

ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA

a cura di FRANCESCO CERRONE e GIORGIO REPETTO



GIUFFRÈ EDITORE

PREMESSA

Questo volume trae origine da un convegno di studi organizzato nell'Università di Perugia, presso la Facoltà di Giurisprudenza, dove Alessandro Giuliani aveva insegnato Filosofia del diritto dal 1969 al 1997, dopo gli anni di insegnamento nella Facoltà giuridica pavese, dove era stato professore, oltre che di Filosofia del diritto, di Storia delle dottrine economiche, di Diritto comune, di Storia del diritto italiano. Il convegno si è svolto il quindici ed il sedici giugno 2010 ed ha raccolto la partecipazione di storici, economisti e giuristi, e, fra questi ultimi, di romanisti, storici del diritto, filosofi e sociologi del diritto, comparatisti, civilisti, costituzionalisti, processualcivilisti e processualpenalisti, come a rappresentare sia la varietà e ricchezza degli interessi di ricerca di Giuliani sia l'interesse diffuso che i suoi studi hanno suscitato nelle comunità scientifiche.

I lavori del convegno sono stati aperti dal professor Paolo Grossi, che ha anche presieduto la prima sessione; le successive tre sessioni sono state presiedute, rispettivamente, dai professori Nicola Picardi, Francesco De Sanctis e Pietro Rescigno. I curatori del volume sono grati ai Presidenti delle sessioni per aver acconsentito a pubblicare in questo volume, come introduzione, le loro considerazioni introduttive e di apertura dei lavori. I curatori sono altresì grati alla Scuola superiore dell'Avvocatura - Fondazione del Consiglio nazionale forense, ed al suo Direttore, avvocato Alarico Mariani Marini; al Centro studi giuridici e politici della Regione Umbria ed al suo Presidente, avvocato Marco Lucio Campiani ed alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia, per aver sostenuto finanziariamente l'iniziativa delle due giornate di studi, contribuendo significativamente altresì alla sua organizzazione.

Una speciale gratitudine i curatori debbono al professor Paolo Grossi, fondatore nel 1971 del Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno e per lunghi anni suo Direttore, per aver voluto

promuovere la pubblicazione del volume nella Biblioteca del Centro. La gratitudine si estende, naturalmente, al prof. Bernardo Sordi, attuale Direttore del Centro e della Biblioteca, ed ai membri del Consiglio scientifico del Centro, professori Paolo Cappellini, Pietro Costa, Francesco Palazzo e Vincenzo Varano.

FRANCESCO CERRONE
GIORGIO REPETTO

IN APERTURA (*)

() Paolo Grossi, Nicola Picardi, Francesco De Sanctis e Pietro Rescigno hanno presieduto le quattro sessioni del convegno da cui questo volume trae origine. Paolo Grossi ha aperto i lavori e presieduto la prima sessione; Nicola Picardi, Francesco De Sanctis e Pietro Rescigno hanno presieduto, rispettivamente, la seconda, terza e quarta sessione.*

PAOLO GROSSI

Gentile Signora Giuliani, cari amici Giuliani,
illustre Pro-rettore, illustre Preside, cari Colleghi,

Inizio con un ringraziamento, che non è di stile ma sincerissimo, per avermi dato l'onore di questa presenza nella prima sessione del Convegno dedicato ad Alessandro Giuliani. È un onore e un piacere, perché sono stato legato ad Alessandro da una lunga, costante, intensa amicizia; un'amicizia nata all'insegna della spontaneità nella comunanza dei nostri interessi di studio e che si è andata via via accrescendo. È anche un onore, perché ho sempre nutrito uno schietto apprezzamento per Alessandro, un personaggio che, in tutta la sua vita, con grande fedeltà ha perseguito un fine incalzante: portare avanti la propria *recherche de la vérité*, approfondendo i vari temi che egli si proponeva, continuando il cammino con grande umiltà ma, insieme, con perseveranza e rendendo sempre più complesso ed aguzzo il suo sguardo.

Pensavo stamattina ad Alessandro avendo sotto mano il programma di questo Convegno, mentre constatavo ammirato la vasta gamma dei temi corrispondenti agli interessi da Lui coltivati. Infatti, cominciamo con il contributo di un economista, cui seguono quelli di filosofi del diritto, processualisti, civilisti. A questo riguardo, consentitemi un ricordo personale: subito dopo la morte di Giuliani, un allievo di Garin, Maurizio Torrini — redattore di una Rivista filosofica — mi chiese di scrivere per quel foglio scientifico un ricordo. Risposi di no, ma ancora prima avevo risposto di no a me stesso, quando mi ero posto il problema di redigerlo per i 'Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno' che allora dirigevo e di cui il nostro onorato era stato un auspicatissimo collaboratore. Per sordità? Per negligenza? Per pigrizia? Niente di tutto questo, e l'ho con franchezza dichiarato sugli stessi 'Quaderni

fiorentini' quando, presentando un saggio della figlia Alessandra ⁽¹⁾, ammise apertamente la mia inettitudine nel poter registrare tutti i messaggi, le voci, le tonalità che Giuliani aveva saputo esprimere con tanta ricchezza. Filosofo, storico della filosofia, cultore della filosofia morale come della filosofia teoretica, filosofo del diritto, storico del diritto, processualista e civilista: mi trovo, insomma in una situazione di incapacità, l'incapacità di poter adeguatamente parlare di tutto quanto aveva trattato con incredibile competenza un Collega cui pur mi sentivo straordinariamente vicino e verso cui nutrivo amicizia e ammirazione.

Dopo uno scialo di 'scritti in onore' e di Convegni dedicati troppo spesso a personalità mediocri, finalmente a Perugia si celebra uno studioso degno di ricevere onoranze. Ne sono felice, come sono felice di essere qui con Voi oggi e di presiedere questa prima seduta.

Nei giorni scorsi ho ripreso in mano dopo parecchi anni i lavori di Giuliani, che avevo già frequentato in un passato remoto o prossimo e che si erano impressi nella memoria per avere lasciato una impronta non effimera nella mia vicenda intellettuale. Li ho riletti per poter riannodare un dialogo interrotto e poter conseguire una disposizione psicologica congeniale a questo nostro Incontro perugino. E ho ritrovato intatti i motivi che ci vincolarono saldamente e che mi fecero vedere in Lui un interlocutore privilegiato.

Intanto, va puntualizzata una sua dimensione caratterizzante: era un personaggio in ricerca, che si poneva continuamente problemi, dominato da una azione intellettuale interiore che si superava continuamente. Alieno da dogmatismi, da rischiosi trapianti di credenze nella esperienza dell'uomo di cultura, Egli amava fortificarsi nell'umile approccio con i grandi classici, misurando sempre le proprie conclusioni alla luce della inesauribile ricchezza di messaggi provenienti soprattutto dalla antichità e dal medioevo ma anche dai secoli moderni e pos-moderni.

Questo atteggiamento di fondo di umiltà severamente praticata, questo confronto — che faceva costantemente suo — con il portatore di verità altre, magari di segno diverso o addirittura opposto, ha

(1) Nella 'Pagina introduttiva' al volume 29, relativo all'anno 2000 (cfr. P. GROSSI, *Trent'anni di pagine introduttive — Quaderni fiorentini 1972-2001*, a cura di P. Cappelletti, Milano, Giuffrè, 2009, p. 235).

avuto un perfetto contrappunto nel suo lavoro di filosofo del diritto. E quel sapere dialettico, che era il motore del solitario uomo di studio, venne ad essere concepito come lo strumento di recupero per lo stesso oggetto delle sue cure e dei suoi studi: il diritto.

Lo aduggiavano le geometrie logiche, impermeabili e impeccabili nel loro formalismo ma astratte dai contesti storici sui quali erano pur chiamate a proiettarsi; lo aduggiavano le definizioni inamovibili, le sistemazioni rigide e nettissime nei loro disegni, veicoli tutti del rischio perverso di trasformarsi in corazze costringenti per l'esperienza che avevano tuttavia il compito di ordinare.

La storicità del diritto fu il preciso canone cui sempre volle attenersi, e alla ripugnanza verso le fissità logiche ben spesso artificiose contrapponeva il compiacimento per il movimento e il dinamismo che Egli coglieva quale condizione imprescindibile dell'esperienza.

Il diritto era per Lui (e non poteva non essere) esperienza, vita vissuta, storia vivente di poveri cristiani nella quotidianità delle loro azioni. Io e Lui, insomma, concordavamo nella elementare ma troppo dimenticata conclusione che il tratto essenziale del diritto consiste nella sua carnalità, nel suo intridersi di tempo e di spazio. È da qui che nascono le sue giovanili "Ricerche in tema di esperienza giuridica", del 1957, il dialogo con Capograssi e quello così simpatico con Orestano, il più capograssiano degli storici del diritto, al quale dedicherà, nel 1974, il densissimo saggio su "Il concetto classico di regola di condotta".

Alessandro diffidava della verità dei puri logici, tutti presi da una sorta di *furor mathematicus*, una verità al singolare, una verità senza raffronti o verifiche, e pertanto indiscutibile, insomma una verità dogmatica offerta alla accettazione passiva e non alla discussione e alla analisi critica.

Contro la superbia del sapere definitorio (e, in quanto tale, definitivo), Egli rivalutava il *controverso*, perché indocile a immobilizzazioni e cristallizzazioni, perché generatore di problemi, perché necessariamente incarnantesi in ricerca: "il filosofo — come il giudice — deve ricercare la verità tra opinioni in conflitto" (2). La ragione calcolante non serve al filosofo ma non serve nemmeno al

(2) A. G., *La controversia-Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966 (Studi nelle scienze giuridiche e sociali, 143), p. 146.

giurista. Nella scia della sua sincera umiltà Giuliani non esitava ad affermare che “nel diritto bisogna accontentarsi delle tecniche di una ragione probabile” (3).

La dialettica Gli si palesava come il sentiero grazie al quale lo scienziato approda alla riva del probabile senza rinnegare il magma pratico da cui era scaturito il miracolo del giuridico. In tale sua veste la dialettica era un salvataggio duplice, della prassi, che non si impantanava nella palude dell'atomismo effimero della fattualità, e della verità, alla quale assicurava fondazioni più sicure.

È da queste scelte che prende consistenza il filone di fondo del pensiero (filosofico-giuridico e tecnico-giuridico) di Alessandro, quello che costituirà una dorsale del suo svolgimento mai abbandonata: il diritto come controversia. È, infatti, alla controversia che egli dedica la *summula* della sua maturità di studioso, ed è qui — più che altrove — che si manifesta la pienezza del suo messaggio. Il diritto come controversia, la logica giuridica intesa come teoria della controversia con i suoi irriducibili risvolti etici, perché è particolarmente nella controversia che si ha il recupero pieno della storicità del diritto.

Su questa linea Alessandro ripercorre un sentiero su cui aveva camminato spedito Giuseppe Capograssi. Scriveva il grande sulmonese, commemorando Chiovenda e facendo espresso riferimento alla controversia e al processo su quella innestato: “quella povera e angusta cosa che è il soggetto particolare, come attore come convenuto come imputato, c'è con una propria somma di poteri e di diritti nel processo. Può dire: domando eccepisco concludo mi difendo *ergo sum*. Non c'è nessun punto dell'esperienza giuridica in cui il soggetto singolo come imprescindibile realtà giuridica dell'esperienza appaia in modo più presente e diretto” (4).

Nel 1938, Capograssi, a cui la folla di ‘quelle povere e anguste cose’ che sono gli uomini/qualunque non è ignota, ma di cui ha registrato con rispetto ed affetto le ansie i bisogni le urgenze; questo strano genuino filosofo vede nel processo il manifestarsi più speculare, più fedele e più franco, di un'esperienza fatta di eventi quoti-

(3) *La controversia*, cit., p. 88.

(4) G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, ora in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. IV, pp. 152/53.

diani e non di guerre e battaglie vinte o perse, non di trattati internazionali e di risse tra fazioni politiche.

Pressoché identico è l'angolo di osservazione, e anche l'ansia di ricerca e la volontà di percezione che sorreggono Giuliani, mentre — da filosofo — guarda all'esperienza giuridica: il 'segreto' di questa, o, se si vuole, il suo 'mistero', ma sicuramente anche la sua essenza e, quindi, anche la sua manifestazione più schietta, è nel proporsi come 'controversia'. E non dice cose diverse da Capograssi Alessandro, quando intuisce (intuizione fertilissima) che osservare il diritto alla luce del 'controverso' significa coglierne la sua naturale immersione nella temporalità e nella spazialità, significa finalmente arrivare ad attingerne la 'qualità', le 'qualità', le tante e differenziate 'qualità' che coloriscono e compongono il suo frammentatissimo caleidoscopio.

L'osservatorio della 'controversia' consente il recupero di tutto lo spessore del diritto, impedisce la nefasta separazione (e frattura) tutta moderna tra fatto e diritto, consente di prendere atto della ineliminabile permeazione del diritto con fatti e cose, con la natura delle cose. E qui Giuliani è pronto a recepire il messaggio di Michel Villey, con cui constata parecchi punti di contatto e di consenso. Ecco una frase della sua *summula* del 1966 con la quale fa definitiva chiarezza: "l'area della qualità ci è dunque apparsa come quella della libertà, della responsabilità, della scelta; ma di una libertà che tiene conto della contingenza, della finitudine, della temporalità" (5).

È per questo che non lésina attenzione, anzi studi accuratissimi e approfonditi nonché ammirazione, ai giuristi medievali, soprattutto prima di quella che Alessandro chiama la 'riforma' di Abelardo; perché la loro logica era essenzialmente logica della controversia, perché il loro sapere era fondamentalmente dialettico, incentrato sempre in quel grimaldello — appunto dialettico — rappresentato dalla *quaestio*, da loro costantemente esemplata sullo schema del contraddittorio fra attore e convenuto. Era la loro salvaguardia dalla astrattezza e dal formalismo, giacché il ragionamento dialettico non poteva mai deporre il proprio carattere temporale.

Le mille *quaestiones disputatae*, le mille *dissensiones dominorum*

(5) *La controversia*, cit., p. 127.

emergevano dai bisogni della vita quotidiana, erano *de facto emergentes* e l'interpretazione (di cui costituivano le testimonianze parlanti) non era arido onanismo su di un testo cartaceo (sia pure autorevolissimo), bensì identificazione della qualità di un fatto. Fatto e diritto si componevano in un ordine armonico, mentre l'equità di quei giuristi si svelava soprattutto come *rerum convenientia*.

Agli occhi di Giuliani il grande merito dello *ordo iudiciarius* medievale era di proporsi non quale *ordo voluntatis* ma quale *ordo rationis*; realtà eminentemente extra-statuale ⁽⁶⁾, i suoi principii non dipendevano dalla volontà — e, quindi, dall'arbitrio — del legislatore ma dalla retorica e dall'etica.

Qui appare netta la preoccupazione del filosofo novecentesco di sottrarre la verità del fatto e la prova del fatto all'arbitrio del Principe. Senza alcun dubbio Giuliani è dalla parte del Presidente del Parlamento di Parigi Lamoignon avversante la 'Ordonnance' luigiana del 1667 per essere quel testo legislativo "contre le droit et l'usage" ⁽⁷⁾, dove *droit* e *usage* suonano duttilità e mobilità, un complesso di fatti insuscettibili di una innaturale sclerotizzazione nella fissità di una volontà sovrana inscritta e ingessata in un testo.

"Controverse, conflit, dynamisme caractérisent toutes les manifestations de l'expérience juridique" preciserà Giuliani — ormai sessantenne — in uno scritto di sintesi del proprio pensiero, riaffermando l'intuizione tante volte espressa che il diritto è storia vivente, che gli è naturale la mobilità e ripugnante la fissità, che soltanto un interiore dinamismo dialettico — ponte prezioso tra prassi e verità — gli consente effettività di presenza. In questo saggio dell'84, affidato agli 'Archives' parigini del suo amico Villey ⁽⁸⁾, Egli non manca, in uno dei suoi rari momenti dal tratto didascalico, di ammonire i colleghi filosofi del diritto, troppo occupati nella sterile operazione di acchiappar nuvole, a trascurare i cristalli logici dei concetti e del sistema e a rendersi conto finalmente della storicità del

⁽⁶⁾ È il punto centrale di snodo di quella splendida 'voce' *Prova in generale*, che Giuliani scrive per la *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 536.

⁽⁷⁾ La citazione è di Giuliani nella sua 'voce' *Prova in generale*, cit., p. 544.

⁽⁸⁾ *Droit, mouvement et réminiscence*, in *Archives de philosophie du droit*, 29 (1984), p. 103.

diritto: “c’est la philosophie du droit qui devrait aujourd’hui récupérer la dimension philosophique et logique des problèmes concernant le mouvement du droit” ⁽⁹⁾.

Parole (e intuizioni) tutte da meditare, soprattutto oggi che il tempo di transizione in cui viviamo soffre di una rapidità convulsa, oggi in cui movimento e mutamento sembrano erodere vecchi edifici ormai cadenti senza però che se ne siano costruiti di nuovi. Il recupero della storicità del diritto, che è — mi sembra — l’insegnamento nodale emergente da tutte le pagine giulianee, è un salvataggio per tutti i giuristi operanti in una cultura di ‘civil law’ inaridita e condannata alla sterilità nelle sue dommatiche inalterate. Il nostro Incontro perugino può essere per tutti noi una occasione da non perdere al fine di incrementare la nostra consapevolezza.

⁽⁹⁾ *Droit, mouvement et réminiscence*, cit., p. 116.

NICOLA PICARDI

Sono grato al Prof. Cerrone ed all'organizzazione tutta del convegno per avermi riservato l'onore di presiedere questa sessione e di svolgere la prima delle relazioni. Penso che questa scelta sia giustificata soltanto dalla circostanza che ho avuto il grande privilegio di avere lavorato, in stretta collaborazione con Alessandro Giuliani, per quasi cinque lustri.

Prima della relazione, penso, perciò, che da me ci si attenda una testimonianza sull'impegno culturale di Giuliani e sulle ricerche collettive che egli ci ha lasciato.

Dirò subito che Sandro (così lo chiamavano, parenti ed amici) è stato uno studioso, libero da scuole, immune da interessi di carriera, scevro dall'esercizio di qualunque forma di potere. Ma — mi si obietterà — egli è stato Preside di questa facoltà. Preciso che questa è stata una breve parentesi, sostanzialmente obbligata, quando è tornato a Perugia, dopo aver coperto per alcuni anni la cattedra di filosofia del diritto presso l'Università "La Sapienza" di Roma. Comunque, è stata un'esperienza a lui non geniale e, soprattutto, poco gradita.

Giuliani è stato un professore che non ha discendenti diretti. Egli mi confidò che non si sentiva di indirizzare qualche giovane ad una carriera irta di difficoltà, come quella che lui aveva incontrato nella sofferta esperienza pavese. Tuttavia, i tre volumi di scritti in suo onore ⁽¹⁾ sono sorti dall'iniziativa spontanea di 62 studiosi, soprattutto giovani; non sono stati promossi da nessun comitato di colleghi e/o allievi. Hanno contribuito, non solo e non tanto filosofi e storici, ma anche cultori di differenti estrazioni e delle più diverse

⁽¹⁾ *Diritto e processo, Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, 3 voll., Esi, Napoli, 2001.

specialità, tutti uniti dall'entusiasmo per la ricerca, tutti contagiati dalla curiosità culturale che Sandro Giuliani aveva loro trasmesso.

Ieri sera sono venuto a Perugia, insieme ad Andrea Panzarola, uno dei giovani processualciviltisti più promettenti, che non ha mai conosciuto Alessandro Giuliani, ma è stato particolarmente influenzato dalle sue opere e su di esse si è formato. Il viaggio da Roma a Perugia, a poco alla volta, è divenuto, per me, un viaggio nella memoria: *ratione aetatis* ho finito per evocare fatti, circostanze, personaggi, il cui ricordo rischia ormai di divenire evanescente. Questo viaggio è diventato, così, una ricerca del tempo passato. Tempo che mi sembra ormai perduto e che, in tutta sincerità, non so se riuscirò mai a ritrovare.

Dalla stessa lettura del programma di questo convegno risulta, del resto, che oggi Giuliani ha non solo allievi nelle più diverse discipline, ma ormai anche allievi di seconda o, addirittura, di terza generazione, che non hanno avuto mai la fortuna di conoscerlo di persona, ma si sono ispirati alle sue opere.

Mi scuso con i colleghi più anziani che ben conoscono, più e meglio di me, le cose che sto per dire. Mi riferisco soltanto agli studiosi più giovani e, nell'economia di questa testimonianza, mi permetto riferire qualche particolare, per l'eventualità che possa essere loro utile.

Nella prima sessione del convegno, questa mattina, l'amico e collega Ferdinando Treggiari ha illustrato ampiamente le ricerche sull'educazione giuridica, che rappresentano indubbiamente le indagini perugine di base. Alla esposizione di Treggiari vorrei aggiungere solo qualche notazione.

Nel 1969 Sandro ed io, per vie diverse, giungemmo a Perugia ed iniziammo la nostra collaborazione. L'ideazione di questa prima linea di ricerche e la stessa denominazione *educazione giuridica* vanno ascritte essenzialmente a merito di Sandro. Redigemmo, quindi, un primo programma di indagini, che sottoponemmo al Consiglio Nazionale delle Ricerche. Riccardo Orestano ed Elio Fazzalari, rispettivamente presidente ed autorevole membro del comitato giuridico, espressero un'entusiastica approvazione e la ricerca ottenne la qualifica di "progetto strategico".

La tecnica che avevamo ideato prevedeva che i relatori dovessero inviare preventivamente una relazione provvisoria che sarebbe

stata poi discussa pubblicamente in un Seminario organizzato a Perugia. Ci sarebbe stato, poi, un anno per l'elaborazione del testo definitivo delle relazioni e la successiva loro pubblicazione in uno o più volumi.

La preparazione della prima ricerca ci impegnò particolarmente. Pensammo di affidare la relazione introduttiva a Chaïm Perelman, la seconda relazione e le conclusioni a Max Rheinstein. Spettò a Sandro assicurare la presenza del primo e a me quella del secondo relatore. Ottenuta l'assicurazione della loro partecipazione, Sandro riuscì poi ad ottenere anche l'adesione di altre maggiori personalità culturali dell'epoca: da Helmut Coing a Robert Villers; da J.H. Merryman a Jerzy Wroblewski. Non mancò neppure la partecipazione di autorevolissimi studiosi italiani. Basti qui ricordare, oltre ad Orestano e Fazzalari, Scarpelli e Renato Treves. Il Seminario si svolse nel 1972 nell'Aula del Dottorato di questa Università e gli atti furono pubblicati nel 1973 con il titolo *Modelli di Università e Progetti di riforma*.

Dal 1978 al 1989, seguirono, poi, altri cinque Seminari ed i relativi atti vennero pubblicati in undici volumi ⁽²⁾. Va precisato che i primi due volumi, stampati in economia da questa Università, vennero affidati alla Soc. Licosa di Firenze per la distribuzione. Successivamente, peraltro, la Licosa fu dichiarata fallita ed i volumi divennero introvabili. Nel 2008, con il contributo della LUISS di Roma e della LUM di Bari-Casamassima, per iniziativa di Roberto Martino, l'editore Cacucci di Bari ha curato una elegante seconda edizione di questi due volumi, edizione arricchita dagli ormai necessari aggiornamenti. Nel frattempo i colleghi Treggiari e Cerrone hanno, peraltro, reperito nei magazzini di questa Università alcune copie dell'edizione originale, che sono stati distribuiti ai convegnisti.

(2) Il secondo volume, dal titolo *Profili storici dell'educazione giuridica*, risale al 1979. Il terzo volume, dedicato a *La responsabilità del giudice* risale al 1978 ed è stato edito sempre dall'Univ. di Perugia (i relativi materiali, in parte, sono stati poi da noi utilizzati nella monografia GIULIANI e PICARDI, *La responsabilità del giudice* (1987), pubblicata nella nostra ultima collana "Dialettica diritto e processo", Giuffrè, Milano, 2^a ed., 1995. Seguirono, poi, tre volumi dedicati a *Il pubblico funzionario* (1975-1981), sempre editi da questa Università; tre volumi dedicati ai *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, ESI, Napoli, 1987 ed, infine, due volumi su *Modelli storici della procedura continentale*, ESI, Napoli, 1994).

L'ultima ricerca de *L'Educazione giuridica* risale al 1989 ed ha avuto ad oggetto i *modelli storici della procedura continentale*. Nel relativo seminario presentammo quindici modelli di codificazioni, a partire dall'*Ordonnance civile* del 1667. In un primo tempo, Sandro pensava di pubblicare, in un terzo volume, l'antologia delle disposizioni più rilevanti dei diversi modelli. Nel frattempo reperimmo, però, ulteriori codificazioni particolarmente significative. Pensammo, perciò, di riprodurre i testi integrali delle grandi codificazioni, ogni codice preceduto da studi introduttivi ed, eventualmente, integrato da altri documenti. Ne nacque la collana *Testi e documenti per la storia del processo* divisa in due sezioni: I^a. *I grandi modelli europei*; II^a. *Codici degli Stati italiani preunitari* ⁽³⁾. Anche questa serie di ricerche collettive si giovò dell'approvazione, e all'inizio anche del contributo finanziario, del Consiglio Nazionale delle Ricerche; ma, per la nota crisi economica del C.N.R., in seguito dovvemmo ricorrere al sostegno finanziario da parte del Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e/o di singole Università. Comunque, non senza difficoltà, dal 1996 al 2004 siamo riusciti a pubblicare 24 tomi di questa collana, che può essere considerata una costola dell'*Educazione giuridica*.

Nel frattempo, sempre nell'ambito e con il contributo del C.N.R., dal 1977 al 1991, eravamo riusciti a pubblicare altri dieci volumi nella Collana *Ricerche sul processo* ⁽⁴⁾ nei quali sono stati tradotti ed analizzati sette modelli di processo civile (dall'allora vigente processo civile sovietico, all'attuale processo civile cinese, dall'attuale processo civile brasiliano all'allora vigente processo civile inglese), nonché tre volumi dedicati all'Ordinamento giudiziario, analizzato nella storia, nella comparazione e nei progetti di riforma.

Da ultimo, ma non per ultimo, vanno ricordati i quattro volumi della Collana "Dialettica, diritto e processo" ⁽⁵⁾, nella quale è apparso, oltre al già citato nostro lavoro comune su *La responsabilità*

⁽³⁾ Collana che venne pubblicata dalla casa editrice Giuffrè.

⁽⁴⁾ Il primo volume, *Il processo civile sovietico* è stato pubblicato dalla casa ed. Cedam, Padova 1977; gli altri nove volumi con l'ed. Maggioli (dal 1983, *Il processo civile svizzero*, al 1991, *Il processo civile cinese*).

⁽⁵⁾ Pubblicata dalla casa Giuffrè.

del giudice, l'ultima monografia di Sandro, *Giustizia ed ordine economico*, 1997.

In apertura ai già citati volumi in suo onore, abbiamo riportato la bibliografia delle opere di Alessandro Giuliani, oltre ai 198 titoli delle sue monografie, saggi e recensioni, abbiamo ricordato diciotto volumi di ricerche collettive. Ma egli ha lasciato appunti, progetti, idee, su cui abbiamo potuto continuare a lavorare ed oggi i volumi delle ricerche sono diventati quarantanove. D'altra parte, questo convegno ci offre la migliore occasione per constatare l'influenza già esercitata da Giuliani e, soprattutto, la potenzialità del suo pensiero nei diversi settori dell'esperienza giuridica ed economica. Egli è riuscito a formare una comunità di studi. Certamente il suo pensiero appartiene ormai al passato, ma il nostro passato è anche, per voi giovani, il vostro patrimonio e mi auguro che possa realizzarsi anche l'ultimo progetto di Alessandro Giuliani: uno studio su *La retorica giudiziaria*.

Concludo la mia testimonianza, ringraziando tutti i presenti per la loro attenzione e rivolgendo un affettuoso saluto alla Signora Rosalia Giuliani, ai figli ed ai nipoti tutti di Sandro.

Passo, quindi, a svolgere la mia relazione nella quale cerco di riprendere, con l'indimenticabile amico, i nostri ultimi discorsi sul *La giustizia*, discorsi improvvisamente interrotti dalla sua scomparsa, su questa terra.

FRANCESCO DE SANCTIS

Sento l'obbligo non formale di ringraziare gli organizzatori di questo convegno, in particolar modo il Prof. Francesco Cerrone, per avermi dato l'onore di presiedere questa seduta che vede la partecipazione di tanti carissimi amici e colleghi, molti dei quali ho avuto modo di conoscere e di apprezzare nel mio periodo di insegnamento romano alla 'Sapienza'.

Vorrei dedicare alcuni minuti di questo mio intervento introduttivo al ricordo personale di Alessandro Giuliani. Pur non avendo avuto con lui frequenti rapporti accademici, Alessandro Giuliani ha comunque lasciato in me il ricordo del vero maestro. E con ciò intendo dire che Giuliani, oltre ad essere uno studioso che sapeva arrischiarsi in zone poco esplorate aprendo nuovi spazi alla ricerca, era capace soprattutto di ascolto produttivo nei confronti dei suoi colleghi, in particolar modo di quelli più giovani. Io ho incontrato Alessandro quando lavoravo sul pensiero tedesco post-hegeliano ed egli, anche se forse questo non era stato un suo specifico interesse di ricerca, seppe farmi tutte le domande giuste per darmi la misura dello stato della mia ricerca e per aprirmi gli occhi su problemi insospettati, dandomi comunque l'impressione di essere molto interessato alle cose che gli dicevo. Così mi fece comprendere quale fortuna fosse, per un giovane studioso, approfittare di un interlocutore del genere piuttosto che della collocazione in una 'scuola'. Poi, pur senza incontrarci di persona al di là delle occasioni congressuali o di alcuni seminari che egli organizzava e conduceva in questa Università, restammo sempre in contatto: l'ultimo incontro che ho avuto con lui è stato durante un convegno vichiano, cui partecipò anche Giuliano Crifò (che è qui con noi), voluto da me a Napoli, presso l'Università Suor Orsola Benincasa, nel dicembre del 1994, dove egli tenne una splendida relazione su *Retorica giudiziaria e filosofia pratica da Giorgio Trapezunzio a Giambattista Vico*. Gli atti

di quel convegno, apparsi nel 1999, sono dedicati alla memoria di Alessandro.

Conservo, oggi, di Giuliani il ricordo di uno studioso di rara magnanimità, dallo sguardo vivacissimo, dal tratto squisitamente signorile e dalla raffinatissima ricchezza intellettuale e culturale. Egli è stato un pensatore atipico all'interno del panorama filosofico-giuridico italiano disegnato dalla sua generazione. Atipicità relativa, anche, a un contesto che è il contesto italiano in cui tramontavano gli insegnamenti di maestri come Del Vecchio, Capograssi, Cammarata, Cesarini Sforza, maestri che erano stati strettamente legati a momenti e correnti importanti della cultura giuridica dell'inizio del secolo scorso.

È necessario ricordare, in questa sede, anche se solo di sfuggita, l'opera di Giuseppe Capograssi che fu più che maestro dei filosofi del diritto, maestro dei giuristi: i giuristi, infatti, hanno avuto con lui un rapporto teorico di rilievo, che ha lasciato tracce non marginali nella scienza del diritto italiana. Credo che le concezioni capograsiane di scienza del diritto e di esperienza giuridica siano state determinanti nella formazione filosofica di Alessandro Giuliani. Mentre la filosofia del diritto in Italia intraprendeva, in quegli anni, altri percorsi: da un lato, attraverso soprattutto la grande personalità di Bobbio, essa si incamminava verso l'analisi logica del linguaggio giuridico, filosofia analitica e la teoria generale, restando così più facilmente in dialogo con i giuristi; dall'altro lato, invece, essa si apriva alla prospettiva onto-fenomenologica o alla indagine storica di tipo monografico dove, nel porre o nel ricercare le domande fondamentali, si stabiliva un contatto più diretto con le problematiche filosofiche o storico-filosofiche in senso stretto. Tra le eccezioni di rilievo alla riduzione consapevolmente troppo schematica che sto facendo bisogna ricordare l'opera di Pietro Piovani.

In questo panorama, la presenza di Giuliani è stata una presenza di grande interesse non soltanto perché egli dialogava e ricercava insieme con i giuristi, ma anche perché da subito fece una scelta di campo che è risultata — sul lungo periodo — capace di resistere meglio alle sfide, allora imprevedibili, della post-modernità. Alessandro Giuliani, infatti, è stato un critico della modernità giuridica, un atteggiamento questo che già inizia a notarsi nei suoi studi tra la fine degli anni '50 e l'inizio degli anni '60 del secolo scorso. La cosa

molto interessante è che egli non intraprende la sua riflessione a partire da una matrice ideologica ben definita, al contrario di quanto avveniva, ad esempio, nel filone di critica della modernità che, soprattutto in quegli anni, era caratterizzata da una matrice ideologica in parte legata al tradizionalismo cattolico (rivissuto da Del Noce con grande originalità) e in parte anche al neo-marxismo che iniziava il suo commiato dalle componenti sia illuministiche sia storicistiche.

La posizione di Giuliani è diversa: egli, infatti, non parte da una scelta ideologica, ma da una domanda epistemologica. Essendo e sentendosi giurista — e chi ha avuto modo di leggere i suoi studi sull'esperienza giuridica avrà notato l'orgoglio di questa appartenenza — è in questo ambito, il diritto come luogo di una pratica sociale complessa, che egli trova le proprie ragioni e le ragioni 'oggettive', per una critica del Moderno e della particolare strumentalità a cui, nel suo tempo, si sottopone il diritto. E ciò significa innanzitutto critica al primato della Legislazione come *la* fonte per eccellenza in cui si manifesta la 'volontà' ordinatrice, il diritto inteso, perciò, come frutto di una decisione sovrana (*superiorem non recognoscens*) che 'pone' la Legge e che dal nulla giuridico 'crea' il diritto arrogandosi il monopolio della sua produzione. Questa è la concezione tipica della sovranità moderna che appare a Giuliani fortemente riduttiva dell'esperienza anche storica custodita dal diritto. Un altro elemento della modernità giuridica che Giuliani critica, insieme a quello della statualità del diritto, è l'idea della coattività come indice esclusivo della giuridicità intesa in maniera strettamente normativista. In questo viaggio critico verso le emergenze più cospicue del pensiero giuridico moderno, Alessandro si radica all'interno di un neo-aristotelismo di grande spessore, irrobustito anche dalla tradizione retorica e 'prudenziale' romana e giusromanistica, che precede e anticipa la "riabilitazione della filosofia pratica" che avverrà in Germania.

La sofistica (recuperata nella sua dimensione pre-platonica), la retorica, la dialettica, la topica per Alessandro sono le discipline argomentative che, lungi dall'essere meramente strumentali nei confronti del diritto, sono i luoghi in cui il diritto abita in quanto 'pratica sociale'. Il diritto diventa così un fenomeno comunitario, perché ha a che fare con noi, perché ci riguarda nel nostro agire quotidiano come

parte ineliminabile dell' 'agire rettamente' (*phronesis, prudentia*). La dialettica per Giuliani significa proprio questo: il logos che ci attraversa nella disputa, nel confronto, determinando il contesto della scelta. La stessa storicità del diritto di cui ci parla Alessandro è una storicità ermeneutica che ci colloca in una *Wirkungsgeschichte* in cui, nella comunità del linguaggio-ragione che ci pro-viene e ci con-tiene, siamo sempre, confitti in una radicale finitezza, destinatarii interpreti e applicatori di pratiche ordinatrici della vita.

In questo senso ritengo che la ricerca di Alessandro Giuliani sia stata una ricerca nata dall'esigenza epistemologica di sottrarre il diritto al monopolio del potere politico e all'ideologia riduzionista del giuspositivismo; una ricerca capace di collocare il diritto in un arco temporale molto ampio e perciò in grado, da questa prospettiva allargata, di farlo diventare (*iusta propria principia*) un elemento efficacissimo di critica alla modernità giuridica ed ai suoi formalismi riduttivi. Si badi, ciò non significa che il pensiero di Alessandro sia stato poco attento ai problemi fondamentali delle teorie formaliste: al contrario, la sua lettura per esempio di Kelsen, è stata una lettura raffinatissima e originale. Testimonianza ulteriore della probità intellettuale dello studioso e della sua concezione viva e produttiva del mondo giuridico e della sua complessa esperienza.

PIETRO RESCIGNO

Iniziamo i lavori della quarta sessione del convegno in ricordo di Alessandro Giuliani.

Non ho potuto seguire, e mi scuso con i colleghi ora presenti, i lavori che si sono svolti ieri e nella mattinata di oggi; assolvero adesso il compito di moderatore di quest'ultima parte.

Vorrei sottrarre ai relatori, e a tutti coloro che interverranno, qualche minuto, per associarmi agli amici nel ricordare Sandro Giuliani, gli incontri che sul piano intellettuale e su quello di una affettuosa amicizia ho avuto con lui e che hanno profondamente segnato il mio cammino accademico; furono occasioni di discorso, dalle quali uscivo sempre intensamente e profondamente arricchito. È inevitabile, nel parlare di amici con i quali si è percorso un tratto di strada, sovrapporre la propria esperienza alla loro opera scientifica, per ciò che ha significato per la nostra. Nel tracciare — come farò in minima parte — la biografia di uno studioso della statura e dell'importanza di Alessandro Giuliani, finirò dunque per occuparmi anche della mia vita accademica, per quelle fasi in cui essa ha coinciso con l'esperienza di ricerca e di vita universitaria di Giuliani.

Ho conosciuto Alessandro Giuliani a Pavia nel 1958; e Pavia rappresenta nello sviluppo del suo pensiero una stagione importante, agli inizi del suo lavoro. In quella sede ho avuto modo di incontrare maestri che appartengono alla cultura giuridica italiana, una cultura concepita senza ristretti confini. Nell'Università del mio tempo erano del resto meno rigidi i confini e spesso non esistevano chiusure tra l'una e l'altra disciplina: così tra i personaggi più significativi e rappresentativi vi erano uomini come Adolfo Ravà, che fu uno dei miei primi giudici di concorso, un filosofo che appartiene alla più alta tradizione e all'insegnamento del diritto privato, e Francesco Messineo, sommo civilista al quale i filosofi sono debitori per una risalente traduzione italiana di Hegel.

Approdai a Pavia, come dicevo, nel 1958, a trent'anni, alle spalle quattro anni di cattedra maceratese; la mia qualificazione accademica poteva considerarsi, ed ero il primo a riconoscerlo, particolarmente fortunata. Fra i giovani studiosi incontrati a Pavia vi era Alessandro Giuliani, uomo di vastissima cultura e di molteplici interessi. Ma Giuliani viveva in quegli anni un'esperienza estremamente difficile con riguardo alle qualità di cui era certamente dotato, inserito come era di fatto in una scuola in cui trovava difficoltà ad essere compreso ed a trovare validi interlocutori.

A Pavia non vi era un ordinario di filosofia del diritto, la disciplina professata da Alessandro Giuliani; l'insegnamento era affidato ad un collega che oggi, dopo un periodo di silenzio e di negligenza nei confronti della sua opera, è stato ampiamente rivalutato. Parlo di Bruno Leoni, professore nella Facoltà di Scienze Politiche, che teneva in maniera particolare a impartire l'insegnamento della Filosofia del diritto nella nostra Facoltà.

Nel corso della mia lunga vita accademica anche nella sede di Bologna, dove ho insegnato per un decennio, ho avuto come collega di filosofia del diritto uno studioso collocato in altra Facoltà; era Felice Battaglia, professore di Filosofia morale nella Facoltà di Lettere. Anch'egli, come Bruno Leoni, più volte mi aveva confidato quanto fosse per lui importante unire alla disciplina professata in ragione della collocazione 'formale' l'insegnamento della filosofia del diritto accanto ai giuristi positivi.

Leoni era studioso attento ai temi della scienza politica; la rivista da lui fondata, "Il Politico", ha esercitato un ruolo importante in quell'area di ricerca. Non aveva eguale sensibilità nell'instaurare e nel mantenere un dialogo con i giovani, come Alessandro Giuliani, che avevano un interesse specifico per il settore proprio della filosofia del diritto.

L'incontro con Alessandro Giuliani risale perciò ad un periodo in cui al suo impegno, profuso con onestà intellettuale e sorretto da cultura profonda, non corrispondeva una sollecita disponibilità al dialogo da parte di chi era chiamato, e non soltanto per motivi formali, a giudicarlo, a incoraggiarlo, a sostenerlo. Le difficoltà di questo genere, nella vita degli uomini della statura morale e dell'ingegno di Alessandro Giuliani, si risolvono provvidenzialmente in

motivi per trovare sollecitazioni e stimoli che realizzano e arricchiscono il patrimonio culturale dello studioso.

Si deve alle difficoltà del rapporto che Giuliani conobbe con l'ambiente pavese quella sorta di travestimento, nel significato positivo della parola, per cui Sandro divenne cultore della vicenda storica di istituti del diritto positivo, verso i quali egli aveva sempre manifestato una forte curiosità intellettuale.

L'interesse per la ricerca storica gli consentì di essere conosciuto e apprezzato in ambienti diversi da quello della stretta filosofia del diritto; attorno a Giuliani, per la solida competenza di storico, si allargò la cerchia di quanti, coltivando diversi saperi, poterono leggerne ed ammirarne le pagine.

Divenuto cultore della ricerca storica applicata al diritto positivo, Sandro Giuliani si rivelò particolarmente attento agli istituti del diritto processuale, dalla prova al contraddittorio, dalla verità fissata attraverso il giudizio alla formazione del giudicato, in cui si racchiude l'esito conclusivo del potere di decisione del giudice.

Più tardi la consuetudine di indagini condotte assieme a Nicola Picardi sarà un dato costante della meditazione di Giuliani e continuerà a costituire per noi lettori un motivo di apprendimento assiduo e prezioso: un dato di rilievo per noi che ricevevamo la sua lezione, nel segno della continuità di una vicenda intellettuale cominciata quasi per reazione alla resistenza, se non alla diffidenza che la vocazione per la filosofia aveva trovato negli anni pavesi.

Questo fu l'ambiente nel quale conobbi Giuliani e nel quale maturò la nostra amicizia, che più tardi e sul piano accademico si consolidò nella colleganza romana. Alessandro Giuliani visse il periodo romano con una partecipazione fervidamente attiva alla vita didattica, come era nel suo rigoroso costume, ma continuando ad avvertire in Perugia, e nella dimensione di tipo familiare (o domestico, se vogliamo usare una più adeguata espressione) della Facoltà della città umbra, una scelta più appropriata. Così si comprende che abbia lasciato presto la 'Sapienza' di Roma per tornare a Perugia dove si è concluso il suo insegnamento; e Perugia, insieme a Pavia dove si era compiuta l'iniziale formazione, rimane la sede universitaria a lui più cara.

L'altro momento che vorrei ricordare — mi scuso ancora se ripercorro in maniera frammentaria e per accenni il cammino di

Alessandro Giuliani — riguarda una collaborazione scientifica di cui gli sono profondamente grato. Quando, alla vigilia degli anni '80 ebbi l'idea, assecondata dalla vecchia UTET, di avviare un trattato di diritto privato, mi parve utile dedicare il primo volume dell'opera alle basi culturali e storiche del nostro sistema di diritto civile e commerciale.

Al primo volume del trattato consegnai alcune pagine di introduzione al sistema del diritto privato, in particolare al codice civile, in chiave di difesa, per quanto mi sembrava necessario, o meglio di giustificazione sul piano politico di un'opera che rimaneva, così come a mio giudizio rimane, sostanzialmente immune da gravi vizi di origine, al di là dell'ideologia del tempo in cui il codice vide la luce.

Mi parve opportuno inserire nel volume un lungo capitolo storico che affidai alla cortesia di un romanista sensibile ai temi del diritto moderno e contemporaneo quale era Roberto Bonini; per la trattazione delle disposizioni preliminari, che allora abbracciavano altresì il diritto internazionale privato, per il conflitto di leggi mi affidai ad un collega che oggi riveste un ruolo importante nelle Corti internazionali, Paolo Mengozzi, ma in primo luogo chiesi ad Alessandro Giuliani, uomo di formazione filosofica e di impareggiabile cultura generale, di curare la prima parte delle preleggi.

Nel primo volume del trattato vi è una vera monografia di Giuliani, se soltanto si considera l'estensione del contributo per quasi cento pagine. Pensai allora e continuo ad esserne convinto che da Giuliani sia stato conferito l'apporto più elevato e significativo tra i molti contributi, tutti assai degni, alla prima edizione da me seguita da vicino nel suo realizzarsi.

Il discorso sulle preleggi impegna il giurista a svolgere una riflessione al di là del quadro normativo che pur gli deve essere presentato in maniera sistematica e sulla base dell'esperienza pratica non disgiunta dalla considerazione teorica; in breve, il discorso che le preleggi sollecitano deve rivestire un elevato carattere culturale. Credo che quella parte dell'opera, anche negli svolgimenti successivi della seconda edizione che ha visto la luce poco dopo la scomparsa di Alessandro Giuliani con una finale revisione dovuta all'affettuosa cura di Picardi, ha mantenuto il rigore e la solidità della impostazione che il filosofo aveva dato al tema.

Le preleggi, come chi ascolta sa bene, costituiscono un corpo normativo che presenta già dal punto di vista della collocazione nel sistema una sua peculiarità; non attingono la dignità delle norme costituzionali e tuttavia occupano, nella gerarchia delle norme, un posto che è certamente di rango superiore alla legge ordinaria, ed alla legge organica e complessa — una sorta di statuto del diritto privato — che è il codice civile. Di qui l'esigenza di spiegare ai lettori, in una forma al tempo stesso accessibile e tuttavia impegnata sul piano culturale, il motivo per cui secondo una risalente tradizione le disposizioni sulla legge in generale fanno parte del codice civile, rispetto al quale assumono il carattere di preliminari disposizioni.

Le disposizioni sulla legge in generale contengono norme delle quali più d'una è stata stralciata per il mutare del quadro politico in cui si inserivano. Il riferimento è all'ordinamento corporativo: l'ideologia ad esso sottesa nelle intenzioni del legislatore era destinata a modificare la stessa struttura dei rapporti, e quindi significato e valore di istituti tradizionali. La parola era usata nel libro delle obbligazioni per contrassegnare la solidarietà richiesta alle parti del rapporto, nel regime dei beni con riguardo ai diritti sulle cose, nel libro del lavoro nella disciplina della responsabilità dell'imprenditore. Nelle preleggi il termine occupava norme significative per la individuazione e la qualificazione nella gerarchia delle fonti.

La seconda parte delle Preleggi conteneva, nell'originaria formulazione, le disposizioni relative all'applicazione della legge nello spazio e nel tempo, al momento dell'efficacia, alle tecniche destinate a farne cessare l'efficacia, al principio di irretroattività: con l'esclusione del diritto internazionale privato (trasferito ora ad una sede estranea al codice) sono momenti e profili affidati all'indagine di un uomo di pensiero sensibile alla realtà positiva quale era Giuliani; le pagine restano una testimonianza di completezza, di serietà, di rigore.

Dicevo della seconda parte delle preleggi, relativa al diritto internazionale privato, che ora costituisce un corpo normativo separato. Il nostro legislatore ha ritenuto, con una discutibile scelta di politica del diritto, di cancellare anche l'ultima delle disposizioni preliminari, una norma che conteneva la considerazione, sullo stesso piano, delle leggi straniere, dei provvedimenti del giudice estero,

degli statuti di enti ed associazioni, delle private disposizioni e convenzioni, di tutti quei fatti subordinando l'efficacia al rispetto dell'ordine pubblico e del buon costume intesi secondo il nostro ordinamento.

Nell'elenco, che poneva sullo stesso piano fonti radicalmente diverse come la legge straniera e il provvedimento del giudice non nazionale, gli statuti e i patti privati, poteva scorgersi un disegno capace di suscitare nel lettore l'immagine della pluralità degli ordinamenti. La norma poteva essere conservata, e forse vi erano buone ragioni per farla sopravvivere; il legislatore l'ha cancellata senza rendersi conto, verosimilmente, che essa trascendeva il sistema del diritto internazionale privato ed aveva un campo di applicazione di più estesa latitudine, idealmente conclusiva della normativa sulle fonti del diritto.

La prima parte delle preleggi, con le mutilazioni di cui io ho fatto cenno, è la materia del lungo capitolo di Alessandro Giuliani, un preziosissimo dono al Trattato di cui avevo assunto la responsabilità e la cura.

Sono pagine esemplari in cui può leggersi l'intera vicenda della cultura giuridica, della nostra civiltà, del sistema, attraverso il richiamo costante a voci e dottrine delle più varie provenienze. Alessandro Giuliani aveva una formazione che gli consentiva di ripercorrere il cammino al di là delle epoche, delle tradizioni, degli specifici orientamenti.

Mi piacerebbe ripercorrere le pagine di Giuliani; mi limiterò a ricordare il particolare approfondimento delle "norme di riconoscimento", secondo la formula di Zitelmann rielaborata e presentata al lettore italiano in una veste accurata sia sul piano ricostruttivo che su quello dogmatico; penso ancora alla distinzione da lui formulata tra fonti di riconoscimento e fonti di cognizione che continua a rivestire per il giurista contemporaneo una innegabile importanza; ancora, il problema della gerarchia delle fonti e del primato della legge; infine, il concetto di ordinamento giuridico come nozione nel codice dominata dalla positività e dal legalismo formale e l'esigenza di prendere atto della rinascita o della riaffermazione di un diritto che non è esaurito dai testi scritti della legge.

Chi scorra le pagine finali del contributo di Giuliani incontra pagine espressive della sua ideale posizione, quando si occupa del

futuro delle preleggi e della convenienza e dei limiti di una parte generale. Ci invita a riflettere sul senso che riveste la mancanza nel codice civile di una parte generale, e sul significato dell'apporto della dottrina nel costruirla come ordine di concetti che serve per accedere all'intero sistema consegnato ed articolato nelle varie parti del codice.

Dalla pagina di Sandro Giuliani, dove egli tocca i temi della responsabilità e della partecipazione del giurista alla vicenda del diritto, riprendo il passaggio sulla funzione della scienza. Il compito da assolvere è l'educazione del giurista; ed egli aggiunge che *“sarebbe forse più modesto ma non meno fondamentale se essa pretendesse di non essere precettiva, ma persuasiva, critica, valutativa. Essa dovrebbe insomma offrire gli strumenti di una razionalità idonea a ristabilire un dialogo corretto tra il legislatore nazionale e sovranazionale e il giudice”*.

Oggi gli studiosi delle fonti sono portati a insistere sulla pluralità e sull'accresciuta larghezza dell'orizzonte al quale il giurista deve guardare, attento a quelle che sovrastano le dimensioni dei singoli Stati, ma altresì a quelle che ci appaiono in una dimensione più vicina, provenienti dalle minori comunità. Vi è già in Giuliani la percezione di un diritto che supera le barriere nazionali; vi è soprattutto l'insistenza su una dottrina che rinunci alla pretesa di dettare regole, per svolgere una funzione critica, valutativa, persuasiva, con spirito di consapevole e responsabile umiltà.

**FILOSOFIA, ESPERIENZE GIURIDICHE
E COMPARAZIONE**

SIMONA ANDRINI
INFORMAZIONE E COMUNICAZIONE
IN ALESSANDRO GIULIANI

Non appare di poco rilievo, affrontare il tema della comunicazione. Tema oggi quanto mai attuale, e proprio per questo sovente quanto mai abusato. Non così però se a parlarne è Alessandro Giuliani, che di quel tema, — quando ancora in Italia di tutt'altro si discorreva — fu antesignano. Di qui l'interesse per un Autore, che certamente fuori dal coro, seppe affrontarlo in maniera del tutto originale e personale.

Infatti, mentre in Germania il tema della comunicazione, presente già dalla metà degli anni sessanta, veniva sviluppandosi soprattutto sul piano filosofico a cura di Karl Otto Apel e sociologico ad opera di Jürgen Habermas, in Italia, in quegli stessi anni esso veniva affrontato su quello della logica della scienza del diritto grazie appunto ad Alessandro Giuliani.

In Italia, infatti — non inopportuno è il ricordarlo — bisognerà attendere la fine degli anni ottanta perché si sviluppi il dibattito sulla comunicazione in area sociologica, ed in particolare, a partire dal 1986, anno della comparsa della traduzione della *Teoria dell'agire comunicativo* (1981) di Habermas che diede il via ad una nuova grande ubriacatura (che sostituì quella luhmaniana), quella habermasiana che 'habermatizzò' tutta la sociologia italiana.

Viceversa, come ho accennato, sul versante tedesco, Karl Otto Apel, nei saggi tra il 1964 e il 1970, tentava e proponeva una *Trasformazione della filosofia* ⁽¹⁾ (così il titolo del volume che ne racchiude i saggi) con una originale proposta di fondazione dell'etica

⁽¹⁾ K.O. APEL, (1964-1970), *Transformation der Philosophie*, trad. it. *Comunità e comunicazione*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1977.

sulla « *comunità illimitata della comunicazione* » (2). In quegli stessi anni, Jürgen Habermas preparava quella che poi diverrà l'*opus magnum* de *La teoria dell'agire comunicativo* (3), con l'elaborazione della nota *situazione linguistica ideale*, che di quella comunità illimitata portava in sé gli echi, ma che introduceva una non irrilevante inversione di paradigma che si sostanziava nel passaggio dalla coscienza alla comunicazione, che, segnandone il tratto, diverrà in seguito la struttura fondativa di ogni discorso sulla comunicazione.

Secondo Habermas, infatti, si può e si deve parlare positivamente ed in modo razionalmente motivato di verità e di eticità; si possono argomentare criteri di verità proposizionale, di giustizia di norme, di veridicità soggettiva. Questa operazione tuttavia, va fatta abbandonando definitivamente non solo ogni pretesa fondativa ontologica di tipo filosofico tradizionale, ma ogni residuo di filosofia della coscienza.

Sarà questo, come noto, l'assunto della « *situazione linguistica ideale* ». La razionalità comunicativa, non è più un processo della coscienza, ma diviene mero *medium* di riproduzione simbolica del mondo vitale (4).

Ricordare questo assunto habermasiano, non è oziosa digressione, ma elemento cardine del nostro discorso su Alessandro Giuliani, perché esso segna — come si vedrà — la cesura dalle posizioni di Giuliani.

In quegli anni, infatti, Giuliani inizia ad avvertire una profonda trasformazione della logica sottesa agli istituti giuridici. « *I giuristi — scriverà — trattano concetti gravidi di implicazioni logiche e filosofiche (verità, informazione e comunicazione) ma che risultano estranee alla struttura delle categorie della dogmatica giuridica* ».

Trasformazione il cui portato implica un abbandono del prima-

(2) K.O. APEL (1964-1970), *Transformation der Philosophie*, trad. it. *Comunità e comunicazione*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1977. Si tratta di un tentativo di sintesi tra la tradizione filosofica europeo-continentale e quella angloamericana, vale a dire tra filosofia ermeneutico-esistenziale e filosofia analitica (con le sue ascendenze nel pragmatismo americano).

(3) J. HABERMAS, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, trad. it. *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, il Mulino, 1986.

(4) Su questo passaggio vedi la *Presentazione* di G.E. RUSCONI a J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit., pp. 31-45.

to della prospettiva cartesiana ed il recupero di altre forme di ragionamento — come, ad esempio, l'argomentazione — per lungo tempo lasciate in ombra o svalutate, ma che tornavano a far sentire il proprio non irrilevante peso ⁽⁵⁾.

Scrive ancora Giuliani “*l'accettazione dei postulati di una filosofia razionalistica ed antiretorica... ha limitato il settore della comunicazione umana ad una conoscenza fattuale, obiettiva, non controversa. Sono escluse da questo orizzonte di razionalità tutte le altre forme di comunicazione umana: dalla persuasione all'arte*”. È contro questa riduzione della comunicazione a pura informazione ⁽⁶⁾, che si pone la proposta di Giuliani dell'abbandono di una prospettiva autoritativa a favore dell'assunzione di una logica comunicativa.

Le ragioni dell'esigenza di questo mutamento di paradigma che si sostanzia nel bisogno di abbandono della logica cartesiana, nasceva in Giuliani dal convincimento che — a seguito della loro progressiva democratizzazione — alle società occidentali, in concomitanza con il tramonto dello Stato sociale autoritario, non era più data la acritica esaltazione della logica asimmetrica fondantesi sul primato dell'autorità e sulla 'deduzione' a partire da un soggetto e da un precetto sovraordinati.

Non casualmente, quasi un *exergo*, Giuliani inizia la sua relazione con una citazione di Calamandrei che pone il parallelismo tra democrazia e processo, che paiono prosperare all'ombra di una stessa filosofia ⁽⁷⁾.

Il recupero della teoria dell'argomentazione scaturiva, pertanto,

⁽⁵⁾ La svalutazione della retorica — osserva Giuliani — ha portato a considerare come irrazionale tutto il vasto settore dell'opinione e della persuasione. Citando la *Critica della ragion pura* (Bari, 1975, p. 622) sottolineava come Kant avesse invece raccolto i motivi fondamentali di questa speculazione, nella distinzione tra « *Überzeugung* » e « *Überredung* » tra opinione e persuasione, ove soltanto la prima è comunicabile. A. GIULIANI, *Informazione e verità nello stato contemporaneo*, Atti del X Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica, Bari, 3-5 ottobre 1974, p. 173.

⁽⁶⁾ A. GIULIANI, *Informazione e verità nello stato contemporaneo*, Atti del X Congresso Nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica (Bari, 3-5 ottobre 1974), Milano, Giuffrè, 1976, p. 168.

⁽⁷⁾ “La dialettica del processo è la dialettica della democrazia parlamentare... in un certo senso (e *cum grano salis*) la pluralità delle parti nell'agire giudiziario somiglia alla pluralità dei partiti nell'agire politico.” P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, cit. in GIULIANI, *op. cit.*, p. 168, n. 1.

dal fatto che in una condizione democratizzata, in una condizione che esigeva il primato del valore della comunicazione, l'obbligo non potesse essere altro che il risultato di un ragionamento argomentativo e deliberativo piuttosto che deduttivo ed autoritativo.

Solo il ragionamento argomentativo garantiva, infatti, la parità delle parti, la loro collaborazione nel raggiungimento della verità, e di conseguenza il primato dell'eguaglianza e del riconoscimento della pari dignità dell'altro.

Se, dunque, la società richiedeva il primato del valore della comunicazione, tuttavia per affermarlo era necessario elaborare una nuova logica da porre concretamente alla base dei rapporti giuridici: la nuova retorica; altrimenti, quella esigenza si sarebbe del tutto vanificata.

L'intuizione di Habermas poteva, pertanto, essere senz'altro condivisa a patto, però, di prendere le distanze da un certo astrattismo del sociologo tedesco, (intendere la razionalità comunicativa come processo della coscienza e non come indicava Habermas come un *medium* di riproduzione simbolica del mondo vitale), a patto dunque di chiarire in che modo il valore della comunicazione potesse innervare i concreti rapporti giuridici della società che in quegli anni si veniva delineando.

Testo fondamentale per intendere queste posizioni è la relazione su '*Informazione e verità nello Stato contemporaneo*', questo il tema del Convegno, tenuta da Alessandro Giuliani al X Congresso nazionale di Filosofia giuridica e politica di Bari, nell'ottobre del 1974 (8). Siamo negli anni '70, ed in Italia siamo agli albori di un financo breve dibattito sulla comunicazione.

In questo testo il nostro Autore esalta, per le ragioni dette, il valore della comunicazione contrapponendolo alla categoria dell'informazione.

Quest' ultima altro non è che il risultato cui ha teso e tende la logica tradizionale, quella che sinteticamente Giuliani denomina cartesiana. Tutto al contrario, il primo rappresenta ciò che la nuova

(8) A. GIULIANI, *Informazione e verità nello stato contemporaneo*, Atti del X Congresso Nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica (Bari, 3-5 ottobre 1974) Milano, Giuffrè, 1976, pp. 167-190.

logica argomentativa intende porre alla base dei rinnovati rapporti giuridici della società in cui viviamo o in cui vorremmo vivere.

Giuliani sperimenta in quegli anni il complesso dispiegarsi del mondo della comunicazione e vede ancora in esso la promessa di una relazione sociale cooperativa, aperta e fondata sulla pari dignità; vede in esso la possibilità di una liberazione da processi autoritativi che si risolvono in una relazione a senso unico di tipo informativo.

L'elemento comunicativo non presenta ancora ai suoi occhi le ambiguità che in seguito si sono manifestate. Egli esprime ancora una piena fede nella comunicazione e dunque ce la presenta come contrapposta all'informazione.

Condizione felice non più nostra, dal momento che abbiamo potuto constatare ai nostri giorni come la comunicazione stessa possa essere in vario modo curvata e subordinata alle esigenze della mera informazione e possa dunque mostrare il suo lato oscuro inscritto nella sua stessa etimologia, il *munus*.

Infatti, comunicare significa rendere comune, ma in questo *cum munus*, rendere comune, comunicare c'è la radice di *munus*, il dono. Ora, come già per quanto accadeva nel mondo greco con il concetto di *pharmacon*, all'un tempo rimedio e veleno, anche il *munus*, il dono, porta in sé questa bifida ambivalente eredità (*Timeo Danaos* ...). In un secondo tempo, nella cultura occidentale, ad opera del Cristianesimo, attraverso l'introduzione del concetto di *κάρις* viene rimossa questa ambivalenza del lato oscuro, del *munus* e con essa anche la necessità di sospettare, di *sub-spiciere* del *munus* della comunicazione e del tranello racchiuso nel suo dato etimologico. ⁽⁹⁾

Condizione felice, non più nostra, dicevo; infatti da allora, molte cose sono mutate e la sfrenata accelerazione dei nostri tempi appare ancor più distanziarle. Eppure, proprio questa distanza fa sì che per una strana sovrapposizione su quelle di segno contrario, più nitide appaiano le cose lontane, permettendoci di avere quel *regard éloigné*, quello sguardo di lontano di cui parlava Levi Strauss e ancor prima J. J. Rousseau; quello sguardo di lontano, che proprio allontanandosi — paradossalmente — più si avvicina, schiudendoci quella nascosta

⁽⁹⁾ S. ANDRINI, *Il gioco della regolazione tra comunicazione e semplificazione*, in AA.VV., *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3-22.

soglia dell'esperienza, quel *futuro-passato* del quale così bene Koselleck ci ha narrato.

La concezione di Giuliani rimane infatti estremamente utile, perché è grazie ad essa se possiamo ancora comprendere come siano differenti le possibili logiche sottese ai due diversi tipi di rapporti giuridici e sociali: a quelli basati su rapporti informativi, come a quelli fondati su relazioni autenticamente comunicative.

In tal modo, infatti, ci è dato individuare, distinguendoli, due modelli che preziosi ci guidano nel tentativo di garantire una dimensione autenticamente comunicativa nell'attuale contesto sociale.

Come si articola, però, la logica informativa nel campo del diritto? Come quella comunicativa?

Tutta una vastissima messe di riflessioni del nostro Autore ruota intorno a questi due interrogativi. Una vasta messe di riflessioni condotte sul filo dell'analisi giuridica e determinate a ricostruire, lo si vedrà, due differenti sistemi di ragionamento.

Giuliani svolge questo programma da par suo con l'ausilio del patrimonio di una ricchissima cultura storica e filosofica. Una ricchissima cultura che gli consente di giungere a ricostruire i principi fondamentali su cui si fonda da un lato la concezione informativa legata alla modernità e dall'altro quella più recente di tipo comunicativo.

Quale verità?

Nella ricostruzione del nostro filosofo tutto ruota intorno al problema della *verità*; più precisamente all'*obbligo di dire la verità*.

Detto altrimenti, intorno al principio rispetto al quale le logiche di cui si è detto assumono un affatto diverso orientamento. Nel mondo della pratica ciò che alla fine è in gioco è la verità di una situazione, di un complesso di comportamenti. Ma in che modo concepiamo questo rapporto alla verità e con quali mezzi riteniamo sia più corretto pervenirvi?

Sono questi gli interrogativi forti, presenti al fondo delle riflessioni di Alessandro Giuliani.

Interrogativi forti, perché il nostro Autore sa bene che fra i modi di relazionarsi agli altri, per risolvere un conflitto o una controversia (anche giuridica), e la nozione di verità vi sono implicazioni reci-

proche profonde. Vedremo, infatti, come a ciascuna concezione della verità corrispondano sistemi di risoluzione delle controversie del tutto diversi.

Giuliani, lo si è appena accennato, contrappone due differenti nozioni di verità:

Una legata alla logica moderna di origine cartesiana, un'altra basata sulla logica dell'argomentazione.

La prima si fonda sull'idea che si possa individuare una perfetta corrispondenza fra le parole e le cose ⁽¹⁰⁾; la seconda ritiene che nel mondo della pratica una simile certezza, tra le parole e le cose, una simile corrispondenza non sia mai perfettamente conseguibile.

La prima si sostanzia nell'*obbligo* di dire la verità; la verità è sottoposta all'obbligo della volontà, *servandam fidem etiam perfidis* ⁽¹¹⁾; ma, aggiungerà Giuliani, *tali affermazioni non ci devono trarre in inganno; l'obbligo della verità non è autonomo ma strumentale: è un mezzo per realizzare l'obbligatorietà dei patti. Non è insomma la fides in primo piano: ma invece l'obbligo e la certezza dei rapporti contrattuali* ⁽¹²⁾.

Tutto al contrario accade nel caso della seconda nella quale la verità non può costituire l'effetto di un obbligo; essa piuttosto è un presupposto, che anzi solo in quanto non più sottoposta all'obbligo della volontà, può non venir "tradita".

La verità, infatti è qualcosa da ricercare, è qualcosa a cui ci si può avvicinare, è qualcosa a cui alla fine si può pure pervenire, ma solo mediante un processo cooperativo di tipo dialogico ed argomentativo.

Cosicché mentre l'una mira alla *certezza*, l'altra aspira solo alla *verosimiglianza*.

Si tratta per Giuliani di due visioni diverse, ambedue legittime, che tuttavia implicano conseguenze affatto differenti.

L'idea di certezza, infatti, finisce per risolvere tutto in termini di potenziamento del momento della pubblicità, che nel mondo del

⁽¹⁰⁾ A. GIULIANI, *Informazione e verità nello stato contemporaneo*, Atti del X Congresso Nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica (Bari, 3-5 ottobre 1974), Milano, Giuffrè, 1976, p. 173

⁽¹¹⁾ GROZIO, *De iure*, III, 19, 13, cit. in A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 173.

⁽¹²⁾ *Ibidem*.

diritto spinge a sopravvalutare solo un lato dei reciproci rapporti, quello legato alla pubblicità appunto degli atti, della pubblicazione di quelli normativi, della loro notificazione.

Ciò a cui si deve pervenire è la più completa chiarezza e questi atti sono appunto votati all'espletamento proprio di questa funzione.

Ma, si chiede Giuliani, è possibile raggiungere un alto grado di certezza, magari mediante un riferimento al convincimento di un giudice supposto perfettamente razionale ed intellettualmente 'illuminato'?

Un tale grado di certezza nel mondo della pratica in realtà non è dato. Può esser dato solo sul piano della sua trasposizione processuale e di una processualità pretenziosa, in cui si possa sottoporre i soggetti ad un rigoroso obbligo di dire la verità.

Assumere questa prospettiva, porta con sé un rischio. Grave.

Infatti, se la pratica è involupata nell'incertezza, se questa incertezza non può non emergere anche al livello del processo, una *verità certa* può essere raggiunta solo lasciando che gli elementi di incertezza vengano stipulativamente espulsi ed abbandonati ad un sistema di risoluzione dei conflitti fondato sulla violenza e sulla forza; ad un sistema alla fine extragiuridico.

Questa è la ragione per cui il connubio fra verità e certezza, tipico della modernità, ad Alessandro Giuliani appare come un principio pericoloso, perché finisce per rivalutare surrettiziamente la funzione della forza e nel campo del processo il suo aspetto inquisitorio.

E non solo, perché l'effetto più nascosto di questa concezione sta nel fatto che abbia surrettiziamente portato, come si è già accennato, all'occultamento della verità.

Questo obbligo, che oggi ci sembra quasi ovvio, tanto ad esso siamo adusi, porta, paradossalmente, ad offuscare la relazione fra i comportamenti giuridici ed etici e la verità. Infatti, come acutamente nota Giuliani, stabilendo un tale obbligo, la verità viene 'tradita' in quanto soggiogata al primato della volontà.

Obbligare a dire la verità significa ridurre nel destinatario dell'obbligo la facoltà di difendersi, non riconoscere l'incertezza di fronte alla quale ci si trova nello stesso descrivere la propria azione e la propria condizione. Significa in qualche modo ridursi a vivere in una sorta di Panopticon, sottoposti ad un potere sovrastante del sog-

getto obbligante. Al quale, invece, sottolinea Giuliani citando Platone, viene semmai riconosciuta finanche una *facultas mentiendi* ⁽¹³⁾.

L'obbligo di dire la verità si fonda su una logica asimmetrica e dunque su una concezione inquisitoria del processo che finisce per subordinare la verità stessa alla volontà, pervertendo paradossalmente l'intenzione che era sottesa ad un tale obbligo, *l'emergere del senso dei rapporti nella loro verità*.

A questa concezione Giuliani, come è noto, contrappone la logica dialettica, retorica ed argomentativa. Una logica che presuppone una nozione di verità affatto diversa.

Nel mondo della pratica (e dello stesso momento pratico all'interno del quale elaboriamo la stessa conoscenza) la verità non costituisce affatto l'oggetto di un obbligo. Essa — questo è il punto per Giuliani — è piuttosto un presupposto. Rappresenta qualcosa che precede la volontà non essendo sottoposta a nessuno in particolare, né alla legge, né ad un giudice onnipotente.

Essa è un presupposto da un lato necessario perché possa nascere la fiducia e dunque la regolarità di rapporti (i quali devono essere appunto *trasparenti*) e da un altro lato è il risultato della cooperazione reciproca, diremmo oggi della comunicazione, e, in termini processuali, del contraddittorio, vale a dire di un processo argomentativo sorretto da regole che, se non sono sufficienti a raggiungere la verità, possono tuttavia consentire di evitare le vie della falsità.

In questo contesto, nota Giuliani, un vero e proprio obbligo di dire la verità non sussiste, cosa che non significa, però, assenza di qualsiasi riferimento alla verità.

Tale riferimento all'opposto resta fondamentale. Solo che non riguarda più esclusivamente il soggetto subordinato ad una volontà superiore, ma riguarda in qualche modo tutti i soggetti che vengono coinvolti in un rapporto vuoi sociale, vuoi processuale.

A proposito del dovere di *veriloquium*, riflesso di una concezione secondo la quale il diritto era manifestazione della verità, Giuliani ricorda la glossa accursiana: *non esse servandum fidem non servanti*, ed individua l'eco di questa tradizione topica e giuridica nella

⁽¹³⁾ A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 171.

dottrina vichiana del *veriloquium* e della buona fede. “*Per Vico gli uomini sono fatti in primo luogo per conoscere il vero: e fin dalle prime ‘Orazioni’ è posto il problema della scambio equo nella comunicazione umana. Non è insomma in primo piano — come nei giusnaturalisti moderni — lo scambio nella società dell’utile*” (14).

Questo perché il rapporto sociale può essere veramente tale solo se *comunicativo*, ovvero — ecco emergere in pieno le categorie di Giuliani — non asimmetrico, ma, appunto *isonomico*.

Ma esso è tale solo se caratterizzato dalla cooperazione, la quale presuppone la *fides* e l’apertura alla autenticità e verità dei comportamenti. A sua volta il rapporto processuale, più specificamente la controversia, è tale solo nella misura in cui attraverso il gioco delle argomentazioni le ragioni addotte siano indirizzate a far emergere la verità processuale. In altre parole la dialettica e i procedimenti argomentativi sono tali a patto che non degenerino declinando nel ragionamento sofisticato e, ancor meno, nell’eristica: la distanza fra la dialettica e la sofistica essendo tutta nel fatto che l’una è retta da un riferimento costante alla verità, l’altra al perseguimento continuo alla falsità.

È nel raffinato giuoco tra ordine asimmetrico ed ordine isonomico (15), che Giuliani, attento lettore del libro della società e del

(14) A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 186, n. 33 e 187.

(15) Quello del rapporto tra ordine isonomico ed ordine asimmetrico è un tema che attraversa pur con diverse declinazioni tutto il pensiero di Alessandro Giuliani, fin dai suoi inizi, già in nuce a partire dalla breve voce *Prova* dell’*Enciclopedia filosofica* (III, Sansoni, Firenze, 1957), che in seguito prenderà maggior momento e grande respiro, cfr. *Prova in generale (Filosofia del diritto)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, ove perfettamente delineati saranno l’ordine asimmetrico, pp. 526 e ss. E l’ordine isonomico visto sia nel suo modello puro, che nella sua ‘patologia’: la *perversio ordinis*, pp. 529-531 e 533-534; da ricordare tra gli altri, *La nuova retorica e la logica del linguaggio normativo*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, XLVII, IV, serie, fasc. 3-4, 1970, pp. 374-390; *Osservazioni sul diritto dell’informazione*, in *Studi in memoria di Domenico Petitti*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 713-726; ancora il saggio *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: ‘nuova retorica’ e teoria del processo*, che apparve su *Sociologia del diritto* (XIII, n. 2-3, 1986); il richiamo critico ai due ordini contenuto nelle dispense per gli studenti, *Giustizia e ordine economico*, Perugia, Mercurio ed., 1994, in part. cap. III, pp. 31-40 (poi in nuova edizione ampliata, in *Giustizia e ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1997. Ed evidentemente la relazione significativa ai fini del nostro tema della quale questo saggio è venuto dicendo, *Informazione e verità nello stato contempo-*

diritto coglie le trasformazioni della tarda modernità dirette al superamento dello Stato autocratico in favore di una convivenza democratica e qualche decennio prima dello stesso Habermas coglie in profondità la logica che è al fondo dei nuovi tipi di rapporto giuridico e sociale

Sono questi gli occhi con i quali io credo sia bene guardare all'opera di Alessandro Giuliani, riconsegnandolo — nel tempo della fretta e delle cose che corrono — ad un presente, certo più problematico, ma che può e vuole ancora usare in maniera feconda e propositiva del suo paradigma.

A questo punto, in chiusura vorrei confessare come abbia fino in fondo resistito al demone di parlare dei miei ricordi, di evocare quelle lontane, ma per me indimenticabili, giornate dei *Seminari dell'Educazione giuridica* che mi videro giovanissima (emozionatissima) relattrice ⁽¹⁶⁾, ma che non posso, seppur molto sobriamente, non ricordare con l'animo colmo di commozione e gratitudine per un sì grande studioso che volle, per primo, onorarmi della sua stima e fiducia.

Infine, giacché è al mondo greco che Alessandro Giuliani ha più rivolto il suo sguardo, mi piace qui, in guisa di apologo, ricordare il sogno dell'eroe greco.

L'eroe greco sognava di conoscere la gloria, il *kléos*; ove il termine *kléos* aveva però anche la significazione di *suono*. Infatti, il sogno dell'eroe era abitato dal desiderio che le sue gesta potessero risuonare declamate di fronte ad un pubblico; questo, io credo, il significato di questo volume, questo il dono offerto ad Alessandro Giuliani del quale questo mio intervento non è che una breve ma affettuosissima voce.

raneo, Atti del X Congresso Nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica (Bari, 3-5 ottobre 1974), Milano, Giuffrè, 1976,

⁽¹⁶⁾ S. ANDRINI, *L'insegnamento della sociologia in Italia nella seconda metà dell'Ottocento*, in AA.VV. *L'educazione giuridica*, vol. II, *Profili storici*, (a cura di A. Giuliani, N. Picardi), Libreria Editrice Universitaria, Perugia, 1978; S. ANDRINI, *Amministrazione e sindacato in Emile Durkheim*, in AA.VV., *L'educazione giuridica*, vol. IV, *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, (a cura di A. Giuliani, N. Picardi), Perugia, Libreria Editrice Universitaria, 1981; S. ANDRINI, *Proceduralizzazione del diritto e processo in Max Weber*, in AA.VV., *L'educazione giuridica*, vol. VI, *Modelli storici della procedura continentale*, (a cura di A. Giuliani, N. Picardi), t. II, *Da Bentham a Kelsen*, Napoli, E.S.I., 1994.

MARIA CAMPOLUNGH

GIULIANI, ORESTANO, L'ESPERIENZA GIURIDICA

Con l'addentrarci nel secondo decennio del Duemila, una riflessione complessiva su "esperienza giuridica" — via via accolta nella scienza del diritto della seconda metà del Novecento sino a far parte integrante del suo linguaggio, e però utilizzata in modo tutt'altro che univoco — credo possa, e forse debba, essere ormai intrapresa ⁽¹⁾.

Sia subito chiaro come l'obiettivo che io mi prefiggo sia più limitato. Voglio sottolinearlo, anche se a darne conto è già il titolo; con l'accostare al sintagma in questione due specifici autori, delimita l'ambito in cui si affronterà il tema. In vista della riflessione auspicata, mi piacerebbe peraltro poter apportarvi un modesto, parzialissimo contributo nei ristretti confini che ho dato alla trattazione.

La linea di indagine che ho scelto per il convegno su Alessandro Giuliani del giugno 2010 ⁽²⁾ viene ora confermata. Nella redazione

⁽¹⁾ Come è stata già intrapresa per un'altra fondamentale, e più risalente, categoria del Novecento, quale "ordinamento giuridico". Due indicazioni, a titolo esemplificativo e in ambito romanistico, tra anni Sessanta e Ottanta. La prolusione romana (1961) di R. ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e storia del diritto*, in *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, pp. 395-421, versione ampliata di *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus* 13 (1962), pp. 35-52 (l'A. tornerà sul tema trattando congiuntamente di entrambe le categorie: *Le nozioni di ordinamento giuridico e di esperienza giuridica nella scienza del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 35 (1985), pp. 959-1000, poi rifluito in ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, di seguito *Introduzione 1987* per distinguerla dalle edizioni litografate, come capitolo undicesimo «Le nozioni di ordinamento giuridico e di esperienza giuridica», pp. 343-384). La voce enciclopedica di M. BRUTTI, *Ordinamento giuridico. Profili storici*, in *Enc. dir.*, XXX (1980), pp. 672 ss.

⁽²⁾ 15 e 16 giugno (nella sessione mattutina del 15 si colloca il mio intervento con lo stesso titolo).

Le giornate di studio, fortemente volute da Francesco Cerrone su (e per) una gloria

scritta, ovviamente, con la possibilità di riferimenti precisi e citazioni testuali, possono esser meglio documentate le singole affermazioni (3). Inoltre l'accoglienza degli atti congressuali in questa sede mi dà modo, con uno spazio più ampio, di chiarire alcuni passaggi compresi nella veste originaria di comunicazione (4). Ma la prospettiva non va oltre l'orizzonte che mi ero data; vi dedico pochi cenni, per chiarezza.

Certamente non ha bisogno di spiegazioni l'interesse nella direzione scelta. A "esperienza giuridica" Giuliani ha sempre mostrato viva attenzione, e fin dai primi anni di attività. Lo segnala lo stesso convegno incentrato su «l'esperienza giuridica fra logica ed etica».

Va però dato conto del taglio che ho scelto. Intanto, circoscrive preventivamente l'ambito entro cui analizzare il pensiero di Giuliani in tema. Gli accosta poi un altro studioso, che di "esperienza giuridica" ha fatto il proprio modo di pensare il diritto.

Non è sul fatto in sé della delimitazione della analisi, affidata necessariamente a una libera opzione di chi la svolga, che voglio trattenermi, ma sul fine che si persegue e che si lega specificamente al pensiero dell'autore. Dello spessore di Giuliani non occorre dire. Anche da questo convegno ne esce confermata, rafforzata, la figura di studioso originale, punto di riferimento per una comunità interdisciplinare e internazionale che ha spesso lavorato con lui o con lui ha intrattenuto significativi rapporti (5). Mole di produzione, molteplicità di tematiche, quantità e profondità degli scritti, vastità e qualità del sapere (da intimidire, se non spaventare senza la media-

— contemporanea! — della nostra comune Facoltà perugina, hanno dato testimonianza (e lo documenta ora il volume) del carisma che Giuliani esercita tutt'oggi. Ringrazio l'organizzatore per avermi sollecitato con decisione a esserci anche io in questo ricordo.

(3) Precede la versione ampliata, che qui si pubblica, un articolo già corredato di note per documentare il pensiero di Giuliani, ma ancora con il testo originario della comunicazione: M. CAMPOLUNGH, *Giuliani, Orestano, l'esperienza giuridica*, in *Sociologia*, 44.3 (2010), pp. 79-86.

(4) Così pure può essere integrato, ma limitatamente per mantenere il senso della riflessione proposta, l'apparato bibliografico, già predisposto con le indicazioni strettamente necessarie nell'articolo che riproduce il testo originario (vd. sopra, nota 3).

(5) Nel loro complesso, le relazioni congressuali hanno anche mostrato come Giuliani, che non ha intenzionalmente formato propri allievi, abbia finito con l'averne un gran numero ispirati dal suo insegnamento anche quando non diretto.

zione dal suo tratto cortese e disponibile) basterebbero già a rendere complesso l'approccio al suo pensiero. Ma non è soltanto per questo che misurarvisi risulta difficile.

Mi ha sempre colpito una sorta di 'altra vista' che sembrava possedere: nel modo personalissimo di porre i problemi, segno del grande studioso; nella scelta singolare di testimonianze da mettere a frutto, tanto più sconcertante quando veniva a 'spigolare' sul terreno dell'interlocutore; nella percezione, vorrei dire intuizione ⁽⁶⁾, di aspetti sottili. Chi ha avuto modo di conoscerlo ha potuto constatarne di persona la curiosità (con il senso alto, scientifico del termine) nelle questioni che poneva, mai fine a se stessa. 'Interrogava' nell'ambito di un pensiero che veniva elaborando e, benché fosse generoso nel farne partecipe l'altro, già le sue domande erano spesso spiazzanti. Con i romanisti, il colloquio intercettava fonti antiche e utilizzazioni nelle tradizioni successive. Mentre si cercava di abbozzare una risposta — cauta, confesso, per quanto mi riguarda: conoscenze condivise in dottrina venivano subito ad apparire troppo banali — ascoltava, con interesse autentico, e partecipava, inanellando una serie di ulteriori punti da chiarire. Dopo, però, ne ricavava un succo che non si aveva avuto né intenzione né consapevolezza di metterci. I risultati, ulteriori, talvolta anche distanti rispetto a quanto gli era stato detto, venivano dall'inserire dati, notizie, informazioni in una trama tutta sua che veniva elaborando con una commistione feconda fra testimonianze in apparenza distanti. In una sorta di scomposizione e ricomposizione testuale, la sua interpretazione, inattesa, individuava profili e collegamenti diversi: "le fonti secondo Giuliani", mi è capitato di commentarla con qualcuno.

Il disorientamento, salutare peraltro, che provocava il colloquio si conferma nei libri: contribuendone al fascino, rendendo difficile

(6) Con il vocabolo "intuizione" — che potrebbe apparire singolare — mi riallaccio all'uso di « intuizione giuridica » in un autore rigoroso come L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, 2007, p. 43 s., a proposito dei giuristi romani e di questa loro « capacità di intuizione » (la pubblicazione, con prefazione di M. CAMPOLUNGI e S.A. FUSCO, dà veste autonoma a un gruppo di lezioni tenute in un corso di Storia del diritto romano del 1967-68, già trascritte e circolate in ciclostile ad uso degli studenti e poi apparse postume in RAGGI, *Scritti*, Milano, 1975, pp. 165-254).

coglierne tutte le implicazioni. E poi Giuliani evolve di continuo, si rifà a paradigmi diversi, pur tenendo 'salda la barra' sui valori. Muta anche linguaggio. Le sue parole non hanno sempre il medesimo segno; si legano, e si piegano, al contesto in cui le adopera. Non irrigidisce in una immutabile gabbia espressiva i termini cui ricorre: ne domina il senso anziché esserne dominato, per usare una risalente metafora sui concetti (7). Si ritiene «fondamentalmente libero di attribuire alle parole il significato che, entro il particolare discorso svolto in un particolare momento, ritiene più opportuno» (8). Questo, almeno, è il quadro di Giuliani che traggo da mie, disordinate, letture (9).

A fronte di questo pensiero duttile e variegato e di non facile inquadramento, la mia rigida delimitazione dell'oggetto di studio si conferma e si rafforza. Tener dietro alle immagini di "esperienza giuridica" nei tanti luoghi della produzione di Giuliani implica il pericolo di perdersi. L'ancorare invece l'analisi a uno scritto specifico tende a una qualche maggiore attendibilità di ricostruzione, consapevolmente parziale. E si agevolano altresì discussione e valutazione di risultati ottenuti rispetto a un contesto preciso, facilmente condivisibile. La individuazione del testo cui dedicarsi appare pressoché obbligata. È sulla monografia del '57, *Ricerche in tema di esperienza giuridica* (10), che si appunta la riflessione. Programmaticamente dedicato al tema in questione, il volume presenta

(7) « Che possono essere buoni servitori, ma son sempre cattivi padroni », come avverte Orestano richiamandosi alla posizione del padre (Francesco Orestano), il filosofo antidealista di gran peso e notorietà in specie negli anni del fascismo: ORESTANO, *Lasciando la cattedra*, (che qui cito, come altri lavori dell'autore, della raccolta in più volumi di tutti i suoi contributi non monografici), in ORESTANO, *Scritti*, III. *Sezione prima. Saggistica*, a cura di M. CAMPOLUNGI-C. LANZA, Napoli 1998, pp. 1731-1749, ivi p. 1741.

Per un approfondimento complessivo del pensiero di Orestano, rinvio alle pagine di A. MANTELLO, *Nota di lettura*, in ORESTANO, *Scritt*, cit., I, pp. XV-XXI.

(8) Mi approprio anche qui (vd. sopra nota 6) di una rappresentazione di RAGGI, *Il metodo*, cit., p. 53, sempre in riferimento alla giurisprudenza romana, che suona ancora più recisa: « il giurista è [...] libero » (laddove io scrivo che Giuliani « si ritiene » tale). Così pure potrei riferire a Giuliani quanto Raggi scrive a proposito dei concetti, sulla « elasticità del giurista nella loro utilizzazione ».

(9) Mi limito a una impressione personale, del tutto soggettiva. Il riscontro è impossibile, ché richiederebbe tutt'altra ricerca.

(10) A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957, 204 pp.

anche una sorta di vantaggio cronologico: pur ripubblicando pagine precedenti, già assai mature ⁽¹¹⁾, il più completo quadro di riferimento in cui viene ad inserirle e la veste monografica consentono di considerarlo punto di partenza nel pensiero dell'autore rispetto ad eventuali considerazioni successive.

