo, le ragioni, lo stile "de la méthode traditionnelle", dall'altra parte l'affiorare dei problemi non risolti, delle inquietudini, delle spinte innovative, infine il maturare di una proposta che non vuole essere l'affinamento di un metodo di lavoro ormai consolidato, ma una sostanziale alternativa ad esso.

La data, conclusiva del secolo, della prima edizione della *Méthode d'interpretation* è, da questo punto di vista, per così dire, simbolica: si vengono a concludere idealmente, o comunque ricevono in quell'opera una sistemazione comprensiva, le due principali fasi della cultura giuridica francese (e non solo francese) dell'Ottocento. La definizione di metodo e di oggetto che la civilistica francese aveva dato del proprio sapere almeno fino agli anni Ottanta si trova infatti efficacemente descritta, analizzata in controluce, commentata criticamente nella *pars destruens* dell'opera di Gény, mentre i fermenti innovativi e le tensioni variamente espresse nelle ultime decadi del secolo trovano in quell'opera un'organica sistemazione e una robusta orchestrazione.

Quanto alla rappresentazione di quello che Gény chiama 'il metodo tradizionale', vorrei sottolinearne l'importanza esplicitando un'impressione e richiamando l'attenzione su un dato innegabile.

L'impressione è che il nostro autore non tanto 'descriva', quanto 'istituisca' quel metodo. Non intendo dire che Gény 'inventi' la tradizione, immagini una cultura giuridica che non era mai effettivamente esistita con le caratteristiche ad essa attribuite e la collochi in quel di Francia fra il primo ed il terzo Napoleone. Intendo dire che mai il metodo, i presupposti, lo stile argomentativo adottati dal sapere giuridico nell'età della codificazione erano stati esplicitati con pari chiarezza ed esaustività dai protagonisti stessi di quel sapere: quasi che la trasparenza del metodo e dell'oggetto del sapere si rendesse accessibile più compiutamente a chi, preparando un'alternativa, se ne distaccava, che non a chi si muoveva da sempre entro quell'orizzonte.

Il dato che a me sembra innegabile è l'effetto di lunga durata che la *pars destruens* della *Méthode d'interpretation* ha indotto nella cultura (e nella storiografia) giuridica del nostro secolo: il quadro che Gény ha delineato della 'cultura della codificazione' non è rimasto un capitolo del suo pensiero, che sta e cade con la tenuta complessiva di esso, ma è divenuto, per la nostra cultura giuridica, indipendentemente dall'accoglimento della proposta teorica del giurista francese, una componente rilevante della sua stessa autocomprensione storica.

Non posso ovviamente aprire la questione dell'attendibilità di una ricostruzione storiografica à la Gény del nostro recente passato: il mio obiettivo è ora soltanto capire quelle che per Gény sono le connotazioni essenziali del metodo tradizionale e quindi i termini del suo superamento.

Gli estremi entro i quali si contiene e si svolge il 'metodo tradizionale' sono, da un lato, il codice, dall'altro lato, la sua interpretazione: ma non si tratta, per Gény, di un nesso tanto ovvio quanto obbligato. Contenere il lavoro del giurista entro quei termini non è una necessità, ma una scelta che rinvia ad una (espressa, ma più spesso implicita) teoria del ruolo del codice così come del metodo e dell'oggetto dell'interpretazione (4).

Dal primo punto di vista, Gény intraprende una sistematica demolizione di uno dei grandi *idola* della modernità: il codice, appunto, come espressione trionfante di una volontà legislativa capace di condensare un intero settore dell'esperienza giuridica in un sistema concluso di norme. La strategia di Gény è sottile: il suo primo obiettivo non è la contestazione del primato della legge in una società giuridicamente organizzata sotto l'egida dello Stato moderno, ma l'enunciazione, e la relativizzazione, di quella che diremmo l'ideologia della codificazione, piuttosto che della sua funzione tecnico-giuridica. Preme, al nostro autore, non già negare i meriti della chiarezza, della razionalità, della sistematicità attribuibili alla codificazione napoleonica, ma solo relativizzare l'aura maiestatica del codice, riportarlo alla semplice natura di una legge che, come ogni altra legge, non implica in sé una determinata teoria dell'interpretazione, non impone automaticamente un ruolo, e soltanto quello, ai suoi interpreti: pur nel riconoscimento del significato storico della codificazione, « il ne semble pas qu'ait dû sortir de là toute une révolution dans les procédés de l'interprétation juridique, ni que la forme globale, employée par le

(4) Cfr. ad es. *Meth I*, pp. 68-69.

législateur, doive attribuer une portée excessive à l'autorité de ses dispositions, en restreignant au delà de toute mesure le rôle du juriconsulte » (5).

Se dunque il codice è semplicemente una modalità dell'intervento legislativo dello Stato sprovvisto di per sé, in termini generali, di qualsiasi efficacia regolativa nei riguardi del metodo e del ruolo dell'interpretare, l'enfatizzazione che del codice fa la dottrina 'tradizionale' non è una descrizione di ciò che il codice oggettivamente è, ma costituisce, diremmo, una scoperta ideologia della codificazione e insieme una surrettizia dottrina dell'interpretazione.

L'ideologia della codificazione include almeno due assunti fondamentali: il primo è l'idea di un ordine immanente al codice, disponibile all'intellezione dell'interprete; il secondo è l'idea di un legislatore onniprevidente, capace di predisporre un sistema di norme idoneo a regolare i più vari rapporti sociali. È sulla base di una siffatta idea di codificazione che la dottrina 'tradizionale' pensa e pratica le proprie procedure interpretative; ed è infatti dalla messa in discussione di questi assunti che prende a delinearsi l'idea di interpretazione svolta dal nostro autore.

L'esplicitazione del primo assunto apre, in Gény, la discussione sull'uso, la portata, i limiti dell'argomentazione logico-deduttiva nella costruzione della 'scienza' giuridica.

L'esplicitazione del secondo assunto conduce Gény a sollevare il problema della completezza o incompletezza della normazione legislativa e codicistica: "la législation, codifiée ou non,... peut-il, dans notre état social et constitutionnel, suffire à une révélation du droit, en permettant la mise en oeuvre complète, qui reste la mission pratique inéluctable de toute jurisprudence positive?" (6) Come si intende facilmente, la risposta negativa a questa domanda è una delle principali condizioni da cui dipende la possibilità di superamento del sapere giuridico 'tradizionale': e infatti il problema della coerenza e 'chiusura' del sistema normativo (o piuttosto della sua necessaria incompletezza e integrabilità), è uno dei temi obbligati del dibattito teorico-giuridico fra Otto e Novecento, in Gény, nelle correnti antiformalistiche di area germanica (7) e successivamente, come vedremo, anche nella cultura giuridica italiana.

---

(5) *Meth I*, p. 111.

(6) *Meth I*, pp.112-113.

(7) Cfr., sul movimento del 'diritto libero', L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale,* Milano, Giuffrè, 1967.

Non posso seguire troppo da vicino il nostro autore, dal momento che il mio obiettivo può esser solo quello di tratteggiare, per così dire, una mappa tematica a larga scala utilizzabile per orientarsi nel dibattito italiano fra Otto e Novecento. Basti dire soltanto come, anche in Gény, la comprensione, e quindi la revisione critica, del 'metodo tradizionale' dell'interpretazione dipenda proprio dall'intendere, e respingere, l'azione combinata dei due assunti poco sopra menzionati, compendiabile in quello che Gény chiama il "fétichisme de la loi écrite et codifiée" (8).

Nutrito delle "illusions rationalistes" del XVIII secolo, il giurista guarda al codice come a "une révélation, parfaite et complète, du droit positif", dalla quale dedurre la soluzione delle più varie controversie sulla base di procedimenti "purement logiques et, pour ainsi dire, mécaniques" (9). Data l'equazione fra ordine giuridico e codificazione, data la fictio del legislatore onnisciente, il procedimento interpretativo si chiude nel giro di una mera deduzione logica, di un'applicazione 'meccanica' della norma al fatto.

Quali sono le obiezioni opponibili ad una siffatta idea di interpretazione? Nell'intricata serie di argomentazioni di cui l'opera del nostro autore si avvale, mi sembra che due rilievi giochino un ruolo fondante. Il primo rilievo: ciò che i giuristi tradizionali dicono (della interpretazione della legge) non convince perché non corrisponde a ciò che i giuristi (anche i giuristi 'tradizionali') fanno. Il secondo rilievo: se poi i giuristi, interpretando la legge, facessero quello che dicono di fare, darebbero luogo ad una pratica giuridica aberrante rispetto ad un parametro che (pur definito in termini variabili e sfuggenti da Gény) può provvisoriamente indicarsi come il parametro della più efficace adeguazione possibile fra diritto e mutamento sociale.

Se questo è vero, la comprensione critica del 'metodo tradizionale' e l'esigenza di sostituirlo nascono, in Gény, da un viluppo intricato di motivi, riconducibili comunque nel loro complesso ad un atteggiamento pragmatico, piuttosto che puramente teoretico, che include però a su a volta componenti eterogenee: che vanno da un atteggiamento di descrizione (che potremmo dire sociologico-giuridica o 'realistica') della prassi giurisprudenziale (in senso lato) ad un giudizio di carattere etico-politico su quelle che dovrebbero essere le prestazioni ottimali dell'interpretazione giuridica in un contesto dato — e, di nuovo,

(8) *Meth I*, p. 70.
(9) *Meth I*, p. 256.

l'osservazione 'neutrale' del mutamento sociale si cumula con sfumate, ma pressanti esigenze equitative.

Soffermiamoci rapidamente sui due principali livelli dell'argomentazione. Ciò che i giuristi dovrebbero fare, la teleologia necessariamente immanente all'interpretare del giurista, il conseguimento di una soluzione 'giusta' (adeguata al mutamento sociale, legata alla 'natura delle cose', alla logica propria dei rapporti sociali ecc. (10)), costituiscono senz'altro il punto di Archimede della critica all'impostazione 'tradizionale': l'ideologia della codificazione e la conseguente teoria dell'interpretazione è inadeguata in rapporto non tanto alle proprie interne contraddizioni, quanto al fine che anch'essa, in quanto interpretazione giuridica, non può non sforzarsi di raggiungere.

Ed ecco il secondo passaggio dell'argomentazione: proprio perché la condizione di legittimità di ogni pratica giurisprudenziale (in senso lato) è data dalla sua capacità di produrre soluzioni 'giuste' (adeguate al mutarsi dei rapporti, funzionali alla loro intima 'natura'), anche la giurisprudenza 'tradizionale', in realtà, persegue necessariamente questo fine, ma è condannata, a causa dei suoi presupposti, a non raggiungerlo compiutamente o comunque a raggiungerlo contraddittoriamente.

La giurisprudenza 'tradizionale' muove infatti dall'idea dell'assolutezza della legge scritta e su questa base affronta il problema del mutamento sociale: "vienne même à surgir une question nouvelle, étrangère à cet horizon, et révélée postérieurement par la vie, on cherchera pourtant à la faire rentrer dans un cadre abstrait et général, fourni par la loi elle-même..." (11). Il rapporto fra norma legislativa e fatto, che nella dottrina 'tradizionale' non appare in alcun modo problematico, nella tacita presupposizione del loro spontaneo reciproco sintonizzarsi entro un orizzonte temporale dato per immobile, appare ora il problema essenziale, la sfida più impegnativa.

A questa sfida Gény riconosce che anche la giurisprudenza 'tradizionale' ha tentato di far fronte, affidandosi per l'appunto alle capacità 'adattative' dell'interpretazione. Essa però — e questo è il primo rilievo critico — ha potuto raggiungere il risultato di un'efficace adeguamento della norma al mutamento dei rapporti sociali, giocando per così dire la flessibilità dell'interpretare contro la rigidità della legge, ma riuscendo di necessità in questa impresa solo imperfettamente: perché

(10) *Meth II*, p. 221.
(11) *Meth I*, pp. 65-66.

l'interpretazione della legge deve pur sempre rimanere tributaria di quest'ultima e quindi vittima della sua invalicabile rigidità.

Il secondo rilievo critico è ancora più significativo: quand'anche la giurisprudenza 'tradizionale' riesca a star dietro al mutamento sociale nonostante la fissità del suo quadro di riferimento, essa può ottenere questo risultato solo a patto di forzare il senso autentico del testo legislativo, solo a patto di rispettare formalmente, ma deformare sostanzialmente il contenuto della volontà legiferante; alla volontà del legislatore si sostituisce così l'opinione dell'uno o dell'altro giurista, all'oggettività della legge il soggettivismo dell'interprete: "tout en semblant s'attacher fidèlement à la loi et à la pensée qui l'a inspirée, la méthode traditionnelle laisse place, en réalité, au subjectivisme le plus désordonné" (12).

In prima approssimazione, si coglie facilmente l'efficacia di un'operazione retorica che incalza l'avversario sul suo stesso terreno: il manto di razionalistica 'oggettività' entro cui la dottrina tradizionale avvolgeva la sua dottrina dell'interpretazione, quell' esprit classique che Gény stesso, seguendo Taine, era disposto a riconoscere nello stile argomentativo dei suoi predecessori, copre una pratica interpretativa che, di necessità, rovescia la teoria nel suo contrario e procede sulla base di scelte incontrollabilmente soggettive. Ed allora il dilemma sembra ridursi ormai ad una stringente aporia: o si rispetta la volontà del legislatore, immanente nell'immobile formula legislativa — e allora la giurisprudenza sarà risparmiata dalle scelte soggettive dell'interprete, ma perderà la possibilità di controllare il mutamento sociale; oppure l'interpretazione scavalca l'intenzione del legislatore — e allora riuscirà forse, sia pure imperfettamente, ad adeguarsi alla dinamica dei rapporti sociali, ma al prezzo di disperdersi in una molteplicità di interventi arbitrari.

In realtà, il problema era destinato ad apparire più complicato, e meno immediati i termini del dilemma, quando si prendesse a guardare non più soltanto alla civilistica francese, ma all'intero dibattito europeo e, in particolare, alla tradizione culturale dell'area germanica.

Confrontarsi con Savigny e i post-savigniani imponeva infatti a Gény una consistente complicazione del proprio orizzonte problematico ed una scelta obbligata: o parlare non più di una, ma di due 'dottrine tradizionali', moltiplicando, per così dire, i propri fronti, o trovare elementi in ultima istanza comuni ai due diversi indirizzi.

---

(12) *Meth I*, p. 66.

In prima approssimazione, Gény riconosce in Savigny una prospettiva distante dalla tradizione francese e segnata da un'interna aporia: per un verso, Savigny vincola l'interprete al rispetto della volontà del legislatore, ma per un altro verso egli non dimentica il proprio assunto fondamentale, secondo il quale la legge non esaurisce certo l'intero organismo del diritto, ma ne è semmai un pallido e parziale riflesso. E resta allora irrisolto il problema del ruolo e del metodo dell'interprete, schiacciato fra l'onere del rispetto della legge e l'esigenza di ricostruzione del diritto 'vivente' nella sua totalità.

Il dilemma, che Savigny lascia aperto, trova in successivi contributi una brillante soluzione: saranno Schaffrath e Thöl, e soprattutto Kohler e Binding ad allentare il nesso fra legge e legislatore. La legge sarà riferita non tanto al suo momento genetico, alla puntuale volontà del suo autore, quanto a quella 'coscienza popolare', storicamente variabile, di cui tanto la legge quanto gli interpreti sono, e devono essere, 'organi'. E allora: la fissità della formula legislativa, la sua costitutiva refrattarietà a disciplinare efficacemente un mutamento sociale incompatibile con le sue originarie previsioni, viene scavalcata da un'interpretazione che sottomette il testo legale alla stessa 'legge di evoluzione' che domina la società (13).

Se però questo è l'esito ultimo, in terra tedesca, del dilemma savigniano, sul terreno dell'interpretazione Francia e Germania finiscono per incontrarsi pur proveniendo da punti di partenza diversi: si tenterà in entrambi i casi di rispondere alla sfida del mutamento sociale semplicemente raffinando e complicando l'interpretazione della legge. E proprio questo era per l'appunto avvenuto, come Gény aveva ricordato, nell'ambito della giurisprudenza francese, che aveva tentato di rimediare per questa via alle strettoie del 'metodo tradizionale', pur senza fondare teoricamente quella soluzione che aveva trovato invece nella tradizione germanica una esplicita tematizzazione.

Se è così, la 'dottrina tradizionale' appare, per Gény, sostanzialmente unitaria. Solo che questa espressione (che continuo ad usare per comodità di esposizione) ha subito un importante slittamento e allargamento semantico. Essa non include più soltanto il momento delle 'origini', quindi l'ideologia della codificazione e una dottrina dell'interpretazione come razionalistica illustrazione dell' *esprit classique*, come meccanica, a-problematica, applicazione della legge al fatto; non include più soltanto l'evidenziazione del problema fondamentale dato

(13) *Meth I*, pp. 258-259.

per irresolubile entro le coordinate 'tradizionali', il controllo cioè del mutamento sociale; comprende anche la critica della soluzione che di quel problema sia in Francia (in pratica) che in Germania (anche in teoria) si era tentato di dare. L'obiettivo polemico di Gény è allora ormai duplice: non più soltanto l''originaria' teoria dell'interpretazione, in quanto pragmaticamente (in vari sensi) insoddisfacente, ma anche quella più recente teoria (e pratica) dell'interpretazione che, pur proponendosi ancora come 'interpretazione della legge', guarda anch'essa al problema del mutamento sociale come all'esigenza pragmatica principale e alla più difficile sfida ermeneutica.

Ciò che allora appare in questione è la nozione stessa di legge e il suo ruolo in una dottrina dell'interpretazione. L'obiezione di tipo pragmatico che Gény oppone a chi voglia forzare i limiti del 'feticismo della legge' per inseguire il mutamento sociale (lo sfociare dell'interpretazione in una prassi arbitrariamente soggettivistica) deve essere situata in una tematizzazione esplicita della legge e della sua interpretazione.

La legge è per Gény essenzialmente "l'expression d'une volonté intelligente" (14), "une volonté émanant d'un homme ou d'un groupe d'hommes et condensée en une formule" (15). Per quanto si accolga l'idea di un relativo autonomizzarsi della legge dai differenti contesti entro i quali essa viene ad essere interpretata, il vincolo insuperabile per ogni interpretazione è dato dalla natura della legge come atto di volontà, come il prodotto di una volizione (e di una intellezione) di un soggetto. Se è così, l'interpretazione della legge è, deve essere, la comprensione di un atto come atto concretamente riferibile al suo autore (16).

Proprio per questo, l' eccessivo indebolimento del rapporto genetico che lega la legge al legislatore (che costituiva la condizione di quell'interpretazione della legge che appunto per questa via tentava di

---

(14) *Meth I*, pp. 263-264.

(15) *Meth I*, p. 265.

(16) E quando Gény chiede all'interprete di indirizzarsi all'autore e alla 'volontà dell'autore' dell'atto legislativo egli non intende riferirsi ad un vago e inoperante 'accertamento di paternità' per la legge in questione, ma vuole indirizzare l'interpretazione ad un concreto processo 'volitivo'. Coerentemente, perciò, egli non può far propria la raccomandazione di un Windscheid che, nel momento in cui invitava a ricercare non tanto ciò che il legislatore aveva voluto, quanto ciò che egli avrebbe dovuto (razionalmente) volere, rendeva evanescente la puntuale storicità del 'volere' legislativo a cui Gény particolarmente teneva. Cfr. *Meth I*, p. 301.

affrontare il problema del mutamento sociale) conduce di necessità al soggettivismo ermeneutico; e, per converso, è possibile e auspicabile un'interpretazione che, funzionalmente collegata alla ricostruzione della volontà legislativa, riesce perciò a conseguire un elevato quoziente di 'oggettività'. Proprio per questo, ancora, l'interpretazione, come interpretazione della legge, deve procedere rinunciando ad ogni pregiudizio, ad ogni indebita intromissione della soggettività per aprirsi alla 'ricostruzione 'pura' del testo interpretato. Potranno e dovranno, a questo scopo, essere utilizzati diversi generi di informazione: dai lavori preparatori, alle teorie giuridiche coeve, all'ambiente sociale in cui la legge fu 'voluta' (17). Ma la destinazione dell'operazione interpretativa dovrà consistere nella comprensione della legge come momento finale di un processo di esplicazione di 'volontà'.

La conclusione è allora obbligata ed evidente: ridotta la legge ad un atto di volontà, l'interpretazione della legge si chiude nella comprensione della genesi e dell'originaria 'volizione' della legge stessa. Forzando le tinte, si potrebbe dire che l'interpretazione è tenuta a procedere guardando sempre alle proprie spalle: impegnata non a gettare un ponte fra il presente e il passato, in uno sforzo di 'attualizzazione' del sistema legislativo, ma a ricostruire la volizione legislativa nella sua 'storica' e conclusa cristallizzazione e a conseguire per questa via un primo livello di 'oggettività', una prima barriera contro l'irrompere del soggettivismo.

Ma se l'interpretazione della legge deve 'guardare all'indietro', non è ad essa che è possibile ricorrere per superare l'aporia fondamentale, per comporre ad unità l'opposizione che l'intera cultura giuridica europea della fine del secolo tendeva ad evidenziare con crescente drammaticità: l'opposizione fra la 'staticità' della legge e la 'dinamicità' della società, fra norme immobili e quindi inadeguate e rapporti sociali normativamente incontrollati e quindi potenzialmente pericolosi.

La proposta di Gény non si chiude entro la dialettica fra legge e interpretazione, ma punta verso la direzione esattamente opposta (18): non con la re-interpretazione della legge si controlla il mutamento sociale, ma solo uscendo fuori da essa, verso una interpretazione che non ha più la legge come proprio orizzonte, ma, direttamente, la realtà.

A questo punto, se tipici della diffusa sensibilità fin de siècle

---

(17) *Meth I*, pp. 275 ss.

(18) Ne è una limpida testimonianza la stessa prefazione di Saleilles alla *Méthode d'interpretation*: cfr. *Meth I*, pp. XVII ss.

possono dirsi la percezione del problema (il mutamento sociale) e l'individuazione dell'obiettivo polemico (il 'feticismo della legge'), del tutto singolare appare la *pars construens* del nostro giurista. Se per essa ancora di interpretazione si vuole parlare, e il titolo stesso dell'opera di Gény ci impone di farlo, dovrà parlarsi di un'interpretazione in senso lato o latissimo, che assume come proprio oggetto non già discorsi o testi, ma aspetti (che si vogliono, per così dire, linguisticamente non mediati) della 'realtà' (19). E si tratterà conseguentemente di un'interpretazione (in senso lato) che non affonderà le sue radici sul terreno della tradizione e della problematica ermeneutica (né 'generale' né 'locale' — nel nostro caso, giuridica), ma semplicemente registrerà come 'interpretazione' le decisioni teoriche assunte in ambiti certo connessi, ma diversi: innanzitutto, l'ambito delle fonti. È già su questo terreno che si svolge la polemica contro il feticismo della legge. Quando poi la teoria dell'interpretazione della legge reintroduce una sorta di 'feticismo legislativo' di secondo grado, costringendo l'interprete a contenersi entro gli stretti confini della 'volontà' legislativa, appare evidente che la polemica contro la 'dottrina tradizionale' procede diritta verso un obiettivo tanto preciso quanto ambizioso: mettere a punto una tecnica di individuazione del diritto vigente (e vivente) che include anche l'interpretazione (in senso stretto) come suo momento particolare, ma procede con mezzi propri oltre di essa.

Chi sia il protagonista di questo complicato percorso, per così dire, da un'interpretazione all'altra, dall'interpretazione (della legge) al processo complessivo di individuazione del diritto è facile immaginare: il giudice, la giurisprudenza, innanzitutto, anche se poi il fulcro delle proposte del nostro autore può estendersi tranquillamente anche ad un altro grande 'soggetto' dell'interpretazione giuridica, la 'dottrina'.

A questo proposito, il problema più discusso, in Gény come nel dibattito coevo, e certo obiettivamente importante, riguarda la possibilità di attribuire a questi soggetti, e soprattutto alla giurisprudenza, il ruolo di veri e propri organi di produzione del diritto. La risposta di Gény è molto netta e insieme articolata. Egli distingue, nell'impostazione del problema (che, con espressione allora corrente, viene menzionato come il problema del 'potere pretorile' della giurisprudenza (20)) due aspetti: il primo aspetto concerne il riconoscimento del

---

(19) Sui concetti di interpretazione in senso lato e interpretazione in senso stretto, cfr. M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1988, p. 170.

(20) *Meth II*, pp. 33 ss.

carattere creativo della decisione giudiziaria di fronte alle lacune del sistema legislativo; il secondo aspetto riguarda l'attribuzione al 'precedente' di un carattere formalmente vincolante. È seguendo questa seconda strada che si renderebbe la giurisprudenza fonte di diritto in senso formale: ma è una strada ostruita dall' ostacolo insuperabile costituito dal moderno sistema politico-costituzionale, che impone una distinzione netta fra legislazione e giurisdizione (21). Nessun ostacolo invece si oppone, per Gény, al riconoscimento del ruolo 'creativo' della decisione giudiziale, dato il suo obbligato riferimento al 'caso' nella sua invalicabile singolarità: è anzi grazie ad una giurisprudenza così concepita che quel complesso processo di individuazione del diritto che Gény chiama la "libre recherche scientifique" (22) trova uno sbocco significativo.

Vengono così ad essere efficacemente evidenziati alcuni dei tòpoi più ricorrenti del dibattito ermeneutico-giuridico fra Otto e Novecento: dal nesso lacune-creatività (dell'interpretazione giudiziale), al dogma della divisione dei poteri come vincolo resistente ad ogni tentativo di drastica revisione del sistema delle fonti.

Sono però altrettanto interessanti anche altri aspetti, che emergono non appena si guardi alla rappresentazione che Gény ci offre dei 'soggetti' dell'interpretazione.

Dottrina e giurisprudenza sono corpi, gruppi sociali ai quali l'opinione pubblica attribuisce una specifica autorità: esse agiscono come gruppi socialmente riconosciuti, traggono da questo diffuso riconoscimento la fonte della loro autorevolezza; tanto che possono essere, entrambe, comprese da Gény entro il comune denominatore di "Autorità" (23). La fonte della loro autorevolezza è il riconoscimento sociale, ma la condizione del loro stesso esistere è la durata nel tempo, il loro procedere sulla base di progressive accumulazioni, in una continuità ininterrotta che merita il nome di "Tradizione" (24). La Tradizione non è che l'Autorità (attualmente operante) proiettata nel passato come l'Autorità è il prolungarsi della tradizione fino al presente.

Quale è il ruolo dell'Autorità e della Tradizione (così intese) nel

---

(21) Cfr. *Meth II*, p. 35.
(22) *Meth II*, p. 34.
(23) *Meth II*, p. 2.
(24) *Ibidem*.

processo interpretativo (25)? Se la tradizione giurisprudenziale (o dottrinale) non può essere posta come fonte di diritto sullo stesso piano della legge, cionondimeno essa condiziona intimamente il processo interpretativo, fornendo "directions de jugements" (26), addirittura esercitando su di esso una pressione persuasiva paragonabile "à la force de raison écrite, que connaissait notre ancien droit" (27): la libertà dell'interprete è una libertà condizionata dall'immanenza, nel giudizio interpretativo, dell'insieme di convinzioni che costituiscono il passato e il presente del gruppo socialmente 'autorevole' di cui egli fa parte. La conclamazione della libera creatività dell'interprete si complica, in Gény, con l'introduzione di un'idea di interpretazione che include nel processo interpretativo, come suoi momenti necessari, il riferimento alla tradizione e la condivisione, vorrei dire, della cultura specifica di un gruppo professionale.

Si tratta di un'idea, certo, rapidamente delineata, ma non soltanto sottintesa: valga l'argomentazione che Gény oppone alla "doctrine classique", che teoricamente dichiara l'irrilevanza della giurisprudenza, ma di fatto continuamente vi ricorre. L'equivoco di fondo che motiva una siffatta dissociazione nasce, in essa, dall'impossibilità di fondare l'evidente utilità pratica dei precedenti giurisprudenziali su una (inadeguata) rappresentazione della tradizione come semplice somma di arbitrarie e irrelate opinioni individuali. Ed è un equivoco che Gény riconduce direttamente al razionalismo cartesiano e, infine, all'insufficiente distinzione fra il metodo delle scienze fisico-matematiche e il metodo delle scienze morali (28): dove l'idea (diremmo, 'scientista') di scienza tende a minimizzare le differenze e ad introdurre anche nelle scienze morali l'idea di una ragione autonoma, fondata su se stessa, avversa ad ogni principio di autorità; mentre un'adeguata comprensione delle scienze 'umane' reimmette in esse l'idea di una verità che si afferma "par une accumulation d'exemples et de précedents" (29): la tradizione non è più una serie di atti che l'interpretare giurisprudenziale si lascia alle spalle, ma è l'ambiente entro il quale l'interpretazione si svolge e insieme una delle sue costitutive condizioni di possibilità.

---

(25) E, da questo punto di vista, la distinzione fra interpretazione in senso lato e in senso stretto, a cui mi sono precedentemente riferito, non sembra suggerire differenze di applicazione.

(26) *Meth II*, p. 5

(27) *Meth II*, p. 4 9.

(28) Cfr. *Meth II*, pp. 4-5. Il filosofo esplicitamente invocato a supporto è A.J. Balfour.

(29) *Meth II*, p. 6.

L'introduzione del concetto di 'tradizione' è interessante almeno da due punti di vista: in primo luogo, in una prospettiva ancora interna alla fenomenologia dell'esperienza giuridica, la tematizzazione del ruolo della tradizione nel processo interpretativo permette a Gény di rivendicare coerentemente ed energicamente il ruolo della giurisprudenza; in secondo luogo, in termini più generali, il nesso obbligato fra interpretazione e tradizione costituisce un luogo teorico destinato a notevole fortuna.

In Gény, però, ciò che a mio avviso motiva, in ultima istanza, il vincolo che collega interpretazione e tradizione è l'esigenza di perseguire, anche per questa via, un obiettivo fondamentale, ulteriore e diverso rispetto a quelli indicati: garantirsi l'approdo, oltre il mondo fragile ed incerto delle 'ragioni soggettive' dell'interpretare, al più saldo terreno della ragione 'oggettiva'. Oltre il soggetto si distende così, quanto meno, la tradizione, che ne limita l'arbitraria libertà costringendolo al vincolo dell'intersoggettività; ma oltre la tradizione, e con efficacia risolutiva rispetto all'obiettivo proposto, si offre all'interprete, direttamente, la realtà ed è la sua stessa intima configurazione, la 'natura delle cose', a sorreggere l'operazione interpretativa.

Non è dunque la tradizione un mezzo sufficiente di 'oggettivazione' della decisione; non lo è, non può esserlo, l'opinione pubblica, l'opinione della maggioranza, perché essa, di nuovo, a prescindere da altre obiezioni meno concludenti, "ne saurait prétendre à représenter la vérité des choses, qu'il s'agit seule de découvrir et d'appliquer" (30). È la verità delle cose l'oggetto e insieme il fondamento ultimo dell'interpretare, è dalle cose stesse che l'interpretazione potrà attingere un'altrimenti impossibile 'oggettività'. Altrimenti detto: il passaggio dall'interpretazione in senso stretto all'interpretazione in senso lato, quindi la svalutazione dell'interpretazione della legge a vantaggio dell'interrogazione diretta delle 'cose stesse', include come motivo principale e proprio filo conduttore l'opposizione fra il carattere inevitabilmente soggettivo della prima e l'apertura all' 'oggettività' del reale propria della seconda: "au lieu et place de conceptions subjectives.....l'interprète a besoin de découvrir des principes fermes, que seul l'examen attentif de la nature des choses peut lui donner" (31).

Si impone così all'interprete l'onere di trovare, per un verso, nell'intima natura dell'uomo i principi della giustizia e, per un altro

(30) *Meth II*, p. 82.
(31) *Meth II*, p. 87.

verso, nella realtà delle cose, nei fatti sociali, "les lois de leur harmonie et les principes d'ordre qu'ils requièrent" (32): ed è proprio nel tentativo di cogliere questi due ambiziosi obiettivi che, in sostanza, si concentra tutto il secondo magnum opus del nostro autore (33).

Siamo così condotti di nuovo, pur da un diverso punto di partenza, a quella distinzione fra interpretazione in senso stretto e interpretazione in senso lato che, per il discorso del nostro autore, inaugura la *pars construens*, mentre, per la discussione del nostro problema, costituisce il limite insuperabile. Il fatto, comunque, che la teoria ermeneutica (in senso stretto) si risolva in un tentativo di fondare quella che vorrei chiamare un'ontologia socio-giuridica non deve far credere che quest'ultima non retroagisca efficacemente sulla prima. La connessione anzi fra le due parti del discorso del nostro autore procede, per così dire, in entrambi i sensi: è la riconduzione dell'interpretazione della legge agli stretti limiti di una intellezione della volontà storicamente determinata del legislatore che motiva la necessità della 'libre recherche scientifique'; ma è, a sua volta, l'idea di un'intrinseca normatività dei fatti sociali, di un 'giusto' equilibrio immanente alle 'cose stesse' che, per Gény, influenza, deve influenzare potentemente l'attività (anche strettamente interpretativa) del giurista, offrendogli il quadro di riferimento sulla base del quale operare.

Di questo quadro di riferimento, il primo connotato ermeneuticamente significativo è l'inclusione in esso di un presupposto dell'interpretare che rompe il cerchio del sapere giuridico e rivendica come rilevante per il giurista una ricca messe di informazioni socio-antropologiche — un luogo comune, certo, dell'età del positivismo, che in Gény cessa però di essere un generico *desideratum* per divenire un programma ermeneutico di grande respiro.

Il secondo aspetto interessante è che il presupposto dell'operare del giurista, la comprensione delle 'cose stesse' e della loro intrinseca normatività, è concepito come garante di un'interpretazione (tendenzialmente almeno) affidata non più all'opinabile valutazione di un soggetto, ma alla trasparenza della 'realtà'.

Certo, la fondazione, in Gény, della possibilità di attingere la 'natura delle cose' nella loro ferma e sicura 'oggettività' appare problematica, anche solo a considerare il coacervo di *auctoritates* filosofiche

---

(32) *Meth II*, p. 92.

(33) Cfr. *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1927^2, vol. II, pp. 351 ss.

invocate per rappresentarla. Il lettore si trova sbalzato dalle critiche (si direbbe, di tipo schiettamente empiristico) del 'realismo ingenuo' (di stampo medievale, ricorda Gény) caratteristico del concettualismo giuridico, responsabile di ipostatizzare inavvertitamente i propri concetti (34), ad un elogio (di tipo esplicitamente bergsoniano) dell'intuizione e insieme della fluidità del reale (35), ad un esito sostanzialmente ontologico, dove i ricordi del 'realismo' aristotelico-tomista si incontrano con un'idea di 'fatto sociale' schiettamente positivistica.

La babele delle lingue non è trascurabile (36), ma non deve far perdere di vista gli obiettivi, per conseguire i quali Gény disinvoltamente utilizza eterogenee tradizioni di pensiero: rispondere alla sfida del 'mutamento sociale', mettere a punto una strategia ermeneutico-giuridica in grado di intenderlo, di disciplinarlo normativamente, di controllarlo; rompere su questo fronte con il 'metodo tradizionale', ma non per questo accettare la dilatazione del ruolo del soggetto, inevitabile dove l'esigenza di rinnovamento venisse a soddisfarsi entro le coordinate dell'interpretazione della legge; concentrare l'attenzione sull'intrinseca normatività dei fatti sociali e darla per 'oggettivamente' rappresentabile. Pur disponendosi tutti questi passaggi su una linea apparentemente continua, in effetti era l'ultimo di essi a esercitare il ruolo strategicamente centrale: ma in questo caso, quando si ipotizzava come fondamento dell'operare del giurista la percezione diretta della 'realtà', il problema specificamente ermeneutico sembrava non tanto risolto quanto aggirato.

3. *Il 'metodo tradizionale' in Italia.*

Il lungo itinerario che Gény percorre intorno al problema ermeneutico (e oltre di esso) è complesso e del tutto peculiare. Chiari e netti

---

(34) Cfr. *Meth I*, p. 129.

(35) Cfr., ad es., *Science et technique*, cit., vol. II, pp. 80 ss.

(36) Ha quindi la sua ragion d'essere il giudizio molto severo che si può leggere in N. BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, Istituto Giuridico dell'Università, 1934, p. 17, nota 1: "Manca nel Gény una vera e propria critica gnoseologica...Per una seria critica gnoseologica il Gény non ha sufficienti basi speculative; si dichiara seguace di un sincretismo ragionato o filosofia del buon senso, che lo conduce al vago se non al banale. È ad ogni modo filosofo sommo di fronte al Bonnecase...". Su Gény cfr., fra la storiografia recente, J. MAJDA, *François Gény and modern jurisprudence*, Baton Rouge and London, Louisiana State University Press, 1978; M. URSO, *F. Gény e l'interpretazione del diritto* in F. VIOLA, V. VILLA, M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, C.E.L.U.P., 1974, pp. 51-73; A. TANZI, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1990.

ne sono comunque i punti di partenza, perfettamente esplicitate le ragioni che hanno indotto il nostro autore a rompere con la cultura giuridica del pieno Ottocento: viene delineata un'idea di interpretazione (e con essa di 'metodo giuridico') data per 'tradizionale' e ormai inadeguata, un problema (il problema del mutamento sociale) viene enfatizzato come capace di sovvertire le tradizionali coordinate ermeneutiche, viene suggerita, per facta, una periodizzazione secondo la quale l'egemonia del 'metodo tradizionale' entra in crisi e virtualmente cessa con gli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso.

Ora, nella prospettiva 'storico-comparatistica' che fa da sfondo al presente saggio, sono proprio questi i temi per i quali, prima di altri, si impone un tentativo di ricognizione sul terreno della cultura giuridica italiana. Occorre quindi in particolare chiedersi se e in che modo, anche in Italia, gli anni Ottanta e Novanta dell'Ottocento siano stati il teatro di un consistente rivolgimento ermeneutico; se, a partire da esso, possa guardarsi agli anni precedenti come agli anni di una tradizione relativamente omogenea; se infine i problemi (indicati come) responsabili della rinnovata sfida ermeneutica siano stati, in buona sostanza, gli stessi al di qua e al di là delle Alpi.

Sappiamo come per Gény il 'metodo tradizionale' fosse essenzialmente modellato sulla civilistica francese di ispirazione 'esegetica' e sull'ideologia della codificazione da essa presupposta. Il riferimento critico a Savigny e soprattutto ai posti-savigniani emergeva in Gény, dal punto di vista della problematica ermeneutica, in una fase logicamente successiva del discorso e serviva non già a comprendere il 'metodo tradizionale' (che resta per Gény solidamente francese ed 'esegetico'), ma ad individuare i presupposti di un tentativo (a suo avviso improvvido) di superamento di esso (37).

Spostiamoci ora sul terreno italiano e raccogliamo qualche testimonianza che, pur senza alcuna pretesa di esaustività, valga come indizio significativo di una diffusa sensibilità ermeneutico-giuridica propria degli anni centrali del nostro Ottocento. Qualora ci si rivolga ad un campione di quella 'scuola dell'esegesi' che sembra ripetere per l'Italia, senza rilevanti variazioni, il modello discorsivo (e la soggiacente ideologia) propria dell'omonima (e omologa) scuola francese (38),

---

(37) Cfr. *supra*, 2.

(38) Sulla scuola dell'esegesi cfr. G. TARELLO, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 239-276; N. IRTI, *Filomusi Guelfi e la crisi della scuola esegetica in Italia*, in "Rivista di diritto civile",

l'aspettativa più ragionevole è che la distanza della sua dottrina ermeneutico-giuridica da quella savigniana sia abissale; ma la mia impressione è, al contrario, che la distanza sia minima o che, per meglio dire, il giurista italiano, non appena tenta di esplicitare un discorso di carattere ermeneutico, semplicemente e tranquillamente annetta al suo discorso non pochi spunti savigniani, che non giudica affatto incompatibili con le proprie premesse e il proprio metodo.

Si prenda un commentario (di Borsari) al codice civile del '65, a mio avviso efficacemente rappresentativo della cultura media del giurista post-unitario: vi si troveranno insistiti riferimenti a Savigny, che non valgono come citazione *ad pompam*, ma come riconoscimento dovuto nei riguardi di una dottrina largamente utilizzata (39).

Sarà così riferita a Savigny l'idea di un interprete che, pur subordinato alla legge, non per questo appare inerte e passivo, tanto che alla scienza si guarda come a "un elemento che concorre alla formazione del diritto" e alla giurisprudenza come al suo "splendido prodotto" (40). Ma il debito nei riguardi del giurista tedesco continua anche quando si entra nel vivo del problema ermeneutico, quando ad esempio Borsari distingue fra il contenuto e i motivi della legge e dichiara di ritenerne pericolosa (almeno di regola) la ricerca, perché troppo "soggettiva" e caratterizzata dalla "pretensione troppo ardita di stabilire un rapporto necessario fra il pensiero recondito del legislatore e la sua manifestazione" (41). E ancora: perfettamente 'storicistico' è il modo di presentare la legislazione come "un'opera di civiltà e non l'atto puro di una volontà sfrenata", formatasi "sopra altre legislazioni, quasi a continuare lo sforzo di molte generazioni che contribuirono a formare questo monumento della umana grandezza" (42); da cui conseguirà il riconoscimento dell'utilità, per l'operazione ermeneutica, del ricorso all'antica giurisprudenza e in generale al sapere storico-giuridico (43).

XVII, 1971, pp. 379-389; A.J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIXème siècle à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975; N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982; N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, UTET, 1990.

(39) Cfr. L. BORSARI, *Commentario al codice civile italiano*, Torino-Napoli, L'Unione Tipografico-editrice, 1871, vol. I, pp. 65 ss.

(40) *Op. cit.*, p. 66.

(41) *Op. cit.*, p. 67.

(42) *Op. cit.*, p. 68.

(43) *Ibidem*. Borsari parla a questo proposito dell'elemento "storico" dell'interpretazione, riserbando l'appellativo di "sistematico" all'indagine che studia il rapporto di una legge con le "altre parti della stessa legislazione".

Non vorrei insistere oltre, per non destare il sospetto di voler additare alla pubblica meraviglia la scoperta di un sepolto thesaurus 'storicistico' nella tana del lupo 'codicistico'. Le mie intenzioni sono più modeste: vorrei solo ritrovare alcuni sparsi elementi tematici, di una qualche importanza per una dottrina dell'interpretazione, che, pur geneticamente eterogenei, si combinano insieme nella cultura giuridica dell'Italia post-unitaria.

Da questo punto di vista, la mia impressione è che l'utilizzazione di Savigny, pur entro un orizzonte culturale, un sistema di fonti e un contesto politico-istituzionale assai diversi, non sia poi un'operazione così improbabile come di primo acchito potrebbe sembrare. Giocheranno certo a suo vantaggio la fama dell'autore e l'ampia circolazione (e traduzione) delle sue opere (44); ma le frequenti citazioni, soprattutto del Sistema, testimoniano in realtà anche qualcosa di più, la disponibilità cioè a utilizzarne effettivamente non pochi contenuti.

Ne indicherò alcuni, in ordine sparso.

a) L'interpretazione è definita come "la ricostruzione del pensiero racchiuso nella legge" e gli interpreti devono porsi "col pensiero nello stesso punto di partenza del legislatore", devono ripetere "in sé artificialmente l'operazione di lui, per modo che la legge rinasca di nuovo nella loro mente" (45). L'interpretazione, dunque, presuppone l'idea di un processo di creazione legislativa nel quale l'autore della legge immette in essa un preciso contenuto di pensiero: è quel contenuto, e solo quello, che l'interprete deve cogliere nel momento in cui conosce la legge "nella sua verità" (46); ed è un contenuto accertabile nella sua consistenza 'oggettiva', come una 'verità' apprendibile "mediante l'applicazione di un processo logico normale" (47).

b) L'interpretazione è un momento centrale dell'esperienza giuridica perché essa non emerge solo nel momento 'patologico' dell'oscurità o ambiguità del testo legislativo, ma interviene sempre e comunque solo che, di fronte ad un testo qualsivoglia, ci si proponga di intenderne il 'pensiero'.

---

(44) Cfr. in questo senso l'utile e documentata ricerca di M.T. Napoli, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, voll. I-III, Napoli, Jovene, 1987.

(45) F.C. von Savigny, *Sistema di diritto romano attuale* (tr. ital. di V. Scialoja), Torino, Unione Tipografica, 1886, vol. I, p. 221.

(46) *Op. cit.*, p. 216.

(47) *Ibidem.*

c) L'interpretazione si articola in quattro momenti (si compone di quattro elementi) — l'elemento grammaticale, logico, storico, sistematico — che devono essere intesi non già come diversi tipi, come modalità alternative dell'interpretare, ma come livelli reciprocamente complementari di un'operazione di cui si sottolinea l'unitarietà.

d) Le difficoltà principali che la dottrina dell'interpretazione sembra trovarsi di fronte, e che essa considera, in qualche modo, il proprio *experimentum crucis*, nascono all' interno di quel processo di comprensione della verità della legge, del 'vero' pensiero della legge, in cui si fa consistere l'interpretazione: è il problema dell' indeterminatezza o inesattezza dell'espressione legislativa che si frappone come ostacolo alla comprensione della legge e che impone una serie di accorgimenti ermeneutici, dalla considerazione del risultato, all'analisi dei motivi della legge, alla ricostruzione dei nessi sistematici (interni ed esterni rispetto alla legge in questione); è l'esigenza di mantenersi nei limiti di una ricostruzione del pensiero 'vero' della legge, senza incorrere nel rischio di una sua 'correzione', a suggerire una classificazione degli accorgimenti ermeneutici or ora ricordati sulla base della loro diversa 'affidabilità': e allora, esemplificando, il criterio del riferimento al motivo ispiratore della legge dovrà essere impiegato con cautela proprio perché per questa via si apre facilmente la strada della sostituzione del 'vero' pensiero della legge con "ciò che in essa ragionevolmente avrebbe dovuto essere contenuto", proprio perché, insomma, si cessa di guardare al 'pensiero della legge' per introdurre surrettiziamente una modificazione del diritto (48).

e) Lo strumento più importante e sicuro per l'interpretazione giuridica sembra essere l'elemento sistematico, grazie al quale l'interprete può stringere gli istituti "in una grande unità": il presupposto che ne fonda comunque l'impiego ermeneutico è la convinzione che quella stessa unità fosse presente alla mente del legislatore e che per questa via essa possa divenire elemento vincolante per l'interprete (49).

f) L'elemento della connessione sistematica è, dunque, contemporaneamente, un presupposto e uno strumento dell'interpretazione. Non solo: esso ne è anche un risultato (il principale risultato). L'interpretazione, nel momento in cui ricostruisce il pensiero del legislatore superandone le ('apparenti') contraddittorietà (apparenti perché dovute soltanto all'occasionale inadeguatezza delle parole rispetto al

(48) *Op. cit.*, p. 245.
(49) *Op. cit.*, p. 221.

pensiero), consegue il risultato (in ogni senso, 'finale') della riconduzione ad unità del complesso dei testi legislativi.

g) L'unità conseguita, per via di 'interpretazione sistematica', "col toglier di mezzo le contraddizioni" è definita come "unità negativa" e garantisce l'integrità 'logica' dell'ordinamento. Un ordinamento non contraddittorio può comunque ancora non essere completo, può presentare lacune: anche in questo caso si renderà necessaria, certo, l'opera del giurista, ma essa non procederà più per via di interpretazione, ma di integrazione e raggiungerà, "col riempire le lacune", "l'unità positiva", la completezza dell'ordinamento (50). La radice dell'integrazione dell'ordinamento sta nell'ordinamento stesso: il diritto positivo si completa "con elementi tratti da esso stesso, in quanto deve ammettersi che esso abbia una forza organica, per la quale può integrarsi" (51).

h) L'integrazione dell'ordinamento per opera del giurista, come momento di autointegrazione dell'ordinamento sulla base della connessione 'organica' dell'ordinamento stesso, non è un'operazione riconducibile all'interpretazione della legge, perché diverge radicalmente quanto allo scopo: l'integrazione per via di analogia "deve colmare una lacuna del diritto", l'interpretazione "deve rettificare secondo il vero pensiero della legge la inesattezza dell'espressione adoperata" (52). Pur facendo i conti entrambi con l'elemento dei nessi 'organici', 'sistematici', del diritto, la loro separazione non potrebbe essere più netta: e il fondamento di questa sta, ancora, nel ruolo assorbente della legge nei confronti di un'attività interpretativa intesa come comprensione della sua intrinseca 'verità'.

Ora, per ascrivere Savigny alla schiera dei 'feticisti della legge' non basterebbero certo alcuni (pur non trascurabili) elementi della sua dottrina ermeneutica, ma occorrerebbe, se non altro, approfondire il significato che la 'legge', e il problema delle fonti in genere, assume nel pensiero di questo autore.

Per utilizzare però aspetti rilevanti dell'ermeneutica savigniana pur entro un orizzonte 'codicistico' è sufficiente la disinvoltura storico-teorica della cultura giuridica italiana dell'Ottocento; che non va però semplicemente condannata, dall'alto dei nostri (per noi legittimi) rigorismi metodologici, come l' indecoroso pressapochismo di dilettanti, ma deve piuttosto essere compresa in una sua specifica modalità

(50) *Op. cit.*, p. 268.
(51) *Op. cit.*, p. 297.
(52) *Op. cit.*, p. 299.

'retorica': quella di organizzarsi come un discorso che, pur di argomentare efficacemente in rapporto ai propri presupposti e ai propri obiettivi, usa materiali eterogenei, li forza rispetto alle loro valenze originarie e li innesta su un un nuovo terreno.

È per questa via che l'improbabile connubio fra un Borsari e Savigny può apparire meno bizzarro del previsto e rappresentare piuttosto una tendenza diffusa nei primi anni dell'Italia post-unitaria.

L'orizzonte appare così delimitato, se pur variamente, dalla dominanza della legge, ma non tanto da non far apparire illusoria l'illuministica minimizzazione dell'attività interpretativa, non tanto da ridurre quest'ultima "ad un facile sillogismo, nel quale la maggiore indubitata sia la legge, la minore il fatto e la conseguenza il giudicato" (53). Il ruolo dell'interpretazione viene messo in sufficiente evidenza e la relativa problematizzazione riguarda principalmente il contrasto potenziale fra la rigida previsione legislativa e l'imprevedibile varietà delle fattispecie concrete. Da un lato si riconoscerà perciò la necessità di "ajutare e supplire colla interpretazione la debolezza, la improprietà, l'angustia delle parole legislative ed accordare alla giurisdizione la facoltà d'interpretarle" (54), dall'altro lato sarà ricorrente la preoccupazione di mantenere l'interpretazione estensiva, pur indispensabile, entro limiti che non fanno mai perdere di vista l'originaria volontà del legislatore, per non introdurre "una sfrenatezza di arbitrio, contraria in tutto agli interessi della giustizia" (55): ma non si tratta certo di limiti che starebbero troppo stretti alla dottrina ermeneutica savigniana.

Integralmente (e dichiaratamente) savigniano è poi il richiamo ad un aspetto dell'esperienza che, se anche certo non spezza l'obbligato riferimento 'codicistico', senza dubbio ne indebolisce l''assoluta' rilevanza sul terreno ermeneutico: il richiamo alla tradizione. Fra diritto romano (e diritto comune) e la "legislazione moderna" non si dà alcuna rottura radicale. I contenuti del primo proseguono senza sostanziali soluzioni di continuità nel codice: questo, nei riguardi delle fonti romane, produce una sorta di condensazione normativa, che non

---

(53) F. Forti, *Libri due delle istituzioni di diritto civile accomodate all'uso del foro*, Firenze, Cammelli, 1863, vol. I, p. 557. Su Forti cfr. P. Grossi, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 21 ss.

(54) F. Del Rosso, *Alcuni cenni sulla logica del diritto civile privato* (editi con nuova ristampa e note da Francesco Buonamici), Pisa, Citi, 1866, p. 291.

(55) F. Forti, *Libri due delle istituzioni*, cit., p. 569.

sostituisce, ma solo sintetizza l'ampio argomentare di quelle (56); ed è appunto "il vincolo che congiunge il diritto romano e la legislazione moderna" che "forma la nostra tradizione giuridica" (57).

Nel Buonamici, il richiamo alla dottrina ermeneutica di Savigny (e all' 'elemento storico' come componente di essa) interagisce con una visione del rapporto fra diritto romano-comune e diritto 'moderno' (il diritto dei grandi Stati nazionali ottocenteschi) anch'essa perfettamente 'savigniana': ed ecco che allora il suo modo di leggere la codificazione moderna diviene una forma di opposizione a quell' 'ideologia della codificazione' largamente condivisa (58).

Negli 'esegetici' commentatori dei codici, il riferimento al quadro ermeneutico savigniano non produceva invece analoghi effetti: non tanto perché esso non fosse tenuto presente e sostanzialmente adottato, quanto perché esso veniva ad innestarsi su una dottrina delle fonti che certo savigniana non poteva né voleva dirsi.

Mutavano dunque le coordinate generali condivise dall'uno o dall'altro giurista, ma il problema ermeneutico veniva di regola impostato combinando variamente l'articolata dottrina savigniana dell'interpretazione con un'idea di legislazione che si incarnava nella codificazione vigente. In questa operazione di innesto, non sembrano sorgere rilevanti incompatibilità, mentre si evidenzia semmai la possibilità di reciproci effetti incrociati: da un lato, l'enfatizzazione della volontà legislativa (immanente nella più condivisa 'ideologia della codificazione') tendeva a reagire sulla dottrina ermeneutica di ascendenza savigniana, accentuando in essa la rigidità dei vincoli posti all'interpretare; dall'altro lato, l'idea di una vocazione 'scientificamente' alta e impegnativa della giurisprudenza tendeva, anche in Italia, a presentare la pratica interpretativa come una serie di operazioni 'logicamente' necessarie e inoppugnabili: la 'logica del diritto' "non si appaga della probabilità e chiede sempre la certezza; perciò la logica del diritto...

---

(56) F. Buonamici, *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna* (Prelezione, detta dal prof. F. Buonamici nella R. Università di Pisa il dì 23 Novembre 1876), Pisa, Nistri, 1877, pp. 26-27.

(57) *Op.cit.*, p. 12 [è mio il corsivo].

(58) L'opzione 'savigniana' del Buonamici non è innocuamente 'dottrinaria': dal momento che proprio alla tradizione giuridica, in nome della sua fondamentale continuità, l'autore dichiara di doversi rivolgere per determinare gli stessi 'principi generali', menzionati dall'art. 3 delle Disposizioni preliminari del Codice del '65. Il dibattito è già aperto all'epoca e continuerà vivissimo per tutto il periodo considerato, assumendo volta a volta aspetti diversi. Cfr. *infra*, 7.

prestabilisce punti fissi e certi, da cui il giudice non si debba dipartire finché non abbia acquistato la certezza del punto contrario" (59).

Il discorso di Pescatore non si segnala, forse, per particolari doti di profondità e rigore, ma è importante, per noi, per i consensi diffusi di cui ebbe a godere all'epoca; e allora diviene particolarmente significativo il rifiuto (emblematico di una lunga stagione culturale) di attribuire un qualche ruolo, nel processo interpretativo, al meccanismo della 'probabilità' (quasi retaggio inconsapevole di un lontano passato): non è il senso 'probabile', ma il senso 'vero' (la 'verità' della legge), che deve ormai poter essere accertato dall'interprete, a meno che non si voglia proclamare "arbitro assoluto il criterio individuale senza guida di regole, senza freno di principii" (60).

4. *Dal 'metodo tradizionale' al metodo storico-evolutivo.*

Ho mutuato, per comodità di esposizione, da Gény il termine (e il concetto) di 'metodo tradizionale' e lo ho usato come collettore degli atteggiamenti ermeneutici diffusi nella cultura giuridica italiana almeno negli anni Sessanta e Settanta dell'Ottocento. La piena plausibilità di questo uso esige però, in effetti, la verifica di due condizioni.

La prima condizione è verificata quando si individuino indizi sufficienti dell'esistenza, al di là delle più scontate differenze, di un patrimonio condiviso di credenze, aspettative, scelte teoriche, stili argomentativi riportabile ad una comprensiva 'etichetta' — e in questo senso gli indizi già raccolti inducono effettivamente, a mio avviso, a guardare alle principali convinzioni teorico-ermeneutiche, espresse dai giuristi degli anni immediatamente post-unitari, come ad atteggiamenti largamente diffusi in quella cultura giuridica, quasi punti diversi di una linea continua che ad un suo estremo presenta l'accettazione dell'orizzonte 'codicistico' e all'altro estremo rinvia a non pochi aspetti della dottrina ermeneutica savigniana.

La seconda condizione è verificata quando le convinzioni, condivise da una determinata generazione, non solo vengono presentate, da

---

(59) M. PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, Torino, Unione Tipografico-editrice, 1863, vol. I, p. 267. Cfr. anche M. PESCATORE, *Filosofia e dottrina giuridiche*, Roma, Bocca, 1874, p. 65. Su Pescatore cfr. P. BENEDUCE, *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra '800 e '900*, Napoli, Newprint, 1990, pp. 161 ss.

(60) M. PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., p. 271. Si riferisce a questo proposito polemicamente a W. BELIME, *Philosophie du droit ou cours d'introduction à la science du droit*, Paris, Joubert, 1844, T. I, pp. 497 ss.

parte della generazione successiva, come un tutto coerente che essa si trova di fronte, ma vengono anche connotate con uno specifico giudizio di valore, che serve a 'chiudere' le precedenti teorie in un tempo storico discontinuo con il presente. La tendenza non è allora più tanto quella di individuare i punti deboli delle teorie precedenti ripercorrendone dall'interno la logica e vagliandone la tenuta, quanto quella di estrometterle in blocco sulla base della loro (sopraggiunta) inadeguatezza funzionale: inadeguatezza di fronte ad un problema, o ad una serie di problemi, di cui si drammatizza la novità, quindi, la risolubilità alla luce delle coordinate teoriche precedentemente consolidate.

Occorre dunque ora tentare di capire se e in che modo i giuristi italiani, fra la fine del secolo scorso e i primi anni del nostro, contrappongano, all'impostazione del problema ermeneutico fino ad allora condivisa, una 'domanda' ermeneutica sensibilmente diversa.

Che gli anni Ottanta e Novanta dell'Ottocento siano, anche in Italia, anni di crescente inquietudine politico-giuridica può essere assunto come dato ormai acquisito. Valgano le coordinate più generali (direi 'manualistiche'; il che non vuol dire necessariamente false): dalla brusca accelerazione del processo di industrializzazione, alla connessa conflittualità sociale, all'incubazione o prima progettazione dello Stato sociale, alla diffusione della filosofia sociale positivistica, in una interazione di elementi, tanto facilmente enumerabili nella loro astratta configurazione quanto difficilmente ricostruibili nel vivo della concreta fenomenologia storico-sociale.

Nello specchio della cultura giuridica, uno dei primi contraccolpi di questo processo è sicuramente costituito da un gruppo variopinto di giuristi, molto diversi fra di loro, ma accomunato appunto dalla cifra dell'inquietudine, dell'insoddisfazione verso il presente (e il recente passato), dal bisogno di una modificazione dell'ambiente politico-giuridico che prendeva di frequente il nome di 'riforma'.

Sappiamo ormai non poco di questi personaggi e delle loro proposte ([61]). Basti qui mettere in evidenza (rapsodicamente) solo alcuni temi.

a) È largamente comune la percezione di un mutamento accelerato e incontenibile, che investe la società e la cultura nel loro complesso.

([61]) Nella misura in cui alcune di queste proposte sono riconducibili al cosiddetto 'socialismo giuridico', cfr. P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, in "Politica del diritto", I, 1970, pp. 241 ss. e il numero monografico di "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", III-IV, 1974-1975.

b) Il processo di mutamento non è tanto analizzato nelle sue componenti socio-economiche e nelle sue politiche condizioni di possibilità. Si fa piuttosto rimbalzare l' osservazione minuta e 'quotidiana' del movimento in atto ad un livello diverso: la percezione del tempo diviene una (implicita, inespressa, ma operante) filosofia della storia, più esattamente dell'accelerazione della storia: ed è essa che conta, prima che per le osservazioni particolari a cui può dare adito, proprio come condizione previa di impostazione dei problemi (innanzitutto dei problemi politico-giuridici), come orizzonte entro il quale contenere (e insieme fondare) la politica (e\o la teorica) del diritto volta a volta suggerita. Valga in questo senso il ricorrente tòpos della 'vita' come movimento e l'invito a riportare analogicamente a esso ogni possibile oggetto di indagine (62) — che, fra l'altro, getta un ponte (per così dire, transculturale e transideologico) fra il dominante positivismo dei nostri giuristi e l'eclettismo filosofico (variamente bergsoniano, tomista, ma anche positivista) del più tardo Gény.

c) Nella valutazione del processo gli accenti mutano, ma è comune l'esigenza di intervenire attivamente nel processo in atto, per indirizzarlo, controllarlo, governarlo: si può essere più o meno 'ottimisti' o 'pessimisti' sul suo esito e sulle modalità del suo svolgimento, ma certo non si è fiduciosi verso uno 'spontaneo' comporsi della conflittualità e un conseguente costituirsi dell'equilibrio.

d) Nel tentativo di capire, controllare, indirizzare il processo di trasformazione politico-sociale in atto, il diritto compare in una doppia veste, volta a volta strumentale o finale. È non tanto uno strumento, quanto lo strumento fondamentale per un adeguato controllo (politico-statuale) del mutamento; ma è esso stesso direttamente pensato 'entro' il mutamento, a partire dal mutamento, sulla base di un nesso di funzionalità che lo collega (che lo deve collegare) alle trasformazioni in corso, rispetto alle quali si pone appunto il problema della sua adeguatezza.

e) Su questa base, il giurista si rapporta al diritto esistente (anche) in termini apertamente valutativi e i criteri di valutazione adottati presuppongono una filosofia del mutamento sociale e si esprimono secondo parametri funzionalistici. Nella misura però in cui il mutamento sociale si carica dell'ottimismo etico di ispirazione positivistica (valgano per tutti i temi del 'progresso' e della 'solidarietà sociale'),

---

(62) Cfr. ad es. G. VADALÀ PAPALE, *Il codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Morano, 1881, p. 22.

l'inadeguatezza del diritto esistente si misura (anche) direttamente in rapporto ai valori (dati come nuovi ed emergenti).

Se dunque queste sono le coordinate generali, quali le componenti dell'esperienza giuridica sulle quali i riformatori intendono agire? Mi sembrano principalmente le seguenti: la legislazione, la scienza giuridica. Sul fronte della legislazione, l'insoddisfazione verso la codificazione (soprattutto civilistica), la denuncia della sua inadeguatezza di fronte al mutamento sociale in atto, si traducono in proposte differenziate fra di loro (dalla progettazione di codici tutt'affatto nuovi e diversi o comunque radicalmente riformati, all'invocazione di una legislazione speciale efficace nell'integrare la ormai carente disciplina codicistica), ma comunque concordi nel valorizzare le potenzialità innovative dell'intervento legislativo. Sul fronte della scienza giuridica, l'inquietudine 'riformatrice' si esprime nel sottolineare l'urgenza di una revisione del metodo e nel porre all'ordine del giorno l'opposizione (o la pretesa opposizione) fra 'esegesi' e 'sistema' (63).

Ora, il nostro problema è capire se e in che modo ci si incontra per questa via con il problema dell'interpretazione della legge.

Credo che la risposta debba essere articolata. Da un primo punto di vista, l'elemento di coagulazione del dibattito metodologico degli anni Ottanta-Novanta è dato dal problema del sapere giuridico nel suo complesso, che viene preso in considerazione soprattutto per saggiare le possibilità e le modalità di una sua ri-scrittura: ed è in questa prospettiva che si invocherà il 'metodo sistematico' e si sosterrà che la sua adozione non solo migliorerà l'organizzazione 'stilistica', espositiva, del discorso giuridico, ma accrescerà anche la sua potenza esplicativa, ponendolo in grado di colmare le lacune della codificazione (64).

Da un secondo punto di vista, però, le inquietudini 'riformatrici' fanno emergere atteggiamenti che avrebbero contestualmente influenzato anche il terreno specificamente ermeneutico.

In primo luogo: l'enfatizzazione del ruolo del giurista riguarda

---

(63) Sul problema del metodo civilistico cfr. P. Beneduce, *Il 'giusto' metodo di Emanuele Gianturco. Manuali e generi letterari alle origini della 'scienza italiana'*, in A. Mazzacane (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Napoli, Liguori, 1987, pp. 295-364; P. Grossi, *"La scienza del diritto privato". Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo (1893-1896)*, Milano, Giuffrè, 1988; Id., *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, Barcelona, Gráficas Unión, 1991.

(64) E. Gianturco, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, in *Opere giuridiche*, Roma, La Libreria dello Stato, 1947, vol. I, p. 6. Su Gianturco cfr. i saggi raccolti in A. Mazzacane (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, cit.

principalmente la scienza giuridica, ma segna di riflesso la possibilità, per ogni operazione ermeneutico-giuridica, di un rapporto più libero e insieme più problematico con la legislazione (65).

In secondo luogo, e di conseguenza: l'enfatizzazione del ruolo del giurista, se si traduce spesso e volentieri nell'apologia di un particolare ceto professionale (il giurista 'universitario'), si presta anche ad essere usata per la valorizzazione di ceti diversi (ad esempio il giudice).

Infine, il nesso stringente che si viene a stabilire fra mutamento sociale e ruolo del giurista nel medium della scienza giuridica viene a ripetersi allo stesso modo anche là dove non è più il *Professorenrecht* ad essere direttamente in questione.

Se non i professori, allora, certo sono i giudici ad imporsi come soggetti di un'operazione che è innanzitutto e necessariamente interpretativa: e l'affiorare di una nuova sensibilità al problema teorico-ermeneutico coincide appunto con un tentativo di problematizzazione di quel peculiare soggetto dell'interpretazione che è il giudice.

Ne è un primo, timido indice la tematizzazione dell'equità e del suo ruolo ermeneutico. Si tratta, come è ovvio, di un problema antichissimo, che, affrontato sempre di nuovo in contesti diversi, veniva risolto, ancora agli inizi degli anni Ottanta, da Scialoja, nei termini che potevano essere propri di un Borsari: l'equità "è un'aspirazione di un popolo ad un certo diritto"; in essa "la materia giuridica si trova allo stato amorfo e non depurata, nel diritto positivo invece essa è schietta e cristallizzata" (66). L'equità è dunque realizzata nella legislazione e l'interpretazione giudiziale deve contenersi entro i limiti dell'accerta-

---

(65) Cfr., ad es., C.F. GABBA, *Prolusione al corso di Diritto civile. Anno scolastico 1877-88. (Concetto del diritto civile - Piano di una trattazione sistematica del diritto civile italiano*, in "Archivio giuridico", XXXIX, 1887, p. 536: nei riguardi del codice "noi dobbiamo ad una cosa principale mirare: a dargli vita ed anima, col soffio della scienza. Fare di questa il substrato di quello, il fondamento su cui si appoggia, il telaio su cui è tessuto, il fondo da cui si distacca, la cornice dentro cui si racchiude e si compone". Su Gabba cfr. P. GROSSI, *"La scienza del diritto privato"*, cit., pp. 46 ss.

(66) V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità* [1880], in *Studi giuridici, vol. III, Diritto privato, Parte I*, Roma, Anonima romana Editrice, 1932, p. 15. Cfr. anche, con sfumature diverse, C. LOZZI, *Della interpretazione delle leggi e dei contratti per via di equità*, in "Temi Veneta", III, 1878, pp. 445 ss.; DEODATI, *Alcune considerazioni sopra un'unica Corte regolatrice nella capitale del regno e sui giudizi di equità*, in "Temi Veneta", III, 1878, pp. 509 ss.; M. DIENA, *Della equità nella interpretazione delle leggi e dei contratti e della corte di Cassazione unica. Studi*, Venezia, Fonata, 1879; C. LOZZI, *La nuova dottrina di F. Laurent sulla interpretazione delle leggi*, in "Giurisprudenza italiana", XXXIII, 1881, Parte IV, pp. 30 ss.

mento della volontà legislativa. Non sfuggiranno però i termini dell'impostazione del problema: l'equità rinvia all'aspirazione di un popolo al mutamento sociale e ciò che si vuole respingere è appunto la diretta rilevanza ermeneutica del mutamento in atto. Non sarebbero comunque mancate risposte diverse al problema così impostato (67): ma quello che importa è che il dibattito includa ormai come propria componente la problematizzazione dell'interpretazione e del ruolo del giudice sullo sfondo del mutamento sociale in atto.

Della maturità del problema, ormai al concludersi degli anni Ottanta, offre una buona testimonianza un contributo di Majorana, di singolare chiarezza e lucidità, che conviene leggere con una qualche attenzione.

Una caratteristica del testo è innanzitutto quella di perseguire un obiettivo critico-esplicativo piuttosto che dottrinario-prescrittivo: esso insomma non intende dirci ciò che 'deve' essere la giurisdizione nei riguardi della legislazione nel quadro di una 'vera' teoria delle fonti, ma tenta semplicemente di impostare il problema e indicare possibili linee di tendenza — e, da questo punto di vista, il testo è una voce isolata nel coro delle tante 'dottrine' tese verso una qualche 'dogmatica' certezza.

In questa prospettiva, legge e giudizio appaiono come componenti dell'esperienza giuridica che si intrecciano dialetticamente: "quando, mercé un codice, si dà fermo assetto al diritto, comincia, immediatamente, un lavorio per la creazione di un diritto nuovo". Il codice infatti si presenta, sì, come il baluardo della completezza e della stabilità, ma anche come il responsabile della staticità, del blocco del movimento, dell'"integrazione"; dall'altro lato, le forze sociali che non trovano immediata espressione nella codificazione vigente e puntano alla trasformazione dell'esistente, "non trovando soddisfazione nella legge, così come dal codice integrata, aspirano a differenziarla e delle loro aspirazioni cercano di fare organi i giudici" (68), che agiscono "col lavoro sottile, diligente e continuo della interpretazione; con quello più avanzato, ma sovente camuffato, che è mosso dalla necessità di supplire alle disposizioni di legge mancanti; infine con quello audace della correzione" (69).

---

(67) Cfr. ad es. F. CAZZANIGA, *L'equità e le sue applicazioni*, Cremona, Ronzi e Signori, 1888.

(68) A. MAJORANA, *L'evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione*, in "Archivio giuridico", XLIII, 1889, p. 574.

(69) *Op. cit.*, p. 575.

Il giudice viene così rappresentato come l'organo spontaneamente (storicamente) deputato ad accogliere, nello specchio dell'interpretazione, le istanze del mutamento, della "differenziazione". Certo, l'attuale sistema delle fonti "prevede i magistrati come applicatori del diritto nei casi controversi o in altri espressamente deferiti dalla legge", ma non mancano segni, per il nostro giurista, di una tendenza che porta a complicare il quadro tradizionale, in rapporto all'estensione dei compiti 'sociali' dello Stato e all'accelerata trasformazione socio-giuridica. E non è allora raro il caso che, di fronte a "nuovi bisogni..., urgentemente manifestatisi", "la legge sia tarda a riconoscerli, che il magistrato quindi se ne impossessi prima, sicché le sue sentenze servano come di materiali alla legge futura" (70). Ed ecco, conclusivamente, il quadro di sintesi: "Quando il diritto è fissato fermamente nel codice, il giudice deve, con maggiore o minore macchinalità, applicarlo. Notisi dapprima, però, che egli per la innata tendenza che ha ogni persona o ente ad ampliare le sue competenze, cerca di allargare le proprie. Quindi cerca, colla interpretazione e colla risoluzione dei casi nuovi, affrancarsi dalla condizione meramente passiva in cui la legge lo colloca. Nel che, a vero dire, abbiamo una pura ragione individuale e psicologica. Ma inoltre abbiamo ragioni ben più gravi: sovratutto non vuolsi dimenticare l'ambiente. I nuovi bisogni che sorgono tendono ad avere organi proprii. Le nuove forze sociali che si manifestano, non ricevendo soddisfazione nella ferma ed immutabile legge, cercano di influire sui giudici; i quali, del resto...sono psicologicamente predisposti ad ampliare le loro potestà. E così, con un processo lentissimo, essi, che sono sorti per applicare un diritto, ne vengono creando ed applicando un altro" (71).

La lunghezza della citazione apparirà, spero, giustificata dalla non comune significatività della testimonianza. Si enumerino i temi che essa include, nel suo piano e chiaro sviluppo: il passaggio da un'idea di giudice come soggetto 'meccanico', passivo, ad un'immagine di giudice come interprete propositivo e 'creativo'; il ruolo di 'supplenza' della magistratura (dove la stessa terminologia usata indurrebbe nella tentazione di indebite attualizzazioni); le spinte, interne alla magistratura come ad ogni ceto professionale, alla valorizzazione del proprio ruolo politico-sociale; l'interpretazione giudiziale come 'ponte' fra le rapide trasformazioni dell'ambiente sociale e il quadro istituzionale; l'accenno

(70) *Op. cit.*, p. 577-578.
(71) *Op. cit.*, p. 575.

'realistico' al farsi di un diritto 'diverso' attraverso vie 'dottrinariamente' impreviste ed eretiche. Si tengano presenti questi cenni tematici e ci troveremo di fronte alle principali coordinate entro le quali il dibattito teorico-ermeneutico fra Otto e Novecento si è in sostanza mantenuto.

È piuttosto agevole individuarne i capisaldi, dato il continuo ripetersi degli schemi argomentativi adottati.

a) In primo luogo, viene drammatizzato il contrasto fra la trasformazione sociale, i nuovi bisogni, le nuove forze economiche e il sistema legislativo vigente: è l'inadeguatezza funzionale della legge che porta, insieme, alla svalutazione di questa come fondamento esclusivo della disciplina normativa dei rapporti sociali e alla valorizzazione dell'interpretare giudiziale.

b) In secondo luogo, il problema dell'interpretazione viene affrontato non tanto nella sua portata più generale ed astratta, quanto nella sua dimensione direttamente produttiva di conseguenze giuridicamente e politicamente rilevanti: l'interpretazione emerge dunque non tanto come operazione riferibile a diversi soggetti dell'ordinamento, ma come quell'operazione grazie alla quale il giudice può (o deve, o 'non può non') mediare fra il mutarsi della realtà sociale e la rigidità (e conseguente inadeguatezza) della legislazione.

c) L'interpretazione, in quanto interpretazione giudiziale, tende ad includere al suo interno il momento dell'applicazione del diritto, senza particolari preoccupazioni di distinzioni analitiche.

All'interpretazione si guarda dunque con rinnovato interesse e con aspettative inedite nel momento in cui ci si dispone a ripensare radicalmente il ruolo del giudice, la sua posizione di fronte alla legislazione, la sua capacità di intervento nella società. La valorizzazione del ruolo del giudice non sfocia comunque, di regola, in posizioni estreme che mirino ad un ripensamento globale, e radicale, del sistema delle fonti: il riconoscimento dello Stato di diritto nella sua tipica configurazione, quindi il principio della divisione dei poteri e la supremazia della legge, costituiscono anche per i 'riformatori' italiani (proprio come per Gény) non tanto un ostacolo da abbattere quanto una regola da rispettare, a patto però di dichiararla subito compatibile con un diverso 'gioco' ermeneutico.

Certo, prendere sul serio il diffuso *cahier de doléances* nei riguardi della legislazione può indurre a ipotizzare, se non per il presente, almeno per il futuro, un sistema delle fonti radicalmente diverso e a guardare al giudice come al momento risolutivo dell'esperienza

politico-giuridica (72). Quali che siano comunque gli esiti radicali dell'una o dell'altra proposta 'riformatrice', essi restano sostanzialmente isolati, mentre senz'altro diffusa è l'esigenza di gettare uno sguardo nuovo sull'interpretazione a partire dal suo (principale) soggetto.

Il problema però a questo punto non era risolto, ma solo impostato, sulla base di premesse politico-giuridiche (in qualche modo meta-ermeneutiche) ovviamente influenti sulla dottrina dell'interpretazione, ma aperte a sviluppi potenzialmente molto diversi. Pur nella varietà degli accenti, credo tuttavia che si possa individuare un atteggiamento dominante, compendiabile in quello che veniva frequentemente chiamato il 'metodo storico-evolutivo'.

Esso fu solennemente adottato dalla mozione conclusiva del V Congresso nazionale giuridico-forense, sulla spinta di una efficace relazione di Vadalà Papale, ma la sanzione ufficiale conseguita nel congresso seguiva in realtà a numerose, passate adesioni e preludeva ad un futuro, durevole successo.

Il congresso di Palermo si apre, come avverte Vadalà Papale, nel nome di Gény e nel segno di un rinnovato interesse al problema

---

(72) Cfr. ad. es. E. CALDARA, *Per una missione della magistratura*, in "La scienza del diritto privato. Rivista critica di studi giuridici e sociali", III, 1895, pp. 381-382, dove si enfatizza "tutta l'importanza sociale che assumerebbe la magistratura ove si persuadesse ch' è sua funzione sviluppare all'infinito....i principii giuridici che sono sanciti o soltanto accennati nei codici"; oppure P. VIAZZI, v. *Equità*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, 1906, vol. V, parte II, Milano, Società Editrice Libraria, pp. 356-357, che addirittura, sia pure per un "remoto futuro", auspica che il giudice venga chiamato "a sostituire il legislatore, perché egli solo, come persona, può trovarsi in contatto immediato con le singole realtà provocanti una decisione". È d'altronde in questo contesto che si inquadra l'interessante episodio del giudice Magnaud: non un episodio di folklore giuridico, ma un caso di notevole importanza e risonanza. Delle sue sentenze in Italia si fa traduttore e commentatore entusiasta il giudice Raffaele Majetti, curando l'edizione di E. LEYRET, *Le sentenze del Presidente Magnaud*, S. Maria Capua Vetere, Cavotta, 1901. Lo stesso giudice Majetti curerà di lì a poco la traduzione del celebre pamphlet di Gnaeus Flavius (H.U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, Milano-Palermo-Napoli, Sandron, 1908). Su Caldara e il problema dell'interpretazione della legge cfr. P. GROSSI, *"La scienza del diritto privato"*, cit., pp.163 ss.; sul giudice Magnaud cfr. R. WEYL, M. PICARD WEYL, *Socialisme et justice dans la France de 1895: le 'bon juge Magnaud'*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", III-IV, 1974-1975, pp. 367 ss.; sul giudice Majetti cfr. la biografia (e apologia) redatta dal figlio: R. MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni e il 'buon giudice italiano'*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1932; F. VENTURINI, *Un 'sindacato' di giudici da Giolitti a Mussolini: l'Associazione generale fra i magistrati italiani, 1909-1926*, Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 60 ss.

dell'interpretazione (73). Le coordinate che ne permettono l'impostazione sono ormai ben note: da un lato, si vuole mantenere intatto il quadro costituzionale e il vigente sistema delle fonti, dall'altro lato si tematizza, e si drammatizza, il mutamento sociale per imporre l'urgenza del problema ermeneutico. Il compito dell'interprete appare allora, sulla base di queste premesse, iscritto fra i due estremi della valorizzazione dei 'bisogni' (rapporti, forze, mutamenti) sociali e la comprensione del senso della legge. Laddove, per la dottrina 'tradizionale' dell'interpretazione, la legge era comprensibile come tale e il problema della sua applicazione al fatto riguardava prevalentemente il passaggio dall'astratto (della previsione) al concreto (del 'caso'), nella proposta innovativa degli 'evoluzionisti' la legge è comprensibile e applicabile grazie ad un procedimento che muove dalla pre-comprensione della dinamica sociale, interroga e decifra la legge su questa base, torna infine sul 'caso' aggiornando la ratio legis sulla base del nesso di funzionalità che l'interprete viene a stabilire fra legge e mutamento sociale.

Di questo programma ermeneutico almeno due sono le caratteristiche salienti che Vadalà Papale non manca di sottolineare: la prima è data dalla diretta rilevanza ermeneutica che la scienza sociale può (deve) assumere nel processo dell'interpretazione giuridica (74) — una rilevanza che d'altronde, per la cultura positivistica condivisa da tanti 'innovatori' ed egemone all'epoca, appare del tutto pacifica. La seconda caratteristica è data dal tenace legame che non si interrompe affatto, ma che anzi si riconferma energicamente, fra giurista e legislazione (75): il controllo giuridico del mutamento non è (soltanto) perseguibile con una nuova legislazione, non è (affatto) perseguibile sganciando il giurista dall'interpretazione della legge, ma è raggiungibile sul terreno dell'interpretazione (proprio dell'interpretazione della legge e dell'interpretazione giudiziale in specie), dove la giurisprudenza assume il

---

(73) G. Vadalà Papale, *Dei metodi d'interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato*, in *V Congresso nazionale giuridico-forense* (Palermo, 1903), Palermo, Barravecchia, 1904, p. 109. Su Vadalà Papale cfr. P. Grossi, *"La scienza del diritto privato"*, cit., pp. 24 ss.

(74) *Op. cit.*, p. 115: la scienza sociale "sarebbe...il grande ed il migliore commento al Codice Civile".

(75) 76 *Op. cit.*, p. 115: la legge scritta deve essere considerata "come la sola cornice scientifica e giuridica dove possono e debbono inquadrarsi tutti i rapporti giuridici per la necessità del loro regolamento".

ruolo di "intermediaria tra le legge e i rapporti nuovi, variati, fuggenti" e serve appunto ad "adattare quella a questi" (76).

L'interpretazione della legge, dunque, in primo luogo, tende a porsi al centro dell'esperienza giuridica, a svantaggio di altre possibili forme di *Rechtserfindung*, in secondo luogo, procede non verso l'originaria volontà del legislatore, ma oltre di essa, verso un senso (dato per) attuale dall'interprete. È il testo legislativo che, sollecitato dall'interprete, si offre come produttivo di sempre nuove conseguenze, è il testo che appare come "un organismo vivente che deve integrarsi continuamente...con le nuove esigenze che si impongono nella vita" (77).

Ora, quale *auctoritas* è invocabile (ed effettivamente richiamata) a supporto di una siffatta impostazione? Certamente non Gény, ma, semmai, Saleilles: che infatti, nella prefazione alla *Méthode d'interpretation*, pur nel salutare entusiasticamente il nuovo 'metodo', lega in realtà la propria proposta alternativa ad alcune idee-guida, che dalla *Méthode* divergono nettamente (78).

La situazione allora può apparire, a prima vista, paradossale: si dedica idealmente il congresso a Gény in nome del superamento della tradizione, ma nel momento in cui si delinea l'alternativa, la si indirizza esattamente nella direzione opposta a quella perseguita da Gény, non già volgendo le spalle alla legge e alla sua interpretazione, ma al contrario rafforzando, e impostando diversamente, il loro rapporto.

Non si tratta, comunque, di una scelta isolata del Congresso di Palermo, ma di una linea largamente condivisa: nel momento in cui una parte della cultura giuridica italiana si dispone, fra Otto e Novecento, a prendere sul serio il problema del mutamento sociale, la valorizzazione del ruolo del giudice fa per essa tutt'uno con un programma ermeneutico che insiste sulla necessità di una rilettura 'attualizzante' della legge in vista della sua applicazione.

La valorizzazione della giurisprudenza, dunque, procede insieme con l'indicazione dei nuovi compiti dell'interpretazione, entro una

---

(76) *Op. cit.*, p. 112.

(77) *Op. cit.*, p. 116.

(78) Cfr. R. SALEILLES, *Préface* a F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, cit., pp. XVII ss.: la prefazione è peraltro richiamata con grande frequenza dai giuristi italiani. Un altro autore frequentemente richiamato e utilizzato è Kohler. In questo senso è del tutto pertinente il richiamo ad una *koinè* 'riformatrice' che accomuna autori diversi, su cui P. GROSSI, *Absolutismo jurídico*, cit., pp.18 ss. Sull'ermeneutica 'oggettivistica' cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1983[5], pp. 31 ss.

rappresentazione del sistema delle fonti che resta sostanzialmente tradizionale, ma che non può non subire gli effetti connessi all'enfatizzazione del ruolo del giudice nell'esperienza giuridica.

Valga, come esempio significativo in questo senso, il tentativo di Miceli di ripensare il problema delle fonti del diritto (79). In questo saggio ambizioso l'autore, pur confermando il ruolo della legge come esclusiva fonte di diritto in senso formale, sarà indotto dalla particolare attenzione tributata al 'diritto giurisprudenziale' a parlare di 'fonti indirette' e a mettere in risalto il loro contributo nel processo di 'realizzazione' del diritto: un contributo per nulla scontato e predeterminato dalle disposizioni legislative.

Viene così rivendicato con chiarezza il ruolo 'creativo' dell'interpretazione: dove è in atto un processo di interpretazione, dove la "volontà" dell'interprete si rapporta alla "volontà" del testo legislativo per intenderne il contenuto, si dà inevitabilmente "un'impronta nuova al comando", dal momento che la volontà non è "un meccanismo inerte...ma...una forza viva, un centro di attività autonoma... " (80). E allora si dovrà ancora parlare, per la giurisprudenza, di fonte solo 'indiretta' di diritto, ma non si potrà disconoscerne il ruolo sostanzialmente 'produttivo', non si potrà ridurla ad "un semplice riflesso, una semplice rivelazione della fonte diretta" (81).

Si delinea così una sorta di tensione non risolta fra una rappresentazione giuridico-formale e una comprensione sociologicamente, 'realisticamente' orientata della fenomenologia giuridica; se, per la prima, fonte in senso proprio può dirsi solo la legge, per la seconda l'interpretazione giurisprudenziale è comunque connotata da un tasso rilevante di 'creatività': l'interpretazione è creazione perché necessariamente essa "è costruzione mentale da parte di una coscienza diversa" (82). Né è sufficiente osservare, in contrario, che l'interpretazione trova nella legge il proprio limite insuperabile, perché i criteri interpretativi che il giudice usa non sono dati immediatamente dalla legge, ma sono presupposti ad essa (83).

Divenuta l'interpretazione (storico-evolutiva) lo strumento grazie al quale, 'entro' il quale, la legge si distacca dal suo punto di origine,

---

(79) V. Miceli, *Le fonti del diritto dal punto di vista psichico-sociale*, Palermo, Reber, 1905.

(80) *Op. cit.*, p. 112.

(81) *Op. cit.*, p. 113.

(82) *Op. cit.*, p. 160.

(83) *Op. cit.*, p. 162.

perde la propria rigidità e si adegua al mutarsi dei 'bisogni', è l'operazione interpretativa come tale che richiede di essere approfondita nelle sue caratteristiche modalità e nei suoi presupposti. Ed ecco allora l'accenno alla portata 'creativa' dell'interpretazione, all' 'autonomia' del testo legislativo, alla irriducibilità dei risultati dell'interpretazione ai contenuti 'predeterminati' dalla 'volontà' del legislatore.

Si tratta, certo, di rapidi cenni, la cui importanza però, nel panorama della cultura giuridica fra Otto e Novecento, non deve essere sottovalutata. Il tema ermeneutico 'come tale' (nella sua più ampia generalità) resta piuttosto in ombra, ma, proprio per questo, è interessante constatare come l'allontanamento dalla tradizione teorico-ermeneutica imponga comunque di problematizzare il senso della libertà (o 'creatività') dell'interpretare, il ruolo determinante del soggetto, il suo rapporto con il testo.

Non appena si porta l'analisi su questo difficile terreno, sembrano saltare le certezze 'tradizionali' e innanzitutto la possibilità di una corrispondenza perfetta fra norma e fatto. Non si dà, per l'interpretazione(-applicazione) giudiziale del diritto, una rappresentazione puramente 'oggettiva' del fatto, perché la conoscenza di esso "riceve l'impronta singolare della personalità che ne è il soggetto" (84), né un'unica, obbligata, deduzione dal sistema normativo, all'interno del quale sono di regola disponibili premesse diverse fra le quali scegliere e dalle quali trarre conseguenze (ovviamente) diverse (85).

Non mancherà l'occasione di incontrare di nuovo, nella cultura giuridica italiana successiva, spunti tematici analoghi: questi anzi troveranno solo nel prosieguo di tempo un'adeguata problematizzazione. Al loro primo apparire, fra la fine del secolo scorso e gli inizi del nostro, essi, per un verso, risultano largamente tributari verso modelli transalpini relativamente rielaborati (86), per un altro verso, si muovono ancora nell'orbita di una proposta ermeneutica che bada più a raggiungere un obiettivo determinato che non a dispiegarsi in tutta la sua globalità.

Dal primo punto di vista, allora, non stupisce l'alta frequenza delle citazioni di un Kantorowicz: non perché si adottino in massa le sue proposte teoriche, ma perché le si usano come campanello d'allarme per l'urgenza del problema ermeneutico o come testa di ponte nella

(84) P. VIAZZI, v. *Equità*, cit., p. 340.
(85) *Op. cit.*, p. 345.
(86) Cfr. *supra*, nota 71.

battaglia 'anti-tradizionalista'; né diverso, in questo periodo, è il senso della fortuna italiana di Gény. Si 'citano' insomma Kantorowicz o Gény, ma si 'usano' piuttosto Kohler o Saleilles, proprio perché questi autori sono immediatamente spendibili nel processo di 'aggiornamento' ermeneutico perseguito dagli 'anti-tradizionalisti' italiani: che mirano appunto — ed ecco il secondo aspetto della situazione — a raccomandare uno stile di lavoro, una pratica interpretativa, prima di una teorica ermeneutica complessiva, che si impegnano in una rilettura del sistema normativo che muova dal presente e ad esso ritorni in funzione del suo ritmo di mutamento.

Proprio per questo, appaiono assai significativi interventi che non affrontano *in apicibus* il problema del rinnovamento ermeneutico, ma lo impostano e lo risolvono nelle pieghe di un discorso che perviene all'ermeneutica dal 'basso' di questioni di grande rilevanza politico-giuridica.

Valga come esempio un saggio di Carnelutti, del 1904 (87), dove il problema è valutare il rapporto fra la legge sugli infortuni e il codice civile come rapporto fra diritto eccezionale e diritto comune. Non si tratta di una questione accademica, perché non mancavano sentenze che proprio sulla natura 'eccezionale' della legge sugli infortuni fondavano la necessità di una interpretazione restrittiva di essa (88).

La brillante argomentazione dell'autore tende a rovesciare una posizione ermeneuticamente consolidata mettendo in discussione il senso stesso di 'norma' e di 'eccezione'. Il carattere di 'eccezionalità' di una norma rispetto ad un'altra non può decidersi sulla base di un semplice confronto fra norme: occorre respingere la logica, familiare al giurista, di un'indagine che non esce dal chiuso dell'edificio normativo e instaurare un confronto fra norma e realtà sociale; non è l'analisi della norma come tale, ma il rapporto del testo legislativo "con la coscienza giuridica contemporanea che deve fornire i criteri per guidare la interpretazione" (89). E allora la norma, che da un punto di vista giuridico-formale sembra eccezionale, "suona conforme all'intimo senso giuridico contemporaneo, mentre il c.d. ius commune rappre-

(87) F. CARNELUTTI, *Criteri d'interpretazione della legge su gli infortuni*, in "Rivista di diritto commerciale, industriale e marittimo", II, 1904, pp. 202-226.

(88) Sul problema della responsabilità civile è ora fondamentale G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991; sull'intervento di Carnelutti, cfr. in particolare pp. 413 ss. Sul problema del rapporto fra leggi speciali e codice civile cfr. in particolare pp. 155 ss.

(89) F. CARNELUTTI, *Criteri d'interpretazione*, cit., p. 207.

senta la consacrazione legislativa di uno stadio di pensiero giuridico decadente, tramontato o sul punto di tramontare!" (90). La conseguenza è presto tratta: se il diritto 'eccezionale' affonda le sue radici nella società e nei suoi bisogni, esso, lungi dall' essere necessariamente interpretato in termini restrittivi, potrà vedersi attribuire una peculiare forza espansiva; e infatti: "perché negar forza di espansione al diritto nuovo, che ha in sé il vigore di supplire ai nuovi bisogni...?" (91)

Il diritto 'eccezionale' deve dunque produrre (o non produrre) effetti 'espansivi' non sulla base di un confronto (per così dire, statico) fra norme, ma sulla base di un confronto 'dinamico' fra testo legislativo e realtà sociale: è ancora l'enfatizzazione del mutamento sociale come presupposto dell'interpretare giuridico che presiede all'operazione ermeneutica del nostro giurista. Con una importante novità in più, rappresentata dal fatto che il diritto 'nuovo' (adeguato al mutamento, funzionale ai nuovi bisogni) non vive solo nel rapporto che esso viene intrattenendo con la realtà sociale, ma, a partire da questa relazione privilegiata, raggiunge, per via di interpretazione, il sistema giuridico complessivo e incide sul difficile rapporto fra codice e legislazione speciale. Si sviluppa così una sorta di 'circolo virtuoso': l'interprete valorizza l'una o l'altra legge speciale come diritto 'nuovo'; ma, viceversa, il ricorso stesso alle leggi speciali mostra, da parte del legislatore, una crescente attenzione al mutamento sociale. E allora quella che sembrava una mera 'eccezione' può apparire, in un'ottica ermeneutica disposta a leggere, insieme, le leggi speciali a partire dai 'nuovi bisogni' e il sistema giuridico a partire dalle leggi speciali, "l'indice di una generale tendenza a un nuovo orientamento... " (92).

Certo, il campo della responsabilità civile è un settore privilegiato per cogliere le inquietudini e i tentativi di innovazione che, nell'Italia della fine del secolo scorso, riguardano la giurisprudenza non meno della cultura giuridica universitaria (93), ma non è certo l'unico nel quale il nuovo schema ermeneutico può cimentarsi con alterni successi. Valga il caso, che ebbe all'epoca qualche risonanza, di una sentenza (di cui Mortara fu estensore) dove in questione era, addirittura, il diritto di alcune donne di essere iscritte, secondo la loro richiesta, nelle liste

(90) *Op. cit.*, p. 206.

(91) *Ibidem.*

(92) *Op.cit.*, p. 225

(93) Cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana*, cit., pp. 327 ss. dove si leggono, fra l'altro, interessanti riferimenti a Vittorio Emanuele Orlando.

elettorali politiche: un diritto, secondo l'estensore della sentenza, riconoscibile perché il senso della legge non è dato dalla volontà 'originaria' del legislatore, ma "dalla vita stessa della civiltà" nella quale la legge vive e grazie alla quale la legge viene interpretata (94).

Riferirsi alla 'civiltà' e alle sue immanenti esigenze, trovare nell'una o nell'altra legge la traduzione normativa (ancora parziale e imperfetta, ma inequivocabile) delle nuove tendenze, reinterpretare su questa base il sistema normativo 'attualizzandolo' in funzione dei nuovi bisogni era dunque uno schema ermeneutico impiegabile a sostegno di tesi politico-giuridiche diverse, ma accomunate dall'intenzione di conciliare il riferimento obbligato ai testi legislativi con il controllo del mutamento sociale. Il che, se contribuiva a conferire al metodo 'storico-evolutivo' un'aureola vagamente 'progressista', non bastava certo a renderlo padrone incontrastato del campo.

Ora, non si può certo affermare che il campo della contesa ermeneutica in Italia fra Otto e Novecento fosse occupato da due eserciti contrapposti, nettamente individuati, l'uno dalla difesa del metodo storico-evolutivo, l'altro dalla sua negazione: non lo si può affermare non solo perché il gruppo dei 'tradizionalisti' è ancora più frammentato e diviso al suo interno del gruppo (in ipotesi) antagonista; ma sopratutto perché gli stessi 'anti-evoluzionisti' recepiscono spesso temi e preoccupazioni degli 'innovatori'. Credo però che si possa comunque individuare un elemento di discrimine fra i contendenti che presuppone il dibattito sull'interpretazione, ma va al di là di esso.

La materia del contendere riguarda in realtà il ruolo dell'interprete, in primo luogo del giudice, nell'esperienza giuridica. La forte accentuazione del ruolo del soggetto dell'interpretare (non teorizzata dai fautori del metodo storico-evolutivo, ma necessariamente implicata in esso) tendeva a fare del giudice l'asse portante del mutamento giuridico. Ed è proprio a questo livello che si attesta la reazione dei 'tradizionalisti'.

E infatti: gli 'evoluzionisti' invocano frequentemente la necessità di 'attualizzare' il sistema normativo in funzione dei nuovi bisogni; i

---

(94) Corte di Appello di Ancona, 25 luglio, 1906, in "Giurisprudenza italiana", LVIII, 1906, parte III, cc. 389-394. Cfr. anche, per l'impiego di una identica argomentazione ad altro proposito, la requisitoria del procuratore generale O. Quarta in "Giurisprudenza italiana", LVIII, 1906, parte III, c. 298. Su Mortara cfr. F. Cipriani, *Le 'poche cose' e la lunga vita di Lodovico Mortara*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XIX, 1990, pp. 85 ss.

'tradizionalisti' rispondono non già contestando il fatto del mutamento sociale e la necessità di fronteggiarlo giuridicamente, ma rinviando la soluzione del problema ad un soggetto diverso: non l'interprete, il giudice, ma il legislatore.

Diviene esemplare in questo senso la motivazione con la quale a Venezia si nega alla donna il diritto di iscrizione alle liste elettorali politiche, in perfetta contrapposizione alla sentenza anconetana redatta da Mortara: i giudici veneziani riconoscono che la società è mutata anche rispetto al ruolo della donna e che la legislazione recente ha attribuito alla donna un numero crescente di diritti; ma osservano anche che tali considerazioni "fatte valere dal ricorso a favore della donna, attengono manifestamente, non alla legge costituita, ma al diritto nuovo da elaborarsi dal legislatore, e non possono perciò avere influenza nella questione che la Corte è ora chiamata a decidere" (95). Le stesse considerazioni che, nella prospettiva degli 'evoluzionisti', fondavano la possibilità di una interpretazione 'attualizzante' (la constatazione del mutamento sociale; la proiezione di questo nelle leggi speciali), vengono usate per escludere dal dominio dell'interpretazione un adeguamento del sistema normativo che si reputa possibile solo per intervento del legislatore.

Il rinvio al legislatore non è solo l'escamotage di qualche giudice 'tradizionalista'. Se ne fa, fra i tanti, autorevole difensore anche un giurista, peraltro attento alla realtà del mutamento, come Bonfante. Che non manca di discutere di Jhering e di interpretazione teleologica, che è consapevole dei limiti della logica nel ragionamento giuridico, che guarda con sospetto al tradizionalismo endemico del ceto professionale dei giuristi, ma che comunque è netto nella conclusione: occorre uscire dall'odierna "babele di concetti" che confonde "lo sviluppo sociale collo sviluppo giuridico vero e proprio" (96); non è come interprete che il giurista può contribuire al controllo del mutamento sociale, ma come 'consigliere del Principe', quando riprenda l' "ufficio di consigliere e promotore dell'evoluzione giuridica", impegnandosi nella "cooperazione al progresso legislativo" (97).

Certo, il rinvio al legislatore è una risposta solo in parte pertinente alla sfida ermeneutica degli 'evoluzionisti': è pertinente, in quanto

---

(95) Sentenza della Corte di Appello di Venezia, 14 luglio, 1906, in "La Legge", XLVI, 1906, n. 16, c. 1593.

(96) P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, in "Temi Veneta", XX, 1895, p. 112, in nota.

(97) *Op. cit.*, p. 111.

individua esattamente, e rifiuta, il nucleo centrale di quel programma ermeneutico (la valorizzazione del soggetto giudiziale nel processo interpretativo); non lo è, in quanto si sottrae al confronto sul terreno specifico dell'interpretazione della legge. Non mancano comunque interventi che proprio su questo terreno prospettano una sorta di 'alternativa all'alternativa': non una stanca riproposizione della tradizione, ma una sintesi aggiornata che tenga conto delle novità, ma ne tragga conseguenze diverse.

Si condividono così con gli 'evoluzionisti' due importanti princìpi: l'autonomia del testo legislativo rispetto alla volizione originaria del legislatore; il legame stretto che collega (deve collegare) il sistema normativo e la società. Si concede addirittura che "il diritto positivo-...sia scarso ed insufficiente nella sua parte materiale, nelle disposizioni sue..." (98). Non segue però da ciò che la pratica dell'interprete, quindi del giudice, debba seguire lo schema degli 'evoluzionisti'. Proprio a causa della necessaria corrispondenza fra sistema normativo e sistema sociale, occorre non già muovere dal presupposto dell'inadeguatezza del primo rispetto al secondo, ma postulare fra di essi una sorta di armonia prestabilita e sulla base di questa ipotesi procedere all'interpretazione: che non si fonderà quindi sulla valutazione 'dinamica' del mutamento sociale e dei suoi riflessi nelle parti periferiche del sistema giuridico, ma si impegnerà nella comprensione del sistema normativo 'come tale', ne cercherà, al di là del "contenuto immediato", il contenuto "latente e mediato" (99), ridurrà a questo gli elementi eventualmente contraddittori, a dispetto della loro potenziale 'novità'.

Se questo è vero, nel momento in cui si valorizza il sistema normativo come "vero e proprio organismo", nel momento in cui si postula che "ogni nuovo rapporto di fatto", come svolgimento dell'organismo sociale di cui il sistema giuridico è il corrispondente normativo, trova "un suo regolamento giuridico" che è semplicemente "l'estensione" del "sistema esistente", il ruolo dell'interprete viene drasticamente contenuto e viene escluso il carattere 'creativo' dell'interpretazione: la regolamentazione del fatto non dipende dalla 'decisione', dall' "arbitrio", del giudice, ma procede "necessariamente" dalla "combinazione degli elementi di fatto colle norme generali esistenti"; e

---

(98) C. Fadda, P. Bensa, *Note* a B. Windscheid, *Diritto delle pandette* (trad. a cura di C. Fadda e P. Bensa), Torino, Unione Tipografico-editrice, Torino, 1902, vol. I, parte I, p. 129.

(99) *Ibidem.*

come dalla combinazione di diversi elementi si ottiene un prodotto chimico, ed uno soltanto, indipendente dalla scelta volontaria dello scienziato, così, dato un sistema normativo, dato un caso controverso, "la soluzione vera è necessariamente una e non è rimessa all'arbitrio" dell'interprete (100).

È possibile etichettare l'atteggiamento ermeneutico ora descritto come mera conservazione del passato, ricomprenderlo come momento di quel 'metodo tradizionale' sulla cui critica Gény (per la Francia essenzialmente, ma con implicazioni più generali) fondava la propria proposta? La risposta può essere forse cautamente affermativa, purché la si corredi di qualche precisazione e limitazione.

a) In primo luogo, se è possibile indicare un tempo della 'tradizione', un periodo dominato da schemi ermeneutici concordemente accettati (che arriva appunto a lambire i primi anni Ottanta), non è altrettanto facile individuare un tempo egemonizzato dalla parola d'ordine dell' 'innovazione': si dà piuttosto un periodo (fra gli anni Ottanta e gli inizi del nostro secolo) dove le proposte innovative si misurano con tendenze diverse che certo mantengono qualcosa della 'tradizione', ma anche la riformulano in una versione assai mutata, più sofisticata e consapevole — il che non impedisce poi naturalmente che si possano constatare anche mere sopravvivenze di stagioni trascorse, culturalmente esaurite, ma ancora 'pragmaticamente' efficaci.

b) In secondo luogo, un elemento caratteristico della cultura giuridica italiana fra Otto e Novecento sembra essere una qualche reticenza nell'affrontare in termini teoricamente impegnativi il problema ermeneutico: solo nel 1909 compare l'importante monografia di Degni, interamente dedicata al nostro tema (101); e si tratta comunque di un lavoro certamente ampio e informato, che offre una sintesi ragionata del dibattito e fa proprie pacatamente le ragioni del metodo storico-evolutivo (limpidamente orchestrato nei punti fermi del rispetto della legge, dell'attenzione al mutamento sociale, della valorizzazione della legislazione speciale) (102), ma non ha in nessun modo l'ambizione di proporsi come una teoria complessiva (e 'innovativa') dell'interpretare nel quadro dell'esperienza giuridica — e, d'altronde, non solo reticenze, ma anche esplicite resistenze in questa direzione furono proprie di giuristi, certo non secondari, che mettevano in dubbio la

(100) *Op. cit.*, pp. 129-130.
(101) F. Degni, *L'interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 1909.
(102) *Op. cit.*, pp. 161 ss.

possibilità stessa di una vera e propria teoria dell'interpretazione, per sottolineare piuttosto il continuo variare di quest'ultima nell'ambito dei vari contesti socio-giuridici (103). E si comprende come l'assenza, per l'Italia, di un'opera o di più opere che si ponessero come indiscutibile punto di riferimento di una 'nuova' ermeneutica attenuasse l'incompatibilità delle varie posizioni e agevolasse scambi e reciproche concessioni.