L'analisi che propongo si fonda pertanto sulla circoscritta base testuale appena indicata. Dei saggi operati in altri lavori dell'autore non dà infatti conto. Benché di fatto ne risulti ampliata la prospettiva, sceglie di non discuterli in quanto episodici e talvolta casuali. Si potrà, forse, metterli a frutto più avanti, in un complessivo ampliamento di lettura, se il tema verrà ripreso e approfondito — non lo escludo; mi interesserebbe — anche in seguito a un incontro a più voci che sempre Francesco Cerrone ha progettato nell'ambito del dottorato giuridico perugino ⁽¹²⁾. Per ora invece ('il mio') Giuliani parla per il tramite di questo volume; altri suoi contributi rimangono in ombra, costretti al silenzio sullo sfondo.

Quanto sopra serva da un lato a connotare onestamente il mio scritto nei suoi confini di indagine (forse in progress?), dall'altro a dar conto del perché, accanto a Giuliani, venga alla ribalta Orestano.

È ben noto, e inutile soffermarvisi ⁽¹³⁾, che la centralità data ad "esperienza giuridica" va fatta risalire in specie a Capograssi ⁽¹⁴⁾: il

⁽¹¹⁾ GIULIANI, *Studio storico del diritto e studio dell'esperienza giuridica*, in *Jus*, 6 (1955), pp. 472-489.

⁽¹²⁾ Nelle Attività 2010-2011 del Dottorato di ricerca in "Diritto pubblico e Costruzione delle tradizioni giuridiche" (XXVI ciclo, "Ordine giuridico nazionale fra diritto, storia e letteratura") si è tenuto un incontro seminariale di più costituzionalisti e storici del diritto, fra cui io stessa, per discutere intorno a "Riccardo Orestano-Alessandro Giuliani. Un confronto su studio storico e studio filosofico dell'esperienza giuridica" (16 novembre 2011).

⁽¹³⁾ Rinvio al rapido quadro, bibliograficamente documentato, di ORESTANO, *Introduzione 1987* p. 353 s. e nt. 15: nel "convergere", di cui egli parla, su "esperienza giuridica" di « correnti sempre più larghe del pensiero moderno, rapportando ad essa ogni problema del diritto e della sua conoscenza » è soprattutto alla « graduale elaborazione che di queste idee è stata fatta da Giuseppe Capograssi, pensatore tra i maggiori del nostro secolo » che dà rilievo.

⁽¹⁴⁾ In questa attribuzione a Giuseppe Capograssi di una sorta di 'paternità', quantomeno in Italia, non credo mi condizioni la vivida descrizione di Orestano del proprio « incontro [...] con esperienza giuridica » per suo tramite: ORESTANO, *Della 'esperienza giuridica' vista da un giurista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 34 (1980), pp.

lavoro monografico, infatti, dà conto del suo pensiero ⁽¹⁵⁾. Pure, è soprattutto con le posizioni intorno a essa di Orestano, esplicitate nei primi anni Cinquanta ⁽¹⁶⁾, che Giuliani sceglie di misurarsi. Da queste infatti muove, e abbastanza presto, per prendere posizione anche intorno alla idea di “studio storico del diritto” proposta

1173-1247, poi raccolto come pezzo XXII in *‘Diritto’*, cit., pp. 487-562, e che può ora leggersi in ORESTANO, *Scritti*, III, cit., pp. 1751-1827, cui qui faccio riferimento, ivi pp. 1756 ss. La riterrei infatti idea condivisa.

⁽¹⁵⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit, in particolare pp. 150 e 162-165.

⁽¹⁶⁾ Mi riferisco alla prima edizione, in veste litografata con il sottotitolo *Corso di diritto romano tenuto nell'Università degli Studi di Genova*, di un'opera che nel volgere degli anni continuerà a costituire la ossatura del pensiero orestaniano e proprio per questo verrà sottoposta a un approfondito ripensamento: ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1953, di seguito *Introduzione 1953*, che comprende, pp. 235-388, anche la *Parte speciale* del corso, *Su talune concezioni del diritto nell'esperienza giuridica romana*. Nelle prime duecentocinquanta pagine, invece, idee già espresse in quattro lavori fra 1950 e 1952 vengono riproposte con « una completa rielaborazione e un ulteriore sviluppo »: vd. la *Avvertenza* iniziale dell'A.

Anche per capire il rapporto con Giuliani, va ricordato come la *Introduzione 1953* superi quasi subito i limiti del circuito didattico cui era originariamente destinata. Lo ricorderà di sfuggita lo stesso autore: ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*², Genova, 1961, di seguito *Introduzione 1961*, p. III, « ha avuto — oltre ogni mia previsione — un'eco più vasta ». Suscita l'attenzione degli studiosi, in specie (è quasi un paradosso) al di fuori del suo ambito disciplinare. Su questo effetto diversificato, e non solo dell'opera specifica, cfr. F. DE MARINI AVONZO-M. CAMPOLUNGH, *Riccardo Orestano oggi: il Maestro e le scelte*, in *Diritto romano attuale*, 1 (1999), pp. 57 ss. Vi è tornato di recente, con riferimento all'intero pensiero orestaniano, P. GROSSI, *Testimonianza per un maestro: Riccardo Orestano*, in *Quaderni Fiorentini*, 39 (2010), pp. 919 ss. (intervento nell'incontro organizzato dalla Accademia dei Lincei per commemorare il centenario della nascita). « Non credo di esagerare », egli scrive, « se affermo che Orestano è, senza alcun dubbio, lo storico del diritto che ha riscosso maggior successo fra i cultori del diritto positivo ». Infatti « il giurista », suo « destinatario privilegiato », « ovviamente ha risposto e corrisposto, leggendo avidamente le pagine orestaniane, che parlavano il suo stesso linguaggio, che erano state scritte per lui, che lo richiamavano a un salutare esame di coscienza » e che « potevano, dovevano essere per lui quasi una sorta di breviario » (p. 924). Invece « le sue proposte hanno trovato indifferenza se non addirittura accoglienze scettiche e rifiuti fra i romanisti, al di sopra dei quali il credo orestaniano ha galleggiato senza influenze considerevoli », *loc. ult. cit.* Pur concordando su un ascolto minore, e talvolta preoccupato, dei colleghi di disciplina — cfr. CAMPOLUNGH, *Riccardo Orestano. Un ricordo*, in *Diritto romano attuale*, 11 (2004), p. 173 s. — forse sarei un poco meno pessimista, se non altro per ‘difesa di categoria’.

dall'autore (17). Le riflessioni vengono poi riversate nella monografia (18) con uno spazio assai significativo se rapportato a quello dato sul tema ad altri (19).

Sul coinvolgere Orestano incide inoltre un dato personale. L'essermi formata sin dagli anni universitari intorno alla 'esperienza giuridica secondo Orestano' e poi l'aver seguito da vicino le sue riflessioni in tema (20) credo mi condizioni inevitabilmente. Ho

(17) La *Introduzione 1953* attrae l'attenzione di Giuliani — che a buon diritto va annoverato fra quanti hanno « risposto e corrisposto », secondo la locuzione di GROSSI, *loc. ult. cit.* — per « l'interesse del lavoro che va al di là degli scopi di un corso dei diritto romano », come sottolinea ancora la monografia: GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 176 nt. 24. A circa due anni dalla pubblicazione dell'opera orestaniana, nella propria riflessione in proposito, presentata con grande modestia quale recensione, GIULIANI, *Studio storico del diritto e studio dell'esperienza giuridica* cit., non solo tiene a segnalare nella nota iniziale (p. 472) che le sue pagine sono « ispirate dalla lettura del libro » di Orestano che conclusivamente dichiara « magnifico » (p. 489), ma aggiunge che vanno considerate « un invito a leggerlo » (p. 473).

(18) Nella monografia di due anni più tardi le pagine dell'articolo in questione (*loc. ult. cit.*) vengono a rifluire quali §§ 2-3 del cap. V, che le « riproducono sostanzialmente » come si precisa (GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 176, in nota).

(19) Basti il raffronto fra le pagine in particolare dedicate a Capograssi sul tema, GIULIANI, *Ricerche*, cit., pp. 152 e 160-165 e quelle (pp. 176-200) espressamente dedicate a discutere Orestano.

(20) Per me è divenuta relativamente presto filtro per concepire il diritto. Se l'incontro con la terminologia c'era stato al primo anno universitario — era di « esperienza giuridica di Roma » che si parlava nella parte monografica di “Storia del diritto romano” su “I fatti di produzione normativa” (Orestano vi dedicava la più parte dell'insegnamento) — non credo però di averne colto subito la portata: in quel corso risultava centrale la nozione di ordinamento giuridico. Di sicuro mi si è pienamente rivelata al terzo anno, con “Diritto romano” nel cui insegnamento Orestano aveva appena sostituito Giovanni Pugliese. Il tema specifico del corso “Il problema delle persone giuridiche” (il libro sarebbe uscito di lì a poco) veniva inquadrato nel modo in cui guardare al diritto romano e, più in generale, al diritto. Più adusi ormai a muoverci nel mondo dei concetti giuridici, potevamo cogliere la peculiarità della visione del diritto che ci proponeva Orestano; da poco l'aveva travasata nella seconda edizione della *Introduzione*, completata ma sempre in veste litografica (*Introduzione 1961*), che costituiva il testo di base. Testimonio di una sorta di ricordo collettivo (e mi è accaduto più volte di sentirlo richiamare, anche da chi ha percorso strade diverse dalla professione universitaria): fu così che per noi ragazzi degli anni sessanta nella Facoltà romana di Giurisprudenza venne in gioco questo modo di guardare al diritto come “esperienza giuridica”. Da allora mi è apparsa una parola di cui non si potesse fare a meno. Peraltro non era allora parola molto frequentata. Un concetto, sottolineava Orestano, un concetto

ritenuto perciò di dover rendere esplicito questo mio punto di riferimento in una lettura della 'esperienza giuridica secondo Giuliani'. Ma è intorno a questi che la indagine ruota; le posizioni di Orestano sono richiamate in modo sommario e solo 'per differenza'. Un disequilibrio in senso contrario al massimo potrebbe avvertirsi sul piano di evoluzione del pensiero. Di Orestano, anche per una consuetudine costante con la persona, ho, e posso trasmettere, una immagine in divenire, con le conquiste di maggiore consapevolezza da lui via via raggiunte. La conoscenza del pensiero di Giuliani sul tema è comunque mediata dalla scrittura e inoltre la mia analisi coglie, come si è detto, una immagine 'fissa'. Peraltro, a parziale compensazione, individua una tappa che a me pare fondamentale nella questione e mette a frutto proprio la trattazione specificamente dedicata al tema: in altri lavori di Giuliani, a quanto mi consta, non si ripresenteranno insieme tali caratteristiche.

Sul punto va anche ricordato come Giuliani non torni a con-

al pari di altri, ma più idoneo di altri a raffigurare l'esistente, per non amputarlo: si ricollegava all'esistente già nella scelta del vocabolo "esperienza", ma non era l'esistente. Come le carte geografiche, insisteva, anche quelle cosiddette "al vero" — dovute alla topografia militare che dà conto di un albero o di un capanno — che rappresentano al meglio la realtà di un luogo, pur se in modo statico, sottratto al divenire, ma certo non possono confondersi con essa. In frasi costruite con lentezza, fra pause di sospensione — lezioni tenute in piedi, rimanendo all'angolo della cattedra; giacca 'spezzata', rigorosamente (anche in questo diverso, rispetto alla più formale 'tenuta accademica' di allora); in mano una onnipresente sigaretta: una boccata, qualche parola, una boccata — Orestano evocava per noi, dietro quella nozione di "negozio giuridico" cui ci avevano allevato i suoi colleghi, la miriade infinita di rapporti che ogni giorno, tutti i giorni, gli esseri umani stringono fra loro: dall'acquisto del singolo bene alimentare al mercato alle sofisticate operazioni delle multinazionali (i "nuovi sovrani", che stavano prendendo il sopravvento, sostituendosi agli stati di concezione ottocentesca, segnalava già allora). Era « il dato realtà ». Il primo dei tre dati in cui egli cercava di riassumere l'idea, per noi ancora evanescente, di esperienza giuridica mi rese concreto il diritto (una concretezza che inconsapevolmente cercavo nel rivolgermi alle materie storicogiuridiche — qui l'accumularsi di accadimenti sembrava sostanziare i concetti raffinati, raffinatissimi cui ci addestravano allora, quasi antidoto alla dogmatica quale culmine della scienza giuridica). Il primo, non il più importante nella concezione, avrei capito dopo. Dato realtà. Dato norma. Dato scienza. Non so quante volte da allora avrò ascoltato o pronunciato quella tripartizione: prima come studente a lezione; poi discutendone, con Orestano stesso e gli altri della scuola, le carenze; infine come docente a lezione e chiedendone a mia volta conto agli studenti.

frontarsi su esperienza giuridica con il suo interlocutore iniziale. Certamente, conosce i mutamenti del suo pensiero. Nel continuare a interrogarsi sul tema, Orestano soleva coinvolgere chi avesse con lui dimestichezza scientifica e Giuliani era tra questi e godeva della sua massima stima; inoltre, del cammino percorso aveva anche voluto rendere specifica, pubblica, ‘testimonianza’ (21), che Giuliani non poteva ignorare. Pure, la discussione avviata anni prima non viene ripresa *ex professo*. Del resto (cercherò di metterlo in luce), nella concezione orestaniana dei primi anni Cinquanta Giuliani aveva subito individuato le implicazioni che emergeranno espressamente soltanto più tardi: con una acuta consapevolezza, che precede, e non di poco, la presa di coscienza dell’autore. Forse anche per questo — se si può azzardare un’ipotesi — Giuliani non è più tornato a trattarne. Nell’articolo riversato nella monografia era già stato detto quanto si aveva da osservare sulla posizione di Orestano, anche per come essa in seguito si preciserà.

A sua volta, Orestano, negli scritti in cui torna a trattare il tema, non chiama direttamente in causa Giuliani; è un profilo su cui tornerò più avanti. Intanto, segnalo in proposito come avessi pensato di intitolare questo intervento su “esperienza giuridica” *Giuliani versus Orestano*, per cogliere in chiave di processo nordamericano — di cui, peraltro, ho conoscenza non solo vaga, ma quasi esclusivamente filmica — il « netto dissenso » (così, recentemente, Achille de Nitto) (22) del primo verso il secondo. A dissuadermene non è stato il « tono pacato e partecipe » (così, sempre de Nitto) (23) con cui il dissenso si esprime, auspicabile in un dibattito scientifico, bensì una sorta di ‘inesistenza’ della controparte: senza la quale in nessun ordinamento può darsi controversia. Messa da parte il divertissement artificioso, affiancare semplicemente i due autori accanto al tema che li ha coinvolti forse rispecchia con maggiore fedeltà la vicenda tra loro intercorsa, ove significativo è non solo

(21) Penso, in particolare, a ORESTANO, *Della esperienza giuridica*, cit.

(22) A. DE NITTO, *A margine di una lettera di Giuliani a Capograssi*, in AA.VV., *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, II, a cura di A. CERRI, P. HÄBERLE, I.M. JARVAD, P. RIDOLA, D. SCHEFOLD, Roma, 2010, pp. 209-230, ivi, p. 217.

(23) A. DE NITTO, *loc. ult. cit.*

quanto si dice ma anche quanto si taccia. Un colloquio può intendersi di silenzi.

E ora, finalmente, Giuliani.

Raffigurazioni espresse di “esperienza giuridica” nelle *Ricerche* che Giuliani le dedica non sembrano riscontrarsene.

Colpisce ⁽²⁴⁾ chi abbia seguito l'arrovellarsi di Orestano intorno a cosa intendere per esperienza giuridica ⁽²⁵⁾. Con Giuliani, invece,

(24) Proprio per differenza di taglio, quantomeno espositivo, fra i due studiosi.

Giuliani non avverte il bisogno — è il primo profilo — di dare una definizione. Sarebbe conformismo o ingenuità attendersela. La questione non viene posta, se ne prescinde. ORESTANO, *Della esperienza giuridica*, cit., p. 1769, invece l'affronta, anche se in una prospettiva di rifiuto. Su un piano generale: “esperienza giuridica” « non esigevo alcuna definizione sostanziale preventiva », « non voleva condurre [ad] alcuna definizione conclusiva » come ribadisce due volte pressoché con le stesse parole (vd. anche p. 1799). Sul piano personale: non si è mai proposto di offrirne una definizione. Il risultato appare lo stesso (niente definizione), ma nel silenzio, per Giuliani, e nella esplicitazione del rifiuto, per Orestano, riscontro valenza diversa. Prendere posizione negativa dà per implicita una possibilità di definizione che Giuliani invece ignora. Per “esperienza giuridica” Orestano mi pare respinga il carattere limitatore, in linea con l'etimologia, del “definire”; vi contrappone l'interesse a « mantenere a tale nozione la massima apertura possibile », da cui l'attrattiva che avverte per la « anfibologia molteplice dell'espressione ». E sulla nozione lavora a lungo (cfr. oltre, nota 25).

Ma Giuliani — è il secondo profilo — sembra non avvertire neppure l'esigenza di accennare a un lettore, magari sprovveduto, in cosa consista (per chi scrive) l'oggetto del proprio lavoro. Qui la diversità è evidente. Orestano torna, e ritorna, a chiarire via via il proprio pensiero, in primo luogo a se stesso, e a renderne edotto il lettore. Il che non implica riuscire a « enunciare con precisione [...] cosa sia o come abbia a intendersi “esperienza giuridica” »: *op. cit.*, p. 1755): è piuttosto un procedere, come scriverà, per successive “approssimazioni” che lo impegnano durante lunghi anni (cfr. *op. cit.*, pp. 1771, 1787, 1792, 1799).

Alla base — riterrei — due visioni di “esperienza giuridica”. Di certo visione strumentale, per il giurista-storico Orestano che vuole forgiarsi l'“utensile” adatto a rappresentare la molteplicità del giuridico, come avrà a dire. Per il giurista-filosofo Giuliani, visione ontologica? Per affermarlo andrebbe considerata nel più generale ambito del suo pensiero.

(25) Ne serbano ampia traccia le due ‘revisioni’ che hanno seguito la *Introduzione* 1953 cui Giuliani si rifà per discuterla. In ORESTANO, *Introduzione* 1961 — della cui « redazione [...] in tre fasi » l'a. dà conto nella *Postilla* (pp. V-VII, sul punto p. VI) — a “esperienza giuridica” dedica un primo, notevole nucleo di riflessione il capitolo II (in specie, pp. 347-507), nella convinzione « che il primo problema da affrontare, sempre e da tutti, sia precisamente [...] fissare con il maggior rigore possibile il proprio punto di partenza, cioè la concezione del diritto dalla quale si muove » (p. 347); vi tornano con

se ne trova abbozzata una concezione solo sul finire del penultimo capitolo del suo scritto in tema ⁽²⁶⁾. Esperienza giuridica « *non è un concetto* che possa essere appreso intellettualisticamente », scrive, « *ma una manifestazione di vita* che si esprime principalmente

‘prospettiva di romanista’ i parr. 50-53 del capitolo III, dedicati al « diritto romano come esperienza giuridica romana » e ai suoi rapporti con le esperienze successive, e il capitolo IV, sulle questioni che questo nuovo modo di studiare il diritto romano comporta (par. 66, « Il problema delle fonti di conoscenza del diritto romano »; par. 67, « Il superamento della posizione privilegiata attribuita alle cosiddette fonti giuridiche »; par. 68, « Fonti giuridiche ed extragiuridiche nello studio della esperienza giuridica romana »; par. 69, « Il problema della periodizzazione »). In ORESTANO, *Introduzione 1987* — « finalmente “a stampa” » chiosa la *Premessa dell'editore*, p. 1 (il Mulino aveva tenacemente sollecitato la pubblicazione ‘definitiva’, il cui impegno può dirsi connoti gli ultimi anni dell’autore) — il ripensamento intorno a “esperienza giuridica” comporta tutta una serie di affinamenti della riflessione e acquisizioni di più profonde consapevolezze e si traduce anche in qualche diversità organizzativa della esposizione: si vedano in specie i capitoli XI, « Le nozioni di ordinamento giuridico e di esperienza giuridica », XII, « “Realtà”, “parole”, “valori” nella conoscenza giuridica », XIII, « Esperienze del presente ed esperienze del passato ». Se non è qui possibile soffermarsi a trattare le novità, vorrei almeno indicare due spunti per la visuale più specificamente romanistica: il non assumere più il diritto romano come una ‘unica’ « esperienza giuridica romana » (così ancora in *Introduzione 1961*, p. 532), ma il considerarlo ora come « insieme di esperienze giuridiche romane » (*Introduzione 1987*, cap. XIV, par. 5); a proposito dei tre dati in cui convenzionalmente riassumere l’esperienza giuridica (*Introduzione 1961*, pp. 451 ss.), una puntualizzazione a sé stante (*Introduzione 1987*, cap. XV, par. 5) intorno alle difficoltà di accertamento « nelle indagini sulla storicità » di « dato-realtà, dato-norma, dato-scienza », contro « ogni illusione che lo “storico del diritto” possa attingere una conoscenza del fatto che non sia sempre mediata e indiretta » (p. 523).

La migliore ‘guida autorizzata’ per chi voglia documentarsi sul complesso cammino è l’articolo dello stesso ORESTANO, *Della esperienza giuridica* cit.. In una « prospettiva » definita « egotistica », dichiara in via preliminare « muoverò deliberatamente dalla ‘mia esperienza’ di “esperienza giuridica (o meglio, come si chiarirà in seguito, delle “esperienze giuridiche”) » (si noti il plurale, che prende il posto del singolare): con il proposito — che, attenzione, « è un proseguire nella ricerca » — « di individuare e di descrivere alcune ‘tappe’ sino al presente » (interessante la precisazione) del proprio « viaggio “insieme ed ‘entro’ l’esperienza giuridica” » (*op. cit.*, p. 1755).

⁽²⁶⁾ Il cap. IV, « Verso una filosofia della scienza giuridica », di GIULIANI, *Ricerche*, cit., nel paragrafo terzo ed ultimo su « Il problema odierno della scienza del diritto » allorché ricorda come la « speculazione idealistica italiana », « nonostante [i suoi] meriti », non abbia « potuto evitare » « oggettivazioni [che] hanno oscurato il problema dell’esperienza giuridica » (p. 156).

attraverso il lavoro della scienza giuridica »⁽²⁷⁾[corsivi miei]. Ancora: « per intender[la] occorre [...] porsi in una prospettiva eminentemente soggettivistica e mondana, dal punto di vista dei valori, che non vanno cercati in una realtà trascendente ma nelle loro manifestazioni positive »⁽²⁸⁾.

Pure, diversamente da Orestano che arriva ad esperienza giuridica partendo da diritto (e passando per ordinamento), Giuliani ne prende direttamente le mosse per l'indagine. La monografia si apre, dalle prime battute, sul « problema della esperienza giuridica »⁽²⁹⁾: intorno a cui converge, nella « speculazione giuridica contemporanea », « l'interesse delle correnti filosofiche e scientifiche » e per il cui « tramite » avviene la « "contaminazione" fra sapere filosofico e sapere scientifico » che tale speculazione caratterizza⁽³⁰⁾. « A dispetto di tutte le antinomie » di questa speculazione, scrive Giuliani, « filosofia e scienza stanno trovando un punto di accordo sul terreno della esperienza giuridica »⁽³¹⁾. Ma cosa intenda con esperienza giuridica non viene, appunto, reso esplicito; sembra darsi per presupposto.

Così pure, poco più avanti: sottolinea la « persistenza nel tempo di un aspetto *costitutivo*, e pertanto ineliminabile, della esperienza giuridica »⁽³²⁾ [corsivo mio], ma non dice quale sia.

Sta parlando di esperienza giuridica come ne ha parlato qualche anno prima Orestano?

Potrebbe apparire di sì. Intanto, per « tutte le implicazioni di concretezza e storicità » che a suo dire « questa sottintende »⁽³³⁾: sono caratteri cui lo stesso Orestano dà rilievo (anche se occorrerebbe precisarne il senso). Lo stesso « accordo » che secondo Giu-

⁽²⁷⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 156. Scienza giuridica, tiene a precisare, che « non è soltanto attività astrante e classificatoria ».

⁽²⁸⁾ GIULIANI, *loc. ult. cit.*

⁽²⁹⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 1.

⁽³⁰⁾ GIULIANI, *loc. ult. cit.*

⁽³¹⁾ GIULIANI, *loc. ult. cit.*

⁽³²⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 2: nel partire dallo storicismo tedesco che, a suo avviso, « per primo ha posto l'accento sulla esperienza giuridica » gli rimprovera però la « non chiara consapevolezza » di tale aspetto costitutivo.

⁽³³⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 1.

liani si viene a trovare « svolgendo » tali implicazioni ⁽³⁴⁾ potrebbe rinviare a quella ‘sintesi’ che esperienza giuridica sembra offrire nella visuale di Orestano.

Ma l’“accordo” cui Giuliani si richiama introduce una prospettiva che invece Orestano non prende in considerazione. La ‘sintesi’ che sta a cuore al nostro romanista è fra studio storico e studio scientifico del diritto ⁽³⁵⁾. La « distinzione » che Giuliani ritiene possa superarsi ⁽³⁶⁾ è « fra filosofia e scienza » ⁽³⁷⁾.

La diversità di fondo — per chiarezza voglio dirlo sin d’ora — mi sembra qui: nel punto di vista del filosofo, che Giuliani tende a privilegiare.

Non che egli neghi « interesse per lo studio *storico* del diritto » ⁽³⁸⁾ [corsivo dell’a.]: anzi, rifiutandone il risalente senso « ancillare », guarda ad esso come « studio che partecipa ai problemi della scienza e della esperienza del diritto ». Potrebbero apparire parole dello stesso Orestano, così come Orestano potrebbe ben

⁽³⁴⁾ GIULIANI, *loc. ult. cit.*

⁽³⁵⁾ Ma anche la possibilità di « congiungere [...] il ‘mondo dei comportamenti’, il ‘mondo delle norme’, il ‘mondo della riflessione’ sui comportamenti e sulle norme e anche su se stessa »; può dirsi « il grande merito dell’impiego di questa nozione », insieme al « promuovere — come non mai prima — una maggiore possibilità di collegare fra loro le più varie manifestazioni del ‘giuridico’ » (ORESTANO, *Della esperienza giuridica*, cit., p. 1793). Si vedano anche le pp. 1771-1773 sul nuovo modo di considerare dato-realtà, dato-norma, dato-scienza, che pure sembravano riuscire « abbastanza » a rendere il senso di “esperienza giuridica” nonostante « dubbi » e « perplessità » che una tale concettualizzazione comportava (quante discussioni in proposito con gli allievi, oltre che « con gli studenti » come già ricorda l’a.).

⁽³⁶⁾ Che anzi può dirsi già in superamento grazie al « punto di accordo » (di cui si è detto) che « filosofia e scienza stanno trovando »: è uno dei due « fatti » — dai quali prende avvio per l’indagine — che a suo avviso connotano « la speculazione giuridica contemporanea » (GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 1).

⁽³⁷⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 2. Di tale distinzione giudica infatti non « convincente l’applicazione *ut sic* [...] alla speculazione giuridica », con il suo implicare « il riconoscimento di un mero carattere utilitario o artificiale alla scienza giuridica »; chiariti invece « il valore e la natura » di tale scienza, della distinzione la sua indagine « tende » proprio a « determinare i limiti di applicabilità ».

⁽³⁸⁾ Il “risvegliarsi” di questo interesse proprio nell’« oggi » in cui egli scrive gli fa ritenere « maturi i tempi » per la realizzazione (non riuscita alla Scuola storica, benché nel suo programma) di « riassumere la storia nella scienza giuridica »: GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 3.

rappresentare quel « terzo uomo » che Giuliani introduce sulla scena: « lo storico del diritto, o meglio » (precisa) « lo storico giurista » (39). Peraltro, anche se egli valuta « della massima importanza » « i risultati conseguiti in sede di studio storico » (40), chi vi si dedichi risulta pur sempre, nella sua rappresentazione, l'« ultimo venuto », che « si sta inserendo » nella « polemica fra filosofi e scienziati » (41): « terzo uomo », appunto, secondo la sua immagine.

Cerco di raccogliere in alcuni punti i « modi » (e i contesti) in cui Giuliani viene a parlare e di « esperienza giuridica » e di « studio della esperienza giuridica »: utilizzo per essi una serie di parole-chiave per lo più dell'autore (42).

Muovo da « esperienza giuridica » e comincio con un primo dato di fondo: il senso « unitario » che le viene dato.

Non solo — come è facile constatare — Giuliani usa pressoché costantemente il singolare (43); e sarebbe già di per sé significativo. Ma predica espressamente la « unità », presentata anche come unitarietà, di esperienza giuridica (44).

(39) GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 3

(40) « Per determinare i termini in cui va impostato il problema della *scientificità* del diritto » [corsivo dell'a.]: GIULIANI, *loc. ult. cit.*

(41) GIULIANI, *loc. ult. cit.*

(42) Mantenendo il taglio originale, delle citazioni testuali per ciascun punto danno conto le note, talvolta segnalando in corsivo i riferimenti lessicali a fini di chiarezza. Non occorre sottolineare la difficoltà di « estrarre » da un pensiero ricco e complesso quale quello di Giuliani non più di singole frasi o solo loro brani o qualche parola per « tradurre » in sintesi, e con valore esemplificativo, quanto si è ritenuto di poter cogliere su alcune determinate questioni della sua multiforme riflessione. Per la artificiosità della operazione mi scusi la necessità di sopperire con qualche rapida testimonianza così escerpita a una lettura diretta, ovviamente impossibile, di lunghe parti.

(43) Rare le eccezioni alla « regola »: due o tre i casi riscontrati ove si parli di esperienze giuridiche al plurale. Cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit.: p. 124, in merito alla « qualificazione di alcune esperienze comuni come esperienze giuridiche » ad opera di strumenti concettuali della interpretazione; p. 162, sulle « esperienze giuridiche contemporanee » (che conoscono un « indebolirsi della posizione del soggetto » per la « perdita del valore fondamentale » nella esperienza giuridica che è l'individuo in senso empirico).

(44) Su *unità/unitarietà*, cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit.: p. 120, la scienza giuridica, che « ha scavato nelle più disparate esperienze per dimostrarne le affinità, le simiglianze » e « ha costruito la teoria del negozio giuridico, del reato, dell'atto giuridico », « così facendo ha mostrato la *unità* della esperienza giuridica », svolgendo « pertanto [...] una serie di

Unità/unitarietà sembrano implicare una sua, per così dire, 'globalità': l'espressione stavolta è mia, per intenderne la considerazione nell'insieme, come un tutto ⁽⁴⁵⁾.

In essa viene altresì costantemente ribadita l'esistenza ⁽⁴⁶⁾ di « principi » ⁽⁴⁷⁾ e soprattutto di « valori » ⁽⁴⁸⁾ (questione fonamen-

implicazioni speculative », « assolvendo un compito filosofico »; p. 131, « che l'esperienza giuridica sia *unitaria* risulta chiaro al giurista », « pervenuto all'idea dell'unità del diritto » alla base dei « tentativi di formulazione di teorie generali »; p. 142, « fondamentale *unità* che il giurista presuppone nella esperienza giuridica ». Si noti che l'idea di "unità" permane anche quando si parla di coglierne un aspetto particolare: *op. cit.*, p. 131, « sul piano del sistema è riflesso un aspetto particolare dell'esperienza giuridica: o meglio l'esperienza giuridica nella sua *unità*, vista da una particolare prospettiva ».

Risulta per la verità anche una immagine di « *unificazione* » della esperienza giuridica: *op. cit.*, p. 131, « in questo lavoro di *unificazione* della esperienza giuridica l'opera dello scienziato è vicina a quello del filosofo ». Configurandosi piuttosto come risultato da raggiungere, potrebbe apparire in contrasto con l'idea di un carattere proprio a tale esperienza, ma sembra in ogni caso testimoniata solo questa ricorrenza.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 138, « lo storico [...] deve riconoscere che ogni scienza, organizzando e sistemando una particolare esperienza, deve tenere in considerazione *tutta* l'esperienza giuridica ».

⁽⁴⁶⁾ Ma raramente entrando nello specifico di quali siano.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 35, « in realtà togliendo la fiducia in alcuni *principii* ci si mette al di fuori dell'esperienza giuridica, e pertanto umana »; p. 119, « avremo modo di vedere [...] come quello che potremmo definire lo storicismo giuridico italiano abbia colto nel segno, criticando nella Scuola storica l'assenza di di un *principio* ideale, costitutivo, del *quid proprium* della esperienza giuridica ».

⁽⁴⁸⁾ Cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit.: p. 87, sulle « istanze valide nel giusnaturalismo[,] soprattutto l'idea che il diritto ha propri *valori*, che *qualificano* alcune *esperienze*, e solo alcune, *come giuridiche* »; p. 94, sui « *valori* costitutivi della esperienza giuridica »; p. 95, sulla dommatica che « ha assorbito i *valori* della esperienza giuridica »; p. 100, sui « *valori* sottintesi nella esperienza giuridica, che è esperienza "umana" nel suo aspetto più generale » e sulla loro « rivalutazione » da parte di una scienza giuridica che affronti « adeguatamente il problema del valore e dell'irrazionale nel diritto »; p. 116, sull'« *interessamento* per i *valori* della esperienza giuridica » nei « nostri giuristi » (gli italiani), che « si ritrova non solo nella opera sistematica degli interpreti, ma anche in quelle correnti istituzionali che hanno allargato il concetto della giuridicità »; p. 162, sull'allontanamento della esperienza contemporanea (secondo la critica di Capograssi, condivisa dal nostro autore) « da alcuni *valori* fondamentali e costitutivi della esperienza giuridica valicando il limite, al di là del quale ci poniamo al difuori della esperienza giuridica » e sul « *valore* fondamentale [che] è l'individuo »; p. 163, sui « *valori* fondamentali e costitutivi della esperienza giuridica », ai quali secondo Capograssi la scienza « resta legata » e che ad avviso di Giuliani (*op. cit.*, pp. 163-164) « non sono

tale, come si sa, nel pensiero di Giuliani): fino a poter parlare di « aspetto costitutivo » di esperienza giuridica ⁽⁴⁹⁾.

Una tale 'connotazione' (vocabolo ancora mio) di esperienza giuridica ⁽⁵⁰⁾ rispetto ad altre esperienze ne implica soprattutto — ed è aspetto su cui si torna più volte — « specificità » e « autonomia » ⁽⁵¹⁾: in particolare rispetto a esperienza politica o a esperienza economica.

soltanto giuridici nel senso stretto del termine, ma sono i *valori* morali, politici, sociali propri dell'esperienza giuridica », come « la certezza, la generalità, l'uguaglianza di fronte al diritto » che, « comuni » a diritto continentale e diritto anglosassone, « testimoniano l'unità del diritto europeo »; p. 165, sulla « determinazione dell'inventario dei *valori* della esperienza giuridica », cui « possono dare il loro contributo » sia i filosofi sia gli storici giuristi.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit.: p. 126, utilizzando Emilio Betti, sulle « teorie » che « si rifanno al diritto naturale » e alle quali « spetta il merito di aver posto in rilievo che l'*aspetto costitutivo* della esperienza giuridica è cristallizzato » « nei principi generali »; p. 150, su « aspetto costitutivo dell'esperienza giuridica » e sulla « profonda intuizione » in Filomusi Guelfi della « connessione » fra studio storico del diritto e studio di tale aspetto.

⁽⁵⁰⁾ Per la 'connotazione' rispetto ad altre esperienze, cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 175, sulla individuazione « nella infinita congerie delle manifestazioni della esperienza del passato » di « alcune [esperienze] come giuridiche » da parte dello « storico », che così « isolando[le] » « aveva fatto partecipare in un certo senso lo studio storico ai problemi della scienza del diritto ».

⁽⁵¹⁾ Vi si insiste per segnalare tanto il riconoscimento quanto la negazione, che viene sottoposta a critica. Cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit.: p. 91, sulle « vicende del positivismo giuridico nel XIX secolo » che « venne misconoscendo la specificità e l'autonomia dell'esperienza giuridica », così « ridotta a forza (esperienza politica) o ad utilità (esperienza economica) »; p. 103, su « una concezione tecnica della giurisprudenza », ridotta a « semplice mezzo spogliato di ogni principio costitutivo », che « implicava una riduzione della esperienza giuridica ad esperienza economica o politica »; p. 121, sulla « distinzione fra scienza e tecnica » che porta a « disconoscere l'esistenza di un *quid proprium* dell'esperienza giuridica, ridotta ad esperienza politica o ad esperienza economica »; p. 122 s., sulla esperienza giuridica come « irriducibile ad altre esperienze » per le « persistenze che [...] presenta », « riflesse nei concetti della scienza con i quali [...] lavora » lo « scienziato che non solo studia, ma partecipa all'esperienza giuridica »; p. 124, su « interpretazione » e « strumenti concettuali di cui essa si serve » e che le « permettono [...] la qualificazione di alcune esperienze comuni come esperienze giuridiche »; p. 151, sul « riconoscimento della specificità della esperienza giuridica e della sua irriducibilità ad altre esperienze » (come retaggio « della speculazione del Filomusi Guelfi »); p. 154, sulla « superiorità della filosofia delvecchiana » per aver « rivendicato l'*autonomia* del diritto (e di riflesso *della esperienza giuridica*) » « subor-

Se ne mette altresì in luce una sorta, vorrei dire, di ‘costanza’. Pur nella consapevolezza che la « meditazione » su di essa « in definitiva si svolge nella storia » ⁽⁵²⁾, Giuliani parla di « persistenze » ⁽⁵³⁾ e anche di « certezze » ⁽⁵⁴⁾.

Secondo dato. « Esperienza giuridica » viene assunta da Giuliani in senso (direi) ‘sostanziale’.

Credo emerga già dai profili sin qui esposti. Un riscontro, lessicale, sembrano darlo alcune formulazioni: « osservazione » di esperienza giuridica, « penetrare all’interno », « penetrare nel vivo » » di essa ⁽⁵⁵⁾. Mi pare che soltanto in un caso ne parli come di « nozione » ⁽⁵⁶⁾.

dinando[vi] [...] l’economia »; p. 155, sul come « l’esperienza giuridica non abbia una completa autonomia nell’opera dello Stammler » « nonostante tutti i suoi sforzi ».

⁽⁵²⁾ Cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 165.

⁽⁵³⁾ Cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 122, sulle « persistenze che [...] presenta » « l’esperienza giuridica » (nonostante « gli entusiasmi di una filosofia che potrebbe far credere ad una incessante evoluzione del diritto »), « persistenze » che la rendono così « irriducibile ad altre esperienze » e che « sono riflesse nei concetti della scienza con i quali [...] lavora » lo scienziato. Si veda anche (*op. cit.*, p. 132) l’uso di una locuzione consimile, quando, mutuando Capogrossi, parla di « permanenze della esperienza », che gli « strumenti » della scienza del diritto « riflettono sul piano logico » non risultando pertanto « pseudoconcetti ». In tale chiave cfr. altresì (*op. cit.*, p. 123) la constatazione di « una sola novità [...] nel gioco dell’esperienza giuridica », « che alcuni uomini perdonano dei diritti acquistati da altri », commentando Ripert che parla appunto di trasferimento e non di trasformazione.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 128: « il diritto, nel suo aspetto generale, viene a interessare per il suo contenuto, ossia per le certezze che ha raccolto intorno all’esperienza giuridica, nel corso di vari esperimenti tentati in un lungo periodo storico » e « una conferma di queste certezze si ha in alcune intuizioni » poste dallo scienziato o dal tecnico del diritto « a fondamento del proprio lavoro », « la extrastatalità del diritto civile », « la giurisprudenza come scienza pratica », « l’unità della scienza giuridica » che si presenta come « la più importante ».

Si veda anche un accenno, più difficile da intendere, a « ”posizioni elementari” della esperienza giuridica »: mentre per « esigenze politiche e soprattutto economiche » la scienza giuridica se ne « va allontanando », risulta invece « vanto della scienza giuridica del nostro paese non averle abbandonate » (*op. cit.*, pp. 117-118).

⁽⁵⁵⁾ Cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit.: p. 84 s., sulla « speculazione » di Cesarini Sforza « dal punto di vista dello studio dell’esperienza giuridica » che « ci permette di penetrare all’interno di quella esperienza » (e « di capire in realtà come vi opera la scienza »); p. 85 « penetrare nel vivo della esperienza giuridica »; p. 111, sulla “intuizione” di un poeta come Ugo Foscolo che era venuto « osservando la esperienza giuridica da un particolare

Tuttavia, nonostante questo senso 'sostanziale', Giuliani non pone espressamente la questione di 'cosa' costituisca « esperienza giuridica » anche se almeno in un passaggio emerge come egli vi consideri la scienza del diritto ⁽⁵⁷⁾.

Passo a « studio della esperienza giuridica »: per punti, anche qui, e ancor più rapidamente.

Intanto, la prospettiva 'soggettivistica' che Giuliani richiede in esso: « *a parte subiecti* », per dirlo con le sue parole ⁽⁵⁸⁾.

Poi, il « valore conoscitivo », che a esso rivendica ⁽⁵⁹⁾.

Ancora, l'innesto in tale studio di una duplicità di saperi (o di due prospettive): studio filosofico, studio storico.

punto di vista » e che si cita in proposito (« mirando "le sembianze che la Giustizia assume dalla Forza" »). Cfr. altresì quanto scrive sull'« interprete » che « si serve dei concetti » non in modo « arbitrario e utilitario », « ma come una prospettiva che gli permette di *individuare la esperienza giuridica* » (*op. cit.*, p. 123-124) e sulla « filosofia giuridica nel XX secolo » che « si è messa sui binari di una metodologia del concreto, ponendo al centro della propria attenzione la *esperienza giuridica come tale* » (*op. cit.*, p. 152).

⁽⁵⁶⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 140 s., « combinando lo studio scientifico con una istanza filosofica » si viene « allargando così la nozione di esperienza giuridica ».

⁽⁵⁷⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., pp. 174 s.: « il grande vantaggio » dello « studio della storia delle istituzioni è stato quello di aver permesso l'individuazione della funzione della scienza, non più considerata come una sovrastruttura staccata dall'oggetto, ma come parte *attiva* nell'esperienza giuridica e che da questa viene assorbita » [corsivo dell'a.]. Meno chiara in tal senso la frase (*op. cit.*, p. 113) sul « valore della scienza del diritto per l'esperienza giuridica ».

⁽⁵⁸⁾ Cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit.: p. 70, su « una piena identificazione dello studio della esperienza giuridica con lo studio *a parte subiecti* » e le « serie difficoltà » create in merito dalla oggettivazione; p. 140, intorno allo « studio del diritto *a parte subiecti*, e come tale dell'esperienza giuridica » (quale compito della filosofia del diritto che « non può condursi indipendentemente » dallo studio della scienza giuridica); p. 165, sul suo convincimento che « in realtà soltanto una filosofia che studi *a parte subiecti* la esperienza giuridica può dare valore e significato alla scienza giuridica » (cfr. anche quanto scrive conclusivamente, *loc. ult. cit.*, sullo « studio storico del diritto » cui « solo uno studio del diritto eminentemente soggettivistico può dare un valore e un significato » consentendogli di « acquistare dignità speculativa »).

⁽⁵⁹⁾ Cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit.: p. 132, sulla scienza del diritto che « partecipando alla creazione del suo oggetto » « ha un *valore conoscitivo* in quanto studia la esperienza giuridica »; p. 139, sul « *valore conoscitivo* per le intuizioni ed implicazioni intorno all'esperienza giuridica » da « riconoscere nell'operare, nell'interpretare, nell'agire del giurista » (che, « sebbene da una prospettiva particolare », « contribuisce allo studio della esperienza giuridica »).

Infine, ed è il profilo più importante, la « risoluzione », che Giuliani vuole (la chiama anche « riduzione ») tanto dello « studio filosofico » quanto dello « studio storico » in « studio della esperienza giuridica » (60).

Sottolineo la formulazione « studio storico ». In chiusura del libro vi si ‘accompagnerà’, o sostituirà (e necessita di chiarimento), la dizione « studio storiografico ».

Con questo veloce ‘riepilogo’ — consapevolmente povero e semplificante (me ne scuso) rispetto ai tanti temi offerti alla riflessione — son giunta agli ultimi due paragrafi delle *Ricerche* di

(60) Nel raggruppare insieme citazioni esemplificative su « studio storico » e su « studio filosofico », così da meglio coglierne, a fronte di temi che talvolta si intrecciano talvolta si ripetono, un panorama complessivo, muovo da una questione che a me pare centrale nel pensiero dell’A.: lo « storico », che pure ha « fatto partecipare [...] lo studio storico ai problemi di scienza del diritto » « isolando » come « giuridiche » alcune esperienze fra tante, non può operare « con le sue sole forze » perché il « rapporto fra storia e scienza investe problemi di filosofia giuridica » (GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 175).

Su studio filosofico come studio della esperienza giuridica, cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit.: p. 52, sulla « riduzione dello studio filosofico a studio della esperienza giuridica » (e sull’ostacolo che vi frappone una « concezione tecnica della giurisprudenza », che sembra « divenuta oggi dogma indiscusso »); p. 70, sull’aver « risolto lo studio filosofico del diritto in studio della esperienza giuridica » come merito della « giovane scuola idealistica » (pur « non riuscita a sfuggire del tutto alle oggettivazioni »); p. 133, sulla « conclusione [...] certa » che lo « studio filosofico del diritto, inteso come studio dell’esperienza giuridica, non può condursi indipendentemente dallo studio delle certezze che sono alla base del lavoro dello scienziato »; p. 142, su « una filosofia, intesa come studio della esperienza giuridica nel suo aspetto più generale » che « ogni scienza giuridica [...] presuppone »; p. 150, in merito alla « identificazione dello studio filosofico del diritto con lo studio della esperienza giuridica », a cui Filomusi Guelfi si è avvicinato; p. 151, sulla « risoluzione piena dello studio filosofico del diritto in studio dell’esperienza giuridica » (la cui realizzazione spettava alla scuola italiana successiva a Filomusi Guelfi); p. 152, ancora sul « risolvere la indagine filosofica del diritto in studio dell’esperienza giuridica » (per cui « occorre non soltanto superare il piano naturalistico di indagine proprio del positivismo, ma anche rinnovare la filosofia hegeliana » che aveva « identificato ed esaurito il diritto nella legge »). Su « studio storico » come studio della esperienza giuridica, cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit.: p. 150, sulla « connessione fra studio storico del diritto e studio dell’aspetto costitutivo dell’esperienza giuridica »; p. 176, sull’aver « risolto lo studio storico del diritto in studio della esperienza giuridica » (con riferimento a Orestano).

Giuliani, dedicati espressamente a Orestano e alla 'sua esperienza giuridica' (61).

Uscite in veste autonoma un paio di anni prima della monografia, queste pagine di Giuliani circolano già dal '55 (62). L'autore è dunque un trentenne (63), che prende in considerazione uno studioso più maturo ma non poi tantissimo, fra i trentanove e i quarantaquattro anni (64). Segnalo il dato anagrafico a fronte del pensiero profondo, e originale, di entrambi.

Come ho anticipato, la prospettiva in cui Giuliani si muove — dichiarata, a me sembra — è quella del filosofo e di essa trapela la considerazione su un gradino più alto (65).

« Ai problemi della scienza del diritto » è stato « fatto partecipare *in un certo senso* lo studio storico » (si noti la formulazione: ho voluto appunto sottolinearla col corsivo): così aprendo anche per lo

(61) GIULIANI, *Ricerche*, cit., cap. V: par. 2, « Studio storico del diritto come studio dell'esperienza giuridica nel pensiero di Riccardo Orestano » (pp. 176-189); par. 3, « Critica della nozione di "sistematica storica" - Lo studio "storico" come studio dell'aspetto costitutivo dell'esperienza giuridica » (pp. 189-200).

(62) GIULIANI, *Studio storico del diritto e studio dell'esperienza giuridica*, in *Jus*, 4 (1955), pp. 472-489.

(63) Allora « professore incaricato nella Università di Pavia »: così lo presenta l'intestazione dell'articolo (GIULIANI, *Studio storico*, cit., p. 472).

(64) Con questo indeterminato arco temporale alludo a « una serie di precedenti studi » avviati nel '50 da ORESTANO: *Diritto romano, tradizione romanistica e studio storico del diritto*, in *RISG*, 87 (1950), pp. 156-264; poi, *Il diritto romano nella scienza del diritto* (prolusione genovese del '50), in *Jus*, 2 (1951), pp. 141-178; sempre nel '51, *Ventotto pagine necessarie*, prefazione (pp. VII-XXXIV) a *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, Milano 1951; infine, *Diritto e metodologia*, in *Atti Congresso Studi Metodologici*, Torino 1952. « Alcuni risultati parziali » ne risultano infatti utilizzati — a dirlo è l'autore — nella *Introduzione 1953*, che rispetto ad essi, però, « rappresenta una completa rielaborazione e un ulteriore sviluppo » (cfr. *Avvertenza*) e che costituisce il riferimento di Giuliani.

(65) A titolo esemplificativo, cfr. GIULIANI, *Ricerche*, cit.: p. 104, in merito alle « profonde intuizioni sulla esperienza giuridica e sul valore di questa » che sono alla base del lavoro della « scuola italiana » e che « meriterebbero di essere portate ad un più alto livello speculativo »; p. 139, sul sentirsi — « in nome del « valore conoscitivo » da « riconoscere [...] alle scienze dell'azione » — « indulgent[e] verso le pretese del giurista » che « per i suoi lavori di teoria generale pretende [...] dignità filosofica » (peraltro riconoscendo contestualmente che il giurista, « sebbene da una prospettiva particolare », « in realtà contribuisce allo studio della esperienza giuridica, senza l'ausilio del filosofo »).

storico il « rapporto tra storia e scienza ». Ma tale rapporto, appunto, « investe problemi di filosofia giuridica »: e « lo storico » — torno a riprendere una citazione di cui ho già dato conto ⁽⁶⁶⁾ — « non può risoverlo con le sue sole forze ». Di ciò occorre consapevolezza; il programma della Scuola storica è fallito proprio per « mancanza di una adeguata base filosofica » ⁽⁶⁷⁾.

Così, la attenzione riservata « maggiormente » al pensiero di Orestano si deve appunto alle sue « implicazioni filosofiche » ⁽⁶⁸⁾. « Il lavoro » di questi « viene a collocarsi [...] al centro dei problemi della moderna speculazione filosofico giuridica » ⁽⁶⁹⁾, che sono i suoi medesimi problemi ⁽⁷⁰⁾. Non è tutto. Identificando « lo studio storico con lo studio della esperienza giuridica » (« elevando[lo] », precisa subito dopo Giuliani) e perciò rivalutando implicitamente « una concezione soggettiva », Orestano opera — « forse involontariamente » (!) — un « mutamento completo di prospettiva »: che « porta la storiografia giuridica ad una altezza speculativa tale da renderla filosofica nella sua natura » ⁽⁷¹⁾.

Dunque, sono « implicazioni » che Giuliani intende assai positivamente, ma sarebbero tali per Orestano? Con « amici » che gli attribuiscono « qualche propensione alla filosofia », egli si trova invece a « dovere [...] protestare », soprattutto ove essi siano giuristi: ché aspira unicamente ad essere « uno dei loro » ⁽⁷²⁾.

In effetti, la visione di Orestano (« storico giurista », a mutuare il linguaggio di Giuliani) non coincide con questa visione tutta filoso-

⁽⁶⁶⁾ Vd. sopra, nota 60.

⁽⁶⁷⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 175 s.

⁽⁶⁸⁾ La « riproposizione » del « problema della partecipazione della storia del diritto alla scienza del diritto »; la « risoluzione » « dello studio storico in studio dell'esperienza giuridica »: GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 176.

⁽⁶⁹⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 190; anch'essa, egli precisa, « ha risolto lo studio del diritto in studio della esperienza giuridica ».

⁽⁷⁰⁾ Le « sue affermazioni » « sulla attualità dello studio storico del diritto e sulla possibile partecipazione della storia alla scienza del diritto » sono « degne della massima attenzione »: GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 190.

⁽⁷¹⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., pp. 192-193 (« filosofico » infatti è « lo studio [del diritto] a parte subiecti », p. 192).

⁽⁷²⁾ ORESTANO, *Della esperienza giuridica* cit., p. 1754 s. n. 1. « Bel risultato fossi arrivato ad apparire filosofo a giuristi e giurista a filosofi », conclude con qualche sarcasmo.

fica: è lo stesso Giuliani, poi, a segnalarlo. Rivendicando che « solo lo studio *a parte subiecti* può darci conoscenza vera, e pertanto universale della realtà, facendoci attingere l'elemento costitutivo del diritto », egli mette a nudo i « timori » che invece Orestano sembra « avverta [...] nei confronti del soggettivismo implicito nella riduzione dello studio storico a studio della esperienza giuridica » (73). E — ancora — gli contesta (pur amabilmente) che la sua « costruzione resta per un verso nella storia in senso filosofico » (grazie alla identificazione anzidetta), ma « per l'altro nella storia considerata in senso empirico »: il cui studio Orestano « pare condurre » con « strumenti della dommatica », « relativizzandoli in una “sistemica storica” [...] non chiaramente definita ». « Relativismo », osserva inoltre Giuliani, che « apre la porta allo scetticismo » (74).

Lascio da parte la questione della « sistemica storica ». Nella seconda edizione della *Introduzione* Orestano ricorda proprio le « acute osservazioni » di Giuliani in proposito: non solo già lo « hanno mosso a un'ampia revisione », ma avverte la necessità di ulteriore, « approfondita indagine » che spera « un giorno [di] effettuare » (75).

Voglio invece segnalare che è l'unica menzione che Orestano fa della riflessione di Giuliani sul proprio apporto al tema generale di “esperienza giuridica” (76): cosa ne pensasse nel complesso non è perciò dato sapere. Il « sodalizi[o] intellettual[e] intens[o] e frut-

(73) GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 194.

(74) GIULIANI, *Ricerche*, cit., pp. 193-194.

(75) ORESTANO, *Introduzione 1961*, p. 435 s. n. 1.

(76) Altre menzioni in merito per GIULIANI, *Ricerche*, cit., non risultano in ORESTANO, *Introduzione 1961*, pure temporalmente abbastanza vicina e ove si discute invece in più punti la recensione del collega di disciplina B. ALBANESE, in *Iura*, 5 (1954), pp. 239-249, alla *Introduzione 1953*: cfr. ORESTANO, *Introduzione 1961*, pp. 341 s. nt. 2, 365 s. nt. 1, 377 nt. 1, 383 nt. 1, 610 s. nt. 1. Ma non risultano neanche quando negli anni Ottanta si tornerà, con un approfondito ripensamento, sul tema esperienza giuridica nel lungo scritto a essa espressamente dedicato, ORESTANO, *Della esperienza giuridica* cit., e nella trattazione relativa in ORESTANO, *Introduzione 1987*. Se non mi sento di escludere che nella *Introduzione 1961* possano essermi sfuggiti ulteriori riferimenti, per questi altri due lavori a confortare il controllo operato è la disponibilità di un indice di autori: cfr. l'« Indice dei nomi » rispettivamente in ORESTANO, *'Diritto'* cit., pp. 795-805 e in ORESTANO, *Introduzione 1987*, pp. 647-659, ove Giuliani (anche il Giuliani delle *Ricerche*) viene richiamato per altri contesti.

tuos[o] » che questi ha avuto con lui (così Francesco Cerrone ⁽⁷⁷⁾), la stima e direi l'affetto reciproci (che ho potuto constatare di persona) dovrebbero farci interrogare su tale silenzio.

Concludendo la riflessione su Orestano, Giuliani viene — anzi, torna — a mettere a confronto studio scientifico e studio storico: a tale dizione, peraltro, qui preferendo quella di « studio storiografico ». Sono « punti di vista », anche se con « diverse finalità » ⁽⁷⁸⁾: appaiono però graduarsi per importanza ed è per questo che pur brevemente vi faccio cenno. Il « punto di vista storiografico », in quanto « inteso come studio della esperienza giuridica », è « rivolto » « allo studio dell'aspetto costitutivo del diritto »; quello « scientifico » è « rivolto essenzialmente alla applicazione » ⁽⁷⁹⁾. Pur negando opposizione del primo al secondo ⁽⁸⁰⁾, emerge già un giudizio di valore, ché la « vera forma di conoscenza » Giuliani la riconosce solo al « punto di vista storiografico ». Lo studio storiografico, « pertanto » (la congiunzione si richiama alla finalità di « studio dell'aspetto costitutivo del diritto »), « viene ad identificarsi con lo studio filosofico del diritto » ⁽⁸¹⁾. La conoscenza per così dire 'superiore' sta dunque nello « studio filosofico ».

Due parole, in fine, in merito all'uso (solo apparentemente indifferenziato) delle qualificazioni « storico » / « storiografico », ma vanno dette perché vi è coinvolta la valutazione su Orestano. Riterrei — una discussione ci allontanerebbe dal nostro tema — che in queste ultime pagine del libro la qualificazione « storico » si tenda a riservarla allo studio del diritto del passato ⁽⁸²⁾. Giuliani si ramma-

⁽⁷⁷⁾ La menzione di questi rapporti, anche con Chaïm Perelman, Michel Villey, Nicola Picardi, apre l'analisi della figura di Giuliani (e delle « buone ragioni per riprender[n]e il filo della riflessione » con il convegno 2010): F. CERRONE, *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, in *ApertaContrada*, 5 luglio 2010, p. 1.

⁽⁷⁸⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 199.

⁽⁷⁹⁾ Del diritto, sembra sottintendersi: GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 198.

⁽⁸⁰⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 198: lo « studio storiografico » « non è in opposizione » con lo « studio scientifico » e « non [lo] esclude ».

⁽⁸¹⁾ GIULIANI, *loc. ult. cit.*

⁽⁸²⁾ Benché nelle ultimissime due o tre pagine delle *Ricerche*, la dizione « studio storiografico » prevalga (come ho detto) sulla usuale dizione « studio storico », riaffiora in qualche passaggio quest'ultima. Dopo aver parlato di studio storiografico, Giuliani precisa che « un tale studio « storico » » (la specificazione « tale » e le virgolette a

rica che « lo studio storico si [sia] interessato essenzialmente del passato, e non [abbia] piena consapevolezza della sua utilità rispetto al presente »⁽⁸³⁾. Al contrario, « uno studio storiografico »: che « ha il vantaggio di porci direttamente di fronte a una *realtà* umana e sociale »; che « ci permette di individuare gli *aspetti comuni alle varie esperienze* »⁽⁸⁴⁾ (corsivo mio).

È proprio quanto manca, a suo avviso, nel pensiero di Orestano. « Interpretando[lo] forse difformemente dalle finalità », come onestamente riconosce, Giuliani dichiara che « vi vorremmo trovare abbozzata l'idea di uno studio storiografico condotto rispetto agli strumenti del nostro presente, sulla base di una consapevolezza, di ispirazione vichiana, della identità della mente umana »⁽⁸⁵⁾.

A caratterizzare il pensiero di Giuliani — pur nel riconoscimento di un « lato *relativo* del diritto, in quanto condizionato dall'am-

“storico” segnalano che assume la espressione in senso particolare) « sarà più facilmente conseguibile » rispetto alla esperienza vissuta in prima persona (collettivamente intesa): insomma, « rispetto ad una esperienza che viviamo direttamente nel nostro presente » (GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 198). La frase, che a prima vista sembrerebbe indicare intercambiabilità fra i vocaboli storico/storiografico, suggerisce piuttosto che essi stiano a differenziare, quantomeno a precisare.

Credo che già in base agli accenni richiamati anche nel testo possa ritenersi che la qualificazione “storico” (per uno studio che non sia però « tale », non sia cioè quello appena delineato) Giuliani tenda ora a riservarla allo studio del diritto del passato. Un sostegno in tal senso può trovarsi in quanto viene detto sul diritto comparato. La raffigurazione che ne dà Ascarelli (cfr. — in GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 198 n. 12 — la citazione sul diritto comparato come « esperienza giuridica in un ambito più vasto di quello segnato dalla sovranità dei vari stati » e che « perciò permette a ciascun giurista di essere cosciente della storicità delle proprie categorie »: T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 172) viene intesa da Giuliani nel senso che « uno studio *storiografico* del diritto sia possibile con riferimento agli strumenti del presente » (si badi: « storiografico » collegato a « presente »). Contestualmente, Giuliani menziona le « molte affinità » del diritto comparato, come « studio della esperienza giuridica », con lo « studio *storico* » (GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 198 [corsivi miei]). Il segnalare affinità del diritto comparato proprio con quest'ultimo fa pensare che qui la dizione “storico” stia a connotare la diacronia: affinità di prospettive, insomma, in una comparazione a entrambi comune, rispettivamente in chiave sincronica e diacronica.

⁽⁸³⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 198.

⁽⁸⁴⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 199.

⁽⁸⁵⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 198.

biente » ⁽⁸⁶⁾ [corsivo dell'A.] — è questa idea di « identità », di permanenza. Se la « esperienza giuridica torna a riproporre sempre gli stessi problemi », si può « portar[ne] a compimento l'inventario, astrar[ne] i principi più semplici » ⁽⁸⁷⁾.

Quanti abbiano qualche dimestichezza con 'l'esperienza giuridica di Orestano' colgono i punti di differenza: a partire da questo ultimo.

Non mi dilungo perciò su cose note intorno ad essa. Dalle peculiarità delle esperienze giuridiche — rigorosamente al plurale, « in senso individualizzante » ⁽⁸⁸⁾ — sino alla loro funzione vicariale: concetti con cui operare ⁽⁸⁹⁾(e per chiarire, l'ho già ricordato, si

⁽⁸⁶⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 200. Un riconoscimento che però risulta non interamente adesivo (« se pure vi è molto di vero nelle concezioni che [lo] mettono in evidenza ») e a cui ci si affretta a contrapporre l'aspetto inverso: « non si può negare che esistono problemi identici » a cui dare risposta.

⁽⁸⁷⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 199. Cfr. anche *op. cit.*, p. 200, « nel mondo del diritto [...] vi sono fatti che si ripetono perché l'individuo [...] ha bisogni che si ripetono »: è questi « alla fin fine il protagonista del dramma della *esperienza giuridica di tutti i tempi* » [corsivo mio].

La constatazione del ripetersi di bisogni, così come della identità di problemi cui la scienza deve dare risposta (v. sopra, nota 86, citazione di p. 200), si traduce nel rimandare « ad uno studio più ampio », su cui Giuliani chiude la indagine: « lo studio storico concepito come studio dell'aspetto costitutivo dell'esperienza giuridica » (torna qui la dizione da cui aveva preso le mosse) e « pertanto identificato con lo studio filosofico » [corsivo mio]. La prospettiva del filosofo suggella la conclusione del libro.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. ORESTANO, *Della esperienza giuridica* cit., p. 1793, su « il convincimento » — generato dalla « esigenza di risolvere la *scientia iuris* nello studio dell'esperienza giuridica, intesa nella sua concreta storicità » — che « di 'esperienza giuridica' non si possa parlare al singolare, in senso universalizzante, ma se ne debba parlare al plurale, in senso individualizzante »: non quindi « in termini generali », come pure « in definitiva faceva Capograssi e con lui tanti » (Orestano stesso, « nel primo approccio »). E più avanti insiste: alla « universalità della esperienza giuridica, nel significato generale che le è attribuito, e che io stesso a lungo le ho attribuito, non riesco più a crederci, anzi mi rifiuto di crederci » (*op. cit.*, p. 1798), pur riconoscendo che « potrebbe essere gratificante e consolatorio » e non sfuggendogli « il grande fascino spirituale di una concezione a connotazione e vocazione universalistica » (ORESTANO, *Introduzione* 1987, p. 367 e p. 365).

⁽⁸⁹⁾ Sul punto, in particolare ORESTANO, *Della esperienza giuridica* cit., p. 1791, intorno a « esperienza giuridica » quale nozione e non realtà. Non è forse da sottovalutare che torni ad insistervi (« va ridetto » e « con la massima chiarezza ») in *Introduzione* 1987, p. 355: « esperienza giuridica » è « semplicemente e soltanto una 'nozione', cioè una

richiamava parlandone a quelle carte topografiche 'al vero' che rappresentano al meglio l'esistente, ma non pretendono di essere realtà) ⁽⁹⁰⁾. Nell'ultimo tornare sul tema (a poco più di un anno dalla uscita del volume, la sua scomparsa), « del dichiarare il proprio punto di partenza » ⁽⁹¹⁾ come « primo compito da affrontare » ⁽⁹²⁾ egli fa il perno per la esposizione. E la sua scelta — assumere, per convenzione e per convinzione ⁽⁹³⁾, “esperienza giuridica” come

creazione mentale e non la enunciazione di una realtà [...] ‘realmente’ esistente ». E ancora: « è una immagine rappresentativa ‘costruita’ sulla realtà » [corsivo dell’A.] — e in vista di « una conoscenza [...] che muova dalla realtà della vita e riconduca ad essa » (p. 354) — « ma non è essa stessa qualcosa di ‘reale’ ». Nell’impegno che continua a approfondire per chiarire questo profilo, sembra celarsi il timore di una commistione, seduttiva forse ma fuorviante, fra pensiero e realtà.

Se documento questi rapidi cenni con citazioni tratte (per una maggiore rispondenza) ora dall’articolo *Della esperienza giuridica* cit. ora dalla *Introduzione 1987*, per un quadro puntuale e di insieme della intera vicenda rinvio soprattutto al primo; con felice sapienza narrativa e grande onestà l’A. dà conto di tutte le connotazioni che il concetto è venuto via via assumendo in una considerazione sempre più consapevole.

⁽⁹⁰⁾ Vd. sopra nota 20. Nella scrittura, per spiegarsi richiama la natura « selettiva » che la nozione di “esperienza giuridica” ha « come qualunque altra rappresentazione »; « è il risultato di una selezione », in « una ‘realtà’ di gran lunga più articolata » di qualunque possibile analisi e perciò « suscettiva [...] di molteplici rappresentazioni » (ORESTANO, *Introduzione 1987*, p. 355). Aggiunge poi che essa, « astrazione come tante », « plasmabile », in quanto « produzione del pensiero giuridico » è « modellabile in più guise, in funzione di quanto si intenda porre in evidenza e dello scopo che ci si prefigga » (ORESTANO, *Introduzione 1987*, p. 355, ove non approfondisce la proposizione successiva: « anch’essa ha carattere ‘operativo’ e ‘conoscitivo’ ad un tempo »).

⁽⁹¹⁾ Così si intitola il par. 1 del capitolo undicesimo, « Le nozioni di ordinamento giuridico ed esperienza giuridica », in ORESTANO, *Introduzione 1987*, p. 343. Vi rifluisce (cfr. sopra nota 1) l’articolo del 1985, *Nozioni di ordinamento giuridico e di esperienza giuridica nella scienza del diritto* cit., ma si tiene conto anche del profondo ripensamento intorno alla seconda di queste nozioni: *Della esperienza giuridica* cit.

⁽⁹²⁾ Con « una precisa, direi ‘pedantesca’, determinazione »: per una « questione [...] di chiarezza », con « piena cognizione » di « implicazioni » e « conseguenze »; per la « responsabilità » connessa alla « scelta del punto di vista » (ORESTANO, *Introduzione 1987*, p. 345-346).

⁽⁹³⁾ ORESTANO, *Introduzione 1987*, p. 354 nt. 16: « è nozione che faccio mia, non solo per ‘convenzione’, ma per ‘convinzione’, rispondendo in tutto e per tutto a quanto io penso debba ritenersi per ‘diritto’ »; purtuttavia, « non è e non pretendo sia la sola impiegabile » (*op. cit.*, p. 384).

nozione per pensare il diritto ⁽⁹⁴⁾ — viene spiegata con l'essere « l'unica nozione idonea [...] a ricomprendere ogni altra » ⁽⁹⁵⁾, così da risultare un « terreno d'incontro in cui si può convenire da molteplici provenienze, con il minimo di rinunce » ⁽⁹⁶⁾.

Basti questo. Preferisco sottolineare altro.

Il giovane Giuliani individua nel pensiero di Orestano un punto che allo stesso autore allora non è ancora chiaro: « il fatto » che per Orestano « si tratta non tanto di studio della esperienza giuridica, ma di *singole* esperienze giuridiche » ⁽⁹⁷⁾ [corsivo mio]. Proprio questo, agli occhi di Giuliani, vale a « giustificazione » di Orestano contro le critiche che egli stesso gli muove ⁽⁹⁸⁾.

Quasi trent'anni dopo, Orestano racconterà il lungo cammino per rendersi consapevole di come non si dia una esperienza giuridica 'generale' (o addirittura universale) in cui si compongano esperienze giuridiche specifiche, ma che queste vadano considerate in sé: non « esperienze particolari » dunque (come le aveva a lungo chiamate), bensì — tiene a precisare — « esperienze *singole* » ⁽⁹⁹⁾ [corsivo

⁽⁹⁴⁾ In proposito, segnalo il modo in cui si spiega come « la dizione 'studio storico del diritto' » non abbia « più ragione d'essere » (e infatti la *Introduzione 1987* ha fatto cadere dal titolo l'aggettivo « storico » lasciando, come è noto, soltanto « studio del diritto romano »). Vi si arriva proprio « muovendo dalla risoluzione della nozione di diritto in quella di 'esperienza giuridica' »: « perché lo studio della esperienza giuridica non può essere altro che — in linea assolutamente primaria — uno 'studio storico' », « non, beninteso, uno studio della 'storia del diritto', ma della sua storicità » (ORESTANO, *Introduzione 1987*, p. 355).

⁽⁹⁵⁾ « Quindi può essere adottata anche soltanto per convenzione, senza entrare in conflitto con altre concezioni, dalle più ristrette alle più larghe »: ORESTANO, *Introduzione 1987*, p. 353.

⁽⁹⁶⁾ ORESTANO, *Introduzione 1987*, p. 354.

⁽⁹⁷⁾ GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 197.

⁽⁹⁸⁾ Il senso della « giustificazione » si coglie meglio nella formulazione della critica: « lo studio storico condotto con gli strumenti del nostro presente può certamente esserci di ausilio nello studio della esperienza giuridica, *ma non è studio della esperienza giuridica* » [corsivo mio]: GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 197.

⁽⁹⁹⁾ ORESTANO, *Della esperienza giuridica*, cit., pp. 1794-1796. Cfr. ORESTANO, *Introduzione 1987*, pp. 364 ss., ove intitola appunto « Le singole esperienze giuridiche » il par. 8 del cap. XI. Per scendere dalle « astrattezze — e il giurista, a voler esser tale, deve di necessità scendere — » è « sempre e unicamente con puntuale riferimento a *singole* esperienze » [corsivo dell'A.], « nella loro delimitazione spaziale e dimensione temporale », che occorre svolgere i ragionamenti (*op. ult. cit.*, p. 366 s.). Il che incide

mio]. Sul punto Orestano non ricorda il filosofo del diritto che celebriamo. Come mai? Non mi sento di fare ipotesi. Ma questa che egli considera conquista relativamente recente è proprio la connotazione del suo pensiero che Giuliani aveva saputo — da subito! — riconoscere, esprimere.

E il silenzio di Orestano di cui ho prima detto? Forse (è una domanda che mi pongo, faccio una fantasia), constatare sul tema una diversità di posizioni non facili da ricomporre fa preferire a Orestano di non sottolinearla: proprio per il rispetto profondo verso quegli che professa l'altra. Rileggendo Orestano per questa specifica occasione, nella discussione di alcune problematiche mi ha suggestionato il pensiero che quale interlocutore, anonimo, vi si potesse celare appunto Alessandro Giuliani.

Fra le due posizioni, non credo interessi a quale vada la mia preferenza.

Posso trarmi d'impaccio con la "previsione", forse fin troppo facile, di Orestano. Se "esperienza giuridica" è « nozione [...] fra le tante possibili »⁽¹⁰⁰⁾, « giorno verrà in cui non se [ne] parlerà più », « in cui si useranno altre forme e altri schemi di rappresentazione, si opereranno altre concettualizzazioni »⁽¹⁰¹⁾. Difficile piuttosto è prevedere quando e come si cambierà. Impossibile, almeno per me, ipotizzare la nuova categoria che finirà con emergerne.

sugli stessi "valori costitutivi", ché « ogni 'esperienza giuridica' ha i suoi » ed « è proprio questo mutamento di 'valori', questa sostituzione di alcuni valori ad altri » a determinare « il passaggio da una 'esperienza' a un'altra » (ORESTANO, *Della esperienza giuridica* cit., p. 1822).

Sulla nozione di « complessi di esperienze », che rappresenta una questione a sé (forse non compiutamente elaborata), si veda ORESTANO, *Introduzione 1987*, pp. 387 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ « Spogliata di valore ontologico », mostra essa stessa « una sua storicità »: ORESTANO, *Introduzione 1987*, p. 384.

⁽¹⁰¹⁾ ORESTANO, *Della esperienza giuridica* cit., p. 1826 s. Pure, nonostante tale consapevolezza, egli stesso sembra restar legato alla suggestione di questa idea — di cui si professa « tuttora innamorato » (*op. cit.*, p. 1768), « non meno innamorato di prima », e che anzi, liberata da « implicazioni mistiche e universaleggianti », lo « attrae e gli piace sempre di più » (*op. cit.*, p. 1798) — quando conclude « Ma per me, saranno pur queste 'esperienze giuridiche', nuove esperienze dell'esperienza » (*op. cit.*, p. 1827).

PAOLO CAPPELLINI
L'ERMENEUTICA SULLA LUNA.
OVVERO COME STA CAMBIANDO
IL NOSTRO CONCETTO DI INTERPRETAZIONE

La buona notizia è che l'occidente è prossimo alla fine.
La cattiva notizia è che anche l'America mostra gli
stessi sintomi.

MARK STEYN

Il celebre matematico piemontese Giuseppe Peano (1858-1932), nel dare alle stampe un suo contributo sulla definizione dei numeri irrazionali secondo Euclide, riteneva di doverlo corredare di una premessa esplicativa a beneficio del lettore sul mezzo di comunicazione prescelto; una premessa che merita riportare: “Il presente articolo è scritto in Interlingua; e così il lettore può farsi un'idea del movimento, accentuatosi in questi ultimi anni, in favore della lingua internazionale. Sonvi più specie di Interlingua, con varii nomi; tutti basati su grammatica minima, e sul vocabolario oggi internazionale.. Alcuni giornali matematici, quali *L'Enseignement mathématique* di Ginevra, e il *Mathesis* di Gand, ed altri italiani, cominciano a farne uso. L'Interlingua qui usata è il “latino sine flexione”. Le sue regole risultano evidenti a chi avrà la pazienza di leggerne una pagina. Per ulteriori spiegazioni, vedasi il mio *Vocabulario commune*, 2^a ediz. 1915” (1).

L'anno della pubblicazione della nota è lo stesso 1915: le tempeste d'acciaio del primo sconvolgimento bellico mondiale si sarebbero incaricate di spazzar via, aprendo a nuovi equilibri mondiali, e quindi, del tutto coerentemente, a nuove egemonie culturali

(1) G. PEANO, *Definizione de numeros irrationale secundo Euclide*, in *Bollettino di Mathesis*, Anno 1915, p. 31.

e linguistiche, la generosa illusione 'internazionalistica' e 'cosmopolita'.

Le smentite della storia — che, come l'ermeneutica, è essenzialmente plurale — di contro all'utopia ricorrente di una lingua (e di una società, e di un diritto) universale, perfetta, trasparente, assolutamente chiara ed intelligibile a tutti, senza bisogno dell'intermediazione degli interpreti (rispetto alla quale resterebbe tutto da approfondire il ruolo della teologia protestante); un'utopia che ha anch'essa dalla sua una lunga storia, dalla Pansofia umanistica, alla *Mathesis universalis*, al sogno illuministico di un diritto espressione dei soli Lumi della Ragione, alla Pace perpetua di kantiana memoria, e via continuando.

Del resto, appunto, anche nel campo più strettamente giuridico non è difficile trovare tracce di questa impostazione di fondo, corrispondente ad un ben specifico "mainstream of international jurisprudence", che potremmo definire di 'ottimismo universalistico' (o, ancor meglio e più precisamente, con Carl Schmitt, di "falso universalismo").

Così l'Hersch Lauterpacht (1894-1960) citato da Koskenniemi, influente professore di International Law alla Cambridge University, in un discorso al Royal Institute of International Affairs, Chatam House a Londra, trovava pur sempre ragioni per riaffermare il suo credo — a suo avviso 'positiv(istic)o' e antimetafisico — in una unità cosmopolita del mondo che non poteva non tradursi nell'assicurazione di una "rule of law" liberale e universale: "The disunity of the modern world is a fact; but so, in a truer sense, is its unity. Th[e] essential and manifold solidarity, coupled with the necessity of securing the rule of law and the elimination of war, constitutes a harmony of interests which has a basis more real and tangible than the illusions of the sentimentalist or the hypocrisy of those satisfied with the existing *status quo*. The ultimate harmony of interests which within the State finds expression in the elimination of private violence is not a misleading invention of nineteenth century liberalism."

Tutto ciò, questa volta, nel 1941, in piena Seconda Guerra Mondiale, proprio quando iniziavano, con l'attacco a Coventry, i bombardamenti tedeschi sull'Inghilterra e in Polonia alcuni membri

della sua famiglia venivano rinchiusi nel ghetto e successivamente uccisi (2).

Nel secondo dopoguerra questa tipologia di pensiero ha certamente tentato — dopo la non felice esperienza della Società delle Nazioni — di tradursi in istituzioni giuridiche internazionali rinnovate, ma, come le Nazioni Unite, sempre “indebolite dal disaccordo e dai taciti compromessi tra i Grandi” (3), e, in sostanza, in una partnership mondiale euro-statunitense di carattere pragmatico, caratterizzata però da un’accentuazione tutta ‘puritana’ dell’ideologia “del mercato libero come segno assoluto della identificazione democratica” (4).

Tuttavia è solo in questi ultimi decenni che l’impostazione neo-liberale ha trovato (anche sul piano giuridico) una parola d’ordine epocale — non per caso quasi subito sintomaticamente coniugata contro le smentite della storia (“la fine della storia”), salvo poi ad affrettarsi, di fronte ad una nuova e tragica, a far cadere quel ‘legame’ — una parola d’ordine, parola-mito, capace non veramente di ‘ordinare’, ma sì piuttosto di (cercare non disinteressatamente di) indirizzare la crisi ritenuta ormai irreversibile dello Stato (sociale) moderno.

Quando ci riferiamo agli ultimi decenni, lo facciamo a ragion veduta: la ‘descrizione’ del fenomeno che quella ‘parola’ passerà fortunatamente a designare (in parte reinventandolo) è infatti (e poteva oggettivamente essere) ben precedente.

Così già nel 1928 c’era chi, non si saprebbe dire se più realisticamente o profeticamente, osservava: “Alcuni hanno timore della potenza enorme che ha acquistato e acquista sempre più il capitalismo internazionale che *superando confini statali e limiti geografici, viene quasi a costituire uno stato nello Stato* (...). È evidente che più si allarga la cerchia degli scambi economici, più intenso diviene il ritmo della produzione, più si sviluppano le imprese industriali e gli

(2) Cfr. MARTTI KOSKENNIEMI, *International Law as Political Theology: How to Read Nomos der Erde?*, in *Constellations*, Volume 11, No 4, 2004, pp. 502-504.

(3) Cfr. soprattutto L. STURZO, *Opere Scelte*, VI, *La Comunità internazionale e il diritto di guerra con una scelta degli articoli sul secondo conflitto mondiale* a cura di Gabriele De Rosa, Bari, Laterza, 1992, *Anche in politica non durano l’equivoco, la menzogna, l’inganno* (1946), pp. 120-129; L’ONU e il diritto di guerra (1954), pp. 133-137.

(4) G. DE ROSA, *Introduzione a L. Sturzo, Opere Scelte*, VI, *La Comunità internazionale e il diritto di guerra*, cit., n. 32, p. XXXIII.

istituti bancari, più si allarga la vita politica che non può non rispecchiare la vita economica (...). Contro l'allargamento delle frontiere economiche dai singoli stati ai continenti, insorgono piccoli e grandi interessi nazionali; ma il movimento è incoercibile; *l'estensione dei confini economici precederà quella dei confini politici*. Chi non sente ciò è fuori dalla realtà." (5).

Insomma che "l'ideale dell'unità globale del mondo in un perfetto funzionamento ha relazione con l'attuale pensiero tecnico-industriale", così come che questo ideale tecnico non potesse essere confuso con quello cristiano, posto che "lo sviluppo tecnico produce necessariamente organizzazioni e centralizzazioni sempre maggiori, e si potrebbe dire che oggi il destino del mondo è la tecnica, più che la politica, *la tecnica come processo irresistibile di centralizzazione assoluta*" (6), era riflessione che, pur non avendo trovato ancora la sua sintesi in uno slogan, aveva già percorso una lunga strada.

E non casualmente tale riflessione, dominata dalla visione tecnico-industrial-finanziaria dell'unità del mondo, trovava, appena pochi anni dopo, nuovamente uno dei suoi ambienti più favorevoli di coltura nel mondo anglosassone, quando cioè, appunto nel 1932, viene proclamata la c.d. "dottrina Stimson", dal nome dell'allora ministro degli Affari Esteri americano Henry L. Stimson. La tesi paninterventista venne poi, in una conferenza del 9 giugno del 1941, più compiutamente precisata dal suo stesso autore, "usando parole che costituiscono un vero credo della nuova unità del mondo", ed affermando senza mezzi termini che "la terra, oggi, non è più grande degli Stati Uniti nel 1861, già troppo piccoli per l'antagonismo tra Stati del Nord e Stati del Sud: la terra è troppo piccola (...) per due sistemi contrapposti" (7).

Per rendere però compiutamente conto della forza d'urto, della capacità di pressione e di configurazione che una tale *parola-mito* — una volta individuata a 'nominare' (ovvero più a creare che a

(5) Ancora L. STURZO, *La Comunità internazionale e il diritto di guerra* (I ed., Londra, 1929), cit. secondo G. DE ROSA, *Introduzione*, cit., pp. XIII-XIV.

(6) Così lucidamente C. SCHMITT, *L'unità del mondo* (1951), in ID., *L'unità del mondo e altri saggi. Introduzione e nota bibliografica di Alessandro Campi*, Roma, Antonio Pellicani Editore, 1994, p. 304.

(7) C. SCHMITT, *L'unità del mondo*, cit., p. 306.

sintetizzare) quanto sparsamente si stava facendo strada nelle menti dei più acuti tra gli osservatori — può esercitare sull'immaginario del giurista interprete — e prima di scendere all'analisi di quello che a noi sembra il suo principale effetto sulla nozione stessa di interpretazione, come s'era venuta a configurare nella tradizione continentale, e non solo — vorremmo servirci come d'esempio di una vicenda culturale forse straniante, ma appunto perciò, nel suo parallelismo metaforico, capace più di molte parole di far percepire il vero e proprio shock indotto da questo rivolgimento, da questa sfida: l'ermeneutica sulla luna del titolo, insomma.

Vogliamo alludere ad una discussione europea (e quindi anche italiana) ormai largamente dimenticata, svoltasi lungo tutto il corso del XIX secolo e inaugurata dalla pubblicazione di quello che si rivelerà poi un singolare apocrifo, relativo “alle scoperte nel mondo della luna”. Dalla pretesa traduzione francese dell'originale inglese attribuito a due celebri scienziati — all'astronomo di origine hannoverana, ma vissuto in Inghilterra dal 1755, sir Frederik William Herschel (1738-1822), scopritore del pianeta Urano nel 1781, nonché autore della prima teoria sulla struttura della Via Lattea e a suo figlio John — viene data infatti anonima alle stampe a Milano nel 1836, per i tipi dell'editore Sonzogno, la *Pubblicazione completa delle nuove scoperte fatte nel mondo della luna*; il testo attribuisce all'illustre astronomo, pur nella consapevolezza delle “contrarietà che le sue scoperte avrebbero incontrato nell'umore de' suoi contemporanei”, la verifica sperimentale, osservativa, mediante la costruzione al Capo di Buona Speranza “di un telescopio così mostruoso, quanto l'uso cui destinatasi, non mai visto ancora”, non solo, cosa di cui si discuteva come ipotesi anche in relazione al passato remotissimo, “della natura abitabile della luna”, ma della vera e propria esistenza di creature intelligenti; fino a specificare le “Razze lunari” (tra le quali “due razze degli *andro-seleniti*”), la loro fisiologia, usi, costumi guerre e religioni: tale pubblicazione non rese solo “l'Italia nostra piena del rumore delle scoperte nel mondo della luna”, ma diede la stura ad una lunga serie di interventi (8).

(8) Il testo viene qui citato secondo la restituzione che ne vien fatta in L. ISNARDI, *La Verità comparata coll'ipotesi della pluralità dei mondi*, Capolago, Cantone Ticino, Tipografia e Libreria Elvetica, 1840, pp. 21-56. Ma si ricordino inoltre, tra gli altri, Rev.

Il motivo non era difficile da individuare. Si trattava infatti di rispondere alla sfida radicale che tali scoperte o ipotesi sulla pluralità dei mondi abitati — non importa se poi rivelatesi, nel caso specifico (ma non per caso), fantasie scientistico-positiviste, quasi lontane antenate della moderna science-fiction — portavano frontalmente alla tradizione dell'ermeneutica biblica e alle verità di fede centrali del cristianesimo come storicamente rivelate, ovvero alla dottrina del peccato originale e della Redenzione: "(...) soliti i moderni pensatori a confondere insieme il lume naturale di ragione, ed il soprannaturale di rivelazione e di fede, natura e religione, e quindi verità ed errore, tutta la malizia appalesano cui intendono, con un ammasso di tante ipotesi, con maligno sorriso dirigendo questa inchiesta; in quei mondi, e per quelle creature intelligenti, vi sarà stato un Adamo che, prevaricando, tratto le abbia in quell'abisso di mali nel quale noi siamo immersi? E fatti quei mondi teatro di disordini, di delitti e di morte, vi venne anche a loro salvamento un qualche celeste liberatore?" (9).

Le "objections astronomiques contre le dogme de la Rédemption" (10) avevano in realtà — al di là delle forze intellettuali, peraltro non del tutto disprezzabili, anche se tengono talora più del Cyrano degli *Stati e Imperi sulla luna*, che non dello 'scientifico' Jules Verne, del poi smascherato Nicolet, autore almeno delle più 'stranianti' osservazioni attribuite ad Herschel (11) —, oltre a lontane ascendenze bruniane, a ben guardare un archetipo più che illustre.

Il "maligno sorriso" era infatti lo stesso che pervadeva la prefazione di Bernard Le Bovier de Fontenelle (1657-1757) alle sue *Entretiens sur la Pluralité des Mondes* (12), e che lo spingeva provo-

WHEWELL, *On the Plurality of Worlds*, London, 1853; PROCTOR, *Other worlds than ours*, London, 1870; L'ABBÉ L.M. PIOGER, *Le Dogme Chrétien et la pluralité des mondes habités*, Paris, 1874.

(9) L. ISNARDI, *La Verità comparata coll'ipotesi della pluralità dei mondi*, cit., p. 142.

(10) L'ABBÉ L.M. PIOGER, *Le Dogme Chrétien et la pluralité des mondes habités*, cit., p. 416 ss.

(11) L. ISNARDI, *La Verità comparata coll'ipotesi della pluralità dei mondi*, cit., specialmente p. 193 ss.

(12) L'edizione qui usata è *Entretiens sur la Pluralité des Mondes augmentés des Dialogues des Morts*, Par M. De Fontenelle, de l'Académie Française. Nouvelle Édition, A Marseille, Chez Jean Mossy, Imprimeur du Roi, de la Marine, et Libraire, au Parc,

catoriamente, da uno dei più tipici esponenti dell'illuminismo enciclopedista qual era, a supporre (nella *Seconde Soir. Que la Lune est une Terre Habitée*) che infine se non vi fosse mai stato “commerce entre Paris et Saint-Denis, et qu'un bourgeois de Paris, qui ne sera jamais sorti de sa ville, soit sur le tours de Notre Dame, et voie Saint-Denis loin; on lui demandera s'il croit que Saint-Denis soit habité comme Paris: Il répondra hardiment que non; car, dira-t-il, je vois bien les habitans de Paris, mais ceux de Saint-Denis, je ne les vois point, on n'en a jamais entendu parler.

Il y aura quelqu'un qui lui représentera, qu'à la vérité, quand on est sur les tours de Notre Dame, on ne voit pas les habitans de Saint-Denis, mais que l'éloignement en est cause; que tout ce qu'on peut voir de Saint-Denis ressemble fort à Paris; que Saint-Denis a des clochers, des maisons, des murailles, et qu'il pourroit bien encore ressembler à Paris pour être habité. Tout cela ne gagnera rien sur mon bourgeois, il s'obstinera toujours à soutenir que Saint-Denis n'est point habité, puisqu'il n'y voit personne. *Notre Saint-Denis c'est la lune, et chacun de nous est ce bourgeois de Paris, qui n'est jamais fort de sa ville*” (13).

Lasciando per ora impregiudicata la strategia di riadattamento interpretativo delle 'verità tradizionali' dell'ermeneutica cristiana, ci sembra di poter affermare che l'effetto di 'spiazzamento' (o, con espressioni che fanno parte ormai del vocabolario medesimo che dalla parola-mito deriva, di 'deterritorializzazione', 'dislocazione', 'delocalizzazione'), lo shock di fronte alla sfida inaudita, sia della stessa natura di quello che esercita — al suo apparire, ma ancor oggi immutato — il termine, che alla luce di quanto appena ripercorso ci verrebbe fatto di definire 'lunare', di 'globalizzazione'.

MDCCLXXX, Préface, p. X: “L'objection roule donc toute entiere sur les hommes de la Lune; mais ce sont ceux qui la font, à qui il plaît de mettre des hommes dans la Lune. Moi, je n'en mets point; j'y mets des habitans qui ne sont point du tout des hommes. Que sont-ils donc? Je ne les ai point vus, ce n'est pas pour les avoir vus que j'en parle...”

(13) M. DE FONTENELLE, *Entretiens sur la Pluralité des Mondes*, cit., p. 34 (corsivo nostro).

E che lo eserciti sui più diversi piani, non crediamo abbisogni di specifiche dimostrazioni ⁽¹⁴⁾.

Si tratta adesso di delineare, per brevi tratti, i caratteri essenziali del suo impatto incoativo sulla teoria e pratica dell'ermeneutica giuridica degli ultimi anni, cercando di individuarne il *medium* privilegiato ed il suo senso di movimento.

Esso andrà colto anche andando al di là di alcune evidenze, pure rilevanti, che rischiano tuttavia di far distogliere lo sguardo dal momento più profondamente significativo di tale 'tentativo' di influenza: e possiamo anticipare che esso coinvolge direttamente anche il concetto stesso (tradizionale) di democrazia ⁽¹⁵⁾.

Una di queste evidenze, del resto conforme all'instaurarsi nel secondo dopoguerra della forma originaria dello Stato Costituzionale, a fronte delle tragiche esperienze di 'diritto ingiusto', a suo tempo in modo definitivo analizzate da G. Radbruch, è certamente la progressiva emersione di una sempre più decisa critica ai capisaldi concettuali del positivismo giuridico ⁽¹⁶⁾: l'affermarsi cioè di una

⁽¹⁴⁾ Cfr. almeno J.R. GARCÍA MENÉNDEZ (Coord.), *En la Encrucijada del Neoliberalismo. Retos, opciones, respuestas*, Madrid, IEPALA Editorial, 2000; in particolare ROBERT N. GWYNNE, *El futuro del neoliberalismo en el siglo XXI: implicación para Latinoamérica*, pp. 495 ss.e J.R. GARCÍA MENÉNDEZ, *El desafío neoliberal: Entre el sofisma científico y la fascinación comunicativa*, pp. 513 ss. Inoltre M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2003; ID., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002.

⁽¹⁵⁾ Questo aspetto — definito forse non del tutto propriamente come 'crisi della democrazia nell'epoca globale' — è stato, forse paradossalmente (come diremo), colto e analizzato da A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

⁽¹⁶⁾ In relazione al «conteggio» dei «positivismi giuridici», che talvolta si tiene (cfr. R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 2, pp. 1373-1383, il quale si attiene ai «tre» di Norberto Bobbio), concordiamo con l'opinione dello stesso autore criticato che lo ritiene «sicuramente errato per difetto»; A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 4, pp. 3251 ss., da noi utilizzato nella versione on-line in www.rivistaaic.it (21 novembre 2007). La contro-risposta di Baldassarre infatti suona così:

“Sono sicuro che Guastini mi concederà (del resto, lo lascia intendere nella sua critica) che, pur essendo tanti i giuspositivismi, tuttavia tutte le teorie, che al positivismo giuridico (esclusivista) si richiamano, hanno dei tratti fondamentali comuni, in base ai quali ognuno dei sostenitori delle proprie teorie può dirsi «giuspositivista». Mi sembra di poter

posizione, definibile come non oggettualistica (o non positivista) “secondo cui il diritto consiste principalmente in un insieme (non di regole, ma) di attività di carattere interpretativo.” (17).

Insomma si giunge spesso a ritenere che le idee ‘chiare e distinte’, le distinzioni — ovvero quella tra casi facili (so-called easy cases), che possono essere risolti mediante rigorosa applicazione della legge, e casi difficili (so-called hard cases) che invece non lo possono; “quella tra “diritto com’è” e “diritto come deve essere”, e quella della distinzione tra la pratica di applicare il diritto (activity of applying the law), consistente nel seguire le regole direttamente, e le attività di produzione di nuovo diritto (activity of creating the law), ossia la prassi interpretativa e quella argomentativa (18) — le distinzioni, dicevamo, che il positivismo utilizza in concatenazione per arrivare a negare la tesi per lui più pericolosa, cioè “the view that law is always subject to interpretation”, ormai non tengano più.

E sarà certamente significativo che molti dei principali sosteni-

dire con relativa sicurezza — derivante anche dalle analisi in materia di Hart e di Bobbio — che tali tratti sono i seguenti:

a) il diritto (oggettivo) è « posto » da una Volontà (se no, perché chiamarlo « positivismo »?), nel senso che è il prodotto di un « potere » o di un’ autorità, ossia è un *atto di volontà* di un *sovrano* preconstituito (ora soggettivizzato, come lo Stato, la Nazione, il Popolo o altro Soggetto politico; ora oggettivizzato nell’ordinamento normativo, sia quello nazionale o internazionale, sia l’una o l’altra delle « norme fondamentali » che si impongono « di fatto »);

b) il diritto (oggettivo) consiste in *norme assistite da una sanzione* (istituzionalizzata), vale a dire consiste in *norme coattive*;

c) l’applicazione del diritto (norma, legge) è il frutto di una *deduzione logica*, di modo che la decisione di un caso (controversia) è sempre la conclusione di un « sillogismo deduttivo (o sussuntivo) », derivante da una scelta (valutazione) interamente ascrivibile al « legislatore », ossia alla « volontà » di chi ha posto la norma considerata (sovrano).

Ebbene, proprio questi tratti comuni ad ogni approccio giuspositivista (esclusivista), dopo un’agonia iniziata all’inizio del secolo XX (testimoniata dai grandi giuristi tedeschi degli anni ’20 e ’30, come Carl Schmitt, Rudolf Smend, Hermann Heller e lo stesso Hans Kelsen), si sono dissolti nella vita pratica del diritto costituzionale dell’ultimo cinquantennio (in Europa).

(17) S. BERTEA, *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli (Catanzaro), Rubbettino, 2002, p. 258.

(18) S. BERTEA, *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*, cit., p. 262, con riferimento all’importante A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1992.

tori di tali critiche, ai quali ci si rivolge anche al di qua dell'Oceano, appartengano al mondo di *common law*, spesso nella sua versione americana (19).

Ma non è ancora questo il punto. Come non lo è, forse, neppure la sottolineatura — dovuta al diffondersi della consapevolezza ermeneutica che fa del giurista chiamato a 'concretizzare' i precetti normativi in primo luogo l'appartenente ad una concreta 'comunità degli interpreti' (20), che procede, a sua volta, secondo una determinata tradizione trasmessa — che il baluardo della "lettera" della legge non possa più essere pensato al di fuori di "un progressivo slittamento da una concezione letterale (testuale) ad una concezione contestuale del significato" (21). Essa fa allora sì che il significato letterale possa essere configurato "come significato che le parole hanno nell'uso di una comunità di parlanti, come significato comunemente accettato" (22).

Si tratta anche in questo caso di una forte, anche se non forse definitiva, demitizzazione di un orizzonte di senso caro al positivismo classico nelle sue versioni escludiviste: "L'insufficienza del dato testuale, derivante, tra l'altro, dalla trama aperta della sua formulazione e dal riferimento ad atti e eventi che mutano nel tempo, mostra l'illusione di poter catturare e incorporare nella scrittura significati univoci e stabili e del conseguente riferimento a tecniche interpretative che presuppongono una norma 'racchiusa' nel testo e che può essere lì scoperta" (23).

Così non solo "il significato letterale si pone dunque come

(19) Si veda ad es. la critica di Fuller alla versione hartiana di giuspositivismo, dalla quale Marmor (partendo però da Wittgenstein) prende le mosse per riaffermare la 'tenuta' del modello; L. FULLER, *Positivism and the Fidelity of Law — a Reply to Professor Hart*, in *Harvard Law Review*, 1958, pp. 630-672.

(20) Cfr. E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 191-195. Su tutta la questione è imprescindibile il rinvio a F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

(21) B. PASTORE, *La funzione dell'interpretazione letterale*, in *Annali dell'Università di Ferrara-Scienze Giuridiche. Nuova Serie*, vol. XVI (2002), pp. 37-48; 39.

(22) B. PASTORE, *La funzione dell'interpretazione letterale*, cit., p. 40 e vedi C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 208 ss.

(23) B. PASTORE, *La funzione dell'interpretazione letterale*, cit., p. 42.

costruzione interpretativa”, ma la stessa “chiarezza, pertanto, non può essere raggiunta assumendo l’accezione grammaticale della parola. È solo il processo interpretativo che può dirci se un testo è chiaro o oscuro. *La chiarezza è un risultato dell’interpretazione*. È un risultato che può essere conseguito interrogando il testo con una domanda relativa al caso da risolvere, entro i vari contesti di riferimento della pratica interpretativa. L’interprete chiede al testo una risposta riguardo agli interrogativi con cui lo consulta, usando gli schemi di comprensione della tradizione dogmatica, dell’esperienza dottrinale e giurisprudenziale precedente” (24).

Una prospettiva questa che rispecchia il fenomeno di una fuoriuscita controllata, agevolata anche dal ricorso all’argomento costituzionale nell’ermeneutica e nella dogmatica dei privatisti italiani, dall’esegesi restrittiva postulata dalla vecchia impostazione codicistica moderna, che trovava, tra l’altro, ancora le sue propaggini nell’art.12 delle preleggi del codice civile del 1942 (25). Né si potrebbe dimenticare come la prospettiva ermeneutica sia stata invocata ed abbia avuto una funzione da svolgere nei confronti del problema di una ulteriore e difficile fuoriuscita, ben lungi dall’essersi compiutamente realizzata: quella dall’emergenza, non solo giudiziaria, risultante dalla inflazione della legislazione c.d speciale (26).

Tuttavia l’erosione del positivismo che queste evidenze — e le molte altre che avendo più tempo si potrebbero elencare — dell’evoluzione delle discussioni sul tema mettono in luce, come anche il susseguirsi dei tentativi di sviluppare un diritto ‘post-moderno’,

(24) B. PASTORE, *La funzione dell’interpretazione letterale*, cit., p. 41 e 43. Vale la pena ricordare, come fa meritoriamente Alessandro Oddi (cfr. *infra*, sub nt. 48), la magistrale formulazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 109 del 1989 che aveva come redattore, non per caso, Luigi Mengoni. “la lettera della legge segna un limite invalicabile delle possibilità di interpretazione; l’interpretazione antiletterale è ammissibile solo quando sia evidente, alla stregua dell’interpretazione storica e/o logico sistematica, che il legislatore è caduto in un errore di linguaggio o in una *falsa demonstratio*”.

(25) U. BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Rivista critica del diritto privato*, II, 1984, pp. 695 ss.; P. PERLINGIERI, *L’interpretazione della legge come sistematica e assiologia. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell’art. 12 dis. prel. c.c. e la nuova scuola dell’esegesi*, in *Rassegna del diritto civile*, VI, 1985, pp. 998-1006.

(26) P. PERLINGIERI, *L’uscita dall’emergenza e giustizia civile*, in *Legalità e Giustizia*, 4, 1985, 1162-1174.

sono sì segni dei tempi; rivestono però un carattere che a noi appare ancora largamente intra-sistematico e, anche se in senso alto, in qualche modo tecnicistico.

Il rovesciamento invece che la globalizzazione postula, anche su questo piano, ha un carattere assai più radicale, che vorremmo far emergere definendolo un rovesciamento *geopolitico*.

Un movimento infatti che invoca non solo, come accennato, la 'fine della storia', ma proclama altresì la "morte della geografia" (Paul Virilio), avanza come postulato la presenza di una *tendenza ormai generale verso un diritto non più fondato sulla terra, la localizzazione e un diritto* — erede dello Jus Publicum Europaeum di matrice cristiana — *volto al controllo e alla neutralizzazione dei conflitti tra potenze sovrane statuali, ma costruito invece sulle libertà, i diritti umani e le autonomie*, quasi si fosse ormai in presenza di un primato di una società civile 'mondiale' (27): secondo la recente felice sintesi di M.R. Ferrarese, un vero e proprio "diritto sconfinato" (28).

Lo strumento, il *medium* allora necessario, sul nostro piano, per realizzare quel disegno complessivo, viene a formarsi sotto i nostri occhi. Esso consiste in quello che non per niente può definirsi "un giovane *ismo* fortunato" (29).

Alludiamo a quella che non per caso si presenta come una nuova teoria del diritto e della interpretazione: il c.d. *neocostituzionalismo*.

Tale impostazione — che poi presenta variegate sfumature nei diversi contesti — si vuole differenziare dal costituzionalismo tradizionale, da intendersi, secondo la sua vocazione originaria, come

(27) In questo senso, forte della sua esperienza d'oltreoceano negli anni dell'esilio, si esprimeva già nel 1954 L. STURZO, cfr. G. DE ROSA, *Introduzione*, cit., p. XXXVI.

(28) M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006. Cfr. anche C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003. S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo stato*, Torino, Einaudi, 2009.

(29) S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 2, pp. 405-407. M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in *Costituzionalismo.it* (23/11/2010), pp. 1-16. Su tutta la questione da ultimo interessanti (ma anche meritevoli di discussione) notazioni in T. FRANZA, *Il Neocostituzionalismo e l'ipotesi della dichiarazione d'incostituzionalità di norme costituzionali*, Tesi di Laurea, Università degli Studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza (relatore Luigi Lombardi Vallauri), a.a 2010-2011.

“dottrina della limitazione giuridica del potere”⁽³⁰⁾, soprattutto perchè si fonda su di un sostanziale congedo dalla sovranità, della quale vengono dati come irreversibili i processi di frammentazione e opacizzazione, imputabili appunto alla onnipresente globalizzazione: “Se oggi ci ponessimo la domanda « chi è il sovrano? » risulterebbe difficile rispondere con un solo nome o con una pluralità di nomi predeterminabili *ex-ante*. La nascita del « diritto globale » ha squarciato il velo di ipocrisia (= ideologia) che copriva tali questioni. Oggi il diritto non è più riconducibile, quanto alla sua produzione, a uno o più « superiori » (foss’anche, kelsenianamente, l’ordinamento giuridico internazionale). Il diritto (costituzionale) è attualmente la *risultante discorsiva (ex-post) di una pluralità di apporti*, alcuni dei quali provengono da strutture istituzionalizzate, democratiche e non (Stati, organizzazioni internazionali, legislatori istituzionali, etc.), e altri dagli stessi attori giuridici (istituzionali e non) nell’esercizio della loro libertà di determinazione dei principi fondamentali e di conformazione dei rapporti intersoggettivi.”⁽³¹⁾.

In altri termini “se il costituzionalismo offriva come validi strumenti di contenimento la teoria della separazione dei poteri, i *checks and balance*, le dichiarazioni dei diritti di libertà; il neocostituzionalismo concentra invece l’attenzione sul contenuto e sulla forte connotazione etica dei postulati costituzionali, *con l’aspirazione a sollecitare al massimo l’implementazione dei diritti umani*”⁽³²⁾.

Non per nulla si è potuto parlare di *rimaterializzazione e straripamento* costituzionali⁽³³⁾; si affermano una pluralità di prassi giurisprudenziali e di misure istituzionali che ‘stressano’ i diritti fondamentali, andando ben al di là della loro *protezione*, e che, grazie alla finalità della *massima e più compiuta tutela* si assumono invece, sia implicitamente, sia talvolta più direttamente — in particolare, per fare un solo esempio, in relazione al valore della dignità

⁽³⁰⁾ Charles H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di Nicola Matteucci, Bologna, 1990. Cfr. altresì N. MATTEUCCI, *Breve storia del costituzionalismo* (1964). Introduzione di C. Galli, Brescia, Morcelliana, 2010.

⁽³¹⁾ A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, cit.

⁽³²⁾ T. FRANZA, *Il Neocostituzionalismo e l’ipotesi della dichiarazione d’incostituzionalità di norme costituzionali*, cit., p. 3.

⁽³³⁾ L. PRIETO SANCHEZ, *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, in *Ragion pratica*, 18(2002), pp. 169-200, 175.

della persona, ormai assunto ad argomento mitico, a vero e proprio *knock-down argument* ⁽³⁴⁾, e dell'ancor più ambiguo e scivoloso argomento della "vita umanamente dignitosa" ⁽³⁵⁾ — il compito di realizzare (creativamente, mediante il 'bilanciamento' e la 'pondera-

⁽³⁴⁾ W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali: L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, X, pp. 125 ss.

G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Rivista di diritto civile*, XCLVIII (2002), II, pp. 823 ss.

⁽³⁵⁾ Si veda la lucidissima analisi nettamente critica che, da un punto di vista assolutamente 'laico' (ovvero di non contrarietà di principio rispetto al tema coinvolto), viene svolta da U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009, p. 40, n. 148 e p. 122, n. 15 rispetto alla sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007 della Corte di Cassazione italiana rispetto alla richiesta di interruzione di quel trattamento terapeutico o di alimentazione che tenga in vita 'artificialmente' un malato in c.d. coma irreversibile (molte altre accezioni possono essere infatti usate, e lo sono, dagli stessi medici), o comunque, di un malato che non sia più in grado di esprimere la propria volontà sul punto (caso di Eluana Englaro, che replica, forse come caso 'pilota', un'analogia tragica vicenda decisa dalle Corti statunitensi, quella di Terry Schiavo). E tale critica — anche se svolta a partire da un punto di vista in apparenza 'legalistico' — coglie *dinamicamente* proprio il punto che cerchiamo di sottolineare nel testo: "Non è questa l'occasione per valutare nel merito le minuziose prescrizioni tecniche che i giudici hanno formulato per assicurare a Eluana "un esito naturale". Vi è piuttosto da sottolineare che qui l'attività di supplenza della magistratura, pur a fronte di un legislatore colpevolissimo di omissione, suscita forti, fortissime perplessità sul piano istituzionale. Il diritto italiano ha come sua fonte esclusiva la legge e, a differenza dei sistemi anglosassoni, nega al giudice ogni creatività *almeno quanto al dato normativo di base*: appunto "i giudici sono soggetti soltanto alla legge" recita l'art. 101 della Costituzione italiana. E allora dov'è la legge che i giudici hanno applicato nella vicenda di Eluana? Non c'è; anzi, ve ne sono altre che potrebbero essere interpretate nel senso di consentire la qualificazione quale reato dell'attività che condurrà Eluana alla morte. Nei paesi in cui è ammesso il testamento biologico la volontà (le cosiddette direttive anticipate) deve essere espressa formalmente attraverso un'apposita scrittura, spesso conservata in una banca dati elettronica; i nostri giudici invece si sono accontentati, *chissà perché*, di molto meno, di una testimonianza orale resa da un terzo sull'idea che Eluana avrebbe avuto, prima di cadere nell'inconscienza, di dignità della persona ove essa si fosse venuta a trovare in uno stato vegetativo irreversibile. Una giurisprudenza del genere è intrinsecamente pericolosa perché verrebbe a collocare il nostro diritto su di una posizione oltranzista per la quale sarebbe sufficiente manifestare la propria opinione sul punto, a un amico, a un genitore, magari guardando la televisione, per consentire ai giudici, uno sventurato giorno, di operare la trasformazione di un discorso come tanti in un testamento biologico cui anettere l'efficacia che ormai conosciamo. È meglio che intervenga al più presto la legge a stroncare sul nascere un probabile abuso istituzionale: il che ha determinato, per la vicenda di Eluana, l'ex presidente Cossiga alla richiesta di sollevare conflitto di attribu-

zione' assiologica dei principi e valori costituzionali ⁽³⁶⁾, e non mediante il tradizionale meccanismo della sussunzione) "una *pretesa* maggior giustizia" ⁽³⁷⁾.

Si assiste, insomma, come è stato notato anche, in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione, dall'allora Presidente della Corte Costituzionale, Giovanni Maria Flick, ad una vera e propria "*frenesia di aggiornamento dei diritti fondamentali*".

Nascono sempre nuovi diritti, tutti più o meno tendenti ad assumere la qualifica di 'fondamentali' — una proliferazione che va dai diritti "alla qualità della vita", "alla pace", "alla diversità", "alla sicurezza", "allo sviluppo", "alla democrazia", "all'efficienza", "all'oblio" (in relazione ad Internet), "all'integrazione" ⁽³⁸⁾, e poi ancora a quelli "della partoriente e del nuovo nato", "dell'infanzia e dell'adolescenza", "del pensionato, dell'invalido e dell'anziano", "dei cittadini con disturbi mentali", "delle persone stabilmente conviventi", "delle generazioni future", "degli utenti", "degli animali", e si potrebbe continuare — molti dei quali, veri o presunti che siano, emergono in quasi totale assenza dell'opera di "mediazione formale", nonostante che spesso si affaccino in proposte di legge, o anche in altre svariate fonti.

E quindi a fronte del rischio che la giurisprudenza, arbitra quasi esclusiva della loro 'vita', a partire da casi singoli spesso, com'è ovvio, disomogeneamente valutati — anche in forza del sempre più largo, ma spesso non bene inteso, ricorso alla c.d. interpretazione conforme a costituzione, ⁽³⁹⁾ che il neocostituzionalismo considera

zione (tra potere giudiziario e potere legislativo) davanti alla Corte costituzionale (che lo ha, però, dichiarato inammissibile con ordinanza n. 334 del 2008)" (ivi, p. 122).

⁽³⁶⁾ F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it* (6 luglio 2005), pp. 1-20.

⁽³⁷⁾ A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 1, pp. 35-61.

⁽³⁸⁾ Carta dei valori, della cittadinanza e dell'integrazione: Decreto ministeriale del 23 aprile 2007, in G.U. 15 giugno 2007, n. 137

⁽³⁹⁾ G. PISTORIO, *I "limiti" all'interpretazione conforme: cenni su un problema aperto*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2011, data pubblicazione 11/05/2011, pp. 1-13. Inoltre A. PACE, *I limiti dell'interpretazione "adeguatrice"*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 3428 ss.; R. PINARDI, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura

parte integrante del suo approccio — si faccia portatrice e cassa di risonanza della tendenza di ogni valore, di ogni diritto “a ergersi a tiranno esclusivo a spese di altri valori, anche di quelli che non gli sono materialmente contrapposti”⁽⁴⁰⁾

Ma il discorso andrebbe ancora approfondito, proprio partendo dallo spunto relativo al quadro plurimo delle sedi di emersione di questi nuovi diritti.

Tali sedi, com'è stato acutamente notato, sono spesso ‘esterne’ alla Costituzione; non va infatti trascurato “che i nuovi diritti sono stati, nei campi più vari di esperienza, introdotti a mezzo di leggi comuni, così come con gli stessi strumenti si sono avuti (e si hanno) interventi diffusi variamente idonei ad incidere sui diritti costituzionali, nel mentre se ne progettano altri a getto continuo. In particolare è con legge ordinaria che si è soliti dare esecuzione alle Carte internazionali dei diritti, così come sempre più numerose ed incisive sono le discipline internazionali riguardanti i diritti”.

Allora assistiamo ad un paradosso, di primo acchito sorprendente, ma forse, a guardar bene, non del tutto inatteso.

Quell'effetto erosivo del principio di sovranità che il costituendo diritto ‘globale sconfinato’, per il tramite del suo medium interpretativo neocostituzionalistico — *la massima attuazione (diretta) possibile del nucleo duro dei diritti fondamentali (della Costituzione)* — pone contemporaneamente tra le sue premesse e risultanze, *ridonda in effetto corrosivo della (centralità della) stessa Costituzione*.

Non da ultimo perchè lo stesso catalogo esplicito dei diritti garantiti nel testo originario della medesima potrebbe (dovrebbe?)

di) *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, IV, *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, Napoli, Jovene editore, pp. 2009, 1523 ss.; A. CELOTTO, “*Limiti di sagoma*” e “*limite di volumetria*” nelle ristrutturazioni? *Sulle paradossali conseguenze dell'interpretazione costituzionalmente conforme*, in *Giur.it.*, 2009, pp. 2632 ss. Un significativo sguardo complessivo è quello di G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁽⁴⁰⁾ Per le prese di posizioni di Flick e l'analisi della proliferazione dei diritti vedi F.M. AGNOLI, *Giudici in Italia, tra controllo e fantasia*, in *Studi cattolici* 601(2011), pp. 194-198, 195. Il tema finale della frase echeggia naturalmente il classico testo di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori (1959)*, a cura di G. Gurisatti. Con un saggio di F. Volpi, Milano, Adelphi, 2008.

essere sottoposto ad un continuo e rischiosissimo processo di aggiornamento.

“In disparte ogni riserva di ordine teorico riguardante la stessa ammissibilità dei “controlimiti” alle cessioni di sovranità, sta di fatto che, al di là del caso di frontale opposizione in cui *una disciplina di origine esterna* dovesse trovarsi nei confronti dei principi [della Costituzione], siccome volta cioè alla loro dichiarata, insensata “abrogazione”, *il fatto stesso che essa possa introdurre diritti “concorrenziali” coi diritti costituzionali, idonei perciò a bilanciarsi con questi ultimi in ragione dei casi, sta a dimostrare che un’alterazione complessiva del quadro parrebbe — come si diceva — comunque aversi”*.

L'accavallarsi e l'equipararsi, proprio sul tema dei diritti, accanto a quelle propriamente costituzionali, di fonti “paracostituzionali”, addirittura “subcostituzionali”, comunque ‘esterne’, di “modifiche tacite”, è il sintomo di *una generale tendenza alla “decostituzionalizzazione” della Costituzione*.

La questione “è, per più aspetti, inquietante; e dimostra una non taciuta, diffusa propensione — si abbia, o no, consapevolezza delle implicazioni alla stessa legate o da essa variamente discendenti — a prestare un generoso avallo ad una generale tendenza, della quale le esperienze sopra riferite costituiscono unicamente uno dei molti indici di cui al riguardo si dispone, volta alla “*decostituzionalizzazione*” della Costituzione, a far sì cioè che la “materia” costituzionale, proprio nella sua parte più immediatamente espressiva e qualificante, nel suo “nucleo duro”, risulti disciplinata da fonti pure di varia forza (ora “paracostituzionale”, ora comune e persino sublegislativa) ma non costituzionali *quoad formam*, quando non risulti addirittura “sregolata” e rimessa ad occasionali ed oscillanti orientamenti dei giudici (per quanto qui specificamente importa, delle Corti europee e della Corte costituzionale). Tanto più rilevante (e gravida di riflessi ad oggi non indagati in tutta la loro portata) appare essere questa tendenza se si tiene a mente il rilievo via via acquistato (e destinato a crescere ulteriormente in modo esponenziale) dalla scienza e dalla tecnica che, per un verso, hanno portato alla “invenzione” di nuovi diritti e, però, allo stesso tempo e per un altro verso, costituiscono

minacce micidiali per i diritti stessi (vecchi e nuovi che siano), che non si è ad oggi trovato il modo di parare fino in fondo” (41).

In conclusione potremmo dunque limitarci ad osservare una netta preferenza del globalismo giuridico per il “governo dei giudici”, per il diritto giurisprudenziale modellato sull’approccio americano che, come aveva già annotato nel 1835 Tocqueville, riconosce “ai giudici il diritto di fondare le loro sentenze sulla Costituzione piuttosto che sulle leggi”, per il ‘babelico’ “dialogo tra le Corti” (42), per una possibilmente definitiva alterazione degli equilibri, a tutto svantaggio del ‘politico’, e a beneficio di una “amministrazione senza Stato” e delle istituzioni giudiziarie (anch’esse sempre più da quello sganciate): insomma, per usare di un’espressione forse non del tutto propria, per lo “Stato giurisdizionale”.

Ma appunto di una espressione molto approssimativa si tratta. Per farla diventare comprensiva di alcuni degli aspetti che abbiamo cercato di mettere in evidenza, sia pure in forma sincopata, bisognerebbe che essa fosse in grado di far percepire il passaggio di mentalità e di prassi dalla giurisdizione-garanzia a quella che si propone una ‘trasformazione mediante i diritti’: qualcosa come “un (oltre lo) Stato promotore”

Pur così rimodulata la formula non appare ancora soddisfacente. Perché in realtà, come accennavamo all’inizio, è in gioco piuttosto un ‘trapasso’ che riguarda il concetto stesso di democrazia.

A ben vedere questo aspetto si palesa già nell’elemento finalistico-funzionalistico della prospettiva ‘neocostituzionale’: il raggiungimento della massima, ‘illimitata’ implementazione possibi-

(41) A. RUGGERI, *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali. Relazione al Convegno su Nel sessantesimo della Costituzione italiana e della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo*, Bologna 9 giugno 2008, in www.rivistaaic.it (10 giugno 2008).

(42) Sabino CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009. Cfr. inoltre la partecipe e preoccupata riflessione sull’eccessiva “deformalizzazione delle categorie giuridiche” di G. AZZARITI, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, in Costituzionalismo.it (26 giugno 2010), p. 1-7, Relazione introduttiva al seminario su “La Costituzione e il ruolo dei costituzionalisti”, Roma, 5 maggio 2010. Da ultimo per un quadro complessivo vedi Giorgio REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sopranazionale*, Napoli, Jovene editore, 2011.

le del discorso dei diritti, nel tendenziale abbandono di ogni prospettiva extra-individuale ⁽⁴³⁾.

La cancellazione di ogni legame, di ogni ‘radicamento’ (parola in generale molto sgradita ai globalisti giuridici, che preferiscono di gran lunga apotropaicamente invocare il livello *glocal*), di ogni *Ortung* politica del diritto, dovrebbe far riflettere su di un possibile esito del processo, dovrebbe spingere almeno — magari per subito dopo scacciarla come molesta e implausibile — a porsi la domanda: “Rischio di un’atomizzazione vertiginosa degli interessi e delle culture, vittoria dei localismi più sfrenati e di un dissolvimento nelle forme di un’anarchia di massa, unificate dalle simbologie pubblicitarie dei mass media?” ⁽⁴⁴⁾.

Ma, appunto, questa domanda ha un senso pieno se si resta ancorati al concetto tradizionale di democrazia, all’idea, per quanto abusata, di ‘volontà popolare’, alla “democrazia del voto” ⁽⁴⁵⁾. Ma ad esso si affianca ormai un’altra accezione, essa si pienamente espressiva di quanto andavamo delineando: la “democrazia dei risultati”.

Una democrazia *elitaria* ⁽⁴⁶⁾ che riconosce la legittimazione del

⁽⁴³⁾ Cfr. L. FERRARI, *L’ascesa dell’individualismo economico*, Piacenza, Casa Editrice Vicolo del Pavone, 2010.

⁽⁴⁴⁾ Così già G. DE ROSA, *Introduzione*, cit., p. XXXVI, si interrogava rispetto alla prospettiva giuridica globale per tempo delineata dal liberale Sturzo.

⁽⁴⁵⁾ La migliore e più acuta espressione dell’elemento chiave dell’alternativa — che spesso rimane latente sullo sfondo — ci pare sia quella che l’imam di Firenze e presidente nazionale dell’Ucoii Izzedin Elzir avrebbe (secondo quanto riportato da organi di stampa il 17 settembre 2011) avuto modo recentemente di pronunciare a proposito della questione relativa alla costruzione della moschea fiorentina (alle sue modalità) e di una sua eventuale sottoposizione a consultazione popolare mediante referendum: “La moschea a Firenze è un diritto che non si può mettere ai voti”. Espressione che potrebbe allora forse essere così riformulata in via generale: “sui diritti non si vota”. La questione riguarda però, com’è intuibile, anche — e non è il caso di approfondire qui il tema — l’eventuale estensione del ‘principio’ alle modalità di esercizio.

⁽⁴⁶⁾ Qualche giurista non dei minori ha parlato addirittura di *avvento della tecnodemocrazia* (non altri che F. Galgano ristampando con appunto l’aggiunta di un paragrafo così intitolato la sua *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 240-242): “La cultura *liberal* americana protesta per lo smisurato potere del presidente della *Federal Reserve*, le cui decisioni sono attese con ansia da imprese e governi di tutto il mondo. Denuncia la contraddizione con i principi della democrazia, che ricerca nella

sistema democratico soltanto se questo produce quei risultati che sono graditi ai “virtuosi della democrazia”, ovvero appunto quelli da quella medesima élite (in ipotesi ormai globale o sulla via di diventarlo) ritenuti espressione di giustizia e democrazia (47): in altri termini, una democrazia senza consenso, ma all’occorrenza giudiziaria.

Noi non sappiamo se le parole di Galgano al proposito siano realisticamente descrittive, o semplicemente espressive di una prospettiva, per richiamare con altro segno una valutazione di Baldassarre nella quale ci siamo già imbattuti, a sua volta ideologica (per convizione o per disillusione, o per entrambe).

Non sappiamo, cioè, se “in una società che tende, *come l’odierna società, a organizzarsi su basi planetarie, oltre la frammentazione dei singoli Stati nazionali*, la legittimazione del potere” debba in definitiva necessariamente spostarsi “su basi diverse da quelle tradizionali”. Certo sottoscriveremmo in certa misura che “*democrazia significa pur sempre governo basato sul consenso dei governati*”; ma forse non che “tecnodemocrazia è un concetto nuovo, che però sembra fare a meno della ricerca del consenso”.

investitura popolare la legittimazione di ogni potere, secondo la ben nota formula di Rousseau. *Ma è lecito domandarsi che senso avrebbe mai, per chi governa il mondo intero, essere eletto dai cittadini degli Stati Uniti.* In una società che tende, *come l’odierna società, a organizzarsi su basi planetarie, oltre la frammentazione dei singoli Stati nazionali*, la legittimazione del potere si sposta su basi diverse da quelle tradizionali. *Democrazia significa pur sempre governo basato sul consenso dei governati; tecnodemocrazia è un concetto nuovo, che però sembra fare a meno della ricerca del consenso.*

Dobbiamo ripensare Rousseau e, soprattutto, Montesquieu. Aveva scritto quest’ultimo: “fra il *dispotismo illuminato* e la democrazia preferisco la democrazia; *ma solo perché non c’è garanzia che il dispotismo sia illuminato*”. Ora, con l’avvento della società globale, altro non ci resta se non pensare ai modi ed alle forme atte a far sì che il *dispotismo sia davvero illuminato*. Solo una filosofia pessimistica potrebbe tradurre questa valutazione in termini di pura e semplice speranza, e concludere che altro non ci resta se non sperare che il *dispotismo sia illuminato*.

I giuristi, dal canto loro, si sono già accinti ad un simile compito”. Almeno alcuni, certamente.

(47) F.M. AGNOLI, *Giudici in Italia, tra controllo e fantasia*, cit. riporta più distesamente questa proposta di analisi di Mario Cicala ad un recente convegno su di un altro tema, quello della laicità (con riferimento al “caso del crocifisso”), che è stato da ultimo frequentemente oggetto dell’attenzione delle magistrature nazionali e europee (Roma, 22 giugno 2010).

Non tanto per quanto riguarda la seconda parte, ma per l'affermazione di novità: e la mente torna ad un signore un tempo molto famoso qua in Brasile, al vecchio Comte; oppure a Saint-Simon e ai suoi seguaci, o ancora al Burnham della rivoluzione dei tecnici, o ad altri ancora.

Più modestamente pensiamo che un compito possibile per un giurista che non sia ancora completamente conquistato “dalle magnifiche sorti e progressive” del diritto globale sconfinato e dei suoi ‘nuovi’ metodi interpretativi, potrebbe essere quello di tornare a riflettere sui “limiti” dell’interpretazione, così come sui limiti dei diritti quali strumento privilegiato per migliorare la situazione concreta delle persone ‘in carne e ossa’, e ancora sui limiti della sua stessa comune umanità ⁽⁴⁸⁾.

Alla fin fine, con buona pace di Fontenelle, se “*Notre Saint-Denis c’est la lune, et chacun de nous est ce bourgeois de Paris, qui n’est jamais fort de sa ville*”, allora ci potrà ben essere qualcuno che, alla luna della globalizzazione (innegabilmente più ingannevole e meno poetica di quella leopardiana), torni a preferire la Parigi non mai abbandonata del nostro ‘ciascuno di noi’.

⁽⁴⁸⁾ Per una prima delibazione del problema che mi sembra attualmente decisivo rinvio, oltre che alle importanti notazioni del già citato saggio di Giovanna Pistorio (*“I limiti” all’interpretazione conforme: cenni su un problema aperto*, cit.), al bel libro di D. CANALE, *Forme del limite nell’interpretazione giudiziale*, Padova, CEDAM, 2003. Per importanti precisazioni infine vedi A. ODDI, *La Corte di Cassazione e l’utilizzo spinto, in chiave ermeneutica, del principio costituzionale della “ragionevole durata” del processo (ovvero: di due casi emblematici di “eccesso” di... interpretazione costituzionalmente conforme)*, in *Costituzionalismo.it* (12/1/2011), pp. 1-10.

Come cerchiamo di accennare nella nostra chiusa una delle possibili e probabilmente più feconde linee di ricerca che potrebbero essere colte è proprio quella che anche il compianto Alessandro Giuliani ci indicava nei suoi ultimi anni “Il problema della comunità nella filosofia del diritto” (in *La Comunità tra cultura e scienza*, a cura di G. Delle Fratte, vol. I, Roma, Armando, 1993, pp. 83-97), su cui preziosi approfondimenti ci offriva già Alessandra GIULIANI, *Omaggio a Alessandro Giuliani (configurando una idea “classica” e una idea “moderna” di comunità*, in *Quaderni fiorentini per una storia del pensiero giuridico moderno*, 29(2000), pp. 13-23.

ANTONELLO CIERVO
ALESSANDRO GIULIANI E BRUNO LEONI:
“UN ASPRO E DOLOROSO CONFLITTO”
METODOLOGICO

1. Premessa metodologica. — 2. Il problema del metodo nella riflessione giuridico-filosofica di Bruno Leoni. — 3. L'influenza del pensiero di Bruno Leoni nelle prime opere di Alessandro Giuliani. — 4. “Storicizzare” Giuliani: un'ipotesi conclusiva.

1. *Premessa metodologica.*

Il 20 settembre 1997, giorno del suo 72° compleanno, Alessandro Giuliani prendeva commiato dall'insegnamento della sua cattedra di Filosofia del diritto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia: i suoi allievi, amici e colleghi organizzarono un incontro nella Sala del Dottorato dell'Ateneo umbro, un incontro molto importante a cui presero parte, tra gli altri, Severino Caprioli, Francesco di Pilla, Angelo Antonio Cervati, Giuliano Crifò, Bruno Sassani e Nicola Picardi ⁽¹⁾. Al termine dell'incontro, fu lo stesso Giuliani a salutare il gruppo di persone che si erano raccolte intorno a lui per manifestargli gratitudine e stima per il suo insegnamento, con poche parole di ringraziamento. Il lettore che volesse leggere il breve discorso di commiato del filosofo, rimarrebbe profondamente colpito, perché Giuliani, nel ricordare i suoi maestri fa tre nomi: quello di Chaïm Perelman, fondatore della scuola della “nuova retorica”, quello di Michel Villey, studioso di spicco della cultura giusfilosofica francese del secolo scorso, ma soprattutto quello di Riccardo Orestano, storico

(1) Gli atti di quella giornata di studio sono ora reperibili in F. TREGGIARI (a cura di), *Per Alessandro Giuliani*, Centro Stampa dell'Università, Perugia, 1999.

del diritto romano e teorico — insieme a Giuseppe Capograssi ed Enrico Opocher —, dell'esperienza giuridica.

Nel prendere commiato dall'insegnamento accademico, quindi, Alessandro Giuliani non annovera tra i suoi maestri Bruno Leoni, Professore di Filosofia del diritto e della politica presso l'Istituto di Scienze Politiche dell'Università di Pavia, con cui aveva collaborato sin dai primi anni della sua carriera accademica e che una grande influenza ebbe nella maturazione del suo pensiero giusfilosofico. Come è stato ricordato da un suo caro amico e collega ⁽²⁾, il rapporto scientifico che Alessandro Giuliani ebbe con Bruno Leoni presso l'Istituto di Scienze Politiche dell'Università di Pavia per un decennio — e cioè dal 1949 al 1959 —, fu segnato da un “aspro e doloroso conflitto” che causò le sue dimissioni dal posto di assistente ordinario che ricopriva in quell'ateneo.

Nel 1959, infatti, Giuliani, che fino ad allora era stato Professore a contratto di Storia delle dottrine economiche, non venne più confermato nel suo incarico di insegnamento e decise di partire alla volta della Scozia, avendo ottenuto una borsa di studio presso l'Università di Aberdeen, dove fu ospite di Peter Stein. Ma quali sono state le ragioni di questo contrasto scientifico così profondo? Come mai, ad un certo punto della sua carriera di studioso, Alessandro Giuliani decise di allontanarsi dal contesto accademico patavino e di prendere le distanze da Bruno Leoni e dalla sua scuola, che proprio in quegli anni aveva una così grande influenza nel dibattito politologico e giusfilosofico italiano ed europeo?

Lo scopo di questo breve saggio è quello di approfondire le ragioni scientifiche di questo “divorzio accademico”, a partire da un'analisi comparata degli scritti pubblicati da Leoni e da Giuliani nel corso della prima metà degli anni Cinquanta del secolo scorso, al fine di comprendere da quali snodi teorici le loro rispettive riflessioni giuridico-filosofiche hanno incominciato a divergere. L'interesse che mi spinge ad affrontare questo tema non è certamente dettato dalla

(2) Cfr. N. PICARDI, *Alessandro Giuliani: in memoriam. L'uomo, il cittadino, il maestro*, in F. TREGGIARI (a cura di), *Per Alessandro Giuliani*, cit., p. 116. Per una ricostruzione della vita di Alessandro Giuliani, si veda anche A.A. CERVATI, *Alessandro Giuliani*, in *Dizionario biografico degli italiani*, LVI, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 2001, pp. 716 ss.

curiosità di analizzare le differenti concezioni del diritto presenti negli scritti di questi due autori, per spiarle alla luce di specifici avvenimenti personali che hanno condotto a questa dolorosa rottura scientifica.

Lo scopo di questo scritto è, invece, quello di far emergere le profonde divergenze, soprattutto di carattere metodologico maturate tra Leoni e Giuliani in quello specifico lasso di tempo che va, per l'appunto, tra il 1949 ed il 1954, anno in cui il filosofo leccese pubblica la sua prima monografia. Ritengo, inoltre, che l'analisi di questo conflitto metodologico possa in qualche modo essere considerato ancora oggi di grande attualità per il giurista che voglia accostarsi allo studio della propria scienza in maniera scevra da pregiudizi e con un approccio critico nei confronti delle più recenti correnti giusfilosofiche, volte a conciliare — se non addirittura a subordinare completamente — la scienza giuridica a quella economica.

2. *Il problema del metodo nella riflessione giuridico-filosofica di Bruno Leoni.*

Che Giuliani sia stato allievo di Bruno Leoni questo mi sembra fuor di dubbio: il pensiero del nostro autore, infatti, è stato fortemente influenzato dall'opera del filosofo anconetano che proprio in quegli anni otteneva grande risonanza all'interno del dibattito politico continentale ed anglosassone. Laureatosi con Gioele Solari nel 1935 con una tesi in filosofia del diritto e Professore straordinario di Dottrina dello Stato presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Pavia a partire dal dicembre del 1942, subito dopo la guerra Leoni diventa Preside della medesima facoltà, dal 1948 al 1960, ed ottiene anche l'incarico di direttore dell'Istituto di Scienze politiche, che assumerà dal 1948 al 1967. Nel maggio del 1950 fonda la rivista *Il Politico*, continuazione degli *Annali di Scienze Politiche* della Facoltà patavina, una rivista questa destinata ad assumere un ruolo centrale nel panorama scientifico internazionale e che, se così si può dire, sarà la "palestra accademica" su cui appariranno i primi lavori di Alessandro Giuliani ⁽³⁾.

(3) Per un inquadramento generale della vita e delle opere di Bruno Leoni, si rinvia per tutti a A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003; E. BAGLIONI, *L'individuo e lo scambio. Teoria ed etica dell'ordine spontaneo nell'indivi-*

A partire dall'Anno Accademico 1949-1950, inoltre, Leoni entrò a far parte del “Centro di studi Metodologici” di Torino, insieme a figure scientifiche di spicco della cultura accademica italiana del secolo scorso come Norberto Bobbio ed Eugenio Frola, con i quali nel corso del decennio successivo organizzerà una serie di incontri su temi di filosofia del diritto e della politica, incontri a cui parteciperanno eminenti intellettuali europei ed americani, quali Friedrich von Hayek, Ludwig von Mises, James M. BUCHANAN e Milton Friedman. Grazie anche a questa rete di rapporti con la cultura economica anglosassone — ed in particolar modo con i teorici del c. d. pensiero “neo-liberale” —, Leoni verrà nominato segretario della “Mont Pélerin Society”, l'associazione fondata il 10 aprile 1947 da von Hayek e da altri illustri economisti, associazione di cui diventerà Presidente nel 1967, alcuni mesi prima di morire tragicamente, a soli 54 anni.

L'approdo alle teorie “neo-liberali” di Bruno Leoni è dovuto alle conclusioni a cui lo studioso giunge nei suoi primi anni di studio, quando si interessa al problema della “scientificità” della giurisprudenza e, in maniera più generale, a quello della “razionabilità” del diritto. In particolare la sua prima opera monografica, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto* ⁽⁴⁾, è tutta incentrata su un “dilemma epistemologico” ⁽⁵⁾ e cioè se si possa considerare il diritto una scienza a tutti gli effetti oppure se si debba riconoscere l'esistenza di una sfera ineluttabilmente irrazionale nel mondo giuridico e, di conseguenza, elaborare un approccio metodologico differente rispetto al formalismo allora dominante nella dottrina giusfilosofica italiana e tedesca. In questo suo primo importante lavoro, Leoni si sofferma sul pensiero di Julius von Kirchmann che nel 1847 scrisse il celebre saggio dal titolo *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als*

dualismo di Bruno Leoni, ESI, Napoli, 2004; C. LOTTIERI, *Le ragioni del diritto. Libertà individuale e ordine giuridico nel pensiero di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2006; A. FAVARO, *Bruno Leoni. Dell'irrazionalità della legge per la spontaneità dell'ordinamento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

⁽⁴⁾ Torino, Giappichelli, 1942, pp. 210.

⁽⁵⁾ Così A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, cit., p. 19. Per approfondimenti, si rinvia a F.M. NICOSIA, *L'anarchismo giuridico di Bruno Leoni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2000, pp. 153 ss.

Wissenschaft ⁽⁶⁾, con il quale lo studioso tedesco, riprendendo i temi classici della Scuola Storica del von Savigny, dimostrava l'incapacità della scienza giuridica — ed in particolar modo della giurisprudenza —, a raggiungere risultati epistemologicamente validi sotto il profilo metodologico.

Leoni con Kirchmann giunge alla conclusione che i limiti della giurisprudenza sono connaturati all'oggetto del suo studio ossia i comportamenti umani che sono in continuo e costante sviluppo, in ragione del continuo mutare dei rapporti sociali che il diritto dovrebbe puntualmente rispecchiare ma, rispetto ai quali, dimostra di essere sempre in ritardo ⁽⁷⁾. In questa ottica, quindi, lo studio del diritto e della giurisprudenza presupporrebbe un momento pre-scientifico se, come vuole il von Savigny, esso viene legato al *Volksgeist* che resta comunque un sentimento e che, in quanto tale, rimane legato a mutamenti dello spirito popolare assolutamente imperscrutabili ed impossibili da razionalizzare da parte del giurista. Per Leoni, insomma, nonostante la Scuola Storica tedesca sia stata il crocevia di una serie di problematiche legate alla ricerca epistemologica relativa ad un esame della possibilità della scienza giuridica di assumere il rango di scienza filosofica a tutti gli effetti, non è possibile nutrire fiducia nello storicismo come metodo di studio del diritto, essendo quest'ultimo incapace di raggiungere risultati "storicamente" generalizzabili ed essendo, pertanto, necessariamente destinato a giungere ad esiti epistemologici relativistici ⁽⁸⁾.

L'unico modo per porre un argine a questo relativismo assiologico, ad avviso di Leoni, è quello di provare a recuperare il concetto di legge positiva come schema formale generale ed astratto, ma così facendo la scienza giuridica sarebbe costretta a "disprezzare" il divenire della società e la "ricca individualità delle formazioni spontanee" che producono effettivamente il diritto ⁽⁹⁾. Per Leoni, invece, è necessario che il giurista riesca a definire con la sua scienza

⁽⁶⁾ Cfr. J. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, Springer, 1848.

⁽⁷⁾ Così B. LEONI, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1942, pp. 67 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. B. LEONI, *Per una teoria dell'irrazionale*, ult. cit., pp. 73 ss.

⁽⁹⁾ B. LEONI *Per una teoria dell'irrazionale*, cit., p. 77.

“... l'ideale teoretico di una fenomenologia della vita giuridica, distinta dalle costruzioni dottrinali del giurista, e l'istanza pratica di una nuova politica legislativa e giudiziaria, che ponga il giudice in condizione di affrontare la multiformità dell'esperienza concreta, senza costringerlo a derivare il suo giudizio da un testo fatalmente inadeguato e lacunoso” (10).

Se dunque non può essere la scienza giuridica, o quanto meno gli sviluppi che essa ha avuto in area continentale nel corso del XIX secolo, a soddisfare l'ideale di metodo che Leoni teorizza in questa sua prima importante opera, sarà necessario rivolgersi ad altre branche del sapere che dovranno essere considerate dal giurista al fine di elaborare un metodo che assicuri esiti epistemologici certi. La norma di condotta dell'agire umano, infatti, non può essere rinvenuta nei testi “fatalmente” inadeguati e lacunosi del diritto, poiché tale norma non è immanente alla legge positiva ovvero all'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso. Il soggetto agente, pertanto, non potrà rivolgersi ai testi normativi perché essi in ultima istanza non possono comprendere del tutto le azioni che il soggetto medesimo potrebbe compiere nella realtà. Esiste insomma, secondo Leoni, uno scarto incolumabile tra il diritto positivo delle norme e l'esperienza giuridica concreta del reale, uno scarto in base al quale “... adeguarsi in toto alla realtà significher[ebbe] per la norma, negare se stessa, poiché la « realtà » dei destinatari è la storia, e in questa ultima — chi ben guardi — la norma non può esistere come tale, cioè come regola incondizionata” (11).

Bisognerà allora partire da quella che è l'istanza individuale di ogni singolo soggetto e che il Leoni definisce come “speranza” ossia il valore economico attribuito all'aspettativa di un bene la cui acquisizione ha, per un determinato individuo, un grado di probabilità “calcolabile”. Soltanto questa previsione individuale di ognu-

(10) Così già B. LEONI, *Il problema della scienza giuridica*, in *Memorie dell'Istituto giuridico della Regia Università di Torino*, XLV, Torino, 1940, p. 21, ripreso poi in Id., *Per una teoria dell'irrazionale*, cit., pp. 10 ss.

(11) Così B. LEONI, *Norma, previsione e « speranza » nel mondo storico*, in *Temì Emiliana*, 1943, n. 4, pp. 145-163 e poi in *Il Politico*, 1957, n. 4, pp. 636-658, ora in Id., *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009, pp. 246 ss. La citazione nel testo è a p. 249.

no, rispetto ai possibili comportamenti altrui, può costituire il presupposto naturale di una *norma* di condotta valida anche per la scienza giuridica e che Leoni definisce come “... *il tipo della previsione comune ad un determinato ambito storico, la schematizzazione di cui abbisogna ogni partecipe di quell'ambito, per anticipare con un giudizio di probabilità l'operato dei suoi simili, e valutare infine, in tal modo, il prezzo delle proprie speranze*” (12).

Questa norma di cui parla Leoni non è un mero calcolo matematico, in quanto presuppone la “situazione storica” del soggetto agente il quale, consapevole della sua storicità e del contesto sociale in cui vive, riconosce che le proprie aspirazioni personali non possono in alcun modo essere considerate come un valore assoluto, bensì relativo. Al riguardo, il filosofo precisa che la speranza individuale, essendo storicamente condizionata, non potrà mai essere intesa come una “speranza matematica”, bensì come una “speranza morale”. Questa “speranza morale”, di cui gli uomini si fanno naturalmente portatori nel loro vivere sociale, dimostrerebbe “... *che esistono, con maggiore o minore frequenza, uomini più o meno giusti, più o meno colti, più o meno educati, più o meno buoni, cioè più o meno rispondenti allo schema fissato da noi nella norma: e quest'ultima ci consentirà la riuscita delle nostre previsioni, ed avrà un senso agli effetti della nostra azione, nella misura in cui rappresenterà il « tipo » dell'uomo più probabile, nell'ambiente [...] di cui ci sentiamo partecipi*” (13).

L'*homo bonus* per Leoni è colui che si indigna nel momento in cui assiste alla violazione di una norma che egli considera valida in un determinato momento storico, essendo il senso di ingiustizia un sentimento di sorpresa che nasce nell'animo umano ogni qual volta si verifica una condotta che si riteneva improbabile. Ciò significa che una norma non può limitarsi a prevedere un comportamento probabile, poiché dovrà determinare anche le condizioni del suo verificarsi e cioè altri comportamenti che dipendono dalle condotte altrui e che operano nello stesso ambito storico e sociale dell'individuo.

(12) B. LEONI, *Norma, previsione e « speranza »*, ult. cit., p. 252.

(13) Così B. LEONI, *Norma, previsione e « speranza »*, cit., p. 253.

In conclusione, quindi, per Leoni la norma non solo tipizza la previsione di ciò che probabilmente faranno i nostri simili, “... *ma anche quella di ciò che dovrà essere fatto da noi, perché i nostri simili agiscano probabilmente nel modo sperato, o non agiscano nel modo temuto*” (14). Questi studi sul concetto di “speranza” e di “probabilità” preparano la più elaborata connessione tra metodo giuridico e metodo economico che caratterizzerà la riflessione di Leoni a partire dagli inizi degli anni Sessanta, quando diventerà un autorevole esponente della “Mont Pèlerin Society”, il *think-tank* del pensiero “neo-liberale” che tanta fortuna avrà nella cultura economica e giuridica anglosassone ed europea a partire dalla seconda metà degli anni Settanta (15).

In realtà, ad avviso di chi scrive, una svolta profonda in senso “neo-liberale” andava maturando nel pensiero di Bruno Leoni sin dalla fine degli anni Quaranta del secolo scorso: si pensi, infatti, all'importante saggio, pubblicato sulle pagine della rivista *L'Industria*, dal titolo *Scienza politica e azione politica* in cui sono evidenti le influenze del pensiero di Friederich von Hayek e di Karl Popper (16). In questo illuminante saggio Leoni, forte delle sue prime

(14) B. LEONI, *Norma, previsione e « speranza »*, cit., p. 254.

(15) Sul punto si veda per approfondimenti, A. FEBBRAJO, *Diritto ed economia nel pensiero di Bruno Leoni*, in *Sociologia del diritto*, 1990, pp. 141 ss. Un'elaborazione più articolata della concezione del diritto come *pretesa*, da intendersi come il cogliere nell'atto di colui che pretende determinati comportamenti da altri soggetti, la sorgente viva dei rapporti giuridici e, di conseguenza, dell'ordine giuridico nel suo insieme, verrà svolta da Leoni nelle lezioni di Filosofia del diritto del 1959. Si rinvia, al riguardo, a B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, pp. 77 ss., ma si veda anche B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, a cura di A. MASALA e con un'introduzione di M. BARBERIS, Macerata, Liberilibri, 2004. Da ultimo cfr. C. LOTTIERI, *Alle origini della teoria del diritto come pretesa individuale. Da Widar Cesarini Sforza a Bruno Leoni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, pp. 63 ss.; M. GRONDONA, *La pretesa individuale e l'evoluzione del diritto: a proposito del liberalismo di Bruno Leoni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2007, pp. 703 ss.

(16) B. LEONI, *Scienza politica e azione politica*, in *L'Industria*, 1949, n. 4, pp. 489-504, ora in ID., *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, cit., pp. 84 ss. La rivista *L'Industria*, fondata nel 1889, è una delle più importanti e risalenti riviste economiche italiane — oggi edita dalla casa editrice Il Mulino di Bologna —, che proprio in quegli anni pubblicava in italiano i classici del pensiero “neo-liberale”: si pensi soltanto che nell'annata 1953 venne pubblicata una pionieristica traduzione — a cura di Ferdinando Di Fenizio — de *Miseria dello storicismo* di Karl Popper.

riflessioni filosofiche sul concetto di “speranza” e di “probabilità”, afferma che l'*homo politicus* altro non è se non una specie particolarissima di *homo oeconomicus*, un tipo ideale di uomo cioè che si propone determinati fini e che ha a disposizione un numero di mezzi relativamente scarso per il loro perseguimento.

La scienza politica, tuttavia, non ha alcun bisogno di valutare direttamente questi fini particolari per essere considerata una scienza a tutti gli effetti, anzi, “... *essa ha precisamente bisogno, per essere scienza, di non compiere alcuna diretta, e inevitabilmente problematica, valutazione di questi fini. Per questo riguardo esiste un parallelismo perfetto tra scienza politica stricto sensu e la scienza economica*” (17). A ben vedere, secondo Leoni, l'*homo oeconomicus* ha maggiore facilità di scelta nell'uso dei mezzi e nella soddisfazione dei propri fini, perché egli si trova di fronte ad oggetti materiali, mentre nella scelta tra fini e mezzi politici, il politico si trova a dover utilizzare mezzi astratti (come il concetto di libertà) per raggiungere fini ancora più astratti (come, ad esempio, la realizzazione di un'organizzazione sociale più giusta). Da ciò deriva, per Leoni, una particolare difficoltà della scienza politica rispetto a quella economica: “... *mentre il vecchio tipo dell'uomo economico è sufficientemente corrispondente alla realtà dei fatti, in quanto l'attività diretta al procacciamento dei beni materiali è sufficientemente razionale e intenzionale, nel senso che si propone di usare determinati mezzi, chiaramente conosciuti, per il raggiungimento di determinati fini, altrettanto chiaramente conosciuti, per contro il tipo dell'uomo politico, inteso come soggetto di un'attività costantemente razionale e intenzionale, è assai meno corrispondente alla realtà dei fatti*” (18).

Se dunque l'uomo politico — locuzione questa con cui Leoni identifica indifferentemente chi governa uno Stato, chi partecipa alla formazione delle leggi e chi amministra la giustizia (19) — si trova in una condizione subordinata rispetto all'*homo oeconomicus*, trovandosi in una situazione di parziale conoscenza della realtà in cui e su cui agisce, poiché dispone di mezzi non materiali e persegue fini astratti, allora è evidente che soltanto l'agire di quest'ultimo — e

(17) Così B. LEONI, *Scienza politica e azione politica*, ult. cit., p. 85.

(18) B. LEONI, *Scienza politica e azione politica*, cit., pp. 92-93.

(19) B. LEONI, *Scienza politica e azione politica*, cit., p. 94.

cioè dell'*homo oeconomicus* — potrà essere preso a modello metodologico per lo studio della condotta umana. Ciò conduce, ad avviso di Leoni, ad una conclusione pratica di grande importanza e cioè che tanto nella scienza politica, quanto in quella giuridica, applicare il metodo economico individualistico, basato su norme di condotta probabilistiche e su di una razionalità comportamentale finalizzata a massimizzare i risultati di questa condotta, è l'unico modo che lo studioso ha per poter elaborare una scienza "esatta".

Alla luce di quanto si è detto sinora, pertanto, è possibile affermare che proprio in questi anni Bruno Leoni si avvicina ed aderisce al pensiero "neo-liberale" e alle teorie di Friederich A. von Hayek, un pensiero questo che lo influenzerà in maniera sempre più profonda nel corso dei decenni successivi della sua attività di studioso, ma che già nel biennio 1948-1950 preparerà la svolta della sua riflessione giuridica. Un'ulteriore prova di quanto affermo la si può rilevare dalla lettura di un suo breve articolo, apparso su *Il Mondo* del 18 marzo 1950 e ristampato sul numero nove della rivista *Liberal* nel dicembre del 2001, dal titolo *I due individualismi* ⁽²⁰⁾. In questo breve articolo Bruno Leoni, riprendendo le riflessioni di von Hayek, afferma che con il termine "individualismo" si devono intendere due dottrine politiche assai diverse tra loro. Esiste, infatti, un "individualismo moderno non-razionalistico", di matrice anglosassone, riconducibile al pensiero di John Locke, David Hume ed Adam Smith, secondo il quale le conoscenze e le facoltà dell'individuo, quali che siano le sue capacità d'ingegno ed il suo atteggiamento morale, sono sempre limitate alla sua ristretta cerchia di azione. Ciò non significa, tuttavia, che gli individui siano uguali o debbano essere "resi uguali" dallo Stato, anzi, proprio perché

⁽²⁰⁾ In effetti, sin dalla lettura del titolo, è possibile desumere come questo breve scritto, che riprende l'*incipit* di una conferenza tenuta da Friederich A. von Hayek allo University College di Dublino nel 1945 (cfr. F. A. von Hayek, *Individualism: true and false*, in ID., *Individualism and economic order*, Chicago, University Chicago Press, 1948, pp. 1 ss., tradotto in italiano soltanto cinquant'anni dopo, nel 1997, da Dario Antiseri con il titolo *Individualismo: quello vero e quello falso* e pubblicato dalla casa editrice Rubbettino), abbia fortemente influenzato la riflessione giuliana. Si pensi in particolar modo ad A. GIULIANI, *I due storicismi*, in *Il Politico*, 1953, pp. 329-353, saggio questo che diventerà poi il nucleo centrale del suo primo lavoro monografico, ID., *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 206.

diseguali per natura, essi dovranno essere trattati dall'autorità politica semplicemente "in modo eguale", lasciati cioè operare liberamente ciascuno nel proprio ambito, così che possano contribuire — seppur inconsapevolmente — all'organizzazione ed allo sviluppo economico della società. L'individualismo non-razionalistico giunge così, ad avviso di Leoni, ad un'importante conclusione pratica e cioè alla "... *necessità di limitare strettamente nell'interesse di tutti ogni potere coercitivo ed esclusivo*" a danno degli individui stessi (21).

Ulteriori corollari che discendono dall'impostazione metodologica dell'individualismo non-razionalistico sono i seguenti: *a*) il singolo deve avere una sfera di responsabilità sua propria, non assegnatagli dall'autorità, sotto forma di fini specifici da perseguire ovvero attraverso mezzi da impiegare; *b*) le regole della convivenza e dell'azione umana devono essere il più possibile spontanee, permanenti ed inalterate, così da consentire ad ogni individuo la sicura previsione delle conseguenze delle proprie azioni; *c*) l'individualismo non-razionalistico consiste in una teoria scientifica della società prima ancora di essere una dottrina politica, in quanto esso arriva alla conclusione che le istituzioni sociali non sono riconducibili ad alcun singolo piano individuale, ma semmai nascono dal concorso spontaneo, attivo e costante di innumerevoli individui.

Accanto a questo primo tipo di individualismo, vi è un "secondo individualismo" elaborato dalla cultura continentale francese, fortemente influenzata dal razionalismo politico cartesiano e che trova nella riflessione di J.J. Rousseau la propria inflessione collettivistica che — ad avviso di Leoni — aprirà la strada alle moderne teorie socialiste. L'individualismo razionalistico, infatti, considera l'individuo ragionante come il punto di partenza della società e delle istituzioni politiche, considerate queste ultime come il prodotto sociale di uno o più individui deliberanti: "... *il che porta alla conclusione pratica che i processi sociali possono essere fatti servire a fini umani, soltanto se sottoposti al controllo della ragione individuale*

(21) Cfr. B. LEONI, *I due individualismi*, in *Liberal*, n. 9, dicembre 2001/gennaio 2002, reperibile al seguente URL www.liberalfondazione.it/archivio/tutti-i-numeri-di-liberal/1877-i-due-individualismi.

umana, che organizza la società secondo un piano deliberato (socialismo)” (22).

Per questo motivo, l'individualismo razionalistico è portato a concepire la sfera individuale come il risultato di un'assegnazione coattiva e deliberata, ad un soggetto specifico, di mezzi e di fini particolari (da qui l'idea socialista, secondo il Leoni, della “uguaglianza delle basi di partenza”, volta a negare la libera disponibilità dei beni da parte degli individui) e a concepire la società come il prodotto attuabile di un piano elaborato da un individuo o da un gruppo di individui, consapevolmente deliberanti e dotati di un potere coercitivo sugli altri consociati.

La differenza metodologica tra i due tipi di individualismo risulta allora del tutto evidente: mentre l'individualismo razionalistico nega il valore delle istituzioni spontanee, contrapponendo direttamente la persona allo Stato e disconoscendo le formazioni sociali intermedie, per contro l'individualismo del primo tipo “... *che è l'unico veramente coerente, rimane fedele al suo principio fondamentale: che nessun uomo o gruppo di uomini debba avere il potere (perché non ne ha la capacità) di decidere quale dovrebbe essere lo status personale di altri uomini: e questa è una condizione essenziale, che non può essere sacrificata neppure all'appagamento del nostro desiderio di giustizia (egualitaria) o della nostra invidia per coloro che stanno meglio di noi*” (23).

La riflessione metodologica di Leoni matura ulteriormente nella direzione segnata da von Hayek anche negli anni successivi e ciò è riscontrabile in un altro importante scritto del filosofo, apparso sulla rivista *Il Politico* nel 1952: si tratta del saggio dal titolo *Il problema metodologico nelle scienze sociali*. Per Leoni, lo sforzo di mettere in relazione le azioni degli uomini con gli scopi che essi individualmente cercano di perseguire è uno sforzo pienamente scientifico, “... *poiché tende a scoprire correlazioni il più possibile costanti: cioè ad accertare che tutte le volte che sarà presente un certo «scopo» si verificherà una certa azione*” (24).

(22) *Ibidem*

(23) *Ibidem*.

(24) Così B. LEONI, *Il problema metodologico nelle scienze sociali*, in *Il Politico*, 1952, p. 356.

Pertanto, il metodo delle scienze sociali deve obbedire ad un'esigenza epistemologica identica a quella a cui obbedisce il metodo delle scienze fisiche, anche se le strade seguite da queste due metodologie sono differenti “... perché la costanza nelle correlazioni tra i dati di studio si scopre nelle scienze fisiche espungendo ogni dato di esperienza psicologica, mentre soltanto tenendo conto di tale esperienza è possibile accertare e distinguere correlazioni costanti nel dominio delle scienze sociali” (25). Da ciò derivano due importanti conseguenze dal punto di vista teoretico: la prima è che il riferimento agli scopi degli individui implica che lo studioso delle scienze sociali dovrà tenere conto di una quantità indefinita di scopi (oltre che di mezzi per raggiungerli). Tutto ciò pone le scienze sociali di fronte a dati che consistono, per l'appunto, negli scopi da perseguire e nei mezzi a disposizione degli individui, ma mentre “... la valutazione diretta degli scopi esorbita dalla scienza, è accessibile alla scienza la valutazione indiretta [...] e infine è possibile la valutazione della idoneità dei mezzi, una volta assunto per ipotesi lo scopo da perseguire” (26). L'economia e la politica, in quanto scienze sociali applicate, ad avviso di Leoni, si muovono in quest'ordine metodologico, proprio perché non possono valutare direttamente — ma soltanto indirettamente — gli scopi degli individui.

La seconda conseguenza che deriva dall'impostazione metodologica di Leoni è che gli oggetti delle scienze sociali non sono ciò che sono, “... ma ciò che le persone interessate ritengono che siano: avendo rilievo non già la qualificazione che può darne l'osservatore, ma quella dei soggetti interessati. In altri termini, è sempre il riferimento a tali qualificazioni che è decisivo per qualificare un soggetto nelle scienze sociali” (27). Il concetto di scopo, infatti, secondo Leoni, corrisponde a qualcosa che è oggetto di mera esperienza psicologica: questa esperienza è anteriore o comunque può essere indipendente da ogni comunicazione che noi possiamo farne agli altri, poiché non è una questione di linguaggio ossia “... non è in sé stessa una questione che riguardi la nostra relazione con altre persone, sebbene il nostro comportamento, osservabile da altri, possa guidare altri a capire i

(25) B. LEONI, *Il problema metodologico nelle scienze sociali*, ult. cit., p. 357.

(26) *Ibidem*.

(27) *Ibidem*.

nostri scopi, e sebbene naturalmente noi possiamo, mediante l'uso del linguaggio, informare gli altri degli scopi che ci proponiamo" (28).

3. *L'influenza del pensiero di Bruno Leoni nelle prime opere di Alessandro Giuliani.*

I primi lavori scientifici di Alessandro Giuliani appariranno sulla rivista *Il Politico* a partire dal 1950 e risentiranno notevolmente delle influenze metodologiche del suo maestro: in uno dei suoi primissimi lavori, infatti, dal titolo *Positivismo logico e scienza politica* (29), Giuliani affronta il problema del rapporto tra scienze naturali e scienze umane alla luce delle riflessioni svolte da Leoni nel corso del decennio precedente. Questo saggio, bisogna ricordarlo, è scritto da un Giuliani non ancora ventiseienne, ma in esso è già riscontrabile la determinazione dell'autore a voler affrontare una serie di questioni di grande rilevanza ed attualità nel dibattito scientifico di quegli anni.

Il cuore dello scritto, infatti, ruota intorno ad un problema di non poco conto e cioè quello della frattura metodologica tra scienze naturali e scienze sociali: "*Forse la tragedia della civiltà nostra è di aver oscurato — scrive Giuliani —, a causa della barriera fra le conoscenze, la connessione essenziale fra la filosofia delle scienze morali e quella delle scienze naturali*" (30). Giuliani non giunge in questo scritto ad alcuna conclusione di rilievo, ma si limita a registrare un malcontento, che era proprio anche di Leoni, nei confronti dei metodi di studio e dei linguaggi specialistici che caratterizzavano in quegli anni il dibattito scientifico italiano delle scienze naturali.

Nell'analizzare una serie di scritti di alcuni autori a lui contemporanei, infatti, Giuliani afferma: "*Sembra [che oggi] vi sia una barriera non solo fra le scienze naturali e morali, ma anche nell'ambito di queste ultime gli studiosi sembrano parlare perfino lingue diverse nel diritto, nella politica e così via. Mentre poi le scienze naturali hanno abbandonata la fiducia nel determinismo, ed hanno abbracciato*

(28) B. LEONI, *Il problema metodologico nelle scienze sociali*, cit., p. 355.

(29) Pubblicato in *Il Politico*, 1951, pp. 323-329.

(30) A. GIULIANI, *Positivismo logico e scienza politica*, cit., p. 327.

il principio della relatività, nelle scienze sociali si va ancora in cerca, da parte di molti della verità, dell'optimum, del rimedio per tutti i mali; qui poi il termine relativismo ha un senso dispregiativo, perché sembra che non esista la teoria o la logica del relativo. Sulla giuridica vi è ancora il peso della critica del Kirchmann al valore della giurisprudenza come scienza" (31).

Dunque Giuliani intraprende la sua ricerca scientifica seguendo le orme di Bruno Leoni e ponendosi gli stessi problemi di metodo del suo maestro ma con una differenza, a me sembra, sostanziale: Giuliani, infatti, pur essendosi "formato" alla scuola dell'individualismo metodologico, decide di indagare *ab imis* il fondamento epistemologico di questo metodo e intraprende uno studio analitico dell'opera di Adam Smith, in particolar modo della sua *Teoria dei sentimenti morali*, al fine di dimostrare che l'opera del filosofo scozzese "*... può considerarsi un tentativo grandioso di fondare scientificamente lo studio dell'uomo e della società*" (32).

Ad avviso di Giuliani, infatti, per Adam Smith l'*homo oeconomicus* non agisce liberamente, nel senso che può produrre, vendere ed arricchirsi come gli piace, in quanto egli è sottoposto alle leggi della concorrenza e dell'ordine naturale del mercato, ma soprattutto è tenuto a cooperare con gli altri soggetti attraverso il linguaggio che è un prodotto sociale, "*... una facoltà comune a tutti gli uomini che vivono in una determinata società, che si incontrano sul mercato e fanno determinate previsioni*" (33). In quest'ottica, i giudizi morali che nascono dal vivere in società si formano induttivamente, attraverso l'osservazione della condotta degli altri: il principio che spiega il formarsi di tali giudizi è quello della "simpatia". La "morale della simpatia" smithiana, pertanto, secondo Giuliani, è il risultato di una valutazione individuale, in quanto essa "*... è l'atteggiamento dell'« osservatore imparziale », il quale è capace di uno sdoppiamento e di una transpersonalizzazione. Essa permette di penetrare nel segreto delle azioni degli uomini, delle classi, delle società, nelle mille forme della virtù e del vizio umano, nel mondo delle diverse opinioni e dei diversi pregiudizi. Essa ci permette di separare [...] il momento*

(31) *Ibidem*.

(32) A. GIULIANI, *Attualità di Adamo Smith*, in *Il Politico*, 1952, p. 61.

(33) A. GIULIANI, *Attualità di Adamo Smith*, ult. cit., p. 64.

irrazionale della valutazione dal momento razionale della scelta dei mezzi idonei a raggiungere un fine" (34).

A me sembra che in questo saggio, iniziano già a delinarsi non solo alcuni aspetti di originalità del pensiero di Giuliani, ma anche un primo sottile — ma al tempo stesso profondo — distacco con l'individualismo metodologico di Leoni. La rivalutazione che Giuliani fa del giudizio morale simpatetico di Smith, infatti, è completamente ignorata dal suo maestro il quale, forse perché troppo legato alla concezione individualistica di von Hayek, vede la cooperazione sociale degli individui come una conseguenza spontanea ed inevitabile dell'agire umano. La mia tesi è che mentre in Leoni la cooperazione sociale rientra completamente nella logica dell'individualismo non-razionalistico, essendone una conseguenza non voluta *ab origine* dal soggetto agente, per Giuliani invece — che da questo punto di vista sembra leggere Smith in funzione polemica nei confronti di von Hayek —, la cooperazione sociale è un presupposto di cui l'individuo è consapevole sin dal primo momento in cui decide di agire.

La morale della simpatia, infatti, di cui ogni individuo è per sua natura portatore, in quanto essere umano, apre necessariamente l'agire individuale ad una dimensione pratica: studiare la condotta dell'uomo, allora, non significa — come vorrebbe Leoni — definire il tipo della previsione comune ad un determinato ambito storico, ovvero la schematizzazione di cui abbisogna ogni partecipante di quell'ambito, al fine di anticipare con un giudizio di probabilità l'operato dei suoi simili e al fine di valutare, in questo modo, il prezzo delle proprie speranze. Studiare la condotta umana, invece, significa per Giuliani assumere consapevolezza che le scienze morali implicano inevitabilmente un'apertura nei confronti dell'altro e che anche il metodo individualistico smithiano — che può essere a ragione considerato un modello di individualismo metodologico puro —, è comunque un metodo che ha delle implicazioni morali: esso è, in sintesi, un metodo *pratico*.

Si consideri questo passaggio illuminante del saggio di Giuliani, intitolato *Scienza del diritto e scienza dell'azione umana*, apparso

(34) Così A. GIULIANI, *Attualità di Adamo Smith*, cit., p. 65.

sempre nel 1952 sulla rivista *Il Politico*: “... ma che cosa mai significa scegliere e prevedere se non agire? L’interpretare e il decidere nel campo del diritto non sono che un particolare aspetto dell’agire umano; neppure il diritto si sottrae a quanto il Blondel diceva nella sua filosofia dell’azione, e cioè che ogni decisione tronca un’infinità di atti possibili e che nessuno sfugge a questa specie di mortificazione naturale. E ogni norma, non è altro che un incitamento all’azione futura: nel campo della logica formale vi è una unica soluzione per ogni problema; nelle scienze morali vi è tutto un campo di possibili previsioni, che è compito dell’interprete mettere in luce” (35).

La logica dell’azione umana — prosegue Giuliani —, pur avendo le sue leggi specifiche, differisce dalla logica della dimostrazione scientifica perché la sfera delle possibili scelte dell’agire umano è comunque sempre limitata, anche se ciò non impedisce che la certezza venga meno: in ambito giuridico, pertanto, la certezza deve essere intesa *empiricamente*, ossia come rispetto sempre più ossequioso del precedente e come fiducia che lo Stato comunque ci garantirà la sua tutela giurisdizionale (36).

In sintesi, per Giuliani è possibile utilizzare il metodo individualistico non-razionalista anche nell’ambito delle scienze giuridiche purché il diritto e l’economia vengano intese — cosa che del resto aveva teorizzato Adam Smith — come scienze pratiche, scienze cioè che basano i loro presupposti epistemici sui giudizi di valore dei soggetti che agiscono all’interno della società. Il diritto e l’economia, infatti, si fondano sulla cooperazione dei diversi punti di vista dei singoli individui i quali non possono essere considerati delle monadi ma, al contrario, vivono in una sfera inter-personale. Ciò che mette in contatto tra di loro gli individui è il linguaggio che in Giuliani non ha una funzione meramente referenziale e descrittiva, ma evocativa ed emotiva. Una lingua scientifica, scriverà Giuliani nel 1954, nel capitolo conclusivo della sua prima opera monografica, non potrà mai raggiungere un ideale *neutrale* di conoscenza, poiché in ogni linguaggio sono immanenti credenze e valori: “*La nostra conclusione*

(35) A. GIULIANI, *Scienza del diritto e scienza dell’azione umana*, in *Il Politico*, 1952, p. 330.

(36) A. GIULIANI, *Scienza del diritto e scienza dell’azione umana*, ult. cit., pp. 332-333.

è che soltanto la piena consapevolezza dei valori che usiamo in un particolare linguaggio può migliorare la nostra comprensione dei problemi della scienza giuridica” (37).

A me sembra, insomma, che Giuliani già in questi primissimi scritti giovanili abbia, in maniera assolutamente originale e profonda, marcato il proprio punto di vista rispetto a quello di Bruno Leoni, dimostrando un'autonomia di giudizio ed un'indipendenza nell'analisi scientifica notevoli per un giovane studioso appena ventiseienne. La sua prima monografia, del resto, sancirà in maniera definitiva il suo distacco con l'opera del maestro, con toni spesso abbastanza netti. I *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto* sono la prima opera scientifica che viene pubblicata nella nuova collana di studi politici dell'Università di Pavia, allora diretta propria da Bruno Leoni il quale redigerà una breve premessa alla collana in esergo allo scritto di Giuliani: “*Il presente volume — scrive Leoni — tratta un tema che taluno potrebbe giudicare diverso da quelli che si sogliono considerare oggetto di studii « politici » in senso stretto. Tale diversità è peraltro solo apparente, ove si considerino gli stretti rapporti che legano il diritto alla politica, e si tenga presente la possibilità di concepire teoricamente la « giuridica », insieme coll'« economica »*” (38). L'oggetto della monografia è quindi ancora una volta il problema del metodo, in particolare della validità del metodo storicistico ai fini dello studio della scienza giuridica (39).

Con il termine “storicismo”, Giuliani intende quella profonda rivoluzione in campo sociale che avvenne nella cornice del roman-

(37) A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 190. Sulla concezione del linguaggio in Giuliani, si rinvia per approfondimenti a A.A. CERVATI, *Alessandro Giuliani, il linguaggio giuridico, la storia e il diritto costituzionale* (“L'eticità nella scienza giuridica”), in Id., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 207 ss.

(38) Così B. LEONI, *Premessa alla collana*, in A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria*, cit., p. 9.

(39) Come avevo anticipato nel precedente paragrafo, Giuliani aveva già iniziato ad affrontare questo tema in un saggio di poco precedente alla pubblicazione della sua prima monografia: si tratta dello scritto intitolato *I due storicismi*, apparso sul numero 3 del 1953 de *Il Politico*. Il saggio venne ripreso, seppur con alcune modifiche formali, alle pp. 29 e ss. dei *Contributi*. Nel corso delle prossime pagine considererò, ai fini della mia analisi, il testo della monografia.

ticismo ottocentesco di cultura tedesca, in reazione all'astratto razionalismo cartesiano di matrice francese, a favore della storia elevata a criterio di verità nelle scienze sociali. Infatti lo storicismo, nel tentativo di comprendere concetti che erano apparsi irrazionali alla cultura illuministica, pose il problema “... della necessità di una nuova tecnica della ragione, che non fosse quella di cui si era servito il secolo precedente per intendere il mondo della storia. È questo il problema metodologico che abbiamo ereditato dallo storicismo dello scorso secolo sebbene quest'ultimo non lo abbia risolto” (40).

Giuliani, partendo dalla distinzione concettuale esposta da Leoni e da von Hayek sui due tipi di individualismo, distingue a sua volta due tipi di storicismo: il primo, avente un carattere in apparenza modesto, in quanto non pretende “... di ricostruire la storia in sé, ossia respinge ogni metodo di ricerca oggettivo e assoluto [...], perché il futuro resterà per noi sempre ignoto, non potendo la nostra mente individuale determinare il piano secondo cui dovrà svolgersi la storia umana” (41); il secondo che egli — parafrasando Karl Popper — definisce piuttosto “povero”, si risolverebbe in una visione “escatologica della storia”, ossia in una vera e propria filosofia della storia il cui unico scopo sarebbe quello di scoprire le leggi scientifiche che guidano la condotta umana e che, pertanto, cercano di prevederla (42).

In questa sua distinzione, Giuliani è ancora fortemente legato alla metodologia individualistica di Leoni, almeno per quanto concerne l'impostazione teoretica, ma in realtà l'oggetto del suo metodo è evidentemente diverso: non è l'azione individuale, infatti, il centro dell'analisi di Giuliani, bensì la storia umana che è fatta di azioni individuali. Sin dalle premesse del suo discorso, quindi, il nostro autore capovolge il metodo individualistico di Leoni, salvandone solo in apparenza l'impostazione teoretica, ma giungendo a risultati diametralmente opposti dal punto di vista epistemico.

Le pagine centrali dell'opera in commento, a mio avviso, già segnano in maniera definitiva il distacco metodologico tra i due filosofi: per Giuliani, infatti, “... la realtà del diritto non è razionale,

(40) A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria*, cit., p. 29.

(41) A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria*, cit., p. 31.

(42) *Ibidem*.

né irrazionale, è quello che è: spetta alla scienza giuridica costruire schemi e modelli che la sappiano interpretare" (43), mentre Leoni, come abbiamo avuto modo di vedere nel precedente paragrafo, partiva proprio dall'impossibilità per la scienza giuridica di concettualizzare l'irrazionale nel diritto e di disporre gli strumenti teoretici per ricondurre i nuovi fatti umani all'interno della dogmatica, in una concezione di tipo sistematico. In sintesi, se per Leoni la condotta umana può non essere sussumibile in una norma giuridica, allora significa che la norma giuridica non può coprire lo spettro fenomenologico del reale e, pertanto, ci sarà bisogno di un'altra tipologia di norma che sia in grado di sussumere ogni fatto ad una norma.

Per Giuliani, invece, "*Nella misura in cui riusciremo anche noi nella giuridica a pensare storicamente, e quanto più nell'indagine e nell'analisi dei « fatti » giuridici considereremo fenomeni individuali, ossia azioni individuali, tanto più ci avvicineremo all'ideale di una ricerca « pura »*" (44). La norma giuridica, il diritto, non possono essere ridotti olisticamente ad uno schema logico che sia in grado di tipizzare ogni condotta umana, al contrario, ogni fatto, ogni condotta umana, proprio perché storicamente situata, può essere compresa dalla scienza giuridica e quindi riconducibile ad una norma, intesa quest'ultima come attività individuale pratica che si svolge storicamente nel mondo del diritto stesso.

Il riconoscimento del carattere pratico della scienza giuridica non significa però, secondo Giuliani, rinunciare alla possibilità di individuare costanti e generalizzazioni all'interno della scienza, così come aveva teorizzato Leoni che pretendeva, in questo modo, di rifondare il diritto a partire dalle categorie di "pretesa" e di "probabilità". Ribaltando ancora una volta l'approccio metodologico del maestro, Giuliani afferma che proprio perché il diritto non è qualcosa che possiamo osservare in laboratorio, ma un insieme di attività e di opinioni di individui che si *svolge* nella realtà, sarà proprio la nozione di *fatto* e di *esperienza* che vengono a giocare un ruolo importante nella scienza giuridica la quale, a questo punto, non può utilizzare un metodo identico a quello delle scienze naturalistiche,

(43) Così A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria*, cit., p. 103.

(44) *Ibidem*.

poiché “... *non esiste [...] un diritto come entità a sé stante, come organismo*” (45).