È possibile allora indicare alcuni profili generali del dibattito ermeneutico nell'Italia fra Otto e Novecento.

a) Tema ricorrente, e non solo presso gli 'evoluzionisti, è il riconoscimento del nesso fra sistema giuridico e sistema sociale, nel quadro di una cultura positivistica che produce i suoi effetti anche là dove non la si scelga come proprio esclusivo punto di riferimento.

b) La scelta di fondo, in sostanza sempre riconfermata in ogni momento del dibattito, è il riferimento obbligato alla legge: salvo sporadici accenni 'radicali' (104), i contendenti si muovono nel comune riconoscimento del ruolo centrale della legge e concentrano quindi la loro attenzione sulle connesse procedure interpretative.

c) L'interpretazione della legge e il ruolo del giudice divengono quindi i temi principali del dibattito. È il giudice che, unendo indissolubilmente il momento dell'interpretazione col momento dell'applicazione della legge, può, deve (per certuni; o può, ma non deve, per altri) realizzare il nesso funzionale fra diritto e mutamento sociale. Ma decidere, in un senso o nell'altro, del ruolo del giudice presuppone una scelta fra posizioni ermeneutiche diverse che, se pure non decantate in compiute teorie, comunque si sono venute delineando, nel periodo considerato, con una qualche chiarezza: da un lato è il 'sistema giuridico' il primum movens dell'interpretazione, lo strumento necessario e sufficiente per controllare giuridicamente qualsiasi fatto e qualsiasi

---

(103) Cfr. V. SCIALOJA, *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi* [1898], in *Studi giuridici*, cit., pp. 46-48. Il problema è discusso anche da S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico. Prolusione ad un corso libero di diritto amministrativo nella R. Università di Palermo*, in "Il Filangieri. Rivista giuridica, dottrinale e pratica", XXIV, 1899, pp. 241-254; e da A. ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, in "Archivio giuridico", LXXVII, 1906, pp. 87-150.

(104) Cfr. ad es. M. GALDI, *La riforma della legislazione del diritto privato e la scuola di diritto libero*, in "Rivista giuridica e sociale. Organo del Circolo Giuridico di Napoli", III, 1906, pp. 481-494; P. VIAZZI, v. *Equità*, cit.; M. GALDI, *La scuola di diritto libero*, in "Rivista giuridica e sociale. Organo del Circolo Giuridico di Napoli", IV, 1907, pp. 145-156; L. FULCI, *Il libero diritto. A proposito di due recenti pubblicazioni*, in "Rivista popolare di politica, lettere e scienze sociali", XIV, 1908, pp. 345-348.

mutamento, che si dà quindi per riconducibile alla logica profonda del sistema; dall'altro lato è il 'fatto' del mutamento il presupposto ermeneutico grazie al quale rileggere i testi legislativi per 'attualizzarli', 'inventando' un significato in qualche modo eccedente le loro previsioni.

È intorno ad una scelta di questo genere che il dibattito si sarebbe ancora a lungo soffermato, per analizzarne più da vicino i termini costitutivi.

5. *Le 'lacune del diritto' come problema ermeneutico: il contributo di Donato Donati.*

La prima, e forse più rilevante, quaestio disputata in tutto il dibattito ermeneutico del periodo è il problema delle 'lacune del diritto' (105).

Il problema non nasce direttamente sul terreno della cultura giuridica italiana, ma perviene ad essa attraverso le 'provocazioni' antiformalistiche di Ehrlich, di Kantorowicz e, per la Francia, di nuovo, di Gény. Si ricordi la critica che il giurista francese rivolge alla teoria dell'interpretazione della legge propria della dottrina 'tradizionale': il presupposto di essa è appunto l'idea di un sistema di leggi coerente e compatto, capace di offrire all'interprete la possibilità di soluzione di qualsiasi 'caso' controverso; ma questo presupposto è facilmente riducibile ad una mera finzione (la finzione del 'legislatore onnisciente'), che mostra tutta la sua inconsistenza non appena la si commisuri, per un verso, all'esplosione dei fatti non prevedibili nell'ambito di una società in trasformazione, per un altro verso, alla concreta prassi interpretativa dei giuristi, che, anche quando condividono verbalmente la finzione, in realtà la disattendono, 'inventando' soluzioni nuove che imputano arbitrariamente all'una o all'altra previsione legislativa. Proprio per questo, nel fondare l'ermeneutica giuridica la *fictio* del legislatore onnisciente dovrà cedere il passo alla convinzione dell'incompletezza del sistema legislativo, della sua inevitabile 'lacunosità'.

---

(105) Cfr., per una lucida sintesi del problema, N. BOBBIO, v. *Lacune del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1963, vol. IX, pp. 419-424; cfr., in termini generali, A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, Giappichelli, 1962; per un'attenta analisi storico-teorica dei contributi di autori italiani (fra cui Donati e Brunetti) cfr. R. GUASTINI, *Completezza e analogia. Studio sulla teoria generale del diritto italiana del primo novecento*, in "Materiali per la storia della cultura giuridica", VI, 1976, pp. 511-591.

Sappiamo quali siano le conseguenze che il giurista francese trae da queste premesse; sappiamo come egli percorra una strada che, pur provenendo dai luoghi dell'ermeneutica, conduce in realtà oltre di essi: una strada che i giuristi italiani non sembrano disposti ad imboccare. Quello che però anche a molti giuristi italiani appare presto un problema decisivo è proprio il tema che Gény aveva contribuito ad individuare e a porre in discussione: appunto il tema, come avrebbe detto Jung, della *logische Geschlossenheit des Rechts*.

È nota, e facilmente intuibile, la valenza ermeneutica del problema: se si sostiene che le norme giuridiche (in generale e\o in un contesto storico determinato) formano un sistema coerente e autosufficiente (non contraddittorio, ma soprattutto completo), il compito dell'ermeneutica (direttamente implicato dalla premessa) consisterà nel dedurre dal sistema la 'norma' del caso singolo, nel presupposto che ogni fatto possa essere sussunto sotto una norma ricavabile immediatamente o mediatamente dal sistema stesso; se si sostiene invece che la realtà sociale presenta un tasso di complessità, di varietà così elevato da non poter mai essere perfettamente adeguata da qualsivoglia sistema normativo, il compito dell'interpretare consisterà non più nel 'riconoscere' una norma virtualmente 'già data' dalle coordinate del sistema, ma nell' 'inventare' (attraverso il sistema, se si vuole, ma anche oltre di esso) una norma 'nuova'. Allo stesso modo, e per conseguenza, il ruolo del soggetto dell'interpretazione, e in particolare del giudice, sarà presentato, nel primo caso, come 'ricognitivo', nel secondo caso, come 'creativo' (pur nel continuo variare semantico dei termini usati).

Ora, se si ricorda come la cultura giuridica italiana, ancora agli inizi del secolo, fosse impegnata in un vivace dibattito ermeneutico, ma stentasse a trovare un contenitore teorico idoneo a raccogliere i diversi fermenti ed atteggiamenti ermeneuticamente rilevanti, si comprende facilmente come il problema delle lacune del diritto potesse servire allo scopo. In questo senso, la prima, organica testimonianza è senz'altro affidata al libro di Donato Donati, del 1909 ([106]): e l'interesse del libro, dal punto di vista del presente saggio, è dato proprio dall'ampiezza dell'arco tematico che l'autore sottende alla trattazione del suo specifico problema.

Il primo risvolto del problema è, per il nostro autore, direttamente ermeneutico e riguarda la natura stessa dell'operazione interpretativa,

---

([106]) D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Napoli-Roma-Milano, Società Editrice Libraria, 1909.

'inventiva' o 'ricognitiva', puramente giuridica o variamente arricchita da altre componenti culturali, a seconda che si attribuisca all'ordinamento giuridico il carattere della 'lacunosità' o della 'completezza'. Il secondo tema implicato riguarda il ruolo del giudice e il problema della compatibilità di una interpretazione giurisprudenziale 'creativa' entro il quadro dello Stato liberal-costituzionale. Il terzo 'riflesso', infine, riguarda il ruolo della scienza giuridica come ausilio dell'interpretazione, giudiziale e non (107).

È dunque una risposta ai più discussi problemi ermeneutici dell'epoca che Donati attende dalla soluzione del problema delle lacune; una soluzione che può essere sintetizzata nei seguenti passaggi:

a) La finzione del legislatore onnisciente è effettivamente, come Donati concede richiamando esplicitamente Gény, improponibile, perché non possono essere esclusi casi che il legislatore non ha effettivamente previsto.

b) Non è vero però che da ciò segua l'esistenza di lacune: i casi (nominativamente) non previsti, rientrano nella categoria prevista dal legislatore come insieme dei casi non previsti e come tali non regolati.

c) L'insieme dei casi non previsti e non regolati non rappresenta però una zona di vuoto disponibile ad un'interpretazione 'creativa'. Al contrario, "dal complesso delle disposizioni particolari, le quali, 'prevedendo' determinati casi, stabiliscono per essi l'esistenza di date obbligazioni, cioè di date limitazioni, deriva una norma generale di questo contenuto: in tutti gli altri casi non dovrà essere alcuna limitazione" (108).

d) Per tutti i casi non regolati, esiste dunque una norma di carattere generale, e non meramente negativa, con la quale "il legislatore vuole che non siano altre limitazioni all'infuori di quelle da esso stabilite per i casi da esso particolarmente considerati" e impone che ci "si astenga da qualunque azione che possa importare altrui una limitazione all'infuori di quelle da me determinate" (109).

Su questa base, l'ordinamento giuridico viene presentato come necessariamente privo di lacune. Ci si potrebbe quindi attendere a questo punto una meccanica ricaduta di questa tesi sul territorio dell'ermeneutica: data la completezza dell'ordinamento, il problema dell'interpretazione, anche dell'interpretazione giudiziale, deve darsi

---

(107) *Op. cit.*, pp. 2-18.
(108) *Op.cit.*, p. 35.
(109) *Op. cit.*, p. 42.

per risolto e deve automaticamente ritenersi esclusa la possibilità stessa di una interpretazione 'creativa'.

In realtà, Donati non si limita a opporre un semplice *fin de non reçevoir* nei riguardi delle ermeneutiche della 'creatività' giurisprudenziale: proprio perché consapevole della vasta portata ermeneutica del problema delle lacune, egli non poteva dispensarsi dall'entrare nel merito dei principali temi in discussione — e d'altronde, solo per questa via sarebbe stato possibile dare alla teoria della completezza dell'ordinamento il ruolo strategico di *experimentum crucis* di una dottrina ermeneutica che proprio attraverso la discussione della teoria delle lacune si veniva esplicitando.

Si presentano così di nuovo, nella cornice del rinnovato fondamento teorico della completezza dell'ordinamento, i grandi problemi ormai familiari: innanzitutto il problema dell'interpretazione storico-evolutiva e la sua 'drammatizzazione' del mutamento sociale. Fino a che punto la teoria della completezza dell'ordinamento riusciva a contrastare efficacemente le suggestioni 'funzionalistiche', le proposte di 'attualizzazione' del sistema normativo proprie degli 'evoluzionisti'? L'impressione è che, da questo punto di vista, la teoria di Donati corroborasse certo l'idea del carattere 'ricognitivo' e non 'creativo' dell'interpretazione, ma operasse efficacemente in questa direzione solo a patto di mettere in parentesi il fattore 'mutamento', che era per l'appunto l'appiglio principale dell'ermeneutica 'evoluzionista'. È con una qualche impazienza che Donati si riferisce agli 'evoluzionisti' come al partito di chi non ha altri argomenti a proprio favore se non quello del confronto fra norme e mutamento sociale; ed è appunto questo il problema rispetto al quale Donati non intende fornire risposta dall'interno della propria teoria: il controllo giuridico del mutamento sociale non è attingibile attraverso l'interpretazione giuridica, ma uscendo da essa: non è più in questione la giurisprudenza, ma la politica, non più il giudice, ma il legislatore (110).

È l'argomento, già incontrato e peraltro destinato a tornare sempre di nuovo, del rinvio al legislatore come all'unico soggetto legittimato ad ospitare nella cittadella del giuridico il dato del mutamento sociale. E se è il legislatore il *deus ex machina* della trasformazione giuridicamente riconoscibile, il ruolo del giudice è già dato per conseguenza.

Si torna per questa via al secondo, grande problema del dibattito

(110) *Op. cit.*, pp. 201 ss.

ermeneutico: appunto, il ruolo del giudice nel quadro politico-costituzionale dello Stato di diritto.

Tolto di mezzo lo spettro dell'inadeguatezza 'funzionale' del sistema normativo attraverso il rinvio al legislatore, la teoria della completezza dell'ordinamento, e la conseguente esclusione di zone normativamente vuote e pure bisognose di una (adeguata, aggiornata) disciplina giuridica, sembra effettivamente in grado di togliere ogni ragionevole appiglio all'idea di un giudice che 'crea', e non semplicemente 'trova', il diritto.

Il problema si ripropone però all'intelligenza critica di Donati, stimolata dalle solite 'provocazioni' giusliberiste, su un altro piano: là dove si ipotizza l'intervento di un'interpretazione 'creativa' del giudice quando questi si trovi di fronte non più ad un ipotetico 'vuoto' normativo (che Donati ha già dimostrato impossibile), ma ad una trama compatta di norme. E sono allora Ehrlich e Kantorowicz (111) a ipotizzare una decisione giudiziale che, anche in questo caso, occulta nelle pieghe di un'argomentazione logico-deduttiva, di un'interpretazione (apparentemente) ricognitiva della legge, una decisione presa *aliunde*, sulla base di motivazioni razionalmente non controllabili o comunque non esplicitate.

Si comprende la portata ermeneuticamente fondamentale dell'ipotesi giusliberista presa in considerazione da Donati: emerge per questa via una problematizzazione dell'interpretare e del ruolo del soggetto del tutto nuova rispetto agli atteggiamenti ermeneutici correnti nella cultura giuridica italiana. Da questo punto di vista, il testo di Donati è importante per aver discusso, prima ancora che per aver rifiutato, l'ipotesi 'eversiva'. Il rifiuto, peraltro, è netto, ma non totale: si concede in fatto, ma si nega in diritto, si ammette che il ragionamento giurisprudenziale possa (occasionalmente, in via di fatto) includere 'pregiudizi' non esplicitati e 'non logici', ma si parla al proposito di una patologia dalla quale occorre guardarsi, di un indebito prevalere del sentimento sulla ragione (112).

Se dunque il soggetto dell'interpretazione è (può, deve essere) un soggetto perfettamente 'razionale', l'interpretazione della legge, nella

---

(111) Che Donati richiama esplicitamente. Ma non mancano nemmeno in Gény indicazioni in questa direzione.

(112) *Op. cit.*, p. 190. Significativo, per la spregiudicatezza dell'osservazione, anche l'esempio subito addotto: "quel fenomeno sociologicamente e politicamente così interessante, per cui in un dato momento la giurisprudenza di un momento anteriore risulta come una giurisprudenza, obbiettivamente, di classe, cioè come una giurisprudenza determinata

cornice di un sistema privo di lacune, può legittimamente aspirare a determinare obiettivamente, esattamente il significato della norma e a ricondurre, senza margini di incertezza, alla norma il fatto.

Sviluppatosi intorno al problema delle lacune, il discorso di Donati torna così al cuore di quell'ermeneutica che vogliamo dire (*cum grano salis*) 'tradizionale': di essa egli non solo conferma, ma anche precisa, esplicita, rafforza i principali postulati, evocandoli dall'interno di un'analisi dedicata ad uno dei bersagli preferiti degli 'innovatori' e contribuisce per questa via a chiarire i termini di una contesa che, in Italia, stentava non poco ad assumere un alto profilo teorico.

6. *Verso un'impostazione del problema ermeneutico: il primo ventennio del Novecento.*

Il progressivo chiarimento dei termini del dibattito non comporta, beninteso, l'esaurimento del dibattito stesso e nemmeno il passaggio automatico ad un piano di discorso più ambizioso e comprensivo, ma semplicemente facilita la definizione delle posizioni contrapposte (e rischia però anche di provocarne, col tempo, la ripetitività e l'irrigidimento).

Per tutto il primo ventennio del nostro secolo, il tema dell'interpretazione della legge continua dunque ad essere messo alla prova attraverso l'apertura dei fronti consueti: le (auspicabili o condannabili) capacità 'innovative' dell'interpretazione, il ruolo del giudice — ed è, di nuovo, frequente, anche se non obbligatorio, che a questi temi si pervenga proprio attraverso la discussione del problema delle lacune.

È discutendo di lacune appunto che Brunetti finisce, ad esempio, per elaborare una distinzione fra essere e dover essere, fra diritto e politica che corrobora l'atteggiamento di quegli 'anti-evoluzionisti' che vedevano, come artefice della trasformazione giuridica, il legislatore, e solo il legislatore. Il problema dell'incompletezza dell'ordinamento, infatti, ha senso, per Brunetti, solo in due casi: o riferendo l'incompletezza non all'ordinamento giuridico, ma all'ordinamento legislativo (e incompleta allora sarà solo la manifestazione della volontà dello Stato) oppure instaurando un confronto fra ciò che l'ordinamento giuridico è

---

dai sentimenti propri di quella classe cui appartiene l'elemento costitutivo della magistratura".

e ciò che dovrebbe essere — ma in questi termini il significato di incompletezza esce dall'alveo della corrente discussione (113).

Perché ciò avvenga è chiarito efficacemente dall'autore rispondendo ad una critica di Longo. L'obiezione di Longo è il 'classico' luogo argomentativo degli 'evoluzionisti': il diritto deve essere còlto nel suo nesso di funzionalità con i rapporti sociali; l'incompletezza è allora in sostanza l'insufficiente adeguamento del diritto ai rapporti sociali che esso intenderebbe (o dovrebbe), ma non è in grado di, regolare, come un vestito che, incompiuto, non riveste adeguatamente la persona a cui è destinato (114) — e va da sé che il sarto che aggiusta gli orli della veste troppo corta è appunto il giudice-interprete.

Beninteso, risponde Brunetti, che ordinamento giuridico e rapporti sociali sono connessi, ma secondo un rapporto di reciproca immedesimazione, non già di distinzione: il primo, quindi, non può mai essere, di per sé, adeguato o inadeguato rispetto al secondo; allo stesso modo, un vestito copre e scopre di regola diverse parti del corpo e la sua adeguatezza non è valutabile 'in sé', né in ragione di un rivestimento 'completo' di tutta la persona: il giudizio sull'adeguatezza del vestito presuppone quindi l'idea di ciò che un vestito deve (o non deve) essere. E allora, fuor di metafora: l'interprete che parla di inadeguatezza funzionale della norma, non intende la norma per ciò che essa univocamente comanda, ma giudica della norma secondo un criterio schiettamente valutativo, quindi politico o 'de iure condendo' e invade perciò il campo riservato al legislatore.

Si trattava, in sostanza, di un lucido invito, rivolto agli 'evoluzionisti', ad uscire allo scoperto, interrompendo la continuità (di schietta origine positivistica) che essi di regola instauravano fra la 'constatazione' del mutamento (come tendenza 'reale', meramente descrivibile, della società) e la 'valorizzazione' (etico-politica) del mutamento stesso: ed è proprio in questi termini che l'invito è raccolto, di lì a poco, da Miceli (115).

Miceli, infatti, assume in proprio la 'provocazione' di Brunetti al

---

(113) G. BRUNETTI, *Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, in "Il diritto commerciale", XXXVI, 1917, pp.17-34; in particolare pp. 21-29. Sul problema delle lacune in Brunetti cfr. R. GUASTINI, *Completezza e analogia*, cit.

(114) C. LONGO, rec. a G. Brunetti (Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico), in "Rivista di diritto civile", IX, 1917, pp. 238-239.

(115) V. MICELI, *La completezza dell'ordinamento giuridico*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", V, 1925, pp. 86-101. Si tratta di un intervento a proposito della raccolta di scritti di G. BRUNETTI, *Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico*, Firenze,

punto da saltare oltre i termini consueti della discussione del problema delle lacune e sostituire alla critica dell''incompletezza' del sistema giuridico la critica della sua 'insufficienza' (deontologica): non basta dire che, dato il sistema normativo, la soluzione esiste; occorre che essa sia appropriata. E il punto di equilibrio dell'esperienza giuridica prende allora a spostarsi, con monotono moto pendolare, dalla legislazione all'interpretazione; e le sue condizioni di possibilità tornano ad essere riposte, da un lato, negli atteggiamenti 'finalisticamente' orientati dell'interprete, che legge la norma in funzione della sua 'adeguazione' e attualizzazione, dall'altro lato, nel "grado incalcolabile di elasticità" caratteristico di ogni norma giuridica. Emerge, infine, anche l'elemento della completezza: ma questa non è più la premessa già data autonomamente dalla struttura stessa del sistema normativo, ma il risultato di un processo governato dall'interpretazione: che appare conclusivamente come l'invenzione di soluzioni grazie alle quali "far funzionare un ordinamento incompleto in modo che esso riesca possibilmente completo" (116), pur nel riferimento obbligato al sistema normativo.

La completezza (in senso deontologico), quindi l'adeguatezza del sistema giuridico, la sua capacità di fornire le 'giuste' risposte (le risposte 'giuste'?) alle richieste della società emerge dunque, e non solo in Miceli, da un lato, come premessa e destinazione di senso, ma, dall'altro lato, come risultato, come il risultato dell'interpretazione. È proprio grazie all'influenza di quest'ultimo punto di vista che si deve, probabilmente, la presenza, non frequente, ma significativa, di spunti di discussione del problema dell'interpretazione giurisprudenziale che si interrogano non su ciò che la giurisprudenza è, ma su ciò che essa effettivamente fa, o, per meglio dire, traggono da ciò che essa fa argomenti per dirci ciò che essa deve (o non deve) fare.

Cogliolo ci invita così ad un confronto fra l'Italia del '65 e l'Italia dei suoi tempi, sottolineando che i più rilevanti mutamenti sono stati introdotti non dalla legislazione (e nemmeno dalla dottrina), ma dalla giurisprudenza, nella materia della responsabilità come in quella della proprietà e dei contratti (117). Il segreto della giurisprudenza è la sua costitutiva aderenza alla concretezza del 'caso', di contro all'astrattezza

---

Barbera, 1924. Cfr. anche la reazione di G. Brunetti, *Completezza e incompletezza dell'ordinamento giuridico*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", V, 1925, pp. 607-610.

(116) V. Miceli, *La completezza*, cit., pp. 93-94.

(117) P. Cogliolo, *La funzione giurisprudenziale nella creazione delle norme giuridiche*, in *Scritti varii di diritto privato*, Torino, Unione Tipografico-editrice, 1910, pp. 375-387.

delle categorie dottrinali e all'impersonalità delle disposizioni legislative: si fa strada in essa, grazie anche alla cooperazione degli avvocati, una particolare attenzione ai concreti interessi e ai nuovi bisogni e quindi la possibilità di una "ribellione ai principi antichi" (118), che mostra *per facta* la portata 'creativa' della giurisprudenza (119).

È in questa prospettiva che Pacchioni partecipa al dibattito (120), con un contributo la cui indubbia originalità consiste proprio nel delineare un abbozzo di quella che potremmo definire una (ingenua, ma efficace) sociologia della giurisprudenza. Il problema dell'interpretazione giudiziale, per Pacchioni, non può essere impostato in rapporto all'attività del giudice come tale, del giudice come singolo operatore giuridico, ma del giudice come soggetto collettivo, come ceto professionale: "è solo dal grande complesso di tutte le sentenze dei giudici e di tutte le opinioni dei giuristi che si sviluppano nuove norme giuridiche, come dai diversi suoni combinati di moltissimi istrumenti che isolatamente presi nulla esprimono, si sprigionano nuovi motivi e melodie" (121).

Che questo avvenga, d'altronde, che la giurisprudenza operi come fonte del diritto, che produca 'norme' eccedenti le originarie previsioni del legislatore, è un fatto, un fatto accertabile prima e indipendentemente dal confliggere delle più varie dottrine. Se questo è vero, il senso delle dottrine ermeneutiche 'ortodosse', nel momento in cui parlano del carattere meramente ricognitivo dell'interpretazione giurisprudenziale, è quello non di descrivere le modalità del giudicare per ciò che esso veramente è, ma solo di prescrivere un atteggiamento ermeneutico (raccomandato come) 'ideale': "esse sono vere e giuste solo in quanto tendono a insinuare e rafforzare nella mente dei giuristi e dei giudici la necessità di attenersi fondamentalmente alla norma giuridica quale si è formata storicamente, in quanto in questa sua formazione storica è la più sicura e preziosa garanzia della sua bontà" (122).

---

(118) *Op. cit.*, p. 377.

(119) Cfr. anche P. COGLIOLO, *L'interpretazione sociale del codice civile*, in *Scritti varii*, cit., pp. 38-43.

(120) Il problema era stato di nuovo sollevato, con un saggio informato e critico sulle più recenti teorie 'giusliberiste', non senza precisi riferimenti a Gény, da F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice. Prelezione*, in "Rivista di diritto civile", III, 1911, pp. 490-516.

(121) G. PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", X, 1912, p. 41.

(122) *Op. cit.*, p. 43.

Il giudice però, osserva di rincalzo Brugi, si riferisce, sì, necessariamente alla norma, ma vi si rapporta secondo un atteggiamento che non è caratterizzato dalla disponibilità a recepire passivamente contenuti predeterminati, ma è piuttosto riconducibile alla logica che lo stesso legislatore segue nel predisporre le norme: pur nel vincolo che lega il giudice alla norma, egli si rapporta liberamente alla dottrina e alla giurisprudenza, come d'altronde il legislatore non attinge le norme e i principi dal nulla, ma da quella stessa tradizione dottrinaria e giurisprudenziale grazie alla quale il giudice procede nelle sue operazioni interpretative (123). L'opposizione fra giudice e legislatore deve venire quindi non annullata (nel quadro del vigente sistema costituzionale), ma certo relativizzata — e non manca chi afferma senza mezzi termini, e persino dall'interno della magistratura, che "funzione politica per eccellenza [è] la giudiziaria" e che "la stessa ricerca della soluzione del problema giudiziario è politica. Politiche sono le indagini per scrutare il grande mistero dei bisogni collettivi, della coscienza sociale..." (124).

Torna così ad affacciarsi (pure in testi molto diversi fra loro), per essere relativizzata, quella summa divisio fra diritto e politica, fra giudice e legislatore, fra interpretazione-ricognizione e legiferazione-decisione che invece, in Brunetti come in tanti altri, costituisce sempre più chiaramente lo spartiacque insuperabile fra la 'fisiologia' e la 'patologia' dell'interpretazione (tanto per usare la metafora cara a Donati). Così, esemplificando, quella che per Brugi voleva essere una linea di (relativa) continuità fra giudice e legislatore, diviene per Levi una linea necessariamente interrotta, proprio perché il legislatore muove da quella considerazione politica (in senso lato) che è preclusa al giudice, per il quale l'unico 'interesse' rilevante è l'assoluto rispetto

---

(123) B. Brugi, *L'analogia di diritto e il cosidetto giudice legislatore (art.3°, capov., disposizioni preliminari del codice civile italiano; art. 1° codice civile svizzero)*, in "Il diritto commerciale", XXXV, 1916, pp. 270-71. La tesi di fondo è che il principio fatto proprio dal codice svizzero, secondo il quale il giudice può arrivare a decidere secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore, vale, al di là delle diverse formulazioni dei rispettivi codici, anche per il giudice italiano. Cfr. anche, dello stesso autore, la partecipe prefazione a F. Degni, *L'interpretazione della legge*, cit.

(124) A. Davari, *La giustizia nello Stato democratico*, in "La Magistratura italiana. Bollettino della Associazione Generale fra i Magistrati Italiani", V, n. 73, 15 febbraio 1913, p. 3.

della legge (125), dovendo egli apparire "sacerdote della legge, della scienza giuridica e non della sociologia", come sarà enfaticamente proclamato (126).

La neutralizzazione della politica, in questa prospettiva, serve non soltanto a preservare il ruolo del legislatore e ad esaltare la maestà della legge, ma anche ad esorcizzare lo spettro dell'anarchismo interpretativo. Introdurre la valutazione degli interessi, il riferimento alla società ed ai suoi bisogni, nel quadro di un'operazione interpretativa pur sempre rivolta alla comprensione del dettato legislativo, finisce infatti per dare uno spazio preoccupante alla 'decisionalità', alla 'politicità' del soggetto dell'interpretazione. Anche per un giurista come Polacco, non refrattario ad un ripensamento critico della tradizione (127), l'enfatizzazione del ruolo del giudice comporta il non accettabile rischio del soggettivismo: "non la novità ci sgomenta, ma l'anarchia, l'anarchia delle coscienze come quella degli intelletti, sperduti senza guida nel pulviscolo dei casi singoli e insofferenti d'ogni teoria..." (128).

Ritroviamo a questo punto, con apparente paradosso, una preoccupazione che abbiamo visto tematizzata con singolare energia non già da un teorico della completezza del sistema, ma, per l'appunto, da Gény: che si era espresso severamente contro le deviazioni 'soggettivistiche' che, a suo avviso, si annidavano nella pratica interpretativa corrente (disposta ad aggiornare 'senza dirlo' il diritto formalmente vigente) e aveva tentato di trovare nella 'natura delle cose' un solido, 'oggettivo' ancoraggio per il giudicare (129).

La situazione italiana è però singolarmente diversa: accusati di 'soggettivismo' nell'interpretazione sono, sì, gli 'evoluzionisti', ma gli accusatori non vanno, in compagnia di Gény, verso le 'cose stesse', ma

---

(125) A. Levi, *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Bologna, Zanichelli, 1920, pp. 114-120.

(126) B. Cicala, *Idee madri del moderno pensiero giuridico* (Discorso inaugurale letto nell'Aula Magna del R. Istituto di Scienze Sociali "Cesare Alfieri" il 23 Novembre 1913), in *Annuario del R. Istituto di Scienze Sociali "Cesare Alfieri" in Firenze per l'anno accademico 1913-1914*, Firenze, Tip. Galileiana, 1914, p. 58.

(127) Per una collocazione, pienamente convincente, di Polacco sullo sfondo del giusliberismo europeo e dei suoi echi italiani cfr. P. Grossi, *"Il coraggio della moderazione" (Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XVIII, 1989, pp. 197 ss. Cfr. anche Id., *Interpretazione ed esegesi (Polacco versus Simoncelli)*, in "Rivista di diritto civile", XXXV, 1989, pp. 197-224.

(128) V. Polacco, *Le cabale del mondo legale*, in *Opere minori, Parte I, Problemi di legislazione*, Modena, Università degli Studi, 1928, p. 62.

(129) Cfr. *supra*, 3.

guardano piuttosto al sistema normativo, che contrappongono, nella sua 'completezza' 'oggettivamente' accertabile e concretamente applicabile, alle opinabili ('soggettive', 'politiche') interpretazioni 'storico-evolutive' — e, in questa prospettiva, hanno buon gioco nell'accusare di 'soggettivismo' tutti i 'novatori' (Gény compreso), accomunati dal condividere "una nuova forma di soggettivismo, una nuova forma di penetrazione del diritto naturale nelle costruzioni della giurisprudenza" (130).

Non era, quest'ultima, un'obiezione immotivata, nella misura almeno in cui l'ermeneutica 'evoluzionistica' includeva di frequente una miscela di ingredienti diversi, che andavano dalla 'sociologica' tematizzazione del mutamento alla prefigurazione di soluzioni 'progressive' — e queste, a loro volta, sembravano postulare una qualche teoria della giustizia, che però nessun 'evoluzionista' sembrava in grado di esplicitare. Quale che fosse comunque la composizione della miscela, il suo carattere ermeneuticamente esplosivo derivava direttamente dall'attenzione rivolta al soggetto dell'interpretazione (un'attenzione contraddittoria ed incerta, se si vuole, ma inequivocabile, anche per la cultura giuridica italiana del periodo, certo aliena da impegnative teorizzazioni). Nel momento in cui gli apologeti del sistema insistevano, per così dire, sulla possibilità di un''interpretazione senza soggetto' (e riportavano il soggetto e le sue operazioni interpretative al sistema come variabili dipendenti di questo), i paladini dell'evoluzione, richiamando l'attenzione sul ruolo fondamentale della giurisprudenza nell'esperienza giuridica, trasformavano il soggetto dell'interpretazione in un problema ermeneuticamente decisivo, di cui peraltro non indicavano articolate linee di soluzione.

7. *I 'principi generali del diritto' come problema ermeneutico.*

Nei primi lustri del nostro secolo si sono dunque venuti accumulando numerosi interventi, di differente indole e spessore, che, nel loro complesso, hanno contribuito a mettere in evidenza aspetti non secondari della problematica ermeneutica. Di questi interventi, alcuni hanno raggiunto il nostro tema procedendo, per così dire, in ordine sparso, altri invece sono stati convogliati e indirizzati ad esso, come si è visto, dal rilevante problema delle lacune del diritto.

---

(130) A. Bartolomei, *Lezioni di filosofia del diritto (Parte generale)*, Napoli, Alvano, 1926 [4], p. 192.

Ciò che innanzitutto risultava dalla discussione era la centralità ermeneutica, per la cultura giuridica italiana, della nozione di sistema giuridico: dimostrarne (o postularne) la completezza implicava l'adozione di uno schema interpretativo già determinato (anche se non necessariamente esplicitato) nelle sue principali componenti. D'altronde, la dimostrazione (o la postulazione) della inevitabile lacunosità del sistema apriva, sì, la strada della valorizzazione del momento 'giurisprudenziale' del diritto, poneva come problema centrale il problema dell'interpretazione, ma ne lasciava, in sostanza, impregiudicata la soluzione, fissando, per essa, solo alcune coordinate generali.

Ora, una di queste è la convinzione, generalmente condivisa, che il problema dell'interpretazione fosse comunque da impostarsi in rapporto all'interpretazione della legge: dunque in rapporto ad un sistema giuridico la cui completezza viene negata (dagli 'evoluzionisti') come caratteristica 'originaria' del sistema stesso (e in rapporto ad una ermeneutica), ma viene riaffermata come il risultato finale (e auspicabile) dell'applicazione di un'ermeneutica diversa. Lavorare in questa direzione significa quindi, ovviamente, non già sbarazzarsi del problema del sistema giuridico, ma chiedersi in che modo l'interprete possa completare (e insieme adeguare) un sistema giuridico dato in linea di massima per lacunoso (e\o inadeguato). Un tentativo di risposta in questa direzione è il dibattito che, negli anni Venti, vede impegnati non pochi giuristi italiani intorno al problema dei 'princìpi generali del diritto'.

Non si tratta certo di un argomento inedito per l'Italia: di princìpi generali parla, come è noto, lo stesso legislatore del '65 (131) e il riferimento ad essi era già servito per indicare un elemento di 'chiusura' del sistema al di fuori di ogni suggestione 'meta-positiva'. In questa direzione Fadda e Bensa, nel loro commento a Windscheid, sembravano aver concluso il dibattito sostenendo la natura esclusivamente giuridico-positiva dei principi generali (132). Dalle norme particolari si risale induttivamente ai principi generali e da questi si traggono per deduzione le conseguenze normative capaci di colmare i vuoti (apparenti) del sistema, si ricavano cioè le disposizioni normative necessarie

(131) Nelle "Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale", all'art. 3, dove l'espressione usata è quella di "principi generali di diritto".

(132) Cfr. le note di C. FADDA e P. BENSA a B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. a cura di C. Fadda e P. Bensa, Torino, Unione Tipografico-editrice, 1902, vol. I, parte I, pp. 128 ss.; già in questo senso V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 24.

e sufficienti a regolare normativamente il caso controverso, anche là dove non sembrano esistere norme direttamente riferibili al 'caso': senza uscire però dalla ricognizione 'oggettiva' del sistema e della sua logica immanente e 'già data'.

Un sistema giuridico (concepito come) completo funziona dunque in realtà soltanto grazie all'attivazione (almeno 'in ultima istanza') di principi generali (ritenuti) capaci di fornire comunque la soluzione (sistematicamente necessitata) del 'caso'. E, viceversa, perché un sistema giuridico possa dirsi completo (completo 'in sé', autosufficiente) occorre che i principi generali siano concepiti come un momento interno al sistema giuridico positivo, come il più alto gradino di una scala che mette in comunicazione i vari piani dell'edificio normativo, ma non conduce fuori di esso.

Ora, il dibattito degli anni Venti si struttura (almeno nelle sue grandi linee) proprio mettendo in discussione sia la prima che la seconda componente della impostazione 'tradizionale': per un verso, negando la 'completabilità' del sistema grazie alla sola forza delle sue componenti, per un altro verso ricusando la natura meramente giuridico-positiva dei principi generali.

Il dibattito è aperto da un impegnativo intervento di Del Vecchio (133), che non a caso assume Donati come suo principale interlocutore — e il nome di Donati, come quello del sostenitore più intransigente ed efficace, forse, in Italia, della completezza del sistema giuridico, tornerà di frequente. Donati introduce, osserva del Vecchio, come elemento ultimo di 'chiusura' del sistema normativo, quella che egli chiama la norma generale esclusiva, che disciplina 'positivamente' l'insieme dei casi non previsti nel senso che esclude per essi la possibilità di qualsiasi regolamentazione.

Ora, la norma generale esclusiva, garantendo ciascuno dall'introduzione di restrizioni legislativamente non previste, non è che la traduzione normativa del principio generale di libertà. Questo non opera in ogni ordinamento storicamente considerato, ma soltanto in quelli raggiunti e impressionati dal giusnaturalismo moderno e dai suoi orientamenti fondamentali.

Se questo è vero, in primo luogo, la norma generale esclusiva può valere, sì, come principio di 'chiusura' dell'ordinamento giuridico, ma,

---

(133) G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, in "Archivio giuridico", LXXXV, 1921, pp. 33-90. Sul dibattito suscitato dalla prolusione di Del Vecchio cfr. A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica*, cit., pp. 575 ss.

se mi si passa il bisticcio, non è un elemento del sistema, ma nel sistema: opera in esso come sua componente fondamentale, ma proviene, per così dire, dall'esterno, come proiezione nel sistema normativo del valore 'assoluto', meta-positivo, del soggetto. In secondo luogo, se è vero che il principio di libertà opera come elemento immanente al sistema giuridico, non è vero che esso sia l'unico: accanto ad esso sono presenti nel sistema altre componenti tutte riconducibili al valore assoluto della persona, ma consistenti in estrinsecazioni diverse di quel principio, che collaborano con il principio di libertà ad orientare, ed a 'chiudere', il sistema normativo. In terzo luogo, e di conseguenza, ogni elemento di 'chiusura' del sistema, e in particolare il principio di libertà, può non avere la valenza, solo 'negativa', dell'esclusione di restrizioni non previste, ma acquisire anche un senso "plastico e costruttivo" in rapporto al valore fondamentale del rispetto della persona (134).

L'autosufficienza del sistema normativo, resa possibile in ultima istanza dal rinvio a princìpi generali collocati in una linea di perfetta continuità con le norme particolari, si spezza non appena irrompe sulla scena il diritto naturale: riportabili ad esso come alla loro matrice, i princìpi generali di diritto valgono, certo, non già contro le norme particolari, ma "sopra e dentro coteste norme, per ciò che ne rappresentano la più alta ragione e lo spirito animatore" (135), ma cionondimeno mettono di nuovo in questione la possibilità di operare giuridicamente solo sulla base delle grandezze predeterminate dal sistema normativo.

Il successo, presso i giuristi degli anni Venti, dell'intervento di Del Vecchio non sta tanto nella soluzione indicata e nella matrice esplicitamente giusnaturalistica che, in coerenza con la complessiva impostazione del suo pensiero, la sorregge, quanto nel problema che esso solleva: che è, ancora una volta, il problema di come fare effettivamente 'funzionare' un sistema normativo nel momento in cui la sua completezza (e\o 'adeguatezza') appaia più il fine che il presupposto dell'interpretazione.

Torna così, condivisa da molti, la denuncia della lacunosità del sistema normativo, l'affermazione dell'impossibilità di pervenire sempre e comunque ad una soluzione del 'caso' controverso ricorrendo in ultima istanza alla norma generale esclusiva o ai principi generali

(134) *Op. cit.*, pp. 63-64.
(135) *Op. cit.*, p. 89.

ricavabili per semplice generalizzazione a partire dalle norme particolari: applicando la prima, infatti, resteranno sprovvisti di disciplina 'positiva' aspetti essenziali della realtà sociale odierna (valga l'esempio dell'infortunistica, della responsabilità, della tutela dell'ambiente di lavoro); rivolgendosi ai secondi, poi, ci si accorgerà che "la loro forza di penetrazione in profondità nella disciplina dei rapporti sociali" diminuirà in rapporto diretto alla loro generalità e che l'interprete in realtà trova la soluzione 'adeguata' "con ben altro che con semplici procedimenti logici sulla base dei testi di legge" (136).

Per Asquini, prima dell'analisi dei testi legislativi si apre all'interprete il campo dell'"osservazione diretta delle esigenze economiche dei fatti" (137): e il problema sarà quello di individuare i criteri più idonei per cogliere queste esigenze e utilizzarle adeguatamente nell'interpretazione dei testi legislativi.

Le possibilità che Asquini prospetta non hanno niente di sorprendente, ma semmai interessano proprio perché ripropongono, in un contesto diverso, scelte già note: o si pensa, per Asquini, ad un interprete totalmente libero perché privo di criteri di riferimento; o si adotta (per intendersi) la soluzione 'Gény'; oppure si fa propria la soluzione 'Saleilles'. Mentre la prima possibilità viene immediatamente scartata come improponibile per il carattere assolutamente arbitrario che l'interpretazione verrebbe ad assumere, la seconda viene presa sul serio e interpretata come un aggiornamento (in senso cautamente storicistico) delle posizioni giusnaturalistiche (che, così intese, costituirebbero una credenza comune a Gény e a Del Vecchio): ciò che per Asquini appare insostenibile è però l'assunzione, a suo avviso metafi-

---

(136) A. Asquini, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in "Archivio giuridico", LXXXVI, 1921, p.1 35. Sul problema della natura della cosa uno dei punti di riferimento principale è certo Gény, che dà già indicazioni sull'origine e lo sviluppo del concetto. Cfr. anche, per un periodo molto risalente, i commercialisti quali C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, Vallardi, 1893, vol. I, su cui cfr. la nota critica di L. Bolaffio in "Temi Veneta", XVIII, 1893, n. 37, pp. 469-472; cfr. anche, in senso critico, le osservazioni di A. Scialoja, *Le fonti e l'interpretazione del diritto commerciale*, in *Saggi di vario diritto*, Roma, Società editrice del Foro Italiano, 1927, pp. 304 ss. Su Vivante cfr. P. Grossi, *"La scienza del diritto privato"*, cit., pp. 65 ss. Una buona rassegna di opinioni sul problema della 'natura delle cose' fu offerta da G. Radbruch, *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XXI, 1941, pp. 145-156. Su tutto il problema è fondamentale N. Bobbio, *La natura delle cose nella dottrina italiana* [1964], ora in N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Ed. di Comunità, 1965, pp. 225-238.

(137) *Ibidem*.

sica, di una "verità delle cose obbiettivamente accertabile dalla ragione del singolo interprete" (138). Resta di conseguenza la terza soluzione, che Asquini, riferendola a Saleilles, mostra di apprezzare per il rinvio alla "coscienza media sociale" come filtro necessario attraverso il quale desumere "la norma dalla natura dei fatti" (139).

Desunta la regola dal fatto, resta da capire in che modo questa raggiunga e condizioni l'interpretazione della legge. Asquini risponde ipotizzando una norma di chiusura dell'ordinamento che non è più la norma generale esclusiva di Donati, ma "un principio generale di rinvio alla natura dei fatti" (140): un escamotage, piuttosto che una tesi debitamente articolata; ma è significativa comunque la volontà di immettere l'attenzione al mutamento sociale nell'alveo di una proposta ermeneutica che, per un verso, non si limita a 'destrutturare' (in nome del metodo storico-evolutivo) il sistema, ma ne vuole anche illustrare le condizioni di funzionamento mentre, per un altro verso, rinvia ad un soggetto preoccupato di fondare 'intersoggettivamente' (ecco il cenno, se pur vago, alla "coscienza media sociale") la propria operazione interpretativa.

Riferirsi alla natura stessa dei fatti sociali come al terreno più idoneo per la coltura di quei principi generali destinati a far funzionare adeguatamente il sistema proprio perché in qualche modo eccedenti la trama normativa di cui esso si compone, è, comunque, solo una fra le varie soluzioni proposte. Una di queste, ad esempio, esorta a procedere, attraverso il sistema, ma oltre di esso, verso quella tradizione giuridica dalla quale il legislatore stesso aveva tratto alimento per la nuova legislazione: è la tradizione di diritto comune allora che viene invocata come il deposito inesauribile di quei principi che, nella sintesi legislativa, possono essersi contratti in formule impoverite e insufficienti, è la ricostruzione della genesi delle norme e dei principi legislativamente codificati il metodo che permette di coglierne il senso, e di integrarne la portata, in vista dell'applicazione, al di fuori di un improbabile 'rinvio ai fatti' che spezzerebbe l'unità specificamente giuridica del metodo impiegato (141). Perché d'altronde, obietteranno

---

(138) *Op.cit.*, p. 41, nota 1.

(139) *Op. cit.*, pp. 140-141. Vicino alla posizione di Asquini è C. GANGI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in "Archivio giuridico", LXXXIX, 1923, pp. 137-171.

(140) *Op.cit.*, pp. 144-146.

(141) In questo senso B. BRUGI, *La riabilitazione dei giureconsulti accursiani*, in *Scritti giuridici e di scienze economiche pubblicati in onore di L. Moriani nel XXXV anno del suo*

altri, arrestare la ricerca ai precedenti della legislazione vigente, come se la tradizione giurisprudenziale si fosse bruscamente interrotta con l'avvento della moderna codificazione? Occorrerà piuttosto relativizzare l'opposizione fra un 'diritto giurisprudenziale' *ante codicem* e un sistema codicistico (dato per) completo e autosufficiente e sostenere invece la necessità di un ricorso, anche in regime di diritto codificato, ai principi della giurisprudenza "latamente intesa": essa, come sapere giuridico vecchio e nuovo, come "forza viva in azione perpetua" è "il grande serbatoio dal quale i legislatori moderni hanno attinto i loro codici" così come le leggi speciali (142) ed è essa quindi, e non i nudi enunciati legislativi, ad offrire "un complesso organico di principii, criteri e direttive capaci e sufficienti a servire di base alle decisioni pratiche dei giudici" (143).

Emergono dunque, nel dibattito aperto dall'intervento di Del Vecchio, posizioni molto diversificate, che vanno dalla prefigurazione di un rapporto stretto fra sociologia ed ermeneutica giuridica (nello specchio della 'natura delle cose'), ad un'impostazione storicistica del problema ermeneutico (sulla traccia di una savigniana valorizzazione della tradizione), all'ipnotizzazione di un Juristenrecht come asse portante dell'esperienza giuridica (sia in assenza che in presenza della codificazione). Sono però altrettanto evidenti alcuni tratti comuni.

a) Di Del Vecchio (come, più sullo sfondo, di Gény) si recepisce la denuncia, non la proposta: ci si rifiuta cioè di pensare i principi generali come le risultanti di un mero processo di generalizzazione delle norme del sistema e si attribuisce di conseguenza ad essi, per così dire, un habitat i cui confini non coincidono con i confini del sistema stesso; della natura di questo diverso 'ambiente' non si trova però una definizione comune ed è semmai concorde soltanto l'intenzione di lasciar cadere la proposta neo-giusnaturalistica di Del Vecchio.

b) L'intero dibattito ha un'inflessione sostanzialmente ermeneutica: in prosecuzione ideale con il problema delle lacune, il destinatario privilegiato dei vari interventi è ancora l'interprete (ed essenzialmente

---

insegnamento, Torino, Bocca, 1906, vol. I, pp. 129-141; A. Checchini, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in "Archivio giuridico", XC, 1923, pp. 167-230. Cfr. anche B. Brugi, *I principii generali del diritto e il diritto naturale*, in "Archivio giuridico", XC, 1923, pp.160-166. Su Brugi, cfr. G. Marino, *Positivismo e giurisprudenza: Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli, E.S.I., 1986.

(142) G. Pacchioni, *I principii generali di diritto*, in "Archivio giuridico", XCI, 1924, pp. 139-141.

(143) *Op. cit.*, p. 146.

il giudice) impegnato a far fronte agli 'hard cases' sulla base dei testi legislativi esistenti. La partita si gioca dunque sul terreno dell'interpretazione della legge e la posta in gioco è l'individuazione di strumenti ermeneutici capaci di 'attivare', 'adeguare', completare il sistema nel momento stesso dell'interpretazione-applicazione del diritto (144).

Resta quindi fuori dalla portata del dibattito l'ipotesi che i principi generali del diritto possano definirsi non solo rispetto ad un sistema di norme codificate, ma anche al giuridico strutturarsi di un ente o istituzione (145) — per non parlare dell'eventualità, che pure sarebbe stata presa in considerazione di lì a non molto, di una redazione legislativa dei principi stessi. È solo agli inizi degli anni Quaranta, con un importante saggio di Crisafulli (146), che, per così dire, tutti i nodi vengono al pettine: che cioè, per un verso, le tematiche in qualche modo accantonate nel dibattito degli anni Venti vengono prese organicamente in considerazione, mentre, per un altro verso, le inquietudini ermeneutiche e le aperture meta-positive che caratterizzavano quel dibattito vengono bruscamente interrotte.

Dal primo punto di vista, il saggio di Crisafulli interviene in un momento in cui era il potere politico stesso a sollecitare l'intervento dei giuristi in vista della redazione (e consacrazione formale dei principi cardine dell'ordinamento (147) — e già un clima siffatto mutava notevolmente l'originaria impostazione del problema; mentre, per quanto riguarda i contenuti, l'autore è esplicito nel porre il problema in rapporto non solo ai sistemi di norme codificate (e segnatamente privatistiche), ma anche ad istituzioni e settori dell'esperienza giuridica

---

(144) Cfr. anche V. MICELI, *I principii generali del diritto (A proposito di una recente pubblicazione: Giorgio Del Vecchio, Sui principii generali del diritto, Modena, 1921)*, in "Rivista di diritto civile", XV, 1923, pp. 23-42; M. SIOTTO-PINTOR, *Diritto naturale, diritto libero e diritto legislativo nel pensiero d'un giurista-filosofo americano*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", III, 1923, pp. 109-142; G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in "Rivista Internazionale di filosofia del diritto", III, 1923, pp. 256-287.

(145) In questo senso S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1933[4].

(146) V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XXI, 1941, pp. 40-63; pp. 157-181; pp. 230-264.

(147) Per il dibattito sui i principi generali nel fascismo cfr. AA.VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Pacini Mariotti, 1943. Sul problema dei principi generali in rapporto alla tendenza verso una possibile 'positivizzazione' cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, Laterza, 1990, pp. 64 ss.

diversi e diversamente organizzati sul piano normativo (innanzitutto il diritto costituzionale).

Ora, già una siffatta organizzazione del discorso, se costituisce un'impostazione più ampia e articolata del problema, importa anche (dal secondo punto di vista, che ci interessa direttamente), l'interruzione del rapporto esclusivo che aveva legato il dibattito degli anni Venti con il problema del ruolo dell'interpretazione giurisprudenziale. Si consideri poi il punto saliente dell'argomentazione di Crisafulli, là dove egli sostiene l'identità essenziale di norme e principi generali. I principi, egli sostiene, non sono niente altro che norme del sistema: immaginare per loro una diversa natura e provenienza imporrebbe infatti di ammettere che fosse "in realtà l'interprete a porre la norma regolatrice del caso concreto, trasformandosi allora il giudice in legislatore" (148); ma, data per assurda (per Crisafulli) questa conseguenza, resta dimostrata la premessa secondo la quale i principi generali sono "norme giuridiche preesistenti nel sistema", capaci come tali "di disciplinare qualsiasi fatto e rapporto della vita reale" (149).

Si torna così alla piena riaffermazione di quell'idea di sistema concluso e autosufficiente che numerosi interventi, negli anni Venti, avevano messo in discussione nello specchio di un'indagine dedicata alla comprensione della natura e del ruolo dei principi generali di diritto (150). Le loro conclusioni erano spesso incerte e frammentarie, ma la destinazione di senso del loro argomentare era un 'luogo' dell'ermeneutica in qualche modo resistente ad una minimizzazione del diritto giurisprudenziale e del ruolo dell'interprete. La loro piattaforma comune era in sostanza la convinzione (certo vaga, ma significativa) della non riducibilità dei principi generali alle norme del sistema: da essa traevano alimento i tentativi di valorizzazione del momento ermeneutico nell'ambito dell'esperienza giuridica, che infatti venivano coe-

(148) V. Crisafulli, *Per la determinazione*, cit., p. 177.

(149) *Op. cit.*, pp. 178-179.

(150) La vicenda legata ai 'principi generali di diritto' è ovviamente molto più complessa e ramificata e non affatto conclusa; nell'economia del presente saggio è possibile però cogliere solo quegli aspetti del problema volta a volta più vicini al tema discusso. Sui principi generali cfr. N. Bobbio, v. *Principi generali del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1966, vol. XIII, pp. 887-896; M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 301 ss.; M. Basciu (a cura di), *Soggetti e principi generali del diritto* (Atti del XV Congresso Nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica), Milano, Giuffrè, 1987.

rentemente a cadere non appena si riteneva possibile 'chiudere' entro i confini del sistema normativo i principi generali del diritto (151).

8. *La filosofia dell'interpretazione 'creativa': il neoidealismo italiano.*

Il dibattito giuridico in Italia fra Otto e Novecento, sia che lo si prenda in considerazione in rapporto ad alcune questioni nodali (il problema delle lacune, il problema dei principi generali del diritto), sia che lo si ordini intorno ad alcuni temi ricorrenti (il ruolo del giudice, l''adeguamento' del sistema normativo), ha rivelato un'effettiva disponibilità di non pochi giuristi (certo stimolati dalle 'provocazioni' transalpine) a discutere impegnativi problemi teorico-ermeneutici. Ciò che tuttavia, come abbiamo constatato, stentava a prendere forma era una proposta ermeneutica articolata e consapevole dei propri presupposti, quasi che il problema dell'interpretare si imponesse all'attenzione del giurista quando questi vi fosse costretto dall'urgenza di specifiche difficoltà, ma tendesse poi a disperdersi nelle pieghe di una pratica giurisprudenziale pure innovativa, ma refrattaria ad uscire allo scoperto con ambiziose teorizzazioni.

Il panorama era però destinato a mutare drasticamente, negli anni Venti, grazie a due circostanze concomitanti: in primo luogo, il problema ermeneutico, pur continuando ad essere discusso dal giurista, cessa di essere suo patrimonio esclusivo per acquisire rapidamente un'inedita 'dignità' filosofica (e filosofico-giuridica); in secondo luogo, e di conseguenza, i filosofi del diritto che, in Italia, prendono ad occuparsi del problema ermeneutico, lo affrontano sulla base di presupposti e domande che solo tangenzialmente incontrano le preoccupazioni del giurista e che piuttosto mirano a collocare il problema ermeneutico sullo sfondo del proprio orizzonte speculativo: che, in questo caso, coincide con la filosofia neoidealistica e con le numerose suggestioni da essa esercitata su tutta una nuova generazione di filosofi del diritto ormai lontana dalle simpatie positivistiche della generazione precedente (152).

Il punto di partenza, e l'occasione della riflessione, è comunque comune al giurista e al filosofo: sono le proposte globalmente ricon-

---

(151) Mentre, per converso, quando con Betti il momento ermeneutico acquisterà tutta la sua rilevanza, i principi generali torneranno ad essere concepiti come in qualche modo 'eccedenti' i limiti del sistema normativo.

(152) Cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica*, cit.

ducibili al 'diritto libero', al di là di una 'filologica' attribuzione di tesi specifiche a specifici autori, ad esigere una presa di posizione. Ciò che caratterizza però l'approccio del filosofo di ispirazione neoidealistica è il tentativo di individuare un punto di vista 'esterno' dal quale guardare al fenomeno nella sua globalità.

È di Cesarini Sforza un interessante tentativo in questa direzione. Egli riassume lo status quaestionis nei termini che ci sono familiari: l'obiettivo polemico delle nuove proposte è "l'assolutismo del legislatore", il cui difetto principale è di cogliere imperfettamente e in ritardo il mutarsi della società e le sue sempre nuove esigenze; di contro, è del continuo divenire della "vita sociale" che il movimento del diritto libero vuole esser interprete "più pronto, più vivace" (153).

Lo spunto originale dell'autore è dato dal tentativo di caratterizzazione complessiva del movimento, per il quale egli si serve di un'analogia storiograficamente interessante (154): il movimento del diritto libero assolve nell'ambito del sapere giuridico al ruolo che il modernismo svolge nel campo della teologia. Il secondo combatte contro la fissità del dogma, l'esteriorità della fede, la gerarchia, il primo contro la rigidità dei codici, il formalismo del sapere 'sistematico', la sua astrattezza, a favore di una giuridicità "scaturiente volta a volta dalla realtà" (155). Se dunque è plausibile registrare una direzione comune ai due movimenti, è possibile anche fare un passo avanti e cogliere in essi un immanente, e decisivo significato 'speculativo': i due 'modernismi' sono "episodi paralleli dell'eterna lotta fra lo spirito soggettivo, individuale, sinonimo di libertà e l'oggettivismo, l'esteriorità, l'autorità"; da questo punto di vista, essi sono, sì, fenomeni storicamente determinati, ma rappresentano anche tendenze costanti dell'esperienza, che volta a volta trovano diverse forme di realizzazione: "il modernismo giuridico non è che una delle tante forme in cui si manifesta l'aspirazione alla libertà nel dominio della vita del diritto" (156).

Ora, una simile affermazione potrebbe sembrare, e sarebbe, innocua e poco concludente se non si inserisse nel peculiare orizzonte filosofico cesariniano: dove il rapporto fra libertà e autorità, fra inte-

---

(153) W. Cesarini Sforza, *Il modernismo giuridico*, in "Il Filangieri", XXXVII, 1912, p. 375.

(154) Se ne serve anche L. Lombardi, *Saggio*, cit.

(155) W. Cesarini Sforza, *Il modernismo*, cit., pp. 374-375.

(156) *Op. cit.*, p. 375.

riorità ed esteriorità, rinvia al rapporto dialettico, per un verso, fra soggettività ed oggettività, e per un altro verso, fra filosofia e scienza. Si tratta di dominî distinti, ma connessi, dove il passaggio dall'uno all'altro implica, nell'unità della vita dello spirito, il suo mantenimento e il suo superamento.

È appunto su questa base che il nostro autore guarda ai due 'modernismi' come a movimenti segnati, insieme, da un'esigenza vitale e da una contraddizione insanabile. Valga il caso del modernismo religioso. In esso, l'aspirazione alla libertà si traduce in un tentativo di superamento della religione tradizionale dall'interno della religione stessa, ma è destinata a mancare l'obiettivo per due motivi complementari: in primo luogo, perchè la realizzazione della libertà impone il superamento della religione nella filosofia; in secondo luogo, perché il superamento va inteso come una Aufhebung, che esclude una mera cancellazione della religione e ne esige il mantenimento come momento parziale, ma ineliminabile, della vita dello spirito.

Nel medesimo fraintendimento della dialettica, nella conseguente indistinzione fra scienza e filosofia, incorre il movimento del diritto libero. In esso l'aspirazione alla libertà prende campo come rivolta contro il formalismo, l'astrattezza, la rigidità della legge, ma è destinata, non diversamente da quanto accade per l'altro 'modernismo', al fallimento. Da un lato, infatti, l'esigenza di procedere oltre i vincoli del formalismo non è una scoperta originale del giusliberismo, ma una tensione interna all'esperienza giuridica come tale. Dall'altro lato, l'inveramento della libertà come assenza di costrizione e sottrazione ad ogni norma suppone il passaggio dalla vita pratica 'giuridica' alla vita pratica 'pura', alla pura spontaneità etica (157). L'errore metodico del giusliberismo è quindi quello di perseguire, nell'ambito di una sfera di esperienza, un obiettivo, in quella sfera, inattingibile: di imporre quindi alla scienza giuridica, e sottrarre corrispettivamente alla filosofia, un compito che essa, in quanto scienza, non è in grado di affrontare.

Comprendere il senso del dibattito teorico-giuridico (e teorico-ermeneutico) originato dalle 'provocazioni' giusliberiste è dunque per Cesarini Sforza possibile in quanto ad esso ci si avvicini sulla base della distinzione dialettica fra scienza e filosofia: ne risulterà così una diagnosi che, in uno stesso movimento, riconosce nelle nuove teorie un nucleo di verità solo per indicarne la necessaria *Aufhebung*. E, allora, vere senz'altro sono, per il nostro autore, almeno due delle tesi centrali

(157) *Op. cit.*, pp. 376-377.

del giusliberismo, "il riconoscimento del carattere individualistico dell'attività giuridica" (158) e l'affermazione "dell'astrattezza della norma" (159): ma proprio perché filosoficamente vere, esse non possono essere usate come assiomi di una 'nuova' scienza, pena l'indebita contaminazione di scienza e filosofia. La scienza del diritto dovrà così continuare a svolgere il suo ruolo tradizionale, procedendo per concetti empirici, astrazioni, costruzioni sistematiche, e l'attività del giudice dovrà essere intesa come "un lavoro esclusivamente logico" di applicazione della norma al fatto (160).

Si tratta di una conclusione evidentemente molto severa nei riguardi delle aspettative degli 'innovatori': la scienza giuridica, l'interpretazione giudiziale non possono essere toccate nei loro metodi consolidati da una prospettiva che solo nella considerazione filosofica del diritto si dimostra feconda. Ciò che comunque appare comune, a Cesarini Sforza come ad altri filosofi del diritto neoidealisti, non è tanto la conclusione 'nel merito' quanto l'approccio al problema, l'esigenza di immettere nel dibattito tutto il peso di un'impostazione filosofica di grande respiro.

Quanto alle conclusioni 'nel merito', anzi, le riserve di Cesarini Sforza impressionano relativamente. Sul fronte opposto Maggiore, animato da forti suggestioni gentiliane, punta non già ad una minimizzazione degli effetti dirompenti delle proposte giusliberiste grazie ad una 'dialettica dei distinti' fra scienza e filosofia, ma ad un innesto diretto della filosofia idealistica sul tronco della scienza giuridica che raccolga, e rafforzi speculativamente, il messaggio delle correnti antiformalistiche.

Torna così ad imporsi il problema dell'interpretazione, ma in un contesto argomentativo attraversato da preoccupazioni diverse. È sul tappeto non più il problema del mutamento sociale, dell'adeguamento (e del funzionamento complessivo) del sistema normativo, e quindi, per connessione, il problema ermeneutico, bensì, direttamente, il problema dell'interpretazione come tale, come 'atto spirituale'.

Affrontare adeguatamente un siffatto problema significa innanzitutto, per il filosofo idealista, collocarlo nel quadro della dialettica fra soggetto e oggetto, usarlo come spia della crisi della concezione

---

(158) W. Cesarini Sforza, *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", LIII, 1913, p. 48.

(159) *Op. cit.*, p. 56.

(160) *Op. cit.*, pp. 52-54.

'oggettivistica' della norma giuridica. La norma è, gentilianamente, un voluto, "un momento della coscienza giuridica fissato, oggettivato in un comando" e proprio per questo necessariamente rigida, astratta, separata "dalla vita" (161). Essa, quindi, non può essere pensata nella sua concretezza se non in riferimento ad un soggetto: appare quindi filosoficamente insostenibile l'idea di una legge che, svincolata dalla vita del soggetto, viva di vita propria e come tale si offra all'interprete. Non si pensi però di ritrovare, per questa via, l'idea (cara a Gény) di un'interpretazione necessariamente legata alla comprensione del momento 'originario' della legge. Il soggetto a cui rinvia la filosofia di Maggiore non è il soggetto 'empirico' 'legislatore': la legge non è concepibile se non in rapporto ad una soggettività, ma questa non coincide necessariamente con la figura del legislatore. La legge esiste in quanto creata da un atto di volontà legislativa, ma continua ad esistere solo in quanto "interpretata", in quanto oggetto "di quest'eterno lavoro d'interpretazione, di quest'atto creativo del soggetto", senza il quale la norma resta necessariamente 'astratta' dalla 'vita' (162).

L'interpretazione, dunque, raggiunta dalla centralità 'speculativa' della soggettività, acquista, insieme, un ruolo giuridicamente determinante e una serie di precise caratteristiche. Il suo ruolo è decisivo perché rende attuale, nuovamente voluta, la norma legislativa, incapace di vivere di vita propria: la sua prima caratteristica è quindi quella di essere non un atto ricognitivo, ma creativo. Che l'interpretazione sia creativa, risulta empiricamente già dalla considerazione di ciò che i giudici realmente fanno (163); e non può essere diversamente, proprio perché l'interpretazione non è un atto che contempla una realtà oggettiva, che rispecchia il significato implicito e già dato della norma (164): l'operazione interpretativa "non è mai analisi di un che di preesistente, ma atto sintetico, formazione di una nuova realtà soggettiva, in cui si dispiega e sviluppa l'oggettività immediata della legge" (165).

La creatività dell'interpretazione, la sua non riducibilità alla semplice ricognizione di un significato precostituito, nasce poi in ultima

---

(161) G. MAGGIORE, *Filosofia del diritto*, Palermo, Fiorenza, 1921, p. 181.

(162) G. MAGGIORE, *L'interpretazione delle leggi come atto creativo*, Palermo, Ergon, 1914, pp. 8-10.

(163) *Op. cit.*, p. 24.

(164) *Op. cit.*, pp. 8-9.

(165) *Op. cit.*, p. 14.

istanza dalla dialettica fra astratto e concreto che ne costituisce l'elemento proprio: l'interpretazione realizza la norma in quanto la nega nella sua astrattezza e crea "una posizione nuova del giusto che superi e neghi la pura legge, di quanto il concreto supera l'astratto e il particolare l'universale" (166).

Non si potrebbe essere più lontani dalla dottrina 'tradizionale' dell'interpretazione: in questa, l'accento cade sul sistema normativo, sull'oggettività dei significati delle norme (in esso) già dati, sul ruolo ricognitivo dell'interpretazione; nella nuova prospettiva, la norma vive in quanto interpretata, il ruolo della soggettività è centrale e determinante, il significato della norma non è trovato, ma creato o ricreato dall'interprete.

Sarebbe però affrettato immaginare su questa base una sorta di via neoidealistica al giusliberismo. La dialettica dei distinti che, in Cesarini Sforza, impediva ogni ricaduta 'innovativa' della 'verità' filosofica sul terreno della scienza giuridica, non si ripropone certo in quei termini in Maggiore, che non a caso trasforma i postulati della sua filosofia in un'immagine di interpretazione decisamente 'anti-tradizionale'. Ciò che però resta ancora sostanzialmente in ombra è ciò che i giuristi fanno, o dovrebbero fare, una volta convinti della verità della nuova prospettiva. L'impressione insomma è che ad una nuova immagine dell'interpretazione non corrisponda affatto ancora una nuova dottrina (giuridicamente 'spendibile'; ed una nuova pratica) dell'interpretare. E non mancano anzi indizi a favore di una permanente scissione fra una 'filosofia' (dell'interpretazione), fortemente sbilanciata sul fronte della soggettività, ed una 'dottrina' (ed una pratica) proiettate nella direzione opposta: e disposte ad incontrarsi, più che con i cauti (e positivistici) 'innovatori' 'evoluzionisti', con i solidi 'conservatori' del metodo giuridico tradizionale. E infatti, di fronte alla domanda cruciale relativa alla libertà del giudice nell'interpretazione della legge, Maggiore distingue immediatamente fra "la coscienza empirica del giudice" e la "coscienza universale del diritto" che è "un'autorità superiore all'arbitrio dell'individuo": sovranamente libero allora non è tanto il giudice come concreto soggetto di un'operazione interpretativa (il giudice 'empirico'), ma il giudice come incarnazione di un mondo "superindividuale", come "interprete di quella coscienza storica....che si versa

(166) G. Maggiore, *La dottrina del metodo*, cit., p. 382.

nell'ordinamento giuridico" (167). La soggettività 'creativamente' esplicantesi nell'operazione interpretativa finisce (dialetticamente) per coincidere con l'oggettività del sistema normativo, in un processo dove i singoli soggetti agiscono, consapevolmente o inconsapevolmente, come strumenti della totalità.

Mutano dunque gli accenti, i presupposti filosofici, le personalità, ma continua a far sentire i suoi effetti un regime di insufficiente connessione fra una nuova 'filosofia' dell'interpretazione (modellata nel quadro di uno specifico orizzonte speculativo) e una 'dottrina' dell'interpretazione ancora incapace di tradurre sul terreno dell'esperienza giuridica i postulati della nuova ermeneutica.

Quando poi la distinzione fra 'filosofia' e scienza giuridica o 'dogmatica' non è un incidente di viaggio, ma una scelta esplicita e motivata, la situazione acquista il pregio della chiarezza, ma il regime della 'doppia verità' regola l'intera trattazione del problema.

È in questo quadro che Max Ascoli svolge la sua brillante indagine sull'interpretazione: un'indagine che nasce proprio là dove, per l'autore, la dogmatica deve necessariamente interrompersi per lasciare il posto alla filosofia, mancando degli strumenti idonei per la stessa impostazione del problema. La dogmatica, certo, costruisce continuamente teorie delle fonti e dell'interpretazione, ma non è in grado di capire, dal suo interno, il problema centrale: il passaggio dalla norma al fatto, e viceversa, quindi il problema del carattere 'creativo' dell'interpretazione (168).

---

(167) G. MAGGIORE, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 183-184. Su Maggiore cfr. G. MARINI, *Giuseppe Maggiore: l'interferenza di filosofia e diritto*, Napoli, E.S.I., 1983.

(168) M. ASCOLI, *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Roma, Athenaeum, 1928, pp. 9-12. L'insufficienza della scienza giuridica, anche della scienza giuridica 'antitradizionalistica', a risolvere dal suo interno i propri problemi costitutivi è d'altronde un luogo ricorrente nella filosofia del diritto di ispirazione neoidealistica. Battaglia ad esempio, in una informata rassegna sulle 'novità' francesi (Gény e Saleilles, innanzitutto), è disposto ad apprezzare gli spunti di Gény (e secondariamente di Saleilles) sul ruolo e sul metodo dell'interpretazione, ma li commenta come approssimazioni (necessariamente imperfette, dato l'approccio 'dogmatico' e il quadro filosofico presupposto) ai risultati che si dovrebbero poter conseguire sulla base di una impostazione speculativamente (idealisticamente) fondata del rapporto fra soggetto e oggetto, e fra norma e interpretazione, nell'unità dello spirito, uscendo finalmente dal clima culturale comune agli scritti analizzati: un clima presentato da Battaglia come "l'età triste del sociologismo, del solidarismo, dell'evoluzionismo, del positivismo (tanti nomi per caratterizzare un solo atteggiamento eteronomo dello spirito!)" (F. BATTAGLIA, *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", IX, 1929, p.230.). Sul saggio

Dato il carattere astratto della norma, quelli che erano i problemi cruciali, ma necessariamente irrisolti, della dogmatica (il problema delle lacune, il ruolo dell'interpretazione), vengono risolti prima che impostati, vengono eliminati alla radice, dalla filosofia: data la relazione fra astratto e concreto, per la filosofia neoidealistica la lacunosità del sistema giuridico non è un accidente relegato ai margini del sistema stesso, ma una caratteristica necessaria della norma in quanto tale. Il diritto non è un sistema di 'pieni' per il quale si possa eventualmente ipotizzare qualche 'vuoto', ma, direttamente, un sistema di lacune. L'interpretazione, quindi, è necessariamente creativa, perché, come termine medio fra l'astratto e il concreto, produce una norma che mai "potrà essere eguale alla norma astratta, anche se deriva da lei e le è formalmente e letteralmente identica" (169).

I termini dell'impostazione tradizionale sono perfettamente capovolti: il motore dell'esperienza giuridica è l'interpretazione, l'interpretazione è un atto produttivo di norme, la norma effettivamente creata dall'interprete è comunque altra dalla norma astratta alla quale si richiami, infine, l'interprete non è il ripetitore, l'eco del legislatore, ma, al contrario, "solo l'interprete può dirsi legislatore" (170).

Se dunque l'interprete è anch'egli un produttore di norme, nemmeno egli in realtà raggiungerà l'assoluta singolarità del fatto, nemmeno egli spezzerà il vincolo dell'astrazione, dal momento che la sentenza sarà pur sempre norma, "cioè schema, volizione di una classe di azioni, astrazione..." (171). L'identità di natura fra legislatore e interprete viene portata coerentemente da Ascoli alle sue estreme conseguenze: ogni creazione di norme è creazione di uno schema astratto e "non v'è alcuna ragione per cui la creazione di diritto che è astrattezza in sede di legislazione, divenga concretezza in sede di applicazione" (172).

---

di Battaglia intervenne anche L. Ciffo Bonaccorso, *In tema di interpretazione giuridica*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", X, 1930, pp. 128-131, a cui replicò F. Battaglia, *Postilla*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", X, 1930, pp. 131-134. Cfr. anche F. Battaglia, *Romanticismo giuridico*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", IX, 1929, pp. 119-126, a proposito di Bonnecase. Su Bonnecase (e su Gény) cfr. anche, da un altro punto di vista, B. Donati, *Dalla esegesi delle leggi alla scienza del diritto*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", V, 1925, pp. 583-603.

(169) *Op. cit.*, p. 39.

(170) *Op. cit.*, p. 40.

(171) *Op. cit.*, p. 53.

(172) *Op. cit.*, p. 54.

Intorno al concetto di interpretazione come creazione di norme Ascoli viene così costruendo la sua rappresentazione dell'esperienza giuridica. Dal momento che i fatti si rendono comprensibili solo grazie alla loro intrinseca normatività, grazie allo schema di azione che essi esprimono, l'intera fenomenologia giuridica consiste di uno scambio continuo di parti fra la posizione e l'interpretazione di norme. Porre una norma nuova è interpretare una norma preesistente, e viceversa, in un processo ininterrotto dove la differenza fra interpretazione e legislazione è solo una differenza di posizione o di grado, e il gioco di rinvii reciproci procede continuamente passando da una norma "ad una superiore, finché si giunga all'ordinamento giuridico limite che salda il cerchio del diritto" (173).

Ascoli dichiara a questo proposito di far proprio "il punto di vista di Merkl e di Kelsen sulla struttura a grado dell'ordinamento giuridico" (174), ma non omette di riferire a Gény il merito di avere intuito, anche se non sviluppato fino in fondo, il carattere creativo dell'interpretazione (175): e le citazioni sono meno eterogenee di quello che potrebbe sembrare, solo che si rifletta sul loro innestarsi su punti diversi dell'argomentazione di Ascoli.

Sia che ci si riferisca comunque all'ordinamento a gradini sia che si invochi la creatività dell'interpretazione, la distanza della teoria di Ascoli dalla comune dottrina giuridica dell'interpretazione è, su ogni punto qualificante, radicale. Ma è vano attendersi un tentativo di mediazione o di traduzione, o al contrario, di aperta contestazione, nei riguardi dello 'stile' specifico della scienza giuridica: l'opposizione della filosofia dell'interpretazione alla *standard view* dell'ermeneutica giuridica deve portare, per Ascoli, non ad una guerra di sterminio, ma ad una semplice *actio finium regundorum*. La divisione dei compiti fra filosofia e dogmatica assegna alla dogmatica il ruolo di un'illusione utile così come alla filosofia quello di una verità improduttiva. La dogmatica si inganna su tutto ciò che essa viene sostenendo intorno all'interpretazione (che crede applicazione, invece di creazione; deduzione dalla norma invece di elaborazione del fatto a norma), ma è un autoinganno utile in vista del "proprio compito di disciplina dei fatti umani"; mentre "la funzione della filosofia di fronte ad essa si riduce a riconoscere questa sua validità, a negare sistematicamente qualsiasi effettivo valore

(173) *Op. cit.*, p. 90.
(174) *Op. cit.*, p. 107, nota 1.
(175) *Op. cit.*, p. 122.

logico alle necessarie illusioni e alle arbitrarie affermazioni del diritto e a spostare continuamente, per vedere in tutta la sua interezza la realtà vera, l'impalcatura di leggi e di artifici che pure servono a costruirla" (176).

Lungi dall'essere investita e travolta dalla 'verità' filosofica, la scienza giuridica mantiene non solo il suo ruolo, ma anche i suoi *idola*, che sono scavalcati, ma anche conservati, dalla filosofica *Aufhebung*. Nel momento in cui si fa strada una visione filosoficamente complessa dell'interpretazione, la scienza giuridica sembra essere condannata alla semplice ripetizione degli schemi in essa tradizionalmente invalsi — che infatti continuano tranquillamente ad essere proposti, certo più per un sostanziale disinteresse dei giuristi verso le degnità filosofiche neoidealistiche che per consapevole omaggio al regime (filosoficamente fondato) della 'doppia verità'.

Appare quindi particolarmente interessante il contributo del giovane Ascarelli (177): non solo per la sua intrinseca qualità, ma anche perché costituisce l'unico caso di rilievo in cui è un giurista, e non un filosofo del diritto, ad assumere in proprio il punto di vista neoidealistico in tema di interpretazione e a procedere di conseguenza.

Ascarelli muove dal consueto, cruciale, problema delle lacune: non lo dà già per risolto, come Ascoli, nel quadro di una presupposta, filosofica definizione di diritto, ma lo prende sul serio, raccogliendolo dall'interno del dibattito giuridico coevo nei termini in cui esso veniva di consueto impostato. Prima di pronunciarsi nel merito, però, egli si interroga sul senso del dibattito stesso chiedendo aiuto, per impostare correttamente il problema giuridico delle lacune, alla filosofia neoidealistica.

Da essa mutua innanzitutto la distinzione fra scienza e filosofia come distinzione fra due diversi punti di vista sul diritto, l'uno di carattere esegetico-dogmatico, l'altro di carattere storico-filosofico. Il punto di vista della dogmatica procede sulla base di un non superato dualismo fra soggetto e oggetto: la dogmatica, come scienza 'naturalistica', si preoccupa soltanto di ordinare il proprio oggetto, di darne una rappresentazione sistematica riportando ad unità le norme di cui esso si compone. Se a questo punto e su questo terreno impostiamo il

---

(176) *Op. cit.*, p. 51.

(177) T. Ascarelli, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato* [1925], ora in *Studi di diritto privato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 209-243.

problema delle lacune del diritto, la risposta, per Ascarelli, è netta: il sistema si presenta, prima e indipendentemente dall'analisi della sua applicazione, come una totalità piena e compatta, in armonia d'altronde con il dettato dell'art. 3 delle Disposizioni Preliminari (178).

Fino a qui, l'argomentazione di Ascarelli non differisce da quella correntemente usata a sostegno della completezza dell'ordinamento. Egli però non si arresta all'affermazione di una delle due tesi contrapposte, ma adotta un punto di vista, in qualche modo, esterno ai termini del dibattito ed efficace nel dar conto dell'esigenza immanente alla tesi della lacunosità dell'ordinamento. Il senso di questa posizione emerge non appena si consideri non il problema della descrizione ('naturalistica') del sistema normativo, ma il problema della sua applicazione. Ed ecco allora che la dialettica dell'astratto e del concreto (cara alla filosofia neoidealistica) appare lo strumento più idoneo per decifrare i termini stessi della tradizionale antinomia e riportare "l'asserita incompletezza dell'ordinamento giuridico...alla stessa astrattezza della norma giuridica", quindi alla sua costitutiva "incapacità a regolare il caso concreto; non questo o quel caso concreto nuovo, ma ogni caso concreto in quanto e perché tale" (179).

Decifrare il senso della posizione (per intendersi) 'antiformalistica' attraverso le coordinate della filosofia neoidealistica ha spostato il discorso sul fronte dell'applicazione del diritto, ma, su quel terreno, non ha semplicemente confermato, ma ha generalizzato e radicalizzato la posizione di partenza: non alcune norme, ma tutte le norme sono, di per sé, inapplicabili. Si tratta, per il nostro giurista, di una vera e propria antinomia, che può trovare un punto di risoluzione solo nell'interpretazione. È l'interpretazione che getta un ponte fra l'astrattezza della norma e la concretezza del caso controverso, che permette quindi, e spiega, il concreto 'funzionamento' del sistema normativo. Proprio per questo l'interpretazione è necessariamente creativa: perché non si limita a intendere il significato immanente nella norma, ma trasforma l'"astratta norma giuridica in una norma regolatrice di un caso concreto" (180), producendo una norma sostanzialmente nuova.

Il problema delle lacune si rivela dunque dotato di senso in quanto fa emergere un profilo particolare, e decisivo, dell'esperienza giuridica e questo a sua volta retroagisce sul problema della completezza del-

(178) *Op. cit.*, pp. 217-219.
(179) *Op. cit.*, pp. 216-217.
(180) *Op. cit.*, p. 221.

l'ordinamento mostrandolo in una luce completamente diversa: è il momento dinamico dell'ordinamento, l'esercizio dell'interpretazione (necessariamente) 'creativa', che emerge come il momento decisivo del giuridico e si rivela capace di risolvere l'astrattezza del sistema normativo nella concretezza della sua effettiva applicazione (181).

Siamo dunque alle soglie di un tranquillo e robusto innesto della filosofia dell'interpretazione 'creativa' sul tronco della tradizione giuridica italiana? La risposta potrebbe essere affermativa solo se dimenticassimo una componente fondamentale del saggio di Ascarelli, che ha individuato il ruolo centrale dell'interpretazione grazie alla mediazione (e nei limiti) delle coordinate filosofiche del neoidealismo: sulla base quindi della dialettica fra astratto e concreto, ma anche di quella distinzione fra scienza e filosofia che vediamo così frequentemente tornare nella discussione del nostro problema. Il risultato è che il tema della 'creatività' (e centralità) dell'interpretazione emerge, anche per Ascarelli, sul terreno della filosofia; mentre sul terreno della scienza giuridica deve mantenersi in piedi un'idea di interpretazione meramente 'ricognitiva', negare la quale importerebbe il collasso del vigente ordinamento giuridico (182) — ed infatti il nostro autore continua a sviluppare, come 'giurista', una serrata discussione con i partigiani della linea (per intendersi) 'antiformalista' volta a dimostrare la perfetta 'chiusura' del sistema.

Cionondimeno, il rapporto fra i 'distinti' (fra filosofia e scienza giuridica) è, in Ascarelli, più stretto e fecondo di quanto le premesse potrebbero far credere. Filosofia del diritto e scienza del diritto, punto di vista esegetico-dogmatico e punto di vista storico-filosofico, restano, sì, approcci distinti al problema giuridico, ma offrono insieme strumenti di cui il giurista (non solo il filosofo) deve tener conto congiuntamente, nella misura in cui si riferiscono, rispettivamente, alla 'statica' e alla 'dinamica' del diritto.

Non manca poi nemmeno un tentativo, sia pure appena abbozzato, di cogliere il riverbero della natura intimamente creativa dell'interpretazione nei procedimenti stessi della 'tecnica' giuridica, nelle pieghe

---

(181) *Op. cit.*, p. 224: "È appunto perché quella che si pone come mera interpretazione è sostanzialmente creazione, che l'ordinamento giuridico può nella sua astrattezza tuttavia raggiungere ogni concretezza: quella che a noi è sembrata l'organica incapacità dell'ordinamento giuridico è appunto sanata attraverso l'opera creatrice dell'interpretazione che adegua costantemente alla concretezza della fattispecie l'astrattezza della legge".

(182) *Ibidem.*

dell'argomentare del giurista che, pur necessariamente fedele all'immagine dell'interpretazione 'ricognitiva', non può trascurare del tutto la realtà dell'operazione ermeneutica.

È l'analogia, per Ascarelli, l'espediente tecnico che il giurista usa per superare, sul terreno della tecnica giuridica, la necessaria antinomia fra astratto e concreto, fra statica e dinamica, "la formula cui il diritto italiano, come ogni altro diritto, ha fatto ricorso, per porre come opera interpretativa quella che invece è creativa" (183). Ma essa a sua volta va intesa soltanto come l'applicazione di un principio generale di tecnica giuridica, che sinora è stata pensata per il legislatore, ma che piuttosto occorre riferire all'interprete: la finzione. È un altro filosofo, Vaihinger (184), che suggerisce ad Ascarelli il ruolo conoscitivamente ed operativamente centrale della finzione: la 'natura' creativa dell'interpretazione si riverbera, nei procedimenti della tecnica giuridica, nella finzione del carattere ricognitivo dell'interpretazione stessa; ed è proprio nel rispetto tecnico-giuridico, argomentativo, della finzione che il giurista, interpretando, 'crea'.

Si tratta, certo, di un cenno molto rapido, di cui non si deve però sottovalutare l'importanza: nel momento in cui Ascarelli mutua dal neoidealismo l'idea dell'interpretazione 'creativa', ma tenta anche di cogliere, dall'interno della scienza giuridica, possibili momenti di sutura e di mediazione fra 'dogmatica' e 'filosofia', egli già compie un passo significativo verso un tentativo di spiegazione, e di superamento, di quel paradosso della 'doppia verità' che aveva reso l'ermeneutica neoidealistica così povera di suggestioni per l'argomentare del giurista.

9. *La 'logica' dell'interpretazione giurisprudenziale: il dibattito degli anni Trenta.*

L'interpretazione è dunque, per i filosofi e i giuristi di ispirazione neoidealistica, necessariamente 'creativa'. Lo è, innanzitutto, perché interrompe quella costitutiva 'lacunosità' del sistema giuridico che

---

(183) *Op. cit.*, p.241. Contro le considerazioni di Ascarelli, per riaffermare il punto di vista tradizionale, scrive G. SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, in "Rivista di diritto civile", XIX, 1927, pp. 225-251.

(184) H. VAIHINGER, *Die Philosophie des Als Ob*, Leipzig, Meiner, 1911 (tr. ital. parziale, Roma, Ubaldini, 1967). L'attenzione dei giuristi è richiamata su Vaihinger anche da T.A. CASTIGLIA, *La filosofia dell'"Als ob" nel diritto*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", VI, 1926, pp.98-122. Sul problema della finzione nella cultura giuridica cfr. F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio juris*, Padova, Cedam, 1979.

coincide con l'astrattezza della norma: l'interpretazione-applicazione della norma, nel momento in cui risolve l'astrattezza di questa nella concreta risoluzione del 'caso' controverso, produce una norma sostanzialmente nuova. In secondo luogo, l'interpretazione è 'creativa' perché rinvia ad un soggetto che deve essere considerato non l'inerte ricettacolo di una realtà oggettiva già data, ma il protagonista di un processo conoscitivo che non 'trova', ma 'pone' il proprio oggetto.

Dei due aspetti della creatività dell'interpretazione, comunque, il più esplicitamente tematizzato è stato il primo: è stata quindi l'interpretazione-risultato, piuttosto che l'interpretazione-attività, l'oggetto della prevalente attenzione dei filosofi del diritto — un'interpretazione-risultato, d'altra parte, che valeva come elemento dinamico e 'realizzativo' dell'astratto sistema giuridico nel tacito presupposto (di regola condiviso) che l'interpretazione si riferisse, antonomasticamente, al giudice, prima che ad ogni altro operatore giuridico.

È invece un filosofo tout court, non un filosofo del diritto, Guido Calogero, che, negli anni Trenta, mantiene, e anzi precisa ed esplicita, come proprio punto di riferimento, l'operato del giudice, ma si interroga non più sul risultato dell'interpretazione, ma sulle sue specifiche modalità, sulla sua 'logica' (185). Alla 'logica' dell'interpretazione giurisprudenziale, certo, Calogero perviene sollecitato dai suoi precedenti interessi di filosofo impegnato in un tentativo di revisione e di critica della logica 'classica' o 'tradizionale', ma non resta per questo ai margini dell'esperienza giuridica, all'interno della quale si muove anzi con la sicurezza del padrone di casa, più che dell'ospite occasionale (186).

L'importanza del suo contributo, quale che sia il giudizio sulla persuasività delle sue argomentazioni, risiede proprio, a mio avviso, nell'angolatura particolare nella quale l'autore si colloca: il problema dell'interpretazione giuridica (e, in particolare, giurisprudenziale) non è studiato in rapporto alle consuete *quaestiones disputatae* della tradizione giuridica nè è appiattito sullo sfondo di una complessiva visione

---

(185) G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, Cedam, 1937.

(186) Su Calogero, la polemica con Croce ed il problema dell'interpretazione cfr. l'intelligente ed informato contributo di S. Basile, *Intorno alla logica del giudice di Guido Calogero*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XLIV, 1967, pp. 225-260; cfr. anche, per una diversa valutazione, A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica*, cit., pp. 461 ss.

filosofico-giuridica, ma è impostato in rapporto ad una precisa, determinata operazione interpretativa, quell'operazione che conduce il giudice ad emanare la sentenza. Rispetto a questa operazione, poi, la domanda principale, se non esclusiva, non riguarda ciò che il giudice dovrebbe o non dovrebbe fare, ma ciò che il giudice effettivamente fa — una distinzione abbastanza trascurata, salvo qualche sporadico accenno, dalla tradizione giuridica italiana, e pure di fatto operante nell'analisi di Calogero. Si tratta, certo, di una domanda in qualche modo spostata rispetto all'asse centrale del problema ermeneutico: non è l'interpretazione come tale, ma il complessivo ragionamento del giudice l'oggetto privilegiato dell'indagine e si tratta di capire sulla base di quali modalità argomentative proceda l'operazione di interpretazione e applicazione giudiziale del diritto. Cionondimeno (o forse proprio per questo), il ricorrente problema della 'creatività' dell'interpretazione acquisisce in questo contesto contorni più precisi e definiti.

La tesi principale di Calogero è al riguardo molto netta: di contro all'opinione, corrente nella processualistica, che accentua il carattere strettamente 'logico' del ragionamento giudiziale, l'autore — prendendo lo spunto dalla critica di uno scritto di Rocco (187), a suo avviso emblematico della *communis opinio* — sostiene il carattere non logico, o prevalentemente non logico, del ragionamento stesso. La 'logica' del ragionamento giudiziale è, come è noto, comunemente descritta nei termini di un sillogismo: data la norma, dato il fatto, il ragionamento del giudice si esaurisce nella determinazione del nesso sillogistico fra premessa e conclusione. Il nucleo essenziale dell'obiezione di Calogero consiste non tanto nel negare la ricorrenza del sillogismo nel ragionamento del giudice, ma nel minimizzarne la portata: "...la vera e grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse" (188). Se tutto si giocasse nella semplice, meccanica deduzione da premesse univocamente accertabili e accertate, "le cause potrebbero decidersi per le strade e non ci sarebbe bisogno né di magistrati né di avvocati, ma solo di uscieri e di carabinieri" (189). Proprio perché invece l''arte' del giudicare consiste nell'elaborare le premesse del ragionamento, nell'individuare, sulla base di una complessa valutazione del fatto, la norma o le norme idonee, l'opera del giudice "si muove per intero in un ambito

(187) A. Rocco, *La sentenza civile*, Torino, Bocca, 1906.
(188) G. Calogero, *La logica del giudice*, cit., p. 51.
(189) *Op. cit.*, p. 50.

che in questo senso non è logico, ma anzi prelogico o estralogico. Quel che insomma fa il giudice di 'logico', è cosa da nulla; e quel che fa veramente, non è 'logico'" (190).

Spostato il centro del giudicare sul momento dell'individuazione delle premesse, il problema, per Calogero, è quello di cogliere, a quel livello, tutte le potenzialità 'inventive' dell'operazione del giudice, mostrando l'impossibilità di un'adeguata descrizione di essa attraverso lo schema della sussunzione del fatto entro la norma: non vi è niente di logicamente necessario, di certo ed inoppugnabile nel riportare un fatto ad una norma; la 'verità' di questa inerenza non è data, direttamente, dal nesso che si viene instaurando fra soggetto e predicato, ma esige, per essere fondata, un rinvio all'esperienza, come sostegno e garante della scelta del giudice: si comprende allora come "la sussunzione del fatto sotto la norma, lungi dall'essere idealmente determinata da un paradigma di logica formale, sia una delicata operazione di riconoscimento, per la quale occorre tutto quanto si dice conoscenza delle cose, esperienza tecnico-giuridica, capacità ermeneutica, intendimento della volontà del legislatore" (191). Se ancora di logica sillogistica si vorrà parlare, essa dovrà essere vista non tanto come un mezzo per la individuazione della soluzione, quanto come uno strumento funzionale, vorrei dire, non all'inventio, ma all'*expositio* del discorso giurisprudenziale.

Non sono certo, le conclusioni di Calogero, assolutamente inedite ed originali; la loro importanza, però, non è data tanto da ciò che esse riescono a rivelare e dimostrare, quanto dalla direzione nella quale si muovono, dallo sforzo (per l'Italia inconsueto) di comprensione a tutto tondo dell'attività interpretativa-applicativa del giudice.

Valga la riprova di un secondo tema, di grande suggestione: il parallelo fra il giudice e lo storico. Data la evidente rilevanza teorico-ermeneutica dell'accostamento, è il caso di schematizzarne i punti essenziali.

a) Il giudice, come lo storico, ha a che fare non con classi di fatti e astrazioni, ma con individui ed azioni determinate — dove ovviamente l'idea crociana della storia come conoscenza dell'individuale costituisce la condizione stessa dell'accostamento.

b) Il giudice, come lo storico, non si trova di fronte ad un fatto già dato nella sua oggettività: entrambi lavorano 'indiziariamente', sulla base di documenti che permetteranno loro una ricostruzione (non una

(190) *Op. cit.*, p. 51.
(191) *Op. cit.*, pp. 69-70.

descrizione) del fatto, grazie all'impiego degli "strumenti dell'euristica", dell'"esperienza del mondo", dell'"attitudine ad intuire il corso degli eventi", e non certo della schematizzazione sillogistica (192).

c) Pur nella differenza dei meccanismi probatori, sia il giudice che lo storico devono interrompere la ricerca documentaria attraverso una decisione che spezza il piano dell'indagine e conclude "per questa o quella opinione di verità" (193).

d) Sia il giudice che lo storico non sono, né possono essere, interessati a 'tutta' la realtà, ma selezionano fatti sulla base di criteri di scelta necessariamente previ.

Per una via singolare, giocando sulle analogie, riscontrabili attraverso un'analisi ravvicinata, fra l'attività del giudice e quella dello storico, Calogero ritrova, dall'interno dello specifico operare del giudice, alcuni profili centrali del problema ermeneutico e li colloca anzi in una dimensione certamente dilatata e arricchita rispetto ai termini in cui il medesimo problema veniva tradizionalmente posto entro la cultura giuridica italiana fra Otto e Novecento: tanto da poter supporre che lo strumentario proprio di una robusta cultura filosofica, da un lato, e la disponibilità a calarsi nell'analisi ravvicinata di una specifica operazione ermeneutico-giuridica costituissero le condizioni migliori per evitare di passare, per così dire, troppo al di sotto o troppo al di sopra del problema dell'interpretazione della legge.

Nell'unità dell'interpretare, dunque, storico e giudice convergono, salvo su un punto: ciò che separa il giudice dallo storico è la teleologia immanente al suo interpretare; che non è mai semplice ricostruzione 'teoretica' della volontà del legislatore, ma "concreta interpretazione, storicamente ricostruttiva e finalisticamente integrativa, di pratiche volontà legiferanti..." (194). Individuata la finalità 'pragmatica' dell'operare del giudice come elemento distintivo dell'interpretazione giurisprudenziale, affiancata l'ermeneutica giuridica alla problematica ricostruzione dei fatti caratteristica della storiografia, l'interpretazione della legge si pone non già come "l'accertamento di un reale, ma la posizione di un verosimile, che è poi più propriamente un opportuno" (195).

---

(192) *Op. cit.*, pp. 128-130.

(193) *Op. cit.*, p. 131.

(194) *Op. cit.*, p. 144.

(195) *Op. cit.*, p. 147. Sul parallelo fra giudice e storico cfr. anche G. CALOGERO, *La metodologia del naturalismo giuridico* [1938], ora in *Saggi di etica e di teoria del diritto*, Bari, Laterza, 1947, pp. 161-180. Sul rapporto fra interpretazione del giudice e interpretazione

Si tratta, certo, di rapidi cenni: che valgono però già come segni del complesso itinerario teorico-ermeneutico che dall'idea di una verità necessaria attingibile dall'interpretazione della legge conduce alla più modesta pretesa della sua semplice verosimiglianza ed opportunità.

L'ipotesi di un'interpretazione 'decisa' (valutativamente) piuttosto che (logicamente) 'necessitata' non doveva suonare d'altronde, per la cultura giuridica italiana degli anni Trenta, come una provocazione inaudita: non solo perché su questo tema si tornava sempre di nuovo da molti lustri (sia pure secondo 'stili' e livelli di approfondimento molto diversi), ma anche perché, proprio negli stessi anni, veniva tradotto, nelle pagine di una diffusa e prestigiosa rivista, a cura di Renato Treves, il saggio La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali, di Hans Kelsen (196), che dedicava un intero capitolo all'interpretazione.

Per cogliere la portata dirompente, rispetto alle consuetudini teorico-ermeneutiche italiane, della proposta kelseniana, conviene sintetizzarne i passaggi principali.

a) Entro la costruzione a gradi dell'ordinamento, di cui le pagine precedenti del testo delineano una chiara esposizione, il problema dell'interpretazione è descritto come il problema del passaggio "da un grado al successivo", quindi del passaggio, per quanto riguarda l'interpretazione giudiziale, dalla "norma generale della legge" alla "norma individuale della sentenza" (197).

b) Il rapporto fra i diversi 'gradi' dell'ordinamento "è un rapporto di determinazione o di vincolo": la norma superiore determina la norma inferiore. Questa determinazione è però (più o meno) incompleta: la risoluzione della (relativa) indeterminazione è affidata necessariamente al momento dell'esecuzione della norma stessa, che quindi ha il carattere di un semplice "schema" aperto ad un ventaglio (più o meno largo) di determinazioni possibili (198).

c) L'indeterminazione della norma può essere ricercata intenzionalmente dall'organo che la pone così come può essere "la conseguenza

---

dello storico cfr. anche L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989, pp. 24 ss.

(196) In "Archivio Giuridico", CX, 1933, pp. 121-171. Sulle traduzioni di Kelsen (e interventi su Kelsen) in Italia cfr. M.G. Losano, M. Marchetti, R. Orsini, D. Soria, *La fortuna di Hans Kelsen in Italia*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", VIII, 1979, pp. 645 ss.

(197) H. Kelsen, *La dottrina pura*, cit., p. 155.

(198) *Op. cit.*, p. 156.

involontaria della natura della norma che deve essere eseguita" (199). In questo caso l'indeterminazione della norma sarà riconducibile volta a volta a diversi elementi (che poi sono i classici luoghi disputati della dottrina ermeneutico-giuridica), che vanno dall'ambiguità del testo, al contrasto fra volontà ed espressione, all'antinomia fra norme diverse contenute nella medesima legge (200).

d) È a questo punto che la dottrina ermeneutica tradizionale si impegna in interminabili dispute sui criteri impiegabili, ma imposta la discussione sulla base di un equivoco di fondo: la convinzione cioè che l'interpretazione possa e debba pervenire ad un'unica soluzione, che quindi si dia una ed una sola interpretazione 'esatta' della norma. L'unico oggetto possibile dell'interpretazione (come procedimento meramente 'conoscitivo') è invece "soltanto la constatazione dello schema che rappresenta la norma da interpretare, e, con ciò, il riconoscimento delle varie possibilità che sono date entro questo schema" (201). Non una soltanto, dunque, ma ciascuna delle diverse soluzioni riconducibili allo schema normativo in questione è definibile come giuridicamente 'esatta'.

e) La messa a punto della 'norma individuale della sentenza' è dunque la soluzione non di "un problema teoretico, ma politico del diritto": il giudice non 'trova' la soluzione 'esatta', ma crea la norma del caso singolo scegliendo (sulla base di una decisione 'politica', non di un procedimento logico e gnoseologico) fra le diverse possibilità offerte dallo schema normativo interpretato, non troppo diversamente dal legislatore che produce la legge ordinaria nel quadro della costituzione (202).

f) La scienza giuridica, se non si limita ad indicare il ventaglio dei possibili significati attribuibili all'una o all'altra norma, ma presenta una soluzione, e soltanto quella, come 'esatta', non assolve più ad un

---

(199) *Op. cit.*, p. 157.

(200) L'indeterminazione della norma ha quindi una valenza giuridica che non coincide con la semplice polisemia del testo. Cfr. in questo senso C. LUZZATI, *Discretion and "Indeterminacy" in Kelsen's Theory of Legal Interpretation*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Hans Kelsen' s Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 123-137. Cfr. anche G. GAVAZZI, *L'indeterminazione giuridica in H. Kelsen*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XXXIV, 1957, pp. 217-219; LOSANO, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XLV, 1968, pp. 524-545.

(201) H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., p. 158.

(202) *Op. cit.*, p. 160.

compito meramente cognitivo, ma presenta in realtà come 'oggettiva' e giuridicamente necessitata una soluzione che essa sceglie come 'politicamente' preferibile (203).

La distanza che separa Kelsen dalla tradizione teorico-ermeneutica italiana è, come si intende facilmente, molto rilevante. Essa emerge non tanto in rapporto ad una generica scelta 'giusliberista' (il giudice come 'creatore' di diritto), che, come abbiamo visto, è tornata a più riprese e in differenti modi ad animare in Italia il dibattito ermeneutico-giuridico, quanto in rapporto a precise affermazioni che trovano la cultura giuridica italiana abbastanza impreparata, non dico ad accoglierle, ma anche solo ad assimilarle parzialmente o, al contrario, a discuterle efficacemente. Penso soprattutto all'idea di una interpretazione che si arresta all'individuazione del campo di indeterminazione della norma, ne esclude l'univocità e abbandona il giudice all'onere di una decisione costretta a scegliere nel vuoto di argomentazioni giuridicamente cogenti. In questa prospettiva, il tradizionale campo ermeneutico si riduce notevolmente, per così dire, a parte objecti, in quanto non sembra in grado di includere alcuna strategia efficace per ridurre il campo di indeterminazione della norma, mentre si dilata corrispettivamente a parte subjecti, dal momento che il soggetto, se come 'interprete' si limita a 'contemplare' i molteplici significati della norma, assurge poi ad una libertà sostanzialmente incontrollabile come 'inventore' (sia pure entro lo schema normativo previsto) della norma individuale. La radicalità delle posizioni, e l'esemplare rigore dell'argomentazione, esaspera la tensione fra il momento 'interpretativo' e il momento 'applicativo' del diritto introducendo una netta cesura là dove vigevano di regola una tenue distinzione o una sostanziale indistinzione.