Di conseguenza, affermare che la peculiarità della scienza giuridica — come di quella economica — consiste nel suo carattere pratico, conduce Giuliani “... *a porre al centro della nostra indagine proprio quei fatti « individuali » che non hanno ottenuto il posto meritato nella scienza tradizionale e che soli ci possono rivelare la dimensione « umana » della scienza del diritto*” (46). Per questo motivo, continua Giuliani, è importante studiare il pensiero di Smith, in quanto egli utilizzando il metodo individualista non-razionalistico (il primo tipo di individualismo di cui parlava Leoni nel suo articolo su *Il Mondo* del 1950) giunge alla conclusione che questa particolare tipologia di individualismo presuppone necessariamente un concetto antropologico di natura umana le cui costanti sono rinvenibili nella storia.

Ma la storia che interessa allo Smith, scrive Giuliani, “... *non è quella degli « eroi della ragione pensante », ma quella che gli individui determinano con la loro condotta. [...] La sua « natura » non fu la « natura delle cose », ma la natura umana immutabile e comune a tutti gli uomini, sulla cui base poté fare dei ragionamenti e delle deduzioni valide per qualsiasi ambito sociale*” (47). Ecco allora, afferma Giuliani, il perché di un ritorno allo studio del metodo di Smith nel momento di crisi che caratterizzava la scienza giuridica nel corso di quegli anni: non per trovare, come aveva fatto Leoni, i mattoni teoretici per ricostruire una nuova metodologia del diritto, servendosi dei più “certi” principi desumibili dalla scienza economica, ma per assumere la consapevolezza — una consapevolezza che evidentemente Giuliani trae dalla sua ormai acquisita prospettiva storicistica —, che anche all'interno di una scienza giuridica ormai in crisi, il giurista può ancora disporre di quegli strumenti necessari a comprendere il reale, strumenti che è la medesima scienza giuridica a fornirgli, purché essi vengano storicizzati dal giurista.

Il nostro autore, quindi, ritiene che i tempi siano ormai maturi per ristabilire un legame di tipo metodologico tra il diritto e

(45) A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria*, cit., p. 108.

(46) *Ibidem*.

(47) A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria*, cit., p. 132.

l'economia, poiché “... *la giuridica, pur avendo aderito ad un concetto di « oggettività » proprio delle scienze esatte, è stata filtrata attraverso esperienze e sensibilità personali tali che oggi il non meno lungo lavoro di purificazione della scienza giuridica tende a rivelarci che il concetto di « norma » è connesso con quello di « azione » umana*” (48).

Gli strumenti che il giurista deve prendere in prestito dalla scienza economica, al fine di comprendere l'azione umana, non sono però quelli della logica formale, che calcola la probabilità del verificarsi dei comportamenti individuali, in ragione di un principio di causalità che spinge i singoli a massimizzare il loro interesse egoistico, a fronte dei mezzi scarsi che possiedono. Questi sono gli strumenti di cui si serve l'economia pura, basata su calcoli matematici, sul metodo delle approssimazioni successive, che astrae in termini ontologici le provvisorie conclusioni a cui giunge lo studioso, ma che non riesce a calare l'analisi nei contesti storici in cui i fatti umani accadono (49).

Il compito della ricerca giuridica, invece, è quello di “limitarsi” a conoscere la realtà, le opinioni e le azioni individuali, senza scivolare in un'indagine di carattere psicologico, ma senza neppure giungere a generalizzazioni, se non prima di averle sottoposte a quel metodo individualistico e storico che è comune a tutte le scienze umane: le categorie giuridiche che danno “forma” all'agire umano appartengono, in ultima analisi, al mondo della storia e non a quello della logica formale.

È in questo passaggio che, a mio avviso, si consuma un'altra frattura teoretica tra Giuliani e Leoni, questa volta però sul concetto di norma. Per Giuliani, infatti, a fronte della mutevolezza dell'azione umana non si deve — lo abbiamo già visto — andare a ricercare il fondamento teoretico della norma fuori dalla scienza giuridica: laddove la dottrina tradizionale, scrive Giuliani, “... *vede la norma come qualcosa di esterno all'attività umana a cui questa va commisurata, ossia qualcosa che debba necessariamente essere posto ab extra, per noi la norma è qualcosa che, in una determinata comunità, viene ritenuta immanente ad attività che si ripetono ed in certo senso sono*

(48) A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria*, cit., p. 170.

(49) Per approfondimenti ulteriori, si rinvia direttamente ad A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria*, cit., pp. 148 ss.

prevedibili, in quanto determinate attività vengono sentite come mezzi idonei a raggiungere determinate finalità: tali sono le forme giuridiche" (50).

La "nuova" teoria pura del diritto di cui parla Giuliani, insomma, consiste in un metodo *immanente* e non esterno alla scienza giuridica — che è scienza *storica* dell'azione umana —, in grado cioè di rendere conto di come gli individui giungano a determinare le norme del loro vivere in comunità, proprio perché gli individui non sono delle monadi ma vivono insieme agli altri e producono insieme agli altri — attraverso un processo di collaborazione e di cooperazione spontanee — il diritto. Da ciò si desume non solo che le azioni degli individui sono reciprocamente condizionate le une rispetto alle altre, proprio perché essi vivono in comunità — e tale condizionamento è un presupposto dell'agire umano e non una conseguenza accidentale del loro agire, come vorrebbero Leoni e i "neo-liberali" —, ma anche che termini come *norma* o *valore*, al pari degli altri concetti giuridici, possono essere intesi soltanto in termini di *esperienza individuale*.

Le parole con cui Giuliani conclude i *Contributi* sono una sintesi perfetta della sua concezione del metodo e della scienza giuridica, ma allo stesso tempo tradiscono la profonda consapevolezza del giovane studioso di essere andato troppo in là nella critica del pensiero del maestro, il quale viene citato al termine dell'opera più in segno di deferenza accademica che non di convinzione scientifica (51). Conclude, infatti, Giuliani scrivendo: "*Non dobbiamo dimenticare che il diritto è una formazione pratica, frutto di collaborazione e cooperazione, di decisioni individuali e azioni individuali, che non sono isolate, ma reciprocamente condizionate e connesse: il momento della norma rappresenta soltanto una parte limitata del fenomeno giuridico. Quanto più la scienza giuridica collocherà nel giusto posto quei fatti individuali che essa tende tradizionalmente a*

(50) A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria*, cit., p. 177.

(51) Giuliani cita un articolo giornalistico di Leoni apparso il 7 settembre 1952 sul quotidiano *24 ore*, in cui il filosofo anconetano criticava l'ingente produzione normativa del Parlamento italiano di quegli anni che dimostrava l'idea della nostra classe dirigente — idea evidentemente errata per Leoni —, secondo cui più leggi si fanno, più mali si rimediano.

trascurare, tanto più si allontanerà dalla concezione razionalistica del diritto, che, anche di fronte allo spettacolo catastrofico della inflazione legislativa — osservava di recente il Leoni — vorrebbe lasciarci credere che « più leggi si fanno, più mali si rimediano » (52).

4. “Storicizzare” Giuliani: un’ipotesi conclusiva.

Come è stato sottolineato in dottrina, il metodo di Alessandro Giuliani risponde all’esigenza di inquadrare in termini storici i fenomeni giuridici, un metodo questo immanentista ma non determinista, in cui la prospettiva del mutamento dell’esperienza giuridica è centrale ma non esclusiva (53). Lo studioso di diritto, insomma, seguendo l’insegnamento giuliano non dovrebbe “... arrestarsi alla concezione del mondo prevalente in una certa epoca, restare immamente alle opinioni dominanti tra gli specialisti delle singole materie, ma ben può interrogarsi sugli elementi costitutivi del diritto, sulle esigenze umane fondamentali, sui mutamenti che caratterizzano lo sviluppo storico dell’umanità” (54). Pertanto, per quanto sia esplicita l’adesione di Giuliani all’individualismo metodologico di Bruno Leoni, di Friederich A. von Hayek e di Ludwig von Mises, ritengo di poter affermare che egli non consideri l’agire umano come isolato, al contrario, per lui “... le azioni individuali sono sempre fra loro connesse e reciprocamente condizionate poiché tutte entrano fra loro in relazione” (55). In effetti, se noi consideriamo l’intera opera di Alessandro Giuliani, potremmo sintetizzare il pensiero del filosofo leccese in questa semplice massima: per conoscere il diritto è necessario conoscere la vita e la storia degli uomini che attraverso le loro azioni ed i loro differenti punti di vista fanno il diritto (56).

(52) A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria*, cit., p. 206.

(53) COSÌ A.A. CERVATI, *Alessandro Giuliani e lo studio comparativo del diritto costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, Jovene, 2011, p. 773.

(54) A.A. CERVATI, *Alessandro Giuliani e lo studio comparativo*, ult. cit., p. 774.

(55) COSÌ F. CERRONE, *Alessandro Giuliani: la storicità del diritto fra logica ed etica*, in F. TREGGIARI (a cura di), *Giuristi dell’Università di Perugia. Contributi per il VII centenario dell’Ateneo*, Roma, Aracne, 2010, p. 88.

(56) Si veda al riguardo proprio A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 106.

Se però noi volessimo posizionarci storicamente rispetto all'opera di Giuliani e cioè — come ho provato a fare nel corso di queste pagine — nel momento in cui egli diede alle stampe i suoi *Contributi*, al fine di comprendere ancora più a fondo le ragioni della sua frattura accademica con Bruno Leoni, dovremmo riconoscere che in quel delicato momento della sua vita di studioso, a prevalere non furono tanto le esigenze metodologiche di tipo storicistico — che indubbiamente caratterizzano tutta sua produzione scientifica —, quanto piuttosto l'esigenza di scardinare dall'interno il concetto di “pretesa morale” teorizzato dal Leoni nella prima metà degli anni Cinquanta del secolo scorso. Soltanto in questo modo, infatti, sarebbe stato possibile per Giuliani provare ad elaborare una “nuova” teoria pura che, tanto in contrapposizione all'analisi economica del diritto quanto in polemica con il normativismo kelseniano — entrambi ancora oggi egemoni nel nostro dibattito scientifico — riaffermasse non solo l'autonomia della scienza giuridica nei confronti dell'economia e della logica formale, ma anche la storicità e la *praticità* del diritto come scienza. Una “nuova” teoria pura del diritto questa che Giuliani si prenderà carico di elaborare nel corso della sua intera ricerca filosofica, pubblicando opere spesso assai diverse tra di loro sotto il profilo contenutistico, ma tutte accomunate da questa medesima esigenza che è indubbiamente al fondo della sua intera produzione scientifica.

In conclusione, è possibile affermare che il metodo storico di Giuliani sia improntato ad una visione individualista ma non solitaria del diritto, ad un'idea della scienza giuridica orientata a valori storici mutevoli ma da cui il giurista non può prescindere perché il diritto, in quanto attività pratica, non è opera di una coscienza solitaria che può ordinare e prevedere tutto, ma è una scienza autonoma che fonda la propria autonomia sulla capacità di riflettere sul mutamento dei percorsi valutativi dell'esperienza giuridica.

PIERLUIGI CIOCCA
DELLA CONCORRENZA:
ADAM SMITH E ALESSANDRO GIULIANI

1. Metodo e linguaggio dell'economia. — 2. La “mano invisibile”. — 3. L'etica della concorrenza.

Il tramite della mia conoscenza con Alessandro Giuliani è stato Riccardo Orestano, la casa di campagna di Colvecchio il luogo di più di un piacevole incontro. Io lo rassicuravo su Don McCloskey e la sua *Rhetoric of Economics* (1). Egli mi incoraggiava, con grande tatto, ad andare oltre la lettura della *Ricchezza delle nazioni*, verso lo Smith filosofo, giurista, storico, anche per meglio comprendere lo Smith padre dell'analisi economica.

Poi lo invitai a spiegare le radici romanistiche della concorrenza in un seminario della Banca d'Italia fra giuristi ed economisti. Pubblicammo il suo intervento nel 1997 sulla Rivista di Storia Economica. In quello stesso fatale anno, per la medesima Rivista, affidammo a Curzio Giannini — uno dei più intelligenti economisti del Servizio Studi, scomparso prematuramente — il commento a *Giustizia ed ordine economico*. Ne discussi a lungo con Giannini e del suo commento cercherò di tener conto.

Altri diranno del Giuliani filosofo e giurista. Io vorrei rendere testimonianza del significato che alcune sue sollecitazioni hanno assunto per un economista “pratico” come me.

Richiamerò due temi che preludono a un terzo, al quale dedicherei qualche riflessione personale in più. I tre temi sono nell'or-

(1) D.N. Mc CLOSKEY, *Rhetoric of Economics*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985, seguito da D.N. Mc CLOSKEY, *Knowledge and Persuasion in Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

dine: metodo e linguaggio dell'economia; “mano invisibile”, ovvero Stato e Mercato; concorrenza.

1. *Metodo e linguaggio dell'economia.*

Giuliani sottolinea che l'economia è scienza sociale: dei rapporti di produzione e distribuzione fra gli uomini riuniti in società.

L'individuo allo stato di natura non esiste: né fanciullino, né *homini lupus*, né tampoco *homo oeconomicus*. Secondo un antropologo fra i miei preferiti — Marshall Sahlins — “siamo stati plasmati, corpo e anima, per una esistenza culturale (...) La cultura viene prima della natura” (2), e cultura vuol dire società.

Anche per la frazione degli economisti che nel tempo è divenuta minoritaria non si dovrebbe ridurre la scienza economica a una branca della prasseologia. Ciò, purtroppo, è avvenuto, lacerando la disciplina in due tronconi sempre meno comunicanti al punto da far pensare a due discipline diverse.

Era più che fondato il richiamo di Oskar Lange: “Al posto di una scienza che studia i rapporti economici tra gli uomini, ne è sorta una che ha per progetto il rapporto dell'uomo — Robinson Crusoe — e non le cose” (3).

Adam Smith era stato invece il fondatore di quella prima e diversa scienza, non a caso detta economia *'politica'*.

Smith affida la tenuta di una società olistica all'equilibrio, mediato dal diritto, fra etica ed economia, fra interesse personale e *alterum non laedere*. La stessa felicità individuale per lui sorge soprattutto dall'essere apprezzati nella società: “sympathy”, ovvero condivisione di sentimenti morali.

È la piena comprensione del grande illuminista scozzese che porta Giuliani a vedere tutta “l'insufficienza dell'*homo oeconomicus*” (4). “I have no great faith in political arithmetik”, scriveva Smith contro William Petty, e Giuliani pone questa citazione in testa alla III sezione del suo maggior libro. Anche nelle nostre conversazioni sul saggio di McCloskey emergeva netta la sua freddezza verso il

(2) M. SAHLINS, *Un grosso sbaglio*, Milano, Eleuthera, 2010, p. 120.

(3) O. LANGE, *Economia politica*, Roma, Editori Riuniti, 1962, p. 237.

(4) A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 71.

modernismo degli economisti neoclassici. Per essi, il realismo degli assunti e il ‘peso’ degli argomenti conta assai meno della confutabilità statistica e della capacità previsiva delle teorie. Contro questo orientamento già negli anni Venti del Novecento aveva vanamente avvertito un neoclassico critico come Frank Knight: “Siamo spinti a essere ‘scientifici’ alla maniera delle scienze di laboratorio, a dedicarci alla osservazione di ‘fatti’, a guardarci dal generalizzare e da ogni proposizione che non si presti alla verifica empirica” (5).

L’invito di metodo di Giuliani, implicitamente esteso agli economisti, è chiaro: “Ad ogni forma di oggettivismo, scientismo, positivismo potremmo ancor oggi contrapporre lo smithismo, inteso come metodologia delle scienze sociali” (6). Cuore dello smithismo è il distinguere per meglio ricollegare — non per separare — l’economia e le altre discipline dell’analisi sociale.

Giuliani, in questo senso, avrebbe salutato con favore almeno due sviluppi recenti dell’analisi economica (7). Il nesso fra la teoria e la storia si è fatto più stretto. Inoltre, l’indagine sulla crescita economica — sulla ‘ricchezza delle nazioni’, la questione centrale, sollevata da Smith nel 1776 — si sforza sempre più di integrare la triade delle determinanti economiche della crescita — Risorse, Efficienza, Progresso tecnico — con un’altra triade — Istituzioni, Politica, Cultura — risalente allo strato più profondo del corpo sociale (8).

Si ripropone così, nel concreto della ricerca empirica e storica, la figura ideale di un pensatore come Smith: economista, anche perché filosofo, storico, giurista e, non ultimo, linguista.

Per Giuliani, come per Smith, il linguaggio dell’economia non può ridursi agli algoritmi — pur preziosi — della matematica e della statistica, alla ‘political arithmetik’. Un linguaggio vale nella misura in cui trasmette pensieri convincendo altri: i chierici, in primo luogo, i laici, se possibile. Le parole chiave sono due: *conversazione* e

(5) F.H. KNIGHT, *The Ethics of Competition and other Essays*, New York, Harper, 1935, p. 76.

(6) A. GIULIANI, *Le ‘Lectures on Rethoric and Belles Lettres’ di Adamo Smith*, in *Rivista Critica di Storia della Filosofia*, 1962, p. 335.

(7) P. CIOCCA, *Un modo di produzione da salvare?*, Roma, mimeo, 2010.

(8) I. MUSU, *Crescita economica*, Bologna, Il Mulino, 2007.

persuasione. Ha ragione Mark Perlman: “Gli economisti (...) sono, al fondo, dei persuasori” (9).

Ottimo matematico, teorico originale della probabilità, e al tempo stesso maestro della lingua inglese, Keynes nel 1931 riunì alcuni dei suoi scritti più controversi, eterodossi rispetto al pensiero dominante, come *Essays in Persuasion*. All’apice dell’impegno teorico, così motivò l’aver scelto di scrivere nella lingua madre, con minima matematica, il suo capolavoro, la *General Theory* del 1936 forse il più influente trattato d’economia dopo la *Ricchezza delle nazioni*: “Quando usiamo il linguaggio ordinario (“ordinary discourse”) non manipoliamo alla cieca; sappiamo in ogni momento cosa le parole significano; serbiamo *nel retro della nostra mente* le necessarie riserve e qualificazioni, e le integrazioni che apporteremo in un momento successivo (...) Una parte troppo grande della analisi economica recente, detta *matematica*, è solo un fritto misto (“concoction”)” (10).

Diversi anni fa, con l’aiuto di un’amica giornalista, raccolti in una antologia saggi di economisti italiani. La scelta era basata anche sulla qualità della scrittura, dell’uso della lingua vagliato altresì da specialisti quali Cesare Cases e Tullio De Mauro (11). I sei tratti che costituiscono la griglia stilistica proposta da Italo Calvino nelle sue *Lezioni americane* (12) — Leggerezza, Rapidità, Esattezza, Visibilità, Molteplicità, *Consistency* — sono tutti presenti nelle pagine più belle degli economisti italiani. Sono quasi tutti riuniti nello scrittore migliore: per me, Umberto Ricci, per Cases “la grande sorpresa e novità di questa antologia” (13).

Per Smith, come per Giuliani, come per McCloskey è la *retorica* l’arte capace di ricondurre a rigore di metodo il consapevole uso dei linguaggi più persuasivi. Non la retorica — insiste Giuliani sin dal

(9) M. PERLMAN, *Review of T. Hutchison’s Knowledge and Ignorance in Economics*, in *Journal of Economic Literature*, 1978, p. 528.

(10) J.M. KEYNES, *The General Theory of Employment Interest and Money*, London, Mac millan, 1936, pp. 297-298.

(11) R. BOCCIARELLI-P. CIOCCA (a cura di), *Scrittori italiani di economia*, Bari, Laterza, 1994.

(12) I. CALVINO, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Milano, Garzanti, 1988.

(13) BOCCIARELLI-CIOCCA, *Scrittori*, cit., p. 403.

saggio sulle *Belles Lettres* di Smith — come “teoria della forma ornata”, ma come “stile piano e semplice”, “branca della dialettica logicamente impegnata”. Per Giuliani, “alla base della retorica classica vi era una logica dell’opinione, del verosimile, del probabile: un metodo di indagine nel settore dove non è possibile una conoscenza certa, ma bisogna accontentarsi di una ‘verità probabile’”. Il settore è quello della scienza sociale. Segnatamente, nel giuridico e nell’economico è raro poter ricavare una verità per mezzo di un’analisi di tipo matematico, alla maniera di Cartesio, del razionalismo di Hobbes, dei fisiocrati come Quesnay (dai quali ultimi Smith, al pari del nostro Galiani, avendoli conosciuti, prese le distanze). Qui, secondo Giuliani, siamo nel mondo della *opinio*: “(dal punto di vista dialettico) un giudizio, che ha accettato un corno del dilemma dopo aver sottoposto a prova e confutazione una questione sempre posta in forma contraddittoria”.

Come l’ennesima, recente, grave, tuttora irrisolta crisi finanziaria conferma, e come sentenziava Mises, prevedere gli eventi economici “trascende il potere di ogni *essere mortale*” (14). Bene argomentando, possiamo però spiegare gli eventi economici, nel senso di persuaderci, e persuadere, che una interpretazione dei nessi causali è più di altre convincente e utile per tentare di governare quegli stessi eventi.

2. La “mano invisibile”.

Nonostante... Lehman Brothers, molti economisti pensano ancora che, se liberi e autoreferenziali, i mercati siano pressoché perfetti nel raccogliere, sintetizzare e trasmettere attraverso i prezzi — “una sorta di simbolo”, affermava Hayek (15) — l’informazione necessaria e sufficiente affinché la razionalità-ottimizzante degli *hominis oeconomici* — produttori e consumatori — si esprima al meglio.

Altri economisti pensano, invece, che solo le regole e l’interven-

(14) L. MISES von, *Human Action*, New Haven, Yale University Press, 1949, p. 867.

(15) F.A. HAYEK von, *The Use of Knowledge in Society*, in *American Economic Review*, 1945, p. 527.

to pubblico possano attenuare ovvero compensare i fallimenti del mercato.

È la questione della “mano invisibile” di Smith.

Staccando l'espressione dal contesto dei suoi scritti, sempre più e troppo a lungo Smith è stato interpretato come il primo campione del liberismo, come un mercatista spinto.

Avendo studiato a fondo tutto Smith, Giuliani è stato invece tra i primi a sconsigliare una interpretazione siffatta, a vedere nella mano invisibile “una metafora da rivisitare”.

La rivisitazione più colta ci è stata offerta da Emma Rothschild in un bellissimo libro del 2001 ⁽¹⁶⁾, di cui Giuliani non poté tener conto. Con scrupolo filologico la Rothschild ha chiarito che nell'arco di tutti i suoi scritti Smith usa l'espressione ‘mano invisibile’ soltanto tre volte. Lo fa senza attribuirvi soverchio rilievo. Secondo la Rothschild, Smith “si prende gioco dei politeisti che credevano nella mano invisibile di Giove nella *History of Astronomy*; nella *Teoria dei sentimenti morali* e nella *Ricchezza delle nazioni* si diverte a spese di individui guidati dalla mano invisibile (...) così come si diverte a spese di quei filologi che credono in un ordine divino” ⁽¹⁷⁾.

Al di là della fortunata ma incompresa metafora, Smith è tutt'altro che un negatore del ruolo economico dello Stato. Nella *Ricchezza delle nazioni* al *Sovrano* è dedicato il Libro Quinto, un quarto dell'intera opera. Vi si afferma, non la marginalità ma la centralità, crescente, dei doveri dello Stato. Quella di Smith non è la salomonica conclusione da sintesi neoclassica del più illustre economista contemporaneo, fino a pochi mesi fa vivo e attivo, Paul Samuelson: “Le due metà, mercato e Stato, sono indispensabili per il *buon funzionamento* del sistema economico come economia mista” ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ E. ROTHSCHILD, *Economic Sentiments: Adam Smith, Condorcet and the Enlightenment*, Cambridge, Harvard University Press, 2001 (ed. italiana Il Mulino, 2003). Solo un brevissimo sunto del capitolo sulla “Mano invisibile e sanguinaria” era apparso in precedenza (*American Economic Review*, 1994, pp. 319-322). Si veda anche il dibattito sull'edizione italiana del libro fra Carlo Galli, Stefano Zamagni, Pierluigi Ciocca e la stessa autrice in *Rivista di Storia Economica*, 2004, pp. 217-252.

⁽¹⁷⁾ ROTHSCHILD, *op. cit.* (ed. italiana), pp. 178-179.

⁽¹⁸⁾ P.A. SAMUELSON et al., *Economia*, XIX ed., Milano, Mc-Graw Hill, 2009, p. 38 (corsivo mio).

Secondo Smith non si tratta solo di *funzionamento*, migliore o peggiore: senza Stato una economia di mercato, semplicemente, non può esistere. Ciò non solo e non tanto perché solo lo Stato può farsi carico della difesa verso l'esterno, delle grandi infrastrutture e dell'offerta di beni non rivali e non escludibili, "pubblici". Dovere essenziale dello Stato è per Smith "proteggere, per quanto possibile, ogni membro della società dall'ingiustizia dall'oppressione di ogni altro membro della società stessa, cioè il dovere di instaurare una esatta amministrazione della giustizia" (19).

Lo Stato non deve interferire nei rapporti contrattuali in cui i cittadini volontariamente entrano. Non deve orientare gli usi privati delle risorse. Ma — interpreta Giuliani — spetta allo Stato la "giuridicizzazione della moralità dell'ordine economico, e dell'etica degli affari" (20). Solo le istituzioni giudiziarie, solo il diritto, possono mediare il legame fra commerci e civiltà. Un giudice imparziale deve sancire l'adempimento delle obbligazioni e punire, financo con la pena di morte, l'immoralità della bancarotta.

La subordinazione del diritto all'economia era inconcepibile per Smith. È inaccettabile per Giuliani, nella misura in cui è avvenuta attraverso la moderna 'analisi economica del diritto', a mio avviso viziata anche dalla sua dipendenza da *una* teoria economica soltanto, quella marginalistica (21).

A Giuliani, Smith sembra conciliare il primato del *common law*, nella sua capacità flessibile di corrispondere al mondo degli affari, con la propensione del *civil law* ad "anteporre la trattazione del government a quella dei diritti individuali" (22).

La cultura giuridica contemporanea è divisa su questa ipotesi di riconciliazione di diritto comune e civile avanzata da Giuliani.

Indubitabile è che, per Smith, deve esservi un limite all'interesse individuale, che pure costituisce il presupposto della divisione del lavoro, dello scambio, del mercato e quindi della ricchezza delle nazioni: "Nella gara per la ricchezza (... un uomo) può correre più

(19) A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Roma, Newton Compton, 1995, p. 585.

(20) GIULIANI, *Giustizia*, cit., p. 216.

(21) P. CIOCCA-I. MUSU (a cura di), *Economica per il diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2006.

(22) GIULIANI, *Giustizia*, cit., p. 193.

forte (...) per superare i suoi rivali. Ma se dovesse fare uno sgambetto o atterrare uno di loro (vi) sarebbe una violazione della competizione leale” (23). Il diritto non lo permetterà perché “la società non può sussistere tra coloro che sono sempre pronti a ferirsi e offendersi l’un l’altro (...) La giustizia è il principale pilastro che sostiene l’intero edificio” (24).

Dubito che Amartya Sen abbia letto Giuliani. Chi l’ha letto trova solo scontate conferme dell’analisi di Giuliani in una recentissima valutazione espressa da Sen: “L’interpretazione standard del pensiero smithiano (...) filtrata nella cosiddetta ‘politica della scelta razionale’ e nella corrente dominante dell’analisi economica del diritto è completamente fuori strada” (25).

3. *L’etica della concorrenza.*

L’utile può coincidere con il giusto se, e solamente se, è rispettata la condizione che la libera concorrenza non ceda al monopolio. Smith e Giuliani pervengono a questa conclusione attraverso la filosofia negativa della giustizia basata sull’*alterum non laedere*.

Una tesi di Giuliani — da sottoporre a rinnovata verifica — è che la “dottrina dei fondamenti logici, etici e giuridici della libertà nella concorrenza” sia giunta a noi attraverso la recezione del diritto romano a partire dal XII secolo grazie alla scuola dei glossatori di Bologna (26).

La filosofia dell’umanesimo italiano mira a vedere nei *monopolia* una distorsione “che trascende la tutela della libertà economica del singolo, in quanto investe i valori giuridici (come la *paritas* e la *aequitas*) che sono costitutivi dell’ordine isonomico”, inteso, quest’ultimo, come eguaglianza fra governanti e governati.

Smith è solo un po’ più... economista di Giuliani sulla concor-

(23) A. SMITH, *Teoria dei sentimenti morali*, Milano, Rizzoli, 1995, p. 206.

(24) *Ibidem*, p. 211.

(25) A. SEN, *Perché bisogna combattere gli stereotipi su Adam Smith*, in *La Repubblica*, 27 maggio 2010, p. 42.

(26) A. GIULIANI, *Le radici romanistiche della dottrina italiana della concorrenza*, in *Rivista di Storia Economica*, 1997, p. 107.

renza. Vede in maggior misura concorrenza e monopolio come meccanismi — ideale il primo, perverso l'altro — del *modus operandi* di una economia di mercato (27). La concorrenza favorisce, il monopolio ostacola, il prevalere tendenziale di un unico prezzo dei beni e di un unico saggio di profitto sul capitale. Il monopolio per Smith è “nemico della buona amministrazione, (...) nocivo per la popolazione”; è quindi causa di inefficienza e di iniquità; si giustifica, temporaneamente, solo “in base agli stessi principi con cui viene concesso all'inventore un analogo monopolio su una nuova macchina, e all'autore quello su un nuovo libro” (28).

Al di là delle riserve di merito che possono aversi su questa anticipazione schumpeteriana da parte di Smith, ribadisco due considerazioni personali in tema di concorrenza.

La prima è di sentirmi confortato da Alessandro Giuliani e dai suoi amati glossatori nel valorizzare i contenuti etici, isonomici, democratici del concetto di concorrenza. Ciò, sino a far coincidere il rifiuto del monopolio con il rifiuto delle vie facili al profitto, categoria a mio parere più ampia di quella di monopolio come mera forma di mercato. Ad esempio, dai primi anni Novanta all'attuale recessione le vie facili al profitto hanno contribuito ad abbattere l'innovazione produttiva in Italia. Il tasso di profitto si è mediamente innalzato rispetto agli anni Settanta e Ottanta, mentre la crescita della produzione e della produttività scemava, sino ad annullarsi.

La mia seconda considerazione muove dalla prima. Attiene alla promozione della concorrenza e al valore della concorrenza nell'ordinamento italiano, nell'esperienza giuridica italiana.

La legge *antitrust* del 1990 evidentemente ha fallito, se la concorrenza è diminuita, come indica la coesistenza di più profitti e minore produttività. La legge va meglio applicata. Soprattutto, va riscritta, rispettando lo spirito, ma superando la lettera, del Trattato europeo.

L'azione *antitrust* va svolta secondo priorità. Non deve rispondere, demagogicamente, alle pressioni casuali e settoriali di gruppi di

(27) Per una lettura in tal senso del pensiero di Smith sulla concorrenza cfr. G.J. STIGLER, *Essay in the History of Economics*, Chicago, Princeton University Press, 1965, Cap. 8.

(28) SMITH, *La ricchezza*, cit., p. 619.

consumatori interessati al prezzo dei beni più a valle nella domanda finale. Dovrebbe assicurare concorrenza, primariamente nei settori strategici dell'economia: i settori che producono *inputs* "base", quelli che entrano direttamente o indirettamente nella produzione di tutte le merci (29).

Quanto alla riscrittura della legge, la promozione della concorrenza — non può tutelarsi ciò che non esiste ancora! — dovrebbe riferirsi al *complesso* delle forze che, al di là delle forme di mercato, determinano la pressione competitiva esercitata sui produttori.

Bisogna minare ogni forma di difesa delle posizioni precostituite: monopoli, abusi di posizione dominante e intese (le sole fattispecie attualmente previste dalla legge), certamente, ma anche sussidi, protezioni, collusioni fra capitale e lavoro, intrecci fra industria e finanza, comportamenti opportunistici.

L'impegno contro le vie facili al profitto — Pantaleoni e Schumpeter parlavano di *minaccia* concorrenziale per l'impresa — deve aver presenti financo le determinanti macroeconomiche degli utili aziendali. Spesa pubblica larga e incontrollata, tasso di cambio lasco e cedevole, salario ristagnante gonfiano il profitto e dissuadono l'impresa dal perseguirlo attraverso le vie maestre della efficienza e della innovazione.

In ultima analisi, va contrastata l'etica della irresponsabilità. Concorrenza è piena assunzione di responsabilità da parte dell'impresa. Il valore della concorrenza — la sua etica — coincide con produttori che facciano conto solo su se stessi, escludano di ricercare scorciatoie al profitto, non pensino di trasferire ad altri le proprie perdite.

In questo spirito, sarebbe a mio avviso opportuno scolpire tali concetti — che non sono prescritti dal Trattato europeo — nella Costituzione repubblicana. Il primo comma dell'art. 41 — del quale tanto spesso si discute a sproposito — potrebbe utilmente recitare: "L'iniziativa economica privata è libera. Chi la intraprende ne è esclusivo responsabile. Deve svolgersi in condizioni di concorrenza". O qualcosa di simile...

Suscita in me pratici pensieri come questi il contributo analitico

(29) P. SRAFFA, *Produzione di merci a mezzo di merci*, Torino, Einaudi, 1960, p. 10.

di Alessandro Giuliani, e segnatamente il suo ultimo libro. “Un affascinante saggio interdisciplinare (...) sulle connessioni tra diritto, etica ed economia”, nella valutazione, che faccio mia, di Curzio Giannini.

Lo schianto della finanza anglosassone nel 2008-2009 ha forse incrinato la fede spesso acritica e totalizzante nella teoria economica neoclassica — anti-smithiana, anti-classica, anti-keynesiana — sinora dominante ⁽³⁰⁾.

La lettura di Giuliani e la rilettura di Smith alla luce di Giuliani possono essere davvero d’ausilio agli economisti, in modo speciale nell’attuale fase di ripensamento che la loro disciplina attraversa.

⁽³⁰⁾ Per un caso importante di “conversione” da parte di un cultore della *law and economics*, scuola di Chicago, si veda R.A. POSNER, *A Failure of Capitalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.

GIULIANO CRIFÒ
IL VICO DI ALESSANDRO GIULIANI (*)

Dopo aver ascoltato le cose che sono state dette ieri, cercherò di essere molto breve, sforzandomi soprattutto di giustificare il titolo che ho dato a questo contributo: *“Il Vico di Alessandro Giuliani”*.

È trascorso quasi un secolo dalla pubblicazione nel 1911 del libro di Croce sulla filosofia di Giambattista Vico. Croce scrive in quell’occasione a Gentile — Croce e Gentile si scrivono molto —: *“Mio caro Giovanni sono contentissimo della buona impressione che hai avuto del mio libro su Vico, perché mi conferma che ho pressappoco raggiunto quel che avevo in animo di fare. Certamente, mi raccomando anche a te di profittare del momento buono... nuove lezioni di Vico, mia monografia, dedica a Windelband, probabile traduzione in tedesco e francese eccetera, per rompere la jettatura che grava sul nome di Vico”*.

In quell’opera, ci troviamo di fronte ad un Vico molto purificato cioè ad un Vico di Croce, privato assolutamente delle proprie radici: è il Vico della filosofia dello spirito. Accanto a questo c’è un Vico diverso, quello di Giovanni Gentile che è prestatato all’attualismo, e ci sono tanti altri Vico, come sapete: c’è il Vico di Jules Michelet per esempio, un Vico che fonda la filosofia della storia, c’è il Vico studiato dal giovane La Pira, ma c’è anche il Vico di Capograssi e di Piovani, c’è il Vico filosofo dell’interpretazione di Betti e così via. Ci sono insomma tanti Vico.

E si potrebbe continuare perché esiste innegabilmente un *mare magnum* di bibliografia su Vico, in cui si trovano tante cose: per

(*) Si dà qui la trascrizione, con devoto ed affettuoso ossequio di allievo, della videoregistrazione dell’intervento in occasione del Convegno di Perugia in memoria del prof. Alessandro Giuliani nel giugno 2010. Di ogni eventuale imprecisione o fraintendimento mi assumo umilmente ogni responsabilità [Sandro-Angelo Fusco].

esempio c'è tutta una serie di interventi “Vico e...”, e si va da Vico e Marx fino ad arrivare, per esempio, a Vico ed Heidegger e così via.

Di tutto questo si tratta anche qualche volta purtroppo con molta disinformazione. Mi riferisco soltanto a titolo d'esempio a ciò che riguarda proprio i rapporti tra Vico ed Heidegger dove emerge una questione molto precisa: come mai l'ermeneutica italiana o addirittura europeo-continentale, ma anche quella americana, non si occupa a fondo di quel “vero continente” che è Vico. Forse per la mancanza di informazioni?

C'è stato comunque un convegno recente con molti interventi, che ha avuto a che fare con il problema fondamentale, anche per Alessandro Giuliani, dell'educazione giuridica: l'importanza dell'uso di Vico nelle *law schools* americane, e il ruolo della prudenza e quindi anche della retorica, nell'insegnamento del diritto e nell'educazione giuridica. Ebbene in questo convegno, piuttosto importante, recentemente tenutosi in America, si è parlato soltanto di Vico, della retorica e dell'educazione giuridica, ma di Alessandro Giuliani nulla! Si è parlato anche del rapporto tra retorica e *jurisprudence*, si è anche parlato un poco delle *Institutiones oratoriae* cioè delle lezioni di retorica fatte da Vico in tanti anni ai suoi studenti, propedeutiche, come voi sapete, allo studio del diritto. Ma si tace del tutto, negli interventi, dell'analisi e della dottrina di Alessandro Giuliani.

Ed è questo allora, che mi spinge a tentare qui di identificare il Vico di Giuliani: cercherò quindi adesso di presentare brevissimamente le mie impressioni in proposito. Innanzitutto il Vico di Giuliani è una presenza che si distingue per ragioni concrete: quali sono queste ragioni? *In primis* la sua lettura originale e personale di Vico, fatta con rara onestà intellettuale, basata su storia e storicità e sul riconoscimento, del quale non si può più discutere, che Vico era un giurista, uno *iuris consultus*.

Perché giurista? Perché prima di ogni altra cosa, come sappiamo, per dottrina sua Vico era un romanista; e poi anche per una sensibilità particolare che gli veniva dal fatto che tutto il suo pensiero — parliamo della *Scienza Nuova* ma potremmo parlare anche del *Diritto universale* — è incardinato nella storia di Roma e nel diritto romano. È questo dunque che ne fa incontrovertibilmente uno *iuris consultus*. Ed è da questo che la filosofia di Vico viene vista

da Alessandro Giuliani come una filosofia retoricamente orientata, sul che credo non ci siano dubbi, anche perché se ne è parlato abbastanza.

Potrei glossare tutto quello che è collegato a questa riflessione in un paio di indicazioni. Giuliani critica Viehweg nel 1963 rimproverandogli in particolare la difettosa conoscenza storica della topica e sottolineando invece per conto suo la necessità di instaurare una più corretta impostazione “... a qualità dell'arte topica nella scienza giuridica contemporanea”, cioè a dire stimolando ad osservare una migliore conoscenza storica della topica nella giurisprudenza. Con una precisazione: “... solo veramente l'interesse storico ci permetterà di approfondire i termini della contrapposizione tra pensiero problematico e pensiero sistematico”.

È un'affermazione del resto questa che ritroviamo anche in *Giustizia ed ordine economico*, e cioè che il filosofo non può ignorare la storia: “... deve dare una risposta — il filosofo — ai problemi concreti che gli pone la tradizione”. Allora evidentemente qui c'è un problema, il problema di delineare la sostanza del pensiero di Giuliani. E anche di stabilire se si tratta di, come lui scrive, un orientamento oppure se si tratta di una reale fondazione storica: questa richiederebbe una contestualizzazione molto ampia, un'analisi che ovviamente non si può fare qui e che dovrebbe tener conto di tutto quello che è stato detto proprio recentemente. Il momento attuale, infatti, è un momento particolarmente interessante di sviluppo delle riflessioni sul pensiero di Vico, anche e non solo in rapporto a Sandro Giuliani. Ci sono dei lavori recentissimi, molto interessanti, di Francesco Cerrone ad esempio, ma anche di Giorgio Repetto, di de Nitto, su Vico e il diritto, o sulla storicità del diritto tra logica ed etica, oppure sul rapporto tra Sandro Giuliani e Capograssi — è una cosa questa che ritorna continuamente —, oltre ad altri contributi stimolanti di Totò Cervati.

Ebbene bisogna tenere conto di tutte queste considerazioni per poter poi analizzare il Vico di Giuliani. Ci sono poi anche le cose che abbiamo sentito oggi, ieri e che ascolteremo più tardi: tutto questo aumenta moltissimo la difficoltà del problema, che è quello della presenza di Vico nel pensiero del nostro Alessandro Giuliani.

Considerando così le cose c'è allora evidentemente dal mio punto di vista un profilo di grande superficialità, nel fare un

tentativo di sintesi di tutto ciò, e questo anche per un altro motivo: posto infatti che io sia capace di fare una sintesi, probabilmente sarebbe inutile di fronte ad un dato materiale, concreto del quale avrei voluto sentir dire qui un pò di più. Qualcosa ha accennato Nicola Picardi ieri e del resto lo aveva già accennato qualche tempo fa, quando facemmo un saluto ad Alessandro Giuliani all'Università. Di che cosa sto parlando? Di quello di cui Sandro stesso ha parlato in nota ad un lavoro molto bello che è "*Retorica giudiziaria e filosofia pratica in Giorgio Trapezunzio*" [il titolo esatto del saggio è però *Retorica, diritto e filosofia nell'umanesimo. La Rhetorica di Giorgio Trapezunzio*, in *Philologica*, n. 5, 1994, pp. 9-18].

In nota lui dice: "*Questo è un lavoro che anticipa dei temi sui quali ho lavorato molto e da tanto tempo è in preparazione una monografia dal titolo «Introduzione alla retorica giudiziaria», in cui abbiamo cercato di documentare come la storia della retorica nell'ottica del genere giudiziario risulta imparentata sia con la concezione della storia di Vico che con gli altri capitoli della teoria dell'argomentazione, la dialettica e la sofistica, sia con la storia della retorica intesa come tecnica*".

Qui emerge dunque un collegamento fondamentale nel pensiero di Vico tra la *vis veri* e l'altra sua fondamentale intuizione su verità e dignità dell'eloquenza. Stiamo parlando — val la pena sottolinearlo — dell'eloquenza, cioè di un tipo di linguaggio destinato ad un certo scopo. Pur non essendo un filosofo, posso indicare qui un riscontro per me prezioso per una migliore definizione di questo scopo: leggendo ho trovato una piccola nota in un lavoro recente di un francese, [Davide Luglio], *Science nouvelle ou l'extase de l'ordre: connaissance rhétorique et science dans l'oeuvre de G.B. Vico* [Paris, PUF, 2003, pp. 213]. In questa noticina si dice con un rinvio ad un lavoro di Sandro su Vico del 1976: "*Alessandro Giuliani è il solo che, a nostra conoscenza, si sia occupato veramente di questo problema*" cioè della possibilità in Vico di utilizzare la retorica come — ed ecco lo scopo — strumento/metodo di ricerca per raggiungere il *verum*. È stato Giuliani davvero il solo ad occuparsi di questo aspetto del pensiero di Vico? Personalmente penserei anch'io di sì.

Ma c'è un altro problema molto importante su cui Sandro ha lavorato in modo eccellente: il problema della finzione, di cui si occupa molto la "*nuova retorica*". Di questo progetto di lunga

elaborazione ci aspettiamo però di sapere qualcosa di più. Nicola Picardi ha accennato ieri a questa che sarebbe la terza parte del grande lavoro costruito insieme, un'interpretazione autentica intorno alla logica del giudice ed alla prova, e consisterebbe *a)* in una introduzione alla retorica giudiziaria come *ars hermeneutica*, *b)* in una riflessione sulla logica della controversia fino a Vico e *c)* in una conclusione su prova e logica del giudizio tra ordine isonomico ed ordine asimmetrico.

I materiali di questo lavoro esistono tutti, però manca la sintesi. O meglio: manca soltanto la stesura della sintesi, quindi la sintesi in quel testo c'è già; come dice del resto Nicola Picardi, quando osserva che Giuliani viene qui negli anni Novanta e c'è la scoperta — o la riscoperta — dell'anello di congiunzione tra la concezione classica della retorica come logica *more iuridico* ed il pensiero di Vico (seppure nella versione minoritaria legata alla retorica dell'Umanesimo). Da qui poi la riscoperta nel contributo sull'*ordo iudicarius* europeo per quanto riguarda la logica della consuetudine.

Comunque queste sono tutte cose notissime; io posso solo fare qualche aggiunta, offrire qualche spunto.

L'attenzione di Giuliani per Vico è molto precedente a questo programma e del resto quello sulla retorica giudiziaria è un lavoro durato 40 anni. Per valorizzare più efficacemente il contenuto e l'effettività della scoperta scientifica che è datata, come dicevamo, agli anni Novanta ma che in realtà è assai più risalente, avevo scritto originariamente *more geometrico* anziché, come poi qui ho detto — un lapsus, almeno io dico che è un lapsus, ed i lapsus sono sempre molto significativi —, *more iuridico*! È chiaro che c'è una bella differenza.

In ogni caso, questi tempi lunghi stanno ad indicare anche un altro aspetto molto interessante per chi ha conosciuto Sandro: quello della perenne insoddisfazione del proprio lavoro — e questo denota la sua grande onestà intellettuale — perché è un lavoro basato su una stratificazione continua, che non è un problema di continuità o meno della ricerca scientifica, ma è piuttosto giustificato dal grande senso storico con cui tutto quanto viene affrontato. Documentare, insistere sulla documentazione: questa è stata sempre per Sandro un'esigenza molto sentita che aveva a che fare col suo essere filologo. Ho sentito qualcuno oggi che diceva “*Andiamo a vedere il testo, non*

consideriamo soltanto la frase di Aristotele". Sarebbe necessario, ma non posso approfondire qui ora questa questione del senso storico e della documentazione in Sandro.

Parliamo invece un attimo dei debiti scientifici di Sandro. Cerchiamo di capire il rapporto con Vico che, a quanto pare, è un rapporto sostanziale di tutto il suo lavoro. Sandro richiama spesso tre maestri: Orestano, Perelman e Villey. Per quanto riguarda Orestano, Giuliani dichiara di averlo conosciuto dalla lettura di "*Studio storico del diritto e studio dell'esperienza giuridica*" del 1955. Quanto a Perelman, ne "*Il concetto di prova*" del 1961 la prima nota è proprio tratta dalla "*Teoria dell'argomentazione*", di quell'autore appunto e di Olbrechts-Tyteca. In ordine infine a Michel Villey, c'è una valutazione molto penetrante di Giuliani in un lavoro del 1985.

A proposito di questi tre maestri — evidentemente considerati tali anche in ragione dei rapporti personali — non vorrei tralasciare due o tre indicazioni utili per approfondire un po'. Intanto un'indicazione a proposito di Orestano. Dei rapporti con lui ha parlato Maria Campolunghi nel suo intervento: Vico non è un autore di Orestano fin dall'inizio, ma ad un certo momento c'è un passaggio di Orestano su Vico. Direi che anche questa è una introduzione che ci testimonia il ripensare in certo modo cose precedenti.

Perelman invece è stato il maestro che ha permesso a Sandro di utilizzare a fondo le "*Institutiones oratoriae*" di Vico. Perelman le utilizzava in una vecchia glossa ottocentesca letta in un certo modo, in quel modo cioè che ha permesso poi a Letizia Gianformaggio di criticare l'uso degli argomenti da parte di Perelman. Perdonatemi qui una digressione: Letizia Gianformaggio ha dedicato da filosofa analitica delle pagine molto belle a Sandro Giuliani. C'è stato poi un convegno qualche anno fa alla LUISS con Gaetano Carcaterra e Letizia Gianformaggio tenuto esattamente su questi problemi. Purtroppo questo convegno interessantissimo fu trascritto, ma le trascrizioni non vennero mai pubblicate. E in quell'occasione la Gianformaggio disse delle cose che erano un poco la revisione di quello che aveva scritto in precedenza.

Ad ogni modo, questa presenza fortissima di Vico nell'opera di Alessandro Giuliani non è qualcosa che gli è stata data da altri, non è calata dall'alto. È sin dal 1957 che tutta la sua ricerca scientifica si ricollega a qualche titolo a Vico, ed è metodologicamente fondata

sulla dimensione storica della ricerca filosofica, più esattamente una dimensione storica sia degli istituti che del pensiero giuridico. Il che si sarebbe tradotto in quello specifico sviluppo in chiave processuale che è uno dei grandi esiti della ricerca di Sandro Giuliani: una ricerca che prende le mosse, a mio giudizio, da “*Il concetto di prova*” che è del 1961.

Tra le tante cose che ho appuntato su quest’opera, trovo segnalate le frasi “manca una storia della retorica”, “manca una storia dell’arte topica”: ma non mancava l’attenzione — lo dice lui stesso — all’influsso della retorica e della dialettica sui procedimenti e sui metodi della scienza giuridica romana. Ecco un’indicazione di questi approfondimenti: segnalo, tra i tanti, i legami con la teoria retorica della *interpretatio* e la dottrina giuridica della *aequitas*; i rapporti tra logica e giurisprudenza; l’influsso dei procedimenti della *coniectura* nella fissazione degli schemi della obbligazione; le implicazioni retoriche e logiche del concetto di *elegantia iuris*. Un’analisi più circostanziata de *Il concetto di prova* ci porterebbe certamente a risultati ulteriori rispetto a queste e ad altre indicazioni. Per esempio, c’è una critica molto acuta della difficoltà della introduzione di teorie retoriche nel processo romano (e questa è una discussione che tra i romanisti è ancora molto attuale); poi c’è il ragionamento probabile, il concetto moderno di prova. Insomma, qui abbiamo la storia e la giurisprudenza romana, però di Vico non sembra esservi traccia.

Ma invece proprio all’inizio del “*Trattato dell’argomentazione*” di Perelman c’è un riferimento alle “*Institutiones oratoriae*”. Vico è poi molto presente in Viehweg, naturalmente, ed è collegato subito alla teoria dell’argomentazione: quindi il fatto che Sandro abbia recensito il libro di Viehweg, “*Topica e giurisprudenza*”, è molto importante.

Nell’opera di Sandro si ritrova Vico in vari interventi, in particolare su quel libro molto importante sulla “*Scienza dell’immaginazione*”. Quindi Sandro Giuliani fa valere il carattere di aristotelicità del concetto classico di intelletto. Che cos’è l’intelletto per Aristotele? È ragione pratica, ragione sociale e intuitiva.

Il che si collega alle tecniche del ragionamento argomentativo e qui può contestare anche — questo è un punto interessante e nuovo — che l’epistemologia vichiana su questi temi sia una novità di Vico,

Vico si rifà insomma a qualche cosa. E questa è una dichiarazione che è fondata filologicamente molto bene, mi pare, e soprattutto storicamente fondata. Nel che non c'è una critica da parte di Giuliani a Vico, ma in realtà questa osservazione serve a fondare tutta l'importanza che ha Vico come attore di una logica minoritaria, ma non minore.

Il rapporto vitale con Vico continua quando Giuliani presenta la "Logica giuridica" di Perelman, i suoi contributi sulla filosofia del processo, sul binomio retorica-procedura giudiziaria, sulla metafora, e poi, ancora di più, nei suoi interventi sulle *Institutiones oratoriae*.

È stato merito del resto di Sandro Giuliani se si è avuta la edizione critica delle *Institutiones oratoriae*. Fu lui a dirmi: "Guarda, qui c'è un manoscritto di Vico, di cui non sappiamo molto se non che è stato citato una volta da Donati negli anni Venti; qui c'è la firma di Donati...". Insomma, io debbo a Sandro Giuliani l'invito ad occuparmene e a Nicola Picardi il fatto di averle pubblicate: un lavoro di cinque anni e Francesco De Sanctis, qui presente, sa benissimo quanta fatica mi sia costato pubblicarle.

Ora se noi andiamo a leggere di Sandro "La filosofia retorica di Vico e la nuova retorica" del 1974 oppure anche la voce "Logica del diritto. b) Teoria dell'argomentazione" dell'Enciclopedia del diritto, ci troviamo di fronte ad una sua vera e propria analisi delle *Institutiones oratoriae*. Non sono, infatti, dei semplici richiami e non è certo l'uso un po' rozzo che ne ha fatto Perelman: sono punti nodali della filosofia di Vico.

Mi si permetta qui a titolo d'esempio di indicare, per quanto riguarda la teoria della controversia, una frase delle *Institutiones oratoriae* che mostra esaurientemente come Sandro Giuliani fosse attratto qui da un problema di filosofia. La frase viene citata da lui sulla base di un manoscritto delle *Institutiones* che non è quello del 1711, ma è un manoscritto — il manoscritto Croce — che è una edizione ridotta delle *Institutiones*, però successiva alla *Scienza nuova*. E questo è il punto. Se le *Institutiones oratoriae* sono un lavoro di scuola del 1711, il Vico di che trattasi è quello di un momento successivo.

Qual è comunque questa piccola frase? Per renderne più agevole una lettura completa che ci illustri meglio il contesto do qui la traduzione italiana: "Io penserei che tu farai molto meglio a ricavare

le proposizioni sull'onesto e il turpe dalla filosofia morale, dove si ragiona con ordine e metodo della natura di tutte le virtù e di tutti i vizi, del carattere dei costumi e di tutti i doveri di questa vita. Quanto alle proposizioni sull'utile e l'inutile, le apprenderei dalla dottrina politica, perché come ben dice Cicerone, a chi vuol dare consigli intorno allo Stato, conviene conoscere lo Stato. Infine, le proposizioni su equo ed iniquo, queste le trarrai dalla giurisprudenza romana, la cui dottrina [e questo è molto interessante per gli odierni romanisti] si reputa che siano oggi specialmente gli oratori ad accaparrarsela". Ed ecco ora la piccola frase illuminante che qui c'interessa: *"Siffatti precetti per il rinvenimento delle posizioni di questioni, sono veramente una logica che insegna che una cosa è veramente nota solo a colui che rispetto a quello che succede abbia esaminato queste tre cose: innanzi tutto se esista, in secondo luogo che cosa sia e infine quali ne siano le proprietà. L'oratore poi trasporterà tutto dal vero al verosimile".*

Potrei indicare molti altri punti su cui Sandro si era approfonditamente soffermato e ci sarebbe ancora molto da dire, ma il tempo è tiranno e debbo chiudere a questo punto il mio contributo. Consentitemi però la conclusione più semplice e più retorica, se volete, nel senso classico della parola. Di tutte queste cose con Sandro ne abbiamo parlato infinite volte qui a Perugia, perché davvero con lui non ci si stancava mai di parlare insieme. Permettetemi allora un'affermazione che non vuol essere assolutamente ad effetto e a cui vi prego di credere, perché ritengo che sia realisticamente vera: il Vico di Alessandro Giuliani è un Vico autenticamente perugino perché nasce a Perugia, si fa a Perugia, si sviluppa a Perugia, così come tutta l'opera di Sandro va considerata l'opera di un professore di Perugia.

Vi ringrazio.

ACHILLE DE NITTO
ANCORA SU SCIENZA E TECNICA
NELLA GIURISPRUDENZA

0. Sin dai suoi primi studi, Alessandro Giuliani ha sostenuto che la distinzione tra scienza e tecnica, propria del positivismo, è « estranea alla nostra tradizione giuridica »⁽¹⁾, specialmente a quella meridionale⁽²⁾. Secondo le nostre risalenti abitudini, i giuristi sarebbero, dunque, contemporaneamente scienziati e tecnici: non un po' scienziati e un po' tecnici, ma nello stesso tempo tutt'e due. O anche, volendo, allo stesso tempo teorici e pratici, astratti e concreti, "filosofi" e "forensi"⁽³⁾.

Mettendo da parte la questione propriamente storiografica, e i connessi riferimenti a una specifica area territoriale e culturale, vorrei provare a riprendere quest'idea e a svolgere qualche sommaria considerazione, con i non molti mezzi a mia disposizione. Mi sembra che il tema — da considerare "classico" o tradizionale nella

(1) Così in una lettera a Capograssi del 23 settembre 1955. Sviluppi dell'idea in *Ciencia o tecnica del derecho?*, in *Anuario de filosofia del derecho*, 1955, t. III, 245 ss., divenuto poi un capitolo di *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957, 91 ss.

(2) Tra i classici di questa tradizione "autocritica", G. MANNA, *Della giurisprudenza e foro napoletano dalla sua origine fino alla pubblicazione delle nuove leggi*, Napoli, 1839; E. CENNI, *Sulla importanza e sul merito delle allegazioni degli avvocati napoletani, massime nel secolo XVIII*, Appendice I, in *Studj di diritto pubblico*, Napoli, 1870, 235 ss.; E. PESSINA, *La scuola storica napoletana nella scienza del diritto*, Discorso letto il 5 di marzo 1882 nella grande aula della Corte d'appello di Napoli, Napoli, 1882. Su questo ambiente, F. TESSITORE, *Della tradizione vicchiana e dello storicismo giuridico nell'Ottocento napoletano*, in *Aspetti del pensiero neoguelfo napoletano dopo il Sessanta*, Appendice I, Napoli, s.d., 113 ss.

(3) Su Vico *philosophus legum*, A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole (Riflessioni sulla filosofia italiana della legislazione)*, in M. BASCIU (a cura di), "Legislazione. Profili giuridici e politici", (Atti del XVII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica), Milano, 1992, 54 ss.

cultura giuridica degli antichi e dei moderni, e dunque tale da scoraggiare, almeno come velleitario, qualsiasi proposito di originalità — finisca per riguardare non solo ciò che i giuristi, qua e là, pensano o fanno o le modalità relative; ma soprattutto ciò che essi vengono educati a pensare o a fare, e i relativi metodi; o, in sintesi, la *forma mentis* che essi assumono, e poi praticano, nella scuola e nelle professioni.

1. Quando parliamo di “scienza” (4) e di “tecnica” (5) adoperiamo, come appare evidente, nomi astratti al singolare e indichiamo “entità” concettualmente e storicamente molto complesse. Ma è implicito che ci riferiamo, più che a sofisticate creature della mente, alle attività o alle esperienze di alcune persone, che possiamo immaginare raccolte in comunità più o meno discrete. Parliamo dunque, propriamente, di “scienziati” e di “tecnici”, al plurale: o, se si vuole, dei comportamenti, degli stili, delle abitudini, delle modalità, delle sensibilità, degli atteggiamenti, e soprattutto delle procedure e dei linguaggi che assumiamo essi adottino nel loro lavoro, più o meno consapevolmente o volontariamente, in circostanze relativamente specifiche, per quanto a noi poco note.

La precisazione è originata dal solito eccesso di zelo, come se bastasse cavarsela con un'avvertenza. O come se bastasse raccomandare di non confondere le “cose” (generalmente concepite come “concrete”) con i loro “nomi” (o con le relative “astratte” rappresentazioni), salvo egualmente avventurarsi in territori così compli-

(4) Scienza, da *scio*, richiama, in senso lato, il sapere. Un sapere intellettualistico, o anche quantitativo, accumulato, conoscenza come frutto della conoscenza. In latino si avrebbe anche *sapio, sapere*, che riferito alle cose indicherebbe, invece, sapore, gusto; e riferito alle persone porterebbe a *sapiens*, nel senso, anche qui, del gusto, del discernimento, poi della sapienza. Quanto al primo significato, in greco “*epistème*”, diverso da “*máthesis*”, il fatto di apprendere e da “*máthema*”, le cose insegnate e perciò conosciute; diverso ancora da “*sofia*”, che indicherebbe anzitutto la qualità di chi sa in quanto padroneggia un'arte o una tecnica.

(5) “*Téchnè*” indica l'idea del costruire, fabbricare, manipolando. Donde capacità o, meglio, abilità nel farlo, destrezza, diremmo competenza, da *competo*, nel senso di essere adatto, secondo ciò che si conviene. Arte, anche nel senso di artificio, perizia, astuzia, mestiere, nell'uso di un metodo (“*méthodos*”: via, strada, percorso, itinerario necessario per raggiungere qualcosa, donde mezzo, o anche ricerca, verso la “verità”).

cati, dove è davvero difficile districarsi e provare a distinguere effettivamente. Sarà, infatti, inevitabile che, nonostante i distinguo, continuiamo a usare il singolare e a proporre generalizzazioni o schematizzazioni, implicando, invece, anche per inerzia, l'automatismo della corrispondenza tra parole e cose (sostenuti, peraltro, dalla stessa struttura della frase, costruita intorno al soggetto e al nome sostantivo). D'altra parte, com'è evidente, non è soltanto questione di singolare o di plurale: i problemi restano, in ogni caso, di straordinaria complessità.

A proposito di accuratezza, del resto, è meglio dichiarare subito altre insufficienze. Il tema non verrà qui espressamente inquadrato, come sarebbe richiesto, né nel contesto generale della cultura giuridica italiana del Novecento ⁽⁶⁾ né in quello particolare della

(6) Vorrei ricordare, tra i tanti, nella prima metà del secolo, alcuni studi specifici e alcuni nomi: un volumetto di A. LEVI, *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Bologna, 1920; i saggi di G. SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 1927, 225 ss. (prolusione al corso di diritto civile nell'Università di Palermo, letta il 23 gennaio 1926), e di N. BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934, uscita nelle Memorie dell'Istituto giuridico torinese. CAPOGRASSI, naturalmente, *Il problema della scienza del diritto*, noto sin da subito, che è del 1937; B. LEONI, *Il problema della scienza giuridica*, anche questo uscito nelle Memorie dell'Istituto giuridico di Torino, nel 1940. Nel 1925, nel numero 1 delle Pubblicazioni della Facoltà giuridica di Modena, erano stati ripubblicati *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* di V.E. ORLANDO, con una *Nota dell'Autore del 1925 all'autore del 1885*. E nel 1935 (l'anno considerato di inizio della « polemica sui concetti »), in occasione del Primo Congresso nazionale di diritto agrario italiano, tenuto nell'ottobre a Firenze, Ascarelli aveva pubblicato *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e il diritto agrario*. Bisognerebbe aggiungere almeno Cesarini-Sforza (specialmente per gli scritti apparsi tra il 1913 e il 1921), Filippo Vassalli (la prolusione romana, *Arte e vita nel diritto civile*, è del dicembre 1930) e Renato Treves, giovane autore, nel 1933, nell'eco della critica, specie tedesca, dell'astrattismo e del formalismo, de *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*; e poi, tra gli altri, Allorio, che aveva dedicato nel 1938 la prolusione messinese al *Significato della storia nello studio del diritto processuale*. Bisognerebbe anche aggiungere — ultimi anni '30 e primi '40 — gli studi sull'interpretazione, Giannini (del 1939), Gorla (del 1941), Pugliatti, anche riguardo all'interpretazione musicale (del 1940), lo stesso Bobbio sull'analogia (1938) e poi sempre Betti, anche quello del *Diritto processuale civile* (sin dal 1931-32); e poi ancora Orestano, gli scritti e i discorsi (tra il '50 e il '52) sulla funzione della romanistica, comprese le *Ventotto pagine necessarie*, e poi nel 1953 la prima edizione, litografata, dell'*Introduzione*, per gli studenti

biografia umana e intellettuale di Giuliani (7). Quanto a quest'ultima, mi piacerebbe soltanto poter segnalare, sullo sfondo di un itinerario così naturalmente aperto alla comunicazione e alla complessità, appena percettibili tracce, forse reminiscenze, di un policromo microcosmo salentino.

2. Enfatizzando, si potrebbe affermare che, in un orizzonte temporale dato, la tecnica risolve problemi e perciò, in generale, semplifica la vita. E che la scienza, invece, dubitando delle soluzioni e creando nuovi problemi, complica la vita.

Nella loro grossolanità, queste immagini fecondano lo stereotipo, da un lato, dei tecnici che, in quanto, "competenti", dispensano, in un diffuso ma freddo ottimismo, il beneficio delle loro trovate, cioè di risultati utili; dall'altro, degli scienziati che, in quanto "sapianti", eventualmente seminano, in un concentrato, ma caldo, tormento, il dono della loro ricerca, cioè di domande rilevanti. È scontata l'immagine dello studioso con la testa tra le nuvole e in permanente rischio di apparente inconcludenza, a spese di qualcuno; e, viceversa, quella del tecnico, di qualsivoglia competenza, con i piedi ben piantati per terra, occupato, nel suo permanente attivismo e a proprie spese, a fornire servizi, sia pure, in genere, a pagamento.

Un altro stereotipo: che la tecnica consista nella efficace "applicazione" di conoscenze o di scoperte disordinatamente accumulate dalla scienza, senza il compito di produrne di nuove: le novità riguarderebbero, infatti, in ogni caso, per l'appunto, il piano applicativo (con esiti progressivamente più efficaci, più utili, ecc.), non le conoscenze in quanto tali, nel senso di puri oggetti del pensiero.

L'ovvio corollario è che le applicazioni costituiscano mere collocazioni, diremmo materiali (come di un cerotto sulla ferita), di saperi su campi specifici e determinati o anche loro meri impieghi; e che questi, nel loro insieme, non generino, a loro volta, nuovo

genovesi, recensita da Giuliani su *Jus*, marzo 1955 (*Studio storico del diritto e studio dell'esperienza giuridica*).

Per un « disegno essenziale » dell'« itinerario » di quasi un secolo, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000.

(7) Per tutti, A.A. CERVATI, *Giuliani, Alessandro*, in *Dizionario biografico degli italiani*, in www.treccani.it

sapere, vale a dire, intellettualisticamente, nuove nozioni o cognizioni o informazioni degne di essere considerate tali.

D'altra parte — ancora un *cliché* — la scienza, in quanto speculazione [der. di *specio*, «guardare con attenzione»], non sarebbe interessata a impieghi utilitaristici del sapere acquisito, a dare destinazioni immediatamente orientate e necessariamente progressive alla conoscenza. Il sapere, peraltro, come forse è ovvio, non sarebbe, per definizione, mai acquisito o mai completamente acquisito e risulterebbe intrinsecamente refrattario alla categoria dell'utile. E dunque questo agire disinteressato corrisponderebbe a un continuo esplorare, senza avvertire la necessità di dare definitiva stabilità, e neppure un preciso ordine, alle mete raggiunte, occupandosi piuttosto di proporsene di nuove, come fossero, in certo senso, sempre tutte nuove. Nuove, infatti, non equivale a più avanzate: esse potrebbero essere state già raggiunte all'insaputa di tutti o potrebbero restare non raggiunte perfino per sempre. La relativa inutilizzabilità (o inutilità) di una scoperta non sembra, infatti, possa diminuirne la "verità", fino a quando non se ne ridiscuta ⁽⁸⁾.

3. In una sintesi estrema, potremmo dire che, mentre la tecnica "ha" risultati, la scienza "è" essa stessa un risultato. Risultato nel senso di esito, di conclusione: la tecnica produce o distrugge risultati secondo procedimenti e procedure determinati, svolgimenti rigorosi da un inizio a una fine; la scienza considera come risultato il suo stesso procedere, o anche, eventualmente, il suo non procedere, nel disordine o nella turbolenza. In un caso le procedure — vale a dire le modalità, più che solo le prescrizioni, dello svolgimento — risultano autoritariamente regolative dell'attività; nell'altro ne risultano intrinsecamente costitutive, come uno dei fattori in gioco, non dissociabile dagli altri. In un caso il "mondo" — matematizzato, delimitato, ristretto, particolare, luoghi e tempi specifici — appare necessariamente preciso, come in un qualsiasi meccanismo, nel quale gli ingranaggi funzionano in base a rigidi protocolli; nell'altro il mondo — algebrizzato, aperto, illimitato, non particolare, luoghi e

⁽⁸⁾ Per molti spunti, negli esiti della « grande trasformazione » (Polanyi), ancora utile A. SALSANO, *Ingegneri e politici. Dalla razionalizzazione alla « rivoluzione manageriale »*, Torino, 1987.

tempi non specifici — appare necessariamente approssimativo, potrebbe andare diversamente, anche solo nelle rappresentazioni. In un caso le soluzioni ai problemi devono risultare adeguate, acconce, in relazione a bisogni determinati anche se diffusi, e che potremmo tuttavia qualificare sempre come singolari; nell'altro devono risultare acconce se mai le domande, in relazione a bisogni non determinati, anche se riferibili, in ipotesi, a una persona sola o a poche, e che potremmo tuttavia qualificare come comuni.

4. La coppia scienza/tecnica appare per lo più paragonabile, per molti aspetti, a quelle astratto/concreto e teorico/pratico, con termini considerati, grosso modo, rispettivamente omologhi. Mettiamo da parte la coppia che oppone il vero all'utile, più esposta sul piano dei giudizi di valore.

Con ciascuno dei termini di queste singole coppie vorrei riferirmi a prospettive mentali, *lato sensu*, del “conoscere”, non semplicemente ad atteggiamenti o a modalità di comportamento di singole persone o di categorie di persone; e vorrei, perciò, indicare non già, genericamente, modi di essere, o di fare, ma piuttosto altrettante manifestazioni di “intelligenza”, individuale e collettiva, e cioè della capacità di stare nell'esperienza e, in vario senso, di comprenderla, non solo con l'intelletto.

Nel discorso risultano sbrigativamente distinti il “conoscere” dal “fare” o, con parole più astratte, l'intelligenza dall'azione. Si tratta di una soluzione di comodo, di una semplice schematizzazione. Così come quella di considerare, quasi distrattamente, “fare” e “agire” come sinonimi, almeno grazie al riferimento che entrambi implicano, o autorizzano, alla parola “attività”. E ancora solo per comodo impliciamo una nozione monolitica di razionalità, senza precisazioni.

Assumendo teoria e pratica come forme, per quanto diverse, di intelligenza, vorremmo escludere, nei limiti del possibile, che esse risultino categoricamente distinguibili — o perfino opponibili — sulla base della differenza dei loro oggetti (l'uno, per l'appunto, “astratto”, in quanto oggetto immateriale del pensiero; l'altro “concreto”, in quanto oggetto materiale dell'esperienza) o dei loro metodi (da un lato lo studio e la speculazione, dall'altro il lavoro e la sperimentazione). L'ipotesi è che esse, invece, possano distinguer-

si, in ultima analisi, sulla base soltanto dei diversi “usi del tempo” che le attività rispettivamente relative, quali che siano, comportano: vale a dire della diversa incidenza, o rilevanza, che su queste il fattore tempo, in vario modo, possa assumere. Si tratta dell’ennesima forzatura, tendente però principalmente a escludere l’idea che da un lato soltanto si “pensi” e dall’altro soltanto si “faccia” qualcosa, con tutti i connessi meriti o, se si voglia, demeriti, visti dall’altra parte.

Impiego l’espressione “uso del tempo”, pur abbastanza equivoca, assumendo che si presti meglio di altre a segnalare, per metafora, alcuni dati di esperienza comune, condensati, nella lingua italiana, in locuzioni come “avere”, “perdere” o “guadagnare” tempo, o anche “ammazzare” o “inseguire” il tempo, o altre dello stesso genere, il cui senso non è propriamente affidato all’analisi cognitiva.

D’altra parte, intuitivamente, la nozione del tempo non appare unitaria: il tempo della fisica non è quello della coscienza, il tempo istantaneo non è quello della durata, quello misurato non è quello percepito, la cronologia non è la temporalità, e così via. E il tempo non è esattamente la stessa cosa del ritmo, come sa chi riesce a “tenerlo” o a “batterlo” puntualmente: non è solo l’andamento ordinato delle frequenze o delle scansioni (secondo indici quantitativi: *esprit de géométrie*) ma anche la prudente scelta (qualitativa: *finesse*) del momento “giusto”, indipendente dalle frequenze. E così, anche, non è unitaria la misura o la valutazione del tempo: pur implicando entrambe il movimento, velocità non equivale a rapidità, il numero che esprime il rapporto può assumere diversi significati. E così ancora la lentezza: un conto è la lentezza di chi va piano (e dunque non è veloce), un altro è quella di chi arriva in ritardo (e dunque non è rapido). E così via, a proposito di fretta e di tempestività; o di calma e di indugio.

5. Con un’ulteriore schematizzazione e continuando a usare un linguaggio figurato, potremmo egualmente sostenere, quanto a “uso del tempo”, sia che la teoria risulti, in linea di principio, rapida e la pratica, invece, lenta; sia anche, esattamente al contrario, che lenta si riveli la teoria e rapida la pratica.

Muovendosi con leggerezza negli sconfinati territori del pensiero e tuttavia alla ricerca di confini, la teoria è come avesse l’agio di attraversare il tempo senza vincoli, anticipando o rinviando a piaci-

mento le proprie tappe (o, anche, in certo senso, invertendo la “freccia del tempo”). Soggiacendo, invece, alle asperità dei sentieri dell'esperienza e perfino coltivandone le vischiosità, la pratica è come restasse prigioniera del tempo, tuttavia occupandolo, almeno apparentemente: tappe in qualche modo forzate e niente salti.

La teoria abbrevia le traiettorie, interrompe i percorsi e li riprende da un altro punto, come trasgredendo le regole di un ordine costituito; la pratica, invece, non si allontana dagli itinerari battuti o su questi innesta piccole varianti, in progressive e fedeli continuità. Da un lato, le deviazioni non appariranno necessariamente devianze; dall'altro le ripetizioni, o le stesse imitazioni, sembreranno utili conferme. Da un lato, si avvertirà il piacere esclusivo della scoperta piuttosto che non quello della informazione/divulgazione; dall'altro si coltiverà il gusto di trasmettere e di partecipare il patrimonio acquisito, piuttosto che non di ripensarlo o rideterminarlo singolarmente. Ammesso che abbia senso esprimersi a questo modo, diremmo che, a parità di mete, una “buona” teoria anticipa i tempi della pratica: pena il suo ridursi a mera astrazione, a un'inconcludente vagheggiamento. Grazie alla capacità di “stringere” (o di “concentrare” o di “condensare” o, ancora, di “coagulare” i dati della conoscenza), la teoria finisce, così, per risultare, rispetto alla pratica, non solo meno dispersiva ma perfino più “concreta” (come per “concrezione” o per “agglutinazione”, vale a dire per processi di sintetico aggregamento).

D'altra parte, procedendo, come la scultura, attraverso continue sottrazioni — incessanti escavazioni, inesausti approfondimenti — e cioè eliminando, via via, confusione, oscurità, equivoci, la teoria conosce come per differenza, aspirando a raggiungere l'essenziale. Procedendo, invece, come la pittura, per progressive addizioni — ininterrotti versamenti, persistenti affluenze — vale a dire accumulando anche senza ordine i più diversi dati di esperienza, la pratica conosce come attraverso somme, non rinunciando a nulla, neppure al marginale.

Appare evidente che scavare è, in genere, molto più complicato che ammassare, molte più energie, molto più tempo. Nella relativa imprevedibilità dei suoi svolgimenti, la teoria potrà, questa volta, rispetto alla pratica, muoversi con maggiore lentezza: vite intere di

riflessione e di studio, innumerevoli silenziose fatiche per arrivare alla semplicità o alla chiarezza.

Storie, da un lato, di eroi solitari, per lo più taciturni, anche quando profondamente solidali; storie, dall'altro, di moltitudini comunicanti, di regola generose, anche quando composte da inguaribili egoisti.

6. La “scientificità” della giurisprudenza, tralaticciamente ancorata, nel mondo moderno, ormai da molto tempo, a quella delle cosiddette scienze “esatte”, o anche “dure”, risulta, di riflesso, collegata alla stabilità di enunciazioni alle quali attribuire, costitutivamente, valore di paradigma ⁽⁹⁾. Tra queste, le seguenti, per come posso sintetizzarle.

1) Nell'intento di studiare e di descrivere, fuori dello spazio della metafisica, le relazioni tra uomo e universo, la scienza interroga la natura e questa risponde, svelando, o lasciando acquisire, le proprie leggi: è indifferente che l'operazione possa somigliare a un'interrogazione, come di un maestro ai suoi alunni, o a un interrogatorio, come di un pubblico ministero a un imputato. Appare in ogni caso acquisita, pur nella diversità delle formulazioni, l'insufficienza (nel cosiddetto “dialogo sperimentale”) sia della sola osservazione (di cosiddetti “fatti” o eventi o dati), dalla quale indurre conclusioni o certezze, sia della sola teorizzazione (o ipotizzazione, da sottoporre a esperimento): i fatti (come per i giuristi, o anche per gli storici, le “fonti”) non parlano da soli, ma diventano significativi nella rete dei concetti e delle idee, oltre che delle parole

⁽⁹⁾ A. KOYRÉ, *Dal mondo del pressappoco all'universo della precisione. Tecniche, strumenti e filosofia dal mondo classico alla rivoluzione scientifica*, (saggi tratti da *Etudes d'histoire de la pensée philosophique*, 1961), Torino, 1967.

Nella sterminata letteratura sulle “due culture”, vorrei non rinunciare a ricordare i nomi di Giulio Preti, entrato nel circuito di Antonio Banfi tramite Enzo Paci (*Praxis ed empirismo*, 1957; *Retorica e logica. Le due culture*, 1968); e quello di un altro matematico, lombardo anche lui, pressoché dimenticato dal grande pubblico, Giovanni Vailati, assistente (poi dimissionario) a Torino di Giuseppe Peano, i cui studi (alcuni raccolti ne *Il metodo della filosofia*, saggi scelti a cura di F. Rossi-Landi, Bari, 1957) hanno ispirato, senza clamore, in diversi campi, quelli di tanti altri studiosi, compreso Bruno de Finetti.

necessarie per esprimerli; d'altra parte i concetti e le idee sono frutto di concepimenti ed espressione di concezioni, le quali costituiscono processi in svolgimento.

2) La fisica newtoniana ha orizzonti di tipo meccanicistico e deterministico ed esalta l'idea di previsione sulla base di una relativa invarianza delle sue leggi. Conosce fenomeni lineari, stabili, non esposti a fluttuazioni, sistemi configurati in equilibrio. Formula, sulla serialità di eventi che si ripetono, proposizioni universali, assolute, oggettive. Considera anche il tempo come assoluto: un ente compatto, continuo e inalterabile, nel quale gli eventi si dispongono secondo proprietà simmetriche rispetto alla "freccia del tempo". Restringendo il campo della sua osservazione (meccanica, ottica, gravitazione universale, ecc.), ed escludendo dalla natura i fenomeni della vita sociale, quella fisica prevede molto del poco che conosce, in un universo matematizzato ed espresso in un linguaggio formale.

3) L'oggettività delle proposizioni scientifiche è connessa all'evidenza (o all'auto-evidenza) dei dati relativi e alla corrispondenza necessaria tra le cose e le loro rappresentazioni. Evidenza significa reputare che qualsiasi osservatore o sperimentatore, nelle condizioni date, troverebbe (con gli occhi anche della mente) gli stessi risultati, i quali perciò vengono considerati incontrovertibili: sottratti, come si dice, al dominio dell'opinione. Resta indiscusso il predominio della vista, del vedere come conoscere "oggettivo", a svantaggio dell'udito, del sentire come semplice percepire.

4) Alla base della conoscenza oggettiva delle "verità" scientifiche si presuppone la "ragione", che è per definizione, tautologicamente, ragione calcolante o contabile, nel senso, conforme all'etimo, proprio del calcolare o del contare: la quale si presume identica negli individui quanto a potenzialità, salvo i diversi usi, illimitata, consequenziale, progressiva. In quanto determinativa di misure, attraverso espressioni numeriche o formali, questa razionalità appare naturalmente avalutativa, tendente alle separazioni, refrattaria alle molteplicità, innestata su un sistema logico di tipo binario (verità/errore).

7. Mutuando, con le approssimazioni del caso, i paradigmi

dell'esattezza, i giuristi moderni ⁽¹⁰⁾ possono rappresentare in termini lineari gli oggetti della loro conoscenza: il mondo delle regole. Sul presupposto che le condotte, sulla base (tautologica) dell'obbligo legale, si conformino alle regole ⁽¹¹⁾, sarà considerato sufficiente studiare queste ultime. La preminenza attribuita agli aspetti "regolativi" dell'esperienza renderà automaticamente marginale, o perfino eccentrico, lo studio degli aspetti, invece, "costitutivi" dell'esperienza medesima, vale a dire, in sintesi, degli innumerevoli fattori della sua storicità ⁽¹²⁾: i primi affidati alle discipline "tecniche" (o "positive", secondo il criterio del diritto "vigente"), gli altri a discipline considerate, *lato sensu*, "culturali", deputate alla narrazione, per quanto sofisticata o elegante, di vicende, tutto sommato, esterne.

"Diritto", del resto, "norma" e "regola" sono, nelle lingue romanze, ma poi non solo, le prime e più elementari parole del vocabolario tecnico-scientifico degli apprendisti giuristi, i rudimenti lessicali indispensabili, le metafore performative, certamente nello spazio giuridico europeo-continentale, di una "mentalità" lineare ⁽¹³⁾: "diritto" (da *de-rigo*) starebbe per dirigere nel senso anche di indicare la direzione o la via, nel senso della "retta" via; "norma", indicherebbe lo strumento con il quale si disegnano angoli retti; e così "regola", il regolo o anche la riga, con cui si disegnano, per l'appunto, le rette. Implicandosi e spiegandosi l'uno attraverso l'altro, questi vocaboli rinviano intuitivamente a spazi mentali rigorosamente ordinati, ove è previsto che i fenomeni si svolgano all'insegna della "normalità" o della "regolarità", cioè della confor-

⁽¹⁰⁾ M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, (1975), Milano, 1986.

⁽¹¹⁾ GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta (A proposito della dottrina aristotelica dei practà)*, in *Annali Perugia*, Padova, 1974, 551 ss.

⁽¹²⁾ In tema di « principio costitutivo » e di « principi regolativi », diversamente, per come appare, da Giuliani, W. CESARINI SFORZA, *Filosofia del diritto*, Milano, 1955, 9 ss. (ma già l'edizione del 1939). Per "storia", "storicità", "storiografia" nello studio giuridico, l'intero itinerario di R. ORESTANO, fino a *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987 (spec. cap. VII).

⁽¹³⁾ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, (2001), terza ed., Milano, 2007; *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007 (poi, anche, con significative modificazioni del titolo, *Europa y el derecho*, Barcelona, 2008; *A history of european law*, Chichester, 2010; *Das Recht in der europäischen Geschichte*, München, 2010; *L'Europe du droit*, Paris, 2011).

mità al modello e all'ordine costruito (*táxis*), progettualmente determinato dai comandi (piuttosto che non a un ordine spontaneo, *kósmos*, determinato dal comportamento dei protagonisti) (14): un mondo, per converso, nel quale gli andamenti curvilinei o tortuosi o, eufemisticamente, “flessibili” (15) configurano, piuttosto, “abnormità” o “ir-regolarità” o “a-normalità” o “s-regolatezze” e, infine, “storture”: il “torto”, del resto, secondo lo schema, rappresenta il contrario della “ragione”.

8. Il paradigma positivistico — ancorato al primato della volontà o intenzione del legislatore intese come diritto positivo (16) — si fonda su presupposti della cui equivocità si è via via perduta traccia: anzitutto sul piano lessicale, dove, se non erro, una forma attiva (*positivus* da *pono*, che tradurrebbe *thetikós*, da *títhemi*, nel senso di “che si pone come regola” e che, nell'uso comune, è sinonimo di “affermativo”, in opposizione a “negativo”) finisce per assumere pacificamente il significato di una passiva (*positum*, nel senso di “posto” o “imposto”); ma poi anche sul piano concettuale, dal momento che il diritto viene non solo ridotto alla legge ma soprattutto considerato come un suo semplice prodotto.

Da qui, anche, una serie di separazioni, per lo più solo apparenti e dunque, anch'esse, tendenzialmente equivoche: l'autonomia, ad esempio, degli aspetti meramente formali o procedurali delle discipline rispetto a quelli sostanziali (i contenuti) delle discipline medesime, a cominciare dai procedimenti parlamentari di formazione delle leggi o dai rapporti tra le fonti o tra gli atti-fonte (17); la differenziazione della prospettiva del diritto “oggettivo”, come rigi-

(14) F.A. von HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, (1973, 1976, 1979, 1982), tr. it., Milano, 1994, 48 ss. Di lui, ora in traduzione italiana, *Autobiografia*, Soveria Mannelli, 2011.

(15) J. CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, (1969), tr. it., Milano, 1997, 4: « Il diritto è troppo umano per aspirare all'assoluto della linea retta ».

(16) GIULIANI, *Il modello di legislatore nel diritto naturale moderno*, in *Scritti Lener*, Napoli, 1989, 549 ss.

(17) Posizioni contrapposte in N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001 (poi anche sviluppate da Irti, tra l'altro, in *L'essenza tecnica del diritto*, in *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, 30 ss. e ancora in *Solitudine del diritto*, in *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, 17 ss. Di Severino, tra i diversi studi, *Téchne*.

damente derivabile dal sistema delle fonti, rispetto a quella dei diritti “soggettivi”, vagamente riconducibili al patrimonio di un cosiddetto “diritto naturale”, ma riconoscibili soltanto sulla base delle regole legali; l'enfaticizzazione della dimensione applicativa delle leggi — obiettiva, controllabile — e la contemporanea svalutazione della dimensione interpretativa — soggettiva, imprevedibile in quanto variamente connessa all’“introspezione”.

9. Molte cose, come si sa, sono cambiate durante il corso del Novecento, a partire dal fervore dei primi anni del secolo, nella fisica (18), nella matematica (19), e poi sempre più nella biologia (20), nella definizione degli spazi delle indagini intorno a ciò che chia-

Le radici della violenza, (1979), Milano, 2010) e in L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 1 ss.

(18) Gli sviluppi e le applicazioni della termodinamica (dopo il secondo principio, verso l'entropia) hanno, ad esempio, rideterminato certezze considerate definitive e soprattutto spostato il piano di osservazione da un mondo “statico” a un mondo in continuo mutamento, al quale appartiene lo stesso osservatore (fine, dunque, anche della cosiddetta “extraterritorialità teorica” dello scienziato): in un tempo irreversibile, si avrebbe a che fare con eventi unici, specifici, microscopici e, in certo senso, sempre “eccezionali”. D'altra parte — con una sbrigativa schematizzazione — i paradigmi della meccanica classica risultano sconvolti dopo la teoria dei “quanti” (« granuli di energia indivisibili » caratterizzati da comportamenti discontinui, Planck, 1900); dopo la teoria della “relatività generale” (tra il 1905 e il '15); dopo il cosiddetto “principio di complementarità” (secondo cui « nella descrizione della natura dei processi microfisici entrano in gioco aspetti complementari ma mutuamente esclusivi, come l'aspetto ondulatorio e corpuscolare della luce », « i quali non possono però mai essere osservati contemporaneamente durante lo stesso esperimento » sviluppato da Bohr, premio Nobel per la fisica nel 1922); dopo il principio di indeterminazione, secondo cui « non è possibile conoscere simultaneamente la velocità e la posizione di una particella con certezza », Heisenberg, 1927).