Un risultato è certo quello di mettere in luce il primato del soggetto (e della sua 'volontà' decisionale) nel momento dell''applicazione' del diritto, ma anche quello di bloccare la riflessione ermeneutica un momento prima dell'intervento 'creativo' del soggetto stesso: forzando le tinte, insomma, si potrebbe dire che dove si dà interpretazione non si dà soggettività, e viceversa. Il ruolo liberamente decidente del soggetto dell'interpretazione, che dai 'tradizionalisti' veniva annullato nel momento

---

(203) "I commentari 'scientifici' che debbono facilitare l'esecuzione della legge, hanno un carattere assolutamente giuridico-politico, sono paragonabili a progetti di legislazione, sono tentativi d'influenzare la funzione dei tribunali e della autorità amministrativa che crea il diritto" (*Op. cit.*, p.160). Cfr. anche H. KELSEN, *Scienza e politica*, in "Rivista di Filosofia", XLII, 1951, p. 371.

'ricognitivo' della legge (nell'accertamento del suo univoco significato e nella conseguente, 'meccanica', applicazione), viene esaltato nella sua 'creativa' libertà di scelta, ma si sottrae alla possibilità di una comprensione pienamente ermeneutica: e infatti la tesi del primato del soggetto non dà certo luogo alla ricerca di un qualche criterio di oggettivazione della decisione giudiziale. Da questo punto di vista, anzi, la posizione kelseniana non ha niente in comune, nemmeno su questo punto, con i 'novatori' alla Gény, protesi a vincolare l'interprete addirittura alla 'natura delle cose' o anche solo con i più cauti 'evoluzionisti', convinti comunque di poter usare il riferimento al 'mutamento sociale' come standard ermeneutico sufficientemente preciso.

La singolarità della posizione kelseniana era tale, dunque, da poter produrre qualche frutto, in Italia, solo in tempi successivi e indirettamente: quando cioè anche in Italia il problema ermeneutico-giuridico fosse pervenuto ad una sua piena maturità e si dessero quindi le condizioni per instaurare almeno un confronto 'ad armi pari', se non una effettiva collaborazione, con la 'scuola di Vienna'.

Gli anni Trenta italiani, pur in un ricorrente interesse per l'opera di Kelsen (204), non sembravano offrire l'ambiente più idoneo per un'impresa così impegnativa. Non perché la cultura giuridica di quel periodo fosse insensibile al fascino del problema ermeneutico, ma perché essa tendeva ad occuparsene — anche se non mancano rilevanti eccezioni (205) —, per un verso, concentrandosi più su alcuni specifici problemi che sulla dottrina nel suo complesso, per un altro verso, 'sovradeterminando' il dibattito di aspettative e taciti timori direttamente o indirettamente legati alle vicende politico-istituzionali e ideologiche del regime fascista.

Si comprende facilmente allora come il ruolo del giudice nel processo di interpretazione e applicazione del diritto fosse sempre di nuovo il tema privilegiato del dibattito: lo era per naturale vocazione, come quel momento 'dinamico' dell'esperienza giuridica nel quale ritrovare in action le principali componenti dell'ermeneutica; ma lo diveniva a maggior ragione in quegli anni come occasione per cogliere, di una scelta ermeneutica, le possibili implicazioni politico-costituzionali.

---

(204) Si tengano presenti, ad esempio, le traduzioni di scritti kelseniani ospitate dai "Nuovi Studi di diritto, economia e politica" di Spirito e Volpicelli.

(205) Di Calogero ho già detto, anche se la sua formazione di filosofo lo pone in qualche modo a lato della vicenda. Cfr. però anche *infra*, 10.

È in questo clima che occorre inquadrare le reazioni di Calamandrei alle nuove 'filosofie' dell'interpretazione giudiziale: dove l'occasione può essere offerta dallo stesso lavoro di Calogero (206), ma il destinatario ideale del discorso è in sostanza chiunque tentasse di colpire, attraverso la critica della dottrina 'tradizionale' dell'interpretazione, non tanto o non soltanto una filosofia ermeneutica, quanto una teoria politico-giuridica delle fonti e, quindi, un modello di Stato, in una parola, lo Stato di diritto di ispirazione liberal-costituzionale.

Calamandrei prende le mosse dall'analisi parallela delle attività del giudice e dello storico inaugurata da Calogero, ne apprezza le suggestioni, finisce per assumere in proprio e riformulare l'obiezione capitale dei nuovi 'filosofi' dell'interpretazione giudiziale: che cioè il giudice, almeno nella fase conclusiva del giudizio, "non prende atto di una realtà già data nella norma, ma compie un atto pratico, non uno teorico, con il quale modifica la realtà...", cessa di essere uno storico e "diventa un politico" (207).

È verso questo esito che, per Calamandrei, effettivamente il sapere giuridico si sta orientando da molti lustri, puntando ad una progressiva valorizzazione della 'volontà' nell'operazione giudiziale, quindi ad un allontanamento crescente da un'idea di giurisdizione che, dall'illuminismo in poi, collocava l'essenza della giurisdizione nella sua "logicità": quando ancora si riteneva "che per arrivare a pronunciare una sentenza giusta il giudice altro non dovesse fare che scoprire, con l'acume della limpida e misurata ragione, una verità che stava tutta fuori di lui" (208).

La contrapposizione di Calamandrei alla nuova 'filosofia' è netta e intransigente, ma la sua difesa della tesi 'tradizionale' consiste più di semplici affermazioni che di argomentazioni che si dispongono a discutere con l'interlocutore su un comune terreno teorico-ermeneutico: semplicemente perché non era questa, in quel momento, la preoccupazione principale dell'autore. Che esce per così dire allo scoperto introducendo anch'egli a suo modo una sorta di teoria della 'doppia verità': se anche l'idea del giudice montesquieuviano fosse un'"eresia filosofica", essa avrebbe dalla sua la "pratica", che mostrerebbe facilmente gli effetti aberranti di quella 'verità'; e indurrebbe comunque a preferire un giudice "che non si intende di filosofia: il

---

(206) P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico* [1939], ora in *Studi sul processo civile*, Padova, Cedam, 1947, vol. V, pp. 27-51.

(207) *Op. cit.*, p. 42.

(208) *Op. cit.*, p. 49.

quale, continuando a credersi null'altro che un modesto e fedele storiografo della legge e ad agir come tale, commetterà, sia pure, un errore filosofico, ma un errore praticamente innocuo, che lascerà indisturbata la giustizia" (209).

È alla "pericolosa aberrazione del 'diritto libero'" che Calamandrei imputa l'origine della tendenza all'"affrancamento del magistrato da ogni ossequio alla legge" (210), ma la motivazione ed il senso del suo discorso sono dati non dalla storia e dalla filosofia dell'interpretazione, ma dall'impegno politico-ideologico che si fa strada con la voce, apparentemente dimessa, del "pratico del diritto": che "si domanda se il tradizionale equilibrio tra la bilancia e il gladio, simboleggiato nelle raffigurazioni romane della Giustizia, non sia per esser rotto: e sta in pensiero, umilmente, per la bilancia" (211).

Gli artefici della rottura dell'equilibrio non sono i giuristi; ma questi ne divengono, per Calamandrei, complici se arrivano "ad augurarsi che, abolito come un ferro vecchio il principio 'nullum crimen sine lege', ci si affidi alla mutevole sensibilità del giudice..." (212). Calamandrei ha in mente, certo, un'intera 'classe' di giuristi 'anti-illuministi' (213), ma si riferisce anche, esplicitamente, alla proposta specifica di un membro certo non secondario della categoria, Carnelutti (214). E' tipico del saggio di Carnelutti, in sintonia con il clima di quegli anni, convogliare le riflessioni ermeneutiche sul problema del ruolo del giudice e, da questa piattaforma, alzare il tiro sul quadro politico-costituzionale presupposto. In questa prospettiva, la premessa è la distinzione fra i processi che Carnelutti chiama, con fortunata terminologia, di autointegrazione e di eterointegrazione dell'ordinamento e la riconduzione dell''analogia' al primo e dell''equità' (cioè di una iniziativa esplicitamente eterointegrativa del giudice) al secondo. L'esito però è una svalutazione radicale del divieto di analogia in diritto

---

(209) *Op. cit.*, p. 48.

(210) *Op. cit.*, p. 47.

(211) *Op. cit.*, p. 51.

(212) *Op. cit.*, p.5 70. Cfr. anche P. CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica* [1941], ora in *Studi sul processo*, cit., vol. V, pp. 67-90; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* [1942], in *Studi sul processo*, cit., vol. V, pp. 91-111. Su Calamandrei cfr. P. GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., pp. 142 ss.; P. BARILE (a cura di), *Piero Calamandrei*, Milano, Giuffrè, 1990.

(213) Assai precoce in questo senso, ad es., G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo*, cit., pp. 384 ss.

(214) F. CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in "Rivista di diritto processuale civile", XII, 1935, pp. 105-121.

penale, che "appare niente altro che una superstizione. Probabilmente...la superstizione della libertà" (215); e non si omette di accennare all'opportunità, per il futuro, di un intervento equitativo (quindi di un meccanismo eterointegrativo del sistema normativo) anche in materia penale.

Si tratta di valutazioni e polemiche, certo, legate ad un preciso contesto-storico politico, esaurito il quale gli stessi contendenti assumeranno posizioni sensibilmente diverse (216). In nessun modo estrinseche ed occasionali (e destinate infatti a successive fortune) erano invece l'enfatizzazione del ruolo del giudice e l'attenzione alle connessioni politico-costituzionali del problema ermeneutico. Tali scelte tematiche però, se pure erano idonee a mostrare tutta la portata 'operativa' del dibattito teorico-ermeneutico, e contribuivano quindi, da questo punto di vista, a mantenere vivo il tema dell'interpretazione entro la tradizione disciplinare giuridica, cominciavano tuttavia a mostrare qualche segno di logoramento se svolte ancora in assenza di uno sforzo di problematizzazione complessiva.

10. *Verso una teoria generale dell'interpretazione giuridica.*

È solo sul finire degli anni Trenta e all'inizio degli anni Quaranta che vedono la luce alcune opere che, pur diversissime fra loro, rivestono un'indubbia importanza proprio in vista di quella riflessione a tutto tondo sul problema ermeneutico che la cultura giuridica italiana sembrava da lungo tempo richiedere, ma che, per diversi motivi, non era ancora stata in grado di realizzare.

È Bobbio che, nel 1938, inaugura la serie degli scritti ai quali mi riferisco (217).

L'opera di Bobbio, dedicata all'analogia, è in realtà il primo scritto che, in Italia, include anche un'ampia, organica ricostruzione storica della dottrina ermeneutico-giuridica nel suo complesso: mentre lo stesso Gény, pur nell'ampiezza della sua *Méthode d'interprétation*, assumeva in sostanza, come *terminus a quo* della sua ricognizione, il primo Ottocento

---

(215) *Op. cit.*, p.113.

(216) Si pensi soprattutto all'evoluzione postbellica del pensiero di Calamandrei: cfr. *infra*, 13.

(217) N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, Istituto Giuridico della R. Università, 1938; M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939; G. Gorla, *L'interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941.

(sia che valessero come principali punti di riferimento, volta a volta, la Scuola storica o l'esegesi civilistica francese), Bobbio valica le colonne d'Ercole della codificazione moderna e utilizza la tradizione (e la trattatistica) del diritto comune non già come una serie di lontani precedenti, ma come un deposito di esperienze capaci di arricchire la comprensione odierna del problema ermeneutico.

Su questa base, Bobbio fissa i confini dell'interpretazione ben oltre il campo di "quell'attività rivolta alla comprensione della volontà attraverso la sua espressione" che i "giuristi moderni" identificano con l'interpretazione stessa ed include in essa, come i giuristi medievali, "tutta quanta l'attività intellettiva diretta alla elaborazione dell'ordinamento" (218).L'interpretazione quindi è anche, necessariamente, integrazione dell'ordinamento proprio perché essa consiste in un "conoscere per attuare" ed include quindi i momenti "del rivelare la norma e dell'adattarla alla realtà" (219).

Viene così sdrammatizzata la ricorrente antinomia fra la completezza del sistema (e la pretesa di una sua immediata e 'automatica' capacità di controllare ogni possibile caso) e la varietà e mutevolezza dei rapporti sociali (e la conseguente invocazione di un'interpretazione necessariamente eccedente le previsioni del legislatore e quindi, anche solo per questo, 'creativa'): è l'interpretazione-integrazione che, avvalendosi di tutti i mezzi ad essa riconducibili, e in particolare proprio dell'analogia, getta un ponte fra la fissità della norma e la varietà della realtà.

Alla radice dell'antinomia, e della difficoltà quindi di comprendere il rapporto fra interpretazione e sistema normativo e in definitiva la natura stessa dell'interpretare, risiede la concezione volontaristica del diritto, di cui Bobbio rintraccia le origini nel cuore della teologia della Controriforma. E' dall'idea del diritto come concrezione di una volontà legiferante che nascono le principali difficoltà teorico-ermeneutiche: riconducibili appunto alla falsa contrapposizione fra un diritto sospeso all'atto volontario che lo ha originato e la ricorrente necessità di un suo adeguamento al mutamento sociale; e superabili, per converso, non appena si colga, in un unico movimento, la razionalità e la storicità del diritto, non appena si risolva insomma la razionalità del diritto "nella corrispondenza ad un'esigenza storica" (220). È l'interpretazione-

(218) N. Bobbio, *L'analogia*, cit., p. 8.
(219) *Op. cit.*, p. 9.
(220) *Op. cit.*, p. 121.

integrazione insomma che permette al sistema normativo di fornire volta a volta le soluzioni storicamente adeguate e viceversa è il carattere storico-razionale del sistema che fonda la possibilità di un'operazione interpretativa che, nel momento in cui ricostruisce la razionalità del sistema, provvede anche all'integrazione storicamente avveduta di esso.

Si sviluppa così su questa base una delle linee argomentative principali del lavoro di Bobbio, tesa a dimostrare il carattere logico-razionale del procedimento interpretativo del giurista — e a dimostrarlo, addirittura, anche per l'analogia, che aveva sempre costituito l'estremo baluardo dei difensori (per intendersi) della 'creatività'. L'interpretazione, per Bobbio, e quindi anche l'analogia, non può dirsi creativa in senso proprio perché non produce una norma radicalmente nuova, ma sviluppa (e quindi integra) la razionalità (e storicità) immanente al sistema normativo — e d'altronde l'interpretazione, per sua natura, può essere vista non già come un'operazione capace di produrre per virtù proprio un risultato assolutamente inedito, ma solo come un atto funzionale alla conoscenza, e alla 'realizzazione', di un atto precedente (221).

Non si creda però che con questo Bobbio proponga un semplice ritorno all'idea di un'interpretazione come mera, passiva ricognizione di un dato: se non 'creativa', in senso proprio, l'interpretazione non viene certo ingenuamente presentata come una riproduzione meccanica dell'oggetto dell'interpretazione, dove il ruolo del soggetto tende sostanzialmente a dissolversi nell''oggettiva' trasparenza del testo interpretato. È vero però anche che l'accento principale delle argomentazioni di Bobbio cade sulla rivendicazione degli aspetti logico-conoscitivi dell'operazione interpretativa. È esemplare in questo senso la severa valutazione critica dell'opera dedicata da Calogero alla 'logica del giudice'. La critica calogeriana del 'sillogismo giudiziale' è innanzitutto colta in flagrante contraddizione (o comunque denunciata per insufficiente dimostrazione): Calogero nega il ruolo del sillogismo, ma continua a parlare, per il rapporto che l'interpretazione giudiziale viene comunque ad instaurare fra norma e fatto, di 'sussunzione' del giudizio di fatto nel giudizio di diritto; e Bobbio ha buon gioco nel chiedersi che altro sia "questa sussunzione se non l'essenza stessa del ragionamento sillogistico" (222). In secondo luogo, la posizione di Calogero viene stigmatizzata come 'psicologistica': è ovvio, commenta Bobbio, che la

(221) *Op. cit.*, pp. 33 ss.
(222) *Op. cit.*, p. 85.

verità del sillogismo dipende dalle verità delle premesse; ma in questione è non il sillogismo giudiziale come strumento automatico di verità, ma solo come modello di ragionamento (anche giudiziale) formalmente valido.

Ora, la critica di Bobbio è, per così dire, troppo stringente per essere 'giusta': coglie cioè acutamente i limiti dell'argomentazione di Calogero, ma non rende del tutto giustizia alla destinazione di senso del suo saggio. Che è diversa, poi, ma non diametralmente opposta alla posizione di Bobbio, purché si tenga presente, per quest'ultima, non solo l'assunto principale, ma il complesso delle argomentazioni. Bobbio infatti, se pure accentua il ruolo della logica nell'interpretazione giuridica — e questo è certo il suo *thema probandum* — non intende affatto per questo ridurre tutte le operazioni del giurista a quel semplice, meccanico procedimento 'sussuntivo' tante volte fatto segno dell'ironia 'giusliberista': non perché il giurista, per Bobbio, non 'sussuma', ma perché, dietro gli schemi sillogistici propri del suo ragionamento, opera in effetti "il reale moto del conoscere", l'"elemento intuitivo...in base al quale soltanto si può parlare di vero o di falso o di verosimile, pur nell'ambito di una formula logicamente corretta" (223). E allora il riconoscimento del carattere stringentemente logico del ragionamento giuridico non si identifica affatto con la convinzione (tradizionale) della possibilità di pervenire 'automaticamente' a conclusioni obiettivamente certe: "dacché ciò che determina la verità del risultato è la materia stessa, in cui il pensiero opera: ora tutta quanta la materia, in cui si esercita l'attività giuridica, è materia storica, quindi sfera dell'opinabile" (224).

Se questo è vero, il saggio di Bobbio, allora, non si propone come la conclusiva ed argomentata conferma dell'ermeneutica (per intendersi') 'logico-sistematica', e corrispettivamente come l'ultimo colpo di maglio inferto all'ermeneutica della 'creatività', ma come un riuscito tentativo di superamento dell'antinomia nella direzione di un'ermeneutica giuridica complessiva. L'analisi della componente 'logica' dell'operazione interpretativa occupa certo una posizione centrale; essa però rinvia anche, contestualmente, ad una più complessa rappresentazione ermeneutica.

In primo luogo, la valorizzazione della 'logica' nell'interpretazione non esaurisce la descrizione del lavoro del giurista e non proietta quindi

---

(223) *Op. cit.*, p. 109.
(224) *Ibidem*.

una luce piattamente ottimistica sui risultati dell'interpretazione stessa che, conseguibili solo sulla base di una complessa indagine storico-teorica', esigono addirittura la reintroduzione di quell'antica idea di congetturalità ed opinabilità (e quindi, vorrei dire con una qualche forzatura, di mera verosimiglianza e 'probabilità') che il buon Pescatore, molti decenni prima, avrebbe voluto espungere dall'orizzonte del giurista. In secondo luogo, la critica delle approssimazioni e contraddizioni dei difensori del carattere 'creativo' dell'interpretazione, nel momento in cui insiste sul carattere non 'creativo', ma 'ri-creativo' dell'interpretazione, in rapporto al nesso funzionale che la collega con il testo interpretato, non cancella, ma accoglie e circostanzia il ruolo comunque attivo e 'trasformativo' del soggetto interpretante. In terzo luogo, l'antinomia fra i difensori della completezza 'statica' del sistema normativo e i fautori della necessità del suo adeguamento 'dinamico' (in rapporto al mutamento sociale) viene composta in quel 'conoscere per attuare', in quella sintesi di 'analisi' e 'integrazione' dell'ordinamento in cui sembra risolversi l'ermeneutica giuridica.

Di questi vari profili del problema ermeneutico, comunque, mentre i primi due sarebbero stati ripresi e approfonditi dalla cultura giuridica italiana solo in un periodo di non poco successivo, il problema del rapporto fra le operazioni interpretative del giurista e l'ordinamento giuridico si poneva subito al centro dell'attenzione, anche se trovava forme di espressione e schemi di impostazione abbastanza diversi.

È questo problema, a mio avviso, il centro propulsivo dell'opera, appena di un anno successiva allo scritto di Bobbio, dedicata da Giannini all'interpretazione dell'atto amministrativo, nel quadro di un'analisi che affronta però in primo luogo il problema generale dell'interpretazione giuridica (225).

In prima approssimazione, la distanza dalla prospettiva ermeneutica di Bobbio sembra radicale, rafforzata dalla vivace polemica che di lì a non molto avrebbe avuto seguito (226). La materia del contendere è di carattere meta-ermeneutico: non si discute dell'interpretazione giuridica, ma piuttosto della via di accesso alla formulazione del problema. Da questo punto di vista, Giannini aveva dichiarato di volere affrontare il problema dell'interpretazione in termini rigorosamente giuridici: il che, a suo avviso, implicava, in termini negativi, l'esclusione del con-

(225) M.S. Giannini, *L'interpretazione,* cit.

(226) N. Bobbio, M.S. Giannini, G. Capograssi, *Polemiche sull'interpretazione*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XXI, 1941, pp. 96-101.

tributo della filosofia come giuridicamente irrilevante, e, in termini positivi, la concentrazione sulle regole giuridiche e, più in generale, sulle condizioni cui l'attività dell'interprete deve sottostare per conseguire effetti giuridicamente apprezzabili (227). Ed è appunto questa scelta dichiaratamente anti-filosofica di Giannini che Bobbio, accanto ad altri punti minori, mette in discussione sostenendo che la soluzione del problema ermeneutico-giuridico dipende in realtà dalla complessa realtà dell'interpretare, quindi dal problema ermeneutico in generale, e non è in nessun modo artificiosamente separabile da questo (228).

In questi termini, il senso della contrapposizione sembra semplicemente rinviare al problema del rapporto fra scienza giuridica e filosofia e lo stesso salomonico intervento di Capograssi porta acqua a questo mulino: Bobbio guarda all'interpretazione come attività umana generale, sia o non sia regolata dal diritto positivo; Giannini guarda all'interpretazione attraverso il filtro dell'art. 3; la verità sta nel mezzo e si riferisce ad un'interpretazione giuridica che certo è attività ermeneutica, ma insieme anche "scelta pratica", attuazione di un ordinamento che si esprime prescrittivamente anche nei riguardi delle modalità della sua 'realizzazione' (229).

Ora, la mia impressione è che l'opinione di Capograssi, presentata in ipotesi come termine di mediazione fra le posizioni contrapposte, coincida, in sostanza, con il punto di vista di Bobbio: perché l'interpretazione per Bobbio si presenta proprio come quel conoscere per attuare, come quell'attività di comprensione-integrazione logico-storica dell'ordinamento che rende l'operazione del giurista indubbiamente peculiare nel quadro dell'ermeneutica generale — e, d'altronde, le reiterate dichiarazioni 'anti-filosofiche' di Giannini non devono farci dimenticare che esse si accompagnano ad una ricostruzione ampia e documentata del dibattito giuridico-ermeneutico, che non trascura praticamente nessun aspetto dei problemi volta a volta affrontati e delle soluzioni prospettate nel dibattito stesso, quali che siano le loro evidenti o sospettabili ascendenze 'filosofiche'.

Se questo è vero, per comprendere il 'contenuto latente' delle posizioni di Giannini e di Bobbio non è sufficiente sottrarre l'una al dominio della 'filosofia' e l'altra al dominio del 'diritto', ma occorre situarle sullo sfondo della ben nota, ricorrente, antinomia: fra la difesa

(227) M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., pp. 42-43.

(228) N. BOBBIO, *Polemiche*, cit., p. 97.

(229) G. CAPOGRASSI, *Polemiche*, cit., pp. 109 ss.

del sistema normativo nella sua 'organica' unità e le esigenze di un adeguamento 'dinamico' di esso.

Il superamento dell'antinomia proposto da Bobbio si fondava su un'idea di interpretazione che includeva come suo momento rilevante il giudizio 'logico', ma che si presentava come una complessa attività di comprensione e di integrazione logico-storica del sistema giuridico: l'oggetto dell'interpretazione (il sistema giuridico) e il soggetto interpretante collaboravano dunque paritariamente nella realizzazione del delicato equilibrio (anche se poi l'analisi di Bobbio non tematizzava esplicitamente le condizioni soggettive dell'impresa interpretativa).

La scelta di Giannini va nella direzione opposta. Il soggetto è estromesso dal campo ermeneutico assunto come 'pertinente' dall'indagine e il perno dell'analisi è l'ordinamento giuridico come totalità, per così dire, inclusiva dell'interpretazione stessa. La fondamentale tensione fra soggetto ed oggetto dell'interpretare è risolta assumendo come proprio orizzonte l'oggetto e ponendo per esso e a partire da esso i problemi caratteristici del dibattito teorico-ermeneutico: quindi anche il fondamentale problema del mutamento, dell'adeguamento del sistema normativo. Che viene risolto non già pensando all'attività dei soggetti e al loro ruolo 'integrativo', ma riferendosi piuttosto al mutarsi 'oggettivo' dell'ordinamento, all'intervento di leggi nuove, ispirate a nuovi principi, reattive sull'intero sistema giuridico grazie alla sua organica unità. Non è dunque l'interpretazione come tale che produce l'effetto 'adattativo': la legge "è già modificata di per sé stessa in quanto inserita nel sistema delle altre leggi, e l'interprete non fa che riconoscere l'avvenuto cambiamento" (230), esplicando un'attività che deve essere intesa come "ricettiva, inattiva, non produttiva cioè di nuove situazioni, ma ricognitiva dell'esistenza di quelle già in atto; potrebbesi quasi dire dichiarativa" (231).

Ancora più netta ed esplicita, ma analoga nell'assumere l'ordinamento giuridico come campo ermeneuticamente assorbente, sarà la testimonianza affidata da Santi Romano, vari anni più tardi, ad uno dei suoi Frammenti.

Tornano con lapidaria chiarezza i punti fermi della scelta (per intendersi) 'oggettivistica'. Torna, in primo luogo, la convinzione di dovere rinviare ai filosofi, e sottrarre ai giuristi, l'idea di una soggettività che, interpretando, esplica un'attività non 'recettiva', ma 'trasformativa'

(230) *Op. cit.*, p. 132.
(231) *Op. cit.*, p. 68.

del dato: l'attività dell'interprete coincide con la collocazione di uno specchio nella posizione più idonea per rispecchiare efficacemente la realtà (232).Viene ribadita, in secondo luogo, una soluzione del problema dell'adeguamento del sistema normativo al mutamento sociale che sposta l'accento dal soggetto (interpretante) all'oggetto (interpretato): non è l'interpretazione che 'si evolve', non è l'interprete che registra il mutamento e su questa base decifra ed 'adegua' il sistema normativo; non è nemmeno la singola legge che, fissata indelebilmente nella sua formulazione originaria, è per definizione sottratta al mutamento; "ciò che si evolve....non è l'interpretazione, ma l'ordinamento giuridico che è oggetto della interpretazione, ed è un'erronea trasposizione riferire a questa una qualità o un processo che deve invece riferirsi al primo" (233). È l'ordinamento che riassorbe e realizza in se stesso il mutamento, avendo "un'anima" di cui "le leggi in esso coordinate e fuse sono elementi integranti, appunto come espressioni in continuo movimento delle sue forze vitali" (234).

Non potrebbe darsi un'espressione più chiara della risoluzione della tensione ermeneutica fondamentale, della polarità fra soggetto ed oggetto dell'interpretare, nel secondo dei suoi termini costitutivi.

Particolare interesse può rivestire quindi a questo punto la lettura del saggio di Gorla che, alle soglie degli anni Quaranta, assume di fronte allo stesso problema una posizione sostanzialmente opposta (235). Punto focale del saggio non è l'ordinamento giuridico e la sua maggiore o minore capacità 'adattativa' e nemmeno l'interpretazione come 'ponte' fra sistema normativo, da un lato, e soggetti e mutamento sociale, dall'altro lato, ma, direttamente, il soggetto e la sua attività interpretativa: l'interpretazione del diritto deve essere intesa come l'attività di un soggetto che si riferisce alla legge per comprenderla, almeno in prima approssimazione, come un qualsiasi altro 'atto spirituale'. La comprensione di un atto altrui non è così la descrizione di un oggetto còlto nella sua 'esteriorità' rispetto all'osservatore; l'interprete non descrive, ma 'rivive' l'atto interpretato, se ne appropria, lo rende "sostanza del suo spirito" (236).

L'interprete, dunque, non riproduce passivamente l'atto interpretato, ma agisce 'creativamente' attraverso e in funzione di esso. Inter-

---

(232) S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 121.
(233) *Op. cit.*, p. 122.
(234) *Op. cit.*, p. 123.
(235) G. GORLA, *L'interpretazione*, cit.
(236) *Op. cit.*, p. 4.

pretare un atto significa infatti per Gorla assumere il punto di vista dell'atto interpretato, rivivere il suo criterio ispiratore e su questa base "volere o pensare o rappresentarsi il mondo...L'interprete deve, cioè, comportarsi come se quel pensiero fosse suo ed egli dovesse con esso pensare o volere" (237). Interpretare è quindi non passività, ma attività, un'attività però funzionale alla ricreazione e riproposizione, dall'interno dell'atto interpretante, del punto di vista dell'autore dell'atto interpretato: che è da intendersi come atto, in sé, perfetto, destinato ad essere semplicemente rivissuto, non integrato dall'operazione interpretativa.

Assumere la legge come oggetto di interpretazione, essendo la legge l'estrinsecazione della volontà del suo 'autore', il legislatore, importerà, per l'interprete, il "dispiegamento" dell'"atto di volontà" (238), dell'"atto normativo" (239), nel suo spirito. Il rapporto strettissimo che si viene così a porre fra il soggetto e l'atto funziona come una regola generale che riguarda non solo il rapporto fra il soggetto e l'operazione interpretativa, ma anche il rapporto fra l'atto interpretato, il suo significato e il suo autore. L'interpretazione viene dunque ad essere (con un'inflessione che vorrei dire quasi più schleiermacheriana che crociana) la riconduzione dell'atto al mondo dell'autore dell' atto stesso: non tanto l'integrazione del testo interpretato attraverso l'apporto della soggettività interpretante, quanto l'uso del testo come via di accesso alla soggettività dell'autore.

Quando l'oggetto dell'interpretazione è la legge, quando la legge è l'espressione della 'volontà' dell'autore-legislatore, la portata 'integrativa' dell'operazione interpretativa perde di rilevanza rispetto alla riproposizione della volontà 'originaria' del legislatore stesso: tutta la dottrina dell'interpretazione del diritto è costruita in rapporto al soggetto, ma il ruolo di questo è talmente dominante da influenzare la stessa rappresentazione dell'oggetto dell'interpretazione, che viene concepito come un insieme di puntuali espressioni di 'volontà' e viene quindi proposto all'interprete sempre e comunque come 'atto di un soggetto', come 'atto per un soggetto'.

Sulla base di un simile presupposto (rafforzato dalle opposizioni crociane fra scienza e storia, fra concetti generali e conoscenza 'individualizzante), l'interpretazione del diritto, come comprensione di una

---

(237) *Ibidem*.
(238) *Op. cit.*, p. 5.
(239) *Op. cit.*, p. 13.

serie di atti di volontà storicamente individuati ed irripetibili, non può servirsi del patrimonio concettuale di cui l'interprete volta a volta disponga: di qui la polemica con Betti, di qui il rifiuto di considerare ermeneuticamente fecondo il ricorso alla 'dogmatica moderna' nella comprensione del diritto romano (240). Ma non si trattava, ovviamente, di un problema di storiografia, bensì di ermeneutica generale: e necessariamente allora quanto più veniva enfatizzato il nesso fra il soggetto-autore ed il testo tanto più limitata doveva apparire la possibilità di un preciso, e 'previo', condizionamento esercitato dal soggetto-interprete nel processo di comprensione del testo stesso.

Spostato l'asse della dottrina ermeneutico-giuridica sul soggetto, il problema del sistema giuridico e della sua maggiore o minore adeguatezza sembrava passare in secondo piano e corrispettivamente, mentre acquisiva una piena evidenza la distinzione, spesso trascurata, fra l'interpretazione e l'applicazione del diritto, diveniva più problematica la possibilità di cogliere la specificità dell'interpretazione giuridica, le sue valenze 'adattative' e 'integrative' nei confronti dell'ordinamento.

11. *Dall'interpretazione giuridica alla teoria generale dell'interpretazione: Emilio Betti.*

Fra la fine degli anni Trenta e gli inizi degli anni Quaranta, dunque, prendono forma in Italia importanti contributi che danno risposte diverse alla comune esigenza di affrontare il problema ermeneutico-giuridico riuscendo a dar conto dell'operazione interpretativa in tutta la sua portata (anche là dove, come nel saggio di Bobbio, il tema specifico sembrerebbe imporre un raggio d'azione più circoscritto).

Dieci anni dopo, però, fra la fine degli anni Quaranta e gli inizi degli anni Cinquanta, il dibattito ermeneutico-giuridico italiano è costretto a commisurarsi con una proposta teorica che, se pur sviluppatasi all'interno di esso, procede rapidamente oltre e torna alle origini soltanto dopo aver impostato in tutta la sua complessità e densità filosofica il problema generale dell'interpretazione: questa proposta è affidata ad una serie di scritti teorico-ermeneutici di Emilio Betti che, appunto in quel periodo, si susseguono a ritmo serrato. Sono scritti che rappresentano la maturazione estrema di un interesse che aveva impegnato l'autore almeno dai tempi della celebre querelle su 'dogma' e

(240) *Op. cit.*, pp. 49 ss. Cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in "Archivio giuridico", XCIX, 1928, pp. 129 ss.; C, 1928, pp. 26 ss.

'storia' (241). Questa già racchiudeva, nel suo nucleo essenziale, nient'altro che un problema di ermeneutica generale, che però si proponeva allora nella forma di una domanda di metodologia storico-giuridica e non usciva (salvo poche eccezioni) dai confini dell'appartata regione 'romanistica'. In piena luce emerge, invece, il problema ermeneutico generale negli scritti degli anni Quaranta-Cinquanta: essi quindi rappresentano la conclusione ideale di un complesso processo di ricerca all'interno del quale, per così dire, l'input è dato dalla concreta analisi giuridica (e storico-giurica) e dalle questioni metodologiche da essa poste e l'output consiste nell'individuazione del problema ermeneutico (di raggio progressivamente sempre più ampio) in esse immanente e da esse invocato come condizione della loro soluzione stessa (242).

Mi sarà possibile, nell'economia di un saggio dedicato all'interpretazione della legge, non già ricostruire in tutta la sua complessità la teoria ermeneutica bettiana (243), ma solo richiamare sinteticamente alcuni dei temi più direttamente coinvolti dalla 'vicenda' che sto tentando di narrare.

Ora, uno dei 'luoghi' più frequentati dal dibattito ermeneutico-giuridico dei precedenti decenni è, come si ricorderà, il rapporto problematico che si viene a instaurare fra il sistema normativo, da un lato, e il giurista-interprete, dall'altro lato: un rapporto che si viene approfondendo, e complicando, sul piano ermeneutico, grazie alle suggestioni della filosofia idealistica, fino a sfociare apertamente, anche nelle pagine di un giurista come Gorla, nella dialettica fra soggetto e oggetto, nella tensione difficilmente componibile fra la 'soggettività' dell'interprete e l''oggettività' del dato normativo.

---

(241) Cfr. E. Betti, *Diritto romano*, cit. Sul problema cfr. P. Costa, *Emilio Betti: Dogmatica, politica, storiografia*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", VII, 1978, pp. 311 ss.; A. Schiavone, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica*, cit., pp. 275 ss.

(242) Si tengano presenti alcune tappe importanti di questo itinerario, culminante con l'ermeneutica generale del 1955: E. Betti, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", LXXXV, 1948, pp. 34-92 (ora in *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1965, pp.1 ss.); Id., *Posizione dello spirito rispetto all'oggettività. Prolegomeni a una teoria generale dell'interpretazione*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XXVI, 1949, pp. 1-38; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, Giuffrè, 1949; Id., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1955 (nuova edizione a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1990).

(243) Occorrerà riferirsi a questo scopo a L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, Cedam, 1955, pp. 163 ss. e al numero monografico, dedicato a Betti, dei "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno" (VII, 1978).

È appunto questo problema che Betti pone al centro della sua impresa teorico-ermeneutica, dalla prolusione del '27 fino alle conclusive pagine della Teoria generale. Momento decisivo della dialettica fra soggetto e oggetto nel processo dell'interpretazione è il concetto di 'forma rappresentativa': l'interprete si trova di fronte ad 'oggetti' che chiedono di essere 'intesi' come espressioni, 'oggettivazioni', dello spirito che conferisce ad esse il suo 'pensiero animatore', ma che nello stesso tempo esigono l'intervento di una 'soggettività' interpretante di cui Betti non è affatto disposto a minimizzare il ruolo 'attivo' e 'produttivo'. Betti cerca quindi di agire contemporaneamente sui due fronti del processo ermeneutico, alla ricerca di una soluzione dell'antinomia che non importasse, come era avvenuto di frequente, il sacrificio dell'un termine o dell'altro.

È dunque nella prospettiva di prendere sul serio il ruolo attivo e propositivo dell'interprete che Betti, ad esempio, conduce (a partire dalla prolusione del '27) la sua battaglia a favore dell'impiego dei concetti generali, delle tipizzazioni, nel processo interpretativo, ritenendo irrinunciabile per l'interprete il ricorso al proprio patrimonio culturale; oppure insiste sulle doti (squisitamente 'personali') di spontaneità e creatività di cui l'interprete deve essere fornito. Nello stesso tempo, però, la teleologia immanente all'impresa ermeneutica è, per Betti, pur sempre la comprensione della forma rappresentativa, dei significati e dei valori che in essa si sono 'incarnati' e che mantengono, di fronte all'operazione interpretativa che ne dà conto, una loro autonoma consistenza, una loro 'ideale', 'oggettiva' alterità. Di qui una 'logica' dell'interpretare che è anche una sua 'etica', un invito, per l'interprete, all'apertura e alla disponibilità verso l'oggetto, in una sorta di 'dialogo amicale' che agisce come modello (o metafora) del corretto atteggiarsi ermeneutico di fronte alle più varie forme rappresentative (244); di qui il rifiuto delle posizioni heideggeriane e bultmanniane in quanto responsabili di una sostanziale 'dissoluzione' dell'oggetto; di qui, infine, la convinzione di poter fondare ermeneuticamente l''oggettività' della conoscenza storico-sociale.

L'obiettivo di Betti è dunque quello di unire in un rapporto di feconda collaborazione il momento della 'soggettività' con il riconoscimento dei significati, dei valori incarnati nelle autonome forme rappresentative: una scommessa difficile, che occorre ora non tanto valutare

(244) Cfr. E. BETTI, *Teoria generale*, cit., vol. I, pp. 159 ss.

nei suoi termini generali (245) quanto capire sul terreno dell'interpretazione della legge.

Anche per l'interpretazione della legge si applicano i canoni che, per Betti, rendono possibile la comprensione di qualsivoglia forma rappresentativa proprio perché accolgono, e traducono nella forma di regole o principi effettivamente applicabili nella concreta operazione interpretativa, la necessaria concomitanza del versante 'soggettivo' ed 'oggettivo' dell'interpretare.

Sul fronte dell'oggetto, l'interprete deve procedere salvaguardando innanzitutto l'intima coerenza, l'"interiore necessità" della forma rappresentativa analizzata (246), deve poi ricostruire il rapporto fra le parti, la loro reciproca implicazione e il loro convergere nella totalità, così come percorrere il cammino inverso ritornando, a partire dal tutto, alle singole parti — un canone, quest'ultimo, che aveva peraltro trovato nella tradizione giuridica, all'insegna del culto del 'sistema', continue conferme e innumerevoli applicazioni.

Il soggetto, quindi, è tenuto ad un atteggiamento, che lo stesso Betti definisce, insieme, etico e teoretico, di abnegazione e di disponibilità, di apertura 'fraterna' o 'amicale', verso l'oggetto (247). Questo atteggiamento, però, deve a sua volta, in qualche modo, rendere possibile anche l'applicazione dell'altro, fondamentale, canone ermeneutico che Betti chiama dell'"attualità dell'intendere": secondo il quale l'interprete interroga la forma rappresentativa a partire dalla sua soggettività (dall'orizzonte temporale, dall'ambiente culturale nei quali essa è iscritta), risolvendo "ogni volta nella propria attualità un pen-

---

(245) Cfr., per importanti considerazioni al riguardo, F. Bianco, *Oggettività dell'interpretazione e dimensioni del comprendere. Un'analisi critica dell'ermeneutica di Emilio Betti*, in "Quaderni fiorentini", VII, 1978, pp. 13-78; A. De Gennaro, *Emilio Betti: dallo storicismo idealistico all'ermeneutica*, in "Quaderni fiorentini", VII, 1978, pp. 79-11. Cfr. anche J. Bleicher, *L'ermeneutica contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 43 ss.; sulla polemica con Gadamer cfr. F. Wieacker, *Dalla storia del diritto alla teoria dell'interpretazione (Il pensiero filosofico-giuridico di Emilio Betti)*, in "Rivista di diritto civile", XVI, 1970, P. I, pp. 301-308; M. Bretone, *Il paradosso di una polemica*, in "Quaderni fiorentini", VII, 1978, pp. 113-124; L. Mengoni, *La polemica di Betti con Gadamer*, in "Quaderni fiorentini", VII, 1978, pp. 125-142; G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 73 ss. Una riuscita ricostruzione complessiva dell'ermeneutica bettiana è stata di recente offerta da T. Griffero, *Interpretare: la teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, Torino, Rosenberg e Sellier, 1988.

(246) E. Betti, *Le categorie civilistiche*, cit., p. 45.

(247) *Op. cit.*, p. 55.

siero, un'esperienza di vita che appartiene al passato" (248) — e, di nuovo, la coesistenza pacifica dei due canoni, quindi dell' 'oggettività' dei risultati e del protagonismo del 'soggetto', sembra affidata ad un difficile gioco d'equilibrio che impressiona forse più per il suo virtuosismo che per le sue capacità persuasive.

Quando però la forma rappresentativa in gioco è una legge, il quadro si complica, e si precisa, con l'attribuzione all'interpretazione giuridica di compiti ulteriori e diversi rispetto a quelli propri di un'interpretazione storica. Il nesso obbligato con il presente dell'interprete, che certo è una delle condizioni costitutive dell'operazione ermeneutica, riceve una ben più energica accentuazione: mentre l'interpretazione storica si esaurisce nella comprensione del senso immanente e concluso della forma rappresentativa interpretata, l'interpretazione (giuridica) della legge ricostruisce una norma che "lungi dall'esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha vigore attuale in una con l'ordinamento di cui fa parte integrante" (249).

Il primo risultato di questa impostazione è la svalutazione del nesso originario fra legge e legislatore come criterio ermeneuticamente fecondo per il giurista. E proprio da questa convinzione trae origine una prima, netta presa di distanza da Gorla: che appare particolarmente significativa se solo si ammette che Betti non è lontano da Gorla (o comunque è meno lontano da Gorla di quanto fosse disposto ad ammettere) nell'esaltare il ruolo della soggettività non soltanto nel momento dell'interpretazione, ma anche nel momento della 'posizione' della 'forma rappresentativa'. La polemica con Gorla, e la svalutazione dell'importanza ermeneutico-giuridica del 'significato' originario della legge, è d'altronde profondamente motivata da quella che per Betti è la teleologia caratteristica dell'interpretazione della legge (ed il suo criterio di legittimità): un 'intendere per attuare' che strappa l'interprete dalla mera contemplazione del passato (e in genere dalla semplice e disinteressata intellezione della forma interpretata), per costringerlo a rapportare la legge non solo al proprio presente, ma ad un aspetto particolare del suo presente, alla sua 'interessata' posizione di giurista che interroga la legge in vista della sua (odierna) applicazione.

L'intervento del soggetto, che nell'interpretazione 'pura' emerge certo come una delle condizioni costitutive dell'operazione ermeneutica, ma coesiste in un olimpico (e improbabile) equilibrio con l'"auto-

(248) *Op. cit.*, p. 53.
(249) *Op. cit.*, p. 58.

noma' pienezza di significato dell'oggetto, riceve una brusca accentuazione nell'interpretazione giuridica, grazie al dichiarato carattere 'funzionale', alla finalità applicativa, di questa.

Emerge così in piena luce l'obiettivo centrale dell'interpretazione giuridica: la completezza dell'ordinamento, che viene presentata, però, come il fine, non il presupposto dell'interpretazione. E già l'impostazione della domanda fa capire quale sia la risposta bettiana alle due principali questioni sempre ricorrenti nel dibattito ermeneutico giuridico: se cioè il sistema normativo sia o non sia completo; se esso sia adeguato o adeguabile (e come) alle esigenze della società e dei suoi mutamenti. L'ordinamento, per Betti, appare lacunoso o completo a seconda che lo si guardi nella sua statica configurazione di sistema normativo 'in sé' o nella sua dinamica realtà di sistema 'interpretato' e 'applicato'; ed è d'altronde solo in quest'ultima prospettiva che il problema del rapporto fra sistema normativo e mutamento sociale può essere adeguatamente impostato e risolto, dal momento che è l'interprete, e nessun altro, a rapportare la legge al suo presente, a renderla funzionale alla società di cui egli fa parte.

In questa prospettiva, dunque, elemento trainante dell'esperienza giuridica appare senz'altro l'interpretazione della legge: è quindi nell'interpretazione che occorre cercare la radice della soluzione delle principali antinomie della tradizione e non già nell'ordinamento come tale, che non può essere naturalisticamente concepito, come Betti dichiara in aperta polemica con la posizione 'oggettivistica' di Romano ([250]), come organismo vivente, come ente capace di autonomo sviluppo e trasformazione.

Potremmo allora a questo punto attenderci un esito sbilanciato a favore, rispettivamente, del primato del soggetto (nell'operazione ermeneutico-giuridica) e delle decisioni giurisprudenziali (nell'esperienza giuridica), se non agissero sul discorso del nostro autore efficaci contrappesi. Si rifletta innanzitutto sul ruolo del sistema normativo. Certo, esso non esaurisce affatto, per Betti, l'universo del giuridico, che rinvia obbligatoriamente all'interpretazione per poter essere rappresentato nella sua completezza e nella sua dinamicità. Nello stesso tempo, però, il sistema normativo è talmente presente da costituire, insieme, l'oggetto dell'operazione interpretativa, un importante criterio nell'interpretazione della legge, infine il risultato conclusivo e la destinazione di senso dell'interpretazione stessa.

([250]) Cfr. *supra*, 10.

È infatti alla legge che Betti riferisce l'interpretazione, senza lasciare molto spazio all'ipotesi di un'interpretazione 'in senso largo' che prescinda dal cogente riferimento al testo legislativo; è poi commisurando la singola legge alle restanti parti del sistema normativo che il giurista intende, assai meglio che riportandosi alla 'volontà originaria' del legislatore, il senso della legge interpretata; è infine il sistema normativo che l'interpretazione 'realizza' grazie alle sue capacità integrative.

L'esigenza di rapportare continuamente il soggetto dell'interpretazione (e dell'applicazione del diritto) alla forma 'oggettiva' del sistema giuridico emerge d'altronde in piena luce non appena Betti prende ad analizzare più di vicino la dinamica dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto. Non è infatti casuale che il principale interlocutore polemico sia, prima ancora di Heck, Kelsen. Ciò che della teoria kelseniana si oppone drasticamente alla posizione di Betti è in sostanza l'idea dell'incolmabile cesura che separa il momento dell'interpretazione dal momento dell'applicazione del diritto: da un lato, l'interpretazione della legge conduce l'interprete non già ad un solo significato 'esattamente' attribuibile alla norma, ma ad un campo di indeterminazione più o meno ampio, ma comunque non riducibile ad unità con il semplice impiego dello strumentario tipico dell'ermeneutica giuridica; dall'altro lato, e in conseguenza, il giudice 'applica' il diritto quando, scegliendo una delle molteplici possibilità di soluzione offertegli dalla interpretazione della legge, individua la norma del caso singolo lasciandosi alle spalle ogni preoccupazione ermeneutico-giuridica e affidandosi conclusivamente ad una politica e soggettiva 'decisione' (251).

Dove Kelsen vede salti e discontinuità, Betti individua i momenti di un processo armoniosamente composto ed unitario. L'interpretazione è comprensione dell'intima unità dell'oggetto (e non frantumazione dell'oggetto in una molteplicità di significati compossibili); l'interpretazione è anche integrazione della norma nel momento in cui il soggetto interpretante rapporta ed adegua la legge alle esigenze del suo presente; l'interpretazione-integrazione, infine, è anche 'valutazione', in quanto esige dall'interprete una precisa sensibilità etica, un'attenta disponibilità all'individuazione dei valori: ma il giudizio di valore — e questo è forse il punto decisivo — "non è che il riconoscimento di un valore che

(251) Cfr. *supra*, 9.

ci illumina e ci convince e che riscontriamo nel dato fenomenico" (252). Il principale dato fenomenico, d'altronde, per il giurista, è la legge ed è alla legge dunque che il giurista guarderà per ritrovare in essa la realizzazione di quei valori che il suo 'intuito assiologico' è in grado di cogliere nella loro 'oggettiva' evidenza.

Si chiude così perfettamente il circolo ermeneutico bettiano, in un movimento che porta dal soggetto interpretante alla norma, dalla norma al sistema e ai valori in esso realizzati, dalla visione dei valori, della loro 'oggettività' ideale e della loro incarnazione normativa, all'integrazione, all'attuazione della norma, infine, e conclusivamente, all'unità e completezza dell'ordinamento 'interpretato'. Si tratta di un movimento che intende racchiudere nella sua complessiva unitarietà l'intero processo dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto (e per questa via, in sostanza, la rappresentazione dell'esperienza giuridica come tale), ma che trova, ancora una volta, il suo punto di Archimede nella 'scommessa' di un pacifico incontro di soggetto e oggetto nel bel mezzo dell'itinerario ermeneutico.

Quali che siano le valutazioni sull'esito della scommessa, certo la sua destinazione di senso, anche sul terreno dell'ermeneutica giuridica, è, di nuovo, quello di garantire la 'verità' dell'interpretazione, l''oggettività' dei suoi risultati insieme alla continua trasformabilità ed adeguabilità dell'ordinamento giuridico. È un risultato su cui converge tutto il ricchissimo strumentario storico-teorico dell'ermeneutica generale bettiana; ed è un risultato che, anche nello specchio del giuridico, viene perseguito senza rinunciare alla valorizzazione del soggetto nella pratica interpretativa. Occorreva quindi che Betti introducesse, anche sul fronte della rappresentazione della soggettività, un ulteriore elemento di 'controllo' della soggettività stessa che allontanasse definitivamente il rischio dell'arbitrarietà.

Il problema e la soluzione emergono entrambi con grande chiarezza là dove Betti recepisce dal dibattito ermeneutico-giuridico italiano l'altra celebre quaestio disputata (accanto al problema delle lacune): il problema dei principi generali del diritto. Betti si muove con sicurezza fra le diverse alternative offerte dalla tradizione. Viene esclusa innanzitutto la riducibilità dei principi a momenti di mera generalizzazione delle norme del sistema, attribuendo ad essi il ruolo di "criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico", criteri caratterizzati da quell'"eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si

(252) E. Betti, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 39.

voglia)" che permette all'interprete di riferirsi al sistema normativo come ad una 'totalità spirituale' eticamente connotata. Viene esclusa in secondo luogo la possibilità di ricavare direttamente 'dalle 'cose stesse' direttive che si impongano con assoluta, necessaria oggettività: è pur sempre il soggetto il protagonista obbligato dell'operazione interpretativa e niente può esimerlo dalla necessità di individuare i criteri normativi impegnandosi attivamente in un giudizio storico-teorico.