(19) Dopo Poincaré, l'ultimo matematico “universalista”; dopo Gödel, e i cosiddetti teoremi dell'incompletezza (il secondo: « Nessun sistema coerente può essere utilizzato per dimostrare la sua stessa coerenza »); dopo de Finetti, in posizione antagonista a “Bourbaki”, emergono orizzonti problematici di tipo qualitativo: sembra emblematica la testimonianza di E. DE GIORGI, professore per decenni nella Scuola normale superiore (su di lui, *Scripta volant, verba manent, Ennio De Giorgi matematico e filosofo*, saggi di L. AMBROSIO, M. FORTI, A. MARINO, S. SPAGNOLO, Pisa, 2008).

(20) J. MONOD, *Le hasard et la nécessité, Essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne*, del 1970 (tradotto in italiano da Mondadori nello stesso anno); F. JACOB, *Le jeu des possibles, Essai sur la diversité du vivant*, Paris, 1981 (in italiano, *Evoluzione e bricolage, Gli espedienti della selezione naturale*, Torino, 1978).

miamo natura; nonché nelle rimeditazioni della filosofia della scienza o della storia della scienza, anche da parte di filosofi e di storici non di mestiere ⁽²¹⁾. Tutte cose di cui mi spiace di saper riferire solo con qualche accenno. Diciamo, sommariamente, che si sono perdute molte “certezze” ⁽²²⁾ e che lo statuto deterministico nella conoscenza delle leggi naturali è divenuto, nello studio dei “sistemi caotici”, ampiamente probabilistico, sia pure senza univocità. Trascuriamo l'influenza delle indagini sull'inconscio o delle cosiddette neuroscienze, che pure hanno variamente contribuito a rimettere in discussione alcuni fondamentali del metodo cartesiano ⁽²³⁾.

Nel riflettere ancora in tema di scientificità della giurisprudenza, sembra difficile continuare ad assumere, come termini di riferimento, paradigmi in buona parte desueti, da considerare piuttosto come stereotipi; o continuare ad attribuire compattezza a strutture concettuali che non pretendono di averla. Indipendentemente dal problema dell'autonomia della giurisprudenza come “scienza normativa” (espressione che potrebbe contenere una contraddizione in termini), appare più facile convenire, almeno residualmente, intorno alla limitatezza dell'orizzonte (epistemologico, ma logico e perfino etico) dei giuristi come esperti (tecno-scienziati) solo di regole, specialmente se solo legislative. E accettare che gli oggetti della loro conoscenza comprendano, infine, necessariamente anche i loro metodi o, se si preferisce, le relative tecniche, a cominciare dal linguaggio e dal suo potere “costruttivo”; e che, dunque, in senso lato, lo studio degli oggetti (in ipotesi il sistema normativo o, invece, con Betti, l'“ordine” giuridico) naturalmente si estenda a quello dei molteplici processi all'interno dei quali quegli oggetti assumono consistenza o perfino identità ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Tra i quali Y. PRIGOGINE, di cui è nota, e discussa, specialmente, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, scritto insieme a Isabelle Stengers, (1979, tr. it., Torino, 1981 (poi 1999)).

⁽²²⁾ Divulgativamente, M. KLINE, *La perdita della certezza*, (1980), tr. it., Milano, 1985.

⁽²³⁾ A.R. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, (1994), tr. it., Milano, 1995; G.M. EDELMAN, *Sulla materia della mente* (1992), tr. it., Milano, 1993.

⁽²⁴⁾ GIULIANI, *Adamo Smith filosofo del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1954, 520-1, a proposito della critica dello Smith della *Teoria dei sentimenti morali* a Hobbes: «Ciò che accade nella società umana potrebbe essere paragonato a ciò che si verificherebbe in una

È evidente che non si tratta, con ciò, di cantare l'ennesimo inno a un improbabile « predominio dell'esistente » o della « fattualità », dove tutto si può giustificare per il solo fatto di essere accaduto e dove i caratteri specifici degli elementi, o delle discipline che li studiano, si attenuano fino a scomparire. Né si tratta di ridurre una scienza semplicemente alla sua storia, magari inercialmente apologetica. Ma si tratta, semmai, di voler tradurre i problemi del “modello di ragionamento giuridico” — come specie particolare, o applicata, con le dovute approssimazioni, di un modello generale di ragionamento scientifico — nei problemi, invece, con Giuliani, di un “modello giuridico di ragionamento”, come particolare o singolare espressione di una specifica razionalità pratica: ancorata a una logica non dimostrativa, dialettica, controversiale, confutatoria, secondo lo schema piuttosto del “*sic et non*” che non, invece, del “*sic aut non*” o del “terzo escluso”. Nel processo si confrontano, infine, fisiologicamente, due opposte “verità”, entrambe, sul piano logico, asseritamente proponibili: non vuol dire che esistano e si confrontino, quasi materialmente, due contrapposte “realtà” e che il riconoscimento dell'una debba, dunque, necessariamente implicare il disconoscimento dell'altra; vuol dire solo che si contrappongono due modi diversi di rappresentarla e che l'uno potrà essere considerato più persuasivo dell'altro. Vuol dire che nello spazio della realtà rappresentata sono, a pieno titolo, ricomprese le sue rappresentazioni; e cioè, contemporaneamente, i contenuti e i contenenti, i giudizi e i criteri dei giudizi, e così via.

10. Che significa dire che i giuristi studiano non già solo le regole dell'esperienza ma anche l'esperienza delle regole o, volendo,

scacchiera (*chess board*) in cui ogni pezzo del giuoco (e vedremo quale importanza abbia questa nozione del « giuoco » in tutta la speculazione smithiana) avesse un movimento proprio ed indipendente da quello che gli si vorrebbe imprimere dalla mano. Nella grande scacchiera della società umana, conclude lo Smith, ogni pezzo ha un proprio movimento che è del tutto indifferente da quello che vorrebbe imporgli chi ha il potere di emanare le leggi (*the legislature*). La scienza del diritto quindi per lo Smith si occupa non di ciò che *dovrebbe* essere, ma di ciò che *è*: conseguentemente l'interesse si sposta dalla norma al processo di formazione della norma, a cui partecipano tutti i destinatari di essa ». Analogamente già in *Attualità di Adamo Smith*, in *Il politico*, 1952, 59 ss.

con un'altra espressione usata da Giuliani, il « mondo umano dell'esperienza », nel quale sono ricomprese le regole?

Anzitutto — ma non è questione di parole — « mondo umano dell'esperienza » non è traducibile come « mondo dell'esperienza umana », come se questa, in quanto oggetto astratto del pensiero (l'umanità di tutti i luoghi e di tutti i tempi), potesse essere considerata, nella nozione, eguale a se stessa o costante o invariante e, tutt'al più, soggetta a occasionali e sporadiche variazioni, tuttavia confermatrice del modello. Appare pacifico, dopo Vico, che siano gli uomini a « fare » l'esperienza — discontinuamente e tuttavia costantemente o, anche « discretamente » (nel senso degli insiemi o dei materiali « discreti ») — e non viceversa, quasi che un archetipo (di « esperienza ») possa di volta in volta essere applicato agli occasionali protagonisti. Mondo umano significa, perciò, mondo di uomini (da *homo*, che si collegherebbe a *humus*, terra), dotati di umanità come qualità specifica, per quanto plurima e molteplice o perfino equivoca, del loro essere viventi: il nostro « mondo civile ». Al netto delle coloriture romantiche, mondo di azioni ⁽²⁵⁾ (da *agere*, che richiama, nella semantica, « *práthein* », diverso da *facere*, nel senso del « *poíein* ») ⁽²⁶⁾, di comportamenti: di continui « scambi » (come di calore nella materia) di ragioni e di passioni, di spirito e di carne, di interessi, di valutazioni, cioè di nuovo di interessi; e, infine, fisiologicamente, di contrasti e di conflitti. Di conflitti: non di lotte e di battaglie, di guerre o di stragi, destinate al predominio, attraverso la sopraffazio-

⁽²⁵⁾ Richiamando, tra gli altri, von MISES, *Human action*, New Haven, 1949 (tr. it. *L'azione umana. Trattato di economia*, Torino, 1959), GIULIANI, *Scienza del diritto e scienza dell'azione umana*, in *Il Politico*, 1952, 322 ss., scrive (p. 332): « Ma non bisogna credere che l'azione umana, nel tendere a scopi, sia del tutto razionale; mezzi e fini non sono disposti infatti in quella connessione di causa ed effetto che è propria delle scienze naturali. La logica dell'azione umana, pur avendo le proprie leggi, differisce da quella della dimostrazione scientifica; la sfera delle possibili scelte dell'agire umano è limitata, ma ciò non impedisce che la certezza debba lasciare il posto ad una maggiore o minore prevedibilità ». Diffusamente, ancora, GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, 1954, con esplicito interesse per l'« individualismo metodologico » degli economisti classici.

⁽²⁶⁾ Su *agere* anche come « durativo di *facere* » e sull'attività dei giuristi, ORESTANO, *Il « metabolismo » dei giuristi*, in *Foro it.*, 1981, V, 81 ss. (spec. 88-90).

ne. Di conflitti, vale a dire di persistenti contrapposizioni, di contraddizioni, di contemporanee affermazioni e negazioni, di scelte e di ripensamenti, di propositi e di rinunce, inesauste ricerche di provvisorie compatibilità. Dentro le vite individuali, dentro quelle collettive.

Se la conflittualità è caratteristica dell'esperienza e questa, per i giuristi, è l'oggetto della conoscenza, vuol dire che essi si occupano di situazioni di irriducibile instabilità, in permanente mutamento. Con instabilità intendo variabilità, più che precarietà; e con mutamento trasformazione, più che sostituzione. È molto poco probabile, per non dire impossibile, che nell'esperienza "tutto" cambi e, cioè, che, d'un colpo, "tutto" diventi nuovo. Ed è anche difficile che, a causa del cambiamento, "tutto" continuamente vacilli. Cambiano, infatti, non già gli insiemi, ma i dettagli delle cose, se cambiano poi davvero. Gli insiemi, semmai, cambieranno di risulta, per effetto dei mutamenti dei particolari, nel gioco di imponderabili riverberi, o di risonanze, o di rimbalzi. Nel loro sovrapporsi, nel vario loro intrecciarsi, le generazioni non potranno ciascuna ricominciare integralmente da capo: gli *ex novo*, per lo più, somiglieranno a degli innesti o come a dei trapianti, che richiedono luoghi propizi per attecchire. I padri saranno, in ipotesi, contemporaneamente anche figli, come i loro figli se poi diverranno padri. Le città cresceranno su loro stesse: intorno al vuoto delle piazze e delle vie sorgeranno nuovi edifici, tra i cui agglomerati si formeranno altri spazi vuoti, per altre piazze e altre vie. E le comunità dei viventi, se saranno consapevoli, avranno molte ragioni per considerare, in qualche modo, ricompresi al loro interno anche coloro che viventi non sono più e perfino coloro che non lo sono ancora. I mutamenti, quelli "costituzionali" (vale a dire relativi al profondo), saranno lenti, quasi impercettibili e si svolgeranno attraverso lunghe e latenti gestazioni, che potranno apparire letarghi: quando risulteranno palesi, gli artefici probabilmente saranno scomparsi e i loro successori si crederanno artefici.

Il "diritto che cambia" riguarda non solo i cosiddetti fatti (affari e interessi) o — distinguendo alla buona — solo le regole (legislative, giudiziarie, ecc.), secondo le regole previste (come quelle delle

“preleggi”) (27). Riguarda, nel loro complesso, gli “ordinamenti”: le cose ordinate e quelle ordinanti, ma le maniere di questo ripetuto e inesausto ordinare, o riordinare; le modalità, le qualità. In circuiti di reciproche implicazioni, cambiano i concetti ma le concezioni e le mentalità, le parole ma i significati e le rappresentazioni. Cambiano gli interpreti, le loro interpretazioni: le cose viste e da vedere, ma i punti di vista. Cambiano, ma si ripetono. Si ripetono, ma cambiano.

11. La circostanza che gli oggetti della conoscenza giuridica risultino intrinsecamente mutevoli — restando affidati al circuito, discreto e sorvegliato, delle “testimonianze” — non dovrebbe, dunque, comportare, per se stessa, l'esclusione del carattere scientifico di questa conoscenza (28), una volta acquisito che la scienza si occupa anche di oggetti diversi da quelli “eterni”, “necessari” e “immutabili” e non persegue solo l'obiettivo della formulazione di regole “universali”.

Il fatto che, con Kirchmann, « tre parole di rettifica del legislatore » siano considerate capaci di portare al macero « intere biblioteche » — vanificando il lavoro di moltitudini di studiosi e, tuttavia, eccitando la prontezza di molti altri —, potrà riguardare il sapere tecnico dei legisti (o degli esegeti), ma non la cultura dei giuristi: lo spazio della dimensione giuridica si estende, infine, naturalmente, ben oltre quello della legislazione e le tappe, o i ritmi, degli studi non sono scanditi dal calendario parlamentare né dagli umori delle occasionali maggioranze.

D'altra parte, la tendenza al ragionamento per eccezione (anche secondo lo schema *actio-exceptio*), tipica del “modello giuridico”, esprime propensioni inevitabilmente centrifughe rispetto alla regola, ma non per questo necessariamente pulviscolari e, perciò, destinate ad esiti meramente casistici, anche nel senso di provvisori o occa-

(27) Sui significati delle ‘preleggi’, GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice civile*, Torino, 1999 (estratto dal *Trattato di diritto privato*, I, diretto da P. RESCIGNO) (già *L'applicazione della legge*, Rimini, 1983).

(28) Per l'uso di “conoscenza” al posto di “scienza” in riferimento al lavoro dei giuristi (« conoscere per operare » e « operare conoscendo »), anche allo scopo di evitare polemiche o fraintendimenti, ORESTANO, *Introduzione*, cit., 15 ss., 307 ss., spec. 335, 337; *ivi*, del resto, sin dalle prime pagine, si discute della “disputa” su *iurisprudentia* come *scientia* oppure come *ars* (p. 28).

sionali. Nella prospettiva dell'eccezione, gli eventi sono, infatti, necessariamente e sempre unici (e, per l'appunto, eccezionali). Ma queste unicità, lungi dall'esprimere quasi percentualmente la limitatezza del loro rilievo, o la marginale loro rilevanza, sul piano più generale (vale a dire sul piano degli eventi, o dei comportamenti, immaginati conformi alla regola), indicano piuttosto la loro capacità di ridefinire, esattamente dal lato opposto, i complessivi contesti nel cui ambito si colloca la regola. È — si direbbe con enfasi — il mondo visto dall'altra parte: il mutamento dell'angolo visuale riconfigura non già solo, nel dettaglio, singoli elementi di un insieme rispetto al medesimo insieme, ma piuttosto ridisegna, qualitativamente, l'intero insieme, le dimensioni, le coloriture, i significati.

12. Nel conflitto delle ragioni e delle passioni, nelle liti potenziali o effettive, i giuristi elaborano criteri ragionevolmente persuasivi o soddisfattivi per gli interessati: nel nostro sistema, si è detto, prendono abitualmente a parametro — si vuole per scopi di garanzia — le norme vigenti e la razionalità considerata correlativa (anche in funzione del minore grado di arbitrarietà attribuito, su una serie di presupposti, al comando legislativo); ma naturalmente ragionano sulla base di innumerevoli altri fattori, di cultura e di esperienza. “Inventano” e costruiscono soluzioni auspicabilmente accoglienti, il più possibile dotate di “armonia” ⁽²⁹⁾: la loro riuscita è, in fondo affidata alla possibilità che esse vengano considerate non (o non soltanto) corrette o esatte, ma acconce, appropriate, dotate di *fairness*, nel senso della giustezza; e, dunque, che esse riescano a corrispondere a sensibilità che sfuggono al potere della dimostrazione e che richiamano, nella loro ineffabilità ⁽³⁰⁾, il giudizio estetico, la dimensione della bellezza. Luoghi nei quali ci si incontra senza appuntamenti, come nelle “costituzioni”, dove l'accordo o il consenso sui fondamentali non sono frutto di specifiche pattuizioni.

⁽²⁹⁾ Per una definizione (relativa al metodo di insegnamento della composizione), A. SCHÖNBERG (1874-1951), *Manuale di armonia*, (1922), tr. it. Milano, 1997, 14: « L'armonia è la teoria degli accordi e delle loro possibilità di collegamento con riguardo ai loro valori architettonici, melodici e ritmici e ai loro rapporti di equilibrio ».

⁽³⁰⁾ Sul limite delle spiegazioni relative ai colori, l'ultimo WITTGENSTEIN, *Osservazioni sui colori*, (1950-51), Torino, 1982.

Gli strumenti del mestiere sono, essenzialmente, le parole ⁽³¹⁾. I giuristi lavorano con le parole: quelle scritte nei testi e quelle pronunciate nei discorsi, quelle degli scrittori/lettori e quelle dei parlanti. Affidarsi alle parole, al loro potere diseguale, significa sperimentare, con Giuliani, il carattere irrimediabilmente e vitalmente controverso della comunicazione umana: comunicare, nel senso di raggiungersi attraverso un segno, implica mettere in comune contenuti, “con-dividere”, nel senso di possedere insieme. Moltissimi tentativi, poche riuscite. Le parole orientano, ma anche disorientano: indicano, mostrano, rappresentano, ma non sono le cose di cui parlano. Nel circuito comunicativo non è detto che esse semplicemente esprimano né che esprimano compiutamente né fedelmente un pensiero, né è detto che lo seguano: può darsi, invece, che esse, anzi, lo anticipino e dunque lo inseguano; e che verbalizzare, nel senso di trovare le parole adatte, quasi dando voce (da *vox*, deriverebbe *vocabulum*) a un pensiero, equivalga a concepirlo, a dargli consistenza o anche contribuire a farlo. Così come, del resto, può darsi che la scrittura non sia « una semplice trascrizione del linguaggio orale », essendo i due linguaggi dipendenti da due diverse zone del cervello ⁽³²⁾. E che molto più delle parole parlino i silenzi, diversi dai mutismi, le cose intraducibili, quelle indicibili, quelle non dette. E così pure i gesti, le innumerevoli sfumature degli sguardi, perfino le posture. I quali tutti, esattamente all'opposto, potrebbero, invece, nascondere o camuffare o consentire di mentire o soltanto di rinviare la spiegazione o il chiarimento. Il segno, quale che sia, è necessariamente un richiamo, diretto a un interprete: in assenza di autoevidenza, di neutralità o di automatismi, nulla, o quasi, si può senza costui. Le parole hanno un peso, fin tanto che qualcuno glielo attribuisca: felicemente ambigue, molteplici; spesso potenzialmente rischiosamente equivocate. Nella loro successione possono dire molto più, o molto meno, di quanto apparentemente dicono: si può ben offendere con un complimento. Non è questione di alfabeti, di successione ordinata di segni linguistici, né di grammatica e neppure

⁽³¹⁾ GIULIANI, *La “nuova retorica” e la logica del linguaggio normativo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1970, 374 ss.

⁽³²⁾ R. BARTHES, *Variazioni sulla scrittura*, in *Variazioni sulla scrittura* seguite da *Il piacere del testo*, rist., Torino, 2004, 19-20.

di sintassi: l'effetto comunicativo, la scoperta di un significato comune (o la scoperta comune di un significato) dipendono, infine, anche dalle alchimie dell'immaginazione e dell'intuizione, perfino dal gioco algebrico dei sentimenti, dalle risonanze, dalle evocazioni, dal "brusio" (33). È qui la forza espressiva delle metafore, di uso corrente tra i giuristi: il trasloco dei significati riesce proprio per il fatto di svolgersi senza protezioni, con sorvegliate approssimazioni; allusività contenute, decisive sfumature.

13. Questa è, in fondo, l'antica "arte" (*boni et aequi*) dei giuristi: quella capacità di identificare, attraverso l'intelligenza pratica (*frónesis*) (34), e con la maggiore approssimazione consentita, il punto specifico nel quale istanze opposte, o opposte rappresentazioni, nelle loro innumerevoli varianti, risultino infine reciprocamente compatibili. Il punto specifico riguarda contemporaneamente, anche se non egualmente, gli interessi, i contenuti, ma anche i contenenti, i concetti, cioè, e le parole adatte ad esprimerli, le sostanze ma anche le forme (diverse dalle formalità): le quali, nel loro necessario co-implicarsi — così come le cose e le maniere delle cose — danno costitutivamente luogo agli oggetti della conoscenza, a loro volta oggetti di esperienza. Non si tratta necessariamente di un punto medio, equidistante dagli estremi o, in una successione finita di elementi, corrispondente alla mediana. Le eventuali "mediazioni" (o i cosiddetti "bilanciamenti") si svolgono, infatti, inevitabilmente, fuori dal campo delle simmetrie; e, piuttosto, nella dimensione del *καίρως* (del "punto giusto"), al di là della misura: verso ciò che, secondo *prudencia*, risulti più conveniente o opportuno.

I giuristi elaborano e propongono, dunque, le loro costruzioni, quand'anche sul parametro legale, secondo un criterio giuridico, intrinsecamente molteplice, controverso. Le operazioni logiche che essi compiono, a cominciare dalla qualificazione dei fatti (tuttavia non significativamente percepibili fuori dalle qualificazioni o dai filtri delle relative rappresentazioni), non possono, in nessun caso, risultare assiologicamente neutrali: per quanto elaborate o rarefatte

(33) R. BARTHES, *Il brusio della lingua. Saggi critici IV*, (1984), Torino, 1988, 79 ss.

(34) Sul "senso illativo" ("*reasoning faculty*"), anche come "guida della mente in materia di comportamento", J.H. NEWMAN, *Saggio a sostegno di una grammatica dell'assenso*, (1870), in *Scritti filosofici*, Milano, 2005, 1425 ss.

sul piano formale, o per quanto pedissequo rispetto al modello legale, esse, infatti, trasudano, con maggiore o minore intensità o immediatezza, la loro eticità, l'orientamento, il carattere, lo "spessore" sul piano delle scelte.

Prendendo a riferimento un materiale normativo, quale che ne sia la specie o la provenienza, le "sistemazioni" (concepite come lavoro "scientifico" con la proposta di un ordine rigoroso dei concetti come descrittivo dell'ordine della "realtà"), così come le stesse "applicazioni/interpretazioni" (concepite come lavoro "tecnico", con i verbi delle leggi coniugati all'indicativo), esprimono, infine, inevitabilmente, altrettante valutazioni. Vale a dire, nel senso più profondo, altrettanti giudizi: ed esprimono, nonostante tutto, le relative irrinunciabili parzialità, le consequenzialità, le possibili onestà.

Avvezzi alle algide atmosfere della scienza avalutativa, saremmo portati a diffidare di queste improprie mescolanze, probabile fonte di confusioni e soprattutto di abusi: chi può dare le relative necessarie garanzie? Per mettersene al riparo, meglio separare o considerare separate cose che potremmo opportunamente reputare soltanto distinte: le separatezze consentono, infatti, controlli formali, specie se in termini di competenza. Il problema è che, su questa strada, potremmo continuare non solo, per esempio, a considerare rigidamente isolabile una *quaestio facti* rispetto a una *quaestio iuris*, con le conseguenze del caso; ma, soprattutto, continuare a ridurre la scienza dei giuristi alla mera conoscenza delle norme applicabili. *Iura novit curia*, adattato allo schema di cui all'art. 113 c.p.c. (il giudice pronuncia secondo diritto, vale a dire secondo legge, salvo che questa medesima non gli consenta di ricorrere all'equità), finirebbe per indicare soltanto un'*expertise*.

14. Nella prospettiva "classica" (o "umanistica") della giurisprudenza, quella della tradizione cui, in qualche modo, apparteniamo, la tecnica non può costituire solo uno strumentario logico-lessicale e la scienza solo un patrimonio di concetti. Né l'una né l'altra possono prestarsi a usi mercenari, nei quali le personalità, e le storie, quali che siano, risultino indifferenti, a vantaggio dei "saperi".

In questa prospettiva, scienza e tecnica, nel loro reciproco e vario implicarsi, almeno quanto a impiego di parole, costituiscono altrettante espressioni della "cultura" dei protagonisti: le loro capacità, più che le abilità, le loro sensibilità nel "coltivare" l'esperienza.

ADOLFO GIULIANI
APRIRE LE PORTE DEL DIRITTO.
BREVI RIFLESSIONI SUL LASCITO INTELLETTUALE
DI ALESSANDRO GIULIANI (1925-1997)

1. Introduzione. — 2. Diritto e retorica. — 3. Diritto ed etica. — 4. Il contesto politico-costituzionale. — 5. Conclusione.

Il filosofo del diritto Alessandro Giuliani (1925-1997) fu tra i primi a suonare il campanello d'allarme per denunciare la sterilità di una scienza giuridica legata agli schemi astratti e metastorici della teoria Kelseniana del diritto puro. Lavorando in stretto contatto con Michel Villey e Chaim Perelman egli elaborò una originale visione che si è rivelata fruttuosa in vari ambiti disciplinari (procedura civile, diritto costituzionale, teoria della prova) invitando a ripensare il diritto con riferimento alla filosofia pratica aristotelica: una strada aperta che non è stata imboccata dalla modernità.

1. *Introduzione.*

Un riferimento ai “cancelli iuris” appare talvolta nella letteratura dello *ius commune*, presentandosi con la forza evocativa di quelle immagini che con un breve *dictum* riescono a rappresentare una intera costellazione di idee ⁽¹⁾. Sembra suggerirci l'idea di un

(1) Esempi appaiono in GIULIO PACE, *De iuris civilis difficultate ac docendi methodo oratio*, Heidelberg, 1585: “Hi omnes intra iuris civilis quasi cancellos conclusi ab aliis disciplinis abstinerunt”, cit. in R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 622; J.G. PERTSCH, *Elementa iuris canonici*, lib. I, tit V, Iena, 1741, vol. 1, p. 92, (ripetendo un pensiero di G.B. de Luca): “concessum huic tribunali, quandoque rigurosos iuris cancellos egredi, atque iuxta regulas vel leges, quae prudentiae dicunt, procedere”. Henr. Ernest. KESTNERIUS, *Oratio, ostendens, quod nulla*

diritto visto come un terreno limitato da rigorosi confini, ma tuttavia da superare, per arricchirsi del dialogo con saperi che gli sono esterni: per taluni giuristi dello *ius commune* tale era il vasto campo dell'*aequitas* nei confronti del diritto stretto; per altri era la storia, o la filosofia, o l'eloquenza rispetto ad un diritto che essi vedevano appassire sotto le costrizioni delle categorie della scolastica ⁽²⁾.

Per il giurista odierno questa immagine non ha perso nulla della sua forza evocativa. È un atteggiamento comune, percepibile in più contesti, l'aspirazione del giurista di oggi ad espandere i confini della sua disciplina ⁽³⁾. Un profondo scetticismo investe infatti l'idea che il diritto possa essere pensato come un sistema chiuso di concetti, ed in tal modo tenuto separato tramite netti confini da altri saperi: l'area del non-diritto.

Alcuni aspetti di tale malessere possono essere forse spiegati dallo storico del diritto. È infatti noto come l'evoluzione del diritto continentale sia stata caratterizzata da una progressiva separazione, dichiarata nel tardo sedicesimo secolo, tra il mondo del diritto ed il mondo dei fatti ⁽⁴⁾. Il creare un mondo di norme distinto dalla sfera

respublica absque doctore juris subsistere possit, Rintelius, 1715, p. 6: "Equidem valde fallunt & falluntur, qui limites veri Jureconsulti intra cancellos juris Romani, tot naevius repleti, & ad statum nostrum non accomodati coercent"; Giovanni Battista DE LUCA, *Theatrum veritatis & iustitiae*, Vol. 7, pars II, Disc. XVI, De emptio & venditio, § 8, Venezia, apud Paulum Balleonium, 1706, p. 21: "Nihilominus ex quaedam rationis similitudine, seu ex non scripta aequitate, quam praesertim Magna Tribunalia saepius, egrediendo rigorosos cancellos juris scripti, exercere solent".

⁽²⁾ I riferimenti sono a François BAUDOIN, *De institutione historiae universae et eius cum iurisprudencia coniunctione*, Parigi, 1561, Peter GILKENS, *In Ethicorum Aristotelis librum V commentaria... pro concordia iurisprudenciae atque philosophiae interpretatione*, Frankfurt, 1605, Rinaldo RIDOLFINI, *Orationes Iudiciales, ubi Iuris Civilis scientia coniungitur cum Eloquentia*, Perugia, 1578.

⁽³⁾ R.A. POSNER, *The decline of law as an autonomous discipline 1962-1987*, in *Harvard Law Review*, 100 (1987), pp. 761-780; W. TWININGS, *Law in context: enlarging a discipline*, Oxford, Clarendon Press, 1997, J. SMITS, *Redefining normative legal science: Towards an argumentative discipline*, in F. COOMANS e F. Grünfeld (a cura di), *Methods of human rights research*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2009, pp. 45-58.

⁽⁴⁾ L'affermazione di una rigida separazione tra diritto e fatto appare in autori del tardo *ius commune*, per esempio in Jacopo Menochio, e guadagnò un generale consenso a partire dalla scuola del diritto naturale. Un esempio è offerto da Johannes ALTHUSIUS, *Dicaeologica*, [1617], Frankfurt, 1649, lib. I, cap. 1, n. 4, p. 1: "His duobus membris, facti & iure, tota Dicaeologica constat & perficitur," i cui echi si colgono nel noto passo di

dei fatti empirici, inteso come una realtà accessibile alla sola speculazione è stata resa possibile da tale separazione, determinando due differenti contesti epistemologici: da una parte il contingente mondo dell'esperienza, dall'altra le rarefatte costruzioni del pensiero. I giuristi puntavano ad un astratto giuridico, e la sua costruzione ha comportato l'espulsione del contingente dalla scienza giuridica (5). Tale separazione è stata la premessa per creare corpi di norme intese come entità astratte, accessibili alla sola speculazione ed ordinate secondo metodologie che tendevano a sistematiche *ratione materiae* del diritto (6). Una seconda conseguenza di questo anelito verso la purificazione del diritto è stata la sua separazione da altri ambiti quali la morale, la filosofia, la storia (7): tutti ambiti che ne contaminerebbero la purezza, secondo un atteggiamento consacrato nel noto *dictum* Kelseniano che "Recht kann nur aus Recht werden" (8). L'aspetto determinante di questo processo, e la condizione per la sua costruzione come scienza, è stata la separazione del diritto, come scrisse Riccardo Orestano, "da ogni commistione con elementi extragiuridici, in quanto canone fondamentale di ogni indagine scientifica era quello dell'oggettività". In altre parole, un sistema chiuso.

Ora, se fosse possibile cogliere con una parola un atteggiamento oggi comune questo sarebbe un senso di disorientamento. Un disorientamento dovuto alla consapevolezza che gli strumenti con-

Hugo GROTIUS, *De iure belli ac pacis* [1625], Prolegomena 58: "Vere enim profiteor, sicut mathematici figuras a corporibus semotas considerant, ita me in iure tractando ab omni singulari facto abduxisse animum". Su questo passo v. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris, 1975, p. 538. V. anche A. WIJFFELS, *Qu'est-ce que le ius commune*, in A. SUPLOT, *Tisser le lien social*, 2004, pp. 131-147 a 138-139.

(5) Sulla 'fattualità' del diritto medievale v. P. GROSSI, *Ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 2006, pp. 56-60.

(6) A. WIJFFELS, *Qu'est-ce que le ius commune?*, in A. SUPLOT, *Tisser le lien social*, 2004, pp. 131-147 a 139. Di "Rechtsfindung durch Systematisierung" parla J. SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen methode vom humanismus bis zur historischen schule (1500-1580)*, Beck, 2001, München, 2001, pp. 78-96.

(7) Johannes ALTHUSIUS, *Dicaelologica* [1617], Frankfurt, 1649, lib. I, cap. 1, n. 10, p. 2: "Naturam & affectionem rerum, vel personarum physicam, politicam, ethicam, theologiam, historicam, logicam, aliis artibus relinquimus".

(8) Cit. in M. LA TORRE, *Law as an institution*, Dordrecht, Springer, 2010, p. 27.

cettuali di cui il giurista dispone ed a cui è stato educato, nonostante fossero stati concepiti come entità fuori dal tempo, in realtà hanno una storia. Il pensiero corre immediatamente al senso di disorientamento che il giurista prova per l'erosersi del tradizionale sistema di certezze riguardo al suo sapere. Tale era la teoria generale del diritto su cui si era basata l'idea di codice, pensato come un sistema logicamente coerente, in cui lo Stato-legislatore appariva il produttore necessario del diritto, in un quadro di fonti ridotte ad un unico attore, il legislatore statale, che assicura l'evoluzione del diritto tramite il diritto positivo.

Tali certezze sembrano oggi incrinarsi. Sono sofisticate costruzioni del pensiero che oggi appaiono monumenti di un passato dal quale percepiamo la distanza. Non sarebbero altro, per usare la fortunata espressione di Paolo Grossi, che le "mitologie giuridiche della modernità" (9), che il giurista avverte come inadeguate a comprendere quella radicale evoluzione del mondo e dei fatti — usualmente compendiata nella espressione *globalization*.

Di fronte a questa evoluzione il giurista si trova ad avere un apparato concettuale di cui avverte i limiti: come ha affermato un autorevole costituzionalista, non è dalle categorie dell'*Allgemeine Staatslehre* che emergerà il nuovo diritto dell'EU (10). Basta guardare, anche superficialmente, al lavoro dei comparatisti, per vedere come le spinte emergenti dalla viva realtà degli scambi hanno portato all'attenzione del giurista questioni di difficile soluzione sul piano dottrinale. Un esempio paradigmatico è offerto dal *trust*: sotto quale titolo può essere inserita questa enigmatica creatura del diritto inglese: sotto *Sachenrecht* o sotto *Obligationrecht* (11), o forse sotto

(9) P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005.

(10) P. HÄBERLE, *Colloquio sulla "costituzione europea"*, a cura di P. RIDOLA, in *Diritto romano attuale*, 2, 1999, p. 199: "L'assetto costituzionale dell'Europa, e correlativamente il processo di strutturazione di essa, non si possono comprendere con le categorie della *Allgemeine Staatslehre*"; v. anche A.A. CERVATI, *Il diritto costituzionale europeo e la crisi della dogmatica statualistica*, in *Diritto romano attuale*, 6, 2001, pp. 21-47.

(11) La domanda fu posta in questi termini da F.W. MAITLAND in *L'Equità*, Milano, Giuffrè, 1957, Lezione III, pp. 31-32: "Under which heading should we place the trust and the *cestui qui trust* right? Under *Sachenrecht* or *Obligationrecht*? The point is that they refuse to fall neatly in those categories".

una quarta categoria da aggiungere alla triade Gaiana di *personae res actiones* (12)? Il fatto è che oggi, per la prima volta, si affaccia la possibilità, come talvolta viene sostenuto, di una evoluzione del diritto al di fuori degli schemi romanistici (13).

Alla base di questa evoluzione sembra di avvertire uno scollamento tra la realtà del mondo giuridico-sociale e le forme concettuali del diritto, o come sino al Rinascimento si diceva, tra *res* e *verba*: un equilibrio difficile perché, come i giuristi dicevano, citando Aristotele, l'esperienza mostra che ci sono più cose che parole (14), ed è problematico trovare nuove etichette per designare i nuovi fatti, e nuovi modi di concettualizzare la realtà che si pone.

In questo anelito a superare i cancelli del diritto è opportuno riconsiderare il pensiero di Alessandro Giuliani (15). Non perché egli sia stato tra i primi a suonare il campanello d'allarme per denunciare i limiti di una scienza giuridica "pura" (16), ma soprattutto per aver mostrato alcune vie per perseguire questa ricerca. Il suo progetto potrebbe essere sintetizzato dal tentativo di aprire il diritto ad un dialogo con alcuni ambiti intellettuali che, soprattutto all'epoca in cui egli pubblicò i suoi primi lavori, tra il 1950 e 1960, si trovavano oltre il cerchio della disciplina, ma che egli sentiva la necessità di recuperare. Tali ambiti convergevano nella filosofia pratica aristotelica (17), e davano una particolare importanza a tre opere, che in

(12) J. HACKNEY, *More than a trace of the old philosophy*, in P. BIRKS (a cura di) *The classification of obligations*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 123-55 a 140.

(13) A. WIJFFELS, *Qu'est-ce que le ius commune?*, cit., p. 141.

(14) ARISTOTELE, *De sophisticis elenchis*, 165 a 11: "limitato è il numero dei discorsi come limitata è la quantità dei discorsi, mentre gli oggetti sono numericamente infiniti," la cui eco si coglie in D. ULPIANO 19. 5. 4: "ut plura sint negotia quam vocabula".

(15) Una biografia intellettuale in A. CERVATI, 'Alessandro GIULIANI', *Dizionario Biografico degli Italiani*.

(16) Tale la tesi che GIULIANI ha svolto in *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Pavia, 1953.

(17) Come è noto, l'espressione 'filosofia pratica' fa riferimento alla tripartizione aristotelica del sapere in teoretico (*epistêmê*), pratico (*praxis*) e creativo (*poiêsis*). Tralasciando la *poiêsis*, che si riferisce al sapere tecnico finalizzato alla creazione di un oggetto materiale, un'importante distinzione separa la speculazione teoretica (*theôrêtikê dianoia*), che si occupa di verità e falsità in riferimento all'ordine della realtà, dalla filosofia pratica (*praktikê dianoia*), centrata su criteri di decisione nel campo dell'azione umana. Il confine tra i due campi subisce una complessa evoluzione, su cui v. A.

tempi lontani erano parte del bagaglio intellettuale di ogni giurista: la *Retorica*, l'*Etica Nicomachea* e la *Politica*. Il suo progetto potrebbe essere sintetizzato dal volere riaprire un dialogo con quei saperi: nella sua analisi il diritto nella sua evoluzione se ne sarebbe allontanato, impoverendosi.

Non era questo però il tentativo di riproporre i valori perduti di un mondo alieno, né di appellarsi ad una storia che servisse gli scopi del presente, quanto di riscoprire la lettura perduta di valori comuni a noi ed a quel mondo svanito. La sua preoccupazione principale era piuttosto che “[s]ta scomparendo il ‘punto di vista del diritto’, e il diritto stesso è stato spogliato di ogni principio costitutivo e ridotto a tecnica o a *social engineering*: i suoi principi sono stati ricercati al di fuori, nell’economia, nella sociologia, nella politica” (18). Egli intendeva ritrovare la sua integrità, per ricostituire un diritto che potesse essere “la condizione logica ed etica per il mantenimento dell’*ordine giusto* all’interno della comunità, che è in persistente situazione di movimento”. Come tale è legato alla controversia (19), e trova le sue premesse in una visione dell’etica, del linguaggio e del contesto istituzionale.

Ma questo progetto comportava un’alternativa ad una visione oggi dominante — e diffusa “quasi come l’aria che respiriamo” (20) — che il diritto fosse uno strumento per raggiungere dati fini, un puro contenitore mancante di principi da riempire di volta in volta con differenti contenuti stabiliti da discipline esterne al diritto:

GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta (a proposito della dottrina aristotelica dei πρακτά)*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Perugia, n. s., n. 2, Padova, Cedam, 1974, pp. 551-577, e ID., *La verdad de la praxis en Suárez*, in *Anuario de filosofía del derecho*, XIX, 4, 1976, pp. 29-41.

(18) A. GIULIANI, *Sistematica e case method come metodi di istruzione giuridica*, in *Jus*, n. s., VIII, fasc. 2. 1957, pp. 319-325 a 319.

(19) Questa è la tesi esposta in A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966, M. DASCAL and H. CHANG (a cura di), *Traditions of Controversy*, Amsterdam, Benjamins, 2007 S. GEONGET, *La notion de perplexité à la renaissance*, Genève, Droz, 2006.

(20) B. TAMANAHA, *Law as a means to an end. Threat to the rule of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 1.

l'economia, la sociologia, la politica (21). Infatti, dalla influente formulazione Jheringhiana di un "Recht als Zweck" si è perso il senso che il diritto possa essere il punto di riferimento di valori espressi all'interno di una formazione sociale, come si è persa l'idea che il diritto abbia una sua intima coerenza, in qualche modo predeterminata e coerente con una costellazione di valori. In quanto, appunto, si è perso "il punto di vista del diritto" (22). Il pericolo di quest'atteggiamento è un impoverimento del diritto, trasformato in un mero strumento malleabile a seconda di scopi stabiliti al di fuori di esso.

2. *Diritto e retorica.*

La prima disciplina con cui Alessandro Giuliani tenta di aprire un dialogo è la retorica. Egli intende riallacciarsi ad una tradizione classica che vedeva negli *studia humanitatis*, ed in quel settore detto nel Rinascimento 'philologia', il punto di partenza atto a guidare ogni passo successivo (23). Egli era conscio, non diversamente dagli umanisti del Rinascimento, della centralità del linguaggio, perché questo è il tessuto connettivo di una comunità, e con essa sorge e si evolve. È forse possibile dire che la filologia modella il suo metodo di ricerca nel diritto. Offre infatti un'epistemologia alternativa a quella delle scienze naturali. Il diritto, come il linguaggio, è infatti diretto all'azione, non alla speculazione (24), ed è il prodotto di una ragione sociale, non di una mente solitaria. Rivela inoltre i limiti delle tradizionali nozioni di certezza e di verità in relazione al ragionare umano. Tuttavia questa tradizione intellettuale venne a perdersi, erosa nel tardo sedicesimo secolo da una concezione positiva del linguaggio che preferì come fonte di significato, non più

(21) A. GIULIANI, *Dal positivismo Benthamiano al realismo giuridico*, Milano, Comunità, 1958, pp. 117-163, ed in generale, B. TAMANAHA, *Law as a means to an end*, cit..

(22) Alessandro GIULIANI, *Dal positivismo Benthamiano al realismo giuridico*, p. 4.

(23) Si potrebbe sostenere che il persorso scientifico di Alessandro Giuliani inizi dalla filologia, non diversamente da Giambattista Vico, sul quale si soffermò in più occasioni, per esempio in Id., *Vico's Rhetorical Philosophy and the New Rhetoric*, in G. TAGLIACCOZZO e D.P. VERENE (a cura di), *Giambattista Vico's Science of Humanity*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1976, pp. 31-46.

(24) V. *infra* n. 27.

la connessione tra *res* e *verba*, ma la relazione tra *verbum* e *mens*: non la *consuetudo* di una comunità ma l'*intentio loquentis*, sulla base che "verba sunt signa mentis (25)".

Echi di una visione legata ad una dimensione sociale del linguaggio si colgono tra il 1950 e 1960 nella filosofia del linguaggio ordinario di Oxford. Tale scuola fu per Alessandro Giuliani un importante punto di riferimento, e tenne in particolare considerazione le ricerche di J. Austin, che nello studiare i modi di manifestarsi del linguaggio ordinario, giunse ad alcune conclusioni di rilievo anche per il diritto. Secondo Austin, c'è un intero settore del linguaggio umano che non è facilmente asseguibile ai criteri della logica formale. Egli offre come esempio la preghiera, che persegue la sua funzione secondo modalità indipendenti dai criteri della logica: la preghiera di per sé non è né vera né falsa. L'aspetto interessante per il giurista è che tali esempi di linguaggio ordinario non sembrano troppo distanti dal linguaggio prescrittivo: essi presentano dei punti di contatto col linguaggio del diritto. Come nota Alessandro Giuliani, entrambi si appellano a regole, a precedenti ed a modelli; entrambi presuppongono un rapporto intersoggettivo, e si rivolgono al futuro, tendendo a controllarlo; ed infine, entrambi presentano una motivazione ragionevole (26). Tali considerazioni lo portano a concludere che

La materia del linguaggio prescrittivo non può essere trattata con modo scientifico, rigoroso; siamo nel settore della comunicazione umana, e pertanto della ragione pratica. Il linguaggio giuridico si differenzia dalle altre forme del linguaggio prescrittivo in quanto ha una funzione essenziale per la sopravvivenza della società: e vi è senza dubbio un grado maggiore di imperatività, che però è sempre presente in tutte le manifestazioni del linguaggio prescrittivo (27).

(25) ARISTOTELE, *De interpretatione*, 16a3-8, K.O. APPEL parla a questo proposito di "eine andere Grundstellung zur Sprache" che segnò il tardo cinquecento in ID., *Die Idee der Sprache in der Tradition des Humanismus von Dante bis Vico*. Bonn, 1963, p. 281 and 232, v. anche M.L. DEMONET, *La voix du signe. Nature et origine du langage à la Renaissance*, Paris e Geneva, 1992, p. 88.

(26) A. GIULIANI, *La nuova retorica e la logica del linguaggio normativo*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLVII, IV serie, fasc. 3-4, 1970, pp. 374-390 a 376.

(27) A. GIULIANI, *La nuova retorica e la logica del linguaggio normativo*, cit., p. 376-7

Tale approccio ha un'importante conseguenza: porta a guardare cosa un testo *fa*, non cosa *dice*, poiché è nella natura del linguaggio, anche giuridico, “fare cose con parole” (28). Il linguaggio del diritto rivela azioni travestite da parole. Quindi l'esperienza del diritto si risolve in azioni, movimento, storia. E tale realtà evade dalla necessità di essere rappresentata tramite l'immagine di un ordine naturale metastorico da contemplare (29).

Un'importante conseguenza di quest'approccio è che il criterio della chiarezza, consacrato nel mito illuminista della *lex clara*, appare inappropriato e fuorviante. Il punto è che in questo particolare settore della comunicazione umana, per usare le parole di H. Price, spesso ricordate dal Giuliani, “clarity is not enough” (30). Il linguaggio giuridico può solo illusoriamente scostarsi da una inestinguibile tensione tra *res* e *verba*. Infatti, come insegna Aristotele (31), il numero delle parole, rispetto alle cose, è limitato, e tale inestinguibile povertà del linguaggio porta il giurista a confrontarsi con nozioni confuse (si pensi, per esempio, alla nozione di giustizia) che possono essere chiarite solo attraverso gli strumenti offerti dal sapere retorico-dialettico, offrendo criteri per escludere dal discorso i significati irragionevoli (32). In definitiva, l'inevitabile interazione tra linguaggio tecnico e linguaggio ordinario porta il giurista a vedere con scetticismo ogni pretesa di costruire un linguaggio giuridico formalizzato (33).

(28) J.L. AUSTIN, *How to do things with words*, Harvard University Press, 1978. Sulla rilevanza di questo testo nella storia del pensiero politico v. Q. SKINNER, *Meaning and understanding in the History of Ideas*, in *History and theory*, 8, 1 (1969), pp. 3-53, v. anche P. COSTA, *In Search of Legal Texts: Which Texts for Which Historians?*, in D. MICHALSEN (a cura di), *Reading past legal texts*, Oslo, Unipax, 2006, pp. 158-181.

(29) Devo quest'osservazione a E. PERREAU-SAUSSINE, *Quentin Skinner in context*, in *The Review of Politics*, 69 (2007), pp. 106-122 a 118.

(30) H.H. PRICE, *Clarity is not Enough*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 19, 1945, pp.1-31, in H.D. LEWIS, *Clarity is not enough: essays in criticism of linguistic philosophy*, London, Allen & Unwin, 1963, su cui v. H.J. GLOCK, *What is analytic philosophy?* Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 168-174.

(31) V. *supra* n. 14.

(32) Tale ricerca ha ad oggetto definizioni dialettiche che secondo ARISTOTELE, *Retorica*, 1369 b 32 rimangono “né del tutto chiare né del tutto oscure”.

(33) Questa è l'importante premessa per un diritto concepito come un perfetto sistema di proposizioni, secondo il progetto perseguito, per esempio, da G.W. LEIBNIZ e

3. *Diritto ed etica.*

Il secondo dialogo che Alessandro Giuliani si propone di aprire è tra diritto ed etica. Questa apertura permette di affrontare alcune importanti domande, tra le quali spicca la seguente: 'Cos'è la giustizia?' È una domanda che naturalmente apre scenari immensi. Ma certamente a metà del ventesimo secolo, quando Giuliani affrontò questa tematica, questa domanda si distingueva, non tanto per la sua ambizione, quanto per la sua inattualità. Rimandava infatti ad una costellazione di termini vaghi ed imprecisi, non soltanto perché non erano chiari gli strumenti di ricerca in quell'ambito, ma soprattutto perché un diritto concepito come una scienza pura, costruito sulla base di un *corpus* coerente di precetti ordinati deduttivamente, non ha posto per questa ricerca. Il risultato era che "il mondo dell'etica appariva un settore interdetto all'ingresso sia del giurista come dell'economista" (34). Questa indagine era stata messa da parte come un argomento da lasciare al filosofo, poiché il giurista, soprattutto quello educato in una concezione formalista del diritto, si trovava a disagio a confrontarsi con i grandi temi che sono alla base del suo sapere (35). Come infatti Giuliani ricorda:

Sotto l'influsso dello scientismo, il pensiero filosofico contemporaneo ha finito per considerare il problema della giustizia "meaningless," ossia senza significato, abbandonandolo al dominio della irrazionalità e della emotività. Il metodo dialettico permette invece di sottoporre al controllo della ragione dialettica il dominio della opinione e del probabile: ecco quindi l'importanza di un ritorno ad Aristotele. (36)

C. WOLFF, su cui v. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Vol. I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, pp. 133-135.

(34) A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 67

(35) A. GIULIANI, *Contributi ad una teoria pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 11: "Il processo di 'oggettivazione' della teoria del diritto ci ha allontanato dalla *storia*: ... Ma i giuristi invece di rivedere i concetti di 'oggettività, di 'scienza', di 'razionalità', in quanto essi contengono di ambiguo e di equivoco... continuano a far prosperare la scienza giuridica nel più completo isolamento nella torre d'avorio di teorie sedicenti pure, che pretendono cioè di essere nel tempo stesso indipendenti dall'esperienza e valide per tutte le esperienze".

(36) A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, cit., p. 3.

La risposta di Giuliani è che la giustizia è reciprocità ⁽³⁷⁾. La sua ricerca è tesa a riportare alla luce un Aristotele obliato da una evoluzione che si è incamminata partendo da opposte premesse nella morale e nella logica, e così facendo si è allontanata da una reale comprensione dell'autentica filosofia aristotelica della giustizia ⁽³⁸⁾.

È fin troppo noto che la genesi del sapere moderno è stata la storia del ripudio di Aristotele da parte di autori come Spinoza, Bacone, Hobbes, Galileo, Newton e Descartes ed altre influenti figure che videro nel *philosophus* la fonte di una logica sterile, di un'etica ed una politica inattuale e di una fisica screditata. Ma l'aspetto che più interessa Giuliani è come tale atteggiamento abbia determinato nel diritto l'esaurirsi della tradizione retorica (che vide un ultimo difensore in G.B. Vico) e di una visione dell'etica aristotelica (che trovò i suoi ultimi autentici interpreti nell'umanesimo italiano del quattrocento) ⁽³⁹⁾. Tale incomprendimento verso Aristotele portò ad una tradizione di interpretazioni sistematizzanti delle sue opere che, a partire dalla seconda scolastica, esercitò una straordinaria influenza sul retroterra culturale a cui si è alimentata la nostra tradizione giuridica. Rispetto a tali interpretazioni Giuliani ricercò il *vero* Aristotele.

Volgiamoci all'*Etica Nicomachea*, alle famose pagine sulla giustizia contenute nel libro quinto. Secondo Giuliani potremo capire l'idea aristotelica di giustizia solo dopo aver compreso un'importante premessa metodologica. Se la finalità di Aristotele è un domandarsi sull'essenza della giustizia, il modello di ragionamento su cui è

⁽³⁷⁾ A. GIULIANI, "La giustizia come reciprocità (a proposito della controversia aristotelico-pitagorica)," in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XXIV, n. 3, 1970, pp. 722-756.

⁽³⁸⁾ A. GIULIANI, *La definizione aristotelica della giustizia metodo dialettico e analisi del linguaggio normativo*, Perugia, CLEUP, 1971, p. 69: "Lo scopo principale della nostra ricerca è la contrapposizione di una interpretazione *dialettica* alla tradizionale interpretazione *sistematica* della dottrina aristotelica della giustizia". In questo contesto egli intendeva rivalutare "l'aspetto problematico, controversiale della speculazione aristotelica: dalla metafisica alla politica".

⁽³⁹⁾ A tali temi Giuliani dedicò vari studi, tra cui *Vico's Rhetorical Philosophy and the New Rhetoric*, in G. Tagliacozzo e D.P. VERENE (a cura di), *Giambattista Vico's Science of Humanity*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1976, pp. 31-46 ed il saggio *Retorica, diritto e filosofia nell'umanesimo. La Rhetorica di Giorgio Trapezunzio*, in *Philologia*, n. 5, 1994, pp. 9-18.

intessuto tale procedere presenta i caratteri di un argomentare essenzialmente confutatorio e dialogico. È importante sottolineare che l'idea di giustizia che ne emerge è inscindibilmente legata ad una teoria dell'argomentazione ed a una logica della controversia: "la dialettica nel senso aristotelico," scrive Giuliani, "pare lo strumento essenziale per l'indagine filosofica: ed è necessario penetrare all'interno dei suoi metodi per ricercare cos'è la giustizia" (40).

Secondo Giuliani è stata tramandata una concezione della giustizia aristotelica poco attenta a tale premessa metodologica. La ricerca di un compiuto sistema di pensiero ha portato a non avvedersi che la finalità teorica e definitoria di questo testo è meno rilevante di quanto normalmente si ritiene (41). È stato proprio il disprezzo per i procedimenti dialettici, degradati al livello di una logica minore, ad aver offuscato "l'autentica filosofia aristotelica della giustizia". Secondo la lettura tradizionale questo testo presenta una serie di distinzioni tra le quali la più famosa è la famosa dicotomia tra giustizia distributiva e giustizia correttiva. Alla prima è assegnata una posizione dominante, confermata da una autentica priorità logica; alla seconda è invece attribuita una funzione complementare, o appunto, 'correttiva'. La giustizia distributiva rende oggetto di speculazione l'intero insieme di beni presenti in una comunità, nessuno escluso, perché gli individui dividono, condividono e scambiano. Ma perché questi scambi possano trovare una loro razionalità, è necessario un criterio stabilito preventivamente, offerto per esempio da un legislatore, un piano, o forse addirittura da una formula matematica (come proposero alcuni autori dell'umanesimo francese cinquecentesco) (42). A tale criterio si aggancia la

(40) A. GIULIANI, *La definizione aristotelica della giustizia. Metodo dialettico e analisi del linguaggio normativo*, Perugia, CLEUP, 1971, p. 35.

(41) Questa posizione è stata recentemente riproposta da Gabriel Danzig: "we should consider the possibility that Aristotle is not seeking the theoretical model he never finds, and that appears to be for him superfluous. To understand what he is doing, however, require rethinking some assumptions about Aristotle's method and goals in the Ethics" (G. DANZIG, *The Political Character of Aristotelian Reciprocity*, in *Classical Philology*, 95, n. 4, October, 2000, pp. 399-424, a p. 400).

(42) Mi riferisco all'idea di una 'giustizia armonica' basata sull'omonima proporzione matematica, che Jean Bodin descrive nelle ultime pagine della sua *République* (lib. VI, cap. 6) e che anche appare, tra gli altri, in Jean Coras e Francois Connan. Tale idea

giustizia correttiva allo scopo di stabilire una rettificazione degli scambi, da operarsi secondo una formula essenzialmente quantitativa (43). Secondo questa prospettiva la problematica del giusto è risolta in una dimensione essenzialmente formale e statica (44).

Tale visione trascura però il carattere del procedere aristotelico, che è essenzialmente dialogico e confutatorio: è un procedere che parte dall'osservazione dell'esperienza ed esamina il suo comporsi in categorie giuridiche. Non bisognerebbe infatti trascurare il criterio metodologico che Aristotele seguirà nella sua ricerca sulla giustizia, e che presenta in apertura del libro V dell'*Etica Nicomachea*, in cui leggiamo:

La nostra indagine si svolgerà secondo lo stesso metodo delle parti precedenti. *Osserviamo* dunque che tutti chiamano giustizia quella disposizione di animo che porta gli uomini a compiere cose giuste e per la quale operano giustamente e vogliono le cose giuste [c.n.] (45).

Il testo suggerisce una metodologia empirica. Invita infatti ad osservare ('osserviamo') quei fenomeni che noi percepiamo come 'giustizia'. Tale procedimento ne rivela alcune forme, i cui caratteri sono precisati da un confronto che ne ricerca le connessioni e

emerge nel contesto di una tradizione di commentari sull'*Etica Nicomachea* pubblicati all'inizio del '500 con un consistente apparato matematico, tra cui particolarmente influente nel contesto francese fu quello dell'insegnante di *artes liberales* del Budeus, Lefèvre d'Étaple.

(43) Interessante il commento di Hans Kelsen: "Aristotle applies a mathematical-geometrical analogy to solve the central problem of his ethics, to answer the question as to what is virtue". (H. KELSEN, *What is Justice?*, Berkeley, Los Angeles, 1957, p. 117, cit. in Giuliani, *La definizione aristotelica della giustizia*, cit., p. 77).

(44) Come scrive il Giuliani: "La giustizia commutativa suppone una concezione volutaristica ed individualistica; l'individuo che sta al centro del diritto è un individuo isolato che sta al di fuori della società, che ragiona e calcola prescindendo da ogni atteggiamento simpatetico. L'*homo juridicus* dei giuristi appare il risvolto dell'*homo oeconomicus* degli economisti individualisti del XVIII secolo" (A. GIULIANI, *Osservazioni sul diritto informazione, Studi in memoria di Domenico Pettiti*, vol. I, in *Annali dell'Università di Perugia*, n. s., n. 1, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 713-716, a p. 719).

(45) ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1129 a 5, traduzione di A. PLEBE (con modifiche), Bari 1965. Il carattere sperimentale dell'etica aristotelica è stato sottolineato da M. VILLEY in *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris, 1975, pp. 45-53.

distinzioni. L'analisi individua una giustizia come virtù generale ed una come virtù particolare, una giustizia distributiva ed una giustizia correttiva, una giustizia pitagorica e la reciprocità. Giuliani richiama l'attenzione proprio su quest'ultima nozione, trattata in un passaggio che gli interpreti hanno tradizionalmente considerato oscuro ⁽⁴⁶⁾. Una lettura di questo testo, consapevole della natura dialettica della ricerca, mostra come la nozione di reciprocità formulata da Aristotele sia stata un tentativo di rispondere alla tesi proposta dai pitagorici. I pitagorici riducono la problematica dello scambio ad una eguaglianza preconstituita, e ne riducono la complessità traducendola in un contraccambio materiale. Nella loro prospettiva la giustizia è una formula matematica: un numero al quadrato. L'idea di reciprocità è il tentativo di Aristotele di rispondere alla tesi pitagorica. Non è questa la sede per addentrarci nella intricata problematica evocata da questo concetto, e rimandiamo alle pagine di Giuliani. Basti dire che la nozione di reciprocità presenta un criterio di scambio legato dal criterio matematico dell'eguaglianza e rinvia al problema dell'adeguamento delle regole a situazioni concrete: in altre parole, al giudice.

La reciprocità ci allontana da una concezione della giustizia centrata sugli schemi astratti della giustizia distributiva, e mette in questione la stessa possibilità di una giustizia perfetta, ponendo in dubbio l'efficacia di criteri distributivi che prefigurano criteri e valori preconstituiti sulla base di un'idea astratta di individuo ⁽⁴⁷⁾. La reciprocità è infatti incompatibile con un sistema di regole evidenti,

⁽⁴⁶⁾ Per esempio, M.I. FINLEY considera questo passaggio "not one of Aristotle's most transparent discussions;" (M.I. FINLEY, *Aristotle and economic analysis*, in *Past and Present*, 1970, p. 33); un altro autore, H. JOACHIM, considera i riferimenti matematici "in the end unintelligible to me" (H. JOACHIM, *Aristotle. The Nicomachean ethics: a commentary*, Oxford, Clarendon, p. 150). Il passaggio aristotelico è omissso in J.L. ACKRILL, *Aristotle's Ethics*, London, 1973. Devo le citazioni a G. DANZIG, *The Political Character of Aristotelian Reciprocity*, *Classical Philology*, 95, n. 4, 1, 2000, pp. 399-424, a p. 399 n. 2 e p. 402 n. 15.

⁽⁴⁷⁾ Questa visione talvolta appare in John RAWLS, *A Theory of Justice* (1972), così da giustificare una distinzione tra un *Rawlsian liberalism* ed un *agonistic liberalism* legato alla tradizione del liberalismo classico (J. GRAY, *Enlightenment's Wake*, London and New York, Routledge, 2009, pp. 9-10 e 116-117). Da menzionare la revisione critica della posizione Rawlsiana in Amartya SEN, *The idea of Justice*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2009.

precostituite, assolute; e fa dubitare che la problematica dello scambio possa essere ridotta ad una proporzione matematica o geometrica, come, rispettivamente, nella giustizia distributiva e commutativa. In realtà da una teoria astratta non si può estrarre il modello di una struttura sociale. Ci porta a considerare che gli individui possono aspirare a visioni rivali e competitive di giustizia, ed anzi, presuppone conflitti e disaccordi, ma componibili in una situazione dialogica. Infatti, la problematica della giustizia non può essere ridotta ad “un sistema di verità precostituite, assolute, evidenti: è una continua ricerca di accordi, di consensi ragionevoli, pur nella contestazione e nel dissenso” (48). Si risolve in una ricerca di accordi tra individui uguali e liberi, condotta con un ragionare dialettico e confutatorio.

Vediamo così che la reciprocità, piuttosto che identificarsi con una particolare specie di giustizia, finisce per indicare un metodo di ricerca, un criterio per risolvere i problemi relativi al pareggiamento di un equilibrio: per esempio nella rettificazione di un torto, nello scambio, nella vita politica, e perfino in quel valore pre-politico che Aristotele vedeva nell'amicizia (49). In questo senso rimanda ad una particolare idea di ordine. Rinvia a quell'ordine isonomico che i teorici della *rule of law* avevano tratto dalla tradizione classica latina e greca, prefigurando un ordine spontaneo a cui è estranea una concezione legislativa della giustizia.

4. *Il contesto politico-costituzionale.*

La prospettiva di un diritto che si apre ad un dialogo con la retorica e l'etica si completa con il dialogo con una terza dimensione: il contesto politico-costituzionale. Alessandro Giuliani si avvicina a questa tematica con una particolare chiave analitica: la categoria dell'ordine'. Ricorre costantemente nel suo lavoro questo termine, che egli considera forse il più complesso e problematico delle

(48) A. GIULIANI, *La definizione aristotelica della giustizia*, cit., p. 104.

(49) A. GIULIANI, *La definizione aristotelica della giustizia*, cit., pp. 85-6.

scienze sociali ⁽⁵⁰⁾. Lo utilizza a partire dai suoi lavori giovanili su Adamo Smith, percependo in quest'autore le premesse per un modo di pensare il diritto nell'ambito di un *globus intellectualis* più ampio. Alla base di tale approccio egli individua un'idea di ordine impregnata di tre dimensioni concorrenti: logiche, etiche e costituzionali, e pone quest'idea al centro della sua ricerca per ritrovare un'idea di diritto che potesse essere, come egli scrive, “la condizione logica ed etica per il mantenimento dell'*ordine giusto* all'interno della comunità”. Le sue principali conclusioni appaiono nella sua ultima opera su “Giustizia ed ordine economico”, in cui l'idea seminale da cui era partita la sua ricerca prende la forma di un ‘ordine isonomico’, che egli contrasta con un ‘ordine asimmetrico’. Cerchiamo di seguire lo svilupparsi di questo percorso.

Un importante punto di partenza, che egli elabora a partire da alcuni suoi lavori giovanili sul diritto anglo-americano, è l'idea del *rule of law* ⁽⁵¹⁾. Questo termine, pur nella vaghezza dei suoi confini concettuali, esprime le necessità di limitare il potere politico per proteggere la libertà dell'individuo ⁽⁵²⁾. Alla sua base c'è l'insopprimibile coscienza dei pericoli prodotti dall'arbitrio del potere. Le regole sociali sono infatti poste al di fuori ed al di sopra del legislatore, ed hanno una loro intima coerenza che sarebbe turbata da ogni intervento esterno. Secondo una nota formula il *rule of law* indica un “government of laws, not of men”: il primo termine evoca uno stato libero, il secondo, la tirannide.

Invocare quest'ideale, come fecero i costituzionalisti inglesi nel Seicento contro le aspirazioni centralistiche della monarchia assolu-

⁽⁵⁰⁾ A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 234, v. anche B. TAMANAHA, *A general jurisprudence of law and society*, Oxford University Press, 2001, p. 208.

⁽⁵¹⁾ A. GIULIANI osserva che “La dottrina della *rule of law* è quella che meglio caratterizza la concezione anglo-americana del diritto; essa presuppone una concezione contenutistica, e non tecnica, in quanto non considera tutte le esperienze come giuridiche e pertanto rappresenta un *limite* alla legislazione, e in genere all'arbitrio dei governanti”, in Id., *Dal positivismo Benthamiano al realismo giuridico*, cit., pp. 9-14.

⁽⁵²⁾ B.Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (Cambridge Univ. Press., 2004). Sulle radici aristoteliche e tomistiche del *rule of law* v. F. VIOLA, *Legge umana, rule of law ed etica delle virtù in Tommaso d'Aquino*, in M. MANGINI e F. VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 3-63.

ta, fu il consapevole tentativo di recuperare l'ideale di libertà ispirato alla *civitas libera* dei comuni italiani del medioevo, e così far rivivere il suo contesto intellettuale, che era una tradizione classica che aveva le sue fonti intellettuali in Livio, Tacito e Cicerone ⁽⁵³⁾. Ma andando oltre le fonti latine, le radici di quest'idea portavano al pensiero greco, all'*isonomia* ⁽⁵⁴⁾. È interessante notare che questo termine giunse nell'Inghilterra cinquecentesca dall'Italia, inteso nel senso di "equalitie of laws to all manner of persons" ⁽⁵⁵⁾. E fu usato sino alla fine del settecento, quando fu sostituito da altre espressioni, come "equality before the law", "government of law", e nel diciannovesimo secolo, dalla più familiare formula "rule of law" ⁽⁵⁶⁾. Una profonda radice del pensiero costituzionale inglese affonda nella tradizione classica.

La principale tra le fonti di tale ideale fu la tradizione retorica latina del medioevo ⁽⁵⁷⁾, ed a questa si aggiunsero, a partire dalle loro prime traduzioni, entrate in circolazione a metà del tredicesimo secolo, due testi Aristotelici, la *Politica* e l'*Etica Nicomachea*. Questi

⁽⁵³⁾ Su cui v. Q. SKINNER, *Liberty Before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, e Id., *Hobbes and Republican Liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

⁽⁵⁴⁾ Su cui v. G. VLASTOS, *Isonomia*, in *American Journal of Philology*, 74, 1953, pp. 337-366, e Id., *ΙΣΟΝΟΜΙΑ ΠΟΛΙΤΙΚΗ*, in *Platonic Studies*, Princeton, Princeton University Press, 1981, pp. 164-203.

⁽⁵⁵⁾ Questa definizione appare nel dizionario italiano-inglese di John Florio, *World of Wordes* (1598). Su questo interessante autore (ritenuto da taluni l'autore di alcune opere di Shakespeare) v. F.A. YATES, *John Florio: the life of an Italian in Shakespeare's England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1934. Nell'Inghilterra ottocentesca il termine *isonomia* esprimeva la forte idealizzazione di una libertà conquistata eroicamente. Un esempio è offerto dalla popolarità che nella letteratura inglese del tempo (v. per esempio in Lord Byron, Edgard Allan Poe ed altri) aveva il ciclo degli *Harmodious and Aristogeiton's songs* (VI sec. AC) che celebravano i due giovani che uccidendo il tiranno Pisistrato restituirono ad Atene la libertà (*isonomia*). I testi sono raccolti in C. FORNARA, *Archaic times to the end of the Peloponnesian War*, Cambridge University Press, 1983, p. 39.

⁽⁵⁶⁾ Sull'evoluzione storica del *rule of law* v. P. COSTA, *The rule of law: a historical introduction*, in P. COSTA e D. ZOLO (a cura di) *The rule of law. History, theory and criticism*, Dordrecht, Springer, 2007, pp. 73-149.

⁽⁵⁷⁾ Sulla retorica intesa come *civilis scientia* v. A. GIULIANI, *Retorica, diritto e filosofia nell'umanesimo. La Rhetorica di Giorgio Trapezunzio*, in *Philologia*, n. 5, 1994, pp. 9-18.

testi fornirono il vocabolario adatto alla comprensione di tale ideale costituzionale, visto come una comunità di eguali finalizzata al fiorire dell'individuo ⁽⁵⁸⁾. Tra i critici, il più violento fu sicuramente Thomas Hobbes, che vide in “the reading of the books of policy, and histories of the ancient Greeks and Romans,” ed in particolare nella *Politica* di Aristotele, una delle più frequenti cause di ribellione alla monarchia assoluta ⁽⁵⁹⁾. L'ideale costituzionale dell'isonomia, radicato nel mito della *civitas libera*, si sgretolò di fronte al sorgere delle teorie utilitaristiche di J. Bentham. Che l'utilitarismo o altri approcci strumentali al diritto costituiscano una minaccia a questo ideale costituzionale rimane a tutt'oggi un pensiero ricorrente ⁽⁶⁰⁾.

L'idea di isonomia occupa un posto centrale nel pensiero di Giuliani. Egli la porta all'attenzione del giurista e ne mostra le potenzialità metodologiche. Gli orizzonti che può aprire sono infatti molteplici. Evoca infatti un modello di ordine legato a precise premesse di carattere logico, etico ed istituzionale, e Giuliani ne evidenzia il significato in differenti contesti e nelle varie forme in cui si manifesta, quali per esempio lo studio dei rapporti tra diritto ed economia ⁽⁶¹⁾, la teoria dell'argomentazione ⁽⁶²⁾ e la procedura. ⁽⁶³⁾

⁽⁵⁸⁾ V. in generale, Q. SKINNER, *The foundations of modern political thought*, Cambridge, Cambridge University Press, I, pp. 49-53.

⁽⁵⁹⁾ Thomas HOBBS, *Leviathan*, cap. 29. Sul contrasto seicentesco tra Hobbes e la tradizione che si richiamava all'ideale classico della *civitas* v. Q. SKINNER, *Hobbes and republican liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 e B. WORDEN, *English republicanism in The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*, Cambridge, CUP, 1991, pp. 443-475, da cui traggio la citazione Hobbesiana (pp. 444-5). Puntuale osservazioni sulle connessioni tra la teoria politica di Leonardo Bruni (1370-1444) e la *Politica* di Aristotele in A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, cit., pp. 174 n. 3 e 151-158.

⁽⁶⁰⁾ A. GIULIANI, *Dal positivismo Benthamiano al realismo giuridico*, cit., pp. 35-39. V. anche B. TAMANAHA, *Law as a means to an end. Threat to the rule of law*, Cambridge, Cambridge University Press (2006).

⁽⁶¹⁾ A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1997. Le connessioni tra diritto ed economia furono studiate in quegli anni anche da Bruno Leoni, ma in una prospettiva che, come ha notato Alberto Febbrajo, “prefigura una analisi economica del diritto,” (A. FEBBRAJO, *Diritto ed economia nel pensiero di Bruno Leoni*, in *Sociologia del diritto*, 1990, nn. 1-2, pp. 133-152, a p. 150). Un progetto diverso è invece quello del Giuliani, che punta invece ad una “analisi giuridica dell'economia,” come egli stesso dichiara in ID., *Giustizia ed ordine economico*, p. X. Sui limiti di *Law and Economics* v. C. GIANNINI, *Economia e diritto: dall'imperialismo culturale al dialogo?*

Contesti naturalmente ben differenti, ma nei quali egli cercava un particolare tipo di ordine, tale da garantire una coesistenza tra posizioni confliggenti.

Come Alessandro Giuliani scrive, un modello puro di isonomia è dato dal comune medievale ⁽⁶⁴⁾. Un delicato equilibrio lo regge, perché nella *civitas* la dimensione politica dell'individuo è assorbita dalla virtù civica, ossia dal diritto e dovere di partecipare alla vita della comunità politica, e questa è la fonte della sua libertà, che è innanzitutto indipendenza dalla volontà di altri ⁽⁶⁵⁾. La suggestione che tale ideale ha esercitato su di lui mostra la sua resistenza a credere (come invece fecero Friedrich Hayek e Bruno Leoni) che la risposta al totalitarismo (che negli anni della *Cold War* era lo stato) fosse l'individualismo radicale; così come d'altra parte mostra la sua resistenza a credere che la formazione sociale ideale fosse la comunità assorbente di un partito o di una chiesa. Mostra invece l'invito alla responsabilità politica ed al senso di dovere civico, come condizioni per costruire una comunità le cui caratteristiche sono una giustizia senza legislatore, una comunità senza stato, una verità come ricerca.

5. *Conclusioni.*

Pochi autori sono stati espliciti come Alessandro Giuliani nel mostrare l'urgenza di ripensare il diritto. Egli intendeva spezzare l'isolamento a cui lo conducono da una parte il formalismo, che lo

Note a margine di un saggio di Alessandro GIULIANI, in *Rivista di storia economica*, n. 3, 1997, pp. 363-374.

⁽⁶²⁾ A. GIULIANI, *Logica giuridica: Teoria dell'argomentazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Roma, Istituto della *Enciclopedia Italiana*, 1975, pp. 13-34.

⁽⁶³⁾ A. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: nuova retorica e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, 1986, pp. 81-90, A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1995, e Id., *Giustizia ed ordine economico*, pp. 137-186. V. anche K. NÖRR, *Alcuni momenti della storiografia processuale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2004, p. 1.

⁽⁶⁴⁾ A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, p. 137, e A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 23-29.

⁽⁶⁵⁾ Q. SKINNER, *A third concept of liberty*, in *Proceedings of the British Academy*, 117, 2002, pp. 237-268, cfr. il classico lavoro di I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, in *The proper study of mankind*, Oxford, Clarendon Press, 1958, pp. 191-242.

pensa come un sistema chiuso di concetti, e dall'altra i tentativi insistenti di ridurlo ad uno strumento. Il pericolo di questo approccio è di svilire il diritto, trasformandolo in un contenitore mancante di principi da riempire di volta in volta con differenti contenuti stabiliti da discipline esterne al diritto — quali l'economia, la sociologia, la politica, la psicologia — che dominandolo conferiscono la sensazione di farne una scienza.

Alessandro Giuliani cercava invece un approccio “giuridico” al diritto. Egli mirava a ricostituire “il punto di vista del diritto”, e tale intento implicava il recupero di un dialogo con alcuni saperi — quali la retorica e l'etica — che l'evoluzione del diritto aveva eroso, impoverendolo. Questo progetto richiedeva un ritorno ad Aristotele, e richiamava all'attenzione alcune sue opere, allertando sulle potenzialità che questi testi, dimenticati troppo in fretta, ancora offrono.

GIOVANNI MARINI
ALESSANDRO GIULIANI: L'EREDITÀ
DEL REALISMO GIURIDICO NORDAMERICANO
E L'“ANXIETY OF INFLUENCE”

1. Fra comparazione e globalizzazione. — 2. Alessandro Giuliani fra critica e ricostruzione. — 3. Lo scenario di riferimento: al crocevia fra due globalizzazioni. — 4. Il realismo giuridico americano tra positivismo continentale e tradizione “benthamiana”. — 5. Le due facce del realismo: dall'antiformalismo come scienza all'antiformalismo come critica. — 6. Sulla “re-invenzione” del realismo giuridico. — 7. La difficile eredità del realismo: la critica nel diritto e la retorica critica. — 8. Legal Process e progetti ricostruttivi nella terza globalizzazione. — 9. Osservazioni conclusive.

1. *Fra comparazione e globalizzazione.*

Il diritto comparato ed il suo metodo non sono certamente stati una delle preoccupazioni centrali nell'opera di Alessandro Giuliani. La vastità dei suoi interessi e la sua particolare sensibilità lo hanno reso, però, sempre un punto di riferimento fondamentale anche per i comparatisti. E continua ad esserlo ancora oggi per le originali analisi delle varie tradizioni giuridiche, che si sono andate sviluppando ed intrecciando nel corso dei secoli all'interno dello spazio europeo, e soprattutto per la particolare attenzione che nella sua riflessione è dedicata al modo di ragionare dei giuristi, ai loro schemi concettuali ed ovviamente alle loro metodologie argomentative.

Profili questi destinati tutti ad assumere una rilevanza centrale in un momento, come quello attuale, in cui la distanza fra le due tradizioni giuridiche classiche della *civil law* e della *common law* si è talmente ridotta da far serpeggiare il dubbio sull'opportunità di continuare a mantenere in piedi steccati fra di loro ⁽¹⁾.

(1) La sofisticata metodologia, messa a punto attraverso il metodo funzionale, prima, e quello strutturale, poi, permettendo di individuare i risultati operazionali a cui

Non vi è dubbio infatti che, negli ultimi anni, i cultori del diritto comparato privato e pubblico abbiano abbattuto nei rispettivi campi le vecchie mitologie e promosso una più complessa visione dei rapporti fra i due mondi (2). Eppure, nonostante i poderosi sforzi in questo senso, la sensazione che le differenze non siano del tutto scomparse è forte. E ciò non è il risultato del fatto, piuttosto ovvio, che nelle due tradizioni si continuino ad usare strumenti concettuali e *doctrines* diverse, ma del fatto che i problemi giuridici continuino ad essere pensati in modo diverso, affrontati e discussi attraverso metodologie ancora differenti e risolti attraverso diversi modelli di analisi.

si perviene in ambedue le tradizioni giuridiche, ha portato alla luce la vastità delle convergenze, inducendo — se non ad archiviare del tutto — a rivedere, però, gli stereotipi più convenzionali che avevano dominato le analisi, classici già K. ZWIEGERT-H. KOETZ, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press 1998, I, 3, per i quali le soluzioni convergenti dovevano dimostrare ciò che di “eternamente valido ed universale” è condiviso da ogni sistema. Sulla riduzione delle distanze fra common law e civil law, seppure in una diversa prospettiva, cfr. G. GORLA, *La “communis opinio totius orbis”*, in M. CAPPELLETTI (ed.), *New Perspectives for a common law of Europe*, Leyden, Sijthoff, 1978, 45; G. GORLA-L. MOCCIA, *A “revisiting of the comparison between “continental law” and “english law” (16 th to 19th century)*, in 2 *J. leg. Hist.*, (1981), 143 sulla base che il diritto continentale sarebbe stato, fra il XVI ed il XVII secolo, un diritto giudiziale; ancora più radicalmente M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato 1994, ID., *The Origins of European Legal Order*, (A. Belton trans.) Cambridge, Cambridge University Press 2000, per il quale i due sistemi si sarebbero sviluppati a partire da un ceppo comune altomedioevale, ma anche R. ZIMMERMANN, *Diritto romano ed unità giuridica europea*, in AA.VV., *Studi di storia del diritto*, I, Milano, Giuffrè 1996, 16 sulla diversa base che il diritto inglese arrivi dopo secoli alle stesse soluzioni continentali, dimostrandone l'intrinseco carattere europeo. Una messa a punto è già in A. Watson, *Roman Law and Comparative Law*, Athens-London, University of Georgia Press 1991 e, sulla circolazione dei modelli argomentativi, in D. IBBETSON, *The Roman Law tradition*, in D. IBBESON-A. LEWIS (eds.), *The Roman Law Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press 1994, 8. Per l'approccio strutturale fra tutti cfr. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, UTET, 1992.

(2) Per una serie variegata di esempi, senza alcuna pretesa di esaustività fra gli altri già cfr. G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano 1986, G. FRANKENBERG, *Comparing constitutions: Ideas, ideals, and ideology-toward a layered narrative*, 4 *Int'l J Con Law* (2006), 439. DA. KENNEDY, *The politics and methods of comparative law*, in M. BUSSANI & U. MATTEI (eds.), *The Common Core of European Private Law*, The Hague, London, New York 2003, 131-207.

Man mano che questi profili dunque cominciano ad occupare il centro del palcoscenico, emerge anche la centralità per l'indagine comparativa dell'analisi dei vari canoni e modelli attraverso i quali i dati giuridici vengono organizzati, presentati ed accreditati nelle varie esperienze giuridiche. Questi canoni e modelli rappresentano il "legal style" o il "mode of thought" di un'epoca, da essi dipende la legittimazione dell'operato dei giuristi nei vari sistemi e sono ancora questi stessi canoni e modelli che delimitano il loro campo d'azione e le condizioni di possibilità concesse alle loro ricostruzioni. Questi canoni e modelli, come tutti i prodotti culturali, sono destinati ad una larghissima circolazione (3).

Una prospettiva, quest'ultima, che si ricollega ad una tendenza venuta alla luce negli ultimi tempi e volta allo studio della globalizzazione del pensiero giuridico, alla ricostruzione di quel processo cioè con il quale viene ad esistenza e si consolida una comune *legal consciousness*, un comune patrimonio intellettuale (composto appunto da: schemi organizzativi, vocabolario concettuale, modelli di ragionamento e tecniche argomentative) con il quale operano i giuristi, a latitudini e longitudini diverse, in un dato momento storico e geografico (4).

L'esercizio di un'egemonia nel campo giuridico dipende allora dalla possibilità di controllare quel complesso di strumenti e schemi concettuali che compongono la *legal consciousness* e dalla capacità dei giuristi di partecipare al dialogo, appropriandosi degli elementi che la costituiscono ed utilizzandoli strategicamente (5).

(3) Il diritto è in una relazione complessa con la società e la cultura, una relazione biunivoca, poiché il diritto non è solo il loro prodotto, ma contribuisce a sua volta a produrle. La forza del diritto non è soltanto coercitiva, ma anche discorsiva e produttiva, così nella prospettiva della comparazione già G. FRANKENBERG, *Critical Comparison: Re-thinking Comparative Law*, in 26 *Harv. Int'l L. J.*, (1985), 411.

(4) DU. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D. M. TRUBECK & A. SANTOS (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Massachusetts, Cambridge University Press 2006, 19-73.

(5) Su queste vicende, volendo, cfr. G. MARINI, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in *Pòlemos*, 2010, 31, ID., *La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 163. Ha sottolineato a più riprese che il diritto comparato, occupandosi del modo in cui si disegnano i confini fra i sistemi, è in grado di decifrare anche i progetti e le

È ovvio allora come l'opera di Giuliani offra ulteriori motivi di interesse. Nel quadro che Giuliani disegna infatti le varie tradizioni giuridiche emergono sempre come soluzioni particolari, nell'ambito però di una struttura e di un linguaggio largamente condivisi, di cui si limitano a ricombinare in modo diverso elementi largamente comuni. A differenza poi delle ricostruzioni accreditate nel *mainstream*, il grado di maggiore apertura o chiusura con cui le varie esperienze giuridiche si pongono, le une nei confronti delle altre, è considerato da Giuliani un fatto storicamente relativo, destinato a mutare continuamente nel corso del tempo.

Anticipando alcuni motivi della *comparative jurisprudence*, Giuliani infatti raramente giudica o si schiera a favore delle diverse teorie o contro i loro possibili "fraitendimenti", ma si preoccupa piuttosto del modo in cui queste hanno dato forma ad un'esperienza, del loro significato storico e della maniera in cui si sono radicate nella prassi degli operatori giuridici comuni, contribuendo alla costruzione di una condivisa *legal consciousness*. Al tempo stesso non può negarsi però che, con la sua stessa opera, Giuliani si collochi pienamente all'interno di una precisa forma di *consciousness*: la terza, quella che caratterizza ancora largamente la fase contemporanea (6).

2. *Alessandro Giuliani fra critica e ricostruzione.*

I lunghi anni in cui Giuliani è all'opera sono certamente anni di transizione. La crisi ha gradualmente investito le varie teorie che si sono affacciate sulla scena, senza risparmiare il giusnaturalismo, il realismo giuridico, la teoria analitica del diritto e la teoria ermeneutica. Sono anni lambiti ancora in parte dall'onda lunga dell'"istanza" sociale, un pensiero che ha conosciuto già, anche in Italia, più di un adattamento, ma la cui esperienza non può dirsi ancora definitiva-

strategie che si possono perseguire attraverso la raccolta e la selezione dei dati da comparare P. G. MONATERI, "Cunning passages". *Comparazione e ideologia nei rapporti tra diritto e linguaggio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 353 ed ID., *La costruzione giuridica del globale e lo scontro delle giustizie*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 677-702.

(6) Ancora cfr. DU KENNEDY, *Three globalization cit.*

mente archiviata (7). In questo periodo, serpeggia il tentativo di una rilettura del sociale, molto spesso accompagnato ad una serrata critica del pensiero classico, rimasto largamente dominante nella cultura giuridica italiana. Proprio questo conflitto doveva esporre il “sociale”, a sua volta, ad una serie altrettanto serrata di critiche volte a conservare ai suoi oppositori classici l’egemonia sul terreno del metodo.

Decenni di confronti hanno però indebolito il sociale che, a parte una fortunata e significativa parentesi negli anni ’70, comincia a conoscere il declino. Questa crisi non segnerà la sua scomparsa, ma una sua radicale trasformazione all’interno di quel più complesso assetto intellettuale che ancora caratterizza l’epoca contemporanea, in cui sembrano essere sopravvissuti alcuni temi cavalcati dai giuristi del sociale, come il bilanciamento di *conflicting considerations* nell’amministrazione delle controversie, accanto ad altre idee-guida, che trovano la propria origine nel pensiero classico, come la fiducia nei diritti individuali — riproposti ora nelle vesti di diritti umani, di diritti fondamentali e dei valori ad essi collegati — affidati per la loro realizzazione all’intervento del giudice.

Nell’opera di Giuliani la critica nei confronti di un modello assoluto ed universale di ragione formale e calcolante, è assolutamente centrale. Come netta è la sua opposizione nei confronti delle pretese “scientifiche” di metodi che si presentano come oggettivi ed assoluti (8).

La critica del razionalismo accomuna sia il pensiero classico che quello sociale, nella misura in cui il secondo non diversamente dal primo è suscettibile di ridurre i problemi giuridici a questioni tecniche, ignorando la complessità e la specificità della controversia giuridica, facendo così “violenza” alla sua struttura (9).

(7) Cfr. M. BARCELLONA, *L’« idea del sociale » nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 717.

(8) Lo ricorda assai bene F. CERRONE, *Introduzione: premesse logiche ed etiche di una comunità civica e del suo ordine giuridico*, in *Sociologia* 2010, 9 ponendo in evidenza l’interesse per una diversa e precedente forma di storicismo riconducibile ad Adam Smith.