Ed ecco allora emergere, di nuovo, il problema principale, il problema di un controllo dell'arbitrio del soggetto, che, nel momento dell'individuazione e della messa in opera dei grandi principi ispiratori del sistema, sembra acquisire un'urgenza anche maggiore in ragione della latitudine, se non indeterminatezza, dei principi stessi. La soluzione di Betti è un tentativo di controllare l''assoluta'(e pericolosa) libertà del soggetto dell'interpretazione individuando (ed esaltando) i vincoli di appartenenza: del soggetto alla 'comunità sociale' e, in particolare, del soggetto alla "giurisprudenza... così teorica (scienza giuridica) come pratica" in quanto "organo della coscienza sociale", in quanto comunità particolare collegata da uno stretto "nesso spirituale" con la società della sua epoca (253). Vincolato dal nesso funzionale che lo collega all'oggetto dell'interpretazione, il soggetto è controllato anche, per così dire alle sue spalle, da una comunità che costituisce l'ambiente entro la quale l'operazione ermeneutica prende forma, che garantisce la 'rappresentatività' dell'interpretazione nei riguardi della totalità sociale e offre quindi il fondamento ultimo della legittimità dell'interpretazione stessa.

La legittimità dell'interpretazione coincide dunque con il tipo di prestazione che essa sola può fornire: collegare in uno stretto nesso funzionale il sistema normativo alla società e garantire l'oggettività dei propri risultati in entrambi le direzioni, da un lato permettendo un''esatta' comprensione del sistema normativo nel suo immanente significato, dall'altro lato rappresentando (altrettanto 'esattamente' e unitariamente) le esigenze della 'totalità' sociale.

Ora, fondare in questi termini la legittimità dell'interpretazione significa realmente riprendere le varie e contraddittorie esigenze emerse nel dibattito ermeneutico-giuridico fra Otto e Novecento, collocarle in un'ampia cornice teorica, infine approntare per esse una soluzione capace di risolverle in una superiore unità: l'immagine di un Betti separato dal mondo dei giuristi a causa del suo splendido e filosofico

(253) *Op. cit.*, p. 218.

isolamento deve cedere il posto al riconoscimento del suo sostanziale radicamento nella tradizione giuridica (anche) italiana, con la quale aveva condiviso non tanto i filosofici maîtres à penser, quanto le interne preoccupazioni e prospettive.

Anch'egli, dunque, eredita e fa propria quell'esigenza (che sta in qualche modo all'origine del dibattito ermeneutico-giuridico fra Otto e Novecento), nell'esprimere la quale Gény aveva avuto un ruolo di indubbio rilievo e di risonanza europea: l'esigenza di far fronte, come giuristi, al problema del mutamento sociale, di approntare per esso categorie capaci di intenderlo e strumenti in grado di controllarlo. Della posizione 'originaria' del problema, Betti, insieme alla tradizione giuridica italiana, accoglie non solo i termini costitutivi, ma anche un'ipotesi di metodo: che cioè il problema dell'adeguamento del sistema normativo non fosse risolubile dall'interno del sistema stesso, ma imponesse una riconsiderazione del metodo di lavoro del giurista, quindi una riproblematizzazione del significato dell'interpretazione. Nel momento in cui però la cultura giuridica italiana prendeva a porre il problema ermeneutico-giuridico come problema dell'interpretazione della legge, essa voltava sostanzialmente le spalle a Gény e iniziava un percorso segnato, insieme, dal crescente riconoscimento della centralità del problema ermeneutico e dal continuo ritorno di contrasti aporetici: fra il significato originario del testo legislativo e la sua autonoma capacità significante, fra la staticità del sistema normativo e la mobilità del sociale, fra l''oggettività' della norma (e del suo significato) e la soggettività e (tendenziale) arbitrarietà dell'interprete. È appunto questo itinerario che Betti percorre di nuovo e ripropone sublimato in una formula teorica che risolve le precedenti aporie in rassicuranti soluzioni conciliative: dove l''oggettività', la 'verità', dell'interpretazione coesiste con l'attività 'creativa' del soggetto, l'incompletezza del sistema normativo si converte nella completezza dell'ordinamento, il senso della legge interpretativamente accertato si prolunga senza soluzione di continuità nell'applicazione giudiziale del diritto; dove, *last but not least*, lo spirito del tempo, le esigenze complessive della 'totalità' sociale trovano nel ceto dei giuristi il loro organo naturalmente rappresentativo. Nel momento in cui l'interpretazione giuridica trovava una compiuta legittimazione teorica, emergeva anche il suo 'pratico' radicamento nelle strategie di autolegittimazione della comunità professionale dei giuristi.

12. *Dalla 'interpretazione del diritto' alla 'interpretazione dei giuristi':Tullio Ascarelli.*

Se la riflessione di Betti riprende e riassume i temi di un dibattito pluridecennale convogliandoli in una robusta teoria generale, sarebbe ragionevole attendersi l'inizio di una lunga stagione dominata dalla sintesi ermeneutica bettiana. Non mi sembra però che questo avvenga: non solo perché la 'fortuna' dei libri e delle teorie è spesso assai più imprevedibile e casuale di quanto la narrazione storiografica (con quello che comporta di inevitabile 'razionalizzazione') vorrebbe; ma anche per l'intrinseco, e in qualche modo paradossale, carattere della teoria bettiana: che, per un verso, sembra capace più di chiudere gloriosamente un'epoca di pensiero giuridico che non di aprirne problematicamente un'altra; mentre, per un altro verso, si presenta ricca di spunti ed intuizioni destinati a dare ulteriori frutti ben oltre gli anni Cinquanta e Sessanta (254).

Più di Betti, appare quindi, a mio avviso, rappresentativo degli anni Cinquanta, delle inquietudini (non delle certezze) di quel periodo, presago della svolta (o comunque del più netto distacco dalla tradizione) che avrebbe caratterizzato i primi anni Sessanta, Ascarelli (255). Negli anni Cinquanta Ascarelli non è, ovviamente, un homo novus, nemmeno relativamente alla nostra vicenda: con un suo brillante exploit, egli aveva partecipato, giovanissimo ma agguerrito, al dibattito sul problema delle lacune, sostenendo, come 'giurista', la completezza di quell'ordinamento che, come 'filosofo', vedeva necessariamente lacunoso (256).

In realtà, anche nel contributo giovanile, l'accento già cadeva sull'interpretazione e sulla centralità del suo ruolo nell'esperienza

---

(254) Certamente impressionato dalle prospettive bettiane, alle quali non sacrifica comunque le proprie doti di originalità, mi sembra però L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, Cedam, 1954.

(255) Si tengano presenti, ad esempio, le esplicite e numerose consonanze con il pensiero di Ascarelli che esprimerà uno dei protagonisti del dibattito ermeneutico successivo, Josef Esser. Cfr. J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 1956. Sull'ermeneutica di Esser cfr. G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984. Per una critica all'ermeneutica di Ascarelli cfr. G. TEDESCHI, *L'insufficienza della norma e la fedeltà dell'interprete (Riflessioni sul pensiero di Tullio Ascarelli)*, in "Rivista di diritto civile", VIII, 1962, pp.536-553. Su Ascarelli cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica*, cit., pp. 589 ss.

(256) Cfr. *supra*, 8.

giuridica, che però l'autore non riusciva a fondare entro le coordinate canoniche del discorso giuridico e recuperava solo come 'verità filosofica'. Venti anni dopo (257), e poi dichiaratamente nella prefazione, di qualche anno successiva, ad una sua raccolta di scritti (258), l'antico' sdoppiamento' cedeva il posto ad una considerazione unitaria dell'esperienza giuridica ed iniziava uno sforzo di tematizzazione ermeneutica che non si sarebbe più interrotto.

Certo, la riflessione ermeneutica di Ascarelli non è affidata ad un trattato, ad una summa che la esponga ordinatamente in tutti i necessari passaggi, ma è dispersa in saggi diversi, in rapide notazioni — anche da questo punto di vista, la differenza con Betti non potrebbe essere più marcata. Il carattere non sistematico (in certi casi vorrei dire aforistico) della riflessione non toglie però nulla all'essenzialità del contributo, ma semmai corrisponde perfettamente al carattere problematico, piuttosto che assertivo, del contenuto.

Lucidissima, come d'altronde in Betti, è la diagnosi, che è già quasi una ricostruzione storica, dello stato del problema nella tradizione giuridica italiana: il senso del dibattito sulle lacune è rapidamente decifrato in rapporto al problema del mutamento sociale, per un verso, e, per un altro verso, al ruolo dell'interpretazione; e questo a sua volta costituisce un problema proprio perché posto allo spartiacque fra le opposte esigenze della certezza e dell'adeguamento del sistema normativo, un problema che comunque ormai deve essere impostato nel franco riconoscimento del carattere 'creativo' e non 'dichiarativo' dell'interpretazione (259). L'attenzione del nostro autore si concentra così sul rapporto fra sistema normativo e interpretazione per considerare quest'ultima il momento trainante dell'intera esperienza giuridica. Le dottrine tradizionali che insistono sulla distinzione fra la posizione (legislativa) della norma, la sua conoscenza (interpretazione) e la sua applicazione devono cedere il passo alla convinzione che "legge e interpretazione non si contrappongono come creazione e conoscenza del diritto, ma concorrono nella posizione di norme che sono poi

---

(257) T. Ascarelli, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione* [1945], in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 165-204.

(258) T. Ascarelli, *Prefazione* a *Studi di diritto comparato*, cit., p. LIII.

(259) T. Ascarelli, *L'idea di codice*, cit., pp. 183 ss.

sempre quelle generalmente accettate, sì che il diritto legalmente valido si traduce pur sempre in quello che è inteso come tale..." (260).

Certo, anche in Betti l'interpretazione si presentava come il momento 'integrativo' del sistema giuridico, responsabile della mediazione fra la fissità della norma e la mobilità del sociale, come la celebrazione, insomma, del felice incontro fra soggetto e oggetto (anche) sul terreno del giuridico. La prospettiva di Ascarelli va però decisamente oltre la dialettica del soggetto e dell'oggetto (anche se da questa aveva preso le mosse, nelle sue giovanili infatuazioni neoidealistiche). Di questa dialettica egli raccoglie ormai non la soluzione, ma il problema che, sul terreno del giuridico, contribuiva a generarla: il problema del reperimento di un qualche momento di mediazione fra l'oggettività della norma e la soggettività dell'interprete, il problema di salvare comunque, pur nel riconoscimento del ruolo 'produttivo' dell'interprete, l''oggettività' del risultato. Ascarelli fa propria questa preoccupazione, ma la esprime (e la risolve) diversamente, traducendola in un'esigenza di 'continuità': il ricorso al sistema giuridico, così come alle categorie della dogmatica, sono elementi ermeneuticamente indispensabili perché permettono di superare la polverizzazione casistica (la moltiplicazione di punti di vista ermeneutici 'assoluti', irrelati, intersoggettivamente non mediabili) e di conseguire quindi "la continuità delle varie soluzioni" (261). Il fine dell'interpretazione non è la comprensione del senso riposto della legge nella sua 'oggettiva' consistenza, ma l'uso della legge (così come di ogni altro elemento concettuale proprio del sapere giuridico) allo scopo di garantire la continuità, vorrei dire la 'ripetibilità' del risultato ermeneutico. L'attenzione non è più incentrata sul percorso che l'interprete segue nell'andare incontro alla legge-oggetto e sulle tentazioni che possono distrarlo dalla percezione del suo interno significato; l'attenzione non è più polarizzata sulla dialettica fra il soggetto e l'oggetto dell'interpretazione, ma direttamente su quest'ultimo: tanto che la garanzia della certezza la si attende non dall'oggetto (esattamente interpretato) ma dal soggetto, dai soggetti, dalla continuità delle loro interpretazioni.

Coerentemente, la verità dell'interpretazione non è decisa dall''esatto' riferirsi dell'interpretazione al significato intrinseco della legge, ma dall'accettazione, dal consenso dei soggetti dell'interpretazione. È sul versante della soggettività che il problema della 'verità' dell'inter-

(260) T. ASCARELLI, *Prefazione*, a *Studi di diritto comparato*, cit., p. XLV.
(261) *Op. cit.*, p. XXIV.

pretazione deve integralmente risolversi, mentre il rapporto con l'oggetto resta certo al fondo dell'operazione interpretativa, ma non decide della sua 'verità': "il valore della legge dettata sarà sempre e solamente quello che le deriverà dalla sua interpretazione generalmente accettata, tornando così a rivelarsi nella generale accettazione e convinzione la base ultima del diritto" (262). Non si danno quindi criteri di verità interni all'operazione interpretativa né tanto meno controlli 'sperimentali' di veridicità al di fuori del criterio della sua "accettazione" (263).

Come poi concretamente operi il soggetto dell'interpretazione, sullo sfondo di una tale prospettiva, è in qualche modo meno sorprendente e più prevedibile: perché ritroviamo in Ascarelli molti degli spunti già emersi nel dibattito ermeneutico-giuridico degli scorsi decenni. Ritroviamo la convinzione che l'interpretazione giuridica possa includere, sì, un ragionamento rigorosamente deduttivo come proprio momento interno, ma che sia caratterizzata ben più incisivamente dal suo essere "una continua posizione di premesse indipendentemente dalle quali qualunque corpus juris precostituito non potrebbe essere applicato" (264). Così come ritroviamo, sempre di nuovo, l'idea di un'interpretazione che è 'creativa' non soltanto perché mobilita le energie 'propositive' dell'interprete, ma perché pone effettivamente norme.

Ritroviamo, insomma, alcuni dei luoghi tipici della tradizione ermeneutica dei decenni precedenti. Eppure, anche in questo caso, anche quando si dispone ad utilizzare un patrimonio consolidato, Ascarelli si mostra spesso in grado di sospingere le *idées reçues* verso una soglia più elevata di problematizzazione: valga ad esempio, nel bel mezzo delle considerazioni della portata necessariamente 'creativa' dell'interpretazione, l'accenno alla necessità di intendere il rapporto fra interprete e 'realtà' non tanto secondo l'asettico schema dell' 'accertamento' del fatto quanto per mezzo di quella "ricostruzione tipologica della realtà" (265) che mette implicitamente in dubbio la prendibilità del

---

(262) *Op. cit.*, p. XLIX.

(263) T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale* [1955], in *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. I, p. 72.

(264) T. Ascarelli, *Prefazione* a *Studi di diritto comparato*, cit., p. XIX. È un problema, come si ricorderà, già affrontato da Calogero e ripreso polemicamente da Bobbio: cfr. *supra* 9 e 10.

(265) T. Ascarelli, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato* [1954], in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 495 ss.; cfr. anche *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito* [1957], in *Problemi*, cit., pp. 185-224.

fatto 'come tale', al di fuori di presupposti (e in questo caso giuridici) schemi ordinativi.

Quando poi il lettore frettoloso, impressionato da qualche espressione 'anticoncettualista', è in procinto di ascrivere Ascarelli ad un preciso e prevedibile 'partito' metodologico, è il nostro autore stesso, con precise ed inequivocabili considerazioni, a situarsi in un osservatorio non riconducibile a scolastiche contrapposizioni; e a insistere nella necessità di trarsi fuori dall'"illusione logicistica" senza però cadere negli enfatici "appelli a equità, realtà dei fatti, realtà economica e sociale..." (266): il giuridico non è immanente nella natura delle cose, pronto ad essere naturalisticamente percepito ed osservato come tale, ma è uno schema del soggetto, dipendente dal suo radicamento storico-sociale, operante nel quadro delle sue 'soggettive' strategie ermeneutiche.

Si torna dunque, da diverse strade, sempre al soggetto, alle sue operazioni interpretative, all'autonomia delle sue scelte, non riducibili né alla registrazione e riproposizione delle regole dettate dalla 'natura delle cose' né alla deduzione delle conseguenze implicite nel sistema normativo. Da quest'ultimo punto di vista, mentre l'opposizione di Betti (e, con Betti, di una *communis opinio* italiana) all'idea kelseniana è frontale, la critica di Ascarelli è più smorzata e sottile. Di Kelsen Betti rifiutava drasticamente l'ipotesi di un soggetto, di un giudice, che, mentre individua la norma del caso singolo, non trova nell'interpretazione-integrazione della norma la soluzione 'necessaria', ma solo un ventaglio di soluzioni compossibili fra le quali liberamente scegliere. È al contrario proprio l'esaltazione kelseniana della componente 'soggettiva' e 'decisionistica' dell'applicazione del diritto che Ascarelli apprezza, osservando finemente — ed è uno spunto forse non sufficientemente valorizzato dalla storiografia — che essa "costituisce piuttosto che una esaltazione, un superamento del positivismo che invece parte proprio dalla riduzione dell'attività dell'interprete ad una mera attività conoscitiva delle valutazioni del legislatore" (267).

Anche per Ascarelli il momento decisivo dell'esperienza giuridica finisce per concentrarsi nella fase dell'interpretazione-applicazione del diritto, incomprensibile per chiunque voglia ridurre la sua complessa fenomenologia al momento del giudizio logico-conoscitivo. Kelseniano dunque nella *pars destruens*, Ascarelli rivolge comunque una critica

(266) T. ASCARELLI, [Premessa a] *Problemi giuridici*, cit., p. VIII.

(267) T. ASCARELLI, *Prefazione* a *Studi di diritto comparato*, cit., p. XXVII, nota 19.

penetrante alla proposta del giurista praghese: nel momento in cui Kelsen spezza la linea continua che sembra illusoriamente collegare la conoscenza del sistema normativo con l'individuazione della norma del caso singolo, egli richiama l'attenzione sul ruolo fondamentale di un'attività, l'attività 'creativa' dell'interprete, sulla quale peraltro resta muto (268). La soluzione proposta da Kelsen è quindi insufficiente perché si risolve in "una reale 'fuga' dal problema dell'interpretazione" e in una conseguente riduzione dell'attività dell'operatore giuridico, del giudice, ad "un'attività non più argomentabile" (269), sottratta ad ogni possibile valutabilità, se non abbandonata al dominio dell'irrazionalità.

Nel momento in cui Ascarelli segnava una netta discontinuità con la tradizione concentrandosi sul momento interpretativo-applicativo del diritto e problematizzando il nesso fra questo e il sistema normativo ben al di là dell'ottimismo conciliativo bettiano, individuava anche la necessità di un campo di indagine, che non avrebbe avuto la possibilità di esplorare, ma di cui intuiva la fecondità: l'analisi del ragionamento del giurista, delle sue modalità argomentative, del suo peculiare carattere 'retorico'; ed è in questa prospettiva che egli saluta nel Trattato di Perelman e Olbrechts-Tyteca (270) l'impresa che, sul piano teorico generale, meglio corrisponde alle sue aspettative, la messa a punto di un quadro analitico impiegabile per cogliere aspetti essenziali, e altrimenti non indagabili, delle concrete operazioni del giurista (271).

Si apre così uno spazio di indagine che Ascarelli non avrebbe mai potuto percorrere, ma di cui intuiva lucidamente alcuni contrassegni.

Innanzitutto, la ricerca a cui pensa Ascarelli si muove in una direzione sostanzialmente inedita: una direzione che non è propria della filosofia 'speculativa' (da cui pure Ascarelli discendeva e di cui conservava, 'trasvalutati', alcuni accenti ed intuizioni), che guarda al diritto dall'alto di una complessiva visione del mondo, sulla quale il nostro giurista è del tutto reticente; una direzione che non è, però, nemmeno caratteristica della 'dogmatica' giuridica, se è vero almeno che questa di regola costruisce le proprie teorie allo scopo di fondare (raccomandare come 'vera' o 'preferibile') l'una o l'altra soluzione di specifici problemi. Forzando le tinte, si sarebbe quasi tentati di esten-

---

(268) *Ibidem*.

(269) T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà*, cit., p. 83.

(270) C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* [1958], Torino, Einaudi, 1966.

(271) T. Ascarelli,*Norma giuridica,* cit., p. 91, nota 22.

dere ad Ascarelli la diffidenza kelseniana verso una 'dottrina' giuridica che, impegnandosi nel presentare la 'vera' (ed unica) soluzione del problema, contrabbanda per 'volontà' dell'ordinamento una propria (dissimulata) 'decisione' politica. A parte ogni forzatura, l'obiettivo di Ascarelli non è comunque l'enunciazione di un ennesimo 'dogma', ma uno spostamento, per così dire un arretramento, del punto di osservazione: non agire in difesa dell'una o dell'altra posizione, ma porsi in disparte a guardare, a tentare di capire in che modo l'una o l'altra teoria si forma e si fonda, in che modo il giurista ragiona ed opera — anche se egli non si attende una facile popolarità da un tipo di indagini certo "singolari proprio pel giurista e specialmente pel giurista italiano, ché esse in sostanza vogliono rendere il giurista consapevole del suo stesso ragionare...", estraniandosi da qualsiasi presa di posizione per "questa o quella soluzione" (272).

In secondo luogo, lo spazio entro il quale il giurista concretamente ragiona ed opera, che tende sempre di più a coincidere con l'esperienza giuridica nel suo complesso, non ha ai suoi estremi, come continuamente si ripeteva, l'interprete e la norma (o la legge, o il sistema normativo o l'ordinamento), ma l'interprete e il testo, l'interprete e i testi. Non si interpreta una norma, si risale ad essa attraverso un testo che è il dato al quale concretamente l'interpretazione si riferisce: la norma non è l'oggetto dell'interpretazione, ma il suo risultato, l'effetto possibile di un 'lavoro' ermeneutico su un testo necessariamente equivoco (273).

In terzo luogo — ed è una intuizione affidata alle pagine estreme di una prefazione che guarda al futuro ripensando il passato (274) —

---

(272) T. ASCARELLI, [Premessa a] *Problemi giuridici*, cit., p. XII.

(273) T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge* [1958], in *Problemi giuridici*, cit., p. 154. Cfr. anche T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione* [1957], in *Problemi giuridici*, cit., pp. 138-152. Un'interessante anticipazione in questa direzione, o comunque un'idea di interpretazione sensibilmente divergente dall''ottimismo' bettiano, può leggersi in R. SACCO, *Alcune novità in materia di interpretazione*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", V, 1951, p. 753, dove l'autore afferma di avere "a suo tempo sostenuto che l'oggetto dell'interpretazione è solo la dichiarazione (il foglio sporco d'inchiostro) e che essa dichiarazione non ha né uno né molti significati rilevanti, anzi non ne ha nessuno, fintantoché l'interprete non gliene attribuisce uno (uno solo, dunque certamente univoco)", ma aggiunge anche di non aver raccolto "su questo punto...nemmeno un consenso".

(274) T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in Th. HOBBES, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, G.W. LEIBNIZ, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum...*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 67.

quella 'logica' del ragionamento del giurista che costituisce l'interesse ultimo della ricerca di Ascarelli deve, a suo avviso, essere compresa non come un procedimento che guarda all'indietro per "scoprire una già posta verità", ma come anticipazione e preparazione di una prassi di cui si calcola la congruenza rispetto ad un fine, come "scommessa sul futuro e su un futuro che la nostra azione concorre nel determinare": deve essere compresa insomma nel segno della riscoperta di quell'antico 'criterio di probabilità' che il trionfante razionalismo aveva relegato ai margini dell'ermeneutica giuridica e che Ascarelli ripropone nel momento in cui risolve la 'teoria' dell'interpretazione giuridica nell'interpretazione della teoria (e della prassi) dei giuristi.

13. *Cenni conclusivi.*

Ascarelli non è comunque una *vox clamantis* in deserto. Se l'inquietudine metodologica e la curiosità verso il nuovo sono una cifra caratteristica del suo stile di pensiero, gli spunti problematici di cui la sua opera è così ricca non gli appartengono in esclusiva, ma esprimono emblematicamente un atteggiamento che, pur minoritario, trova, anche negli anni Cinquanta, altre significative espressioni (275).

Sarà così, esemplificando, lo stesso Bobbio ad insistere sulla componente 'storicistica' dell'interpretazione giuridica, che pure già nel lavoro del '38 complicava e arricchiva l'analisi del versante strettamente 'logico' dell'interpretazione (276), ma che emerge con tanta maggiore evidenza quanto più si prende a guardare con interesse all'effettivo

---

(275) Si pensi ad esempio alla posizione di Calamandrei, tanto più significativa quanto più lontana dalla posizione da lui assunta negli anni Trenta, in un contesto in cui la rigida difesa della divisione dei poteri (e quindi del carattere dichiarativo dell'interpretazione giudiziale) acquisiva una sicura valenza difensiva nei riguardi delle pressioni autoritarie del regime fascista. Si leggano invece i testi raccolti in P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, Cedam, 1954: accanto ad un cenno autocritico, si troveranno riflessioni di ispirazione quasi più kelseniana (o giusliberista) che ascarelliana sulla dinamica dell'interpretazione giuridica, culminanti nell'idea della motivazione della sentenza come 'razionalizzazione' di una 'decisione' che non procede dalla conoscenza (della norma), ma dalla volontà. Cfr., per una interessante ricostruzione dell'itinerario di Calamandrei su questo problema, N. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. BARILE (a cura di), *Piero Calamandrei*, cit., pp. 101 ss.

(276) Cfr. *supra*, 10. Cfr. al riguardo le penetranti osservazioni di L. CAIANI, *I giudizi di valore*, cit., pp. 243 ss.

operare del giurista (277); per comprendere il quale, dichiarerà ancora Bobbio qualche anno più tardi, "più che ad una applicazione della logica elementare" occorrerà rivolgersi "a una teoria generale dell'argomentazione giuridica" (278) — un campo e uno strumentario di indagine che anche Ascarelli invitava a prendere in considerazione. Ed è proprio ad Ascarelli che Bobbio dedica una felicissima 'biografia intellettuale' (279), non solo particolarmente efficace nel delineare i tratti salienti del giurista scomparso, ma anche sostanzialmente simpatetica con le sue proposte, quasi implicita testimonianza della curvatura 'funzionalista' che la riflessione di Bobbio andava prendendo in quegli anni (280).

Sono questi gli anni, però, i primi anni Sessanta (281), che, nel momento in cui celebrano la crescente diffusione di atteggiamenti

---

(277) N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in "Rivista di diritto civile", I, 1955, pp. 3-13.

(278) N. BOBBIO, *Diritto e logica*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XXXIX, 1962, p.43. Più esplicitamente e analiticamente in questa direzione N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* [1967], in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, pp. 139-173. Cfr. le lucide considerazioni al riguardo di L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Ed. di Comunità, 1983, pp. 131 ss. Su alcuni momenti del pensiero di Bobbio cfr. R. GUASTINI, *Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto. (I) 1949-1960*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", VIII/1, 1978, pp. 292-356; ID., *Norberto Bobbio teorico del diritto. (II) 1961-1965*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", IX/2, 1979, pp. 523-541; ID., *Norberto Bobbio teorico del diritto (III) 1966-1980*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", X/2, 1980, pp. 483-508.

Di una forte attenzione al momento ermeneutico e giurisprudenziale del diritto saranno testimonianza, negli anni sessanta e settanta, anche gli scritti storico-giuridici di Gorla. Cfr., ad es., G. GORLA, *I precedenti storici dell'art.12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in "Il Foro italiano", XCIV, p. V, 1969, cc. 112-132; ID., *I tribunali supremi degli stati italiani tra i secoli XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati (Disegno storico-comparativo)*, in AA.VV., *La formazione del diritto moderno in Europa* (Atti del III Congresso Internazionale della Società italiana di Storia del diritto, 1973), Firenze, Olschki, 1977, pp. 447-532; ID., v. *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1969, vol. XIX, pp. 489-510.

(279) N. BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, in "Belfagor", XIX, n. 4, pp. 411-424; n. 5, pp. 546-565.

(280) E infatti opportunamente ripubblicata in N. BOBBIO,*Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Ed. di Comunità, 1977, pp. 478-498.

(281) Cfr. ad esempio M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in "Rivista di diritto civile", X, 1964, pp. 478-498 e il

favorevoli (per intendersi) ad un'ermeneutica della soggettività, segnano anche, con apparente paradosso, il definitivo congedo dalla vicenda ermeneutico-giuridica che ci ha sinora occupato. Questa vicenda era stata inaugurata dal combinarsi di due elementi concorrenti: da un lato, l'effetto prodotto sul giurista fin de siècle dalla traumatica scoperta dello strutturale 'ritardo' del sistema giuridico sul mutamento sociale, quindi dell'inadeguatezza funzionale del primo rispetto al secondo; dall'altro lato, la scoperta, via via più convinta e approfondita, dell'interpretazione come del luogo deputato alla ricreazione del 'giusto' rapporto fra il sistema normativo e la società. In questa vicenda, la tradizione giuridica italiana condivideva con Gény i termini del problema (la 'sfida' del mutamento), l'impostazione (affidare al giurista, più che al legislatore, il compito di vincere la sfida), ma non la soluzione operativa: che, per i giuristi italiani, a differenza del loro collega francese, si gioca tutta sul terreno (ermeneutico in senso stretto) dell'interpretazione della legge. Pur nella diversità della soluzione, tuttavia, torna sempre di nuovo, nei giuristi italiani, un'esigenza che anche per Gény è fondamentale: l'esigenza di salvare, nell'interpretazione, l''oggettività' dei risultati, un'esigenza che in Gény si esprime con il rinvio al dato e alla sua interna normatività, mentre di regola, nei giuristi italiani, si risolve nell'enfatizzazione della legge e dell'univoca accertabilità del suo significato.

Non si trattava certo di un obiettivo facilmente raggiungibile; ed esso anzi tanto più doveva apparire problematico quanto più si approfondiva la dinamica dell'interpretazione e si metteva in evidenza il ruolo 'attivo', propositivo del soggetto. Ciononostante, ancora la sofisticata teoria ermeneutica bettiana, nel momento in cui celebrava la dialettica 'positiva' del soggetto e dell'oggetto, intendeva anche offrire al giurista, venendo incontro ad un suo risalente desiderio, un'immagine dell'interpretazione come del luogo del tranquillo, continuo, unitario rifluire del sistema normativo verso la società. Non dovranno tuttavia trascorrere molti anni dalla grande sintesi bettiana perché venga meno quell'auspicata consonanza di soggetto ed oggetto, di norma ed interprete, di interprete e società che per decenni aveva costituito la principale cifra dell'autorappresentazione e dell'autolegittimazione del ceto dei giuristi.

---

commento di G. TARELLO, *L'autonomia dell'interprete*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XLII, 1965, pp. 159-165.

L'ALTERNATIVA 'PRESA SUL SERIO': MANIFESTI GIURIDICI DEGLI ANNI SETTANTA

"Ahimè — disse il topo — il mondo diventa ogni giorno più angusto. Prima era talmente vasto che ne avevo paura, corsi avanti e fui felice di veder finalmente dei muri lontano a destra e a sinistra, ma questi lunghi muri precipitano così in fretta l'un verso l'altro che io mi trovo già nell'ultima camera, e là nell'angolo sta la trappola in cui andrò a cadere". "Non hai che da mutar direzione", disse il gatto, e se lo mangiò (F. Kafka, *Piccola favola*).

1. *Perché gli anni Settanta?*

Si prende a discutere, con frequenza crescente, degli anni Settanta (1). La scelta certo non sorprende chi abbia presenti la complessità, la ricchezza del dibattito sviluppatosi in quel periodo nell'ambito della cultura giuridica italiana: ritornare a esso può in fondo apparire, almeno per i giuristi degli anni Ottanta già operanti nel ventennio precedente, un esercizio di memoria, tanto più semplice e immediato

(1) Cfr., per esempio, S. Rodotà, *Del ceto dei giuristi e di alcune sue politiche del diritto*, in *Politica del diritto*, 1986, pp. 3 e ss.; G. Tarello, *Politiche del diritto e strategie dei giuristi. In margine alle considerazioni di Rodotà*, in *Politica del diritto*, 1986, pp. 249 e ss.; G. Amato, N. Bobbio et al., *Dal terrorismo al riformismo*, in *MicroMega*, n. 1, 1987, pp. 83 e ss.

Orig. in « Democrazia e diritto », XLVII, 2010, 1-2 (*I cinquant'anni di "Democrazia e diritto")*, pp. 242-278.

quanto più condotto sul filo (sottile, ma implicitamente tranquillizzante) dell'identità personale. E infatti degli anni Settanta parlano oggi giuristi che furono (non sempre, ma spesso) protagonisti di quel tornante giuridico-culturale.

Non si tratta, naturalmente, di un nostalgico, collettivo "amarcord": il giurista degli anni Ottanta ripensa agli anni Settanta (o, più esattamente, alle vicende comprese fra gli anni Sessanta e gli anni Settanta) solo in quanto, si interroga intorno all'oggetto del proprio sapere disciplinare e alle caratteristiche del proprio ruolo. Ma interessante per l'osservatore è proprio la connessione che, a partire dall'indagine "al presente", viene instaurandosi con il recente passato; e non credo che basti a spiegarla la constatazione, banalmente storicistica, della contiguità immediata fra i due momenti. Perché, al di là della vicinanza cronologica, è proprio il senso e la modalità del nesso che si offrono come problema.

Il problema, così impostato, appare doppiamente complicato: per un verso, esso impegna a uno sforzo di decifrazione ermeneutica, tipico di ogni operazione storiografica; per un altro verso, esso viene sollecitato in termini schiettamente "valutativi" (in senso ampio), per spremerne indicazioni congruenti con l'una o l'altra proposta teorico-giuridica e/o politico-giuridica "al presente".

È solo al primo aspetto del problema (il versante ermeneutico-storiografico) che tenterò di dare una qualche risposta: provvisoria, in quanto, nell'economia di un breve saggio, la ricognizione delle fonti risulterà inevitabilmente lacunosa; ipotetica, in quanto, per lo stesso motivo, gli schemi interpretativi potranno apparire non di rado insufficientemente argomentati.

2. *Perché la "giurisprudenza alternativa"?*

È possibile individuare, in limine, un profilo della cultura giuridica degli anni Sessanta-Settanta, che possa aspirare a costituire, se non il centro di gravitazione del dibattito allora in corso, almeno un utile punto di osservazione delle posizioni che in esso si confrontavano? Non mancano indicazioni in questo senso in alcune recenti "rivisitazioni" degli anni Settanta. Si sottolineano così la scoperta dell'apertura culturale ("interdisciplinare") del sapere giuridico, l'incontro (o scon-

tro) con il marxismo (2), la scoperta della dimensione ideologica del diritto, l'antitesi, o tensione, fra "dogmatica" e "ideologia" (3); si indica negli anni Settanta lo scenario entro il quale si produce "una sorta di strappo dentro lo stesso ruolo del giurista", una crisi di legittimazione del sapere (e dell'ordinamento) giuridico (4); si riporta a quegli stessi anni l'emersione di un problema ancora aperto: il ruolo del giudice, la sua caratterizzazione (inevitabilmente? auspicabilmente?) "politica" (5).

Se questi sono i temi rilevanti, il loro naturale terreno di formazione e di maturazione non poteva essere che uno dei luoghi più augusti e tradizionali del sapere giuridico: la teoria dell'interpretazione (6). Essa però, raggiunta da sollecitazioni tematiche inedite, finiva per essere coinvolta in un tentativo di rifondazione del sapere giuridico e di ridefinizione del ruolo del giurista che andava ben oltre i confini entro i quali quella teoria tradizionalmente si conteneva. Una formula stilisticamente efficace sembrò, in un momento particolare della vicenda, compendiare il senso di queste aspirazioni: "uso alternativo del diritto", "giurisprudenza alternativa". È a essa che ancora oggi ci si riferisce come al ricettacolo privilegiato della progettualità teorico-giuridica del trascorso decennio. Gli spunti valutativi sono, certo, volta a volta diversi: ora se ne sottolinea la valenza puramente politica (7), ora se ne apprezzano le potenzialità "inventive" (8); oppure la si considera una "insidiosa stagione" affetta da "sociologismo" e "progressismo" (9)[9], o, al contrario, le si attribuisce una "imponente opera di demistificazione ideologica" (10).

In tanta, diversità di accenti è comunque possibile individuare un elemento di convergenza, sia pure implicito: la "giurisprudenza alter-

---

(2) A. Di Majo, *Gli appuntamenti mancati*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1983, p. 303.

(3) S. Rodotà, *Le difficili vie della ricerca civilistica*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1983, pp. 3 e ss.

(4) P. Barcellona, *I soggetti e le norme*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 11.

(5) M. Brutti, *I giudici, le regole, l'illegalità*, in *Democrazia e diritto*, n. 4-5, 1986, pp. 7 e ss.

(6) N. Irti, *La proposta della neo-esegesi*, in *Giustizia civile*, 1982, p. 66.

(7) *Ibidem*.

(8) V. Panuccio, *La fantasia nel diritto*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 126-127.

(9) P. Perlingieri, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Tendenze e metodo della civilistica italiana*, Esi, Napoli, 1979, p. 70.

(10) A. Galasso, *Trasformazioni del diritto privato e funzione del giudice*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1983, p. 34.

nativa" è stata (nel bene o nel male) altamente rappresentativa del clima culturale degli anni Settanta. Si tratta, ora, di capire *come* lo sia stata, attraverso quali itinerari, con quali esiti.

3. *Il prologo negli anni Sessanta: interpretazione giuridica e ruolo del giudice.*

Si pone, innanzitutto, il problema di una periodizzazione, di una scansione, convenzionale ma operativamente utile, della vicenda. Assumiamo pure, come evento provvisoriamente protagonistico, il convegno dedicato all'*Uso alternativo del diritto*, svoltosi a Catania nel maggio del 1972 (11): esso non ci potrà apparire l'inaugurazione estemporanea di una problematica inusitata, ma un intervento (organizzativamente, culturalmente) più complesso. Per un verso, esso raccoglie (e per ciò stesso, naturalmente, rafforza) un insieme di aspettative, proposte, tensioni strettamente contemporanee o immediatamente precedenti: producendo, nei confronti di queste, un effetto, per così dire, di monumentalizzazione, di incremento di autorevolezza e di potenzialità persuasiva. Per un altro verso, il convegno di Catania ci appare come momento intermedio di un itinerario che ci riporta all'indietro, nel bel mezzo degli anni Sessanta, dove cominciano a rendersi visibili alcuni almeno degli elementi tematici che matureranno, trasformandosi, all'inizio del decennio successivo. Per un altro verso ancora, negli anni che seguono immediatamente il convegno del 1972, la problematica da esso lanciata e diffusa si manterrà ancora in vita, ma in contesti significativi sensibilmente diversi.

Proviamo dunque a risalire all'indietro, verso la cultura giuridica degli anni Sessanta, lungo la direttrice dell'"interpretazione giuridica", alla quale abbiamo convenzionalmente ascritto la "giurisprudenza alternativa". Nell'ambito della cultura prodotta e organizzata dai giuristi di cattedra ci si imbatte in un evento, in qualche modo di routine, ma non trascurabile: il VII congresso nazionale di filosofia del diritto è

---

(11) AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, vol. I "Scienza giuridica e analisi marxista", vol. II *Ortodossia giuridica e pratica politica*, a cura di P. Barcellona, Laterza, Bari, 1973. Cfr., al proposito, *Un convegno sull'uso alternativo del diritto*, in *Quale giustizia*, 1973, pp. 184-185; G. Cotturri, *Uso alternativo del diritto*, in *Quale giustizia*, 1973, pp. 585 e ss. Cfr. anche F. Lucarelli, *La proprietà pianificata*, Napoli, Jovene, 1974, pp. 152 e ss. È tornato sul problema, nella linea di una ragionata ricostruzione critica, G. Cotturri, "Diritto, giudici, sistema politico e giustizia", in G. Cotturri e M. Ramat (a cura di), *Quali garanzie*, De Donato, Bari, 1983, pp. 8 e ss.

dedicato per l'appunto (in una delle due sezioni tematiche in cui si articola) al problema dell'interpretazione.

Nell'impossibilità di soffermarmi analiticamente sui risultati del congresso, valga una semplice impressione di lettura: a contatto con le due relazioni di Opocher (12) e soprattutto di Betti (13) — si ha la sensazione di affacciarsi agli elementi terminali di una lunga tradizione tutt'altro che monocorde, tutt'altro che arroccata su una teoria legalistico-formalistica dell'interpretazione e del sapere giuridico (14). Certo, lo stereotipo, delineato da Merryman (15) del giurista fedele allo "stile italiano" (lo stile, per usare le consuete formule, dell'astrattezza e del formalismo) non era inattendibile, ma non esauriva le possibilità immanenti nella tradizione: questa insomma metteva a disposizione, per chi lo volesse, opzioni teoriche differenziate. Tanto da far pensare che lo stereotipo del formalismo descrivesse, si, una scelta di metodo effettivamente praticata, ma si prestasse anche a funzionare come comoda testa di turco, come tipo ideale ("al negativo") di giurista contro il quale catalizzare facilmente spinte innovative anche molto diverse fra di loro.

Valga però anche un'altra impressione: nelle più inquiete e "aggiornate" delle comunicazioni congressuali la grande alternativa formalismo/antiformalismo si mantiene, certo, ma si precisa e si determina nel riferimento ai "soggetti" interpretanti, ai giudici, agli operatori giuridici: occorrerà capire, utilizzando Carriò e Hart, se (in che senso, in che limiti) i giudici creino diritto (16); bisognerà spostare l'attenzione sull'"interpretazione operativa", distinta dalla "dogmatica"

---

(12) E. Opocher, *Rapporti tra teoria generale e interpretazione*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965, pp. 407 e ss.

(13) E. Betti, *Di una teoria generale dell'interpretazione*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965, pp. 236 e ss.

(14) Si pensi a Calogero (cfr. S. Basile, *Intorno alla logica del giudice di Guido Calogero*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967, pp. 224 e ss.), ad Ascarelli, a Calamandrei (cfr. A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 437 e ss.). Dall'interno di una problematica specificamente "giudiziale", cfr. anche D. Greco, *Il tempo e la giustizia*, Comunità, Milano, 1963.

(15) J. H. Merryman, *Lo 'stile italiano: la dottrina*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, pp. 1169 e ss.; Id., *Lo 'stile italiano: l'interpretazione*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 1968, pp. 373 e ss. Per uno stereotipo "tradizionalista" dall'interno dei "mestiere di giudice", cfr. G. Pera, *Un mestiere difficile: il magistrato*, il Mulino, Bologna, 1967; cfr. al proposito le osservazioni critiche di M. Ramat, *Il mestiere del magistrato*, Il Ponte, 1967, pp. 467 e ss.

(16) M. A. Cattaneo, *Considerazioni sul significato dell'espressione 'i giudici creano diritto'*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 250 e ss.

come il "linguaggio" si differenzia dalla "lingua" (17); servirà avvertire che il problema dell'interpretazione si connette, si converte, in realtà, nel problema del ruolo del giudice, della sua legittimazione, del rapporto fra potere giudiziario e potere legislativo (18).

Il problema dell'interpretazione tende dunque a fare emergere, come sua propria componente, il problema del ruolo del giurista, in particolare del giudice. Certo, si può ragionevolmente sostenere che, "da sempre", entro l'una o l'altra teoria dell'interpretazione del diritto, opera l'una o l'altra immagine di giurista e di giudice. Ma è anche vero che, per l'Italia, proprio nella seconda metà degli anni Sessanta quella connessione viene esplicitamente (e polemicamente) tematizzata. Non si tratta di una congiuntura meramente dottrinale. Proprio nel 1965 ha luogo il XII congresso indetto dall'Associazione nazionale magistrati, notissimo, per chiunque abbia familiarità con la storia recente dell'associazionismo dei giudici (19), come il congresso di Gardone (20).

In apertura dell'incontro, la relazione di Maranini svolge il ruolo di detonatore di un dibattito che non è possibile, in questa sede, illustrare partitamente. Tornano in quella relazione, certo, i buoni, vecchi argomenti della polemica antiformalistica, ma non sono essi a costituire la novità dirompente: bensì, piuttosto, la tesi articolata intorno al rapporto fra "indirizzo politico fondamentale" (l'insieme dei valori e delle garanzie concretato nella Costituzione) (21) e "funzione giurisdizionale". Il rapporto esiste, per Maranini: non solo la Corte costituzionale

---

(17) L. Ferrajoli, *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 290 e ss.

(18) G. Tarello, *Il 'problema dell'interpretazione': una formulazione ambigua*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 349 e ss.

(19) Cfr. G. Moech, *La giustizia in Italia*, FrancoAngeli, Milano, 1970; M. Garavelli, *Le associazioni dei magistrati. Vicende e ideologia*, in *La giustizia in Italia negli anni Settanta*, Centro studi sociali, Milano, 1972, pp. 23 e ss.; R. Canosa, P. Federico, *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, il Mulino, Bologna, 1974; M. Capurso, *I giudici della repubblica*, Comunità, Milano, 1977; S. Senese, *Relazione*, in *Atti del seminario su La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale. Cenni storici e problemi* (Pisa, 1977), Milano, Giuffrè, 1978, pp. 11 e ss.; V. Accattatis, *Indipendenza e politicizzazione dei giudici nella storia dell'Associazione nazionale magistrati*, in *Questione giustizia*, 1986, pp. 745 e ss.; E. Bruti Liberati, *Associazionismo giudiziario e autogoverno*, *Democrazia e diritto*, n. 4-5, 1986, pp. 85 e ss.

(20) Associazione nazionale magistrati, *Atti e commenti del XII congresso nazionale* (Brescia, Gardone, 1965), Roma, 1966.

(21) G. Maranini, *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico*, in *Atti del XII congresso nazionale magistrati italiani*, cit., p. 11.

partecipa dell'indirizzo politico (22), ma anche il singolo giudice, nella misura in cui dovrà valutare il testo normativo alla luce del dettato costituzionale, esprimerà a sua volta un preciso "indirizzo di politica costituzionale" (23), insomma un indirizzo politico.

La persuasività delle tesi di Maranini, sul piano tecnico-giuridico, apparve certo piuttosto debole (24): ma non è su quel piano che essa era destinata a produrre i suoi effetti. Questi andavano piuttosto in due direzioni, diverse ma confluenti: da un lato contribuivano a immettere la tematica costituzionale nel cuore della teoria dell'interpretazione (25); dall'altro lato sollevavano il problema della valutatività e, con essa, della "politicità", della decisione giudiziale.

È sostanzialmente entro questi confini che si contiene il dibattito degli anni immediatamente successivi al congresso di Gardone. Chi sfogli le annate di *La magistratura* (l'organo dell'Associazione nazionale magistrati) comprese fra il 1965 e il 1970 si trova di fronte a un vivissimo e fitto intreccio di tesi, proposte, polemiche (26), i cui punti fermi possono essere sommariamente compendiati nei termini seguenti: *a*. compossibilità di scelte interpretative divergenti di fronte alla norma e, a maggior ragione, di fronte al sistema normativo nel suo complesso (polisemia del linguaggio normativo; lacune; antinomie; norme "in bianco" ecc.); *b*. enfatizzazione del ruolo dell'interprete (giudice), al quale è demandato il compito della riduzione dell'incertezza attraverso la sua decisione "creativa"; *c*. determinazione del senso della "creatività" giudiziale in due distinte direzioni: da un lato la collaudata polemica nei confronti del "sillogismo" giudiziale; dall'altro lato la

---

(22) Ivi, p. 17.

(23) Ivi, p. 20; cfr. anche G. MARANINI, *Giustizia in catene*, Comunità, Milano, 1964. Maranini si era già fatto promotore di un importante congresso sul problema dell'indipendenza della magistratura e della carriera dei giudici: G. Maranini (a cura di), *Magistrati o funzionari?*, Comunità, Milano, 1962. Cfr. anche, sul congresso di Gardone e in specie sulla relazione di Maranini, G. COLLI, *Dopo Gardone*, in *Rassegna dei magistrati*, 1965, pp. 436 e ss., cui seguirono una "lettera aperta", di Maranini e una replica di Colli (in *Rassegna dei magistrati*, 1966, pp. 442 e ss.).

(24) Dissente dalla tesi di Maranini la *Relazione* di G. Abbamonte, P. Barile, A. Predieri, in *Atti del XII congresso nazionale*, cit., pp. 257 e ss. Cfr. su tutta la vicenda A. PIZZORUSSO, *Introduzione*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, il Mulino, Bologna, 1974, pp. 30 e ss.

(25) Su questo punto si registrò una ampia confluenza di opinioni rispecchiata nella mozione approvata (cfr. *Atti del XII congresso nazionale*, cit., pp. 309-310).

(26) Cfr., per esempio, R. ODORISIO, *Il giudice e la legge: mito e realtà*, in *La Magistratura*, n. 10, 1967, pp. 6 e ss.; n. 11-12, 1967, pp. 15-16.

convinzione (assai meno "accademica" e tradizionale) del ruolo importante del giudice nella trasformazione della situazione giuridicamente (politicamente) consolidata; *d*. esigenza di riferirsi a strumenti capaci di guidare e di rendere possibile la decisione del giudice nel suo lavoro di riduzione dell'incertezza normativa; di qui i vari riferimenti (non necessariamente omogenei fra loro) alla "personalità" del giudice, ai valori, infine alla scelta "politica"; di qui la ricorrente evocazione (da parte avversaria) dello spettro (quanto mai vetusto) del diritto libero: un'arma polemica francamente spuntata, perché il variegato partito dei "gardoniani" tendeva a tradurre la tesi della politicità dell'interpretazione in termini giuridico-positivi; da ciò: *e*. l'affermazione di voler lavorare all'interno del sistema normativo, valorizzandone i diversi livelli gerarchici, per cosi dire rileggendolo a partire dalla "centralità" della norma costituzionale.

Se questi sono alcuni dei principali "capitoli ideali" del dibattito che si svolgeva in quegli anni, il tema protagonistico, esplicitamente affrontato, ma soprattutto operante *per facta concludentia*, è un altro: la ridefinizione del ruolo sociale, e professionale, del giudice. Ora, questa operazione (e l'intero dibattito sull'interpretazione) è certamente condivisa da giudici come da giuristi di cattedra, ma il peso specifico della tesi, il suo aspetto "pragmatico", cambia notevolmente a seconda del gruppo sociale entro il quale la tesi prende a formarsi e a circolare.

In altri termini, il dibattito sull'interpretazione (e la conseguente ridefinizione del ruolo del giudice) non è soltanto una vicenda "dottrinale" (con effetti politici mediati e indiretti), ma è (anche) un momento importante del conflitto interno al gruppo professionale "magistratura", l'occasione per un salito di qualità: le tensioni e le rivendicazioni "particolaristiche", endo-organizzative (il conflitto con l'alta magistratura, il problema della carriera ecc.) si estendono a una messa in discussione (non più "corporativa", ma tendenzialmente "universalistica") della legittimazione sociale e professionale del tradizionale "mestiere di giudice" (27).

Naturalmente, per chi si occupi di sociologia della magistratura, il problema si apre, non si chiude, con una siffatta constatazione (28). Dal

---

(27) G. Freddi, *Tensioni e conflitto nella magistratura*, Laterza, Bari, 1977, pp. 136 e ss.

(28) Non sono mancati, fra gli anni Sessanta e Settanta, numerosi studi, di ispirazione sociologica, su vari aspetti della magistratura: cfr. E. Moriondo, *L'ideologia detta magistratura italiana*, Laterza, Bari, 1967; AA.VV., *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Laterza, Bari, 1970; F. Governatori, *Stato e cittadino in tribunale*, Laterza, Bari, 1970; R. Treves,

mio punto di vista, basta accennare all'esistenza di un versante "pragmatico" (una autovalorizzazione di ceto) del dibattito sull'interpretazione nei tardi anni Sessanta ([29]); e non interessa poi chiedersi fino a che punto le dichiarazioni universalistiche, in quegli anni, coprano una rivendicazione "corporativa", o piuttosto l'interesse di gruppo funga da semplice cassa di risonanza di una trasformazione culturale. Se si condivide infatti l'ipotesi di massima di un radicamento "pragmatico" delle tesi degli "innovatori" nel cuore di un lungo processo di autovalorizzazione di ceto, risulta subito fortemente motivata la tendenza a calare il discorso sull'interpretazione nel vivo della decisione giudiziale. E appare anche più comprensibile uno stile singolare (che posso solo enunciare ma non illustrare) del dibattito: l'iteratività, il continuo tornare degli argomenti nel moltiplicarsi degli interventi, l'ostinarsi intorno a tesi già continuamente sostenute e confutate. Ma, appunto, non si trattava di argomentazioni disinteressate, ma, per così dire, di argomentazioni militanti: si giocava già fin da allora una partita più complessa di uno scambio di pareri.

4. *Il prologo negli anni Sessanta: i giuristi immaginano il mutamento sociale.*

Le vicende specifiche di un ceto professionale, la magistratura, alimentavano e "drammatizzavano" il dibattito sull'interpretazione (e, in esso, il ruolo del giurista e il carattere "politico" della sua attività); costituivano quindi per esso, e per le sue specifiche modalità, una condizione importante, ma certo non sufficiente. Non si pensi insomma a un processo unilineare che abbia il suo epicentro in un unico gruppo professionale, ma piuttosto a un andamento frastagliato dove aspettative e interessi diversi si sommano moltiplicando i propri effetti. E si rendono allora frequenti le aperture alla nuova problematica nell'am-

---

Giustizia e giudici nella società italiana, Laterza, Bari, 1972. Più di recente è uscito un importante lavoro di M. R. FERRARESE, *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Esi, Napoli, 1984; cfr. al proposito G. REBUFFA, *La magistratura tra professione e sistema politico. A proposito di un recente libro*, in *Sociologia del diritto*, 1985, pp. 115 e ss. Cfr. anche M. BORLANDI, voce *Magistratura*, in P. FARNETI (a cura di), *Politica e società*, vol. II, La Nuova Italia, Firenze, 1979, pp. 519 e ss.

([29]) Cfr. S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura civile*, 1969, pp. 413 e ss. In termini generali cfr. M. WEBER, *Economia e società*, vol. II, Comunità, Milano, 1968, pp. 186 e ss.

bito della produzione testuale dei giuristi di cattedra (30), così come le utilizzazioni di *auctoritates novae* negli interventi dell'uno o dell'altro giudice, all'interno di un campo tematico ormai larga-mente comune.

Di questo campo tematico ho già richiamato alcuni dei principali profili: la "politicità" dell'interpretazione, il richiamo alla Costituzione, il ruolo del giurista e del giudice. Credo però che ciascuno di questi luoghi (per così dire, endo-disciplinari) del discorso traesse senso dal riferimento a un'immagine continuamente evocata: l'immagine di un mutamento sociale in atto, vasto e "accelerato" secondo ritmi fino ad allora inusitati.

Non si andava di frequente al di là dell'immagine, in un tentativo di articolare analiticamente l'oggetto sociale (supposto) in mutamento; ma ciò nonostante (o forse proprio per questo) il ruolo argomentativo dell'immagine era importante, anche se vario. Poteva trattarsi, certo, di una semplice clausola di stile, ma si prestava a divenire spesso il fondamento ultimo (e lo strumento di potenziamento) delle proposte "innovative": la modificazione delle categorie interpretative, del ruolo del giurista e del giudice non conseguiva a una bizzarra volontà "particolaristica", ma riposava sulle "oggettive" esigenze della società.

Non mancava poi chi si impegnava nel dare al mutamento sociale connotati più specifici e nel rapportare a essi il ruolo del giurista. La cifra del mutamento, si diceva, è l'imporsi della società "industriale" o "tecnologica" (31). L'impatto della scienza e della tecnologia sulla produzione e, quindi, sull'intera società era tale da cambiarne rapidamente il volto: la nuova società si avviava a essere liberata dalla povertà, quindi dal conflitto, sul piano interno e internazionale (32); "la società tecnologica alimenta... la pace sociale e si regge su di essa" (33). Certo, essa presenta anche pericoli ed elementi negativi — dalla "massifica-

---

(30) Si pensi, per un verso, alle traduzioni, proprio nel 1965, di Ross (A. Ross, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965), a cura di G. Gavazzi, e di Hart (H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965), a cura di M.A. Cattaneo; e, per un altro verso, alla pubblicazione di opere di notevole rilievo, quali, sul versante storico-giuridico, M. Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto*, Giuffrè, Milano, 1969; e, sul versante filosofico-giuridico, L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967. Si ricordi poi, per i primi anni Sessanta, il contributo arrecato alla diffusione delle teorie "realistiche" da G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962.

(31) S. Cotta, *Il compito del giurista nell'ora presente*, in *Iustitia*, 1966, p. 172.

(32) Ivi, p. 174.

(33) S. Cotta, *Il giurista e la società in trasformazione*, in *Jus*, 1967, pp. 7 e ss.

zione" dell'individuo (34) alla rottura dei legami tipici della società tradizionale (35) —, ma i loro effetti possono essere, se non eliminati, contenuti.

È di fronte all'avvento della società tecnologica che il giurista aspira a un ruolo rinnovato e insieme confermato: non sarà un semplice esegeta (36), ma il responsabile "del continuo completamento e aggiornamento del sistema normativo"; amministrerà l'esistente, contemperando interessi diversi, "ma non potrà sottrarsi al compito di ideazione, di progettazione delle nuove istituzioni" (37); farà insomma opera di mediazione "tra conservazione e innovazione" (38).

È interessante, perché abbastanza diffuso all'epoca, un siffatto schema di rappresentazione del mutamento sociale; lo stile argomentativo è, insieme, descrittivo e valutativo: si esprimono aspettative complessivamente "positive" nei confronti del processo che si viene descrivendo. Si prevede il senso del processo nel decrescere della conflittualità sociale e nell'incremento dell'integrazione nell'unità della razionalità produttivo-tecnologica. Si prevede, in conseguenza di ciò, il potenziamento del ruolo del giurista, che aggiunge alla capacità di razionalizzazione del sistema giuridico esistente la facoltà di progettare e inventare.

Si tratta, naturalmente, di uno schema "ideale" di rappresentazione del mutamento sociale, rispetto al quale le posizioni individuali degli "innovatori" potevano essere anche sensibilmente divergenti. Ma non al punto da cancellare gli estremi del modello: il richiamo "positivo" al mutamento sociale; l'innesto dell'immagine del "mutamento" nel cuore del dibattito giuridico. Valga un esempio per tutti: il "classico" problema della certezza del diritto, tradizionale roccaforte del giurista "formalista", viene ricorrentemente affrontato (39) per essere messo in frizione, e ridefinito per questa via, proprio con la categoria di "mu-

---

(34) Ivi, p. 15.

(35) S. COTTA, *Il compito del giurista nell'ora presente*, cit., p. 175.

(36) S. COTTA, *Il giurista e la società in trasformazione*, cit., p. 17.

(37) Ivi, p. 20.

(38) S. COTTA, *Il compito del giurista nell'ora presente*, cit., p. 181. Cfr. anche S. COTTA, *La sfida tecnologica*, il Mulino, Bologna, 1968.

(39) Cfr. M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970. Cfr. anche I. CAPPELLI, *Certezza del diritto e ordinamento giudiziario*, in *La giustizia in Italia*, cit., pp. 67 e ss.

tamento"; si dirà allora che la certezza deve essere storicizzata (40), che essa, e con essa l'intero assetto normativo, deve essere riportata a "una realtà dal dinamismo crescente" (41); che, se è vero che la tradizione giuridica tende a essere conservatrice, a resistere al mutamento, tuttavia il giurista deve farsi "protagonista primario dello sviluppo della società" (42). Le formule si possono moltiplicare e combinare variamente, ma lo schema soggiacente opera sempre nel senso di instaurare un collegamento fra l'immagine del mutamento e la trasformazione del sapere e della pratica giuridica.

5. *Le sorprese del 1968: i giuristi scoprono una "nuova" conflittualità.*

Le aspettative connesse al modello di rappresentazione del mutamento (un modello che potrei convenire di chiamare "industrial-consensualista") erano duplici: da un lato si prevedeva che il mutamento sociale procedesse lungo la linea di una progressiva riduzione della conflittualità sociale; dall'altro lato si auspicava che il giurista si inserisse del tutto naturalmente in questo processo, adeguando i propri strumenti alla "realtà", connettendo passato e futuro.

Ora, per siffatte aspettative il biennio 1968-1969 costituì indubbiamente una brutta sorpresa. Evitiamo però subito un equivoco: non si tratta di stabilire, in questa sede, se davvero le vicende di quel biennio dovessero denunciare l'illusorietà di quelle aspettative. Non si tratta insomma di valutare la "reale" incidenza della conflittualità

---

(40) D. CORRADINI, *Il problema del controllo dei valori nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 264 e ss.; cfr. anche D. CORRADINI, *Ideologia e magistratura*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968, pp. 1105 e ss.

(41) S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1967, p. 96.

(42) G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1970, p. 970. Cfr. anche U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, in *La Magistratura*, n. 1-3, 1968, pp. 8-9. Si tengano presenti, da un punto di vista diverso ma confluente, le pagine di N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, pp. 1312 e ss. (cfr. anche ID., *La funzione promozionale del diritto rivisitala*, in *Sociologia del diritto*, n. 3, 1984, pp. 7 e ss.). Non mancano, naturalmente, le voci (anche fieramente) discordi. Cfr., per esempio, S. SATTA, *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, vol. I, Padova, Cedam, 1969, pp. 66 e ss.; ID., *Nuovi aspetti della lotta politico-sindacale e riflessi sulla concezione del diritto*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, vol. II, cit., pp. 62 e ss.; G. ASTUTI, *Intervento*, in AA.VV., *Il giudice e la legge*, Quaderno di Iustitia, n. 22, Milano, 1971, pp. 40 e ss.

sociale di quegli anni nel sistema socio-politico italiano nel suo complesso, ma semplicemente di capire qualcosa delle rappresentazioni e delle strategie di un ceto professionale (o di alcuni settori di esso): non ciò che il movimento studentesco o la contestazione operaia "furono", ma ciò che essi "divennero" nello specchio del giurista (dell'uno o dell'altro giurista).

Per chi guardava, dunque, al mutamento sociale nella prospettiva di una (constatata e/o auspicata) diminuzione del conflitto, l'esplosione della "contestazione" studentesca provocò una comprensibile delusione. Per chi invece apparteneva all'ala più inquieta e impaziente del partito dei giuristi "innovatori" il biennio 1968-1969 sembrò costituire, per un verso, una inopinata accelerazione del mutamento, per un altro verso, lo stimolo a una più decisa "rottura" della tradizione.

Il movimento studentesco è salutato come la vivente smentita del modello industrial-consensualista del mutamento sociale e se ne sottolinea l'ideale continuità con il lavoro "innovativo" svolto negli anni precedenti: la lotta contro "il formalismo giuridico" e la "scissione tra diritto e politica" si saldano con l'esigenza, espressa dal movimento degli studenti, di una "comprensione critica del presente", "di una democrazia che si costruisca dal basso" (43).

Si tratta naturalmente solo di un primo "segnale" di un nuovo clima: ma altri se ne sarebbero rapidamente aggiunti. È ancora nel 1968 che la corrente più intransigente dello schieramento "gardoniano", Magistratura democratica, illustra, nelle pagine della rivista *II Ponte*, il proprio punto di vista sulla magistratura (44); non si tratta di posizioni tutte omogenee fra di loro, per un verso, né di posizioni inedite: ritroviamo i punti fermi del dibattito degli anni precedenti (dalla polemica contro il "giudice-funzionario", alla polemica antilegalistica, al privilegiamento della Costituzione), ma anche una graduale accentuazione degli spunti critici nei riguardi della "diseguaglianza materiale" e insieme l'esigenza di un loro inveramento nella concreta pratica giurisprudenziale: una giustizia per il pastore sardo — scriverà Ramat con toni esplicitamente milaniani — nel vivo della "nostra giurisprudenza quotidiana" (45).

Non passerà molto tempo che il tema "post-gardoniano" della politicità dell'interpretazione e del ruolo del giurista si colorerà delle

---

(43) Brevi considerazioni sul movimento studentesco, in *Democrazia e diritto*, 1968, pp. 305 e ss.

(44) *II Ponte*, n. 6-7, 1968.

(45) M. RAMAT, *Che cosa abbiamo voluto dire*, Il Ponte, n. 6-7, 1968, pp. 725-726.

tinte ancora più fosche e scandalose della "lotta di classe": l'immagine del mutamento si è determinata nell'idea del conflitto e il conflitto passa "attraverso la lotta di classe" (46). L'espressione "la giustizia è di classe" comincia a essere una parola d'ordine: non ancora una teoria (dell'interpretazione, del ruolo del giurista), ma certo la spia di un atteggiamento in rapida trasformazione.

Il mutamento è conflittuale, dunque, e i conflitti ruotano intorno al conflitto determinante, la lotta di classe, ma coinvolgono anche lo stato, la sua organizzazione, i rapporti fra stato e cittadini, determinano una opposizione fra "autoritarismo e libertà" (47). Si intuiscono già i presupposti di una strategia politico-giuridica che si svilupperà e si complicherà nel successivo decennio. L'immagine di una società spaccata verticalmente dal conflitto si salda con la percezione di una frattura interna alla stessa struttura politico-statuale (autoritarismo/libertà), di cui le tensioni specifiche della magistratura sono soltanto un aspetto particolare.

Il conflitto sociale si traduce dunque, in qualche modo, in termini, per così dire, endo-istituzionali, imponendo al giudice, al giurista, un suo ruolo nel conflitto e quindi una sua strategia; è sul piano della strategia che la nuova immagine del mutamento sociale tende a saldarsi con gli strumenti della polemica (per intendersi, antiformalista) degli anni precedenti: la "politicità" del giudice, il ricorso alla Costituzione come perno dell'operazione interpretativa (48). Solo che quegli strumenti, impiegati a partire da un quadro di riferimento in rapida mutazione, tendevano a essere solo apparentemente identici a se stessi.

6. *I primi anni Settanta: il dispiegarsi dell'"alternativa".*

Anche prima dello spartiacque 1968-1969, naturalmente, le posizioni interne allo schieramento dei giuristi "innovatori" erano notevolmente differenziate (e, per la magistratura, si concretizzavano, come è noto, in vere e proprie correnti anche elettoralmente competitive). Si trattava però, ancora, a mio avviso, di differenze, per così dire, più di grado che di qualità, e comunque accomunate da un patrimonio

(46) M. Ramat, *Quale giustizia*, Il Ponte, 1969, p. 1582.

(47) *Ibidem*. Cfr. anche D. Greco, *Il reclutamento dei giudici*, Il Ponte, 1968, pp. 842 e ss.

(48) M. Ramat, *Discorso di un giudice alla 'contestazione globale'*, in *La Magistratura*, 1-2, 1969, p. 3.

teorico-giuridico in larga misura comune. La mia impressione è che il momento di rottura (sul piano della strategia discorsiva) coincida con la sostituzione, prima "strisciante" e poi esplicitata e tematizzata, di un modello "conflittualistico" a un modello "consensualistico" nella rappresentazione del mutamento sociale.

Le strategie politico-giuridiche che si profilano a partire da un siffatto cambiamento di modelli di riferimento prenderanno strade sempre più divergenti, ma avranno in fondo un punto d'origine comune: la scoperta (felicemente o infelicemente) "traumatica" dell'incremento della conflittualità. Si constata il dato, che si ritiene socialmente e politicamente determinante, del conflitto e si collega a esso o un'immagine valutativo-positiva (ancora largamente indeterminata) di trasformazione e rinnovamento o un'immagine valutativo-negativa di sovvertimento e distruttività.

Le strade cominciano a divergere nettamente. Da una parte, l'ottimismo con il quale fino a poco tempo prima si guardava al mutamento sociale (e, attraverso di esso, alla politicità dell'interpretazione e del ruolo del giurista) dà luogo ad atteggiamenti esplicitamente autocritici ([49]). Di fronte al divampare del conflitto, la politica appare come il momento del particolarismo e della contrapposizione, cessa di apparire la naturale alleata del diritto, al quale si attribuisce, a contrario, una funzione di "pacificazione" e una vocazione "universalistica": che, si tiene a precisare, "nel momento storico attuale... si fa sentire più urgente" ([50]).

Da un lato, l'enfatizzazione della funzione mediatrice e pacificatrice (quindi, in quel contesto, "antipolitica") del diritto; dall'altro lato, la riaffermazione della politicità del diritto, attraverso la scoperta della dimensione conflittuale della politica e, insieme, dell'utilizzabilità strategica del conflitto. Si profilava dunque una netta polarizzazione, all'interno delle strategie discorsive dei giuristi, sulla base delle diverse aspettative formulate di fronte alla dilagante conflittualità. Non si trattava certo di opinioni "indolori". Ho già ricordato come l'aspetto "pragmatico" delle diverse enunciazioni fosse facilmente rilevabile non appena si tenessero presenti i principali autori e i principali destinatari di molte di esse: i giudici impegnati nel vivo delle lotte interne al loro gruppo professionale. L'iteratività delle enunciazioni, il loro frequente servire (anche) come segnale di riconoscimento e di appartenenza, già

([49]) S. COTTA, *Intervento*, in AA.VV., *Il giudice e la legge*, cit., p. 99.

([50]) *Ibidem*. Cfr. anche S. COTTA, *Diritto e politica*, in *Iustitia*, 1974, pp. 1 e ss.

registrato per i dibattiti degli anni immediatamente precedenti, si conferma e si drammatizza, in più sensi.

Si pensi alla situazione interna alla magistratura: dalla scissione di Magistratura democratica (51), ai discorsi dei procuratori generali (52), ai provvedimenti disciplinari a carico dei "magistrati scomodi" (53) (e si tratta solo di un rapidissimo richiamo a vicende che devo dare per note), tutto parla a favore di una radicalizzazione delle tensioni specifiche dell'istituzione giudiziaria, a cavallo fra gli anni Sessanta e i primi anni Settanta, perfettamente corrispondente alla polarizzazione delle prospettive teoriche e ideologiche di riferimento.

Si pensi, per altri versi, al mondo dei giuristi di cattedra, dove le tensioni si manifestano forse con toni più trattenuti, in tempi lievemente ritardati e secondo diverse formule organizzative, ma altrettanto inequivocabilmente; si pensi al gioco incrociato delle varie riviste — in parte già esistenti e in parte nate proprio nel vivo di quel particolare clima politico-culturale (54) — e alla vivacità della loro contrapposizione nei primi anni Settanta.

La constatazione dell'immediato risvolto pragmatico delle diverse opinioni contendenti non dovrebbe tuttavia, a mio avviso, trasformarsi (indebitamente: sul piano ermeneutico generale come sul piano dell'analisi specifica che ora ci concerne) nella tesi dell'assenza di un loro spessore, di una loro consistenza discorsiva, quasi pallide larve di una mera dialettica "amico-nemico". Il conflitto politico, il conflitto sociale, il conflitto nelle istituzioni è, certo, il contesto situazionale entro il quale le varie formazioni discorsive "funzionavano" concretamente: ma quel conflitto diveniva anche il loro oggetto teorico, esplicitamente tematizzato, il perno delle loro strategie.

Non ci si aspetti, però, che la polarizzazione delle posizioni a confronto implichi l'automatico rinnovamento degli argomenti impiegati da ciascuna di esse. Se, per esempio, si scorrono gli Atti del XIV

---

(51) Cfr. M. RAMAT, *Una piccola storia in una grande storia*, in M. RAMAT (a cura di), *Storia di un magistrato. Materiali per una storia di Magistratura democratica*, Il Manifesto, Roma, 1986; e bibl. sopra, nota 19.

(52) Cfr. A. SANTONI RUGIU, M. MOSTARDINI (a cura di), *I procuratori generali. Linguaggio, politica, educazione nei discorsi dei procuratori generali*, Guaraldi, Rimini, 1974.

(53) Cfr. *Magistrati scomodi. Un tentativo di epurazione*, Bari, Dedalo, 1974.

(54) Si pensi a *Politica del diritto*, *Quale giustizia*, *Democrazia e diritto* (nuova serie), *Critica del diritto*, *Diritto e società*.

congresso dell'Associazione nazionale magistrati, del 1970 (55), si ha la sensazione di trovarsi di fronte a opinioni, non tanto nuove e impreviste, ma semmai stabilizzate e più saldamente formulate. Potrà così essere invocato, da un lato, l'argomento sempre efficace della certezza del diritto (56). Oppure, da un altro lato, si ricorderà di dover interpretare la certezza in modo "dinamico", rapportandola alle continue modificazioni dell'ordinamento e della società, purché però si tengano presenti, nel giudizio, non solo la propria scelta ideologica ma "le tensioni e le aspirazioni dell'intera comunità sociale" (57): l'aggiornamento dei concetti viene condotto sulla base dell'esigenza, resa urgente dalla crescente polarizzazione, di dare una forma definita e inconfondibile alla propria posizione politico — giuridica. Se questa era una necessità comune a tutti i contendenti, essa si presentava particolarmente imperiosa per quella posizione che recepiva, sì, numerosi concetti degli anni "gardoniani" del dibattito, ma si accingeva anche a imprimere a essi una particolare "torsione", connettendoli a un quadro di riferimento teorico sensibilmente mutato: una posizione che, nel congresso del 1970, si presentava già come una scelta "alternativa" (58).

7. *Il programma della "giurisprudenza alternativa": gli obiettivi e i presupposti.*

Le linee di una giurisprudenza "alternativa" (59) cominciano dunque a essere tracciate, muovendo dallo spartiacque 1968-1969 e infit-

---

(55) Associazione nazionale magistrati, *Atti del XIV congresso nazionale* (Trieste, 1970), Roma, 1970.

(56) Cfr. Magistratura indipendente, *Magistratura e società nel nostro tempo* (Atti del convegno, Trieste, 1972), Trieste s. d.

(57) G. GIACOBBE, *Relazione*, in Associazione nazionale magistrati, *Atti del XIV congresso nazionale*, vol. II, cit., p. 67. Cfr. anche G. GIACOBBE, *Evoluzione e creatività della giurisprudenza*, in *Ordine giudiziario e comunità democratica*, Milano, 1973, pp. 9 e ss. Cfr., in questo senso, anche Consiglio superiore della magistratura, *Realtà sociale e amministrazione della giustizia. Relazione annuale sullo stato della giustizia*, Roma, 1970.

(58) E.O. PACIOTTI, *Appunti per una politica della giustizia*, in Associazione nazionale magistrati, *Atti del XIV congresso nazionale*, vol. II, cit., p. 98. Si tenga però presente la singolare anticipazione che dei principali temi, prima "gardoniani" poi "alternativi", aveva dato, già agli inizi degli anni Sessanta, U. Natoli, "Sul 'ruolo' del giurista nel mondo contemporaneo", *Democrazia e diritto*, 1960, pp. 5 e ss. Fra i "gardoniani", cfr. anche gli spunti offerti da M. RAMAT, *Risposta alla lettera dell'uditore*, in *La Magistratura*, 1966, p. 19.

(59) Si tratta, più esattamente, di un discorso comprensivo di proposizioni relative al "sapere intorno al diritto" (alla *jurisprudence*) così come di proposizioni relative alle operazioni giudiziali (alla giurisprudenza): di esso parlerò quindi (salvo poi distinguere fra

tendosi approssimativamente, entro l'intero primo quinquennio degli anni Settanta, per iniziativa di giudici e giuristi di cattedra per i quali la parola d'ordine "giustizia di classe" era valsa come richiamo a un riorientamento radicale del proprio quadro di riferimento. Al di là delle parole d'ordine e dei suggestivi (ma indeterminati) richiami all'"alternativa", però, il compito di riformulare i problemi specifici del dibattito giuridico a partire da una mutata prospettiva teorico-politica era in realtà tutto da assolvere: da ciò il fitto in treccio di testi che, nei primi anni Settanta, si richiamano e si implicano a vicenda. Sarebbe interessante, ma è impossibile in questa sede, rileggerli analiticamente. Tenterò solo di ricordare schematicamente alcuni dei principali temi da essi coinvolti.

A. Continua a essere importante, anzi si rafforza fino a divenire determinante, il rinvio a un'immagine di mutamento sociale che valga come criterio di impostazione e soluzione dei problemi (anche) specificamente giurisprudenziali. Il quadro di riferimento — ed è un primo elemento di novità — cessa però di essere evocato sommariamente e assume la forma di una compiuta e complessa teoria socio-politica: il marxismo, ovviamente quel marxismo che si era venuto sviluppando nell'Italia degli anni Sessanta-Settanta.

Su questa base, il riferimento alla "realtà sociale", alla "società", tende a determinarsi individuando innanzitutto, come "cifra" di essa, il tema della contraddizione. Ora, la contraddizione (fra sviluppo delle forze produttive e rapporti sociali di produzione) è un elemento indubbiamente centrale del dibattito fra marxisti negli anni Sessanta e dà luogo a posizioni fortemente divergenti sul piano teorico (60) e, da un altro punto di vista, anche strategico (61). È interessante però osservare che il giurista non entra, di regola, nel merito del quadro di riferimento adottato: tende ad assumerlo in blocco, o, per meglio dire,

---

le due diverse componenti) come di una metagiurisprudenza (per sottolinearne il carattere di "riflessione di secondo grado") o come di un programma di giurisprudenza (per sottolinearne l'aspetto "ottativo", progettuale).

(60) Si pensi al dibattito sulla "contraddizione" fra Luporini, Badaloni, Colletti, Della Volpe (cfr. F. CASSANO, *Marxismo e filosofia in Italia (1958-1971). I dibattiti e le inchieste su "Rinascita" e "Il Contemporaneo"*, De Donato, Bari, 1973).

(61) Si pensi alle idee di "totalità" e "contraddizione" nella linea di riviste quali *Quaderni rossi* e *Classe e stato*, e alle conseguenze strategiche che se ne traevano, divergenti rispetto alla politica del partito comunista (cfr. N. BADALONI, *Il marxismo italiano degli anni Sessanta*, in AA.VV., *Il marxismo italiano degli anni Sessanta e la formazione teorico-politica delle nuove generazioni*, Editori Riuniti, Roma, 1972).

nei suoi profili essenziali, tanto da poterlo usare come modello, in sé coerente e, come tale, capace di dispiegare i suoi effetti sul terreno della giurisprudenza (e della *jurisprudence*).

Da questo punto di vista, il tema della contraddizione assume una indubbia centralità nel quadro della metagiurisprudenza "alternativa". Il mutamento sociale si era già proposto al giurista non più sotto la forma di una graduale e consensuale trasformazione, ma di una diffusa e crescente conflittualità. Di fronte a questa inopinata conflittualità il giurista "alternativo" cerca un modello esplicativo e, su questa base, una strategia: il tema della contraddizione sembra offrire coerentemente l'uno e l'altra.

La contraddizione si presenta innanzitutto come "reale", "oggettiva", struttura "profonda" della società capitalistica (e quindi della società italiana in quella specifica fase storica).

La contraddizione poi si propone come criterio di ordinamento dei dati essenzialmente dicotomico: la pluralità dei conflitti tende a strutturarsi, almeno in ultima istanza, intorno a una "frattura" fondamentale di cui i conflitti sono espressione e conferma.

La contraddizione, ancora, tende a segnare, direttamente o indirettamente, i più vari aspetti della fenomenologia politico-sociale e prolunga i suoi effetti, non solo nei rapporti fra gli apparati dello stato e la società, ma fin dentro le stesse organizzazioni istituzionali.

La contraddizione, infine, appare come l'oggetto di una teoria che si vuole "scientifica" in due sensi: in quanto dotata di un suo specifico valore di verità, in quanto capace di prestazioni predittive. Come tale, essa appare capace di sostenere una strategia linearmente (anche se non semplicisticamente) riconducibile a essa: una strategia politica, certo, ma anche una strategia giuridica.

Anche per essa, la strada da seguire è la "ricerca della contraddizione all'interno non solo della società, ma anche dello stato borghese, nel cui ordinamento troviamo la compresenza... di una legislazione di classe" con "principi incompatibili" con quella (62). È alla luce del prolungarsi nell'ordinamento giuridico, nel sistema normativo, degli effetti ultimi della contraddizione fondamentale che il giurista definirà le condizioni del suo intervento "alternativo".

L'"alternativa" si definisce innanzitutto "negativamente", come il

---

(62) L. BASSO, *Giustizia e potere. La lunga via al socialismo*, in *Quale giustizia*, 1971, p. 652.

come "il contrario dell'interpretazione evolutiva" (63): questa si ispira allo stereotipo dell'adeguamento della norma a una "realtà sociale" concepita come movimento unitariamente, organicamente progrediente e attribuisce di conseguenza al giudice il ruolo di "mediatore dei conflitti sociali" (64). È a questa immagine di mutamento e alla sua traduzione politico-giuridica che la metagiurisprudenza "alternativa" si vuole appunto, se mi si passa il bisticcio, alternativa: in quanto impegnata non in un'opera di adeguamento e mediazione, ma in un tentativo di "fare scoppiare le contraddizioni inerenti al rapporto capitale-lavoro" (65). Certo, quella che viene frequentemente chiamata la "manovra della contraddizione" è complessa e deve essere eseguita sul terreno dell'economia come della politica e del diritto (66), ma il senso principale di essa, sul terreno di una "politica" dell'interpretazione giuridica, è l'esaltazione delle fratture, delle disomogeneità, che costituiscono, per così dire, le sedimentazioni, nel sistema normativo, del conflitto politico-sociale.

B. Le categorie che, sullo sfondo, sorreggono il privilegiamento tematico della contraddizione sono, coerentemente, la "dialettica" e la "totalità" (67); non si tratta di locuzioni vuote o di meri segnali di riconoscimento, ma della convinzione di potere (e di dovere) disporre di una teoria della società che concepisce il proprio oggetto come una "totalità reale", le cui articolazioni particolari appaiono comprensibili solo in rapporto a essa. La novità, ancora una volta, non sta ovviamente nel quadro di riferimento, ma nella convinzione di doversi riferire a esso dall'interno del mestiere di giurista: sarà proprio l'editoriale della nuova serie di *Democrazia e diritto* a salutare l'incontro del sapere

---

(63) L. Ferraioli, *Intervento* al convegno su Giustizia e potere (Anno culturale di Chianciano, 1971), *Democrazia e diritto*, 1971, p, 460. Cfr. anche B. De Giovanni, *Significato e limiti del 'riformismo giuridico'*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, cit., p. 254; P. Barcellona, *Uso alternativo e riserva di liceità a favore della prassi 'emancipatoria'*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, vol. II, cit., pp. 127-128. Vedine una brillante anticipazione in E. Melandri, *È logicamente corretto l'uso dell'analogia nel diritto?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968, pp. 1 e ss.

(64) L. Ferraioli, *Intervento* al convegno su Giustizia e potere, cit., p. 460; cfr. anche L. De Marco, *Intervento* al convegno su Giustizia e potere, cit., pp. 441 e ss.

(65) A. Di Majo Giaquinto, *Intervento* al convegno su Giustizia e potere, cit., p. 392.

(66) U. Cerroni, *Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, cit., pp. 1 e ss.

(67) P. Barcellona, *Introduzione*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, cit., vol. II, p. IX; R. Guastini, *Fondamenti teorici del cosiddetto 'uso alternativo del diritto' nel marxismo*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, vol. II, cit., pp. 10-12.

giuridico con il marxismo come "un avvenimento di grande rilievo" (68), a trarre da esso lo stimolo a connettere diritto e politica, a ricostruire "la società come un tutto" (69).

C. Il programma giurisprudenziale "alternativo", dunque, fonda se stesso rinviando alle categorie di dialettica, totalità, contraddizione, ma esplica poi una attività prepositiva, per così dire, in proprio. Esso si presenta innanzi tutto come una *jurisprudence* impegnata a suggerire definizioni innovative del metodo e dell'oggetto del sapere giuridico: dalla denuncia del carattere economicamente, socialmente condizionato delle categorie giuridiche (70), all'affermazione della "separatezza" del diritto (del sapere giuridico, del ceto dei giuristi) nel quadro della dinamica economica e istituzionale della società capitalistica (71), alla critica del sapere giuridico tradizionale e del rapporto da esso instaurato fra "norme" e "fatti" (72).

La metagiurisprudenza alternativa, poi, coinvolge, per un verso criticamente, per un altro, verso prescrittivamente (strategicamente), il ruolo del giurista e in particolare del giudice. Dal primo punto di vista, la critica raggiunge uno dei luoghi più frequentati nel dibattito degli anni Sessanta, la questione della "politicità" del giudice, ne riprende gli argomenti e li connette alla critica della "natura di classe" della magistratura (73). Dal secondo punto di vista, le novità sono certo maggiori, anche se non prive di anticipazioni nei tardi anni Sessanta: l'esigenza della rottura della "chiusura corporativa" della magistratura, l'affiorare di una diversa sensibilità nei riguardi dell'opinione pubblica, già patrimonio della magistratura "progressista" degli anni Sessanta, si complicano e si radicalizzano a contatto con il quadro di riferimento "dicotomico-conflittualistico" e aprono il problema della "critica del ruolo professionale", del collegamento (strategico, operativo) con i

---

(68) L. Berlinguer et al., *Editoriale*, in *Democrazia e diritto*, 1973, p. 6.

(69) Ivi, pp. 7-8.

(70) P. Barcellona, *L'educazione del giurista*, in P. Barcellona, P. Hart, U. Mückenberg, *L'educazione del giurista*, De Donato, Bari, 1973, p. 62.

(71) P. Barcellona, *Introduzione*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, cit., pp. XII e ss.; B. De Giovanni, *Significato e limiti del 'riformismo giuridico'*, cit., pp. 254 e ss.

(72) P. Barcellona, *Introduzione*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, cit. vol. I, pp. XVII e ss.; P. Barcellona, G. Cotturri, *Stato e giuristi tra crisi e riforme*, De Donato, Bari, 1974, pp. 84 e ss.

(73) P.L. Onorato, *Il giudice 'politico'*, in *La Magistratura*, n. 6-7, 1970; L. Ferrajoli, *L'assetto istituzionale e il ruolo della magistratura nel sistema politico italiano*, in *Quale giustizia*, 1973, pp. 502 e ss.

"soggetti" del conflitto e della trasformazione (74) e, ancora una volta, ci troviamo a contatto con discorsi il cui versante "pragmatico", in una parola, la lotta ideologico-politica dentro la magistratura e fuori di essa, devo dare per noto richiamandone semplicemente la rilevanza.

Ho sinora ricordato schematicamente alcuni dei principi individuanti il progetto di giurisprudenza "alternativa" dei primi anni Settanta. Se è vero che quei principi, nella loro generale enunciazione, costituivano per i vari partecipanti all'impresa un terreno largamente comune, è comprensibile anche che, proprio a partire da alcuni di essi, si sviluppassero linee di tensione non trascurabili.

Le due principali mi sembrano le seguenti: la prima aveva un carattere generale e in qualche modo preliminare e atteneva alla valutazione del ruolo del diritto e dello stato ("borghesi") nel processo di transizione (e quindi ai limiti, o addirittura alla possibilità stessa, di un "uso alternativo" del diritto); la seconda riguardava l'individuazione dei "soggetti" esterni e le modalità del collegamento auspicato: il "partito", la "classe", il "movimento operaio" erano locuzioni rituali e ricorrenti che lasciavano però facilmente intuire indirizzi strategici diversi, cosi come il "reale collegamento con l'esterno", su cui pure tutti concordavano, acquistava sensi abbastanza diversi a seconda che si condividesse o meno la tesi che esso dovesse mirare a raggiungere "un contatto diretto con le masse" (75).

Non si trattava di dissensi irrilevanti. La mia impressione è però che, nei primissimi anni Settanta, la direzione di senso del progetto giurisprudenziale "alternativo" fosse ancora in grado di conferire consistente unità di fondo all'atteggiamento dei giuristi che vi si riconoscevano. Il "fronte dell'alternativa" era determinato, entro questi limiti, nelle sue linee generali: esso ereditava la tematica del movimento antiformalistico degli anni Sessanta dal quale, almeno geneticamente, dipendeva e con il quale continuava a condividere l'esigenza di interrompere una tradizione — non interessa qui verificare fino a che punto dominante — orientata a "tecnicizzare" l'operazione interpretativa e a minimizzare il ruolo del giudice. Nel varco aperto da una siffatta spinta innovativa (potremmo dire "alternativa" in senso debole) si fa avanti il

---

(74) S. SENESE, *Intervento* al convegno su Giustizia e potere, cit., pp. 451 e ss.; V. ACCATTATIS, L. FERRAJOLI, S. SENESE, *Per una magistratura democratica*, in *Problemi del socialismo*, 1973, pp. 173 e ss.; L. FERRAJOLI, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, cit., pp. 118 e ss.

(75) L. FERRAJOLI, *Intervento* al convegno su Giustizia e potere, cit., p. 462.

programma giurisprudenziale degli anni Settanta: esso, però, trasforma la semplice ("consensualistica") "innovatività" del movimento degli anni Sessanta in una esigenza di rottura che coinvolga, insieme, l'ordine giuridico e l'ordine politico-sociale e trasformi il loro tranquillo "aggiornamento" nella prefigurazione, appunto, di una "alternativa".

Da questo punto di vista, il programma metagiurisprudenziale "alternativo" si presentava indubbiamente compatto. Unitario, e rigidamente articolato, era il quadro di riferimento; condivisa era la critica del sapere giuridico e del ruolo del giudice tradizionalmente intesi; ma comune era soprattutto la certezza del nesso stringente fra crisi, conflitto e trasformazione: la giurisprudenza "alternativa" riposava sulla salda convinzione che "a tutti i settori [si estendesse] la crisi e la possibilità di trasformazione" (76).

8. *Il programma della "giurisprudenza alternativa": il primato della Costituzione.*

Muovendo dunque dal quadro generale di riferimento, l'asse del discorso or ora compendiato raggiunge il terreno specificamente giuridico in due punti: la teoria e la metodologia giuridica, dove la proposta è di frequente più vicina a una critica della giurisprudenza che non a una giurisprudenza (già delineata e sviluppata come) "alternativa"; il ruolo del giudice, dove la tesi della sua politicità si esplica nella contestazione della "separatezza" dell'istituzione e nella ricerca di collegamenti "esterni". Per importanti che siano questi due aspetti, però, l'approdo finale della giurisprudenza alternativa va oltre di essi e ritrova quello stesso problema dell'interpretazione, e con esso, della concreta operazione giudiziale, dal quale ho convenuto di fare iniziare l'intera vicenda: quasi che la proposta "alternativa" inverasse compiutamente se stessa soltanto passando, se mi si passa il bisticcio, dalla *jurisprudence* alla giurisprudenza. Non mi sarà certo possibile, in questa sede, avventurarmi nell'analisi di quello che i giudici effettivamente fanno (hanno fatto, come giudici, in ipotesi, "alternativi") (77): dovrò semplicemente continuare a occuparmi di ciò che i giudici, i giuristi, hanno dichiarato di voler fare, dovrò insomma tentare di capire solo le loro dichiarazioni metagiurisprudenziali, il loro programma giuridico-interpretativo.

---

(76) B. De Giovanni, *Significato e limiti del 'riformismo giuridico'*, cit., p. 264.

(77) Si tenga comunque presente la giurisprudenza ("alternativa" e non) raccolta e commentata da *Quale giustizia*.

È su questo terreno che l'eredità del dibattito degli anni Sessanta appare ancora sostanzialmente spendibile: l'immagine di un giudice "creativo", responsabile di operazioni interpretative, costretto di regola a scegliere fra soluzioni giuridicamente compossibili. Persiste così, insieme alla polemica nei riguardi dell'ipotesi di un giudice "libero", svincolato da ogni riferimento al sistema normativo, l'idea, per un verso, della (frequente) ambivalenza della singola norma e, per un altro verso, dei vuoti e, soprattutto, delle contraddizioni caratteristiche del sistema normativo nel suo complesso.

La rilevazione di lacune e antinomie nel sistema non è certo una scoperta recente (78) e, ovviamente, le contraddizioni nel sistema normativo hanno un contrassegno storico-semantico del tutto diverso rispetto alla "contraddizione" del quadro teorico di riferimento. Le due tradizioni tendono però a toccarsi nel programma della giurisprudenza "alternativa": la contraddizione fondamentale si traduce in qualche modo anche nelle antinomie del sistema normativo determinandole storicamente, riportandole all'uno o all'altro polo del conflitto sociale.

Di fronte a esse, la giurisprudenza "alternativa" si propone certo di svolgere il compito "critico", "demistificante" già messo in luce come proprio programma teorico-metodologico. Se ci si fermasse a questo punto, però, dall'ambito del programma resterebbe inevitabilmente espunta la concreta operazione giudiziale: la sentenza non può essere un semplice momento di critica dell'ideologia; è una decisione che si vuole rapportare in qualche modo al sistema normativo: essa dunque presuppone un programma giurisprudenziale che si impegni "positivamente" in uno sforzo di lettura delle norme vigenti.

Anche su questo terreno la continuità con gli anni Sessanta è consistente: già allora si sottolineava l'eterogeneità storico-genetica delle norme appartenenti al sistema giuridico italiano e si richiamava l'attenzione del giudice sul ruolo della Costituzione nell'operazione interpretativa. Il programma giurisprudenziale "alternativo" accoglie e radicalizza questa impostazione, in più sensi. Esso si impegna innanzitutto in una rilettura del sistema normativo volta a superarne le contraddizioni logico-storiche attraverso una "continua prevalenza

(78) Cfr. R. Guastini, *Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiano del primo novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1976, pp. 511 e ss.

della norma costituzionale su quella infracostituzionale" (79); il sistema normativo infracostituzionale viene insomma "razionalizzato" sulla base dei principi generali agganciati alla norma costituzionale e usati come criteri di soluzione delle antinomie.

La lettura della Costituzione tende però, a sua volta, a raccogliere i numerosi (e non necessariamente non contradditori) principi costituzionali intorno a una norma assunta come criterio ordinante. L'art. 3 acquista così un ruolo determinante nel programma giurisprudenziale "alternativo". Esso impone il principio dell'"uguaglianza sostanziale" come criterio ispiratore delle operazioni giudiziali (80), ma indica anche la compresenza, nella Costituzione, di due modelli opposti di società e, quindi, di due opposte strategie: scegliere, fra queste, la versione "riformista", "new-dealista", è possibile soltanto al giurista che chiuda gli occhi di fronte alla realtà della "contraddizione" (81). Il programma "alternativo" nasce, per così dire, prima della Costituzione, affonda le sue radici in una teoria complessiva della società, ma trova nella Costituzione un suo precipitato normativo e, in esso, la leva delle operazioni giurisprudenziali proposte. "Alternativa" è la giurisprudenza nella misura in cui "alternativo", inattuabile nel quadro del vigente sistema economico (82) appare anche il principio generale sancito dall'art. 3.

9. *Il giudice "alternativo": Hercules o Herbert?*

Certo, non si potrà chiedere all'intensa, ma effimera stagione della giurisprudenza "alternativa" una compiuta teoria dell'interpretazione e del ragionamento del giurista. Non si dovrà però nemmeno considerare inesistenti o irrilevanti le scelte metateoriche implicite nel suo programma: potrà anzi essere un utile esercizio di lettura tentare di esplicitarle.

---

(79) G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 336. Si tengano presenti le acute osservazioni dell'autore (se ne condividano o meno le valutazioni), ivi, pp. 326 e ss. Cfr. anche G. TARELLO, *Gerarchie normative e interpretazione dei sistemi normativi*, in *Politica del diritto*, 1977, pp. 499 e ss.; Sullo stato dell'organizzazione giuridica M. Bessone (a cura di), *Intervista a Giovanni Tarello*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 4 e ss. Particolarmente attento alla tematica costituzionale si mostra G. COTTURRI, *Diritto eguale e società di classi*, De Donato, Bari, 1972.

(80) L. DE MARCO, *Intervento* al convegno su Giustizia e potere, cit., pp. 441 e ss.

(81) U. ROMAGNOLI, *Il principio d'uguaglianza sostanziale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, pp. 1289 e ss.

(82) L. FERRAJOLI, *Intervento* al convegno su Giustizia e potere, cit., p. 460.

Da questo punto di vista, la genesi e lo sviluppo del programma giurisprudenziale "alternativo" appaiono indubbiamente singolari. Il punto di avvio coincide, come si è visto, con la contestazione dei più logori postulati giuspositivistici ai quali si contrappone la scoperta della "creatività" giudiziale, della valutatività, politicità, discrezionalità dell'operazione interpretativa: una opzione metagiurisprudenziale di tipo "sociologico" batte il formalismo giuridico e si appoggia a un'immagine di mutamento non ancora organizzata in una teoria stringente. La scoperta della "contraddizione", l'immagine conflittualistico-dicotomica del mutamento sociale, l'incontro con il marxismo, mutano bruscamente, con il quadro di riferimento, la direzione di senso, se non le particolari componenti, del programma giurisprudenziale: che si pone innanzitutto come critica (ideologica, "demistificante") del sapere e della pratica giuridica. Che cosa avviene però quando dallo stesso quadro di riferimento si vuole enucleare il progetto di una nuova giurisprudenza, di una serie di operazioni giudiziali "alternative"? È a questo punto che al modello metagiurisprudenziale implicito nella "rivolta antiformalistica" dei tardi anni Sessanta tende a sostituirsi un modello metagiurisprudenziale diverso, dove il ruolo della "teoria" (presupposta) e dei "principi" acquista un peso nuovo e rilevante: potrei convenire di chiamare "dworkiniano" (83) un modello siffatto.

Non si tratta certo di stabilire corrispondenze filologiche fra la metagiurisprudenza italiana degli anni Settanta e gli scritti coevi del giurista americano, ma di suggerire la possibilità che, al di là delle fin troppo ovvie differenze, alcuni aspetti non marginali della metagiurisprudenza dworkiniana possano servire a esplicitare l'ermeneutica immanente al programma della giurisprudenza "alternativa". Non pretendo naturalmente di entrare nel merito dell'opera di Dworkin e dell'ampio dibattito che essa ha suscitato (84), ma tenterò piuttosto di usare dell'una e dell'altro come di un reagente chimico nel quale immergere la pellicola impressionata al fine di evidenziarne e svilupparne le immagini. Prendo dunque a richiamare, in forma estrema-

(83) Mi riferisco a R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978 (trad. it. a cura di G. REBUFFA, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982). Associa Dworkin al dibattito (anche italiano) sui "principi generali" G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 386-387; cfr. anche S. BARTOLE, *In margine a 'Taking Rights Seriously' di Dworkin*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, pp. 200 e ss., per l'interessante accostamento Dworkin-Mortati.

(84) Cfr. S. BARTOLE, *In margine a 'Taking Rights Seriously'*, cit., pp. 185 e ss.

mente riassuntiva, le tesi (e soltanto quelle) congruenti con questo scopo:

a. il giurista, il giudice, conduce le sue operazioni interpretative senza dovere mai incontrare uno spazio "vuoto", aperto a decisioni discrezionali, ma piuttosto ricorrendo a "principi" ulteriori rispetto alle norme (85);

b. sono i "principi" che sorreggono il giudice nell'attività di risoluzione dei "casi difficili": sono essi che devono essere accuratamente individuati. Il giudice dworkiniano, quindi, là dove il giudizio debba riferirsi alla Costituzione, "deve sviluppare una teoria della Costituzione, sotto forma di una complessa serie di principi e politiche che giustifichino quello schema di governo, proprio come l'arbitro degli scacchi è costretto a sviluppare una teoria concernente il carattere del suo gioco. Egli deve sviluppare quella teoria facendo riferimento vicendevolmente alla filosofia politica e ai particolari istituzionali" (86);

c. proprio perché riferiti al "sostegno istituzionale" immanente al sistema giuridico (87), i principi si presentano come "non arbitrari", in qualche modo oggettivati, anche se la loro individuazione si complica con il rinvio (probabilmente contraddittorio, all'interno dell'universo di discorso dworkiniano) a un modello o teoria previamente accettato (88);

d. la teoria politica cui Dworkin si richiama è infine, sostanzialmente, "la teoria politica dei giudici (o del giudice) di volta in volta investiti (o investito) della decisione" (89).

Lasciamo ora il sovrumano Hercules dworkiniano (90) e torniamo al giudice della giurisprudenza alternativa. I suoi "casi difficili" (emergenti di fronte alle ambiguità, alle antinomie, alle lacune del sistema normativo) non sono più lasciati a una decisione giudiziale risolta in un atto, per cosi dire, di "istantanea" creatività, o appiattita sul "fatto" di comportamenti giudiziali consonanti, ma trovano una soluzione di

---

(85) "Quando i giuristi ragionano o discutono in termini di diritti e obblighi giuridici [...] essi usano degli standards che non funzionano come regole, ma operano [...] come principi, politiche e altri generi di standards" (R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 90).

(86) Ivi, p. 206.

(87) Ivi, p. 148.

(88) S. BARTOLE, *In margine a 'Taking Rights Seriously'*, cit., p. 196.

(89) Ivi, p. 202.

(90) Hercules, come è noto, è "un giurista di capacità, cultura, pazienza e ingegno sovrumani", postulato da Dworkin (*I diritti presi sul serio*, cit., p. 203), al quale si contrappone il "giuspositivista" (hartiano) Herbert.

principio: nel principio del primato della Costituzione, ovviamente, ma, più specificamente, in una teoria del rapporto fra norma costituzionale e norma infracostituzionale e, prima ancora, in una teoria della Costituzione; proprio quella teoria della Costituzione che anche il povero Hercules doveva faticosamente costruire in rapporto al "sostegno istituzionale" e alla teoria politica previamente accertata (e accettata); quella teoria che, per il programma giurisprudenziale "alternativo" si riassume nella convinzione del valore ordinante (del ruolo di standard supremo) proprio dell'art. 3 della Costituzione; nel raccordo obbligato che lega quell'articolo costituzionale con la teoria politica (la grande narrazione emancipatoria di ispirazione marxiana) ermeneuticamente fondante.

Dalla teoria politica, all'individuazione dei "principi", alla prospettazione di una giurisprudenza che si preannuncia ormai (sia pure progettualmente) risolutiva delle (hartiane) "penombre del testo": il programma "alternativo" e la metagiurisprudenza dworkiniana si presentano proceduralmente simmetriche. Si tratta, ovviamente, di una simmetria, ripeto, procedurale, formale; sul piano dei contenuti segnalo due differenze, una scontata, un'altra più significativa. La prima riguarda il sistema giuridico, diverso dal nostro, al quale il discorso di Dworkin si tiene strettamente collegato. L'altra attiene alla diversa prospettiva strategica entro la quale si collocano Hercules e il suo collega continentale "alternativo": la teoria politica che il giudice dworkiniano immette nella sua operazione giudiziale "secondo principi" si connette con una ideologia e un'etica (ipotizzate come) consustanziali con le istituzioni esistenti, mentre il giudice della giurisprudenza alternativa stringe insieme teoria politica e "principi" in un approccio che si vuole radicalmente trasformativo dell'uso (ancora) dominante del sistema giuridico, sulla base di un presupposto valore di verità del quadro di riferimento ermeneuticamente fondante (91).

È possibile ora indicare alcune caratteristiche riassuntive del programma giurisprudenziale "alternativo". Esso è dominato da una er-

(91) La differenza però si ridurrebbe, non tanto dal punto di vista dei contenuti quanto del loro significato teorico, se adottassimo la tesi, suggestiva, di un implicito "giusnaturalismo" dworkiniano: cfr. G. REBUFFA, *Costituzionalismo e giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del diritto naturale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1981, pp. 209 e ss.; A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 69 e ss. Si tengano presenti, in generale, anche le osservazioni di R. GUASTINI, *Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un'appendice bibliografica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983, pp. 449 e ss.

meneutica (largamente implicita) che usa come "presupposizione" una teoria sociale rigorosamente strutturata intorno alle parole-chiave di "totalità" e di "contraddizione", concepita come un discorso cognitivo dotato di un alto valore di verità e capace di prestazioni predittive.