(9) L’antiformalismo non può ignorare gli elementi economici, politici e sociologici, quelli che però Gény definiva *données* non potranno mai essere utilizzati per finalità argomentative, non possono bastare da soli a risolvere problemi di valore e ad esaurire

Il diritto, invece, essendo ispirato alla ragion pratica nel senso classico del termine ⁽¹⁰⁾, deve andare ben al di là della semplice considerazione dei mezzi, per occuparsi invece dei fini e dei valori e soprattutto prendere posizione ed affrontare lo spinoso problema del conflitto fra i valori.

In questa prospettiva la conoscenza giuridica non può mai dirsi conclusa, anzi è sempre aperta ad una rielaborazione, le cui tecniche non sono condizionate da vincoli sostanziali, ma prevalentemente procedurali. L'argomentazione e le sue regole — la condivisione dei *topoi*, la comunicazione intersoggettiva ed il confronto — sono diventate fondamentali. L'argomentazione e l'approfondimento in chiave retorica dei procedimenti interpretativi sono infatti capaci di conferire una legittimazione all'intervento del giudice ed una dimensione etica ai risultati che è in grado di raggiungere ⁽¹¹⁾.

In questo scenario, l'opera di Giuliani è stata giustamente considerata fondamentale. È ovvio, però, che il suo è un tentativo di gettare le basi per arrivare a raggiungere un nuovo consenso sul quale fondare un progetto ricostruttivo capace di prendere in considerazione quelle che, ai suoi occhi, apparivano come delle verità, ma soltanto parziali, della critica. Un tentativo, insomma, di evitare la politicizzazione del dibattito di fronte alla crisi dell'autorità provocata dal declino di tutti i discorsi disciplinari che reclamavano una loro oggettività.

Il progetto di Giuliani cerca allora di evitare la polarizzazione ideologica del discorso giuridico e la radicalizzazione del conflitto, creando un nuovo equilibrio fra due poli estremi. Uno spazio

il processo deliberativo (assai chiaramente fra i molti scritti cfr. A. GIULIANI, *Observations on legal education in antiformalistic trends*, in *L'educazione giuridica*, 1975, I, 79). Sui rapporti con l'antiformalismo bene G. REPETTO, *La tecnica dei giuristi. Alessandro Giuliani lettore di Gény*, in *Sociologia* 2010, 87.

⁽¹⁰⁾ Cfr. F. CERRONE, *Ragione dialettica e retorica nell'opera di Alessandro Giuliani*, in *Sociologia* 2009, 43 ed ID., *Alessandro Giuliani: la storicità del diritto fra logica ed etica in Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di A.A. Cervati* (cura di A. CERRI, P. HÄBERLE, J.M. JARVAD, P. RIDOLA, D. SCHEFOLD), II, Roma 2010, 1.

⁽¹¹⁾ Il profilo è ribadito da A.A. CERVATI, *Diritto costituzionale ed impegno etico dei giuristi*, in *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino 2009, 47 ed ID., *Alessandro Giuliani, il linguaggio giuridico, la storia e il diritto costituzionale* ("L'eticità nella scienza giuridica"), ivi, 207.

all'interno del quale è possibile recuperare l'autonomia dell'esperienza giuridica, ponendo un argine alla deriva positivista. Una posizione che, mentre fa proprie le acquisizioni della critica del discorso giuridico, pone le premesse per "de-radicalizzarla".

Estremamente significativa in questo senso è la lettura che Giuliani offre del realismo giuridico ed è questo pertanto il terreno sul quale continueremo il discorso.

3. *Lo scenario di riferimento: al crocevia fra due globalizzazioni.*

Il realismo giuridico americano viene infatti opportunamente presentato, non come un fenomeno isolato, ma come parte di un comune movimento di pensiero che, ricombinandosi con altre componenti, aveva avuto negli Stati Uniti una epifania parzialmente diversa rispetto a quella che aveva assunto in Europa ⁽¹²⁾.

Il realismo giuridico americano è al crocevia fra due momenti cruciali che meritano attenzione, proprio come tentativi di edificare un modello da diffondere su scala globale. Il primo, assai noto e studiato da noi, è quello che va dalla seconda metà del XIX secolo e alla prima guerra mondiale ed è caratterizzato dal fenomeno delle codificazioni. Il secondo — altrettanto studiato, ma non ancora pienamente considerato nella sua reale diffusione, almeno al di là dei confini europei — va dall'inizio del Novecento fino alla fine della seconda guerra mondiale e rimane operativo soprattutto nelle "periferie", almeno fino a tutti gli anni Settanta. Questa seconda fase può essere caratterizzata dalla diffusione su scala globale del pensiero giuridico sociologico europeo.

(12) La contrapposizione fra positivismo benthamiano e hegeliano è sottolineata da A. GIULIANI, *Dal positivismo "benthamiano" al realismo giuridico*, in F. ROSSI-LANDI (diretto da), *Il pensiero americano contemporaneo*, vol. I, Milano, Edizioni di Comunità 1958, 117, 120. Sul continente l'influsso di Hegel su Jhering ha permesso il divorzio fra positivismo giuridico e filosofico con la conseguenza di consentire al primo di rimanere saldamente sul terreno della scienza del diritto. Lo stesso non è accaduto negli Stati Uniti a causa della forte influenza della tradizione utilitaristica ed in particolare di Bentham. Secondo tale prospettiva, alle scienze morali deve essere applicato il metodo delle scienze fisiche, recuperando una base oggettiva come il principio del calcolo della felicità sulla quale tutti potessero trovare un accordo per risolvere i problemi della democrazia e della società (cfr. A. GIULIANI, *Dal positivismo "benthamiano" al realismo* cit.).

Ambedue hanno contribuito ad edificare lo scenario ed a costituire il sistema nel quale l'attuale terza fase di globalizzazione si è sviluppata, intrecciandosi con i residui delle altre due per dare vita ad una sedimentazione complessa ⁽¹³⁾.

Assai schematicamente riassunta, la prima globalizzazione si svolge intorno alla diffusione del Code Napoleon e di quel complesso di idee sul diritto associate con esso, che vengono di solito presentate nel binomio individualismo/formalismo ⁽¹⁴⁾. Rispetto a queste ultime, il contributo tedesco, in tutta la sua ampia varietà di sfumature, non rappresenta una rottura ma una continuazione, attraverso la messa a punto sistematica — che raggiunge il suo apice con la redazione del BGB — ad opera della scienza giuridica tedesca ⁽¹⁵⁾. Il fondamento sulla quale questa fase poggia è rappresentato ovviamente dalla combinazione dell'idea di "sistema" con la teoria della volontà, combinazione dalla quale dipendeva la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, organizzata secondo un ordine

⁽¹³⁾ DU. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, cit., prende Maitland ancora una volta in prestito per dire che queste, seppur sepolte, sembra però che "ancora ci regolino dalle loro tombe" (cfr. F. W. MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law. A Course of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press 1936, 1).

⁽¹⁴⁾ Varie ricostruzioni sottolineano il modo in cui la scienza giuridica tedesca perpetua e rielabora gli atteggiamenti del razionalismo, il quale è alla base del code civil, e la cui influenza doveva essere riflessa a sua volta anche nella stessa area francese (dove, come le "rationes" giurisprudenziali venivano travestite da criteri esegetici, i concetti giuridici venivano presentati in forma di pura interpretazione dei testi). Sotto il profilo comparatistico è opportuno notare come ovviamente permangono alcune importanti differenze che riguardano le nozioni ordinanti fondamentali (con le loro soluzioni operative: cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, UTET 1992; ID., *La circolazione del modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 515), la tecnica legistica (cfr. A. GAMBARO, *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile, Le fonti del diritto italiano*, I, Torino, UTET 1998, 405, 428) e lo stile (cfr. P. G. MONATERI, voce *Giurisprudenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. IX, Torino, UTET 1993, p. 150 ss.).

⁽¹⁵⁾ I legami che collegano i presupposti da cui i due modelli muovono sono evidenziati anche da A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 21 "La stessa Scuola storica, a malgrado della sua avversione contro il diritto naturale, non solo accettò alcuni motivi fondamentali della Scuola contro cui sorse in opposizione ma ne proseguì la tradizione sistematica".

gerarchico nel quale il secondo precede il primo ed occupa una posizione privilegiata al centro del sistema ⁽¹⁶⁾.

Il prestigio all'interno dei paesi del mondo occidentale e l'imperialismo all'esterno dovevano assicurare la diffusione del modello ⁽¹⁷⁾.

Questa prima globalizzazione infatti si espande in tutta l'Europa, toccando anche quelle esperienze che non erano state ancora "romanizzate". La sua influenza è evidente anche al di là della Manica, dove pure è innegabile la posizione di maggiore prestigio di cui godono i giudici ⁽¹⁸⁾, e soprattutto negli Stati Uniti, dove il metodo langdelliano si doveva incaricare di riprodurre l'idea di sistema e della completezza dell'ordinamento ⁽¹⁹⁾. Ovunque il *case*

⁽¹⁶⁾ Non vi è dubbio che, anche in questa prospettiva, fosse fondamentale la scuola storica. La capacità di combinare nell'idea di sistema l'espressione del *Volkegeist*, permetteva a livello locale ai giuristi nazionali di presentarsi al tempo stesso come eredi della tradizione del diritto romano e della scienza giuridica europea ed esponenti del loro particolare universo normativo, facilitando l'integrazione nell'ordine globale senza tradire la loro origine nazionale. Sul punto bibliografia vastissima, torna ora sul tema con spunti originali DU. KENNEDY, *Savigny's Family/Patrimony distinction and its place in the global genealogy of classical legal thought*, 58 *Am J. Comp. L.* (2010), 811.

⁽¹⁷⁾ Tale modello subiva ovunque adattamenti locali significativi, è il caso della tradizione giuridica italiana in cui "...l'ordinamento giuridico deve essere interpretato sulla base dei suoi principi interni. Questo è il significato che la positività ha per il giurista italiano il quale, erede di una gloriosa tradizione ha svincolato la positività e la sistematicità dalla statualità del diritto" (cfr. A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, 117 il quale considera la tradizione italiana come la realizzazione più piena di alcuni dei motivi dello storicismo tedesco fra cui la extrastatualità del diritto ed aggiunge "nella considerazione del diritto, quale dato presupposto al lavoro della scienza, la Scuola storica sostanzialmente concordava con la scuola dell'esegesi e veniva preparando la strada sia alla concezione normativistica del diritto... sia alle correnti sociologiche" (*op. cit.* 119)).

⁽¹⁸⁾ Cfr. R. ZIMMERMANN, *Savignys Vermächtnis: Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft*, in *Juristische Blätter*, 1998, 273, 289.

⁽¹⁹⁾ È il formalismo langdelliano a continuare l'esperienza della giurisprudenza analitica (la vicenda è documentata per la proprietà da A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property, Propriété, Eigentum (corso di diritto comparato)*, Padova, CEDAM 1992, 3 ss.), su Langdell e i c.d. trattatisti nordamericani, volendo, cfr. G. MARINI, *Ipotesi sul metodo nel diritto privato. Piccola guida alla scoperta di «altri» itinerari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 343. Nella visione di Giuliani, la distanza fra il diritto americano e quello inglese è destinata ad

law sostituisce il codice, la sua organizzazione comincia a tendere verso la sistematica e cerca di mimare quanto fanno i dottrinari sul Continente, provando talvolta a trasporre alcune delle sue strutture concettuali nella common law e talvolta persino a servirsi delle stesse categorie, sebbene mutandone frequentemente contenuti e significati ⁽²⁰⁾. Insomma, in molti modi diversi, Francia ed Inghilterra dovevano contribuire alla diffusione: diretta nelle colonie ed indiretta in tutti gli altri paesi che risentivano della loro influenza ⁽²¹⁾.

La rottura che dà vita alla seconda globalizzazione doveva trovare i suoi principali artefici in Germania soprattutto ad opera di

aumentare con Langdell, il quale combina il positivismo con l'empirismo, considera i casi come fatti osservabili, gettando così un ponte fra la tradizione benthamiana ed il realismo. I casi riflettono alcuni principi che sono alla base del diritto e che possono essere ricavati — attraverso un processo induttivo tipico delle scienze sperimentali — dalle decisioni delle corti, ma solo una parte minima e non tutte li incorporano; è necessario quindi scoprirli anche al di fuori della tradizione nazionale. In questo modo, il diritto americano si differenzia, non solo rispetto ai sistemi continentali, ma anche nei confronti della stessa common law inglese, in cui il valore del diritto era indipendente dal riferimento ad una volontà e ad una fonte determinata; con Langdell, invece, è la fonte, cioè la corte, a dare valore al diritto (cfr. A. GIULIANI, *Dal positivismo "benthamiano" al realismo giuridico*, cit., 141).

⁽²⁰⁾ Rimane aperta la questione della rieuropizzazione della common law. Questa ha seguito il richiamo alla *inner relationship* con il diritto romano classico (cfr. F. PRINGSHEIM, *The Inner Relationship between English and Roman Law*, in 5 *Cambr. L. J.*, (1935), 347; ma cfr. A. WATSON, *Roman Law and Comparative Law*, cit. e G. SAMUEL, *System und Systemdenken - zu den Unterschieden zwischen kontinentaleuropäischem Recht und Common Law*, in *ZeUP.*, 1995, 384) o alla comunicazione fra i due mondi mediata dal diritto canonico o dalla conoscenza della letteratura continentale (cfr. R. ZIMMERMANN, *Diritto romano ed unità giuridica europea*, in AA.VV., *Studi di storia del diritto*, cit., 16, 17; P. STEIN, *The Influence of Roman Law on the Common Law*, in M. E. FRANKE, J.P. JORDAANS, J. SMITS (eds.), *Historisch vooruitzicht, Arnhem*, BW-krant Jaarboek 1994, 165). Critici da punti di vista diversi: G. TEUBNER, *Rechtssirritationen: Der Transfer von Rechtsnormen in rechtssoziologischer Sicht*, in J. BRAND AND D. STEMPEL (eds.), *Soziologie des Rechts: Festschrift Erhard Blankenburg, Baden-Baden*, Nomos 1998, 233, 236; P. G. MONATERI, *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the "Western Legal Tradition"*, 51 *Hastings L. J.*, (2000), 481; M. GRAZIADEI, *Comparative Law, Legal History and the Holistic Approach to Legal Cultures*, in *ZeUP.*, 1999, 541).

⁽²¹⁾ Anche in Estremo Oriente il suo influsso è presente nei progetti di rinnovamento del diritto cinese e di quello giapponese fino a primi decenni del Novecento cfr. Kigatawa, *Das Methodenproblem in der Dogmatik des japanischen Rechts*, in *Archiv fuer zivilistische Praxis*, 1966, 330 e G.M. AJANI-A. SERAFINO-M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, Torino, UTET 2007.

Jhering ⁽²²⁾. La critica doveva proseguire in tutta Europa e con caratteri originali in Francia dove Saleilles, Géný e Duguit avrebbero dato un contributo essenziale ⁽²³⁾. Era soprattutto nelle “periferie” però che doveva diffondersi, seguendo gli stessi itinerari della prima globalizzazione, ora anche con il contributo nelle colonie dei giovani intellettuali di ritorno dal “centro”, ove avevano studiato ⁽²⁴⁾. Tutti rivendicavano una visione più sociale del diritto, istanza che poteva significare variamente un diritto più aderente alla *law in action* o più sensibile verso la giustizia sociale.

Con l'appello al “sociale” ci si riferiva infatti a forme di critica diversa del pensiero classico. Il “sociale” si contrapponeva infatti al concettualismo che l'impostazione tradizionale aveva adottato, rimproverandogli di aver ignorato il contesto economico e sociale e denunciando il *gap* che si era venuto a creare fra “law in the books”

⁽²²⁾ R. VON JHERING, *Der zweck im Recht*, Breitkopf und Hartel, Leipzig 1923, trad. it. *Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi 1972. Sulla varietà dei filoni che possono iscriversi al suo interno cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II Milano, Giuffrè 1980; A. M. HESPANA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna 1999, 227.

⁽²³⁾ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris 1901 F. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Paris 1899; ID., *Science et technique en droit privé positif*, 4 voll., Paris 1913-24, L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901. Fra i molti P. GROSSI, *Pagina introduttiva (Ripensare Géný)* in *Francois Géný e la scienza giuridica del novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, Milano, 1991, 32 ed ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, 191.

⁽²⁴⁾ È questo fra gli altri il caso di Sanhuri, autore del codice egiziano del '49, che studia diritto in Francia dal 1921 al 1927 per fare ritorno poi in patria. Nella sua opera emerge la tensione fra la ricerca della giustizia sociale (realizzata attraverso gli istituti che denotano il lato “sociale” e le clausole generali che esprimono lo spirito oggettivo del diritto islamico) e la necessità di affermare la differenza che qualifica il processo di rinnovamento (definendo tali istituti come islamici) cfr. A. AL-SANHURI, *Les restrictions contractuelle à la liberté individuelle de travail*, Lyon, 1925, ma anche Fathy, *La doctrine musulmane de l'abus des droits. Etude d'histoire juridique et de droit comparé*, Lyon, 1913, con la prefazione di Lambert in cui l'oriente è ancora più avanzato e deve costituire un modello per l'occidente. Sul punto cfr. anche A. SHALAKANY, *Between identity and redistribution: Sanhuri, genealogy and the will to islamize*, in *8 Islamic Law & Soc. Journal* (2001), 201-244.

e “law in action” (25). Il sociale si contrapponeva anche all’individualismo che dominava nelle ricostruzioni classiche e sosteneva ovunque l’intervento regolamentare da parte dello Stato. Nel diritto privato, questo orientamento spesso si affiancava ad una rilettura delle clausole generali, preferite per la loro elasticità, che permettevano di correggere nel segno di una maggiore equità i risultati a cui conduceva l’applicazione meccanica delle norme. Infine il “sociale” veniva collegato all’emersione di una serie di critiche ancor più “estreme” che conducevano gli orientamenti scettici verso il relativismo in campo morale e politico (26).

La critica si sviluppa in due direzioni differenti: da una parte ci si muove, come accade prevalentemente in Europa, sul terreno della teoria delle fonti del diritto, reclamando apertamente un ruolo più rilevante per una giurisprudenza più sensibile agli obiettivi sociali; negli Stati Uniti invece la critica si esprime attraverso un attacco alla logica ed alla coerenza della teoria (individualistica) classica, rivendicando un metodo capace di muoversi indipendentemente dal concettualismo per conseguire obiettivi di policy (27).

Non vi è dubbio che siano gli Stati Uniti, però, il terreno in cui la critica conosce i suoi più significativi e duraturi sviluppi. La stessa giurisprudenza sociologica americana può essere considerata una naturale erede dell’istanza sociale europea. È stato sicuramente Roscoe Pound a riprendere e trapiantare negli Stati Uniti la critica europea della *Begriffjurisprudenz* attraverso la visione teleologica del fenomeno giuridico, in cui il diritto è un mezzo per conseguire degli scopi sociali (28). Anche se certamente non si può negare che

(25) Registravano la distanza fra il diritto giurisprudenziale e la teoria classica, L. FULLER-W. PERDUE, *The reliance interest in contract damages*, 46 *Yale L.J.* (1936-37) 52-96, 373-420, F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, cit.

(26) V. GROSSWALD CURREN, *Rethinking Hermann Kantorowicz: Free Law, American Legal Realism and the legacy of anti-formalism*, in A. RILES (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford and Portland-Oregon, Hart Publishing 2001, 66.

(27) Non è però mancato anche da noi un attacco alla coerenza dei concetti, fra i molti significativa la visione di un “outsider” come M.C. BELLEAU, “*Les Juristes Inquiets*”. *Legal classicism and criticism in early twentieth-century France*, *Utah L. Rev.* 1997, 379.

(28) R. POUND, *The Need of a Sociological Jurisprudence*, in 19 *Green Bag*, (1907), 607; ID., *Law in Books and Law in Action*, 44 *Am. L. Rev.*, (1910), 12; ID., *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, in 25 *Harv. L. Rev.*, (1912), 489.

Holmes, ancor prima dei francesi ed in modo indipendente da Jhering, avesse già largamente preparato la strada ad una revisione critica del pensiero classico.

4. *Il realismo giuridico americano tra positivismo continentale e tradizione "benthamiana".*

Holmes, infatti, aveva enfatizzato la necessità di abbandonare le astrazioni e di guardare al modo in cui il diritto funziona nella società ("il diritto non è logica, ma è esperienza" ⁽²⁹⁾), considerando l'impatto del fenomeno giuridico sulla dinamica sociale ("il diritto come profezia di ciò che i giudici faranno" ⁽³⁰⁾). Pur non abbandonando il punto di vista interno, Holmes aveva però indotto i giuristi a preoccuparsi anche del punto di vista esterno.

L'opera di Holmes è aperta ovviamente ad interpretazioni di tipo diverso. L'obiettivo di Holmes era principalmente la riorganizzazione del materiale giurisprudenziale prodotto dall'adattamento della classica common law inglese e la riduzione dello spazio concesso alla giuria in modo da permettere ai giudici di riguadagnare il controllo delle decisioni e di ridurre l'imprevedibilità del sistema ⁽³¹⁾. Da una parte, la sua ferma convinzione di aver individuato dei meccanismi che guidano l'evoluzione del sistema giuridico ("the tendency of the law everywhere is to transcend moral and reach external standards" ⁽³²⁾), ha indotto a collocare la sua opera alla base di tutte quelle correnti che miravano a recuperare scientificità al diritto attraverso l'analisi dei fenomeni reali piuttosto che delle "essenze". Dall'altra, però, non si può negare ad Holmes di aver riportato anche al centro dell'analisi le considerazioni di policy e l'inevitabilità per i giudici, nelle loro decisioni, di procedere ad un

⁽²⁹⁾ O. W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little Brown and Co. 1881, I, "The life of the law has not been logic; it has been experience".

⁽³⁰⁾ O. W. HOLMES, *The Path of the Law*, in 10 *Harv. L. R.*, (1896-1897), 457, 461: "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law".

⁽³¹⁾ Questa tendenza è documentata sia nel diritto dei contratti che in quello della responsabilità civile cfr. O.W. HOLMES, *The common law cit.* 107.

⁽³²⁾ O. W. HOLMES, *The common law*, cit. 56.

bilanciamento degli interessi in conflitto; elementi che adesso sono diventati cruciali anche in Europa.

La critica al modello classico doveva continuare, in modo originale, con il realismo giuridico. Pur nell'estrema varietà delle sue manifestazioni, il realismo attaccava i concetti tradizionali per il loro carattere puramente "metafisico" ⁽³³⁾ ed i modelli argomentativi classici per la loro indeterminatezza, offrendo l'esempio più probante dell'inadeguatezza delle vecchie teorie ispirate, tra l'altro, ad una concezione individualistica del diritto. Le soluzioni che venivano raggiunte attraverso questo modello di ragionamento giuridico non sempre potevano essere considerate il frutto davvero necessario dell'uso dei materiali a disposizione dei giudici, solo l'abuso delle costruzioni e del metodo deduttivo permetteva di ritenerle tali.

Bisogna subito chiarire, però, che la critica, anche nelle sue frange estreme, era sempre di tipo *minimale* ⁽³⁴⁾. La critica cioè metteva in luce, caso dopo caso, i difetti logici che le opinioni dei giudici contenevano, ma non presupponeva assolutamente — anche negli esponenti più radicali — una critica globale del diritto, l'idea cioè che il diritto per la sua stessa natura o le opinioni dei giudici per il modo in cui sono strutturate non consentissero mai di raggiungere soluzioni "necessitate" e nemmeno l'idea che i giudici cercano consapevolmente di evitare la soluzione che avrebbero dovuto raggiungere se avessero applicato fedelmente il ragionamento deduttivo.

All'inizio del secolo anzi, contrariamente alla *vulgata* classica, appare evidente come la critica mirasse semplicemente a restituire una maggiore deferenza nei confronti dell'attività legislativa della maggioranza, allora sistematicamente messa in discussione dalla Corte Suprema, ed a riconoscere apertamente l'inevitabile carattere di *policy-making* di molte decisioni giudiziali. I realisti insomma mettevano in evidenza come tutte le decisioni dei giudici venissero raggiunte sulla base di un complesso di fattori soggettivi e di policy ("the notions of the court as to policy, welfare, justice, right and wrong" ⁽³⁵⁾). E

⁽³³⁾ Cfr. F. COHEN, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, in 35 *Columbia L. Rev.*, (1935), 809.

⁽³⁴⁾ COSÌ DU. KENNEDY, *A critique of adjudication*, Harvard University, Press, 1997, 86.

⁽³⁵⁾ A. CORBIN, *Offer and Acceptance and Some of the resulting Legal Relations*, in 26 *YALE L. J.*, (1917), 169, 206.

dunque se tale miscela non era considerata adeguata, poteva ben essere sostituita da una policy diversa e più adatta ⁽³⁶⁾.

L'esistenza di fattori non puramente logici e razionali all'interno della decisione però, non solo indeboliva l'autorità del precedente, ma spingeva a guardare al di fuori del diritto. Diventava insomma necessario ricorrere a *qualcosa di più* per giustificare le diverse soluzioni e quel *qualcosa in più*, necessario per giustificare le varie soluzioni, veniva cercato ineluttabilmente nelle scienze sociali.

Ed è proprio questo progetto ricostruttivo, più che la critica, a suscitare l'attenzione di Giuliani e collocarsi al cuore delle sue preoccupazioni. A salire sul banco degli accusati sono allora non solo ovviamente la versione estrema del realismo di Jerome Frank ⁽³⁷⁾ che, riprendendo la teoria di Hutcheson ⁽³⁸⁾, enfatizzava le componenti psicologiche della decisione giudiziale, considerandola frutto di un *hunch*, cioè di un'intuizione del giudice, che solo successivamente ricorre al diritto per offrirne una spiegazione.

Anche l'interesse per il diritto vivente, che conduce a sgretolare la generalità del diritto per cercare di avvicinarlo alle prassi dei vari gruppi sociali ed alle relative norme, non si sottrae alle perplessità di Giuliani. Lo stesso tentativo ricostruttivo di Llewellyn, in questo senso, appare colorato con una tinta troppo forte di *behaviouralism* che, rendendolo eccessivamente dipendente dell'osservazione dei fatti, lo allontana dal cuore dell'esperienza giuridica ⁽³⁹⁾.

Insomma, se, da una parte, il diritto viene proiettato dai realisti in un quadro più complesso rispetto a quello del pensiero classico —

⁽³⁶⁾ La critica riconosceva come la regolamentazione delle attività private fosse già apertamente realizzata dalla common law e pertanto la visione individualistica sulla quale si basavano le ricostruzioni del *mainstream* fosse ormai superata (cfr. M. HORWITZ, *The transformation of American Law, 1870-1960, The crisis of legal orthodoxy*, 1992 36). Il significato che la ricostruzione assume nei confronti della giurisprudenza costituzionale è già chiaramente presente in R. POUND, *An introduction to the Philosophy of Law*, 1922, 264 e M. COHEN, *The basis of contract*, in 46 Harv. L. rev., (1933), 533.

⁽³⁷⁾ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, Brentano's 1930.

⁽³⁸⁾ J. C. HUTCHESON, Jr., *The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision*, in 14 Cornell L. J., (1929), 274.

⁽³⁹⁾ Cfr. A. GIULIANI, *Dal positivismo "benthamiano" al realismo giuridico*, cit., 150. Giuliani si riferisce a: K. N. LLEWELLYN, *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika*, Leipzig, Weicher 1933, 80 ss. e a Id., *The Bramble Bush*, New York, Oceana Publications 1951, 12.

il diritto diventa una istituzione o un insieme di istituzioni di cui è necessario capire i meccanismi per assicurarne il corretto funzionamento — dall'altra, è preoccupante però che le norme (e la scienza giuridica) degradino a semplici parti di un tutto più complesso ⁽⁴⁰⁾.

È la preoccupazione insomma che il mondo dei fatti prevalga sul mondo del diritto finendo per sovrastarlo, riducendolo ad una semplice tecnica. La critica però non travolge tutta la produzione di quel periodo, così talvolta si arresta — anche solo dubitativamente — come accade di fronte alla griglia hohfeldiana degli *opposites* e *correlatives* ed alla teoria degli interessi di Pound. Ovunque insomma l'antiformalismo non si traduca in una scienza (sociale), ma rimanga tutto interno all'esperienza giuridica. Una traccia indicativa, come vedremo, ma che comunque non sarà mai più approfondita da Giuliani.

Del primo, infatti, è stata talvolta messa in dubbio la sua ascrizione al realismo. La sua analisi, sebbene utilizzata dai realisti, è sempre stata considerata piuttosto uno strumento per assicurare una migliore precisione analitica del sistema giuridico ⁽⁴¹⁾. Mentre del secondo, se non è mai stato messo in dubbio il ruolo di *founding father* del realismo, non si può però negare la progressiva perdita di entusiasmo nei confronti delle sue aspirazioni scientifiche, che manifesterà chiaramente considerando sempre più i problemi di scelta nell'interpretazione delle regole in chiave prevalentemente etica (gli ideali da realizzare) e non politica (gli interessi sociali da perseguire) ⁽⁴²⁾.

Il problema per Giuliani è rappresentato dal riduzionismo che

⁽⁴⁰⁾ K. LLEWELLYN, *My Philosophy of Law*, in A. Kocourek (ed.), *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen Scholars*, Boston, Boston Law Books 1941, 181. In seguito, la concezione del diritto come complesso di istituzioni di cui conoscere il funzionamento verrà sviluppata dagli esponenti del *legal process*. Cfr. H. M. Hart, Jr and A. M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, tent. ed. 1958, reprinted 1994, New York, Foundation Press (eds. P. Frickey-W. Eskridge).

⁽⁴¹⁾ W. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in 23 *Yale L.J.*, (1913), 16.

⁽⁴²⁾ Cfr. A. GIULIANI, *Dal positivismo "benthamiano" al realismo giuridico*, cit., 145-146. L'A. si riferisce a: R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press 1922, 111; Id., *Interpretation of Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press 1923; ma soprattutto a: Id., *Toward a New Jus Gentium*, in F. S.C. Northrop (ed.), *Ideological Differences and World Order*, New Haven, Yale University Press 1949, 1; Id., *The Revival of Natural Law*, in 17 *Notre Dame L. Rev.*,

la critica ha prodotto, un riduzionismo che ha reso marginale la scienza giuridica e, su di un piano diverso, può arrivare a mettere in pericolo la stessa *rule of law* (43). I realisti sembrerebbero essere andati troppo avanti, non si sono infatti limitati a criticare le regole del gioco, ma hanno finito per travolgere tutto il gioco, con pesanti conseguenze anche sulla teoria dello stato (44).

Nel quadro del positivismo sociologico infatti non era più l'individuo libero ma la società, come complesso di relazioni fra individui, ad essere la base della conoscenza. La scienza, anche quella giuridica, non poteva più continuare ad ignorare questo dato (45). Nella nuova prospettiva, era necessario che l'osservazione dei fatti nella società ("is") si traducesse direttamente nella determinazione del contenuto delle regole giuridiche corrette ("ought").

La nuova prospettiva si spingeva però anche più avanti, ribaltando i presupposti sui quali si era fondato l'ordine giuridico nella fase precedente. A cominciare, in primo luogo, dal carattere puramente logico del diritto e della sua astrattezza: le forme di interdipendenza e di solidarietà sociale possono variare da società a società e generare assetti normativi diversi ed il compito del giurista è individuare esattamente quale regola possa rispondere meglio alle differenti situazioni concrete; in secondo luogo, era la gerarchia fra diritto soggettivo e diritto oggettivo ad essere invertita: il primo ormai non poteva essere considerato che il diritto (derivato) di ciascuno alla realizzazione della solidarietà sociale e del ruolo che nell'organizzazione sociale compete ai singoli; ed infine la stessa concezione della sovranità era destinata a cambiare, poiché i limiti

(1942), 287, 333; Id., *The Ideal Element in American Legal Decision*, in 45 *Harv. L. Rev.*, (1931), 136.

(43) Cfr. A. GIULIANI, *Dal positivismo "benthamiano" al realismo giuridico*, cit., 151 ss.

(44) Le preoccupazioni di una deriva totalitaria avviata dal realismo, che sarà fatale alle correnti sociologiche sul continente (cfr. A. M. HESPANHA, *Introduzione alla storia* cit., 240 ss.) costituiranno anche un Leit-motiv della reazione statunitense cfr. L. FULLER, *The morality of law*, New Haven, Yale Univ. Press, 1965.

(45) Cfr. L. DUGUIT, *Manuel de Droit constitutionnel*, Paris, Broccard 1923, 5 "Il punto di partenza di qualsiasi dottrina sui fondamenti del diritto deve essere, senza dubbio, l'uomo naturale. Ma l'uomo naturale non è l'essere isolato e libero dei filosofi settecenteschi. È, piuttosto, l'individuo prigioniero nei lacci della solidarietà sociale".

del potere statale non sono più offerti dai diritti individuali pre-statali, ma dalle leggi oggettive della solidarietà sociale che lo stato deve promuovere.

È evidente come tutto ciò aprisse spazi per adattamenti assai diversi, come la storia ha in effetti testimoniato. Nella nuova prospettiva il diritto non era più il prodotto di un contratto sociale fra gli individui per mettere al sicuro i propri diritti naturali ed innati, ma il risultato di esigenze oggettive della vita sociale; l'attenzione, di conseguenza, veniva attirata dal diritto nato dalle stesse istituzioni sociali, che esisteva al di là della volontà statale e su di un piano superiore ad essa; l'enfasi però posta — in alcune versioni — sulla funzione regolatrice dello stato come portato di interessi “più elevati” propri dell'organismo sociale ed espressione politica di un organismo superiore (la nazione) poteva attenuare questo profilo, ripristinando il ruolo regolatore dello stato come garante della solidarietà nazionale di cui lo statualismo autoritario è un evidente esempio.

Ma, seppure in una direzione problematica, cioè quella oggettiva e scientifica, Giuliani non esclude che ancora il realismo abbia individuato una delle questioni cruciali dell'esperienza giuridica: il problema dei limiti da porre al potere del legislatore ⁽⁴⁶⁾. Una traccia, però, anche questa mai più seguita.

5. *Le due facce del realismo: dall'antiformalismo come scienza all'antiformalismo come critica.*

Giuliani, dunque, non cade nella tentazione di aderire all'immagine caricaturale del realismo giuridico secondo la quale il giudice decide in base a ciò che “ha mangiato a colazione” e ci offre anzi un quadro interessante in cui, sulla scia di Lon Fuller, è la contrapposizione stessa fra formalismo e realismo a venire rimessa in discussione ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ E. N. GARLAN, *Legal Realism and Justice*, New York, Columbia University Press 1941.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. A. GIULIANI, *Dal positivismo “benthamiano” al realismo giuridico*, cit., 146 ss. la critica secondo la quale il giusrealismo americano non è altro che una variante del positivismo inglese in quanto tenta di ancorare il diritto ad un dato oggettivo offerto

Anzi, in antitesi alla stessa visione dominante- secondo la quale il realismo avrebbe segnato la fine di un'epoca e l'inizio di una nuova, una visione ancor oggi diffusa nel *mainstream* in cui si continua a ripetere anche che “we are all realists now” (48) — Giuliani ritiene che il formalismo invece non abbia mai abbandonato il diritto statunitense.

I realisti infatti non avrebbero scalfito la fiducia nelle regole quali strumenti di controllo della condotta individuale. Avrebbero soltanto sostituito alle regole giuridiche quelle delle scienze sociali, nella convinzione che queste avrebbero offerto un ausilio più solido per risolvere i problemi fondamentali dell'amministrazione del diritto (49).

Se infatti vi era una razionalità immanente nel diritto, questa non era rappresentata da un sistema logico chiuso — come quello che con Langdell si era affermato anche negli Stati Uniti — ma dalla possibilità di rispondere, attraverso il diritto, alle esigenze sociali (50).

Questa promessa, a cui conduceva l'antiformalismo, avrebbe permesso ai realisti di acquisire credito all'interno del quadro politico statunitense, al punto di candidarsi con successo come l'élite che avrebbe dovuto forgiare gli strumenti per guidare il Paese durante il New Deal.

Sembrava però opportuno contrastare il fascino che il richiamo a quell'esperienza poteva esercitare, soprattutto in un momento particolare in cui la minaccia dei totalitarismi non è del tutto venuta meno, come negli anni in cui Giuliani scrive.

Non vi è dubbio, infatti, che l'antiformalismo come scienza si inserisse in una tendenza più ampia che potremmo definire generi-

dalla osservazione della realtà è già in L. FULLER, *The law in quest for itself*, Chicago Foundation Press, 1940, 47 il quale ritiene poi che l'oggettività così realizzata nella visione positivista avrebbe aperto la strada ad un diritto amorale in modo non dissimile a quanto accaduto in Europa (ancora cfr. L. Fuller, *The morality of law* cit.).

(48) B. LEITER, *Legal Realism*, in D. PATTERSON (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell 1996, 261.

(49) Cfr. A. GIULIANI, *Dal positivismo “benthamiano” al realismo giuridico*, cit., 155 ss.

(50) O. W. HOLMES, *Privilege, Malice and Intent*, in 8 *Harv. L. Rev.*, (1894), 1; K. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, (1960); J. Frank, *Law and the Modern Mind* cit.; L. FULLER & W. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*, I, 46 *Yale L. J.*, (1936), 52.

camente materialistica, secondo cui le forme di pensiero, se non sono verificate alla luce dei fatti, perdono qualunque valore. In questa prospettiva — alla quale possono essere ricondotte varie teorie in cui la società, il contesto o qualche struttura oggettiva diventano la fonte e l'origine della soggettività stessa — il diritto diventa allora il prodotto di leggi strutturali, siano esse le strutture necessarie della coesistenza sociale o le *necessità* funzionali della produzione o dello scambio capitalista ⁽⁵¹⁾.

Al contrario però di gran parte dei suoi contemporanei, mentre avversa le proposte ricostruttive dell'antiformalismo come scienza, Giuliani non mette in discussione i risultati dell'antiformalismo come critica, secondo la quale non è possibile trovare nei materiali giuridici dati univoci per arrivare alla risposta esatta attraverso il metodo logico deduttivo, né le difficili scelte a cui i giudici sono chiamati quando devono decidere le controversie. Giuliani, però, non ha perso la speranza di trovare una risposta diversa alla critica. Questa deve essere cercata all'interno dell'esperienza giuridica, uno spazio in cui diritto e filosofia tornano ad incontrarsi e riportano l'attenzione sulle modalità e sulle procedure con cui le decisioni devono essere prese. È insomma il rispetto per questa *inner morality of law* che legittima le decisioni dei giudici negli *hard cases*.

Prima di passare ad illustrare le linee dell'itinerario ricostruttivo che seguirà alla critica realista, è necessario però approfondire il significato dell'affermazione, abbastanza diffusa, secondo la quale il realismo avrebbe preteso di studiare il diritto in modo indipendente dai concetti e dalle tecniche giuridiche tradizionali.

6. Sulla “re-invenzione” del realismo giuridico.

In realtà il realismo giuridico prende piede molto lentamente e non fu mai identificato, già al momento della sua “nascita”, con un orientamento metodologico coerente ed unitario com'è testimoniato

⁽⁵¹⁾ Una prospettiva nella quale lo stesso individuo non precede ed ordina con la sua attività intellettuale la società, ma ne è invece determinato, ne è l'effetto piuttosto che la causa. Nei confronti di questa prospettiva è possibile ricordare però come le singole rappresentazioni siano un “work-in-a-field”, a loro volta, cioè il prodotto di un'attività intellettuale che si serve di precedenti pratiche rappresentative.

chiaramente dallo stesso dibattito fra Llewellyn e Pound ⁽⁵²⁾. Gli stessi confini fra realismo giuridico e *sociological jurisprudence* sono estremamente difficili da tracciare con nettezza e sono rimasti sempre aperti alla ridefinizione ⁽⁵³⁾.

Il modo di pensare tenuto a battesimo dal “cynical realism” di Holmes, mirato su quanto “i giudici fanno davvero” e continuato, secondo Llewellyn, da Brandeis, Pound, Hohfeld e Bingham non si afferma definitivamente che alla metà del 1920 con Cardozo.

La soluzione più diretta all’inadeguatezza del pensiero classico veniva infatti rintracciata nell’idea europea di società come organismo in continua evoluzione con necessità e funzioni sue proprie. La funzione del giudice, ben colta dal motto “innovation with tradition” di Cardozo, doveva essere quella di articolare le regole in modo da soddisfare le necessità della società ⁽⁵⁴⁾. Attraverso questo metodo, il giudice poteva anche criticare risultati deduttivamente precisi, introducendo un elemento soggettivo nell’interpretazione della regola, ma non poteva mai essere considerato di parte.

Si riconosceva dunque che il diritto fosse pervaso di scelte di *policy*, ma ora l’osservazione scientifica dei fatti e delle conseguenze potevano offrire un fondamento oggettivo e neutrale alle decisioni dei giudici ⁽⁵⁵⁾. *Policy* significava insomma decidere i casi in modo da

⁽⁵²⁾ La controversia riguarda infatti la sua definizione e gli autori che potevano esserne considerati parte cfr. K. LLEWELLYN, *A realistic jurisprudence. The Next Step*, 30 *Col.L.Rev.* (1930), 431, Id., *Some realism about realism — Responding to Dean Pound*, 44 *Harv. L. Rev.* (1931), 1222, R. POUND, *The call for a realist jurisprudence*, 44 *Harv. L. Rev.* (1931), 697. Sul consolidamento del termine e le vicende del movimento, cfr. la ricostruzione di W. TWINING, *Karl Llewellyn and the realist movement*, London, 1973, 70 e N.E.H. HULL, *Roscoe Pound and K.Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*, Chicago, Univ. Of Chicago Press, 1997.

⁽⁵³⁾ La stessa collocazione di giuristi come Holmes, Pound e Hohfeld è sempre rimasta in bilico. Emblematiche le varie interpretazioni di Holmes cfr. T. GREY, *Holmes and Legal pragmatism*, 41 *Stan.L.Rev.* (1989), 787, R.W. GORDON, *The path of the lawyer*, 110 *Harv. L.Rev.* (1997), 1013.

⁽⁵⁴⁾ Fondamentale Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 *Col. L. Rev.* (1908), 605.

⁽⁵⁵⁾ Una parte dell’opera dei realisti era certamente positivista (J.W. SINGER, *Legal Realism now*, 76 *Cal.L.Rev.* (1988), 465). La teoria predittiva di Holmes e la visione del *bad man*, la separazione fra fatto e valore e gran parte della teoria secondo la quale il diritto implica decisioni di *policy*, che possono essere rese oggettivamente (H. LASSWELL-M. McDUGAL, *Legal education and public policy: professional training in the public*

adattare il diritto ad una serie limitata di necessità funzionali della società come l'efficienza della produzione o la sicurezza degli scambi.

Già alla fine degli anni Trenta, però, il realismo inizia la sua fase di declino. Se la visione del diritto “as a means to an end” poteva considerarsi consolidata, rimaneva però del tutto aperto il problema della sua corretta individuazione. Si faceva strada il sospetto che lo scopo potesse non essere uno solo, ma che vi fossero invece scopi diversi a seconda dei vari settori in cui il diritto (privato) era diviso. Anzi, molto spesso questi scopi sembravano in conflitto tra di loro anche all'interno di uno stesso settore ⁽⁵⁶⁾ oppure non riuscivano ad essere colti in modo convincente ⁽⁵⁷⁾.

La difficoltà però di individuare esattamente gli interessi che la *sociological jurisprudence* poneva alla base del diritto non aveva affatto scalfito la fiducia nella possibilità di ricorrere alle tecniche “neutrali” delle scienze sociali e di applicarle nell'analisi delle decisioni giudiziali e della dottrina.

La ricerca dei “tangibles” che si trovano “beneath the words” ⁽⁵⁸⁾, avrebbe dovuto permettere di comprendere la vera “ratio” delle decisioni dei giudici, di rendere il diritto meno astratto, consentendo di sbarazzarsi delle categorie giuridiche che non riflettevano la realtà.

L'attenzione nei confronti dell'apparato giustificativo ed argomentativo degli interpreti comincia a venire allora meno. Al tempo stesso, aumenta il divario nei confronti di coloro che, come Pound appunto, si preoccupavano di cercare le finalità ed interessi che

interest, 52 *Yale L.J.* (1943), 203), perché gli scopi sociali immanenti nella realtà sociale possono essere identificati e colti e che, su di essi, si basa l'opera dei giudici, andavano a costituire affermazioni che fondavano una teoria positiva della rappresentazione. Ciò però lasciava aperto il problema del modo e delle categorie con cui il contesto è ricostruito (G. PELLER, *The metaphysics of American Law*, 73 *Cal.L.Rev.* (1985), 1151).

⁽⁵⁶⁾ Termini come “public interest” o “social welfare” avevano perso il loro significato, così già G.E. WHITE, *The evolution of reasoned elaboration: jurisprudential criticism and social change*, 59 *Va. L.Rev.* (1973), 279. Sul punto B.Tamanaha, *Law as a means to an end*, New York, Cambridge Univ. Press 2006.

⁽⁵⁷⁾ K. LLEWELLYN, *A realistic jurisprudence* cit.

⁽⁵⁸⁾ K. LLEWELLYN, *Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound*, in 44 *Harv. L. Rev.*, (1931), 1222, 1223.

governano il diritto, che sono accusati di ricondurre il diritto verso l'astrazione ⁽⁵⁹⁾.

In questa prospettiva non viene messa in discussione l'apertura del sistema. Anzi, la critica continuava a caratterizzare le ricostruzioni dei realisti. Così Llewellyn poteva affermare con decisione che "in ogni caso le autorità disponibili...sono almeno due... e... contraddittorie quando vengono applicate al caso in questione... allora c'è una scelta...una scelta che può essere giustificata solo sulla base di policy...poiché le autorità tradizionali parlano con lingua biforcuta" ⁽⁶⁰⁾. Secondo Llewellyn era però necessario riportare l'attenzione sui fatti, circoscrivendo casi e situazioni in più ristrette categorie, in modo da permettere alle corti di valutare in modo più preciso — sulla base del *situation sense* — quando è necessaria una regola oppure un'altra ⁽⁶¹⁾. Del resto, le motivazioni delle decisioni costituiscono soltanto delle razionalizzazioni adottate successivamente *ad hoc* dai giudici.

"Washed in cynical acid" ⁽⁶²⁾ qualunque problema poteva ridursi ad una analisi dei fatti, un'indagine volta a scoprire tutte le implicazioni che derivano dall'applicazione del diritto in un determinato contesto sociale o le conseguenze che tale applicazione può produrre sullo stesso contesto. Solo l'osservazione dei fatti permetteva di curare l'indeterminatezza delle regole. L'idea di avvicinarsi a fatti "verificabili" pone al centro dell'attenzione l'analisi del contesto nel quale il diritto trova applicazione. In questa prospettiva, gli stessi giudici non sono più la fonte, bensì gli effetti del contesto sociale, di qualcosa che esiste al loro esterno e ne determina l'operato.

Con il collegamento fra decisioni giudiziali e contesto sociale

⁽⁵⁹⁾ Cfr., rispettivamente, R. POUND, *A Call for a Realistic Jurisprudence*, in 44 *Harv. L. Rev.*, (1931), 697 e K. LLEWELLYN, *Some Realism About Realism*, cit., 1229-1233, ma spec. 1236.

⁽⁶⁰⁾ Così espressamente K. LLEWELLYN, *Some Realism* cit.1239

⁽⁶¹⁾ L'attenzione per i fatti implicava la considerazione non solo degli effetti sulle singole parti del caso, ma anche di quelle che non sono immediatamente da esse rappresentate (R. HALE, *Coercion and Distribution in a supposedly non-coercive state*, 38 *Pol. Sci. Q.* (1923), 470)

⁽⁶²⁾ L'espressione è di F. COHEN, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, cit., 840: "Washed in cynical acid, every legal problem can thus be interpreted as a question concerning the positive behavior of judges".

viene infatti promossa una visione strumentale in cui il diritto si adatta o risponde ai bisogni sociali che preesistono alle singole decisioni. Individuare e catalogare sistematicamente le componenti che costituiscono il contesto ed il modo in cui operano al suo interno diventa il compito principale della scienza giuridica.

Considerare le decisioni giudiziali come il prodotto del contesto sociale complessivo in cui il giudice opera — mentre frena la deriva “intuizionistica” del movimento, secondo la quale le decisioni dipendono interamente dall’“hunch” del giudice — al tempo stesso permette ai realisti di recuperare una dimensione scientifica nello studio del diritto, seppure ora più modestamente confinata all’elaborazione delle tecniche e degli strumenti con cui perseguire i fini resi evidenti dalle necessità sociali o dettati dalla legislazione.

La rivalutazione del dato oggettivo conduce gran parte degli autori ad aderire alla critica, ritenendola valida, ma applicabile soltanto al concettualismo ereditato dalla tradizione classica. Quest’ultima non aveva fatto altro che “reificare” le categorie del suo discorso, confondendo prodotti socialmente creati (concetti) con cose realmente esistenti ed attribuendogli quindi determinate caratteristiche. Un errore che doveva e poteva essere corretto superando lo schermo posto dalle categorie stesse per arrivare alla ridefinizione in base a fatti concreti ⁽⁶³⁾. Il realismo si muoveva in direzione del recupero di tutto quanto fosse osservabile, procedendo a sostituire i rimedi al posto dei diritti, le prassi al posto delle teorie, i fatti al posto delle declamazioni ⁽⁶⁴⁾.

Il ribaltamento della prospettiva metodologica doveva contribuire a produrre anche un ribaltamento dell’intero ordine concettuale del pensiero classico in tutti i settori del diritto. Piuttosto che il risultato e l’effetto della libertà privata, lo stato diventava la fonte di essa. Questo capovolgimento della metafora, in cui domina

⁽⁶³⁾ In Llewellyn vi è l’idea che l’osservazione dei fatti precede ed è in qualche modo separabile dalla loro classificazione in schemi concettuali dai quali è necessario non farci fuorviare cfr. K. LEWELLYN, *The Bramble Bush: on our law and its study* (1930) e ID., *The common law tradition: deciding appeals* (1960).

⁽⁶⁴⁾ Sul ruolo della scienza sociale cfr. J. SCHLEGEL, *American Legal Realism and empirical social science: from the Yale experience*, 28 *Buff. L.Rev.* (1979), 459, R. SUMMER, *Instrumentalism and American Legal Theory*, New York, Ithaca (1982) e R. GORDON, *Critical Legal Histories*, 36 *Stan. L.Rev.* (1984), 57.

l'immagine di interdipendenza che lega gli individui e prende il posto di quella della loro indipendenza, determinò una situazione in cui l'intervento legislativo — che era stato, in precedenza, sempre considerato una interferenza con la libertà individuale — veniva ampiamente legittimato. E l'ordine gerarchico sul quale erano fondati gli istituti del diritto privato completamente rivisto ⁽⁶⁵⁾.

Questa visione doveva essere considerata anche la migliore interpretazione della teoria predittiva di Holmes ⁽⁶⁶⁾. Un orientamento al quale non si sottrae neanche Cohen che, nella stesso famoso saggio in cui bolla il pensiero classico come “transcendental nonsense”, non manca poi di elaborare nella seconda parte un “functional method” ⁽⁶⁷⁾. Sarebbe sbagliato però considerarla l'unica visione possibile.

Se da una parte i realisti cercavano di rinnovare l'apparato

⁽⁶⁵⁾ Tutte le dicotomie come quelle fra contratto e *tort*, fra *negligence* e responsabilità oggettiva sono ribaltate. Il contratto, identificato nella formula “nessuna responsabilità senza un precedente accordo”, lasciava uno spazio residuale al *tort*, che poteva entrare in azione solo laddove non vi era accordo. Ora è il *tort* ad inglobare il contratto, la presenza della *reliance* giustifica il vincolo ed entra in azione anche se non vi è consenso (come nel caso del *promissory estoppel* che sostituisce la *consideration*). Tutto questo riflette la raggiunta consapevolezza che il diritto dei contratti presenta questioni di politica sociale e non soltanto di diritti individuali. La perdita di centralità della *negligence*, intesa come colpa soggettiva, lascia il posto alla *strict liability*, che prima caratterizzava soltanto le attività che implicavano una dimensione pubblica (*ultra-hazardous activities*) ed alla concezione oggettiva della *negligence* (cfr. la c. d. *Learned Hand formula*, che bilancia costi e benefici, nel caso *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)) che rende il confine fra *negligence* e *strict liability* esile (solo una questione di policy che dipende dall'integrale internalizzazione dei costi della seconda rispetto alla prima).

⁽⁶⁶⁾ O. W. HOLMES, *The Path of the Law*, cit., 461.

⁽⁶⁷⁾ Una serie di fattori necessari per identificare e ricostruire il comportamento dei giudici. Questi elementi vanno dal loro background economico alla loro formazione culturale ed altre influenze come gli “aesthetic ideals”; si tratta comunque di fattori esterni ed oggettivi che Cohen riteneva facilmente individuabili (cfr. F. COHEN, *Transcendental Nonsense*, cit., 821 ss; sul concetto di *aesthetic ideals* cfr. ID., *Ethical Systems and Legal Ideals: An Essay on the Foundation of Legal Criticism*, New York, Harcourt, Brace, 1933) oppure i bisogni funzionali dei gruppi sociali a cui pensava invece R. POUND, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, cit. o il giuoco delle forze psicologiche, come pensava invece J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, cit. o ancora l'insieme delle sollecitazioni (stimuli) a cui pensava invece H. OLIPHANT, *A Return to Stare Decisis*, in 14 *A. B. A. J.*, (1928), 71).

concettuale e le metafore attraverso le quali veniva rappresentata la realtà, valorizzandone la plasticità e l'aderenza alle "condizioni della vita sociale"; dall'altra il loro progetto ricostruttivo però appariva assolutamente dipendente dalla retorica positivista delle scienze sociali in cui le scelte di valore passano in secondo piano di fronte alla neutralità tecnica del *social engineering*. Una prospettiva che metteva l'interprete, in quanto osservatore scientifico, in condizione di studiare i fatti in modo del tutto indipendente dallo stesso apparato intellettuale di cui si serviva per farlo. Nella misura in cui tale orientamento sottovaluta sistematicamente il ruolo che questa *consciousness* dell'interprete gioca nella sue elaborazioni ed il modo in cui la realtà viene mediata da tali strutture di cui l'interprete si serve, affiora un altro motivo di quella continuità nei confronti del pensiero classico che Giuliani aveva ricordato.

7. *La difficile eredità del realismo: la critica nel diritto e la retorica critica.*

La presenza di componenti assai variegata all'interno del realismo — come il pragmatismo (americano), l'economia istituzionale e la sociologia — che si intrecciano variamente fra di loro, aprono il realismo a letture diverse. Tanto diverse da giustificare orientamenti disparati, come il neopragmatismo, l'analisi economica del diritto e l'analisi critica, a proclamarsi tutti eredi del realismo.

Talvolta le varie componenti si intrecciano, in modo originale, anche all'interno dell'opera di un singolo autore, rendendo anche questa aperta ad interpretazioni diverse, a seconda di quale dei profili — concettuale, metodologico, epistemico — si intende privilegiare, com'è nel caso di Holmes, Pound e Llewellyn⁽⁶⁸⁾.

Com'era accaduto già agli stessi realisti quando, con la loro

(68) Non vi è dubbio che nessuno dei tre fosse un nominalista, tutti erano attenti alle categorizzazioni e tutti erano convinti sulla scia dei pragmatisti che le categorie non avessero significato al di fuori delle pratiche e delle attività del giurista, cioè al di fuori della loro "experience" cfr. T. GREY, *Holmes and Legal Pragmatism*, 41 *Stan. L.Rev.* (1989), 787; C. REMINGTON, *Llewellyn, Antiformalism and the fear of transcendental nonsense: codifying the variability rule in the law of sales*, 44 *Wayne L. Rev.* (1998), 29; S. WINTER, *The next century of legal thought?*, 22 *Cardozo L.Rev.* (2001), 747.

critica nei confronti del pensiero classico presentato come una tradizione consolidata con caratteri condivisi, avevano finito davvero per “inventarla”, sottovalutando la varietà delle sue espressioni e le molte voci dissenzienti che erano invece presenti al suo interno. Lo stesso potrebbe accadere a chi insistesse nel voler presentare il realismo come un movimento assolutamente unitario, come è accaduto a molti che — venuti dopo il realismo — ne hanno “re-inventato” la tradizione allo scopo di modernizzarlo o di superarlo (69). Ancora una volta l’uso dell’espressione “invenzione di una tradizione” può rendere bene l’idea, se viene opportunamente intesa non tanto come creazione di un qualcosa che prima non esisteva, quanto piuttosto come il processo attraverso il quale se ne offre una versione univoca, ricombinando secondo una logica particolare i vari profili che lo compongono.

Da una parte, assumendo come Fuller e Giuliani il punto di vista del positivismo, è possibile collegare il realismo addirittura con il formalismo ed insieme contrapporli alla *sociological jurisprudence*, per la loro ricerca talvolta spasmodica di un dato oggettivo al quale ancorare il ragionamento giuridico. Dall’altra, al contrario, è possibile collocare la stessa *sociological jurisprudence* accanto al formalismo e considerare il realismo invece come una critica devastante di ambedue. La *sociological jurisprudence*, infatti, pensava di poter dividere la società in campi differenti, ognuno caratterizzato da finalità e necessità specifiche. Fedele però all’idea che l’analisi della società (“is”) dovesse immediatamente tradursi in regola (“ought”), una volta individuato l’interesse, lo trasformava immediatamente in regole avvalendosi dell’opera del giurista nelle vesti di *social engineer*, tirandone così le conseguenze sul piano del diritto positivo in modo altrettanto “meccanico” di quello degli avversari classici che aborrisceva (70).

(69) L’espressione “invenzione della tradizione” è ovviamente in E. HOBBSBAWN, *Come si inventa una tradizione*, in *L’invenzione della tradizione* (a cura di E. Hobsbawm e T. Rangert), Torino 2002, 3. Per una elaborazione in chiave di diritto comparato sul punto, volendo, cfr. G. MARINI, *Diritto e politica. La costruzione* cit. ed Id., *Foreword - Legal traditions. A critical appraisal*, in *Comparative Law Review*, 2, (Fall) 2011, <http://www.comparativelawreview.com>.

(70) È sulla base che l’interesse che governa il contratto è l’interesse sociale all’adempimento delle promesse che Pound propone di fare a meno della consideration

Per evitare di cadere nella tentazione di “inventare una tradizione”, è opportuno fare un passo indietro sulle tracce, intuite ma non percorse, di Giuliani, a cominciare appunto da quella componente importante del realismo che è la critica.

Sul piano teorico, abbiamo già ricordato che una corrosiva critica precedeva tutte le diverse proposte ricostruttive. A questo profilo nelle ricostruzioni, però, è sempre stata dedicata scarsa attenzione, forse a causa del diffuso sospetto di aprire le porte al nichilismo, al nominalismo o al relativismo morale che l'accompagna (71). Eppure lungo questo itinerario è possibile forse svelare un lato non positivista del realismo.

In realtà la critica, bisogna ricordarlo di nuovo, non si risolveva assolutamente in un attacco a tutto campo contro l'intera forma giuridica. La contestazione del modello classico si svolgeva infatti sul terreno dei precedenti e dei singoli istituti tradizionali, i quali — uno dopo l'altro — venivano passati al vaglio di una serrata critica “interna” per metterne alla prova la tenuta logica. La critica minava la coerenza delle diverse regole e delle *doctrines* alle quali si affidavano. I realisti mostravano infatti la loro imprecisione evidenziando come il fondamento che, nelle definizioni ufficiali, veniva posto alla base delle diverse organizzazioni dei materiali giurisprudenziali e delle relative regole, non fosse in grado di giustificarle, ne esisteva invece uno antitetico che andava spesso ad affiancarsi ed addirittura a soppiantarle nelle opinioni dei giudici (72).

Così, ad esempio, contrariamente all'affermazione condivisa che

nei contratti commerciali (cfr. R. POUND, *Individual interests of substance-Promised advantages*, 59 *Harv.L.Rev.* (1945), 29.

(71) Già molti dei contemporanei in questo senso cfr. L. FULLER, *The Law in Quest for itself* (2ed.1940), Id. *American Legal Realism*, 82 *U.Pa.L.Rev.* (1934), H. KANTOROWICZ, *Some rationalism about realism*, 43 *Yale L.J.* (1934), 1240, R. POUND, *The call for a realist jurisprudence*, 44 *Harv. L.Rev.*(1931), 697.

(72) Per la proprietà classico è M. COHEN, *Property and Sovereignty*, in 13 *Cornell L. Q.*, (1927), 8. Il diritto di proprietà non è un diritto naturale protetto soltanto nei casi di spossessamento, ma un *bundle of rights* creato dallo stato allo scopo di escludere gli altri dal godimento delle cose (non soltanto materiali) che sono assegnate al suo titolare. In questo modo, il diritto non protegge i proprietari, ma li crea. Motivo, questo, ripreso da DU. KENNEDY-F. MICHELMAN, *Are Property and Contract Efficient?*, in 8 *Hofstra L. Rev.*, (1980), 711.

il diritto dei contratti fosse fondato sul consenso e sulla *consideration*, non erano venute meno soluzioni che riconoscevano il vincolo contrattuale sulla base di *doctrines* di origine *tortious* come la *reliance* riconosciuta come “substitute of consideration” (73). Non solo, ma si doveva constatare che molto spesso il diritto dei contratti combina considerazioni fondate sul consenso con considerazioni diverse di *policy* derivate dalla *law of torts*. I risultati non potevano essere allora ricondotti ad un fondamento unico, perché il *core* del diritto dei contratti era invece un luogo di compromesso.

In questo modo sia il passaggio dalla regola generale a quella particolare che quello fra un caso e l'altro, in quanto non potevano fare a meno della mediazione di una struttura concettuale coerente, perdevano ogni possibile ancoraggio (74).

Nello stesso tempo la logica individualistica del sistema del diritto privato si rivelava irrimediabilmente attraversata da una serie di principi che mostravano un'origine diversa, di matrice altruistica o solidaristica, ai quali la diversa sensibilità permetteva ora di attribuire una più spiccata visibilità (75). Quanto poteva, a prima vista, sembrare soltanto il casuale residuo di un'epoca precedente si rivelava invece un fenomeno molto più comune e diffuso nell'intero corpus classico del diritto tradizionale (76), dimostrando come le finalità di regolamentazione fossero implicite nella common law ed assai più diffuse di quanto il pensiero classico voleva far apparire.

Il superamento del formalismo doveva dunque avvenire, non solo criticando le categorie di cui si serviva il diritto privato per la loro imprecisione ed inadeguatezza, ma dimostrando che lo stesso disegno complessivo della common law non fosse poi tanto diverso

(73) Emblematico proprio il giudice Cardozo in *Allegheny College v. National Chautauqua Country Bank* (1927) 159 N.E. 173.

(74) Cfr. F. COHEN, *The ethical basis of legal criticism*, 41 *Yale L.J.* (1931), 201.

(75) Queste venivano rintracciate in un'epoca precedente allo stesso pensiero classico in cui era all'opera una struttura feudale che enfatizzava la relazione fra i soggetti ed i relativi doveri (cfr. R. POUND, *The end of law as developed in juristic thought, II: The nineteenth century*, 30 *Harv. L.Rev.* (1917), 201).

(76) La successione dei due Restaments of contract, il primo, individualista, ad opera di Willinston ed il secondo, più sociale, di Corbin, poi ne costituiva la prova più evidente. Cfr. American Law Institute, *Restatement of Contracts*, 1932; *Id.*, *Restatement (Second) of Contracts*, 1981.

dai prodotti della legislazione sociale, che insomma le ricostruzioni dei giudici non fossero qualitativamente diverse da quelle dei *policy-makers* per eccellenza, e cioè dei legislatori (77). Con il risultato, non secondario, di sferrare un attacco decisivo proprio a quella c.d. “dottrina Lochner”, con la quale la Corte Suprema, attraverso una versione sostanziale della *due process clause*, si opponeva allo sviluppo di una legislazione di ispirazione sociale, incardinando l'azione dell'autorità pubblica e del legislatore al rispetto della autonomia individuale, fondata sul diritto di proprietà e sulla libertà contrattuale, ai quali aveva attribuito rango costituzionale (78).

Le categorie non si potevano presentare più come entità coerenti, distinte l'una dall'altra, ma assomigliavano piuttosto ad una linea continua che collegava i due poli estremi, costituiti dalle categorie del pensiero classico (contract/tort); al suo interno era possibile ritrovare combinati in varia misura gli elementi caratteristici dei due poli.

Se la risposta ricostruttiva inclinava verso la configurazione di categorie più elastiche che tenessero presente questa evoluzione, permettendo il bilanciamento fra le *conflicting considerations* (79), la critica però aveva reso evidente come molto spesso i giuristi per dare corpo alle loro teorie si servivano di astrazioni che implicavano una certa imprecisione, quando non si risolvevano addirittura in un circolo vizioso, dando luogo ad un “transcendental nonsense” (80).

La circolarità delle categorie giuridiche prelude dunque a mettere in luce il carattere costitutivo del diritto.

Richiamando l'analisi di Hohfeld, i realisti cercavano di mettere

(77) R. HALE, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, in 38 *Pol. Sci. Q.* (1923), 470.

(78) Così il celeberrimo *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). In questo modo, costituzione federale e costituzioni statali non consentono la compressione della proprietà e della libertà senza *due process*, con il risultato che ogni modifica legislativa del sistema costruito dalla common law intorno a questi concetti fondativi è interdetto. Naturalmente, il meccanismo non poteva tenere di fronte all'ascesa dell'intervento statale nell'economia del New Deal.

(79) Entrano in gioco categorie che fanno ricorso ad una serie di *standards* elastici che permettevano ai giudici di bilanciare degli interessi già cfr. O.W. HOLMES, *Privilege, malice and intent*, 8 *Harv. L. Rev.* (1894).

(80) Cfr. F. COHEN, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, cit.

in luce proprio l'autoreferenzialità delle argomentazioni giuridiche. L'uso della prospettiva relazionale nella configurazione delle situazioni giuridiche soggettive da parte di Hohfeld, inizialmente ritenuta formalista a causa dell'adozione della metodologia analitica, doveva invece avere conseguenze molto più radicali ⁽⁸¹⁾. Hohfeld infatti mentre completa il progetto analitico, introduce l'idea che le singole scelte relative alle modalità di protezione dei *legal interests* dipendono da elementi estranei ed indipendenti dalla logica del sistema. La critica all'uso del concetto di diritto nella common law conduce Hohfeld a precisare che un *legal interest* può essere considerato un "right" solo se è protetto attraverso l'imposizione di un dovere di non interferenza nei confronti dei terzi ("duty"), se invece ciò non accade allora una parte ha un *privilege* e l'altra non ha alcun diritto di impedire l'interferenza ("no-right"). La scelta fra le due soluzioni non dipende dalla logica, dipende invece dalla policy che un ordinamento intende seguire. A causa del carattere relazionale delle situazioni giuridiche, poi, la questione circa il contenuto del diritto è inevitabilmente destinata a trasformarsi in una questione distributiva, il riconoscimento di un diritto ad una parte implica l'imposizione di un duty all'altra e lascia sul campo vincitori e vinti ⁽⁸²⁾.

Una seconda parte della critica realista era rivolta verso le contrapposizioni classiche sulle quali il formalismo aveva costruito il proprio edificio. L'attacco riguardava in particolare quelle categorie con cui operava il liberalismo che presupponevano una rigida divisione fra sfera pubblica e privata, caratterizzando in particolare

⁽⁸¹⁾ Cfr. HOHFELD, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, 26 *Yale L.J.* (1916-17), 710 la giurisprudenza analitica mirava ad identificare e definire gli elementi fondamentali che costituiscono la common law.

⁽⁸²⁾ Hohfeld insiste sulla presenza di norme che non solo proibiscono, ma che permettono. L'esistenza di un *privilege* infatti permette di non risarcire il danno eventualmente provocato. Tali norme non sono meno efficaci delle altre. L'inazione dunque nella misura in cui permette un comportamento ad un altro soggetto è una scelta di policy. cfr. J.W. SINGER, *The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, *Wisc. L.Rev.* (1982), 975, J. BALKIN, *The Hohfeldian approach to law and semiotics*, 44 *U. Miami L.Rev.* (1989-1990), 1119 dove anche un parallelo fra la teoria della linguistica strutturale di de Saussure ed Hohfeld.

quest'ultima come il terreno in cui dominava la libertà individuale e che, come tale, doveva essere preservato.

La critica dei legal realists mirava a sottolineare come, diversamente da tutte le immagini accreditate dal *laissez faire*, non vi fosse allora alcun terreno "naturale" lasciato al libero gioco dell'iniziativa individuale e fosse invece lo stesso diritto ad offrire ai privati, anche attraverso la common law, le armi attraverso le quali i singoli possono confrontarsi su quel terreno ⁽⁸³⁾.

La loro ricostruzione, generalizzando dalle relazioni fra capitale e lavoro ⁽⁸⁴⁾, riportava in piena luce la forza del diritto che, attraverso le varie regole giuridiche, costruisce una serie complessa di proibizioni e permessi, la quale, non solo determina le regole del gioco, ma distribuisce la posta ai propri giocatori e soprattutto ne configura l'identità ⁽⁸⁵⁾. Anche quando sembra apparentemente il semplice prodotto di un accordo "volontario" fra le parti, il risultato del contratto è prodotto dell'ordinamento. La configurazione delle regole (del gioco) della contrattazione — quelle che definiscono cioè la legittimità o meno di certi comportamenti o di certi mezzi con i

⁽⁸³⁾ M. COHEN, *The Basis of contract*, in 46 *Harv. L. Rev.* (1933), 553; L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press 1965; ma cfr. J. FEINMAN-P. GABEL, *Contract Law as Ideology* in D. Kayris (ed.), *The Politics of Law: a Progressive Critique*, New York 1998, 373. Hohfeld aveva chiarito che il diritto, non solo concede ai singoli il *privilege* di concludere contratti, ma gli attribuisce anche il *power* di far intervenire il potere statale per eseguirli: W. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, cit., 32.

⁽⁸⁴⁾ "I proprietari costringono i lavoratori, ricorrendo al loro diritto giuridicamente protetto di non dare denaro se non gli è offerto in cambio lavoro, ma i lavoratori costringono i proprietari, ricorrendo al loro diritto giuridicamente riconosciuto di non dare lavoro se non gli è offerto in cambio denaro. Quando comincia la contrattazione, i lavoratori minacciano scioperi, picchettaggi, boicottaggi, tutto nei limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico, mentre il capitalista minaccia di chiudere, di mettere in cassa integrazione e licenziare, tutto ugualmente nei limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico. Il "potere contrattuale" è un concetto complesso e strano, in definitiva una scatola nera che si riferisce a tutti i fattori che consentono ad ogni parte di ottenere qualcosa e non di più, all'interno di un determinato contesto (istituzionale)" (cfr. DU. KENNEDY, *Distributive and paternalist motives in contract and tort law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power*, 41 *Md. L. Rev.* (1982), 563).

⁽⁸⁵⁾ Cfr. DU. KENNEDY, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, in 1 *Eur. Rev. Priv. L.* (2001), 7; G. MARINI, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.* (2009), 66.

quali si arriva alla divisione del prodotto congiunto (dello scambio) — è in grado di determinare anche l'esito dello scambio ⁽⁸⁶⁾.

La presenza di questa dimensione distributiva, che il diritto privato può esercitare, poneva molti interrogativi. Non si poteva infatti negare che ogni modifica di quelle regole (siano esse di origine legislativa o giurisprudenziale) implica un effetto redistributivo, non solo sulle parti di quella singola controversia, ma anche sui gruppi e categorie a cui quelle parti appartengono. Tutto ciò riattribuiva importanza al modo in cui sono disegnate categorie chiave come *duress*, *unconscionability* e soprattutto a tutte le altre “piccole” regole di fondo che ne accompagnano l'applicazione perché dalla loro configurazione dipendono i risultati concreti delle singole contrattazioni.

Il progetto realista enfatizzava così la costruzione da parte del diritto dei meccanismi istituzionali che rappresentano l'intelaiatura all'interno della quale sono condotte le relazioni economiche e sociali fra i diversi gruppi, meccanismi che determinano anche la posizione di forza degli appartenenti ai gruppi stessi.

La ricostruzione andava al cuore del problema del potere nelle relazioni private e del ruolo che l'ordinamento assume di fronte ad esse. In questa prospettiva, era possibile pensare al diritto privato dei contratti, della responsabilità e della proprietà, non più come al terreno della libertà dei privati, ma come ad un complesso meccanismo attraverso il quale lo Stato delega ai privati la possibilità di esercitare la coazione ⁽⁸⁷⁾. Così diventava anche possibile ribaltare la

⁽⁸⁶⁾ Il potere contrattuale da cui dipendeva il consenso delle parti in un contratto è anche il risultato delle stesse regole che determinano ciò di cui ci si può appropriare ed assicurano ai titolari il diritto di difenderlo dai terzi.

⁽⁸⁷⁾ La prospettiva istituzionalista differisce da quella marxista classica. Per la prima, la distribuzione delle risorse è un elemento centrale. Nella ricerca dei fattori che ne influenzano i risultati, sono determinanti le contrattazioni individuali, in cui il potere esercitato dai capitalisti sui lavoratori li costringe ad accettare condizioni giugulatorie in cambio di lavoro, conducendo ad una sistematica disuguaglianza economica. Per la seconda, invece, è ancora cruciale il momento della contrattazione sul prodotto congiunto dello scambio, ma con qualche modifica rispetto alla visione marxiana. Anzitutto la coazione, che per Marx è a senso unico, per i giusrealisti diventa invece bilaterale, poiché nessuna delle due parti ottiene esattamente cosa vuole (cfr. R. HALE, *Bargaining, Duress, and Economic Liberty*, in 43 *Col. L. Rev.* (1943), 603, 627-628: “bargaining power

descrizione del contratto, operata dal *mainstream*, in termini di libertà contrattuale, per proporre invece una visione secondo la quale la libertà contrattuale non è altro che un regime più sofisticato che consente agli individui di esercitare legittimamente la pressione economica. I risultati a cui i singoli contratti conducono sono inevitabilmente determinati dal potere che è concesso alle parti, attraverso le regole del diritto privato, dallo Stato. In questo senso, libertà e coazione, in primo luogo, non esistono in modo indipendente dal diritto statale e, in secondo luogo, sono reciprocamente collegate: la libertà è tutto ciò che non è considerato dall'ordinamento come una forma illegittima di coazione.

Conflitto e scelta in termini extra-dottrinali, dunque, non costituiscono una sporadica eccezione, frutto di qualche incidente di percorso, ma erano presenti dappertutto nella costruzione e nella legittimazione della "realtà" giuridica ⁽⁸⁸⁾.

Il diritto dunque non solo costituisce una struttura all'interno della quale i soggetti possono perseguire i loro obiettivi, ma va ben al di là. Costituendo la base a partire dalla quale gli individui possono accordarsi e decidere di cooperare o meno — non solo nelle relazioni economiche, ma in tutte le relazioni di potere ⁽⁸⁹⁾ — il diritto determina le identità individuali. Come accade per il mercato, le identità non pre-esistono all'intervento del diritto, ma ne sono invece il risultato ⁽⁹⁰⁾.

L'emersione di questa funzione costitutiva del diritto allontana

would be different were it not that the law endows some with rights that are more advantageous than those with which it endows others. It is with these unequal rights that men bargain and exert pressure on one another").

⁽⁸⁸⁾ Sul punto chiaramente O.W.HOLMES, *The path of law*, cit. 464.

⁽⁸⁹⁾ DU. KENNEDY, *Sexy dressing etc. Essays on the power and politics of cultural identity*, Harvard University Press, 1993, 83 ricorda come l'immunità dalla responsabilità civile all'interno della famiglia definiscono il comportamento dell'uomo nei confronti della donna.

⁽⁹⁰⁾ Nella misura in cui il discorso giuridico occultava tali elementi è possibile parlare di una funzione ideologica svolta da tale discorso (sul modo in cui è possibile parlare di ideologia nel diritto le precisazioni sono in Du. Kennedy, *A critique of adjudication*, cit.). È appunto ricollegandosi a questo filone critico che anche i *critical legal studies* si possono considerare eredi del realismo giuridico (ancora cfr. DU. KENNEDY, *op.ult. cit.*, G. PELLER, *The metaphysics of american law* cit. e J. Boyle, *The politics of reason: critical legal theory and local social thought*, 133 *U.Pa.L.Rev.* (1985), 687)

il realismo dal positivismo e determina anche la fine dell'idillio con le scienze sociali per iniziarne uno tutto nuovo con le *humanities*.

8. *Legal Process e progetti ricostruttivi nella terza globalizzazione.*

Possiamo lasciare ora il versante critico e tornare al *mainstream*. Dal 1950 in poi, infatti, i due diversi modi di argomentazione- quello classico e quello del sociale- cominciarono a convivere, perdendo il loro carattere antagonistico ⁽⁹¹⁾. Le argomentazioni di carattere strumentale fondate sulla *policy* si collocarono accanto a quelle fondate sui principi *a priori*, ma l'intero ragionamento giuridico cominciava ad essere inquadrato in una visione diversa in cui gli argomenti sostanziali dovevano cedere di fronte ai profili della competenza istituzionale e della procedura. Il *legal process* infatti aveva preso il sopravvento ⁽⁹²⁾.

Mentre il realismo americano era diventato un anti-modello, soprattutto in Europa, lo stesso non accade al *legal process* la cui sintesi costituisce la base sulla quale poggia il modello dell'ultima fase di globalizzazione.

La complessità delle questioni che venivano sottoposte alle corti doveva erodere la fiducia nel progetto sociale di ricostruire la teoria giuridica sulla base del ragionamento teleologico. Era diventato infatti evidente che le nuove realtà sociali potevano prestarsi ad

⁽⁹¹⁾ Scienza sociale e visione *instrumental* però finirono per legittimare il discorso di *policy*, ma non rimpiazzarono mai completamente il precedente modo di ragionare. Sarà soltanto più avanti, con la *law and economics*, che riemergerà il sogno dell'ala ricostruttiva del realismo, di impiegare le scienze sociali per recuperare precisione e certezza all'analisi, utilizzando gli strumenti dell'efficienza allocativa e dei costi transattivi. Il mercato viene sostituito alle scienze sociali, offrendo attraverso l'efficienza la base determinata sulla quale è possibile fondare le decisioni, i parametri che consentono di calcolare gli effetti di qualunque regola (anche se l'indeterminatezza non è del tutto sconfitta cfr. DU. KENNEDY, *Cost-benefit analysis of entitlement problem: a critique*, 33 *Stan. L.Rev.* (1981), 307, P. SCHLAG, *An appreciative comment on Coase's The problem of social cost: a view from the left*, *Wisc.L.Rev.* (1986), 919.

⁽⁹²⁾ Nel pensiero di Hart e Sacks l'argomentazione giuridica doveva essere "reasoned elaboration" e poteva contenere fianco a fianco considerazioni di principles (a priori theory) considerazioni di *policy* (conseguenze delle scienze sociali). Cfr. H. M. HART, JR AND A. M. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, cit., 255-262.

interpretazioni varie e che le stesse scienze sociali non offrirono soluzioni univoche come si era invece pensato. Anzi, l'analisi in termini di *policies* spesso portava alla luce l'esistenza di finalità sociali e principi ugualmente validi, ma in tensione fra di loro ⁽⁹³⁾.

Le continue dimostrazioni che le regole non controllano i risultati a cui arrivano i giudici, associato all'enfasi sulla politica del diritto, avevano portato in primo piano le scelte (personali) dei giudici. Il tentativo di ricostruzione del realismo attraverso lo studio del comportamento delle corti e l'indagine sulla conseguenze delle decisioni, mettendo fuori gioco la scienza giuridica, si era rivelato però del tutto insoddisfacente e soprattutto pericolosamente in contrasto con la democrazia ⁽⁹⁴⁾. Il legal process cercava di rispondere all'impatto che si era venuto a creare.

Di fronte al conflitto fra una pluralità dei valori e di interessi che ormai non si poteva più negare, il compito del diritto diventava la ricerca di un meccanismo per realizzare la loro composizione allo scopo di permettere a tutti di godere dei benefici della convivenza fra gli individui. Il diritto continua ad essere collegato alla società, rimane cioè una "scienza della società", ma il cui scopo ora è garantire la coesistenza degli individui attraverso la soluzione dei problemi che pone la vita in comune ⁽⁹⁵⁾.

Questa volta era lo stato ad essere chiamato in gioco per rispondere in prima battuta alle esigenze sociali, attraverso un corretta organizzazione del lavoro. In questa prospettiva privati, giudici, *agencies* e legislativo hanno ognuno un compito adatto alle loro capacità da svolgere. Il giudice non è più vincolato ad un ragionamento di tipo meccanico e deduttivo, può infatti decidere in

⁽⁹³⁾ Un profilo, a suo tempo riconosciuto anche da Holmes ma passato in sottordine di fronte all'entusiasmo che la sua teoria predittiva aveva suscitato cfr. O. W. Holmes, *The Path of the Law*, cit., 466.

⁽⁹⁴⁾ Gran parte degli stessi autori che avevano aderito alla critica realistica del formalismo reagivano ora al divorzio fra fatto e valore a cui il realismo era approdato fra i molti compara L. FULLER, *The nature of law* cit. con Id. *The reliance interest in contract damages* (pts 1 & 2), 46 *Yale L.J.* 52, 373 (1936-37) e R. POUND, *Contemporary Juristic Theory*, 1940 con Id., *Common Law and legislation*, 21 *Harv. L.Rev.* (1908), 383.

⁽⁹⁵⁾ cfr. HART-SACKS, *The legal process*, cit., la base continua ad essere l'interdipendenza fra gli individui ma il compito del diritto non è più solo la soluzione dei conflitti in modo pacifico, ma permettere di realizzare i benefici della cooperazione.

base alla policy, ma soltanto quando le questioni che deve decidere rientrano nella sua competenza istituzionale, sono cioè del tipo che si presta ad una “reasoned elaboration”.

Se alla legislazione poteva essere affidata l’aggregazione di interessi sociali divergenti (*polycentric disputes*) ed alle agenzie spettavano materie speciali in cui mettere a frutto le proprie competenze specifiche (*expertise*), i giudici erano considerati meglio attrezzati per gestire controversie in cui due soggetti si confrontavano in un modello *adversarial*, offrendo argomenti alla corte per raggiungere una decisione trasparente e legittimata da una *reasoned elaboration*, cioè da una considerazione ragionata di quelle argomentazioni ⁽⁹⁶⁾.

Si torna dunque a studiare i casi ed il modo in cui ragionano i giudici ma non più per predire come si comporteranno e quali sono le conseguenze delle decisioni, bensì per verificare se la composizione degli interessi è stata realizzata “razionalmente” e secondo criteri democratici.

Si fa strada allora la convinzione che la soluzione delle questioni giuridiche potesse riguadagnare razionalità e legittimità, se non per la sostanza, almeno per la procedura con cui viene realizzata. Nella democrazia, infatti, le regole, più che le soluzioni concrete, devono riguardare la procedura con cui i risultati sono raggiunti dalle diverse istituzioni ⁽⁹⁷⁾. Seguire la corretta procedura, in una società democratica, voleva dire rispettare l’“inner morality of law”, permettendo dunque di ricomporre diritto e moralità.

In questo quadro le procedure, dalle quali dipendeva la decisione dei singoli casi, diventavano addirittura più importanti degli argomenti sostanziali, anzi indispensabili per poter arrivare alla soluzione corretta.

La chiave della loro legittimazione era rappresentata, secondo Hart e Sacks, dal rispetto dei criteri della competenza istituzionale. Non si negava l’opportunità e talvolta la necessità che i vari attori procedessero a complessi bilanciamenti di interessi, ma — proprio

⁽⁹⁶⁾ Cfr. H. M. HART, JR AND A. M. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, cit., 256.

⁽⁹⁷⁾ Così già J.C. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, New York, Columbia University Press, 1909; B.N. CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921.

per questo — la loro azione doveva essere inquadrata in una particolare struttura istituzionale che delimitava il loro campo di azione e determinava le modalità della procedura che avrebbero dovuto seguire. Il rispetto del principio dell'“institutional settlement” assicurava la legittimazione delle decisioni che fossero state raggiunte “as a result of duly established procedures”. I risultati di tali decisioni dovevano essere considerati vincolanti finché non fossero stati modificati, a loro volta, attraverso procedure ugualmente “duly established”⁽⁹⁸⁾.

Non si negava la dimensione politica del diritto, ma la diversità delle procedure e della competenza obbligava ogni istituzione che si trovava di fronte ad un'altra la cui azione fosse considerata “più appropriata” alla materia da decidere a cedergli il passo o a seguirne i risultati.

Il *legal process* può così doppiare i due opposti capi del formalismo e del realismo; non nega infatti la natura dinamica e *purposive* del diritto, né la pluralità delle possibili risposte, ma ne assicura la legittimità e la razionalità facendo leva sulla procedura.

La pluralità delle possibili risposte che il diritto sostanziale offre non costituisce più una minaccia, come non lo costituisce la pluralità delle argomentazioni che ora possono attingere variamente a principi che riflettono valori immanenti o a *policies* legate in modo più strumentale ad obiettivi sociali.

Di fronte a questo quadro il *legal process* non si sente a disagio anche quando i principi e le *policies* possono essere vaghi ed in conflitto fra di loro, l'importante è che la decisione — anche se non è l'unica possibile — operi “weighing and balancing” le ragioni a favore dell'una e dell'altra parte e la deliberazione della corte sia visibile.

Nella prospettiva del *legal process*, la finalità del diritto continua ad essere la soluzione dei problemi fondamentali dell'interdipendenza sociale. In questa prospettiva, il *legal process* costituiva un invito rivolto prevalentemente a coloro che dovevano applicare il diritto a chiarire la finalità delle singole norme, delle istituzioni che le pro-

(98) H.M. HART, JR AND A.M. SACKS, *The Legal Process*, cit., 257-258.

mulgavano e del sistema in cui operavano. E poi scegliere il modo migliore in cui queste finalità potevano essere realizzate ⁽⁹⁹⁾.

La risposta inclusiva del *legal process* in cui formalismo e funzionalismo riuscivano a convivere non doveva però sottrarsi alla critica. L'insistenza sulla procedura e sulla competenza istituzionale non erano difendibili se le procedure erano difettose e le istituzioni non erano competenti.

Il legal process si dimostrava vulnerabile alla stessa critica di indeterminazione rivolta al pensiero classico quando si trattava di valutare la legittimazione istituzionale dell'organo decisionale deputato ad operare la scelta.

L'individuazione di una corretta procedura era infatti suscettibile di una duplice interpretazione. Era infatti possibile scegliere fra una soluzione più formalista, in cui veniva enfatizzata la conformità della decisione ad una procedura formalmente corretta o la sua conformità ad un risultato già formalmente determinato in modo corretto "a monte", ed una invece più sostanziale, in cui la correttezza della procedura dipendeva dal concreto grado di rappresentatività dell'organo che aveva preso la decisione ⁽¹⁰⁰⁾.