La giurisprudenza "alternativa" formula dunque un programma di reinterpretazione del sistema giuridico alla luce di principi generali che vogliono essere, insieme, presenti nel sistema normativo e coerenti con la teoria presupposta. Non si tratta di un programma "meramente" ideologico-politico che non vuol toccare, se non per formule rituali, il terreno specificamente giuridico, ma di un'ermeneutica impegnativa sul fronte giurisprudenziale. L'operazione che in esso produce (o, per meglio dire, auspica) è, idealmente, rilevante e destinata, come vedremo, a lasciare qualche traccia; si tratta, in sostanza, di un programma di rilettura del sistema normativo sulla base di un diverso principio di coerenza: un programma di "razionalizzazione" (ancora, in questo senso, dworkiniano) (92)[92] di esso.

Analogamente, il ruolo del giudice, nella misura in cui questi si fa tramite, nei riguardi del sistema giuridico, dell'individuazione dei principi sulla base della teoria presupposta, acquista un valore protagonistico, continuando e rafforzando la spinta all'autovalorizzazione di ceto già emersa nei tardi anni Sessanta.

La razionalizzazione (o, per meglio dire, una razionalizzazione) del sistema giuridico, l'affermazione del ruolo attivo, trasformativo del giudice non compaiono però affatto, per cosi dire, allo stato puro, nel programma della giurisprudenza alternativa: essi non sono che la proiezione giuridica di quella singolare operazione ermeneutica che raggiunge il diritto a partire da una teoria sociale rigorosamente strutturata e piega, rispettivamente, la razionalizzazione del sistema nella prefigurazione dell'"alternativa" e il "protagonismo" del giudice nella forma del suo ruolo "antagonistico".

10. *Alternative all'"alternativa".*

L'alternativa era "presa sul serio": era ancorata a una teoria sociale, era sospinta verso l'individuazione di principi e, su questa base, preludeva a una diversa lettura del sistema normativo. Essa ci viene incontro, dunque, se non come una proposta sistematica ed esplicitata

(92) Cfr. S. BARTOLE, *In margine a 'Taking Rights Seriously'*, cit., pp. 203 e ss.

in tutte le sue componenti, certo come un programma definito nelle sue parti essenziali. Ne offre, in un certo senso, una prova a contrario l'esistenza di linee argomentative che arricchiscono il dibattito giuridico-culturale degli anni Settanta muovendo proprio dalla messa in discussione dell'una o dell'altra tesi metagiurisprudenziale "alternativa". Di quelle linee non posso, nell'economia di questo saggio, offrire una ricostruzione adeguata, ma solo indicare la direzione di senso e il "punto di innesto" sul tronco del programma "alternativo".

L'ermeneutica implicita nel programma giurisprudenziale "alternativo" mostrava l'esigenza di muovere da una presupposta teoria sociale complessiva verso l'individuazione dei principi influenti sulla decisione. Il dissenso può investire innanzitutto il contenuto della teoria presupposta, ma salvare qualcosa del procedimento ermeneutico suggerito. Si potrà così accettare la preminenza del dato costituzionale e l'importanza di una qualche presupposizione teorica nell'operazione giurisprudenziale, ma tendere a sostituire a una teoria sociale rigidamente strutturata una immagine filosofico-antropologica, un "modello" di uomo (non possessivo, comunitario, personalizzato, oblativo ecc.) (93).

Può mutare altresì non solo il contenuto della teoria presupposta, ma il valore di verità a essa attribuito. Mentre nel programma giurisprudenziale "alternativo" il valore di verità della teoria presupposta era dato per immanente alla teoria stessa, costituiva un predicato necessario di essa, si richiama ora l'esigenza di una verifica, di un controllo dell'accettazione socialmente "effettiva" del modello interpretativo, dei valori da esso implicati, "in funzione di un concreto (diffuso e non elitario) metodo di intendere la realtà operativa del diritto" (94).

---

(93) N. Lipari, *Introduzione*, in AA.VV., *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di N. Lipari, Laterza, Bari, 1974, pp. V e ss. Cfr. al proposito L. Boella Breccia, *La coscienza infelice del giurista. In margine al convegno di Bari su 'Tecniche giuridiche e sviluppo della persona'*, in *Quale giustizia*, 1973, pp. 529 e ss.; C. Salvi, *Recensione*, ad AA.VV., *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, cit., *Democrazia e diritto*, 1974, pp. 595 e ss. Cfr. anche N. Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. Riflessioni sul metodo*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, vol. II, Jovene, Napoli, 1972, pp. 99 e ss.

(94) N. Lipari, *Sul significato di 'uso alternativo' del diritto*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1974, t. IV, p. 3649. Cfr. anche N. Lipari, *Scelte politiche e determinazione storica dei valori realizzabili*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, cit., pp. 37 e ss.; A. Pavone La Rosa, *Dubbi e perplessità sull'ipotesi di una 'funzione supplente' della magistratura*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, vol. II, cit., pp. 65 e ss.

Può mutare, ancora, lo schema ermeneutico soggiacente. Si continua a condividere l'idea di una interpretazione mediata da una qualche forma di presupposizione, ma non si fa coincidere questa con una teoria socio-politica (rigidamente strutturata), ma piuttosto con il problema che il "caso" solleva con ciò condizionando e guidando l'interprete nella lettura del testo: si ripropone per questa via l'esigenza (or ora ricordata) di introdurre procedure argomentative che rendano le "ipotesi di soluzione" "razionalmente discutibili e aperte alla correzione" (95).

Non mancano poi obiettivi polemici più prevedibili, ma non per questo più trascurabili: viene così spesso in discussione tanto la "sopravvalutazione" della norma costituzionale nei riguardi della norma infracostituzionale nel procedimento interpretativo quanto il privilegiamento, all'interno della Costituzione, dei principi "giuridicizzati" nell'art. 3 (96).

Allo stesso modo, il discorso si porta spesso polemicamente sulla funzione del giurista e del giudice. La pietra dello scandalo del programma giurisprudenziale "alternativo" è, da questo punto di vista, l'effervescente, provocatoria contestazione di una delle immagini più gelosamente custodite nell'alveo della tradizione: il giurista come tecnico della mediazione, come responsabile del "contemperamento tra i diversi punti di vista", "le diverse ideologie", "i differenti e contrastanti valori" (97); il giudice come compositore "imparziale" del conflitto.

Restano infine gli episodi di semplice reiterazione dei punti fermi della tradizione, raggruppati intorno alla *summa divisio* fra interpreta-

---

(95) L. MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in *Iustitia*, 1974, pp. 337 e ss. Il quadro di riferimento rinvia a Viehweg, ma soprattutto a J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, Esi, 1983. Cfr. al proposito G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano, 1984. Cfr. anche G. ZACCARIA, *Per una metodologia 'post-politica' della prassi giudiziale*, in *Politica del diritto*, 1984, pp. 599 e ss.; L. DE RUGGIERO, *Sul concetto di precomprensione*, in *Politica del diritto*, 1984, pp. 577 e ss. Cfr. anche, per l'area tedesca, G. ORNI, *Richterrecht*, Giuffrè, Milano, 1983.

(96) Cfr. A. CATAUDELLA, *L'uso alternativo del diritto privato e del diritto del lavoro e i pericoli di interpretazioni 'involutive'*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, vol. II, cit., pp. 135 e ss.; L. RICCA, *Uso alternativo del diritto privato, interpretazione e principi costituzionali*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, vol. II, cit., pp. 149 e ss.; S. COTTA, *Diritto e politica*, cit., pp. 15-16.

(97) F. MODUGNO, *Il diritto tra vecchie e nuove concezioni*, in *Diritto e società*, 1974, p. 293. Cfr. anche L. SACCHETTI, *Imparzialità del giudice e 'compromesso storico'*, in *Giustizia e Costituzione*, n. 2-3, 1976, pp. 15 e ss.

zione e politica del diritto (98): ma l'interesse di una siffatta posizione appare, nell'economia di questo saggio, marginale, proprio perché sostanzialmente estranea al clima culturale da cui tanto il progetto giurisprudenziale "alternativo" quanto le linee da esso divergenti dipendevano.

Non era certo quest'ultima la posizione capace di egemonizzare il dibattito allora in corso. In esso la metagiurisprudenza alternativa aveva svolto un ruolo piuttosto complicato. Aveva ereditato le posizioni più radicali del dibattito degli anni Sessanta, ma le aveva nel contempo trasformate immettendole in uno schema ermeneutico, tanto singolare quanto implicito, dove il ruolo fondante era rappresentato da una teoria sociale rigidamente strutturata. Si era sostanzialmente assegnata il compito di una lettura globale e unificante sulla base di "principi" (una "razionalizzazione") del sistema normativo e di una affermazione del ruolo attivo e trasformativo del giudice, ma lo aveva assolto e legittimato attraverso la luce indiretta dell'"alternativa".

11. *I tardi anni Settanta: l'esaurimento del programma "alternativo".*

Entro il primo quinquennio degli anni Settanta (si tratta ovviamente di una scansione approssimativa) il programma "alternativo" si era venuto determinando nei suoi punti essenziali grazie agli interventi, fittamente intrecciati, di giuristi di cattedra come di membri della magistratura. Non si trattava certo di voci unisone: i dissensi registravano le "classiche" alternative strategiche della sinistra e le immettevano nella discussione dell'uno o dell'altro problema giuridico (99); restava però saldo il programma nel suo complesso e quindi anche il

---

(98) G. Cassandro, *Il 'fare' del giurista*, in *Diritto e società*, 1973, pp. 125 e ss. Cfr. le osservazioni critiche di V. Onida, *Politica del diritto e ruolo del giurista. A proposito di 'Diritto e società'*, in *Democrazia e diritto*, 1973, pp. 107 e ss. Distinta, e del tutto peculiare, ap pare la posizione di Guido Fassò, sospesa fra la riproposizione del valore della certezza e dell'uniformità giurisprudenziale e la condivisione del clima "antipositivistico" da cui traevano origine le proposte degli "innovatori": cfr. G. Fassò, *Il positivismo giuridico contestato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, pp. 298 e ss.; Id., *Il diritto come viltà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, pp. 171 e ss.; Id., *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, pp. 897 e ss.; cfr. al proposito le osservazioni critiche di *La corte e la ragione*, in *Politica del diritto*, 1973, pp. 12 e ss.

(99) Cfr., per esempio, AA.VV., *Uno statuto per padroni e sindacati*, Quaderni piacentini, n. 42, 1970, pp. 75 e ss.; S.F. Mancini, *Sul metodo di alcuni giuristi della sinistra extraparlamentare*, in *Politica del diritto*, 1971, pp. 99 e ss.

rapporto, da esso adombrato, fra teoria sociale, operazione interpretativa e ruolo del giudice.

Ora, ciò che viene innanzitutto messo in discussione è il nesso fra la teoria sociale condivisa e il programma giurisprudenziale "alternativo". La teoria continua a essere strutturata intorno alle categorie di "totalità" e di "contraddizione", ma è il contenuto di ciò che viene chiamato "la manovra delle contraddizioni" (100) che comincia a ricevere caratterizzazioni diverse rispetto al recente passato, sulla base di un giudizio politico che vede nel movimento operaio organizzato, nel Partito comunista, i soggetti di una "egemonia" che vuole investire le strutture dello stato attraverso un vasto progetto di riforme istituzionali.

Non sembra più decisivo il riferimento alle operazioni del giurista (e alle consuete parole d'ordine della loro valutatività, politicità ecc.): "il reale spazio politico di una critica dei rapporti giuridici di classe si ritrova in un movimento per le riforme", in una "politica delle alleanze" (101). La "separatezza" del giurista non è quindi tanto risolta da una (programmata) "alternatività" del suo operare quanto dalla possibilità di instaurare con esso "nuovi rapporti di egemonia", "nella prospettiva delle scadenze del movimento di massa" (102). Il fuoco della polemica si sposta così del tutto naturalmente sulla magistratura: era l'operazione giudiziale l'oggetto privilegiato della metagiurisprudenza "alternativa" non appena essa si spingeva oltre il terreno della mera "critica dell'ideologia"; ed era la magistratura il terreno politico-istituzionale dove le tesi "alternative" godevano di un preciso riscontro "pragmatico" come parte integrante del programma di Magistratura democratica. Concentrare su un progetto giurisprudenziale le aspirazioni al superamento della "separatezza" — si osserva — è l'autoillusione di una magistratura che nel programma stesso della giurisprudenza "alternativa" dimostra di muoversi ancora all'interno di una concezione "separata" del proprio ruolo: da ciò il riferirsi alla sovranità popolare senza tener conto delle "forze politiche che storicamente

---

(100) P. BARCELLONA, Intervento, in AA.VV., *Democrazia e diritto*, De Donato, Bari, 1975, p. 159.

(101) E. RESTA, in AA.VV., *Democrazia e diritto*, cit., p. 102.

(102) A. SCHIAVONE, in AA.VV., *Democrazia e diritto*, cit., pp. 119-120; cfr. anche F. LORENZONI, in AA.VV., *Democrazia e diritto*, cit., pp. 126-127.

hanno dato voce" a essa (103); il proporsi come luogo di mediazione decisiva e di rappresentatività "oltre o anche contro le forze sociali e la loro espressione politica" (104).

Si tratta di novità di rilievo sul fronte del programma giurisprudenziale "alternativo". In primo luogo: le critiche nascono dall'interno di uno schieramento politico-culturale fino ad allora simpatetico con quella linea metagiurisprudenziale.

In secondo luogo: si conferma il valore, di verità della teoria sociale presupposta, ma si interrompe il nesso che collegava la teoria con le operazioni giuridiche da essa mediate. In terzo luogo: si afferma la prevalenza di una strategia politico-istituzionale su una strategia giurisprudenziale, si afferma una politica del diritto che è piuttosto una politica attraverso il diritto che non una politica nel diritto; e si interrompe quindi lo schema ermeneutico presente (sia pure implicitamente ed embrionalmente) nella metagiurisprudenza "alternativa" senza indicare ipotesi sostitutive. In quarto luogo: comincia a farsi strada l'idea (quale che sia la valutazione che a essa si accompagna) di un ruolo attivo e trasformativo del giudice. Questa immagine, adombrata negli anni Sessanta e rafforzata vigorosamente dalla metagiurisprudenza "alternativa", ma finora vincolata alla "tenuta" del programma, prende a sganciarsi da esso per divenire, una immagine "autonoma" e ampiamente ricorrente nel dibattito successivo.

Non sono comunque solo i critici del progetto di giurisprudenza "alternativa" ad avviarne il tramonto, ma, paradossalmente, anche i suoi difensori. E critici e difensori si fronteggiano ancora, nel 1977, in occasione di un congresso di Magistratura democratica (105), ma entro una situazione politica complessiva talmente diversa rispetto al primo quinquennio degli anni Settanta, da far apparire la metagiurisprudenza "alternativa" come la posta di un gioco ormai profondamente mutato.

Da un lato, la strategia istituzionale dei giudici vicini al Partito

---

(103) G. Cotturri, *Alle origini di Magistratura democratica*, in *Politica del diritto*, 1975, p. 695.

(104) Ivi, p. 698. Cfr. anche P. Barcellona, *Stato e magistratura nella crisi. Forme della conflittualità e apparati di mediazione*, Marsilio, Venezia, 1978, pp. 54 e ss. Cfr. le osservazioni critiche in *Supplite, o giudici!*, in *Politica del diritto*, 1978, pp. 10 e ss.

(105) Magistratura democratica, *Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1978. Cfr. le valutazioni critiche di G. Cotturri, *Magistratura, governo, sovranità popolare. Una nota di discussione dopo il congresso di Rimini di Magistratura democratica*, in D. Pulitanò, *Giudice negli anni Settanta. Un'esperienza di magistratura democratica*, a cura di G. Cotturri, De Donato, Bari, 1977.

comunista, drammatizzata dalla denuncia dello "sfascio" e della "disgregazione" sociale, guardava ormai al progetto "alternativo" come a un episodio del passato e le diversità fra gli interventi attenevano semmai alle valutazioni "storiche" della vicenda e ai "toni" della rievocazione. La giurisprudenza alternativa, dirà uno dei suoi più brillanti inventori, fu una "scoperta" ormai "assopita quanto meno nel discorso teorico" (106). Più severamente altri riconoscerà che la giurisprudenza "alternativa" coincide in buona parte con la storia di Magistratura democratica, ma aggiungerà che da essa occorre ormai prendere le distanze, se intesa come una giurisprudenza "di segno politico classista, soggettivamente interpretato e assunto come decisivo per la bontà del giudizio" (107); a essa, e al suo "uso disgregante", occorrerà sostituire una giurisprudenza "rigorosa e avvertita e perciò aggregante; capace di rimuovere incrostazioni, pregiudizi... di resistere alle pressioni, di cogliere il nuovo" (108).

Al di là delle formule rituali del congresso e delle motivazioni immediatamente politico-strategiche che le sorreggevano, un dato interessante è l'emersione (ancora timida e incerta) di una immagine metagiurisprudenziale che nasce dall'interno del programma "alternativo", ma insieme presuppone, per uscire in piena luce, la sua decomposizione: il programma di una giurisprudenza che si ponga come fonte di integrazione e di unità trasformativa (come "razionalizzazione") del sistema normativo, perfettamente simmetrica all'immagine di un ruolo attivo e "protagonistico" del giudice.

Siamo, certo, solo alle prime avvisaglie dell'affermarsi di una "nuova" immagine giurisprudenziale, se non altro perché l'involucro "alternativo" che la conteneva sembra stare ancora in piedi, almeno negli interventi congressuali divergenti rispetto alla linea strategica del Partito comunista, rispecchiati poi nella mozione approvata a maggioranza. Le motivazioni di questa lunga "fedeltà" sono da riportare innanzitutto al rifiuto della strategia politico-istituzionale del Partito comunista e alla volontà di assicurare alla magistratura un ruolo largamente autonomo nei confronti delle dinamiche sociali: si ritiene ancora possibile insomma una qualche forma di collegamento con i

(106) M. RAMAT, *Relazione*, in Magistratura democratica, *Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*, cit., p. 78.

(107) A. PORCELLA, in Magistratura democratica, *Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*, cit., p. 216.

(108) Ivi, p. 218.

"soggetti" sociali confliggenti, senza dovere obbligatoriamente passare attraverso la mediazione del partito.

Ora, il programma della giurisprudenza "alternativa" era precisamente il canale inventato per poter immettere nella cittadella della giurisprudenza potenzialità trasformative maturate nel vivo della lotta sociale. Là dove la formula della giurisprudenza "alternativa" ancora ricorre (ma l'indice di frequenza non è altissimo), la sua funzione sembra ancora connessa all'esigenza di stabilire un collegamento fra operazione giudiziale e conflitto sociale. Mutano però del tutto la modalità e il senso del collegamento. Mentre il programma alternativo "originario" prevedeva di ospitare il contenuto del conflitto traducendolo nelle previste operazioni giudiziali, la strategia del 1977 concepisce l'"alternativa" non come un "messaggio" giurisprudenziale enucleato dal conflitto, ma come uno "spazio" giurisprudenzialmente garantito al conflitto.

Avviandosi verso la sua conclusione, la metagiurisprudenza "alternativa", nel passaggio dagli anni Settanta agli anni Ottanta, generava, per così dire, dalle sue ceneri la stagione "garantistica" (109) di Magistratura democratica. Certo, la tematica garantistica non era una scoperta improvvisa e tardiva, ma apparteneva al patrimonio tradizionale della corrente (110). Essa però era rimasta in qualche modo ai margini

---

(109) Non si vuole con ciò alludere ovviamente a una caduta istantanea e generalizzata della metagiurisprudenza alternativa, ma all'affiorare delle prime, decisive avvisaglie di una perdita di centralità e, soprattutto, di una "crisi di fondamenti". Di "giurisprudenza alternativa" si continuerà ancora a discutere, all'interno della magistratura soprattutto, allo scadere del decennio (cfr. Magistratura democratica, *Il giudice, le istituzioni, la crisi dello stato*, Pellicanolibri, Catania, 1979; cfr. anche le valutazioni critiche di C. SALVI, *Magistratura democratica alla ricerca di una identità*, in *Democrazia e diritto*, 1979, pp. 809 e ss.); si tenderà poi a ritenere, di essa, semplicemente il lascito "costituzionalistico" ed "egualitario" (cfr. S. SENESE, *Crisi politico-istituzionale e indipendenza della magistratura*, relazione al V congresso nazionale di Magistratura democratica, Bari, Giovinazzo, 1981, *Questione giustizia*, 1982, pp. 415 e ss.); la si metterà infine in rapporto — con divergenti valutazioni — con il cosiddetto "garantismo dinamico" (cfr. C. SALVI, *I nuovi termini della 'questione giustizia'. In margine al congresso di Magistratura democratica*, in *Democrazia e diritto*, n. 1, 1982, pp. 83 e ss.; Magistratura democratica, *Poteri e giurisdizione. Atti del VI congresso nazionale*, Jovene, Napoli, 1985; V. ACCATTATIS, *Riflessioni sul congresso di Magistratura democratica (Il giudice di fronte ai poteri illegali per costruire una società democratica)*, in *Questione giustizia*, 1984, pp. 197 e ss.). In termini generali, sul "garantismo" cfr. F. STAME, *Uno spettro si aggira nella sinistra: il garantismo*, in *Critica del diritto*, n. 15, 1978, pp. 9 e ss.; R. GUASTINI, *Che cos'è il garantismo*, in *Critica del diritto*, n. 16-17, 1980, pp. 63 e ss.

(110) Cfr., per esempio, M. RAMAT, *Discorso di un giudice alla 'contestazione globale'*, cit.; ID., *La politica della libertà*, in *Quale giustizia*, 1970, pp. 1 e ss.; si consideri anche la

nel momento in cui la metagiurisprudenza "alternativa" si proponeva come veicolo diretto di innovazione e trasformazione, nel momento in cui assumeva il conflitto come momento positivo e propositivo di soluzioni (anche) specificamente giurisprudenziali.

Quando poi la "tenuta" di un programma siffatto sembra indebolirsi, la difesa delle libertà e l'apertura di spazi giuridicamente disponibili al libero esprimersi delle tensioni sociali non costituiscono tanto un difensivo ritorno al passato quanto un mutamento di strategia di fronte ai problemi (nuovi e imprevisti) del presente: i problemi del terrorismo e della determinazione delle risposte (repressive? integrative? garantistiche?) più opportune (111).

Non credo però che si trattasse di un mutamento di strategia semplicemente originato da una congiuntura occasionale: la strategia cambia in sintonia con il mutare (ancora largamente implicito, ma percepibile) dell'apparato cognitivo e delle aspettative a esso connesse. Non sono più il conflitto, la contraddizione e le possibilità di una trasformazione prevista e strategicamente guidata, ad attrarre l'attenzione del giurista, ma piuttosto la polverizzazione del conflitto in una serie di "conflitti corporativi incomponibili e di dinamiche individualistiche" (112); il programma alternativo "originario" viene messo in discussione nella sua stessa premessa "fondante": la teoria della contraddizione e del suo immanente potenziale trasformativo-emancipatorio dà luogo a una percezione della crisi come di "un elemento intrasistemico" del "capitalismo maturo", "che ne ha fatto propriamente un oggetto di amministrazione" (113); la teoria del conflitto sociale come epifenomeno della "contraddizione fondamentale" si converte nella rilevazione di conflitti diffusi che testimoniano più della difficoltà dell'integrazione che delle possibilità di un'"alternativa" (114). Entro la conclusione del decennio la parabola metagiuri-

---

pubblicazione di N. BOBBIO, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in *Quale giustizia*, 1971, pp. 286 e ss.

(111) Cfr., per esempio, AA.VV., *La magistratura di fronte d terrorismo e all'eversione di sinistra*, a cura di Magistratura democratica, FrancoAngeli, Milano, 1982.

(112) P.L. ONORATO, *Intervento*, in Magistratura democratica, *Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*, cit., p. 206.

(113) D. ZOLO, *Legislazione repressiva, terrorismo e capitalismo maturo. Tre modelli di interpretazione del 'caso italiano'*, in *Critica del diritto*, n. 13, 1978, p. 12.

(114) Non mancavano d'altronde, nel corso degli anni Settanta, voci scettiche sulla possibilità di un'"alternativa", e piuttosto propense a interpretare il conflitto come un gioco di poteri e di contropoteri all'interno di una società industriale complessa: cfr. G. AMATO,

sprudenziale iniziata a ridosso del biennio 1968-69 appare ormai sostanzialmente esaurita.

12. *L'alternativa "presa sul serio".*

L'alternativa era stata "presa sul serio": non era apparsa il frutto di una volontaristica decisione *pro amico*, la meccanica traduzione giuridica di una scelta immediatamente politica; era considerata piuttosto l'espressione di una teoria capace di chiudere in un orizzonte rigorosamente strutturato la dinamica sociale complessiva e di sostenere, per questa via, una prospettiva emancipatoria e trasformativa. La teoria era certo anche una funzione del conflitto, ma riusciva, per così dire, a distanziarsene nella misura in cui lo assumeva come proprio tema costitutivo. "Prendere sul serio" l'alternativa era dunque vederla iscritta in una situazione "reale" di cui la teoria si voleva, insieme, specchio e strumento di trasformazione.

"Prendere sul serio" l'alternativa era insomma una via per tematizzare il mutamento sociale cogliendolo attraverso un peculiare apparato categoriale. In questa prospettiva, l'"alternativa" non era che un episodio particolare di una vicenda più complessa: dove le trasformazioni politico-istituzionali ed economico-sociali erano insieme il sostegno e l'oggetto tematico di una particolare attenzione tributata (a partire dagli anni Sessanta) al problema del mutamento sociale.

Proprio in questo periodo, nello specchio del giurista "innovativo", il mutamento delle categorie di rappresentazione del mutamento era stato rapido e ricco di colpi di scena, ma, in linea generale, dominato dal nesso problematico con il tema del conflitto. Se negli anni Sessanta (fino alla cesura 1968-1969) non mancava chi associava al mutamento il conflitto per minimizzarne la portata e prevederne il rapido declino, negli anni Settanta non mancava chi, del conflitto, enfatizzava il ruolo e prevedeva le conseguenze "alternative".

Oggi, la comoda posizione di osservatori *post festum* sembra autorizzare l'ipotesi di una salomonica soluzione paradossale: per un verso, entrambe le predizioni possono apparirci infondate, in quanto né il conflitto si è riassorbito né ha dato luogo a un "salto", a una frattura

---

Sistema giudiziario e dissenso sociale, in *Politica del diritto*, 1972, pp. 301 e ss.; G. Amato, F. Mancini, F. Galgano, U. Romagnoli, in *Quattro note sulla democrazia industriale*, in *Politica del diritto*, 1976, pp. 9-12; G. Giugni, *Ancora una nota sulla democrazia industriale*, in *Politica del diritto*, 1976, pp. 151 e ss.

nello sviluppo: per un altro verso, entrambe le predizioni possono apparirci fondate, purché le si consideri, per così dire, malignamente collegate dalla legge dell'eterogenesi dei fini: cosicché gli effetti di "modernizzazione" (115) auspicati dal giurista "consensualista" si sarebbero infine raggiunti passando proprio attraverso quei conflitti enfatizzati (con ben altre aspettative) dal giurista della metagiurisprudenza "alternativa" (116).

Si potrebbe così parlare della "morte", ma anche della "trasfigurazione" del programma giurisprudenziale "alternativo": l'esigenza di una riflessione ermeneutica (117), l'urgenza di una "razionalizzazione" del sistema normativo (118), il ruolo attivo e trasformativo dell'interprete e, con esso, la posizione del giudice nell'ordinamento (119) richiamano problemi, presenti nel dibattito giuridico odierno, che la metagiurisprudenza "alternativa" ha, in qualche misura, contribuito a imporre all'attenzione, certo non a risolvere. La tensione progettuale che l'attraversava la poneva d'altronde, direi per definizione, nell'impossibilità di farlo. Il ruolo dei testi a essa ascrivibili può essere approssimativamente riportato allo statuto peculiare del "manifesto": caratterizzato da un programma "ottativo", contrapposto a una "tra-

---

(115) Si tenga presente il quadro concettuale delineato da G. GERMANI, *Autoritarismo, fascismo e classi sociali*, il Mulino, Bologna, 1975, pp. 23-49

(116) Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà e democrazia in Italia. Tendenze istituzionali negli anni Settanta*, in *Problemi del socialismo*, 1978, pp. 119 e ss.

(117) Cfr. G. ZACCARIA, *L'obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1979, pp. 603 e ss.; U. BRECCIA, *L'interprete tra codice e nuove leggi civili*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 257-259.

(118) Cfr. U. BRECCIA, *L'interprete tra codice e nuove leggi civili*, cit., pp. 231 e ss.; A. PIZZORUSSO, *La magistratura nel sistema politico italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica*, cit., p. 81; da un altro punto di vista, F.D. BUSNELLI, *Tramonto del codice civile?*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica*, cit., pp. 209 e ss.

(119) Sulla crescente importanza del ruolo del giudice e della sua attività interpretativa cfr., per esempio, M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Il Foro italiano*, 1978, pp. 161 e ss.; M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984 (in una prospettiva anche comparatistica); diversi accenti valutativi dello stesso fenomeno in G. TARELLO, *Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell'organizzazione giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 1981, pp. 157 e ss.; e in S. RODOTÀ, *Tra svolta e prospettive*, in *Politica del diritto*, 1981 pp. 208 e ss. Una riprova del fenomeno può essere vista nel dibattito (culturalmente e politicamente tuttora aperto) sulla "responsabilità" del giudice. Cfr., per esempio AA.VV., *Giudicare il giudice*, Gamma Libri, Milano, 1982; AA.VV., *Il controllo del giudice e il controllo sul giudice*, in *Giustizia e Costituzione*, n. 3-4, 1984; V. VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, il Mulino, Bologna, 1984; *Quadrimestre. Rivista di diritto privato*, n. 3, 1985.

dizione", fondato su una previa modellizzazione culturale, su una qualche forma di teoria (120). L'obiettivo dei "manifesti" giuridici "alternativi" anzi la loro stessa strutturazione discorsiva, imponevano la prefigurazione di una "diversità", tanto più persuasiva quanto più netta e intransigente. L'astuzia della ragione sembra poi aver piegato l'"alternativa" in un complicato aggiornamento dell'esistente, senza tuttavia aver convertito il "manifesto" in una nuova, definita "poetica".

(120) C. SEGRE, *Avviamento all'analisi del testo letterario*, Einaudi, Torino, 1985, p. 299. In termini non dissimili anche L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 221 e ss., si riferisce al "movimento" del "diritto libero".

NOTA A « L'ALTERNATIVA 'PRESA SUL SERIO': MANIFESTI GIURIDICI DEGLI ANNI SETTANTA »

Il saggio *L'alternativa 'presa sul serio'* è stato pubblicato nel 1987 per mettere a fuoco un orientamento emerso, negli anni settanta, nella cultura giuridica italiana. Il saggio aveva una finalità storico-ricostruttiva: era dedicato a un orientamento teorico-giuridico e giurisprudenziale — l'uso 'alternativo' del diritto — che poteva dirsi, nei tardi anni ottanta, ormai concluso. A maggior ragione dunque ripubblicare quel saggio oggi, dopo che più di venti anni sono trascorsi, può sembrare una scelta singolarmente inattuale.

In realtà, sarebbe importante offrire una ricostruzione storiograficamente compiuta della cultura giuridica e della giurisprudenza degli anni settanta, per ritrovare il filo di una trasformazione che l'immediatezza della cronaca politica rischia di spezzare in sezioni fra loro sconnesse. Non è però nello spazio di una 'nota' introduttiva che questo obiettivo può essere perseguito (1). Mi limiterò quindi ad elencare in ordine sparso alcuni nuclei tematici con l'unico scopo di sottolineare l'interesse che potrebbe rivestire oggi una riflessione su « ciò che è vivo e ciò che è morto » nella metagiurisprudenza 'alternativa' degli anni settanta.

A una siffatta domanda sembrerebbe potersi dare una sola risposta: la giurisprudenza 'alternativa' nasce, si sviluppa e muore in un

---

(1) Non mancano peraltro opere dedicate a una storia complessiva della magistratura italiana nel secondo Novecento. Di grande importanza è la recente opera di M. LUMINATI, *Priester der Themis. Richterliches Selbstverständnis in Italien nach 1945*, V. Klostermann, Frankfurt a.M. 2007, alla quale rinvio integralmente.

Orig. in « Democrazia e diritto », 2010, 1-2 (*I cinquant'anni di "Democrazia e diritto")*, pp. 279-82.

breve arco di tempo senza lasciar tracce visibili e consistenti nei decenni successivi. L'alternativa cui essa si richiamava era l'idea di una società nuova e diversa: liberata dalle diseguaglianze di classe grazie a un processo di trasformazione complessiva di cui anche il diritto doveva essere tramite e strumento. Il quadro teorico di riferimento era offerto dal marxismo, che proprio fra gli anni Sessanta e gli anni Settanta stava esercitando un fascino crescente anche in un ambiente — il mondo dei giuristi e dei giudici — fino a quel momento refrattario a misurarsi con il lessico teorico di Marx.

Certo, il marxismo cui i giuristi cominciavano a guardare non era un inerte sistema di 'dogmi', dal momento che i testi 'canonici' davano luogo a letture nettamente diverse e a un dibattito (teorico e politico) vivace e spesso duramente conflittuale. Al di là delle divergenze sui passaggi teoricamente più complicati, però, i sostenitori della giurisprudenza 'alternativa' tendevano a trarre dalla teoria di Marx alcune convinzioni di fondo: l'immagine di una società spaccata da un conflitto decisivo — il conflitto fra capitale e lavoro —; la convinzione che l'ordinamento giuridico fosse ancora nel suo complesso funzionale agli interessi della classe dominante; l'esigenza di mutare l'equilibrio fra le classi favorendo i contraenti 'deboli' del patto sociale.

Era il marxismo l'orizzonte teorico nel quale la giurisprudenza alternativa si muoveva e sembra facile allora trarre una conclusione: le sorti di entrambi sono inseparabili; *simul stabunt, simul cadent*. Il marxismo teorico precipita in una crisi radicale in Italia (e in Europa) già nei primi anni ottanta, ben prima della caduta del 'muro', e non può che trascinare con sé la giurisprudenza alternativa. Di essa è possibile soltanto registrare il decesso.

La realtà è però più complessa, da più punti di vista. In primo luogo, la giurisprudenza alternativa degli anni settanta era soltanto la punta di diamante di un processo di trasformazione della cultura giuridica e dell'auto-comprensione del giudice che si era sviluppato impetuosamente già negli anni sessanta, in connessione con la 'modernizzazione' avviata nell'Italia del 'miracolo economico'. Esplode all'interno della magistratura un duro conflitto, che ha come posta in gioco l'immagine del giudice e la pratica del giudicare. Viene messa in questione l'idea paleo-giuspositivistica dell'interpretazione giuridica come di una tecnica meramente deduttiva, 'sillogistica', impolitica, per fare emergere la componente inevitabilmente valutativa dell'ermeneutica. Di una profonda revisione della tradizione ancora dominante la giurisprudenza alternativa è dunque, insieme, espressione e strumento di accelerazione.

In secondo luogo, e di conseguenza, il marxismo è, sì, un importante punto di riferimento teorico della giurisprudenza 'alternativa', ma non è, per così dire, il liquido dal quale esce già pronta, per precipitazione, l'operazione giuridico-interpretativa; il marxismo resta sullo sfondo e agisce soprattutto come stimolo e richiamo alle esigenze di un'eguaglianza sostanziale che trova nella costituzione repubblicana il suo fondamento normativo. La grande svolta (annunciata dal convegno di Gardone del 1965 e confermata negli anni successivi) coincide con la tesi del primato della costituzione e della diretta incidenza della norma fondamentale sul processo di interpretazione-applicazione del diritto. L'indipendenza, interna ed esterna, del giudice, così come la consapevolezza del suo ruolo non meccanico ma attivo e creativo nella pratica ermeneutica, traggono il loro senso ultimo da un 'programma' che attribuisce al giudice l'onere di interpretare le norme alla luce dei principi costituzionali. Di questa impostazione la giurisprudenza alternativa è uno dei più convinti sostenitori. Su questa base essa, per un verso, può collegarsi con una politica del diritto antecedente, centrata intorno alla parola d'ordine (impiegata da Calamandrei) della « attuazione » della Costituzione, mentre, per un altro verso, può rifluire, oltre le strettoie degli anni settanta, in un più vasto alveo giurisprudenziale e teorico-giuridico impegnato a fare della costituzione (e dei suoi principî fondamentali) il centro al quale ricondurre ogni singola componente dell'ordinamento.

Esce dal crogiuolo ribollente degli anni Sessanta-Settanta (non senza ripensamenti e aggiustamenti) una nuova figura di giudice, destinata non già ad esaurirsi rapidamente, ma al contrario a trovare nei decenni successivi un terreno propizio per il suo sviluppo. Gioca a suo favore il successo del discorso dei diritti, che nelle singole democrazie costituzionali come nell'Unione Europea e nell'arena dei rapporti internazionali si avvia a divenire il principale parametro di riferimento della cultura politico-giuridica. La centralità dei diritti sollecita spontaneamente (anche sull'onda di una secolare tradizione che fa del giudice la 'valvola di chiusura' del sistema giuridico) la valorizzazione del momento giurisprudenziale. E peraltro la crescente sinergia fra giudici e diritti non è una caratteristica esclusiva della storia italiana: è al contrario un fenomeno che interessa pressoché tutto l'emisfero occidentale, a partire dagli Stati Uniti e da quella lotta per i *civil rights* anch'essa sfociata nella celebrazione del giudice come tutore dei diritti costituzionalmente garantiti.

La rivendicazione del ruolo attivo del giudice e l'immagine di un giudice che si fa tramite di una trasformazione dell'ordinamento ap-

plicando i principî della costituzione non si esauriscono dunque negli anni settanta, ma si confermano e si rafforzano nei decenni successivi (in una sequenza dove evidenti fratture si intrecciano, come sempre nella storia, con significative continuità). E non è solo la retorica dei diritti ad attribuire al giudice un'importanza crescente. A sottolinearne il ruolo 'strategico' intervengono anche la dilatazione e la complessità dell'odierno sistema normativo (accentuate dalla rilevante incidenza dell'Unione Europea sulla vita degli Stati membri), tanto che l'ordinamento sembra poter trovare un momento di unità soltanto nella fase dell'interpretazione-applicazione delle norme. Ed è su questo sfondo che si manifesta un campo di tensione di notevole importanza: da un lato, la tendenza del potere legislativo a deferire alla giurisprudenza la soluzione degli *hard cases* elettoralmente rischiosi e il compito di dare una qualche coerenza a un sistema normativo 'fuori controllo' si cumula con l'inclinazione ad assicurare alla classe politica una sfera di azione formalmente e sostanzialmente intangibile; dall'altro lato, l'inedita rilevanza del momento giurisprudenziale nella realizzazione dei diritti solleva il delicato problema del rapporto fra la volontà del *demos* e le scelte politico-valutative della giurisprudenza.

Tutto ciò, come è evidente, ci conduce molto lontano dal momento di origine della giurisprudenza 'alternativa' e della sua parabola. Conviene però tenere presente che le strategie ermeneutiche che emergevano tumultuosamente negli anni sessanta-settanta, se pure sollecitate da aspettative destinate ad apparire presto illusorie, avrebbero dimostrato nel corso del tempo un'insospettabile vitalità.

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI
« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748
Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736
Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588
Vol. 21 (1992), 8°, p. 750
Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706
Vol. 23 (1994), 8°, p. 554
Vol. 24 (1995), 8°, p. 620
Vol. 25 (1996), 8°, p. 810
Vol. 26 (1997), 8°, p. 744
Vol. 27 (1998), 8°, p. 590
Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180
Vol. 29 (2000), 8°, p. 578
Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988
Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950
Vol. 32 (2003), 8°, p. 796
Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408
Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120
Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562
Vol. 37 (2008), 8°, p. 744
Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956
Vol. 39 (2010), 8°, p. 946
Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174
Vol. 41 (2012), 8°, p. 940
Vol. 42 (2013), 8°, p. 804

Vol. 43 (2014) - Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1144
Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262
Vol. 45 (2016), 8°, p. 778
Vol. 46 (2017) - Giuristi e Stato sociale, due tomi in 8°, p. 1060
Vol. 47 (2018), 8°, p. 816
Vol. 48 (2019), 8°, p. 840
Vol. 49 (2020), 8°, p. 914
Vol. 50 (2021) - Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze. Cinquant'anni di 'Quaderni fiorentini', due tomi in 8°, p. 1014
Vol. 51 (2022), 8°, p. 788
Vol. 52 (2023) - Il diritto come forma dell'esperienza. Per Paolo Grossi, due tomi in 8°, p. 1256
Vol. 53 (2024), due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 54 (2025), 8°, p. 840

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399

3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414

4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169

5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392

6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429

8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432

9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465

10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259

11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527

13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198

14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124

15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202

16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204

17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638

18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656

19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416

20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483

21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476

22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466

23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230

24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254

25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378

26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88

27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206

28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87

29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144

30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766

31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195

32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556

33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644

34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036

36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396

37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424

38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536

39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259

40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564

41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755

42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440

43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368

44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603

45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486

46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448

47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374

48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234

49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212

50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530

51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270

52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474

53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426

54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276

55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024

57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106

58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918

60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502

61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604

62 Pietro Costa, IURISDICTIO
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412

63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286

64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592

65 Ferdinando Mazzarella, NEL *SEGNO* DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530

66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468

67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374

68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI *PATRES*
(2006), 8°, p. XIV-502

69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2008), 8°, p. XXXII-548

70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346

71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464

72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586

73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)
(2007), 8°, p. VIII-156

74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388

75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284

76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282

77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitucíon política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546

78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228

79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632

80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742

81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532

82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268

83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252

84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324

85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306

86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO
(2009), 8°, p. VI-252

87 Federigo Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816

88 Mario Sbriccoli, STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338

89 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512

90 Sabino Cassese, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE
(2010), 8°, p. X-576

91 Marco Sabbioneti, DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682

92 Condorcet, DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190

93 DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442

94 Rodolfo Savelli, CENSORI E GIURISTI
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410

95 ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848

96 Carlo Nitsch, IL GIUDICE E LA LEGGE
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento
(2012), 8°, p. X-342

97 Rodrigo Míguez Núñez, TERRA DI SCONTRI
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360

98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212

99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336

100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314

101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440

102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO FRANCESE (1790-1795)
(2013), 8°, p. VI-166

103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430

104 STORIA E DIRITTO
Esperienze a confronto
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506

105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766

106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi - II
(2014), 8°, p. XII-334

107 Irene Stolzi, LE INCHIESTE PARLAMENTARI
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)
(2015), 8°, p. XXVIII-328

108 GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti
(2015), 8°, p. X-536

109 Giulio Abbate, «UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»
Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)
(2015), 8°, p. VIII-312

110 Piero Bellini, SUGLI USITATI PARADIGMI DELLA CANONISTICA OSSERVANTE
Considerazioni dissenzienti d'un canonista trasgressivo
(2016), 8°, p. VIII-284

111 Ferdinando Mazzarella, UN DIRITTO PER L'EUROPA INDUSTRIALE
Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra
(2016), 8°, p. X-346

112 ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO
Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità
a cura di Roberto Bartoli e Michele Pifferi
(2016), 8°, p. VI-334

113 Maria Sole Testuzza, "*IUS CORPORIS, QUASI IUS DE CORPORE DISPONENDI*"
Il *tractatus de potestate in se ipsum* di Baltasar Gómez de Amescúa
(2016), 8°, p. IV-370

114 Alberto Spinosa, "CIVILI IN DIVERSISSIMO MODO"
Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento
(2017), 8°, p. XVIII-278

115 Raffaele Volante, LA SOSTITUZIONE DEGLI EFFETTI NEGOZIALI NEL DIRITTO COMUNE CLASSICO
(2017), 8°, p. VI-192

116 Federigo Bambi, SCRIVERE IN LATINO, LEGGERE IN VOLGARE
Glossario dei testi notarili bilingui tra Due e Trecento
(2018), 8°, p. IV-370

117 Valerio Torreggiani, STATO E CULTURE CORPORATIVE NEL REGNO UNITO
Progetti per una rappresentanza degli interessi economici nella riflessione inglese della prima metà del XX secolo
(2018), 8°, p. IV-282

118 Maurizio Fioravanti, LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo
(2018), 8°, p. VIII-494

119 Francesco Saverio Nisio, LUCIEN LÉVY-BRUHL
Filosofia, scienze sociali, giustizia
(2019), 8°, p. VIII-796

120 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE DI WEIMAR
Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti
(2019), 8°, p. XXII-110

121 SINDACATI E DIRITTO DEL LAVORO TRA DITTATURE E DEMOCRAZIE NELL'EUROPA MEDITERRANEA E LATINA DEL XX SECOLO
a cura di Irene Stolzi
(2019), 8°, p. VI-312

122 Paolo Passaniti, IL DIRITTO CANGIANTE
Il lungo Novecento giuridico del paesaggio italiano
(2019), 8°, p. XVI-246

123 Philipp Lotmar, LA GIUSTIZIA E ALTRI SCRITTI
a cura di Iole Fargnoli e Luca Nogler
(2020), 8°, p. XXII-358

124 Paolo Grossi, IL DIRITTO CIVILE IN ITALIA FRA MODERNO E POSMODERNO
Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico
(2021), 8°, p. XII-170

125 Francesco Migliorino, LETTURE CORSARE DI TULLIO ASCARELLI
Penalisti e criminologi da Weimar al Terzo Reich
(2021), 8°, p. X-194

126 Floriana Colao, UN DIRITTO PER L'AGRICOLTURA
Itinerari giuridici-economici nella Toscana dell'Ottocento
(2021), 8°, p. XXXII-126

127 Franco Gaetano Scoca, RISORGIMENTO E COSTITUZIONE
(2021), 8°, p. XII-630

128 Gustav Radbruch, FILOSOFIA DEL DIRITTO
(2021), 8°, p. LXXII-234

129 Gianluca Russo, GOVERNARE CASTIGANDO
Le origini dello Stato territoriale fiorentino nelle trasformazioni del penale (1378-1478)
(2021), 8°, p. XXXII-362

130 WHAT IS EUROPEAN IN EUROPEAN PRIVATE LAW?
CHE COSA C'È DI EUROPEO NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO?
a cura di Hans-Wolfgang Micklitz e Giuseppe Vettori
(2022), 8°, p. XXXIV-368

131 Giandomenico Dodaro, GIULIANO VASSALLI TRA FASCISMO E DEMOCRAZIA
Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)
(2022), 8°, p. XXXVI-402

132 Stefano Malpassi, LA «DEMOCRAZIA ECONOMICA» AMERICANA
Alla ricerca di un ordine giuridico del mercato, tra cultura individualistica e tentazioni corporativistiche (1919-1939)
(2022), 8°, p. VI-424

133 Lorenzo Serafinelli, U.S. LAW SCHOOLS
Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti
(2023), 8°, p. XXVI-362

134 PLURALISMO GIURIDICO
Itinerari contemporanei
Atti dell'incontro di studi - Firenze, 20-21 ottobre 2022
A cura di Paolo Cappellini e Giovanni Cazzetta
(2023), 8°, p. IV-316

135 Domenico Siciliano, «DEFENSIVE AUFKLÄRUNG»: IL *CONFLITTO* TRA FILOSOFIA, POLITICA E GIURISPRUDENZA NELL'*ARTICOLO SEGRETO PER LA PACE PERPETUA* DI IMMANUEL KANT
(2023), 8°, p. X-208

136 Piero Fiorelli, LA TORTURA GIUDIZIARIA NEL DIRITTO COMUNE
Ristampa inalterata con prefazione dell'autore settant'anni dopo, e due appendici
(2023), 8°, p. X-776

137 Alberto Predieri, LINEAMENTI DELLA POSIZIONE COSTITUZIONALE DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
Ristampa inalterata con Prefazione di Giuseppe Morbidelli e Introduzione di Augusto Barbera
(2023), 8°, p. XXII-164

138 Giacomo Pace Gravina, LA TERRA E IL CODICE: L'ENFITEUSI
(2023), 8°, p. XIV-126

139 LO STATO COSTITUZIONALE
Radici e prospettive
Atti della giornata di studi in memoria di Maurizio Fioravanti
Firenze, 10 marzo 2023
A cura di Massimiliano Gregorio e Bernardo Sordi
(2023), 8°, p. VI-320

140 Lorenzo Pacinotti, L'INGRANAGGIO DELLA CITTADINANZA SOCIALE
Il Welfare State britannico tra National Insurance e National Health Service
(2023), 8°, p. XLVI-358

141 WEIMAR 1919
Alle origini del costituzionalismo democratico novecentesco
A cura di Massimiliano Gregorio e Paolo Corona
(2023), 8°, p. IV-244

142 Filippo Ruschi, GUERRA AEREA E RAZIONALITÀ GIURIDICA (1899-1938)
La protezione degli inermi nel prisma della filosofia del diritto internazionale
(2024), 8°, p. XIV-516

143 Piero Fiorelli, ADDENTRO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2025), 8°, p. VIII-422

144 Paolo Grossi - Mario Sbriccoli, CARTEGGIO (1962-2004)
A cura di Luigi Lacchè
(2025), 8°, p. IV-364

145 Andrea Orsi Battaglini, ALLA RICERCA DELLO STATO DI DIRITTO
Per una giustizia "non amministrativa" (*Sonntagsgedanken*)
Ristampa inalterata con Prefazioni di Bernardo Sordi, Leonardo Ferrara e Aldo Travi
(2025), 8°, p. XCII-196

146 Gianluca Russo, UNA GRANDE TELA DI RAGNO
La via toscana del diritto comune (secoli XVI-XVIII)
(2025), 8°, p. XII-550

ARCHIVIO APERTO - SAGGI ITINERARI
Per la storia del pensiero giuridico moderno

1 ORDO IURIS
Storia e forme dell'esperienza giuridica
(2003), 8°, p. XIV-420

2.I Pietro Costa, SAGGI DI STORIA DELLA CULTURA GIURIDICO-POLITICA
I. Scritti metastoriografici
(2025), 8°, p. XIV-436

2.II Pietro Costa, SAGGI DI STORIA DELLA CULTURA GIURIDICO-POLITICA
II. Storie di concetti: cittadinanza
(2025), 8°, p. XIV-528

2.III Pietro Costa, SAGGI DI STORIA DELLA CULTURA GIURIDICO-POLITICA
III. Storie di concetti: diritti
(2025), 8°, p. XVI-538

2.IV Pietro Costa, SAGGI DI STORIA DELLA CULTURA GIURIDICO-POLITICA
IV. Storie di concetti: ordine, conflitti
(2025), 8°, p. XIV-342

2.V Pietro Costa, SAGGI DI STORIA DELLA CULTURA GIURIDICO-POLITICA
V. Storie di concetti: sovranità
(2025), 8°, p. XIV-450

2.VI Pietro Costa, SAGGI DI STORIA DELLA CULTURA GIURIDICO-POLITICA
VI. Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario
(2025), 8°, p. XIV-452

2.VII Pietro Costa, SAGGI DI STORIA DELLA CULTURA GIURIDICO-POLITICA
VII. Storie di concetti: popolo, nazione, rappresentanza
(2025), 8°, p. XIV-326

2.VIII Pietro Costa, SAGGI DI STORIA DELLA CULTURA GIURIDICO-POLITICA
VIII. La pena di morte
(2025), 8°, p. XII-198

2.IX Pietro Costa, SAGGI DI STORIA DELLA CULTURA GIURIDICO-POLITICA
IX. Diritto e interpretazione
(2025), 8°, p. XII-232

SAGGI
ITINERARI
per la storia de
ARCHIVIO

ArchiviO
APERTO
saggi-itinerari

ISBN 978-88-28-88105-6

9 788828 881056

€ 34,00
024226849

Des. Rhiannon Naddaf