In questa prospettiva l'indagine diventava però ancora più complessa. Era infatti necessario capire se la procedura ed il risultato della decisione erano il prodotto di una condizione sociale comples-

⁽⁹⁹⁾ Il *legal process* doveva porre il problema del controllo della Corte Suprema, sollevando la "counter-majoritarian difficulty" che accompagnerà il dibattito sull'interpretazione costituzionale per tutti gli anni a seguire. Cfr. H. WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in 73 *Harv. L. Rev.*, (1959), per il quale solo i principi che raggiungono un consenso unanime possono costituire la base per operare una scelta di valore e la critica in J. ELY, *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Harvard University Press, 1980 nel quale viene formulata la teoria del "representation-reinforcement" e del ruolo della Corte Suprema come "perfecter of democracy", accreditando l'intervento laddove fosse necessario "perfezionare" il meccanismo democratico, attaccando tutta quella legislazione che penalizzando una "discrete and insular minority" produceva l'effetto di escluderla dalla partecipazione al processo politico.

⁽¹⁰⁰⁾ Anche la dimostrazione che l'istituzione possiede la competenza necessaria per risolvere quel tipo di controversia, poteva essere giudicata su basi formali (se i suoi componenti posseggono l'expertise necessario per quel tipo di decisioni) oppure sostanziali, ma ciò implicava una valutazione sostanziale dell'esito delle decisioni per verificare la sua conformità con quello che altri esperti della materia avrebbero, nello stesso caso, ragionevolmente deciso.

siva che, in un determinato momento storico, garantiva a tutti gli individui la possibilità di una reale partecipazione al processo decisionale e dunque la libertà di autodeterminarsi. In ogni caso diventava difficile affrontare la questione della correttezza della procedura senza confrontarla con i risultati sostanziali che produceva. Nessuna procedura si dimostrava davvero indipendente dalla sostanza.

Sotto il profilo pratico, erano già emersi i problemi di una ricostruzione che — a causa della deferenza verso tutte quelle regole e scelte, cui si era giunti attraverso organi e procedure “duly established” — privilegiava che tali soluzioni fossero richiamate senza necessità di alcuna ulteriore discussione, facilitando la difesa dello *status quo*. Ed emergevano anche i limiti legati ai problemi strutturali che possono annidarsi nelle procedure, conducendo ad esiti sostanziali inaccettabili, ed il caso *Brown vs. Board of Education* non era un singolo incidente di percorso ⁽¹⁰¹⁾.

Se il *legal process* poneva la questione dell'importanza del ruolo delle corti nell'assicurare la convivenza ed i valori presenti all'interno di una comunità, non era però in grado di chiarire le modalità attraverso le quali tale obiettivo doveva essere realizzato.

Una volta eliminate le incrostazioni burocratiche e sostituite le procedure istituzionalizzate ⁽¹⁰²⁾ con il richiamo — secondo un

⁽¹⁰¹⁾ La questione dell'equal opportunity (*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483) (1954) aveva messo in crisi la legittimità del procedimento democratico, in quanto si attribuiva alle condizioni generali del sistema, fra cui la scarsa cultura, la difficoltà di certe parti della società di “partecipare al dialogo”, esercitando i propri diritti. La corte come un “perfecter of democracy” fu la risposta del legal process, che su questa base giustificava l'attacco alla legislazione, la quale ostacola il cambiamento politico, limita il dissenso e penalizza una “discrete and insular minority”. Certamente, il femminismo giuridico e la critica razziale hanno illuminato le possibili discriminazioni che si annidano nelle procedure “neutrali” con cui si produce il diritto, mettendo in discussione la legittimità delle decisioni raggiunte attraverso il sistema maggioritario. Cfr., rispettivamente, C.A. MACKINNON, *Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory*, in *7:3 Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 1982, 515; Ead., *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward a Feminist Jurisprudence*, *8 Signs: Journal of Women, Culture and Society*, 1983, 635; e K. CRENSHAW, N. GOTANDA, G. PELLER, K. THOMAS (eds.), *Introduction*, in *Critical Race Theory: The Key Writings the Formed the Movement*, New York, The New Press 1996, XIII-XXXII.

⁽¹⁰²⁾ Basate sulla teoria relativista della democrazia, sull'apertura nei confronti di tutte le persone ed i gruppi coinvolti, sull'attenzione per le informazioni tecniche e la

solido ancoraggio alla tradizione filosofica classica ed in particolare a quella italiana — alla topica ed alla retorica, l'antiformalismo di Giuliani, pur attraverso un ben diverso bagaglio intellettuale, si muove all'interno della ricostruzione post-realista *operata dal legal process* (103). Proprio il richiamo ad una tradizione diversa, gli permette però di sottrarsi alle secche in cui doveva rimanere impigliato lo stesso *legal process*.

Com'era avvenuto per i giuristi del *legal process*, Giuliani faceva tesoro della critica, ma rigettava le implicazioni più radicali di essa.

L'interpretazione di Giuliani condivide con la tradizione del *legal process* l'idea di fondo che la giustizia risieda nella procedura, cioè che l'analisi giuridica dovrebbe preoccuparsi delle procedure e delle modalità attraverso le quali vengono raggiunte le decisioni, soprattutto quando — come accade quando è in gioco l'interpretazione delle norme costituzionali — contribuiscono a disegnare le condizioni in cui deve svolgersi la convivenza all'interno di una comunità (104). Seguire la procedura corretta assicura la legittimità del procedimento e la legittimità del procedimento assicura anche che l'esercizio del relativo potere sia indipendente da qualunque ideologia.

Questo, in ogni caso, non esaurisce il senso della sua proposta ricostruttiva che, diversamente dal *legal process* (105), non limita l'antiformalismo al diritto sostanziale, ma lo estende anche alla procedura.

decisione pubblica in cui i pro ed i contro sono valutati e discussi (cfr. E.A. PURCELL, *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value*, Lexington, University Press of Kentucky 1973).

(103) Per il *legal process*, l'indeterminatezza delle questioni sostanziali non è così preoccupante e decisiva, poiché poteva essere curata attraverso il riferimento alla legislazione. Le corti potevano così liberamente supplire alle sue carenze, operando come "legislatori", anche se soltanto negli interstizi. Cfr. H.M. HART, JR AND A. M. SACKS, *The Legal Process*, cit., 258.

(104) Cfr. A. GIULIANI, *Dal positivismo "benthamiano" al realismo giuridico*, cit., 151, 159.

(105) Il *legal process* limitava l'antiformalismo al diritto sostanziale, recuperandolo poi sul piano della procedura, Giuliani, al contrario, non limita l'antiformalismo al diritto sostanziale, ma lo estende anche alla procedura. Cfr. G. PELLER, *Neutral Principles*, cit., W. ESKRIDGE, *Metaprocedure*, cit.

9. *Osservazioni conclusive.*

La ricostruzione di Giuliani getta un ponte fra la ragion pratica e tutti quegli altri discorsi in cui comincia ad essere evidenziato il carattere dialogico e deliberativo del processo interpretativo. Questi elementi si ricompongono in varia misura nel dibattito contemporaneo, e negli Stati Uniti hanno dato luogo a quella che è stata definita la “svolta culturale” ⁽¹⁰⁶⁾.

Giuliani si iscrive in una nuova tendenza che non solo riconosce un ruolo fondamentale alla procedura, ma configura un meccanismo più aperto in cui gioca un ruolo rilevante la deliberazione, l'apertura alla diversità delle voci e la ricerca della composizione del conflitto.

Nel profilo dialogico è infatti presente l'idea che il processo decisionale che porta alla scelta della soluzione non deve essere deduttivo e dimostrativo, ma di tipo partecipativo e persuasivo, sempre aperto ad una ridefinizione.

L'impostazione di Giuliani, mentre rigetta ogni tipo di formalismo, respinge anche qualunque forma di interpretazione che presuppone una distanza fra testo ed interprete ⁽¹⁰⁷⁾. Giuliani abbraccia

⁽¹⁰⁶⁾ Il progressivo sfaldamento del *legal process* lasciava sul campo una serie di nuovi orientamenti metodologici. Se alcuni prendevano la strada di metodi di indagine scientifici ancora più rigorosi di quelli criticati dal realismo giuridico, come l'analisi economica, altri invece cercavano di convivere con l'idea di indeterminazione ereditata dal realismo e temporaneamente imbrigliata dal *legal process*. A questi ultimi interessava il modo in cui all'interno di una “interpretive community” possono essere usate le parole e soprattutto le argomentazioni. Più che la coerenza riguadagnava importanza l'efficacia persuasiva del linguaggio (giuridico), permettendo di tracciare un solco netto rispetto al metodo strumentale che si richiamava alle scienze sociali da una parte e moderando le preoccupazioni per l'indeterminazione dei testi. Riconoscere che una pratica interpretativa è una produzione (collettiva) sociale mette anche fuori gioco le preferenze soggettive dell'interprete.

⁽¹⁰⁷⁾ Nella prospettiva ermeneutica l'interpretazione avviene all'interno di una tradizione che limita o “distorce” ciò che si può percepire e comprendere. La tradizione non è qualcosa che appartiene al passato, ma qualcosa che costantemente viene rielaborata ogni volta che si produce una rappresentazione o un dialogo. Questa ricostruzione è sempre costitutiva e distruttiva, poiché si costruisce sempre una nuova tradizione e dunque una nuova comunità attraverso l'interpretazione e si elimina una parte di ciò che c'era prima (COVER, *Violence and the word*, 95 Yale L.J. 1601, 1986). Anche i modelli delle scienze umane colgono soltanto un profilo del problema, sia permesso rinviare a G. MARINI, *Diritto e politica*, cit.

infatti l'idea dell'apertura dei testi che non hanno un significato determinato e positivo prima dell'interpretazione ad opera dei giudici, facendo propria la convinzione dell'inevitabilità di una scelta sottesa ad ogni processo interpretativo ⁽¹⁰⁸⁾. Ancora una volta, però, sono le modalità con cui tale scelta avviene a diventare determinanti per legittimarne l'esito.

Il diritto non è costituito da un testo che aspetta di essere interpretato, né è tale perché è interpretato dalla autorità corretta, ma è un processo di reinterpretazione continua che tende a costruire un processo dinamico capace di rispondere alle esigenze della comunità.

La controversia giudiziale viene collocata in un contesto più complesso. Se l'impostazione tradizionale vede confrontarsi due posizioni antagonistiche di cui una soltanto deve prevalere sull'altra in nome del "law's empire", nella visione che viene proposta l'obiettivo della decisione diventa quello di riconciliare le due posizioni in conflitto, assicurando invece la loro compatibilità ⁽¹⁰⁹⁾.

Quando poi all'individuo atomisticamente considerato, viene sostituito l'individuo situato nella collettività ed in una varietà di gruppi di cui fa parte ovviamente la posta in gioco riguarda la possibilità di *self-government* e dunque la cittadinanza di quell'indi-

⁽¹⁰⁸⁾ La logica del probabile si risolve nell'ammettere la possibilità più significati probabili di un testo di riferimento a un caso giudiziale, il cui ambito è circoscritto dal consenso che a tali significati è riconosciuto dalla comunità degli interpreti. Di fronte ad essi l'interprete si confronta con interpretazioni presentate in forma dialogica, non ultimativa, in tale prospettiva la discussione è l'elemento cruciale della deliberazione.

⁽¹⁰⁹⁾ L'idea di conquistare spazi per far emergere i punti di vista marginalizzati dagli effetti delle modalità dominanti delle rappresentazioni è variamente presente in diverse critiche femministe del diritto. Cfr. S. Sherry, *Civic Virtue and the female voice in constitutional adjudication*, 72 Va. L.Rev. (1986), 543 e M. RADIN, *Reconsidering the rule of law*, 69 B.U.L. Rev. (1989), 781 e Id. *The feminist and the pragmatist*, 63 S. Cal. L.Rev. (1990), 1699; (per una visione diversa cfr. K. MACKINNON, *Feminism, Marxism and the State* cit. C. DALTON, *An essay in the deconstruction of doctrine*, 94 Yale L.J. (1985), F. OLSEN *The family and the market; A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 Harv. L. Rev. (1983), 1497 ma anche la critica razziale K. CRENSHAW, *Race, Reform and retrenchment: transformations and legitimations in antidiscrimination law*, 101 Harv. L. Rev. (1988), 1331 P. WILLIAMS, *The obliging shell: an informal essay on formal equal opportunity*, 87 Mich. L. Rev. (1989), 2128 tutti espressione di movimenti che ricordano ai giuristi le origini non giuridiche dei loro concetti "neutri" e li mettono in discussione.

viduo e del gruppo di cui fa parte e la decisione può essere lo strumento per la ricostruzione dei legami comunitari, cercando di trasformare il conflitto in un compromesso riconciliativo ⁽¹¹⁰⁾.

Tali decisioni presuppongono dunque una sensibilità storica, richiedono cioè da una parte la considerazione una memoria collettiva e di una tradizione — che caratterizza gli individui ed i gruppi ai quali appartengono — insomma di una identità da “riconoscere”, dall'altra non devono cristallizzarla, precludendo però la possibilità di un futuro dialogo fra di loro. Alla comunità professionale, si richiede dunque di trovare procedure per assicurare una conversazione continua allo scopo di permettere ad ognuno di perseguire i propri valori all'interno di società complesse.

Il processo decisionale, nella misura in cui è capace di rimanere aperto a tutti i punti di vista presenti in una determinata comunità e di trovargli spazio adeguato, legittima il giudice ad intervenire anche al posto del legislatore, poiché esprime un'autentica forma di deliberazione.

Se i processi decisionali implicano delle scelte, è necessario riconoscerle come tali ed assumersene la relativa responsabilità. E ciò mette in discussione l'astrattezza e la generalità che accompagnano le decisioni tradizionali in almeno due sensi. Il riferimento alla responsabilità implica da una parte la valutazione della concreta situazione che caratterizza il conflitto, di non ignorare cioè l'eventuale posizione di svantaggio da cui alcuni gruppi o interessi partono e che ne condiziona la partecipazione, dall'altra significa assumere

⁽¹¹⁰⁾ F.I. MICHELMAN (*The Supreme Court, 1985 Term - Forward: Traces of Self-Government* in 100 Harv. L. Rev. (1986), 4 e *Law's Republic*, in 97 Yale L. J., (1988), 1493) e R. COVER (*The Supreme Court, 1982 Term - Forward: Nomos and Narrative*, in 97 Harv. L. Rev., (1983) 4) sottolineano il ruolo “jurispathic” dei conflitti tradizionali. In questa prospettiva il risultato è offerto da una soluzione che “sopprime” una delle posizioni in conflitto. Michelman argomenta contro questo genere di soluzione per la sua capacità di esacerbare la tensione fra i due valori costituzionali: assumendo una posizione sovrastante, il giudice nega la libertà ad una delle comunità e con essa la possibilità di una cittadinanza per i suoi componenti. Contro questo approccio, Michelman sposa la visione “jurisgenerative”, in cui il giudice offre una riconciliazione e l'opportunità di “dissolvere le differenze” fra le comunità. Soltanto ridefinendo il problema oppure offrendo opportunità per la trasformazione delle preferenze o mediante ambedue le vie, il giudice protegge il self-government e la cittadinanza delle comunità.

personalmente la responsabilità di una decisione che non deve essere attribuita esclusivamente ad un'autorità distante come quella della legge o dello Stato ⁽¹¹¹⁾.

Questa impostazione mentre contribuisce a valorizzare la componente simbolica, incoraggiando a focalizzarsi sulle narrative "culturali" che il diritto legittima o combatte, ed il ruolo di riconciliazione dei conflitti che il diritto può svolgere, non può fare a meno di confrontarsi però fino in fondo con i problemi che la lettura antipositivista del realismo aveva già portato alla luce.

In primo luogo con il fatto che il diritto contribuisce a costruire la società stessa nella quale opera: i termini attraverso i quali il dialogo viene svolto ed i soggetti che lo conducono sono, insomma, il prodotto stesso del diritto.

Il diritto non si esaurisce soltanto in un dialogo interno ad un'élite professionale — costituita da legislatori, giudici e dottrina — ma coinvolge una *audience* molto più ampia: riguarda tutti i soggetti sui quali si riflettono le conseguenze (distributive) delle decisioni.

In tale prospettiva, le forme istituzionali e le argomentazioni attraverso le quali si arriva alle decisioni contano davvero parecchio, poiché da esse dipende la legittimazione del *legal process* e l'accettazione dei risultati che produce.

⁽¹¹¹⁾ Varie sono le piste che la ricerca delle distorsioni del processo decisionale può prendere e trovare la corretta soluzione (per una soluzione tecnocratica cfr. C. R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge MA, Harvard University Press 1990). Alla prospettiva degli oppressi ed alla ricerca dell'empatia nei confronti dei più deboli o all'esperienza concreta, piuttosto che all'astratto diritto (in questa prospettiva l'ingiustizia è il prodotto di una certa ristrettezza mentale derivante dall'uso delle categorie giuridiche) si sono dedicati altri. (cfr. M. MINOW, *The Supreme Court, 1986 — Term Foreword: Justice Engendered*, 101 Harv. L.Rev. (1987), 10 secondo la quale moltiplicare le prospettive, i modi con cui si valuta un problema avvicina alla "giusta" soluzione). Non vi è alcuna oggettiva base per l'esercizio del potere sociale, ma soltanto il rispetto della dignità di tutte le comunità diverse dalla propria (cfr. F. MICHELMAN, *The Supreme Court, 1985 Term — Foreword: Traces of self-government*, 100 Harv. L. Rev. (1986), 4) .

FRANCESCO RICCOBONO
PER UNA NUOVA TEORIA PURA DEL DIRITTO.
NOTE DI LETTURA SULLA PRIMA OPERA DI
ALESSANDRO GIULIANI

1. La prima monografia di Alessandro Giuliani, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto* ⁽¹⁾, è opera che merita ancora un'attenta lettura per un'aperta professione di fede a favore dei principi dell'individualismo metodologico e per una conseguente, originale, critica alla *Reine Rechtslehre* di Hans Kelsen ⁽²⁾. Conviene qui soffermarsi su questo secondo aspetto, mettendone in rilievo l'acutezza dello sguardo e lo spessore culturale delle contestazioni al positivismo kelseniano, senza, però, tralasciare una rapida indicazione dei punti salienti della nuova prospettiva metodologica.

2. In apertura del libro, come epigrafe, si legge una frase di Baudouin: « *sine historia caecam esse jurisprudentiam* ». Questa frase segna la direzione della ricerca giuliana. L'attuale crisi del diritto deriva dall'ignoranza della storia e dei metodi della conoscenza storica, col risultato congiunto di provocare un distacco tra scienza e realtà e donare valore razionale a una determinata empiria. Giuliani critica pesantemente quei giuristi che, operando coi concetti ambigui di "oggettività", "scienza" e "razionalità", « continuano a

⁽¹⁾ A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, Giuffrè (Università degli Studi di Pavia, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Politiche — n. 1; Nuova Collana di Studi Politici diretta da Bruno Leoni), 1954.

⁽²⁾ Non vi è traccia che Kelsen ebbe conoscenza di tale critica. Il nome di Giuliani ricorre invece, in modo significativo, in una nota della *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz-Verlag, 1979, p. 350-351 nota 170; tr. it. *Teoria generale delle norme*, a cura di M.G. LOSANO, Torino, Einaudi, p. 429 nota 15, dove viene ricordato un classico contributo giuliano — *L'élément "juridique" dans la logique médiévale*, in "Logique et Analyse", 1963 — sul rapporto tra pensiero giuridico e logica medioevale.

far prosperare la scienza giuridica nel più completo isolamento nella torre d'avorio di teorie sedicenti pure, che pretendono cioè di essere nello stesso tempo indipendenti dalla esperienza e valide per tutte le esperienze: e se la realtà continua ad essere ribelle, tanto peggio per la realtà » (3). Accogliendo l'insegnamento di Bruno Leoni, Giuliani ritiene che « nel campo del diritto, come delle altre scienze sociali, sia valido soltanto il principio dell'*individualismo metodologico* » (4). È necessario opporre un metodo di ricerca individualistico e soggettivistico agli atteggiamenti universalistici e oggettivistici della scienza sociale tradizionale. Considerare il diritto e le istituzioni sociali come "interi" indipendentemente dagli individui, che vi operano e ne fanno parte, crea solo « pericolose finzioni ed astrazioni » (5). Al contrario, oggetto di esperienza non è una presunta "totalità" del diritto ma sono le opinioni e le azioni individuali. Il diritto è il risultato di una serie infinita di attività individuali; è il frutto di cooperazione e collaborazione tra individui, attività rintracciabili e ricostruibili nel mondo della storia e non in quello della logica, poiché le forme di tali attività — forme giuridiche, economiche, linguistiche — « sono insomma qualcosa di voluto da una determinata comunità, intesa nel suo aspetto individualistico ed atomistico, perché è l'individuo che coopera e collabora alla loro conservazione e al loro mutamento » (6).

3. L'incompatibilità tra l'individualismo metodologico e la dottrina pura del diritto appare subito con grande evidenza. La grande aspirazione di Kelsen è quella di elaborare una teoria universalistica e oggettivistica, in grado di superare l'impianto soggettivistico della giurisprudenza di derivazione romanistica, puntando decisamente sulla centralità concettuale del diritto oggettivo e sulla preminenza conoscitiva della totalità del diritto (ordinamento giuridico) sull'esistenza dei singoli fenomeni giuridici. Dalla critica al diritto soggettivo e al soggetto di diritto si costituisce la categoria, intorno alla quale s'incardina l'intera costruzione della *Reine*

(3) *Contributi...*, cit., p. 11.

(4) Ivi, p. 12.

(5) Ivi, p. 13.

(6) Ivi, p. 177.

Rechtslehre, il dovere, delineato formalmente nella sua somma insensibilità verso il contenuto dei fatti. Da qui la prima, fondamentale, contraddizione rilevata da Giuliani: come può il “dovere” essere puramente formale, *a priori* e, contemporaneamente, « darci conoscenza di cose reali » (7)? La domanda postula il superamento di un concetto di “norma”, come quello kelseniano, svincolato dalla realtà dell’azione umana. Per Giuliani dovrebbe qui correttamente parlarsi di “realtà della norma” e “realtà dell’azione”, prendendo coscienza, non senza una punta d’ironia, che « il concetto di “norma” è in qualche modo stranamente connesso con quello di azione umana » (8). Alla luce di tale verità risaltano gli aspetti più controversi della dottrina pura del diritto.

4. Il primo aspetto riguarda la tendenza antiideologica della *Reine Rechtslehre*, presentata da Kelsen come garanzia dell’oggettività della scienza del diritto. Ciò non è convincente per due motivi. In primo luogo, perché i giudizi di valore entrano nella pratica scientifica, per esempio « nella scelta delle variabili, nella programmazione dell’esperimento » (9). Laddove lo scienziato è chiamato ad una scelta, lì interviene una connessione tra conoscenza e volontà e, quindi, opera un giudizio di valore. In secondo luogo, perché, se “oggettività” vuol dire descrizione fedele della struttura dell’oggetto, nell’oggetto “diritto” risultano essenziali proprio quegli elementi soggettivi e valoriali che la dottrina pura vuole espungere in nome della lotta alle ideologie. È proprio la scienza a richiedere « l’esistenza di una scienza soggettiva dell’azione umana »: « nel campo del diritto sarebbe fatale l’idea di escludere proprio quegli elementi che dovrebbero essere l’oggetto stesso della scienza giuridica » (10). Queste contraddizioni dell’oggettivismo antiideologico kelseniano sono da Giuliani individuate grazie al mezzo di contrasto dell’individualismo metodologico, adoperato con molta moderatezza e nella consapevolezza che nello stesso principio si possano « celare gli

(7) Ivi, p. 17.

(8) *Ibid.*

(9) Ivi, p. 19.

(10) Ivi, p. 20.

ideali della società liberale in cui nacque » (11). La critica di Giuliani rivela, però, anche una non comune capacità esegetica del testo kelseniano, potendo trovare importanti conferme senza uscire dallo sviluppo interno dell'argomentazione della *Reine Rechtslehre*. Non era stato, forse, lo stesso Kelsen a sostenere senza alcun imbarazzo, a coronamento dell'edificio teorico della dottrina pura del diritto, che la scelta tra il primato del diritto interno e il primato del diritto internazionale attraverso il presupposto di due diverse norme fondamentali dipendesse, in ultima istanza, da un'opzione tra una visione del mondo soggettivistica e imperialistica e una visione del mondo oggettivistica e pacifistica (12)? E non era stato lo stesso Kelsen, in una delle pagine più tortuose della *Reine Rechtslehre*, a dover ammettere che il rapporto tra ideologia e realtà a proposito del diritto non fosse, poi, così lineare, poiché « se si considera il diritto come ordinamento normativo in rapporto alla realtà degli eventi effettivi che, secondo la pretesa del diritto positivo, debbono corrispondergli (sebbene non gli corrispondano sempre), allora si può qualificare questo diritto come "ideologia" » (13)? La critica di Giuliani sulla tendenza antiideologica della dottrina pura del diritto

(11) *Ibid.*

(12) La scelta tra il primato del diritto interno e quello del diritto internazionale come opzione valutativa ricorre in molti luoghi della produzione kelseniana. Per tutti: H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), a cura di S. COTTA e G. TREVES, Milano, Ed. di Comunità, 1952, pp. 392-394. Inizialmente e significativamente: H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), a cura di A. CARRINO, Milano, Giuffrè, 1989, cap. XI, *Il significato gnoseologico ed etico-politico delle due ipotesi giuridiche fondamentali*, pp. 461-469. Ovviamente "soggettivismo" e "oggettivismo" assumono per Kelsen un significato ben diverso da quello sostenuto dai seguaci dell'individualismo metodologico e, quindi, da Giuliani. Basti leggere il seguente passo: « L'ipotesi del primato del diritto statale è parallela alla filosofia soggettivistica che, per comprendere il mondo, procede dall'io del filosofo ed interpreta quindi il mondo come volontà e idea del soggetto. Questa filosofia, che proclama la sovranità dell'io, è incapace di comprendere un altro soggetto, il non-io, il tu, che pretende di essere anch'esso un io, come essere eguale. La sovranità dell'io è incompatibile con la sovranità del tu. La conseguenza estrema di tale filosofia soggettivistica è il solipsismo » (*Teoria generale...*, cit., p. 392).

(13) H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), a cura di R. TREVES, Torino, Einaudi, 1967, p. 76.

può, dunque, condividersi anche non abbracciandone il punto di vista.

5. Il secondo aspetto riguarda la collocazione della Scuola di Vienna tra le grandi correnti della scienza giuridica contemporanea. Giuliani respinge l'interpretazione tradizionale di un Kelsen "esecutore testamentario" della giuspubblicistica tedesca labandiana, presentando, invece, il purismo kelseniano come « una particolare e strana derivazione del romanticismo giuridico » (14). Paradossalmente, infatti, sono di derivazione romantica, per Giuliani, alcuni caratteri della scienza giuridica novecentesca tra i quali non è difficile far rientrare i segni distintivi del pensiero kelseniano. Ad esempio, il voler creare da sé stessa ogni norma cui dover obbedire, respingendo così « l'idea di un *ordine* che governa il mondo e di una armonia prestabilita », con la conseguenza di « porsi fuori dalla storia a vantaggio di tutto ciò che è esterno o viene dal di fuori » (15). O, ancora, « la fiducia nel valore magico delle parole », con « la pretesa che la realtà giuridica corrispond[a] alle qualificazioni e alla terminologia che noi le imponiamo dall'esterno » (16). Caratteri che possono proliferare solo all'interno di una visione mistica della

(14) L'interpretazione giuliana del purismo kelseniano viene così spiegata da Bruno Leoni nella recensione *Verso una nuova teoria "pura" del diritto*, in "Il Politico", 1954, 1, p. 5 (estratto). Leoni offre una preziosa sintesi delle tesi di Giuliani sulla dottrina pura del diritto, pur dando l'impressione che, a volte, una sua personale critica al positivismo kelseniano si sovrapponga alla descrizione delle pagine recensite. Per esempio, l'accusa rivolta alla dottrina pura di essere « una particolare forma di dogmatica, ossia una generalizzazione più o meno arbitraria dei diritti positivi vigenti in singoli stati, senza un reale valore conoscitivo e scientifico » (ivi, p. 4) sembra riferirsi bene alla critica giuliana ma ancor meglio alla censura delle "oscurità" e "incongruenze" kelseniane, sviluppata con tenacia da Leoni in alcuni saggi degli anni Sessanta. Cfr. B. LEONI, *Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1960, 1-2, pp. 165-179; e *Il concetto di "Stato" nella teoria kelseniana*, in *Scritti vari di filosofia del diritto raccolti per l'inaugurazione della biblioteca Giorgio Del Vecchio*, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 205-216. Per un quadro d'insieme di questa tematica cfr. S. MENOCCI, *L'antiformalismo di Bruno Leoni nei suoi rapporti con le correnti del realismo giuridico*, Università degli Studi di Siena, Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali, *Working Paper* 44, 2003, 1. *La critica di Leoni al positivismo giuridico e alla teoria kelseniana*, pp. 2-15.

(15) A. GIULIANI, *Contributi...*, cit., p. 27.

(16) Ivi, p. 28.

scienza, ovvero di quel culto della scienza come onnipotente e salvifica dea che il romanticismo ha alimentato (17).

Con eccessiva semplificazione si può dire che la matrice romantica impregna due storicismi, il secondo dei quali abbandona l'idea dell'unicità dei fatti storici e il senso del fluire della storia per voler diventare "scientifico" e scoprire, così, quelle "leggi" che consentono di "prevedere" la storia (18). Questo secondo storicismo condiziona lo sviluppo delle scienze sociali e della scienza giuridica ottocentesca, palesandosi nella seconda fase del pensiero di Savigny, « che si conclude nel 1840 con la pubblicazione del primo volume del *Sistema* » (19), dove il Maestro della Scuola Storica mira « alla scoperta delle leggi di evoluzione del diritto inteso come un "intero" » (20). È, per Giuliani, « l'inizio di una rivoluzione metodologica che perdura con alterne vicende fino ai nostri giorni » (21), una rivoluzione che si sostanzia, proprio in virtù del suo artificiale razionalismo, nella distinzione savigniana tra tipo puro e tipo applicato di un istituto giuridico.

Orbene, la dottrina pura del diritto va posta, per Giuliani, nel solco dello storicismo giuridico influenzato da questo secondo storicismo (22), poiché ne replica i tratti salienti, e precisamente: « 1) La

(17) Cfr. *ivi*, pp. 26-27: « La nozione stessa di "scienza" che abbiamo nel mondo sociale ci deriva dal romanticismo ed è in realtà una forma deteriore di ricerca, perché una volta che il misticismo penetra nella scienza, la rende oggetto di un culto: quello cioè che essa sia capace, da sola, di risolvere tutti i problemi ».

(18) La ricostruzione dei due storicismi, che occupa il cap. II dei *Contributi*, venne in parte pubblicata anticipatamente in A. GIULIANI, *I due storicismi*, in "Il Politico", 1953, 3.

(19) A. GIULIANI, *Contributi...*, cit., p. 61.

(20) *Ivi*, p. 62.

(21) *Ibid.*

(22) Le linee giulianee di questa evoluzione della scienza giuridica dallo storicismo alla dottrina pura del diritto sono efficacemente problematizzate da F. CERRONE, *Ragione dialettica e retorica nell'opera di Alessandro Giuliani*, in "Sociologia. Rivista Quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali", 2009, 2, pp. 43-44: « Non è difficile comprendere che la sintonia fra una filosofia razionalista ed uno storicismo determinista favorì, anche nel campo delle scienze giuridiche, la progettazione di una scienza sistematica, fondata su categorie generali e sullo sforzo di provvedere alla loro depurazione, una scienza che, partendo dall'ispirazione romantica dello storicismo giuridico tedesco — nato per reazione alla grande scuola sistematica di cui era per sempre l'erede — mescolava

tendenza a creare una parte generale del diritto nello sforzo di distinguere tra tipi “puri” e tipi “applicati” nello studio delle istituzioni giuridiche. 2) La rottura dell’equilibrio tradizionale nelle istituzioni e nella terminologia giuridica, che era implicita nello spostamento dell’interesse verso il lato collettivistico del diritto. 3) La idea di evoluzione dell’ordinamento giuridico » (23).

Tale interpretazione giuliana del positivismo kelseniano ha molti lati discutibili. Viene soprattutto dimenticata la sistematica opera di dissoluzione, tanto sul versante privatistico quanto su quello pubblicistico, della persona giuridica quale soggetto collettivo, riportata da Kelsen nei termini degli obblighi e dei diritti di singoli uomini, ovvero a determinati comportamenti umani statuiti da norme (24). Sarebbe stato, quindi, opportuno calibrare con più accortezza l’accusa a Kelsen di privilegiare il lato collettivistico del diritto, datoché, nella storia del pensiero giuridico, l’assunzione di un punto di vista collettivistico non ha significato semplicemente la difesa di una prospettiva ordinamentale-pubblicistica ma ha spesso comportato l’ambigua mistica della formazione di un soggetto plurale. Kelsen non può assolutamente essere assimilato a tale indirizzo. Allo stesso modo il riferimento, per sé stesso corretto, all’idea kelseniana di evoluzione dell’ordinamento giuridico imporrebbe qualche cautela. L’evoluzione della comunità giuridica internazionale in una *civitas maxima*, cioè in un ordinamento giuridico universale, non è, per Kelsen, un processo ineluttabile della storia ma postula una « rivoluzione della coscienza culturale ». Il raggiungimento della *civitas maxima* diviene « il compito infinito che dev’esser posto ad ogni sforzo politico » (25). In questo senso, la dottrina

idealismo e positivismo e subì un’evoluzione che la condusse verso gli esiti cari al positivismo giuridico ed alla teoria pura del diritto ».

(23) A. GIULIANI, *Contributi...*, p. 85.

(24) Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 89. Il carattere innovativo della concezione kelseniana della persona giuridica può essere apprezzato in pieno solo attraverso un confronto con altri autori della dottrina tedesca; cfr. G. NASS, *Person, Persönlichkeit und juristische Person*, Berlin, Duncker & Humblot, 1964 (su Kelsen, pp. 67-72) e H. UHLENBROCK, *Der Staat als juristische Person. Dogmengeschichtliche Untersuchung zu einem Grundbegriff der deutschen Staatsrechtslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000 (su Kelsen, pp. 115-120).

(25) H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, cit., p. 469.

pura del diritto partecipa a tale impegno politico-giuridico, smascherando quelle « false rappresentazioni » che pretendono di mostrare come un progressivo accentramento del diritto internazionale sia incompatibile « con la natura del diritto internazionale e con l'essenza stessa dello Stato » (26).

L'interpretazione di Giuliani ha, però, un innegabile pregio. Essa restituisce all'ambito disciplinare della scienza giuridica la formazione del metodo della *Reine Rechtslehre*, letta per lo più come un prodotto d'importazione dall'epistemologia neo-kantiana. L'epistemologia neo-kantiana fornisce, in realtà, un certo contributo ai presupposti metodologici della prima opera di Kelsen, gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* del 1911, dove sono già del tutto sviluppati molti assiomi fondamentali del pensiero kelseniano. Tale contributo appare ingigantito dalla famosa *Prefazione alla seconda edizione* del 1923, in cui Kelsen scrive: « È stato grazie alla interpretazione che di Kant ha dato Cohen, particolarmente nella sua *Ethik des reinen Willens*, che ho potuto raggiungere il decisivo punto di

(26) H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 169. In verità, Kelsen fa, nelle *Oliver Wendell Holmes Lectures*, un riferimento propriamente evolucionista sullo sviluppo verso un ordinamento giuridico universale. Ma è un riferimento talmente singolare da renderne problematica ogni utilizzazione. Cfr. H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali. Le Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*, a cura di C. NITSCH, Milano, Giuffrè, 2006, p. 140: « Esiste forse nel campo sociale una qualche analogia con il fenomeno chiamato legge biogenetica, cioè la legge secondo la quale l'embrione umano nel ventre materno passa per gli stessi stadi attraverso i quali è passato l'uomo come specie, nel processo di evoluzione da uno stadio della vita inferiore a uno superiore. Così, forse, il diritto della comunità universale, quello internazionale, deve passare attraverso la stessa evoluzione per la quale è già passato il diritto della comunità parziale, quello nazionale ». Più tranquillizzante e pieno di buon senso, però, nel seguito: « Le leggi che determinano l'evoluzione sociale non sono così rigorose come quelle biologiche e fisiologiche. La volontà umana diretta a un determinato fine è in grado di modellare la vita sociale in modo arbitrario, ma solo in una certa misura. Da ciò consegue che una riforma sociale ha maggiori possibilità di successo, se segue le tendenze finora mostrate dall'evoluzione sociale. Essa ha minori possibilità, se si oppone a queste tendenze » (ivi, p. 142). Per un commento di questi passi vedi C. NITSCH, « *Holmes Lectures, 1940-41* », *Studio storico-critico su Kelsen in America*, intr. a H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., pp. LII-LVIII, soprattutto dove rileva il « piano prevalentemente retorico » dell'analogia kelseniana tra « la sua ricostruzione del progresso tecnico degli ordinamenti sociali e le teorie scientifiche concernenti lo sviluppo organico dei viventi » (ivi, p. LVI).

vista epistemologico a partire dal quale soltanto era possibile considerare in maniera corretta i concetti di Stato e di diritto » (27). Kelsen ammette, però, qualche riga dopo, di aver ignorato, fino al 1912, le teorie di Cohen, da lui conosciute grazie ad una recensione nella quale gli *Hauptprobleme* venivano definiti « come un tentativo di applicare il metodo trascendentale alla scienza giuridica » (28). In quale terreno si era, dunque, sviluppata quell'« accettazione esclusiva del punto di vista normativo per la costruzione dei concetti giuridici fondamentali » (29), di cui Kelsen parla fin dalla *Prefazione alla prima edizione* della sua opera? La risposta è probabilmente: nel terreno della giurisprudenza dogmatica. Egli, infatti, individuando « il problema cardinale della metodologia giuridica » nella giurisprudenza come disciplina normativa, dichiara: « Qui, comunque, ciò che conta, già dal principio, è solo la giurisprudenza dogmatica e anche questa solo in quanto essa si occupa della stabilizzazione dei concetti giuridici » (30).

La questione è assai complessa e rischiarata solo di recente da un filone di studi sulla “periodizzazione” del pensiero kelseniano (31). Ciò che qui interessa sottolineare è la sicurezza con cui il giovane Giuliani individua una continuità nella scienza del diritto tedesca sulla formazione del metodo, comprendendo anche la “rivoluzionaria” dottrina pura del diritto in un dibattito interno, risalente fino alla Scuola Storica, sulla costruzione dell'oggetto della scienza del diritto tramite categorie logiche e tipi ideali. Il pregio dell'interpretazione giuliana sta nell'aver individuato questa continuità, con un ammirevole moto di indipendenza verso gli indirizzi prevalenti in Italia nella letteratura kelseniana, concentrati sul neo-

(27) H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, a cura di A. CARRINO, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 30.

(28) *Ibid.*

(29) Ivi, p. 9.

(30) Ivi, p. 8.

(31) Vedi, ad esempio, la periodizzazione proposta da Carsten Heidemann, *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, Baden-Baden, Nomos-Verlagsgesellschaft, 1997, in cui si distingue una prima fase dell'opera kelseniana contraddistinta da un approccio “costruttivistico” da una seconda fase contraddistinta da un approccio “trascendentale”. Seguirebbero poi una fase “realistica” e una fase “analitica”.

kantismo della dottrina pura del diritto ⁽³²⁾. Sulla qualificazione “storicistica” di questa continuità si può, comunque, dissentire.

6. Il terzo aspetto riguarda la distinzione kelseniana tra scienze della natura e scienze dello spirito. Tale distinzione, portata avanti dalle teorie neo-kantiane, verrebbe, secondo la critica di Giuliani, predicata verbalmente nella dottrina pura del diritto, per essere poi annullata, « applicando nelle scienze dello spirito i metodi propri di quelle naturali e pretendendo per le prime la oggettività che è propria delle seconde » ⁽³³⁾. A riprova di quanto affermato, Giuliani cita il passo kelseniano sulla presupposizione di una nuova norma fondamentale in seguito ad una rivoluzione, dove la teoria, « lungi dal divenire uno strumento per comprendere la realtà », è « portata necessariamente a deformarla per trovarvi una conferma anche se questa realtà da un punto di vista giuridico rappresenti uno stato anomalo e patologico, quale è quello di una rivoluzione » ⁽³⁴⁾. Il nucleo della critica è, in sostanza, che la specificità del sociale venga da Kelsen tradita, accogliendo nella forma razionale del diritto qualsiasi fatto che si sia empiricamente consolidato e, così, in più avvalorandolo. Lo schema del ragionamento giuliano ricorda molto quello di una, molto comune, critica marxista all'idealismo hegeliano. E lì vuole, in effetti, giungere il nostro Autore. Dietro Kelsen non vi sarebbe il kantismo ed il neo-kantismo ma proprio Hegel con la sua sacralizzazione del positivo. Kelsen, similmente allo Hegel della *Rechtsphilosophie*, non ha fatto altro che dare « una versione idealizzata di una concezione giuridica storicamente condizionata (ossia quella che identifica il diritto nella sua “totalità” con un complesso di norme) » ⁽³⁵⁾. Se consideriamo che la dottrina pura del diritto si ricollegli, secondo un'idea generalmente accettata e suggerita dallo stesso Kelsen, « da un lato al neo-kantismo del Cohen e dall'altro al

⁽³²⁾ Il pensiero va necessariamente ai due relevantissimi contributi di Renato Treves: *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neokantismo contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 1934, e *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino (1933-1934)*, Torino, vol. LXIX, 1934.

⁽³³⁾ A. GIULIANI, *Contributi...*, cit., p. 89.

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 90.

⁽³⁵⁾ Ivi, pp. 86-87.

positivismo giuridico »⁽³⁶⁾, linee di pensiero che non rifulgono certo per senso della storia e della realtà, tuttavia dobbiamo constatare, secondo Giuliani, come l'influsso neo-kantiano sia più debole dell'influsso di un giuspositivismo intriso di metafisica hegeliana⁽³⁷⁾. La dimostrazione, dotta e raffinata, di questo assunto s'incontra in altro luogo del testo.

Più avanti, infatti, Giuliani si sofferma sul “nefasto” influsso della scuola di Marburgo e della filosofia dei valori sulla dottrina pura del diritto, con l'effetto di provocare « il divorzio tra *teoria* e *storia*, tra *validità* e *realtà* »⁽³⁸⁾. Se è vero che in questi autori — specialmente in Cohen — « il momento della logicità e della razionalità veniva inteso come assolutamente indipendente dalla esperienza »⁽³⁹⁾, è anche vero, però, che i principi della Scuola di Marburgo potevano trovare una diversa applicazione, per esempio una combinazione virtuosa col metodo individualistico, come era avvenuto nell'opera di Menger. Kelsen non ha intravisto questa possibilità, poiché, accecato dal suo atteggiamento oggettivistico e universalistico, non ha realmente curato quel « formalismo che egli dichiara di applicare al diritto »⁽⁴⁰⁾. Così Kelsen non vede che la distinzione, neo-kantiana, tra scienze della natura e scienze dello spirito non può essere declinata in quella tra scienze della natura e scienze normative (la scienza del diritto), lasciando la scienza della società tra le scienze naturali in quanto suo oggetto sono i comportamenti umani studiati attraverso il nesso di causalità. Intanto, secondo Giuliani, i comportamenti umani possono essere studiati ed analizzati solo in termini di “scopo” e, comunque, la validità normativa, secondo lo schema kelseniano, non potrà mai incontrarsi con

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 86.

⁽³⁷⁾ È qui da osservare come non sia del tutto corretto argomentare su una contrapposizione tra il neo-kantismo di Cohen e l'idealismo di Hegel, poiché Cohen fa sue molte valutazioni hegeliane. Per una esauriente documentazione di questo punto vedi le accurate introduzioni di Gianna Gigliotti a H. COHEN, *La fondazione kantiana dell'etica*, Lecce, Milella, 1983, e H. COHEN, *Etica della volontà pura*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 162.

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 161.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 162.

la realtà sociale, vanificando la stessa nozione di norma che postula una connessione con il comportamento umano.

È necessario, dunque, ricucire tra validità e realtà. Kelsen compie un tentativo in questa direzione, lasciando intendere che « in qualche modo *validità* e *realtà* sono comparabili quanto al contenuto » (41). Questo è, però, un tentativo che, ancora una volta, dimostrerebbe l'hegelismo di Kelsen, poiché va qui condivisa, secondo Giuliani, l'acuta critica di Alf Ross, per la quale « il riferimento della realtà sociale alla categoria della validità ha significato soltanto se la dottrina pura del diritto abbandona la sua base critica per cercarne una nella metafisica di Hegel, per cui la realtà sociale è sintesi di realtà e validità, di “essere” e di “dovere essere” » (42). Non va, invece, condivisa la soluzione rossiana della questione, che vorrebbe la validità immanente nella realtà stessa, scendendo in quel terreno psico-sociologico in cui è « impossibile fare generalizzazioni, perché resteremmo semplicemente sul piano della osservazione di una infinità di casi singoli » (43). Insomma, se la scienza del diritto, in virtù del nesso costitutivo tra norma e comportamento, non può prescindere dallo studio delle azioni umane, ciò non vuol dire privilegiare lo studio empirico dei comportamenti, naturalisticamente intesi, ma cogliere « le azioni degli uomini che attribuiscono significati a delle realtà » (44). La scienza della azione umana non è dunque, per Giuliani, la psicologia ma la *prasseologia* e « la distinzione tra psicologia e prasseologia deve essere chiara anche ai giuristi, per evitare il pericolo di ricadere da una concezione scientifica in un'altra » (45).

7. Dietro gli aspetti negativi della dottrina pura del diritto s'intravede, però, un lato positivo. Kelsen non avrebbe portato alle sue estreme conseguenze, secondo Giuliani, il suo scientismo. Vi sarebbe, anzi, « un contrasto e una contraddizione fra il metodo di ricerca e la sensibilità personale del ricercatore, che con l'esempio

(41) Ivi, p. 164.

(42) *Ibid.* Il riferimento è a A. Ross, *Towards a realistic jurisprudence*, Copenhagen, Einar Munksgaard, 1946.

(43) Ivi, p. 167.

(44) *Ibid.*

(45) *Ibid.*

della sua vita e una vastità di interessi culturali, che vanno dalla sociologia alla scienza politica, ci dà la prova che esistono lacune e insufficienze nella sua dottrina » (46). Nelle incongruenze della dottrina pura del diritto dimorerebbe un benefico germe che le permetterebbe « di superare per lo meno alcuni dei pericoli insiti nel suo razionalismo e [...] addirittura di concordare con scuole che sembrano apparentemente antitetiche » (47). Il campo dove la dottrina pura del diritto potrebbe superare i limiti del suo razionalismo è proprio quello della « connessione del concetto di “norma” con gli aspetti giuridici dell’azione umana » (48), connessione adombrata, soprattutto nella nomodinamica, ma non sviluppata. Giuliani indica la strada per questo sviluppo buono del sistema kelseniano.

Si tratta di riavvicinare, nella dottrina pura del diritto, logica e vita, senza far scadere la scienza a notaio dell’empiria. ovvero conservandola nella sua essenza di strumento formale che ci aiuti a comprendere la realtà. Ciò può essere fatto, secondo Giuliani, intraprendendo un ulteriore processo di purificazione della scienza del diritto sulle orme di quanto Hayek ha suggerito per l’economia. In questo ulteriore processo di purificazione la scienza del diritto deve render conto del nesso tra norma giuridica e azione umana, eliminando del tutto quel residuo psicologico che resiste nella delineazione del *Sollen* kelseniano e che finisce per contaminarne la purezza. Kelsen ha saputo cogliere solo parzialmente questa opportunità.

Giuliani ritiene che, alla vigilia della elaborazione della *General Theory of Law and State* del 1945, Kelsen si sia ritrovato di fronte a un bivio: « o proseguire il processo di purificazione della dottrina abbandonandone la base *oggettivistica*, oppure ripiegare verso la dottrina imperativistica più consona allo spirito di certo storicismo » (49). Purtroppo è prevalsa la seconda ipotesi (50). Però, nella

(46) Ivi, p. 90.

(47) Ivi, p. 91.

(48) Ivi, pp. 168-169.

(49) Ivi, p. 173.

(50) L’evoluzione del pensiero kelseniano, fino all’opera postuma, confermerà in pieno il giudizio di Giuliani. Vedi, infatti, le parti della *Teoria generale delle norme* (pp. 61-80) in cui il significato imperativo della *Rechtsnorm* viene ricostruito attraverso il meccanismo della formazione dell’atto d’imperio e della sua accettazione.

nomodinamica kelseniana, è aumentata la considerazione del principio, individualistico, della divisione del lavoro, che consente un notevole ampliamento dell'orizzonte teorico dei rapporti tra norma e azione umana, non cristallizzabili in un'assoluta forma logica ma percorribili nella ricca fenomenologia della loro configurazione storica. Siamo meno lontani, dunque, dall'ideale giuliano di purezza, per cui « il compito preliminare della ricerca pura nel diritto deve essere [...] limitato alla conoscenza della realtà, alle opinioni e alle azioni individuali assunte come dati di ricerca, senza scivolare in un'indagine di carattere psicologico, che è al di fuori dei compiti di una scienza dell'azione umana » (51). Fare teoria "pura" significa, infatti, « abbandonare nelle scienze sociali ogni pretesa di oggettività e di assolutezza, perché qui siamo nel mondo della storia dove esistono fatti individuali, azioni ed opinioni di individui, che possono essere conosciute soltanto a condizione di indagarle *soggettivamente*, rivivendole nella loro integrità » (52).

L'attenzione kelseniana per il principio della divisione del lavoro si mostrerebbe tutta, secondo Giuliani, nella concezione dell'ordinamento giuridico come un puro schema di delegazioni. Nella concezione kelseniana del diritto come un sistema dinamico di norme risalta, infatti, il ruolo dell'attività umana nella costruzione dell'ordinamento giuridico (53): l'ordinamento kelseniano, sedicente razionale, perfetto e autosufficiente, ha bisogno, per realizzarsi, dell'attività umana! Ironia della sorte o astuzia della ragione: sebbene il problema della conoscenza del diritto venga condotto nella dottrina pura del diritto « con lo strumento della "Ragione" con la

(51) A. GIULIANI, *Contributi...*, cit., p. 177.

(52) Ivi, p. 176. L'ingresso della ricerca giuridica nel mondo della storia, secondo la prospettiva giuliana, è incisivamente descritto da A.A. CERVATI, *Alessandro Giuliani, il linguaggio giuridico, la storia e il diritto costituzionale* ("L'eticità nella scienza giuridica"), in Id., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 207-232. Il punto a p. 217.

(53) Molti autori si sono interrogati sulla possibilità del nesso di delegazione kelseniano di operare una conciliazione tra sistema teorico e realtà fattuale. Vedi l'illustre esempio di Costantino Mortati nella sua accusa, rivolta a Kelsen, di sdoppiare l'ordinamento giuridico in un ordine reale e in un ordine teoretico-conoscitivo malgrado il vano sforzo di ricucitura operato dal nesso di delegazione (*La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998, pp. 24-25 e nota 24).

“R” maiuscola, una volta che il diritto viene considerato un sistema dinamico di norme, questa Ragione viene a frazionarsi e risolversi nelle ragioni degli individui, che partecipano a quel processo di divisione del lavoro che si attua nel diritto » (54). Insomma, anche qui la dottrina pura del diritto mostrerebbe il suo volto di Giano. Da una parte, ricorre allo strumento concettuale — la delegazione — più idoneo a « comprendere come in realtà operi un qualsiasi ordinamento giuridico », dall'altra mortifica e comprime l'utilizzazione di questo strumento concettuale alla « delegazione. generalmente tacita, dell'ordinamento statale » (55). Kelsen, così, apre uno spiraglio ad una scienza giuridica nuova e, allo stesso tempo, delude un'aspettativa, l'attesa di un connubio tra la scienza giuridica come « scienza delle deleghe » e la storia giuridica come « studio del modo come esse sono state realizzate storicamente » (56).

8. I *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto* non ebbero, nel campo degli studi kelseniani in Italia, l'accoglienza che avrebbero meritato. La lettura resa ardua dal continuo perfezionamento delle tesi interpretative, la particolarità e l'originalità della prospettiva assunta e l'impegno di tener testa al già vastissimo patrimonio dottrinale del giovane Giuliani allontanarono gli studiosi italiani della dottrina pura del diritto, all'epoca distratti — o, forse, troppo attratti — dalla ruvida polemica capograssiana verso il “Kelsen tradotto” (57) ovvero attirati dal rigore dei primi esercizi esegetici dei seguaci dell'analisi del linguaggio giuridico (58). Due impostazioni contrapposte che, in qualche modo, monopolizzeranno, per lungo tempo, il panorama degli studi kelseniani in Italia. Nei fatti non può non notarsi l'assenza del nome di Giuliani e di ogni riferimento ai suoi *Contributi* in quello che fu il primo momento organico di

(54) A. GIULIANI, *Contributi...*, cit., p. 179.

(55) Ivi, p. 180.

(56) Ivi, p. 181.

(57) Cfr. G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 1952, 4, pp. 767-810.

(58) Ovviamente Bobbio e Scarpelli. BOBBIO con una serie di contributi raccolti poi in *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955, e in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970. SCARPELLI con *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, Nuvoletti, 1953 (su Kelsen, pp. 57-76).

riflessione, in Italia, sul pensiero kelseniano, il Convegno *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, organizzato dall'Istituto della Enciclopedia Italiana, a Roma, a fine ottobre 1981, in occasione del centenario della nascita di Kelsen⁽⁵⁹⁾. Dimenticanza ingenerosa ma, soprattutto, testimonianza di una scarsa reattività dei teorici del diritto italiani, poiché, nel 1976, Friedrich August von Hayek aveva pubblicato *The Mirage of Social Justice*, volume che sarebbe confluito, nel 1982, nel famoso *Law, Legislation and Liberty*, nel quale un paragrafo era espressamente dedicato alla critica della dottrina pura del diritto⁽⁶⁰⁾. La celebrata critica di Hayek avrebbe potuto indurre un confronto, con le dovute proporzioni, con le pagine del giovane Giuliani, nel nome della comune ispirazione, certo con diversa autorevolezza, ai principi dell'individualismo metodologico. L'occasione non fu colta. Oggi un confronto tra Hayek e Giuliani sulla critica individualistica alla dottrina pura del diritto può avere solo il significato di una curiosità intellettuale ed essere ridotto ad alcune notazioni marginali. Hayek, per esempio, non tratta deliberatamente la questione del significato di "scienza normativa" che è l'oggetto principale della ricerca giuliana. Il rapporto tra ideologia e scienza del diritto nella *Reine Rechtslehre* è decodificato in maniera simile sulla base del principio che « ogni ordine sociale si basa su un'ideologia »⁽⁶¹⁾. La forte sottolineatura, comune ad entrambi, che il significato del termine "diritto" non debba essere inteso in maniera assoluta ma debba essere, di volta in volta, ricavato dall'opinione degli individui impegnati nella costruzione dell'ordinamento giuridico o coinvolti nella pratica giuridica⁽⁶²⁾. Vi è, però, un punto sul quale il giovane Giuliani è capace, ancora, di sorprenderci. È la diversa sensibilità storica che gli ha impedito di pronun-

(59) Vedine gli atti: *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, a cura di C. ROHRSSSEN, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983. Il nome di Giuliani ricorre solo nella mia ricerca bibliografica che chiude il volume.

(60) Cfr. F. A. von HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, a cura di A. PETRONI e S. MONTI BRAGADIN, Milano, Est, 2000, pp. 244-254.

(61) Ivi, p. 252.

(62) Cfr. ivi, pp. 252-253: « Si può stabilire che cosa debba significare il termine "diritto" soltanto risalendo a ciò che intendevano coloro che l'hanno usato modellando il nostro sistema sociale e non collegandolo ad un significato che copra tutti gli usi di tale termine ».

ciare, pur condividendo ovviamente l'idea di un ordine sociale spontaneo, quei giudizi estremi sul positivismo giuridico così frequenti nel pensiero di Hayek ⁽⁶³⁾. È proprio vero: « *sine historia caecam esse jurisprudentiam* ».

⁽⁶³⁾ Cfr. *ivi*, p. 250: « Il positivismo giuridico è sotto questo aspetto semplicemente l'ideologia del socialismo — se possiamo usare il nome della forma più influente e rispettabile di costruttivismo per rappresentarne tutti i suoi vari aspetti — e dell'onnipotenza del potere legislativo ».

LUIGI MOCCIA

COMPARAZIONE GIURIDICA, DIRITTO E GIURISTA EUROPEO: UN PUNTO DI VISTA GLOBALE

1. Territorialità e spazialità del (punto di vista comparativo sul) diritto. — 2. Per una nuova prospettiva metodologica e concettuale. — 3. Dalla comparazione per *sistemi* alla comparazione per *fondamenti*. — 4. Dal diritto *comparato* al diritto *europeo*. — 5. L'*ordinamento giuridico aperto*: diritto extra-statuale e comunicazione tra giuristi. — 6. Un nuovo *ius commune* nel quadro del *diritto europeo multilivello*. — 7. Per una figura di *giurista europeo*: rilievi finali.

1. *Territorialità e spazialità del (punto di vista comparativo sul) diritto.*

Di fronte alla complessità del mondo odierno, con le sue interconnessioni e contaminazioni di senso, le possibili convergenze e tuttavia improbabili (né, forse, auspicabili) uniformazioni, il cultore di comparazione giuridica, studioso di un diritto apolide, appunto il diritto comparato o, meglio, il diritto comparativamente inteso nella molteplicità, varietà e relatività delle sue manifestazioni, si trova, oggi più di un tempo, a vivere la condizione affascinante, ma anche rischiosa o, almeno, faticosa, dell'essere senza appartenere.

Condizione assimilabile a quella di chi, vivendo in un luogo di confine, ovvero di transito culturale tra mondi diversi, scopre la possibilità di spostare il proprio punto di vista da un solo e isolato ambito territoriale a uno spaziale comprensivo dell'insieme dei mondi che ne formano il panorama.

Ho trascorso la mia vita ad Istanbul, sulla riva europea, nelle case che si affacciavano sull'altra riva, l'Asia. Stare vicino all'acqua, guardando la riva di fronte, l'altro continente, mi ricordava sempre il mio posto nel mondo, ed era un bene. E poi, un giorno, è stato costruito un ponte che collegava le due rive del Bosforo. Quando sono salito sul ponte e ho

guardato il panorama, ho capito che era ancora meglio, ancora più bello vedere le due rive assieme. Ho capito che il meglio era essere un ponte fra due rive. Rivolgersi alle due rive senza appartenere ⁽¹⁾.

Ho cercato di descrivere questa stessa condizione, proponendo l'immagine della comparazione giuridica come *ponte* che unisce mondi tra loro distanti.

Si tratta naturalmente di una metafora, dalle molteplici suggestioni, di cui giova esplicitare quelle principali.

La prima. Il ponte di cui si parla è innanzitutto un simbolo della comparazione o, meglio, di coloro che la praticano (comparatisti), in quanto *pontefici*; nel senso etimologico di *costruttori di ponti*: esposti al rischio di questo loro mestiere di giuristi in bilico tra un confine e l'altro; ma anche stimolati nell'avvicinare mondi ed esperienze tra loro distanti.

La seconda. Trattandosi, come detto, di una metafora riguardo al ruolo della comparazione e dei comparatisti, ciò che viene in evidenza è anche un'idea di comparazione intesa, appunto, come modalità comunicativa; cioè come possibilità, più che di misurare le distanze esistenti tra diverse esperienze giuridiche, di metterle tra loro in comunicazione [...].

Una terza suggestione, infine, è quella relativa all'importanza che riveste per l'attività dei comparatisti, alle prese con la costruzione di ponti o piuttosto con la loro successiva manutenzione, la scelta sia dei materiali che del metodo di lavoro; trattandosi di operare un collegamento le cui fondamenta non possono che poggiare [...] sul terreno della cultura [...] ⁽²⁾.

I ponti uniscono, perché strutture inserite in uno spazio sopra il territorio, da dove è possibile allargare lo sguardo all'una e all'altra riva contemporaneamente.

La comparazione come ponte rimanda, dunque, all'idea di una visione globale, ossia spaziale — più che territoriale — del diritto: visione che, tanto più nel mondo odierno, corrisponde alla condizione di chi è chiamato allo sforzo di star sopra il proprio orizzonte di riferimento (locale), costantemente proteso verso un altrove del

⁽¹⁾ O. PAMUK, *Istanbul*, 2003.

⁽²⁾ Per una prima esposizione di quest'idea v. L. MOCCIA, *Il diritto cinese nella teoria dei sistemi giuridici: dalla tradizione alla commistione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, pp. 877 ss.; nonché Id., *Il diritto in Cina. Tra ritualismo e modernizzazione*, Torino, 2009, pp. 38 ss.

diritto; verso il termine ignoto, quale che sia quello noto di chiusura del circuito del confronto comparativo ⁽³⁾.

L'esigenza di una visione panoramica del fenomeno giuridico su scala mondiale ha trovato risposta nella comparazione, in termini che sono stati e continuano, solitamente, a esser quelli di classificazioni (tassonomie) del fenomeno stesso, secondo modelli che, nel tener conto delle influenze di contesto storico-culturale, territorializzano le varie esperienze; le quali pure assumono, in tal senso, rilievo e spessore di tradizioni giuridiche (*legal traditions*), quasi come di corpi organicamente concepiti con caratteri propri (peculiari e persino esclusivi) di identità che ne fanno l'espressione di determinati ambiti e ambienti, fattori e componenti.

Innegabile appare in ciò l'impronta di un certo nazionalismo metodologico, le cui prime evidenze sono visibili già alle origini dello studio comparativo del fenomeno giuridico, quando si pensi a un'opera come quella di Montesquieu.

Si può richiamare la visione, per molti aspetti ancor oggi suggestiva, consegnataci da Montesquieu, con il portentoso quanto fantastico affresco da lui disegnato delle istituzioni umane del tempo suo. Una visione tesa a dimostrare come leggi e istituzioni dei diversi popoli del mondo allora conosciuto non fossero frutto solo di condizionamenti naturalistici, né avessero all'opposto carattere solamente convenzionale. Ma come esse dipendessero, invece, da una molteplicità di fattori di natura e di cultura: ad esempio, dal clima e dalla conformazione fisica di un dato paese; dal principio che regge il governo (monarchico, dispotico, aristocratico, oligarchico, democratico) di un popolo; dal tipo di vita dei suoi abitanti (agricoltori, pastori, cacciatori); come pure dai loro credi religiosi; dai loro costumi e così via. Altrimenti detto: leggi e istituzioni, in quanto attagliate esattamente a ciascun popolo, assolutamente peculiari a un determinato contesto e perciò intrasferibili altrove, addirittura cangianti a seconda dell'orografia di un certo territorio, della sua estensione come della vocazione dei suoi abitanti, delle loro tradizioni come del loro carattere e stile di vita, dovrebbero essere osservate, studiate e comprese, da tutti questi

⁽³⁾ G. GORLA, *Diritto comparato*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, vol. XII, p. 928; anche in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, Cap. 3, p. 70: « La comparazione infatti... è un processo quasi circolare di conoscenza che va dall'uno all'altro termine, e dall'altro ritorna sull'uno e così via; e arricchisce in tal modo sempre più la conoscenza dell'uno e dell'altro... ».

punti vista, perché se ne possa cogliere l'essenza, l'*esprit*: consistente, appunto, nei « diversi rapporti che le leggi possono avere con diverse cose » (4).

Si tratta, nondimeno, di un approccio ancor oggi d'avanguardia, nella misura in cui, riconoscendo l'esistenza di profondi quanto inscindibili legami del fenomeno giuridico (diritto) con l'insieme di diverse cose (*diverses choses*) che danno corpo a una cultura, essenzialmente intesa come forma di civiltà riferibile a un'etnia, nazione o gruppo sociale che sia, afferma l'impossibilità di una conoscenza di tale fenomeno, così nella storia come nella geografia del mondo, senza cogliere queste relazioni di senso di leggi e istituzioni con la loro stessa ragion d'essere, ossia con il loro *spirito*.

Ma sullo sfondo di questo approccio è possibile altresì intravedere l'influenza di un duplice pregiudizio inteso — secondo una definizione datane dallo stesso Montesquieu — come ciò che porta a ignorare noi stessi (5); ovvero, la nostra stessa condizione umana e, quindi, universale, quale possibilità non solo e tanto di abbracciare con uno sguardo d'insieme il mondo, per coglierne e sezionarne, paese da paese, società da società, cultura da cultura, le rispettive particolarità di leggi e istituzioni, quanto piuttosto di guardare oltre questa relatività di visione, verso la globalità dell'esperienza sociale, culturale e di ordine normativo che vi si esprime.

Il disegno — sia pure immaginifico — così tracciato del mappamondo delle istituzioni e consuetudini in vigore tra gli uomini, dove fin troppo netti appaiono essere i contorni che ne delimitano le zone a maggiore densità giuridica, rispetto a quelle giuridicamente meno visibili (o sensibili), se esprime, da un lato, il pregiudizio di una visione *eurocentrica*, ovvero basata sul valore al riguardo paradigmatico della civiltà *occidentale* e, dunque, sul rapporto asimmetrico di questa (la regola) con quella *orientale* (l'eccezione), dall'altro rende però manifesto (tanto più col senno di poi) un

(4) L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, citando in punto MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat, barone di), *De l'esprit des lois*, 1748, I, 3 : « l'esprit des lois [...] consiste dans les divers rapports que les lois peuvent avoir avec diverses choses » (testo consultabile anche in rete all'indirizzo: http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_1/de_esprit_des_lois_1.html).

(5) Nella *Préface* all'opera: « J'appelle ici préjugés, non pas ce qui fait qu'on ignore de certaines choses, mais ce qui fait qu'on s'ignore soi-même » (corsivo aggiunto).

certo sentimento di latente inquietudine epistemologica che avvolge il modello di razionalità occidentale, da cui quello stesso disegno trae storicamente e consapevolmente ispirazione, di fronte alla percezione della (di una) profonda (radicale) *alterità* — tale da rendere assai problematico il confronto sul piano socio-istituzionale e culturale in genere — tra occidente e oriente. [Secondo una celebre frase di Rudyard Kipling:] « l'Oriente è l'Oriente e l'Occidente è l'Occidente, e i due mai s'incontreranno » (*East is East and West is West, and never the twain shall meet*) (6).

Il pregiudizio di cui qui si parla è del medesimo genere di quello che ha portato in tempi più recenti e ancora induce a far prevedere e, anzi, temere — secondo una terminologia non sempre appropriata e piuttosto fuorviante — uno *scontro di civiltà*: la *nostra*, occidentale, di matrice giudaico-cristiana, da un lato, e la *loro*, rispettivamente, quella islamica e quella cinese (7).

In termini politicamente corretti, come usa dire, il senso di questa *alterità* traspare dall'osservazione secondo cui: se è vero che noi occidentali non abbiamo il monopolio della cultura giuridica, essendovene nel mondo (di oggi, come e più forse di quello di ieri) numerose altre, anche molto antiche, tuttavia la percezione di una identità di cultura giuridica *occidentale* sussiste « solo in contrasto con queste altre » (8).

Lungo questo filo di ragionamento, l'idea della comparazione come ponte torna utile, di nuovo, per ribadire l'opportunità, se non la necessità, nel mondo d'oggi, di un punto di osservazione a dimensione spaziale, anziché territoriale, da cui sia possibile, cioè, gettare uno sguardo globale sui nessi tra società, cultura e diritto. Dove il diritto, come esperienza di ordine normativo, insieme universale e relativo, per la varietà di forme assunte nello spazio come nel tempo, non sia più identificabile (identificato) con un attributo che ne definisca l'appartenenza a questo o quel popolo soltanto, territorio o regime politico che sia (il diritto dei romani, il diritto anglo-sassone, il diritto islamico, il diritto cinese, il diritto italiano,

(6) L. MOCCIA, *Comparazione giuridica*, cit., pp. 16-17, testo e nota 28.

(7) Il riferimento è a S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (1^a ed. 1996), London e al., 1998.

(8) F. WIEACKER, *Foundations of European Legal Culture*, in *American Journal of Comparative Law*, 1990, p. 4.

ma anche il diritto borghese, il diritto socialista): se non nel senso povero o, meglio, nel *non-senso*, comparativamente parlando, delle norme poste in un determinato ordinamento statale.

2. *Per nuova prospettiva metodologica e concettuale.*

Da queste osservazioni iniziali possiamo provare a ricavare alcune conseguenze utili allo sviluppo del ragionamento.

Innanzitutto, a proposito della comparazione come modo di studio del diritto, che pure costituisce un modo di concepire il diritto stesso, come necessaria premessa logica della possibilità di questo suo studio comparativo. Ciò a conferma, del resto, dell'idea di comparazione come punto di vista spaziale da cui guardare al diritto nella sua dimensione a-territoriale e a-temporale, quale fenomeno rinvenibile in ogni luogo e in ogni tempo.

Posto che qualsivoglia agglomerato di esseri umani implica un minimo essenziale di normatività, genericamente intesa come insieme di regole che disciplinano comportamenti e organizzano poteri e funzioni, ruoli e competenze, sarà ben possibile designare con il medesimo nome *diritto* tali regole. Che si tratti di una società primitiva (comunità di popolo, tribù o clan); oppure delle moderne società industrializzate; o, più ancora, di quelle cosiddette post-moderne, ad elevato tasso di innovazioni tecnico-scientifiche aventi notevoli incidenze e interferenze sul piano etico-sociale, nonché caratterizzate da fenomeni che ne accrescono la complessità; come nel caso dei flussi migratori alla base di trasformazioni multi-etniche e multi-culturali, tali da includere una pluralità e diversità di tradizioni normative proprie di singoli gruppi che pure ne costituiscono (in quanto minoranze) la popolazione. In tal modo finendo per accentuare, sul piano concettuale, oltre che empirico, i livelli di relativismo (e particolarismo) giuridico, di riflesso a una nozione di diritto intesa, appunto, nella sua estensione globale, ovvero planetaria.

Nondimeno, l'assunto di base rimane il medesimo: costituito, cioè, dalla (possibilità di una qualche) equiparabilità e, quindi, comparabilità tra assetti normativi, per quanto i più disparati. Dai rituali magico-sacrali delle comunità più antiche ai sofisticati e complessi apparati tecno-giuridici delle società odierne: solo per

indicare due estremi o, comunque, due differenti gradi di oscillazione dei rapporti società-diritto. Vale a dire, dei rapporti che ogni ordine normativo intreccia con la società: i quali, insieme con gradi intermedi rappresentati in particolare dalle concezioni etico-religiose del diritto, mentre si prestano, per un verso, a essere disposti in senso lineare, ovvero di una progressiva evoluzione da uno stadio primitivo (o di irrazionalità) a uno evoluto (o di razionalità piena e formale), per altro verso si dimostrano legati da un rapporto di commistione o di contiguità, nel senso della loro possibile compresenza in determinati contesti sociali.

Anche a questo livello, però, di massima astrazione logica, non si potrebbe fare a meno di constatare, stante la profonda diversità tra un contesto e l'altro, un corrispondente e, anzi, conseguente scivolamento di senso del nome *diritto* come riferito a ciascun contesto particolare. Così da ritrovare, di nuovo, il motivo della *spazialità*, come caratterizzante la visione comparativa del diritto.

Non più solo riguardo agli scenari, qua e là, osservabili, nel senso dei tanti possibili diritti esistiti o esistenti. Ma a partire dal suo stesso punto di osservazione: *i tanti possibili modi di concepire il diritto stesso*.

Aiutano, in proposito, le riflessioni sulla cosiddetta *modernità riflessiva*, che propongono di abbracciare la realtà contemporanea, una realtà divenuta sempre più cosmopolita e, quindi, composita e complessa, con uno sguardo nuovo: appunto, uno *sguardo cosmopolita*.

[I] cosmopolitismo ha cessato di essere una semplice, e discutibile, idea razionale e, per quanto distorto, si è trasferito dai castelli in aria filosofici alla realtà. Di più: è diventato la cifra di una nuova era, l'era della modernità riflessiva, nella quale i confini e le distinzioni nazionali-statali si dissolvono e vengono ridiscussi [...] Pertanto, di fronte a questo mondo cosmopolita abbiamo urgentemente bisogno di una nuova prospettiva lo sguardo cosmopolita, al fine di comprendere in quale realtà sociale e politica viviamo e agiamo. Lo sguardo cosmopolita è dunque il risultato e il presupposto della ristrutturazione concettuale della percezione (9).

(9) U. BECK, *Lo sguardo cosmopolita*, trad. it. dall'originale *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden* (2004), Bari, 2005, p. 12.

Senonché, allargare lo sguardo in questa prospettiva significa anche cambiare il punto di vista metodologico da cui guardare alla realtà stessa; significa, più precisamente, assumere — sul piano sia dell'impostazione teorica che dello sviluppo analitico dell'indagine — un punto di vista alternativo rispetto a quello del cosiddetto *nazionalismo metodologico*.

A fronte, infatti, di fenomeni nuovi e complessi, quali sono quello della globalizzazione e, per quanto riguarda in particolare l'Europa, quello della integrazione sovranazionale, fenomeni in rapporto ai quali confini e distinzioni statali e nazionali, come detto, sembrano venir meno, insieme con le certezze e categorie che ne avevano segnato e accompagnato in epoca moderna la nascita e il consolidamento, occorre avviare una riflessione (auto)critica, per meglio comprendere tali fenomeni e le loro implicazioni, al di fuori della cornice nazionale, nella prospettiva cosmopolita.

Il cosmopolitismo trasposto nella realtà è una questione vitale della civiltà europea, della coscienza europea e, al di là di questo, dell'esperienza del mondo, poiché nella metodologia dello sguardo cosmopolita potrebbe celarsi la forza per spezzare il narcisismo autocentrico dello sguardo nazionale e la sorda incomprendione nella quale esso mantiene prigionieri il pensiero e l'agire, illuminando gli uomini sulla reale cosmopolitizzazione interiore dei loro mondi vitali e delle loro istituzioni ⁽¹⁰⁾.

La traduzione sul piano metodologico di questo punto di vista consiste — all'insegna, si potrebbe dire, di un certo buon senso pratico, che pure tradisce un certo candore epistemologico — nell'abbracciare una *logica duale*, calibrata sulla opportunità (se non sulla necessità) di dismettere la più tradizionale logica oppositiva dell'*aut... aut*, per affidarsi a quella conciliativa del *sia... sia*, ovvero della *distinzione inclusiva* ⁽¹¹⁾. Il cosmopolitismo della realtà del mondo odierno, infatti, esprime e riflette una logica inclusiva, ovvero di *complementarietà degli opposti*, anziché dicotomica, di vicende-vole esclusione.

Si tratta, in termini che riecheggiano motivi ben noti ad altre

⁽¹⁰⁾ ID., *ibid.*, 2005, p. 13.

⁽¹¹⁾ U. BECK, *Lo sguardo cosmopolita*, cit., p. 15.

aree culturali, come quella sinica ⁽¹²⁾, di una forma armonica o, se si preferisce, mimetica di ragionamento, che cerca di imitare — invece che dominare — la realtà (natura) delle cose, nelle sue molteplici e spesso contraddittorie manifestazioni: per prenderne bensì atto, senza però limitarsi a registrarne l'evidenza o, peggio, a rassegnarvisi; piuttosto, per farla evolvere verso livelli progressivi di auto-consapevolezza. Affinché, stando all'esempio che viene portato a dimostrazione della possibilità di un misto composito di identità caratterizzante una sempre più diffusa condizione di appartenenze multiple, il *cittadino globale* non diventi una miscela esplosiva (non solo metaforicamente) di contraddizioni irrisolte.

3. *Dalla comparazione per sistemi alla comparazione per fondamenti.*

Un'applicazione di questo punto di vista spaziale (globale), anziché territoriale (nazionale), di osservazione comparativa del diritto può esser fatta con riguardo al modo di intendere i rapporti *civil law-common law*, in termini non (più) solo di contrapposizione, ma anche di distinzione inclusiva, appunto.

In questo senso, la stessa contrapposizione *civil law-common law* cessa di essere solo o soprattutto la linea di confine tra culture antagoniste geograficamente collocate o collocabili, per essere — se così posso dire — *interiorizzata* come componente dialettica di ogni esperienza giuridica, all'interno della quale — cioè — vive sia l'anima di *civil law*, sia l'anima di *common law*.

In altri termini, la dicotomia *civil law-common law*, se va letta a livello epistemologico in termini di *frattura* verificatasi nella storia più che nella geografia del mondo occidentale, nondimeno essa reca con sé un livello pure e soprattutto *assiologico*, che investe sempre e propriamente, in ogni esperienza giuridica, la figura e il ruolo dei giuristi e il loro modo di intendere il diritto ⁽¹³⁾.

Detto altrimenti: *civil law* e *common law*, non in quanto *sistemi*

⁽¹²⁾ Cfr. L. MOCCIA, *Il diritto in Cina*, cit., pp. 49-51.

⁽¹³⁾ L. MOCCIA, *L'educazione alla comparazione*, in F. TREGGIARI (a cura di), *Per Alessandro Giuliani*, Perugia, 1999, p. 92.

(o *modelli*) di diritto astrattamente intesi, ma in quanto atteggiamenti o modi culturalmente caratterizzati e orientati di concepire e praticare il diritto, possono ben essere presenti all'interno di uno stesso ordinamento o in uno stesso singolo giurista, pensato e visto non come astrazione, ma come concreta esperienza suscettibile di oscillazioni, contraddizioni e contaminazioni di senso; dove il vissuto di un ordinamento o le specifiche attività professionali dei suoi giuristi possono riflettere, di volta a volta, una prevalenza di un modo rispetto all'altro o, piuttosto, una loro mescolanza. La linea divisoria non è più statica, di segno geografico, cioè territoriale, ma, appunto, di segno culturale o, meglio, storico-culturale, cioè spaziale; quindi mutevole a seconda dei luoghi e dei tempi.

In tal senso, la distinzione tra *civil law* e *common law* diventa la distinzione, rispettivamente, tra l'idea del (di un tipo di) diritto che per comodità potremmo definire il *diritto delle leggi*, diritto *certo*, tipicamente diritto legislativo (anzi, codificato), espressione di una forma sistematico-deduttiva (dogmatica) di razionalità, e l'idea del (di un tipo di) diritto che potremmo definire il *diritto dei casi*, diritto *probabile*, tipicamente diritto giurisprudenziale, espressione di una forma analitico-induttiva (problematica) di razionalità. Essendo l'una e l'altra forma suscettibili di porsi e comporsi in rapporto dialettico e di implicazione, anziché contrastivo e di esclusione reciproca.

A mo' di esempio, vale richiamare il grande tema dei rapporti tra diritto stretto ed equità (*law and equity*) come tema, ovviamente comune a entrambi i sistemi di *civil law* e *common law*, che però riflette, a seconda dell'una o dell'altra forma di razionalità, una diversa impostazione e concezione di tali rapporti, alla luce in particolare dei cosiddetti *principi* del (e nel) diritto, di cui si parla, da sempre, con una varietà di significati, avuto riguardo a molteplici ambiti di riferimento: dalle fonti normative alla tecniche dell'argomentazione, dai criteri o standard di giudizio ai canoni interpretativi, fino ai precetti veri e propri.

Molto brevemente, rileva in proposito un'importante distinzione tra i principi intesi alla maniera delle *regulae iuris* del diritto comune medievale, rimaste vive nell'accezione delle *legal maxims* del mondo inglese di *common law*, e i *pincipia iuris* imperanti sul Continente europeo, frutto dell'elaborazione compiuta dalla teolo-

gia giuridica della seconda scolastica, con i trattati sulle leggi (*de legibus*) e in particolare nell'opera di Francisco Suarez, da ultimo rielaborati e fatti propri dallo stesso positivismo codicistico del XIX secolo (14).

Difatti, i principi nel senso di *legal maxims* si traducono nella ricerca (pratica) di una soluzione ragionevole (equitativa), secondo lo spirito e le tecniche della logica argomentativa agganciata al modello di una razionalità probabilistica (*ratio probabilis*). Così da assolvere una funzione essenzialmente di contrappeso al rigore prescrittivo della norma (comunque posta, *ope legis* od *ope iudicis*). Viceversa, i *principia iuris* di matrice dapprima teologica, poi laica nella versione del diritto naturale moderno e in quella del positivismo ottocentesco, assolvono una funzione essenzialmente razionalizzatrice del sistema, sul presupposto della riduzione del diritto alla legge e della conseguente esigenza di certezza basata sulla configurazione in termini volontaristici dell'intero ordinamento giuridico.

Con la crisi del positivismo e dei suoi dogmi (monopolio statale della legge, rigore scientifico e neutralità del metodo, chiusura nazionalistica dell'ordinamento), appare oggi evidente l'incidenza che valori e principi, a forte impronta assiologica, esercitano sul piano della rifondazione di una cultura giuridica aliena da tentazioni sistematiche e incline al confronto con sé stessa e con altre discipline di studio, in termini cioè di *auto-riflessività critica* (anziché di una anacronistica auto-referenzialità); ma anche e soprattutto con il mondo circostante, con le sue contraddizioni e sfide ricorrenti, cui tentare di dare soluzioni e risposte. Ma appare altresì evidente come la dicotomia *civil law-common law* sia destinata, sul piano in particolare dell'*interpretatio iuris*, a cedere il passo in favore di un sapere giuridico — che al giorno d'oggi non può mancare di farsi — sempre più dialettico e problematico, nel senso di essere orientato verso temi e problemi a base della (di ogni) esperienza giuridica.

Così inteso, lo studio delle due tradizioni, dei loro caratteri e delle relazioni tra di esse, porta ad osservare alcuni temi e problemi centrali, quanto comuni ad entrambe, quali sono in particolare quelli concernenti i rapporti tra *diritto* e *società*, *società* e *Stato*, *legge* e

(14) Cfr. A. GIULIANI, nella sua *Presentazione* a P. Stein e J. Shand, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1981, pp. VI-IX.

diritto, potere legislativo e potere dei giudici, autorità (dei pubblici poteri) e *libertà* (individuali), *diritto e processo*; nonché altri ancora, in quanto articolazioni dei precedenti, quali: tecniche interpretative e di ragionamento giuridico (*legal reasoning*), precedente giudiziale, professioni legali, modelli di organizzazione giudiziaria. Tutti temi e problemi che rappresentano o riflettono punti di emersione comparativa di forme diverse, ma non incompatibili, di razionalità giuridica.

In termini più generali, si apre qui alla vista lo scenario di un possibile nuovo statuto epistemologico dello studio comparativo del diritto. Come studio non più legato alla dimensione territoriale dei confini del mappamondo giuridico, all'interno dei quali collocare questo o quel *sistema di diritto* (romano-germanico, anglo-americano, socialista, religioso o, ancora, di tipo misto come possibile combinazione di sistemi), giusta una logica dicotomica di distinzione oppositiva (*aut... aut*), ovvero di classificazione dei singoli ordinamenti o gruppi di ordinamenti individuati come appartenenti a questa o quella *famiglia giuridica* (secondo un'altra espressione divenuta corrente nel lessico della comparazione sistemologica). Ma rivolto, invece, alla dimensione spaziale di forme di razionalità, a loro volta espressione di modi di pensare il diritto in rapporto a questioni fondamentali della (di ogni) esperienza giuridica.

Uno studio comparativo, quindi, che lasciandosi alle spalle il rigido schematismo della teoria dei sistemi giuridici — bandiera illusoria o, meglio, di comodo dietro la quale si sono venute ammassando per decenni truppe di comparatisti — tende a radicarsi nel concreto delle esperienze giuridiche come terreno di condivisione di problematiche ed esigenze comuni.

Se ne può ricavare una prima indicazione riguardante, appunto, lo spostamento di asse metodologico e concettuale della comparazione dalla problematica delle tassonomie a quella dei fondamenti intesi quali elementi conoscitivi che definiscono certi caratteri identificativi non solo e tanto di un (tipo di) ordinamento, come tale classificato e associato a determinate aree geografiche per rapporto a determinati sistemi o modelli (storici o contemporanei, che siano), quanto piuttosto di un modo d'essere del diritto come forma mentale, bensì riconoscibile per rapporto a determinati ambiti ter-

ritoriali, ma che pure rileva sul piano (spaziale) di atteggiamenti e prassi, istituzioni e costumi, valori, regole e principi, attorno a quali si articola ogni esperienza giuridica essenzialmente intesa come esperienza socio-culturale.

In questa diversa prospettiva riferita alla spazialità di un punto di vista globale caratterizzato da una logica di distinzione inclusiva, ovvero di mediazione-conciliazione di senso, è possibile osservare che le trasformazioni e innovazioni in campo economico, politico-sociale, giuridico-istituzionale, tecnico-scientifico e culturale hanno oramai sopravanzato e travolto ogni argine di ordinata quanto semplificata rappresentazione del mondo reale, affollandolo di contraddizioni e accrescendone la complessità per via dell'innesto e intreccio di tali trasformazioni-innovazioni con un tessuto di più convenzionali assetti e modi di vita, esperienze e mentalità. Per cui risulta tanto più vero — non da oggi, sebbene da oggi in modo vistosamente più evidente — che nel mondo reale nessuna cosa è mai soltanto ciò che è, sempre uguale a se stessa, ma ciò che essa diviene, mutando sostanza pur nella continuità della (o, meglio, di una) sua forma; nel senso che forma e sostanza sono tra loro implicate in un rapporto di circolarità, invece che di linearità, secondo l'antico detto confuciano: « forma è sostanza e sostanza è forma » (15).

4. *Dal diritto comparato al diritto europeo.*

Queste riflessioni, nate sul terreno della prospettazione del problema della identità o, meglio, delle identità sia individuali che collettive nella dimensione globale e, insieme, locale del mondo contemporaneo, bene si prestano a essere portate entro l'orbita europea degli studi politico-istituzionali e giuridici, dove si vengono affermando nuove categorie, come — ad esempio — il sistema multi-livello di governo (*multilevel governance*) o la tutela multilivello dei diritti (*multilevel constitutionalism*); le quali, pur senza cancellare la territorialità degli ordinamenti, la proiettano con un

(15) E. MASI (cur.), *Confucio, I Dialoghi*, Milano, Rizzoli, 1992, XII, 8: « Forma è sostanza e sostanza è forma. Una pelle di tigre o di leopardo spoglia del pelame è tal quale una pelle di cane o di pecora spoglia del pelame ».

effetto di dissolvenza in una dimensione di spazialità, dai contorni meno definiti e definibili, dove locale, nazionale, internazionale, trans- e sovra-nazionale formano come un caleidoscopio di immagini tra loro variamente composte e componibili, ma tutte tra loro intrecciate e compatibili nella prospettiva *cosmopolita*.

La costruzione, da più di sessant'anni a questa parte, di una « unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa » (come recitano i trattati) costituisce un test significativo di composizione di un mosaico o — date le incertezze che ancora pendono più che sul futuro sulle possibili configurazioni della costruzione — di un puzzle che richiede una capacità di sguardo *altro*, come detto, rispetto a quello nazionale.

In questo gioco della complessità, gli ordinamenti giuridici (statali) appaiono, infatti, sempre più esposti a processi di mutazione della propria sfera sovrana, sia all'interno, per via delle autonomie locali, sia all'esterno, per via delle aggregazioni sovra- o trans-nazionali. Si tratta, cioè, di forme di articolazione plurale dell'ordinamento, suscettibili di essere viste, a seconda del punto di osservazione, in chiave sia di frammentazione della sua unità statale e territoriale, sia di integrazione-interazione tra organi e livelli di governo nella dimensione dello spazio europeo.

Questa ambivalenza del punto di vista da cui è possibile guardare al fenomeno, in complesso, del *pluralismo giuridico* riflette l'attuale realtà giuridica dell'Unione europea, nei termini per cui: « L'europeizzazione produce un nuovo *sia... sia*, nel quale le culture giuridiche e politiche nazionali continuano a sussistere e nello stesso tempo vengono fuse in una cultura giuridica europea » ⁽¹⁶⁾.

In questi termini, dunque, l'Europa *unione di popoli* è un *ponte* fra due rive: quella nazionale, costituita dai singoli ordinamenti interni all'Unione, e quella cosmopolita o globale, costituita dall'Unione in quanto tale. Ciò viene sintetizzato dalla disposizione del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE) che nel porre l'obiettivo dell'integrazione giuridica al livello europeo tra le politiche dell'Unione stabilisce che: « L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali

⁽¹⁶⁾ U. BECK, *Lo sguardo cosmopolita*, cit., p. 222.

nonché dei *diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri* ».

L'osservatore che da questo ponte rivolge il proprio sguardo sul panorama attorno, non può che coglierne elementi *comuni e particolari, federali e inter-governativi, di unione e differenziazione*: ma visti come insieme di elementi tra loro in rapporto di distinzione inclusiva, anziché di rigida dicotomia oppositiva; ossia, di implicazione reciproca, secondo il motto *unita nella diversità*, non a caso proposto come simbolo dell'Unione.

Questa nuova *Europa del diritto*, che si va formando sul terreno, per alcuni, ancora paludoso dei nazionalismi, per altri, invece, fertile della ricchezza della diversità, è l'Europa delle *istituzioni comuni*, di una *cittadinanza comune* ai cittadini dei paesi membri dell'Unione. Con competenze che sono per lo più concorrenti, ovvero condivise con gli Stati membri, ma esercitate secondo il *principio di sussidiarietà*: quale principio di *articolazione spaziale della sovranità*, per *livelli decisionali* di un unico asse ordinamentale, tra loro disposti in rapporto di *coordinazione*, invece che di *sovra-ordinazione*. Nel quadro di *politiche comuni*, dove l'obiettivo del *ravvicinamento delle legislazioni* (nazionali) all'interno di un *mercato unico*, è stato affiancato dal più ambizioso progetto-programma di dare forma a uno *spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, e più specificamente a uno *spazio giudiziario europeo* dove far valere i propri diritti ovunque nell'Unione, segnato — anziché da confini territoriali — da valori, diritti fondamentali e principi generali *comuni* agli ordinamenti degli Stati membri.

Il cambio di passo metodologico che tutto ciò impone si traduce in un salto di paradigma concettuale, ravvisabile nella formazione al livello europeo di un *meta-diritto*, ovvero di un *diritto-ponte*, che consente di mettere a fattor comune valori, regole e principi nel quadro dell'ordinamento dell'Unione, in quanto ordinamento integrante gli ordinamenti dei singoli ordinamenti nazionali: tra loro diversi ed estranei gli uni rispetto agli altri, ma pure tra loro messi in comunicazione attraverso l'ordinamento-ponte dell'Unione.

Altrimenti detto: l'europeizzazione come processo di formazione di una cultura giuridica europea tende a spostare oltre la comparazione la linea di confluenza lungo la quale elementi *comuni* (di livello europeo) e *particolari* (di livello nazionale e locale) si dispon-

gono in rapporto di complementarietà, come elementi di una realtà globale. Come tali osservabili con uno sguardo (cosmopolita) rivolto verso uno scenario complessivo e, insieme, complesso, dove — in luogo della unicità del diritto su scala europea (diritto unico del mercato) — trova posto la (una) *modularità plurilivello* del diritto (particolare/comune).

Ciò di riflesso e supporto a una diversa costruzione politico-giuridica incentrata, anziché sul *mercato*, sulla *cittadinanza*: in quanto cittadinanza *plurale e differenziata* ⁽¹⁷⁾; secondo cui la questione della relazione soggetto-diritti/doveri, diventa la questione della definizione di uno status di soggettività giuridica che rileva in termini, appunto, di *spazio europeo*, invece che di *territorio* (locale o nazionale, che sia). Vale a dire, una questione che si pone non più (solo) in modo *statico*, sul presupposto dell'appartenenza del soggetto a un determinato territorio (nazionale), ma (anche) in modo *dinamico*, relazionale e trasversale, per rapporto alla capacità del soggetto di un'appartenenza plurima, ovvero di mobilità in seno a un nuovo tipo di ordinamento multilivello, cioè locale, nazionale ed europeo insieme ⁽¹⁸⁾.

5. *L'ordinamento giuridico aperto: diritto extra-statale e comunicazione tra giuristi.*

Conviene, a questo punto, fare un sia pur rapido cenno alla lunga stagione del diritto comune continentale, ossia gettare uno sguardo allo scenario dell'Europa del diritto dei secoli passati, in quanto particolarmente interessante, anzi attuale, nella prospettiva degli ideali che hanno dato origine al processo di integrazione europea.

Tralasciando i dettagli di un fenomeno articolato e complesso, sviluppatosi dai tempi medievali fino a quelli moderni, ci si può limitare ad osservare che lo scenario storico così evocato ci pone di

⁽¹⁷⁾ L. MOCCIA, *La cittadinanza europea come cittadinanza differenziata a base di un sistema multilivello di diritto privato*, in *La cittadinanza europea*, 1/2006, pp. 59 ss.

⁽¹⁸⁾ L. MOCCIA, *Il sistema della cittadinanza europea: un mosaico in composizione*, in L. MOCCIA (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione*, Milano, 2010, pp. 165 ss.

fronte a distinte e differenti esperienze di *diritto comune*, inteso essenzialmente come diritto transnazionale, che vanno debitamente registrate, poiché esse ci restituiscono diversi modelli di diritto (e di giurista) europeo.

In breve, dalla rinascita in epoca tardo-medioevale degli studi di diritto romano, un modello di *ius commune* si venne articolando attorno all'interpretazione dei testi giustiniani (e di quelli canonistici) ad opera dei dottori (o giuristi accademici) presso le università del tempo: dando così origine a una imponente tradizione di regole e principi comuni, che costituivano il tratto uniforme di una realtà, la quale per altri versi presentava un'ampia e variegata massa di diritti particolari (*iura propria*), alle cui lacune e incertezze quelle regole e quei principi sopperivano in via di sussidio, come *lex* o *ratio scripta*. A questo diritto comune di matrice *dotta*, affidato alla circolazione dei testi romani e della relativa *interpretatio*, si venne però affiancando, nel corso dei secoli dal XVI al XVIII, un diritto comune di matrice (prevalentemente) giurisprudenziale, affidato invece alla circolazione delle *opinion*i di giudici e avvocati, rese nell'esercizio della loro attività professionale di decisione, o di consulenza su casi pratici, e raccolte in una letteratura ad uso del foro ⁽¹⁹⁾.

È appena il caso di precisare che le sue diramazioni si estendevano all'intera area europea, inclusa la stessa Inghilterra: dove, oltre alla presenza di giuristi forensi (i *civilians*) educati allo studio del diritto romano-canonico, con le relative giurisdizioni e procedure, si riscontrano sia influenze delle autorità giurisprudenziali e dottrinali continentali, sia, comunque, analogie e somiglianze di tecniche interpretative, metodi, contenuti e caratteri, tali da giustificare l'idea, appunto, di un *diritto comune europeo* ⁽²⁰⁾.

Questo diritto era composto di materiali vari, quali: il diritto romano, il diritto feudale, la *lex mercatoria*, il diritto in tema di conflitti di legge (l'attuale diritto internazionale privato), e ancora gli stessi statuti e usi locali; materiali tutti però cementati e tenuti

⁽¹⁹⁾ G. GORLA, *Unificazione legislativa e unificazione giurisprudenziale. L'esperienza del diritto comune*, in *Foro it.*, 1977, V, 1, anche in *Id.*, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., Cap. 22.

⁽²⁰⁾ L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, cit., Parte III, Cap. 5.

insieme dalla (da una) *communis* o *magis communis opinio totius Europae*, come si esprimevano gli scrittori del tempo.

Così composto, questo diritto si alimentava attraverso la comunicazione (*communicatio*) tra i giuristi forensi dei vari ordinamenti (statuali), intesi e strutturati come ordinamenti aperti alla circolazione dei giuristi stessi (la libertà di stabilimento degli avvocati esisteva già allora, naturalmente) e delle loro opinioni o, meglio, di quelle dei più autorevoli tra questi giuristi di fama europea ⁽²¹⁾.

Quel che più importa qui sottolineare è che l'Europa del diritto rappresenta storicamente un'esperienza caratterizzata, nel suo complesso, da un'idea di diritto a carattere extra-statuale, frutto di una cultura e di una mentalità giuridica formate e plasmate, ancora in piena epoca moderna, all'insegna di uno spirito transnazionale, che fa dipendere il riconoscimento di regole e principi all'interno del singolo ordinamento da una concordanza o convergenza con altri ordinamenti, inseriti nell'orbita della comunicazione del mondo civile (*communicatio orbis civilis*); ossia, di un mondo europeo visto come area di circolazione delle opinioni e decisioni dei giuristi forensi (giudici e avvocati) presso le giurisdizioni di vertice (i cosiddetti *grandi tribunali*).

Orbene, è chiaro che in ordinamenti del genere, a carattere aperto, la comparazione fosse, per così dire, di casa e che i giuristi, sia quelli teorici, sia e soprattutto i pratici, ne facessero frequentemente e normalmente uso nella loro attività professionale: senza che tale uso, e il bagaglio di conoscenze e tecniche ad esso connesse, assumesse alcun (autonomo) rilievo di carattere specialistico; qualificandosi, invece, come intrinseco o, se si preferisce, connaturale alla figura del giurista (in particolare forense) dell'epoca, almeno ai livelli delle magistrature di vertice e negli ambienti elitari dei ranghi primari dell'avvocatura ⁽²²⁾.

In senso specifico, l'ordinamento giuridico *aperto* è quello nel quale viene teorizzato e praticato, al livello di fonti del diritto, l'uso della comparazione come regola di riconoscimento del diritto applicabile a una determinata controversia, nei casi in cui faccia difetto una norma in punto oppure la norma esistente risulti dubbia: in

(21) *Id.*, *ibid.*, Cap. 3, § 10, e Cap 5, § 11.

(22) *Id.*, *ibid.*, Cap. 5, § 10.

questi casi è ammesso il ricorso, in via interpretativa, a norme di matrice legale e/o giurisprudenziale di altri ordinamenti (*lex alius loci*) facenti parte di una medesima area culturalmente omogenea: *orbis civilis nostrae Europae communicationis*, ossia il *mondo civile europeo*, secondo l'espressione coniata da uno dei grandi rappresentanti del diritto comune europeo dei secoli XVII-XVIII, il Cardinal Giambattista De Luca ⁽²³⁾.

In tal senso viene ad assumere quindi rilievo la teoria degli ordinamenti giuridici *aperti* o *comunicanti* ⁽²⁴⁾: quegli ordinamenti che, nati storicamente sul terreno di una concezione o, meglio, di una civiltà del diritto sentito come patrimonio di regole e principi comuni al mondo europeo, furono poi travolti dall'ondata nazional-positivistica ottocentesca, per diventare sempre più ordinamenti 'chiusi', espressione di una diversa concezione del diritto, delle sue fonti e di tutti gli annessi e connessi, istituzionali, professionali, dottrinali.

Invero, l'alternativa tra ordinamenti giuridici *aperti* e *chiusi*, entro cui si sono giocati i destini del diritto comune europeo dei secoli passati, ed entro cui potranno giocarsi i destini del (nuovo) diritto europeo degli anni futuri, si presenta come alternativa in termini di valori legati, appunto, a concezioni diverse del diritto, a loro volta riferibili a diverse opzioni politico-culturali; secondo uno schema già applicato in epoche passate, ma che bene s'adatta al tempo d'oggi: per cui possono definirsi *illiberali*, i giuristi chiusi nella prassi e nelle leggi, come pure nella dottrina del proprio ordinamento locale (nazionale); e *liberali*, quelli invece che praticano l'ordinamento giuridico aperto, ossia quelli che comunicano sulla frequenza d'onda di una diversa consapevolezza della loro funzione e di ciò che può e deve giustificarla e indirizzarla.

Con l'ulteriore, ovvia quanto basilare constatazione, infine, che i soggetti veri dell'apertura e della comunicazione o, al contrario, della chiusura, non sono gli ordinamenti, come fenomeno istituzio-

⁽²³⁾ ID., *ibid.*, Cap. 3 (e riferimenti *ivi*).

⁽²⁴⁾ L. MOCCIA, *Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato (Per una teoria dell'ordinamento giuridico aperto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, pp. 181 ss.

nale, ma i rispettivi giuristi, come realtà individuale e collettiva, caratterizzata e ispirata da determinati atteggiamenti e valori (25).

6. *Un nuovo ius commune nel quadro del diritto europeo multilivello.*

Per tornare allo scenario attuale e al processo di integrazione europea ancor oggi in via di evoluzione, il filo del discorso, alla luce delle premesse metodologiche e concettuali sopra delineate, può essere ancora sviluppato, con un interrogativo quasi d'obbligo a questo punto, e cioè: cosa deve intendersi per *diritto europeo*?

In breve, possono darsi due possibili nozioni di diritto europeo, diverse ma concorrenti.

V'è la nozione di diritto europeo inteso, al pari di *civiltà europea*, con un significato a sfondo prevalentemente storico-culturale; o, in un senso già più tecnico, con riferimento a una tradizione giuridica europea.

Si tratta però di una nozione debole, come insegna del resto la stessa comparazione, ancora dominata dall'idea di dicotomia *civil law-common law*, come principale spartiacque di tale tradizione, all'interno della quale pure si registrano una serie di particolari esperienze giuridiche relative a determinate aree regionali: come quelle facenti capo ai paesi scandinavi; oppure quelle di carattere misto (*civil law-common law*), come nel caso della Scozia. Senza tralasciare poi il fatto che nell'ambito della tradizione di *civil law* sussistono una serie di varianti nazionali, anche significativamente differenti; alcune delle quali (come quella spagnola) caratterizzate

(25) L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, cit., pp. 966-967. Sulla figura e sul ruolo dei giuristi forensi dei secoli XVI-XVIII, in quanto artefici del moderno diritto comune europeo, il riferimento è all'opera di Gino Gorla e in particolare alla testimonianza di cui dà conto nel suo *Il diritto comparato in Italia e nel mondo comunicante e una introduzione al dialogo civil law-common law*, Milano, 1983 (ed. monografica del saggio originariamente apparso in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Atti del congresso, Messina-Taormina 3-8 novembre 1981, Milano, 1982, pp. 467 ss.), a proposito di un « un giurista forense catalano del XVII secolo, Fontanella », il quale « chiamava *illiberales* quei pratici forensi che altrove si chiudevano nella prassi e nelle leggi del loro Foro; e *liberales* quelli che praticavano l'ordinamento giuridico aperto » (Ivi, p. 624).

per giunta dalla presenza, al loro interno, di estese forme di autonomia assai rilevanti sul piano della specificità di corpi normativi locali.

V'è la nozione di diritto europeo inteso come *diritto dell'Unione* (già diritto comunitario): diritto bensì di formazione recente, ma anche nuovo, dal lato degli interessi protetti e dei principi invocati, tanto più nel caso del settore privatistico; nonché destinato a immettersi in contesti, lessicali e strutturali di diritto (patrio) più tradizionale, ovvero di matrice europea, nell'altro senso inteso.

Questo diritto europeo può essere a sua volta articolato in due nozioni, materialmente corrispondenti, ma concettualmente distinguibili, in quanto riflesso di due diverse fasi del processo di integrazione europea.

Nella terminologia corrente, l'espressione diritto europeo (*European law*), nel senso sempre di diritto dell'Unione (*European Union law*), sembra destinata non solo a soppiantare la più prosaica (eurocratica) espressione di diritto comunitario (*Community law*), resa comunque obsoleta dal Trattato di Lisbona, ma a rappresentare, rispetto a quest'ultima, un salto di qualità, che corrisponde al superamento della fase *funzionalista* dell'integrazione economica, verso una fase *costituzionale* di integrazione normativa, dove spiccano i seguenti elementi: a) *centralità della persona*; b) *modello europeo di società aperta e inclusiva*; c) *spazio di libertà, sicurezza e giustizia*; d) *costruzione di un spazio giudiziario europeo, come « autentico spazio di giustizia », dove far valere i propri diritti ovunque nell'Unione* (secondo quanto stabilito dal cosiddetto Programma di Stoccolma 2010-2014).

Invero, con il Trattato di Maastricht il processo di integrazione ha imboccato la strada di « un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa », rappresentata dalla « cittadinanza dell'Unione ». Espressione che, al di là delle indubbie valenze suggestive e di natura ancora largamente simbolica, rileva per la sua stretta connessione con uno *spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, destinato a completare e, insieme, ad assorbire lo spazio senza frontiere interne del mercato unico. Uno spazio inteso, quindi, come luogo dove s'incontrano e agiscono non solo determinati soggetti professionali, imprenditori e prestatori d'opera, ma comuni (con)cittadini europei, tra loro non più stranieri.

Con ciò volendo sottolineare l'enorme potenziale sul piano sistematico e applicativo del principio di una cittadinanza al livello europeo, unitamente al principio di non discriminazione.

Ulteriore accezione del termine diritto europeo è dunque quella di un diritto, a valenza costituzionale, comune a tutti gli ordinamenti nazionali; rispetto ai quali l'ordinamento dell'Unione non si presenta come distinto e a sé stante, ma come parte integrante di questi ordinamenti, nel senso di postularne e, insieme, favorirne la convergenza, anzi, l'integrazione entro la sfera d'azione dello stesso ordinamento dell'Unione: l'integrazione, appunto, in un comune ordinamento europeo o, se si preferisce, in un ordinamento europeo di diritto comune ai suoi cittadini.

Al pari del diritto comune dei secoli passati, che pure trovava nei diritti naturali (*iura naturalia*), antesignani dei moderni diritti dell'uomo, oggi divenuti diritti fondamentali della persona, un terreno fertile d'incontro e di dialogo tra giuristi liberali (*liberales*), cioè animati da spirito di apertura intellettuale, il nuovo *ius commune* europeo appare destinato a svilupparsi sul terreno soprattutto dei principi e dei valori e, di riflesso, dei diritti fondamentali che ne sono espressione, insieme con i corrispondenti doveri di condotta, sia delle autorità pubbliche che dei soggetti privati, che a tali principi e valori devono commisurarsi.

L'idea di incentrare questo diritto europeo sulla dimensione plurale della *cittadinanza*, insieme nazionale ed europea, invece che su quella unificante del *mercato*, se è vero che può contribuire a un miglior equilibrio tra unità e diversità, consente anche di portare a sintesi le tendenze all'unificazione e quelle alla conservazione delle diversità e specificità nazionali e locali, secondo un modello di ordinamento *multi-livello* (locale, nazionale ed europeo).

Un modello che pure richiama alla mente quello rappresentato dal diritto comune (*ius commune*) in rapporto di complementarità (e sussidiarietà) con i diritti particolari (*iura propria*); come modello che appare adeguato o, comunque, utile a sostenere, nella complessità del fenomeno dell'integrazione europea, l'esigenza di una maggiore uniformità quale fattore e condizione di radicamento e sviluppo insieme del fenomeno stesso, al livello sociale e culturale, oltre che giuridico-istituzionale.

Ne deriva, in estrema sintesi, l'idea di un diritto europeo pensato e strutturato come sistema operante su più livelli di efficacia, sia nazionale che sovra-nazionale, statale ed extra-statale; caratterizzato da una molteplicità di fonti ed espressivo di varie forme di razionalità a sfondo sia legislativo, sia giurisprudenziale e, ancora, di *soft law*; incardinato sulla base di valori e principi generali comuni e corrispondenti diritti fondamentali, sia individuali che collettivi (diritti delle minoranze).

7. *Per una figura di giurista europeo: rilievi finali.*

A chiusura di queste pagine, non rimane che rivolgere lo sguardo — secondo il punto di vista globale invocato fin qui come motivo-guida di una nuova prospettiva metodologica e concettuale sullo studio comparativo del diritto, con riferimento almeno all'area europea e più precisamente al processo ancora in atto dell'integrazione europea — verso la figura di un giurista più consapevole del suo essere *europeo*, capace cioè di farsi *ponte* di comunicazione e apertura del proprio ordinamento (nazionale) con altri ordinamenti e con l'ordinamento stesso dell'Unione.

In proposito, sembra emergere — da quanto detto — un itinerario che, a partire dalle esperienze della storia, osservata però con occhi sensibili alle sfide dell'attualità, nell'intento anche di ricostruire lineamenti comuni alla civiltà giuridica europea, prosegue fino ad arrivare alle esperienze sul campo, destinate a saggiare le tecniche, a disegnare le architetture, nonché ad affinare gli strumenti, insomma ad affrontare sia la teoria che la prassi dell'integrazione giuridica europea, per controllarne anche la qualità dei risultati e cercare di orientarne i relativi processi.

Di qui la centralità del ruolo dei giuristi, chiamati a farsi artefici della costruzione del ponte europeo, lungo questo itinerario: con i suoi diversi incroci — tra storia e diritto, diritto e società, statualità ed extra-statualità del diritto, cittadinanza nazionale e cittadinanza europea, monismo e pluralismo giuridico — e con i suoi diversi tornanti — quelli in particolare del diritto interno, integrato con il diritto dell'Unione, del diritto comparato e del diritto internazionale (pubblico e privato). In un quadro, dunque, di riferimenti e, anche, di valori e motivi ideali, capaci di dare una testa e un cuore o, più

prosaicamente, un corpo vero alla figura altrimenti esangue del giurista europeo: una figura tanto più improbabile, quanto più legata a una pretesa e talvolta solo pretestuosa natura specialistica.

È questo, infatti, il senso profondo della scelta di un punto di vista globale, che permette di rivolgersi alle due rive, nazionale ed europea; e che si traduce nell'esigenza innanzitutto culturale consistente nel far precedere al diritto europeo, inteso come diritto dell'Unione, la figura di un *giurista europeo*: come figura di giurista non già chiuso in un ambito di specializzazione disciplinare, ma consapevole, al contrario, di un ruolo e di un compito che ne proiettano la professionalità in uno spazio sovra- e trans-nazionale, in cui ordinamenti interni ai singoli Stati e ordinamento dell'Unione si integrano, in una società caratterizzata sempre più dal pluralismo, aperta e inclusiva.

Sicché, una conclusione che può apparire paradossale, ma che riflette appunto questa inversione del punto di vista, che guarda innanzitutto ai profili culturali della professionalità giuridica, è la seguente: che il problema dell'identificazione di quale figura di giurista europeo altro non sia, al fine, che lo stesso problema, da sempre presente e dibattuto all'interno della cultura giuridica europea (e occidentale), di quale figura di *giurista*, punto e basta; senza aggettivi, né attributi, se davvero si vuole che sia — e, in realtà, che torni a essere — senza frontiere.

Sul presupposto, tornato d'attualità, del *pluralismo giuridico*, pluralismo delle fonti e, quindi, dei sistemi di regole e corrispondenti livelli di normatività, a fronte — come detto — di società sempre più plurali nella loro articolazione e composizione.

Se è vero che lo scenario che sembra oggi profilarsi all'orizzonte europeo è piuttosto quello di una perdita di coerenza e di unità in seno agli ordinamenti nazionali e allo stesso ordinamento dell'Unione a favore di elementi di frammentazione e dispersione, una risposta non può che venire sul piano di regole e soluzioni comuni, per via di convergenza al livello europeo.

A ciò sono chiamati, appunto, i giuristi europei: a fronte di fenomeni nuovi o, comunque, di profonda trasformazione sul piano così delle fonti e categorie giuridiche come delle relative tecniche interpretative; nel contesto di società dove i confini nazionali (territoriali) dell'ordinamento statale sfumano a vantaggio di uno spazio

comune di vita e libertà, di sicurezza e solidarietà, di giustizia e cittadinanza; all'insegna di un'idea di progresso degli studi di diritto nella dimensione europea, come vera linea divisoria rispetto a quanti resistono su posizioni se non di chiusura nazionale, di sospettosa diffidenza o provinciale sufficienza o, peggio, di colpevole ignoranza. E ancora: in vista di una comunità politica e di diritto a carattere insieme sovra-nazionale e trans-nazionale, cioè rispettosa delle diversità; al fine di contribuire a sviluppare una nozione autentica di diritto europeo comune, espressione di un'effettiva comunanza di valori e principi, quale terreno solido su cui trovare punti di equilibrio fra l'universale e il particolare, fra ciò che è europeo e ciò che è locale (o minoritario).

Un nuovo *ius commune* europeo che potrà trarre dall'esperienza dei secoli passati, almeno due elementi sicuri di utilità.

Uno relativo al diritto comune come grande fatto di *unità culturale e spirituale* del sapere giuridico europeo ⁽²⁶⁾, nelle sue varie e complementari forme di razionalità, di cui s'è detto sopra.

L'altro relativo alla concezione dell'*ordinamento giuridico aperto*, dal lato delle sue fonti, ovvero in rapporto di comunicazione, da parte dei suoi giuristi, con gli altri ordinamenti e i loro giuristi ⁽²⁷⁾.

Invero, sia l'uno che l'altro di tali elementi puntano in una direzione ben precisa, e cioè: *il ruolo e la responsabilità della classe dei giuristi*, teorici e pratici, nella realizzazione e a garanzia di un fenomeno altamente complesso come quello dell'integrazione europea; in risposta a una maggiore uniformazione-armonizzazione nel campo del diritto (specie privato), non per imposizione dall'alto, ma per via di radicamento nel tessuto delle relazioni sociali.

Si tratta di un ruolo che appare quindi rivestire un'importanza determinante per l'effettiva realizzazione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia *senza frontiere interne*, che l'Unione si prefigge di offrire *ai suoi cittadini*: affinché questo spazio, destinato altrimenti a inaridirsi in un'opera di crescente desertificazione normativa comunitaria, che alla fine essiccherà ogni reale e convinto spirito di partecipazione dei cittadini alla costruzione europea, possa invece

⁽²⁶⁾ F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951.

⁽²⁷⁾ G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, Parte III (*Per un diritto comune europeo*), in specie Cap. 21.

dare alla cittadinanza dell'Unione, oltre che un valore politico-ideale, il più concreto significato di fattore e, insieme, di condizione della formazione di una società civile e di un diritto comune ai cittadini europei.

SIMONA C. SAGNOTTI
RAGIONANDO CON GIULIANI

Je n'aime le prisons d'aucune sorte. Où je ne suis pas libre je ne suis pas moi, je m'ennuie et j'ennuie (1).

Non amo le prigioni d'alcuna sorte. Quando non sono libero non sono me stesso. Mi annoio e annoio.

Mon métier est de semer des douts. Ce mot de Pierre Bayle contient toute une méthode e toute une morale. La vérité est tyrannique, le doute est libérateur (2).

Il mio mestiere è quello di seminare dubbi. Questo motto di Pierre Bayle contiene TUTTO un metodo e TUTTA una morale. La verità è tirannica, il dubbio liberatore.

Riflettendo su Giuliani, la mente mi è corsa ad un autore francese vissuto tra la seconda metà del XIX secolo e il principio del XX. Tal Remy de Gourmont (3), E se anche un breve intervento come questo può avere degli eserghi, due me ne permetto proprio da Gourmont.

Perché questi eserghi? Perché è così che immagino Giuliani. Un uomo, prima ancora che uno studioso, che non ama le prigioni. E per questo credo che rispettarlo e rispettarne gli studi ci imponga di non “imprigionarlo” nelle maglie di alcuna definizione. Non trovo,

(1) R. DE GOURMONT, *Le Problème du style*, Paris, *Mercur de France*, 1902, *Préface*, p. 7. Si ricorda che la rivista *Mercur de France* fu ri-fondata dallo stesso Gourmont nel 1889, insieme d un gruppo di amici.

(2) *Ibidem*, p. 8.

(3) Desidero ringraziare l'amico e collega Roberto Righi per avermi introdotto alla lettura di Remy de Gourmont. Più di un letterato, più di un critico letterario. Un Buon Maestro.

infatti, corretto, per esempio, sostenere che ci sia un Giuliani logico, cercando di giustificare questa tesi magari nel suo interesse per la retorica o la topica.

Non che Giuliani non conoscesse o minimizzasse l'apporto che la logica può dare alla conoscenza umana. Piuttosto ritengo corretto dire che Giuliani fu uno che la logica la studiò e, poi, la mise da parte. E la mise da parte perché, *osservando* i fenomeni giuridici, s'accorse che la logica non ci permette, *da sola*, di spiegare i fatti del diritto. Fatti che, *ragionando* con Giuliani, appunto, sono ben lungi dall'essere oggettivi, ben lungi dall'essere definibili, ben lungi dall'essere autonomi. Dall'osservazione — così come farebbe un biologo (sempre per citare Gourmont: “c'è più bisogno di biologi che [...]”) — dai fatti emerge, secondo Giuliani, che questioni di fatto e questioni di diritto, per esempio, si mescolano insieme dando vita a un intreccio inestricabile. Ancora che i fatti giuridici non sono mai statici. Il diritto vive di mutamenti: sociali, etici, economici... E il giudice sentenza in un procedimento dialettico al quale collaborano più attori.

Ma la dialettica di Giuliani non è la semplice dialettica del logico che giunge al verosimile attraverso induzioni, abduzioni, generalizzazioni, ecc.

Ça va sans dire, tanto meno attraverso deduzioni.

Questo è il contributo di Giuliani alla logica giuridica. Questa è la “sua” logica giuridica.

E la dialettica di Giuliani è attraversata da 1) Aristotele, 2) da Cicerone, 3) da Perelman, 4) dalla linguistica pragmatica. E, fondendo, spunti da queste fonti, Giuliani fonda la *sua* dialettica. Una dialettica che muove dagli *endoxa*, accoglie i *topoi*, riconosce l'importanza del *consenso*, il tutto in un contesto che non è astratto, generale o generalizzabile, sistematico o sistematizzabile, bensì *pragmatico*, nel senso proprio di *performativo*.

E, sempre, ragionando con Giuliani, ossia osservando come vanno le cose nel mondo — e non facendo ipotesi alle quali offriamo delle conferme, alle quali capita anche che adattiamo i fatti — ci si accorge che l'esito processuale, la sentenza, scaturisce da un *contraddittorio* nel quale il *dire* è un *contra-dire* delle parti, è un *fare* che è un *persuadere*. Ma non il persuadere della sofistica agnostica. Il persuadere della retorica di Aristotele e Cicerone. Il persuadere

sulla base di *endoxa* e *topoi* non privi di una tensione etica. Tensione etica che è — sottolineo — sempre in azione. Ed è perciò che una scienza sistematica nel diritto si scontra con la realtà. Come l'amico e collega Francesco Cerrone — al quale va il mio personale ringraziamento *anche* per questa bella iniziativa che ci vede oggi qui riuniti — ricordava, per Giuliani il diritto si occupa di questioni complesse e confuse, già sul piano linguistico. Ed è questa “confusione” od “oggettiva, connaturata e ineliminabile imperfezione” del diritto che deve spingerci alla *prudenza*, che è una virtù. Così ragiona Giuliani. Nessuna bacchetta magica. Nessuna regola universale. Nessuna costruzione di massimi sistemi. Nessuna teoria da imporre ai fatti. Ma attenzione, osservazione e coraggio. Anche il coraggio di dire che l'etica pratica, e nel suo specifico anche l'attività giuridica, è un mondo a sé. E non c'è sistema, né logica *calcolante* che possano spiegarlo o *piegarlo*. Ma — si badi bene — Giuliani non era neanche uno scettico e delle regole anche lui ci offre. Quelle del contraddittorio che sono “arcaiche”. In un recente lavoro, proprio sul contraddittorio, sotto la cura di Filippo Dinacci, come esergo ho scelto un passo dalle *Eumenidi* di Eschilo: “di due che siete, di una sola parte odo la voce”. Questa è la regola “fondamentale” dell'argomentazione giuliana. Quella del dire e del contraddire che non è però sempre “formalizzabile” secondo le regole della logica formale. Si potrebbe dire che Giuliani ragiona nel diritto al di là della logica. Non contro la logica o in maniera illogica, ma al di là della logica.

Ragionare sì, ma con *prudenza*, è l'insegnamento che io apprendo da Giuliani. In questo senso, illuminanti sono, soprattutto, le osservazioni del filosofo del diritto sulla dialettica. E, in particolare, su quella aristotelica. Distinguendo il metodo dialettico tanto da quello scientifico che da quello retorico, Giuliani, al contempo, coglie il fatto che ragionamento scientifico e ragionamento retorico possono avere un punto di contatto proprio in quello dialettico. Tanto che la dialettica si disvela ai suoi occhi — e a ragione, secondo chi scrive — come “intermedia tra la scienza e la eristica” (4).

(4) A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 7.

Avendo chiara la distinzione tra argomentazione e dimostrazione ⁽⁵⁾ già “perfetta” nell’*Etica nicomachea* di Aristotele — come lo stesso Giuliani ci ricorda — non sfugge all’autore di cui stiamo parlando il fatto che l’“opinabile” o il “verosimile” di Aristotele ha *in sé* — ontologicamente parlando — una tensione etica che, precedendo la moderna separazione tra il mondo dell’essere e del dover essere, fa sì che non vi sia incomunicabilità tra scienza della natura e scienza normativa ⁽⁶⁾.

A queste conclusioni — così da me sinteticamente riassunte, Giuliani perviene attraverso un ammirevole studio del *linguaggio ordinario*. “L’uso [...] del linguaggio” — scrive Giuliani — “appare”, infatti quale “garanzia di non arbitrarietà” ⁽⁷⁾, nel senso che Giuliani coglie il primigenio — potremmo dire — carattere *performativo* del linguaggio stesso. Infatti “il linguaggio ordinario è testimonianza di un accordo” sì che si possa sostenere che il dire, nella sua più generale *essenza*, è un *pattuire*. Ovviamente, non un pattuire qualunque cosa. Correttamente, si pattuisce solo quello che ha “a proprio fondamento una presunzione di verità” ⁽⁸⁾. Le opinioni comuni sulle quali si fonda il ragionamento dialettico sono, già in Aristotele, non scisse dalla “natura delle cose”. E ciò nel senso che “il confronto delle opinioni”, che è alla base della dialettica, rappresenta l’“elemento costitutivo del significato delle parole” ⁽⁹⁾. Il punto di partenza aristotelico, scelto da Giuliani, non è, però — si deve fare attenzione — un punto di vista oggettivo o assoluto. Diversamente, e in maniera *ermeneuticamente* e, finanche, *filologicamente* condivisibile, per Giuliani, Aristotele è — si potrebbe dire — il filosofo della ricerca. Ed è a questo modello filosofico che l’intero pensiero giuliano si ispira. Adolfo Giuliani, nel suo intervento a questo convegno, sottolinea — a buona ragione — il fatto che il padre abbia scelto o selezionato *tra le righe* di Aristotele, spesso, passi meno frequentati dagli studiosi. Cogliendone spunti sui quali, di fatto, c’era ancora molto da dire. L’“altro Aristotele” —

⁽⁵⁾ *Ibidem*, pp.7-8.

⁽⁶⁾ *Ibidem*, pp. 9 e ss.

⁽⁷⁾ *Ibidem*, p. 8.

⁽⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁾ *Ibidem*, p. 9.

recita, in proposito, Adolfo Giuliani. Ed in questo senso Alessandro Giuliani è degno erede di Aristotele. Facendo riecheggiare, ancor oggi, parole (*ossia pensieri*) che altrimenti rischieremmo di dimenticare. Mirando a quella “originalità” ⁽¹⁰⁾ cui lo stesso Aristotele tendeva.

E ben si spiega — e solo in un tal quadro di sfondo si spiega — l'*interpretazione dialettica, anziché sistematica*, della teoria della giustizia di Aristotele di cui Giuliani si fa vivo sostenitore. Non meno, si rivendica alla filosofia del diritto proprio questo compito, ossia quello di concentrarsi “sull’aspetto problematico, controversiale della speculazione aristotelica” e ciò “dalla metafisica alla politica” ⁽¹¹⁾. Ed è importante, a mio modesto ma convinto giudizio, quest’ultima precisazione, quella riguardante il fatto che la problematicità è carattere pregnante non solo della teoria della giustizia dello Stagirita, ma di tutto il suo pensiero filosofico. E ciò perché — ha colto a ragione Alessandro Giuliani — questa problematicità è logica conseguenza di una scelta legata al metodo. E il metodo (o i metodi, ovviamente) abbraccia tutta la speculazione aristotelica, così che problematico è l’Aristotele della metafisica del pari, appunto, di quello della politica. E questo aspetto problematico o controversiale altro non è che la naturale dialetticità del modo di ragionare di Aristotele. Così che Giuliani, rifiutando l’Aristotele sistematico, abbraccia quello dialettico ⁽¹²⁾. Ed è da questa interpretazione del pensiero aristotelico, ed è dall’adesione a quel *metodo* dialettico, nel senso appena detto di *a-risolutivo* e problematico, che Giuliani prende le mosse per affrontare i temi più specifici della filosofia del diritto, dagli studi sulla prova a quelli sui rapporti tra diritto, giustizia ed economia. Convinto — e anche qui non posso che sentirmi in piena sintonia con lui — che la speculazione aristotelica è una speculazione in sé filosofico-giuridica ⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*, p. 21.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, p. 33.

⁽¹²⁾ *Ibidem*.

⁽¹³⁾ *Ibidem*, p. 19 e ss. Mi scuso se, a questo proposito, la nota può apparire lacunosa, limitandomi ad aggiungere che, in tal senso forse troppi sarebbero i riferimenti da fare. E ciò perché è questa una profonda, e perciò diffusa nei suoi scritti, convinzione di Giuliani.

E questo è ben visibile, giusto a titolo esemplare, nei suoi studi sulla prova in cui l'autore propone di sciogliere la tradizione contrapposizione tra giudizio di diritto e giudizio di fatto in un giudizio dialettico. Giudizio fondato sulla prova c.d. "retorica" che ha la funzione di superare il "dogmatismo dell'evidenza" che escluderebbe "il contraddittorio e che, al contempo, sia in grado "di servirsi [...] senza esserne asservita" anche della conoscenza logico-scientifica (14).

Il ruolo che gioca la logica nel pensiero filosofico-giuridico di Giuliani è diversificato, peraltro, a seconda che si faccia riferimento alla logica argomentativa ovvero a quella dimostrativa. La prima, quella argomentativa, è fondante e costitutiva l'intero ragionamento giudiziario; la seconda, quella dimostrativa, altro non è che uno dei molteplici strumenti di cui può usufruire il giurista, il giudice come le parti. Distinguendo in proposito l'*argumentum* dalla *ratio* o dall'*experimentum*. È ovvio che in un processo è possibile dimostrare, attraverso ragionamenti o esperimenti scientifici, ma non tutto il processo è riducibile a una dimostrazione come alla prova o alla confutazione di un esperimento da laboratorio. Il processo, nell'ottica di Giuliani, è frutto, in sintesi, di un ragionamento dialettico-argomentativo, all'interno del quale alcune delle premesse possono essere *anche* frutto di dimostrazioni. Come lui stesso scrive: "Il giudice — come l'avvocato — non deve ignorare le prove della logica, della scienza, dell'esperienza: ma nella consapevolezza dei limiti, e dei rischi, connessi all'utilizzazione di quella conoscenza nella concreta situazione argomentativa" (15).

L'affermazione dell'argomentatività del processo, sin nella sua "perfezione" in una sentenza — nella sua motivazione ovviamente — non è essa stessa una mera questione logica, per Giuliani, ma anche, esplicitamente, etica.

Di fatti, come mi ricordava Domenico Corradini Broussard in un veloce scambio epistolare, "ci sono fatti davvero accaduti, ma di cui non c'è prova. E questi fatti, in giudizio, è come se non fossero mai accaduti".

(14) Quaderni CSM, n. 98.

(15) *Ibidem*.

Per questo bisogna temere la verità. Tirannica. E scegliere il dubbio, che è liberatore e orienta l'uomo prudente.

Rileggendo un ricordo di Nicola Picardi del 1997, a breve distanza dalla scomparsa di Giuliani, rinvengo una citazione: “la storia continua (da George Duby, *L'histoire continue*)”. Sarà una coincidenza. Ma io sono nata proprio nell'anno della pubblicazione del lavoro di Giuliani sulla prova: il 1961. Ed io non sono ormai più tra i giovani. Ma non taccio il fatto che gli studenti, i laureandi, ai quali do da leggere Giuliani me lo restituiscono con grande entusiasmo. E allora la domanda è: ci ha annoiato Giuliani? Domanda retorica, evidentemente. La nostra presenza, così numerosa e, se posso permettermi, commossa, oggi qui a distanza di più di un decennio è la risposta. No. Non ci ha annoiato. Né si è annoiato. Perché ha eluso tutte le prigioni, tutte le catene, anche quelle che l'idolatria della verità porta con sé. E attenzione al verosimile. Nel saggio introduttivo al *Trattato sulla Prova penale* diretto da Alfredo Gaito per la UTET, scrivo che il verosimile è sempre preferibile al falsosimile, ma — ho chiaro con Giuliani — anche che il verosimile quando ha pretese eccessive è da temere. E prudenza vuole che all'assolutismo della verità non si sostituisca quello del verosimile! E capita che ciò che si dice “ragionevole” sia preferibile a ciò che diciamo “razionale”.

BRUNO SASSANI

ALESSANDRO GIULIANI E LA FILOSOFIA DELLA
NON-FILOSOFIA (*JURISPRUDENCE RESTS
NOT ON PURE REASON*)

In quella struggente testimonianza della cerimonia per il *fuori ruolo* di Alessandro Giuliani, che è il volumetto “*Per Alessandro Giuliani*” spicca un saggio di Letizia Gianformaggio, intitolato “*Elogio di un filosofo continentale pronunciato da una analitica*”. E vorrei partire da questo titolo per dire quel che posso dire di Alessandro Giuliani, prima mio professore, poi mio maestro, in fine mio paterno amico. Naturalmente senza alcuna intenzione polemica nei confronti della compianta studiosa che ha scritto cose molto belle.

Giuliani un continentale? L’idea di un “continentale” contrapposto ad un “analitico” è quella di un signore che vorrebbe sistemare le cose (e che mette le parole al servizio di questo fine) ma che, credendo di sistemare cose si fa volentieri ingannare dalle parole. Si tratta comunque di un tipo che non cammina senza appoggiarsi al bastone di un sistema, al più — per gli eclettici — cambiando bastone a seconda del percorso che deve percorrere, e così scivolando di sistema in sistema secondo utilità. Alessandro Giuliani apparteneva a questa categoria? Chi lo ha conosciuto nell’incalzare delle sue domande, ha difficoltà a riconoscerlo in una tale veste, perché ben sa che in lui le risposte erano provvisori punti d’appoggio e si trasformavano subito in nuove domande.

Ma possiamo pensare a Giuliani come ad un analitico? Tanto meno. A me la parola *analitico* fa venire in mente la storiella che una volta ho letto in Bertrand Russell (non ricordo dove) a proposito del tizio che, essendosi perso, chiede la strada per la località X e, ricevendo dal suo acuto interlocutore la richiesta di una maggiore precisione (“*per andarci di giorno o nelle ore notturne, a piedi o in macchina, per il percorso più breve o per quello panoramico?*”), e così

via), è costretto dal fuoco delle controdomande ad affinare a mano a mano il quesito ma che alla fine, dopo tanta analisi e tante precisazioni, si sente rispondere: *non lo so*. In Giuliani non v'era spazio per la ricerca nichilistica, per la *ars gratia artis*, e in questo si ritrovava, secondo me, lo spirito del giurista, il giurista che porta la responsabilità della scelta. Chi lo ha conosciuto sa che una delle sue frasi era "*clarity is not enough*": la chiarezza è un bene in sé, ma comporta il rischio della fallacia *secundum quid et simpliciter*, cioè dell'artificiale riduzione del problema reale ad un problema formale, formalizzato appunto in funzione della sua risolvibilità *more mathematico*. Fondamentalmente la stessa convinzione che, in un contesto diverso, avrei ritrovato anni dopo in De Finetti che la esprime come "*molto meglio una risposta approssimata alla vera questione che spesso è vaga, piuttosto che una risposta esatta a una questione falsata che può essere resa precisa*".

Alessandro Giuliani non è un filosofo con un sistema e contemporaneamente non è un filosofo che si limita a chiarire le scelte possibili. In realtà per Giuliani era ambigua l'espressione stessa filosofia del diritto. Amava raccontare che quando si era per la prima volta presentato al concorso a cattedra, illustri commissari avevano scritto: "*Interessante, ma questa non è filosofia del diritto*". Facile ironizzare oggi a distanza di decenni, ma in un certo senso quei signori avevano ragione. Giuliani non ricostruiva la storia dei classici problemi giuridico-filosofici, non spiegava agli ignari il *quid ius*, non faceva sistemica, non costruiva e decostruiva *dottrine pure*, non strizzava l'occhio alla sociologia politica, insomma non indossava alcuno dei mantelli che ammettevano all'epoca uno studioso a fregiarsi del titolo di "filosofo del diritto". In più, nessuno avrebbe potuto classificarlo come idealista, o come marxista, cattolico, esistenzialista, strutturalista e così via. E non rientrava neppure nella genia (allora abbastanza nuova, nella nostra accademia) dei cultori dell'analisi del linguaggio, perché il suo peccato originale aveva sì a che fare con il linguaggio ma in una maniera del tutto nuova per una "filosofia del diritto" poco filosoficamente *impreparata* ai cambi di prospettiva.

Una pallida analogia con l'analisi del linguaggio si trova nella *nouvelle rhétorique* che Giuliani (legato anche spiritualmente a Chaïm Perelman) meditò e portò all'attenzione della cultura giuri-

dica italiana. Centrale in essa è il problema del linguaggio, delle sue fallacie, delle trappole. Nei fori non si esercita la logica formale, non vince chi è più rigoroso ma chi, nello scontro degli interessi, sa convincere prima e meglio. Nella situazione di conflitto la logica formale è un'arma come altre, e neppure la più potente. Nei fori non si fa scienza e l'utopia della "scienza del diritto" si tocca con mano: le parti lottano con tecniche argomentative cariche di valori e di disvalori, quei valori e disvalori che compongono la lotta tra il diritto e il torto, e le regole tornano ad essere quelle antiche della *quaestio* (della sua *positio*, del suo *status*), del corretto contraddittorio, ma anche delle capacità intellettuali e caratteriali delle parti, e della capacità del giudice di impedire abusi e di penetrare nella sostanza della controversia.

La presunzione storica dei padri dei sistemi è quella di aver relegato il conflitto alla patologia del divenire giuridico. Ma la situazione di conflitto è fisiologica nel mondo del diritto: l'utopia del sistema dove tutto è pre-regolato (tutto è già accaduto in prospettiva) è rivelata proprio dal fatto che il suo cuore, il *Tatbestand*, troneggia luminoso nella norma ma nel conflitto se ne ritrova l'ombra esangue. Perché la fattispecie invocata è negata, sminuita, fraintesa e la *ars disputandi* si risolve nella lotta per la sua rilevanza. Con il ritorno prepotente della ragion pratica della controversia e del catalogo antico degli argomenti per prevalere, comprensivo del complementare catalogo delle fallacie e dei sofismi.

Si fa una certa fatica a inquadrare Giuliani come filosofo. Anche facendo la debita tara degli scarti di significato della parola, resta sempre un'eccedenza, un residuo di pensiero a cui l'etichetta non riesce ad incollarsi. Ho sempre pensato che egli esemplificava la figura del *giurista universale*. Una figura ideale, che possiamo solo immaginare in opposizione alla figura evocata dal termine *giurista* che ci fa pensare a qualcuno calato in un sistema delimitato nel tempo e nello spazio. Nel progressivo universalizzarsi delle scienze forse solo il diritto offre un tale camicia di forza: il giurista, pratico o teorico, è l'officiante di un organismo di regole vigenti, dove la vigenza è una mera convenzione (non universale e illusoriamente duratura) perché è legata ad un potere non solo localizzato ma anche colto in un suo momento particolare. È, questa, la forza dell'idea del giurista c.d. positivo, figura evidentemente condizionata dall'appar-

tenenza ad un ordinamento doppiamente circoscritto nello spazio e nel tempo, e compressa dalle finalità di ragion pratica imposte da tale appartenenza. Fortunatamente però qualche spirito superiore può ancora essere giurista *tout court*. Ad Alessandro Giuliani era costituzionalmente estraneo quello che è l'assioma stesso del moderno interprete della legge: l'obbligo di muoversi all'interno di un insieme dato di regole di riconoscimento, eventualmente criticabili ma, per definizione, *incontournables*. E Giuliani giurista lo era nel profondo, perché riassumeva in sé i caratteri costitutivi dell'esperienza giuridica, quei caratteri senza i quali nessuno potrebbe aspirare a pensare *more juridico*.

Giurista universale Alessandro Giuliani lo è stato a pieno titolo per aver dialogato incessantemente con il processualista italiano e con il costituzionalista austriaco, con il civilista spagnolo e con il *lawyer* di *common law* (avvocato inglese o giudice statunitense). E per aver interrogato incessantemente i maestri del diritto delle generazioni precedenti senza finalità astrattamente ricostruttive (o peggio, classificatorie) ma per dare fondamenta alla comprensione del presente e all'organizzazione del futuro.

C'è però una cosa che ricollega prepotentemente Giuliani alla filosofia: per lui il diritto assurge a modello stesso del dibattito filosofico, sicché attraverso esso si pratica (consapevolmente o no) *una disciplina filosofica*. La filosofia rientra prepotentemente dalla finestra ma è una filosofia che nel frattempo ha perduto la sua aura di pensiero astratto, depurato dal mondo come da una scoria, e si è nutrita degli elementi di umanità propri del diritto.

L'aspetto veramente peculiare di Alessandro Giuliani non è aver dedicato la sua vita alla ricerca, cosa comune a molti grandi spiriti, ma di non aver mai spezzato il filo dell'unica ricerca che per lui valesse la pena compiere. Quella della comprensione dell'esperienza giuridica al di là delle sue forme contingenti, una comprensione che non era mai la dimostrazione di una tesi ma lo svelamento di quello che la superficie non rivelava, cioè di quello che effettivamente contava. Dall'energia di questa ricerca egli era letteralmente posseduto: il suo istinto gli faceva continuamente sospettare che cose tra loro distanti ed eterogenee corresse un filo e la sua mente si allargava continuamente ad indagare ceppi comuni e reciproci influssi. Si allargava di conseguenza anche il perimetro dell'indagine e così

rampollavano nuovi e inaspettati filoni di ricerca che egli — privo di ogni gelosia e personalismo — affidava a chiunque avesse la volontà di contribuire (compiendo talvolta peccati di ingenuità nei confronti di interlocutori intellettualmente, o spiritualmente, non all'altezza). Così egli è stato l'ispiratore e, assieme a Nicola Picardi, il motore delle grandi ricerche collettive che per alcuni decenni hanno coinvolto le migliori menti del giure contemporaneo: quella sull'educazione giuridica e quella sulla formazione del giudice.

La sua innata avversione agli impianti asseverativi gli impediva — complice la profonda influenza della sua parentesi scozzese di studi — di pensare in termini rigidamente affermativi, preferendo sempre ragionare in termini di *migliore probabilità*; in questo gli faceva da guida la feconda tecnica delle *rules of exclusion* proprie dello spirito scettico e pratico dei filosofi insulari e dei giuristi di *common law*. Da questo punto di vista egli era una straordinaria eccezione nell'università degli spiriti comuni, che vuole che chi intraprende una ricerca, la pratichi per un tempo dato (più o meno lungo), dia conto dei suoi risultati a mo' di conclusione, per poi sostituirla (se tutto va bene, e se non si tirano i remi in barca) con un diverso oggetto. Per Giuliani le cose stavano diversamente, poiché la sua era *la ricerca infinita*, il divenire progressivo della conoscenza che non permette a chi intraprende il cammino di vedere la meta finale. Il tracciato si ramifica perché la curiosità e l'insoddisfazione del ricercatore non vanno in linea retta: chi vuole procedere a tutti i costi su una retta viola la legge della complessità del mondo e riduce tutto ad un gioco d'intelligenza. Compie un abuso e la sua punizione è la sterilità del risultato.

L'idea dell'abuso è una costante in Giuliani: l'abuso è la ricorrente tentazione dell'animo umano e le teorie diventano giochi intellettuali — di esse si abusa — senza l'aiuto ed il freno della saggezza, che è la conoscenza temperata dal senso del giusto e dei limiti della volontà. Il diritto è la saggezza dell'umanità ma è l'interrogazione continua che facciamo dei grandi filosofi che ci avvia ad una comprensione non meramente occasionale e contingente. È infatti proprio dei grandi filosofi del passato — in testa l'amato Aristotele — non essersi accontentati di riflettere sulla *ragion pura* ma avere invece indagato la predisposizione all'errore dell'animo umano; non solo l'errore pratico ma anche quello teoretico può

dipendere dall'inganno dei sensi e spesso dalle passioni, dalle debolezze, dall'inganno della volontà ovvero dalla volontà di ingannare. Di qui la presenza viva e costante, nella riflessione giuliana, degli *Elenchi sofistici* di Aristotele e, con essi, della importanza, per il giurista impegnato nell'agone, di non confondere dialettica e sofistica. La sofistica è abuso, abuso logico ma ancor prima abuso morale, frutto e matrice dell'ingiusto, e il giurista di Giuliani — che non si riconosce nei sistemi ed è impegnato di ragion pratica — deve tuttavia agire sapendo che il rischio incombente della dialettica è il suo scivolare nella sofistica.

Nel suo laconico *Commiato* Giuliani ricorda “*mio padre, che era magistrato, e dal quale ho appreso il senso della giustizia*”. È una confessione che spiega bene quel che è stato. Il “senso della giustizia”, trasmesso da chi da esso era stato animato, è penetrato nella ricerca e l'ha dominata impedendo ogni tentazione di abusarne: prima di appartenere alla logica, l'errore appartiene alla dimensione morale. E questo purtroppo mostrano di non aver compreso quei critici di Giuliani che, ingannati dalle proprie predisposizioni culturali e mossi solo dalla ricerca di conferme, hanno disegnato (e disdegnato) la sua speculazione una *théorie de la plaidoirie*, come *l'arte di avere ragione* propria dell'avvocato (cioè di chi mira a prevalere anche attraverso l'induzione all'errore degli altri), riduttivamente ignorando la figura del giudice (cioè a chi deve depurare dall'errore gli argomenti offerti per decidere). Grave fraintendimento che ho discusso e cercato di confutare in *Alessandro Giuliani o la civiltà del diritto* (mio contributo al citato *Per Alessandro Giuliani*: se vuole, il paziente lettore può leggere lì qualcosa di più pag. 96 ss.); qui mi limito a riportare il passo in cui scrivevo «Alessandro Giuliani ha costantemente messo in guardia dalla tendenza di pensare alla dialettica come alla legittimazione dell'errore, al ragionamento persuasivo “costi quel che costi”. Poiché la dimensione dialettica è invece dominata dalla preoccupazione dell'errore, preoccupazione che dà alla ricerca un carattere fortemente selettivo. Certe vie sono impercorribili, e proprio lo studio della sofistica ci porta nel campo dei divieti logici e perciò stesso della responsabilità morale: “Il valore logico della verità non è indipendente dal suo valore assiologico, l'argomento falso è anche ingiusto e viceversa: il sofista

non solo utilizza argomenti falsi, ma anche viola i principi dell'uguaglianza e della giustizia» ».

Voglio ora dire alcune cose da studioso del processo e della giurisdizione. Trascurabile in sé, la mia vicenda è però emblematica del modo in cui Giuliani intendeva il rapporto con chi gli si avvicinava. Non mi sarei dedicato alla procedura se non mi avesse spinto a studiarla e, per questo, non fossi stato da lui affidato alla sensibilità di Nicola Picardi, che all'epoca manifestava già le sue inclinazioni di storico tanto delle idee quanto delle istituzioni processuali. Un altro professore di filosofia del diritto mi avrebbe probabilmente messo a studiare Kelsen, ovvero Croce, Santi Romano, Bentham, l'illuminismo, l'ideologia della rivoluzione e via dicendo (in fondo era questo che mi aspettavo). Giuliani però riteneva che per aver voce nel territorio della *Jurisprudence* occorresse prima munirsi di un'esperienza giuridica: il giovane doveva cioè dapprima calarsi negli istituti, verificarne i meccanismi, studiarne la storia, aprirsi alla suggestione dei raffronti. Considerato nella sua prospettiva, il termine "istituto giuridico" è però ambiguo, trattandosi non di ciò che il sistema adottato ufficialmente in un dato ordinamento chiama *istituto*, ma piuttosto di un nucleo logico che trascende le sue configurazioni contingenti. Compito dello studioso era scoprire questa aristotelica *entelecheia* (forma ed energia ad un tempo) attraverso una comparazione tridimensionale di cui, al più, potevano indicarsi i punti di partenza, ma non gli sviluppi. E qui entriamo nella *communis opinio* per cui Giuliani dava un ruolo fondamentale alla comparazione. In realtà quella di Giuliani non era comparazione nel senso ordinario del termine, perché la ricerca in senso orizzontale era integrata non solo da una ricerca in senso verticale, ma anche dalla considerazione di quanto le ricostruzioni dei giuristi fossero spesso la riorganizzazione *ad hoc* di *topoi* propri della speculazione teoretica, metafisica, logica e teologica. Ad un tempo Giuliani rovesciava l'idea tradizionale di ordinamento, dato che lo studioso ha l'onere di dover pensare all'ordinamento come ad un intero di cui i singoli ordinamenti locali, fotografati in un dato momento storico, sono solo frammenti che il ricercatore deve ricucire se vuol comprendere.

Ma non si comprende Giuliani se non se ne considera la propensione all'indagine storica (confermata anche dall'insegnamento che egli tenne di Storia del diritto italiano). Storia intrecciata

delle idee, degli autori e delle istituzioni alla ricerca della dimensione collettiva del diritto. Anche questo credo che Giuliani volle esprimere nel suo *Commiato* quando, al ricordo del padre, associò quello dei “*miei maestri: Riccardo Orestano, Chaim Perelman e Michel Villey*”. Un romanista, un matematico divenuto teorico dell'argomentazione, un filosofo del diritto, tutti caratterizzati dal rifiuto della speculazione “pura” a favore della ricerca storica, del ripiegamento sulle fonti attraverso cui il pensiero si libera della gabbia in cui si imprigiona muovendosi all'interno di una struttura chiusa. Tre maestri accomunati dallo scetticismo per i sistemi, per i *traguardi*, per le soluzioni definitive.

Giuliani ha riflettuto e scritto molto su molti temi (tecnica della legislazione, gerarchia delle fonti, successione delle leggi, ordine economico, nascita e trionfo della burocrazia ecc.) ma il cuore del suo pensiero (la goethiana *pianta primordiale*) è sempre stata la controversia. La controversia — e quindi il processo — è l'incarnazione dell'esperienza giuridica, anzi è la metafora dell'avventura della conoscenza nelle c.d. scienze sociali. Parlare di logica giuridica ha un senso solo in situazione di conflitto: il diritto nasce per regolare il conflitto, ma le sue soluzioni sono illusoriamente predeterminate. Di qui l'educazione alla controversia; di qui la critica del “Diritto processuale” continentale ritagliato sulla pandettistica di Diritto civile, e dell'equivocità della stessa massima della sua strumentalità al diritto sostanziale, bussola preziosamente semplificatrice, ma che, interpretata in maniera rigida crea l'illusione che le soluzioni siano inevitabili in quanto già scritte. È però la stessa osservazione del diritto processuale che si incarica di smentire quest'illusione: la disciplina del processo è irta di preclusioni, divieti, decadenze, limiti probatori, limiti ai poteri del giudice, limiti alle impugnazioni delle parti: tutto congiura a dire che la strumentalità al diritto sostanziale è anch'essa una regola in negativo. L'accordo sulle regole non esclude (sconta piuttosto) il conflitto nel momento dell'applicazione al caso, che avviene in una situazione controversiale, apre il conflitto tra regole. Il sistema è un antidoto inadeguato (di qui le etichette di “critico della modernità”) quando ad esso ci si affida con la presunzione di estrarne soluzioni predeterminate. Questo non significa però avversione all'accordo sulle regole: ancora una volta l'approccio di Giuliani è critico, problematico. Svelare l'illusione della certezza, non significa arrendersi all'irrazionale; significa solo che questo irrazionale non lo si può esorcizzare ignorandolo

in costruzioni pure, fughe dalla ragion pratica. Compito del giudice è di organizzare la controversia nella complessità delle sue alternative: “*minore è l'interesse verso il momento della soluzione*”, scrive Giuliani, ma questo vuol dire solo che l'ambito dell'irrazionale può essere ridotto, non può essere eliminato: l'eliminazione è illusoria, la sua riduzione è l'impegnativo compito che spetta al giudice.

Per entrare in sintonia con il pensiero di Giuliani, bisognava disimparare molte cose di quel che si sapeva (o si credeva di sapere). Per chi come me era immerso nello studio della procedura continentale, occorreva perdere la fede nella preesistenza della soluzione (comunque sempre già scritta, o contenuta nel sistema) una soluzione che l'organizzazione della controversia ha il limitato compito di trovare. L'impostazione classica dei nostri studi di giurisprudenza, tutti ancora saldamente fondati sui dogmi di un positivismo giuridico post-ottocentesco, cioè sullo studio ricognitivo delle leggi seguito dalla loro organizzazione sistematica, si rivelava, in quegli anni, singolarmente inadeguata di fronte alla necessità di comprendere la nuova dimensione della giurisdizione, in un momento in cui la magistratura italiana esprimeva la nascente consapevolezza di sé, dividendosi proprio sulla posizione del giudice nell'ordinamento e nella società: basti ricordare i primi scontri tra le posizioni conservatrici e i fautori dell'*uso alternativo del diritto*, le prime in nome della *fedeltà alla legge*, i secondi della *fedeltà alla costituzione*. Smentendo chi lo considerava chiuso nell'astrazione speculativa del suo *buen retiro* perugino, Giuliani misurò prima di tutti la portata del dibattito; egli vide subito i limiti dell'impostazione in termini di contesa ideologica: la crosta terminologica delle ideologie correnti celava due grandi problemi del diritto contemporaneo, da un lato il problema della formazione del giurista e dall'altro il problema della funzione del giudice al confronto con la complessità delle dimensioni nazionali, sovranazionali e transnazionali. Il primo rinviava al tema della trasmissione della conoscenza, cioè della educazione giuridica; il secondo al tema (altrettanto negletto) della responsabilità del giudice. Queste idee, in seguito divenute moneta corrente, agli inizi degli anni settanta erano solo le intuizioni di una mente che, attenta al contingente, lo trascendeva tuttavia in una ampia visione storica e prospettica.

I due temi erano solo artificialmente separabili, e furono svolti in maniera distinta per esigenze organizzative, di semplificazione comunicativa ed economiche (bisognava tenere conto delle esigenze burocratiche del socio finanziatore: il CNR). Assieme a Nicola Picardi il filone dell'*Educazione giuridica* e quello della *Responsabilità del giudice* marciarono però insieme, per un quarto di secolo, in una irrecuperabile temperie di ricerca e scoperta collettiva, internazionale, interdisciplinare e (cosa non da poco in Facoltà un po' *panachées* come le Facoltà di diritto dell'epoca) intergenerazionale. Ripensare l'educazione giuridica non significava rimettere in discussione solo i metodi di insegnamento ma anche il contenuto stesso di tale conoscenza. E pensare il tema della responsabilità del giudice significava superare una carenza culturale di fondo, adagiata sulle formule della distribuzione dei poteri e della separazione concettuale delle funzioni. Significava ripartire, ancora una volta, dalla formazione di quel giurista per antonomasia che è il giudice, ma aggiungendo ad essa l'analisi delle tentazioni che si andavano evidenziando nel corpo giudiziario, a partire dalla scissione schizofrenica tra la tendenza alla burocratizzazione e quella al protagonismo interventistico. Oggi ci rendiamo conto di cosa significhi il giudice-burocrate, ma tale immagine, con la sua discendenza diretta dalla figura del giudice-funziionario immaginato (e voluto) dai codificatori ottocenteschi, era presente agli occhi aguzzi di Alessandro Giuliani quando gli altri guardavano ma poco o nulla percepivano. E questo vale anche per il recupero del dibattito sulla funzione delle Corti supreme, nazionali e supernazionali: anche qui le intuizioni di Giuliani avrebbero anticipato un tema venuto alla moda nei decenni successivi.

Cosa resta di Alessandro Giuliani a tredici anni dalla sua scomparsa? Un insegnamento luminoso, in cui il piano morale e quello conoscitivo si fondono. La ricerca come fine e luce della vita dello studioso, la curiosità insaziabile e multidirezionale, l'orgogliosa umiltà di chi vede nei risultati raggiunti non il punto d'arrivo ma una tappa intermedia, sapendo di entrare così in sintonia con il flusso antico del sapere collettivo. E il ripudio della vita universitaria quale campo di astuzie, tattiche, intrighi; il ripudio insomma di quel ginepraio di mondanità e vanagloria, passerella per gli spiriti vacui dalla cui tentazione la sua voce ci trattiene.

ALBERTO VESPAZIANI

ALESSANDRO GIULIANI INTERPRETE
DEL BENTHAMISMO E DEL REALISMO

1. La ricostruzione del nesso benthamismo-realismo. — 2. Le imperdonabili colpe del realismo giuridico statunitense secondo Giuliani. — 3. Quale dei tanti realismi? La distinzione tra relativismo epistemologico e relativismo etico in alcuni realisti. — 4. Le acquisizioni fondamentali del realismo giuridico americano e la sua controversa eredità.

Nel 1958 Alessandro Giuliani pubblica un densissimo articolo dal titolo “Dal positivismo ‘benthamiano’ al realismo giuridico” ⁽¹⁾ in cui ripercorre la ricezione delle idee benthamiane nella cultura giuridica statunitense e ne mostra le connessioni con il movimento del realismo giuridico. Questo contributo tenta un dialogo con la ricostruzione giuliana, articolandosi in quattro parti: dapprima riassumo i principali argomenti avanzati da Giuliani circa il nesso che lega il benthamismo e la formazione del positivismo giuridico statunitense, quindi evidenzio le quattro colpe che Giuliani imputa al realismo americano, nella terza parte ricostruisco la distinzione tra relativismo epistemologico e relativismo etico nel pensiero di alcuni realisti, per concludere sottolineando tre acquisizioni fondamentali del realismo americano per la cultura giuridica.

La tesi di fondo che intendo sostenere è che nello scritto di Giuliani si evidenziano le intuizioni feconde e le contraddizioni di un giurista anti-formalista alle prese con la critica dell’anti-formalismo transatlantico.

(1) A. GIULIANI, *Dal positivismo “benthamiano” al realismo giuridico*, in F. ROSSILANDI (a cura di) *Il pensiero americano contemporaneo*, Milano, Edizioni Comunità, 1958, p. 117 ss.

1. *La ricostruzione del nesso benthamismo-realismo.*

Concepito come “una prima indagine intorno al processo di formazione del positivismo giuridico negli Stati Uniti” ⁽²⁾ il saggio si apre con alcune importantissime riflessioni metodologiche: innanzitutto Giuliani constata “la divergenza del vocabolario filosofico americano rispetto a quello europeo: i termini con cui uno studioso continentale è stato educato filosoficamente (idealismo, positivismo, realismo, etc.) non vengono impiegati nella stessa accezione, e pertanto rischiano di restargli irrimediabilmente incomprensibili” ⁽³⁾. Occorre quindi sgombrare il campo da una serie di equivoci: di cosa parliamo quando parliamo di positivismo, formalismo e realismo? Siamo sicuri che possiamo trasportare l'apparato concettuale del vocabolario giuridico europeo-continentale ed applicarlo alla cultura giuridica statunitense? O, piuttosto, lo studio storico-comparativo delle esperienze giuridiche ci deve condurre a cogliere le distinzioni irriducibili tra la “nostra” cultura giuridica e le culture “altre”, aprendo la strada ad una revisione del nostro apparato concettuale? È chiaro che per Giuliani lo studio comparativo del diritto non deve cadere nell'errore della proiezione — vale a dire nella applicazione della propria prospettiva ad una realtà “altra” — ma deve svolgere una funzione auto-critica, di riesame del proprio vocabolario filosofico al fine di giungere ad una conoscenza più approfondita della cultura in cui si è stati educati ed in cui si continua a vivere, riflettere e lavorare.

Nello studio del movimento del realismo giuridico americano Giuliani nota quindi che “non ci si trova dinanzi ad un pensiero unitario, bensì ad una varietà di correnti e di credi filosofici, fra cui non semplice è l'orientamento” ⁽⁴⁾; tuttavia il fenomeno del realismo negli Stati Uniti non nasce in un vuoto culturale, ma è preparato dall'ascesa del positivismo scientifico. Incidentalmente notiamo come il lemma positivismo assume dei diversi connotati: nell'esperienza giuridica europeo-continentale esso si associa al formalismo,

⁽²⁾ A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 129. Cfr. anche la nota 38 a p. 135 dove Giuliani rimanda ad un'opera dal titolo *Tradizione benthamiana e scienza politica negli Stati Uniti* (in corso di preparazione), che non verrà mai pubblicata.

⁽³⁾ A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 129.

⁽⁴⁾ A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 129.

nell'esperienza giuridica nordamericana esso si associa con la critica al formalismo della *common law*.

Giuliani distingue anche tra un positivismo europeo-continentale, che egli chiama hegeliano in quanto capace di riconoscere l'intima razionalità del diritto ed il nesso che lega l'essere al dover essere, ed un positivismo anglo-sassone, che egli chiama benthamiano, che riducendo il diritto al momento dell'effettività, perviene alla dissociazione dell'essere dal dover essere. Proprio il positivismo benthamiano, identificando il diritto con la sua determinazione giurisprudenziale, ha innescato negli Stati Uniti una trasformazione nel metodo d'insegnamento del diritto: "il *metodo del caso* [*case-method*] servì ad allontanare ancora di più e, potremmo dire, definitivamente, il diritto americano dal principio del precedente" (5). Il positivismo realista statunitense, così Giuliani, ha attaccato il principio della *rule of law*, ma così facendo, ha minato anche le basi concettuali per una difesa dell'autonomia dell'esperienza giuridica quale limite alla legislazione e all'arbitrio dei governanti: "il declino della *rule of law* nell'era contemporanea, sia in Inghilterra come in America, è legato al trionfo progressivo delle dottrine positivistiche e storicistiche, ed in definitiva alla *legislazione* e alla *riforma*: questa è la prova migliore della base giusnaturalistica della *rule of law*" (6). Insistendo sulla necessità di positivizzare il diritto mediante la legislazione, il realismo giuridico statunitense si è allontanato dalla concezione hayekiana, cui Giuliani guarda con favore, nonché dalla tradizione costituzionale delle origini, che Giuliani identifica con la visione antifederalista, ostile alla sovranità popolare ed in continuità con la tradizione britannica della difesa dei diritti naturali. Per quanto riguarda il primo aspetto Giuliani lamenta che "gli avversari della *rule of law* (dallo Hobbes al Bentham ai moderni realisti) non sembrano averne ben compresa la natura; approfittando di alcuni momenti di crisi, di fronte alla complessità di nuove situazioni sociali, essi si sono affrettati a vedere in essa solo un principio normativo, poco curando se al di sotto vi fosse una analisi dei valori permanenti e costitutivi della esperienza giuridica" (7). Per quanto riguarda il secondo aspetto, invece, Giuliani sostiene che "la

(5) A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 124.

(6) A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 126.

(7) A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 127.

rivoluzione americana ha una natura peculiare nei confronti delle rivoluzioni continentali, ed in particolare di quella francese: non rappresentò l'affermazione della volontà popolare, né i rivoluzionari (esseri umani come James Otis) presentarono la propria causa come quella del popolo contro i suoi governanti. Al contrario in America il parlamento era profondamente lontano dalle aspirazioni della massa popolare; la costituzione fu vista come un *bill of rights* incorporato in una costituzione scritta, in cui i diritti protetti, nella loro stragrande maggioranza, non erano che gli stessi diritti già protetti dalla *common law* e dalla *Magna Charta*" (8).

Mentre la concezione giusnaturalistica della *rule of law*, che Giuliani imputa ai padri fondatori, individuava fondamenti immutabili ed eterni ai diritti individuali, le visioni realistiche hanno ridotto il diritto a ciò che le corti dichiarano; in questo modo si vedono le origini benthamiane della giurisprudenzializzazione del diritto contemporaneo: "ma se guardiamo al resto della produzione giuridica del Bentham, non ci sarà difficile concludere che è anche benthamiano il motivo fondamentale di tutto il moderno realismo giuridico, cioè il rilievo dato al comportamento del giudice nella decisione, ossia a ciò che *fa* piuttosto a ciò che *dice*, alla *azione* piuttosto che alla *concettualizzazione*. « Le decisioni giudiziarie individuali — aveva già scritto infatti il Bentham — sono atti del giudice, sono atti di autorità. Ma le norme del diritto sono proposizioni generali; queste conclusioni generali sono derivate dagli atti individuali sopramenzionati ed a queste conclusioni si perviene da chiunque rifletta sull'argomento »; non esiste quindi un diritto indipendente dalle opinioni delle corti" (9).

Se le influenze dirette del pensiero di Bentham nella cultura statunitense furono piuttosto modeste, le sue idee permearono il movimento del realismo soprattutto per quanto riguarda l'impostazione positivista: "sebbene quindi in America non trovassero immediata fortuna gli aspetti strettamente giuridici del pensiero di Bentham (in particolare il rifiuto della teoria dei diritti naturali e la

(8) A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 128. *Contra* v. H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, Torino, Einaudi, 2006 e B. ACKERMAN, *We The People 1-Foundations*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1991.

(9) A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 130.

dottrina della sovranità), gli aspetti metodologici vennero facilmente assorbiti, insieme all'interesse per la riforma sociale e per la *felicità del maggior numero*, cui i primi erano intimamente connessi [...]. Sebbene un principio formale, la *felicità del maggior numero* è un principio oggettivo, che permette di prescindere dalle opinioni degli individui e della storia: è un modo di ricercare i principi al di fuori del diritto e della esperienza giuridica, subordinata ad altre esperienze. Il Bentham ha la profonda convinzione che esista la possibilità di quantificare i fenomeni del mondo umano e di compiere delle sperimentazioni. Sotto un tale profilo vi è nel suo pensiero una anticipazione del realismo giuridico che, insistendo oggi sulla necessità di ricercare una base oggettiva e scientifica per risolvere i problemi della società e della democrazia, disconosce la specificità della esperienza giuridica, riprendendo, senza una piena consapevolezza, i motivi del benthamismo. Non era stata forse la più grande ambizione del Bentham applicare il metodo scientifico alla legislazione, alla giurisprudenza ed alle altre scienze umane?" (10).

L'atteggiamento empirista del positivismo metodologico benthamiano è penetrato nella cultura giuridica statunitense con la riforma del metodo di insegnamento: da quando Langdell ha introdotto lo studio sistematico della giurisprudenza, il diritto delle corti è diventato sia il centro dell'educazione giuridica, sia l'unica forma di diritto riconosciuta: "la introduzione del *case-method* è stato il veicolo mediante il quale è penetrato in America il positivismo giuridico, mentre prima il diritto veniva concepito indipendente dalla volontà di qualcuno e indipendentemente dal riferimento a una fonte, ora invece è la fonte (ossia la corte) che dà valore al diritto. Come conseguenza, il diritto americano si è allontanato dai tradizionali principi della *common law*, assumendo una posizione intermedia fra quest'ultima ed i sistemi continentali codificati. Il principio che più ne ha sofferto è stato lo *stare decisis*, dato che si esclude quel fondamento storico di collegamento del passato col futuro, su cui è fondata tutta la teoria del precedente" (11).

(10) A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 133 e 134.

(11) A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 139.

2. *Le imperdonabili colpe del realismo giuridico statunitense secondo Giuliani.*

Rievocando con nostalgia la *rule of law* perduta, Giuliani non mostra alcuna simpatia per il successo ottenuto dal realismo americano, cui imputa quattro colpe fondamentali: innanzitutto esso ha provocato una “pericolosa sfiducia nel diritto e nei suoi valori” (12). Incapace di riflessione teorica, così Giuliani, il realismo ha finito per abdicare alla propria vocazione giuridica, finendo per sottomettersi alla scienza politica, alla statistica e all'economia. L'aspirazione dei realisti di congiungere lo studio del diritto con altre scienze sociali positive è condannata da Giuliani come una pulsione autodistruttiva: anziché venerare i principi immutabili della *rule of law*, i realisti hanno criticato il contenuto ideologico della *common law* invocando il ricorso a discipline extra-giuridiche. La tradizione politica conservatrice dello stato minimo che accorda la massima tutela al diritto di proprietà individuale e al diritto di libertà commerciale delle *corporations*, bersaglio della critica realista, viene difesa da Giuliani in nome della concezione ludica del diritto. Se i rapporti giuridici sono concepiti come dei giochi regolati dal *fair play*, e non come dei conflitti tra interessi sociali contrapposti, allora “lo stato, il monopolio, l'intervento legislativo, tutto ciò che vuole turbare questa situazione, umana e naturale, di incertezza e di rischio che dà valore alla vita, viene visto con sospetto e diffidenza. E ancor oggi, la lotta che in America si combatte contro gli eccessi della burocratizzazione e l'intervento, è la testimonianza della vitalità delle idee della *common law* e di una elevata tradizione giuridica” (13).

La seconda accusa che Giuliani muove al realismo americano è di avere ridotto il diritto a tecnica: abbandonando l'idea secondo cui lo studio del diritto del passato è di per sé un veicolo di valori inerenti al sistema giuridico, i realisti hanno preteso di misurare le regole giuridiche in base a criteri economici, statistici e funzionali. La conoscenza del diritto si è trasformata così da sapienza a tecnica, da fine a mezzo. Da un punto di vista realista, così Giuliani, il giurista si limita a scegliere tra le regole a disposizione quelle più consone al raggiun-

(12) A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 158.

(13) A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 127.

gimento dello scopo. In questo modo, ed ecco la terza colpa dei realisti, lo studio e l'applicazione del diritto hanno escluso il problema del dover essere. Gli scopi da perseguire non vengono considerati dalla prospettiva realista, bensì assunti come validi in sé; se il diritto è ciò che dichiarano le corti, allora non esistono dei criteri di giudizio indipendenti dalla giurisprudenza per valutare la giustizia delle decisioni dei giudici. Ciò che è finisce per essere totalmente indipendente da ciò che deve essere; l'unica funzione che il diritto assolve in una prospettiva realista, così Giuliani, è quella di servire gli scopi prefissati dall'economia, dalla società, dalla scienza positiva.

Concentrandosi esclusivamente sul momento della lite, e riducendo lo studio del diritto allo studio analitico della giurisprudenza, il realismo americano ha commesso la sua quarta colpa: esso ha perso di vista l'importanza del sistema. Mentre il positivismo continentale ha mantenuto l'impostazione hegeliana secondo cui realtà e razionalità coincidono, e dunque il diritto va studiato ed applicato positivamente in quanto intriso di valori, il realismo benthamiano statunitense ha abbandonato la prospettiva dello studio sistematico del diritto, contaminandolo con lo studio di altre scienze sociali. In questo senso, ma in un altro scritto, Giuliani giudica negativamente il formarsi delle correnti *Law and...*, ritenendo che in questo modo si è proceduto all'edificazione di una *Sophocracy*, di una tecnica argomentativa tutta tesa a reiterare le decisioni dei giudici, senza procedere né a valutazioni né a critiche del loro operato, distruggendo per lo più l'idea di una concezione della ragionevolezza e dell'equità⁽¹⁴⁾.

3. *Quale dei tanti realismi? La distinzione tra relativismo epistemologico e relativismo etico in alcuni realisti.*

Pur riconoscendo che il realismo giuridico americano non con-

(14) Cfr. A. GIULIANI, *Observations on Legal Education in Antiformalistic Trends*, in A. GIULIANI e N. PICARDI (a cura di), *L'educazione giuridica I: Modelli di Università e Progetti di riforma*, Libreria Universitaria, Perugia, 1975, p. 88: "The antiformalistic trends had good foresight in grasping the demands of contemporary legal education — an interdisciplinary approach and a practical training. In passing from nomocracy to sophocracy they have singled out one of the fundamental issues of our time. But, in our opinion, in so far as they have no faith in a logic of reasonableness, they have precluded any possibility of understanding the nature of legal controversy".

siste in un pensiero unitario, bensì in una varietà di correnti e di credo filosofici, Giuliani fornisce una rappresentazione del movimento privilegiando le posizioni di Llewellyn, del secondo Pound e del secondo Holmes. Identificando il realismo con quell'atteggiamento che lo considera essenzialmente una metodologia associata ad uno scetticismo riguardo i valori, Giuliani può accusare il realismo di aver trasformato l'analisi giuridica in una tecnologia strumentale destinata a sfociare nel nichilismo. La preferenza accordata alla concezione classica della *rule of law*, quella di Dicey e Hayek, e la riduzione del realismo al positivismo di Llewellyn sono indici della spoliticizzazione che Giuliani tenta di fare sia del realismo giuridico statunitense, sia dell'ortodossia classica della *common law*, che il realismo è riuscito con successo ad attaccare. Una ricostruzione più completa del pensiero e dell'azione dei giuristi associati al realismo mostra invece che essi erano politicamente motivati dalla necessità di riformare il diritto americano nel senso invocato dal movimento progressista antecedente alla prima guerra mondiale ⁽¹⁵⁾. Mentre l'atteggiamento di Llewellyn e del secondo Holmes autorizzano una stereotipizzazione della critica realista come una riduzione dell'analisi giuridica a tecnologia strumentale, la maggior parte dei realisti erano motivati da motivazioni di carattere politico che si ispiravano ai valori dell'eguaglianza, della giustizia sociale e alla necessità di mutare le categorie giuridiche della *rule of law*, che favorivano le grandi società per azioni e gli interessi proprietari a discapito dei diritti dei lavoratori e dei sindacati ⁽¹⁶⁾. Mentre il relativismo etico è un atteggiamento proprio solo di alcuni realisti, un atteggiamento di relativismo cognitivo, o di scetticismo rispetto alla possibilità di fornire una giustificazione razionale ai principi eterni e immutabili della *common law*, era comune a tutti i realisti. L'atmosfera culturale in cui fiorì il realismo americano era infatti fortemente impregnata dall'ascesa del naturalismo scientifico: dopo che Darwin aveva messo al centro della sua teoria il paradigma evolucionista, e la fisica di

⁽¹⁵⁾ Cfr. M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York and Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 5 e 169.

⁽¹⁶⁾ R.L. HALE, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38, *Political Science Quarterly*, 470 (1923).

Einstein aveva convalidato gli assunti delle geometrie non euclidee, l'idea che i valori scientifici potessero essere assoluti, non influenzati dal tempo ed immutabili cominciava a non godere più del sostegno della comunità scientifica. La separazione tra diritto e politica che la *rule of law* classica aveva eretto a sostegno della propria concezione politica favorevole ai valori — presentati come neutrali, naturali ed apolitici — della proprietà individuale e della libertà contrattuale, venne attaccata dai realisti proprio con gli strumenti del relativismo cognitivo che la biologia, la musica, la pittura, la letteratura, la fisica e la psicoanalisi andavano elaborando nella crisi della modernità che caratterizzò la prima metà del XX secolo. ⁽¹⁷⁾

Proprio in virtù del relativismo cognitivo il primo Holmes aveva attaccato il giusnaturalismo insito nella concezione classica della *rule of law* ed aveva difeso un'idea del diritto come di una creazione sociale. L'attacco di Holmes alla concezione assoluta della proprietà, culminato nel suo celebre aforisma secondo cui “*general propositions do not decide concrete cases*” ⁽¹⁸⁾ era un attacco alla retorica giuridica dominante secondo cui le categorie potevano essere dedotte mediante sillogismi da categorie generali immutabili, quali appunto la proprietà o la libertà contrattuale. Se, invece, i diritti di proprietà non sono assoluti, ma relativi, allora essi debbono essere bilanciati con altri interessi confliggenti. In questo modo la critica di Holmes non si rivolgeva solo alla struttura dell'argomentazione classica, ma anche al formalismo del metodo casistico consolidato da Langdell, che egli descrisse acidamente come “*the greatest living legal theologian*” ⁽¹⁹⁾. Lo storicismo del primo Holmes, insomma, era rivolto criticamente contro il concettualismo veicolato dal metodo casistico di Langdell, e non era affatto scisso da considerazioni di valore riguardo agli interessi tutelati dal diritto. Pur virando verso un positi-

⁽¹⁷⁾ Cfr. il giudizio di B. Ackerman su Jerome Frank: “*one can discern parallels to the thought of Frank and his fellow Realists in twentieth-century art and science. Stravinsky, Picasso, Joyce, Einstein, and Freud each radically challenged the effort to structure objective reality into a single determinate rationalizable order*”, *Law and the Modern Mind*, 103 *Daedalus* 119, 125 (1974).

⁽¹⁸⁾ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905) (Holmes, J., dissenting) su cui di recente A. RIDOLFI, *I giudici e le narrazioni dell'America. (Rileggendo la sentenza Lochner v. New York)*, *Nomos*, n. 3, 2008, pp. 85-160.

⁽¹⁹⁾ O. W. HOLMES, *Book Notices*, 14 *Am. L. Rev.* 233, 234 (1880).

vismo funzionalista meno sensibile al valore della storia, anche il secondo Holmes insisteva sul carattere illusorio della certezza e sulla rimozione dei valori veicolati dalle categorie giuridiche astratte (20).

Anche Wesley N. Hohfeld criticò la teoria classica dei diritti individuali come di categorie assolute, per mostrarne invece la natura politica e relazionale (21). Mentre i giuristi classici liberali (Mill, Bentham, Austin e Langdell) avevano costruito la dogmatica dei diritti soggettivi a partire dalla concezione irenica della *rule of law*, secondo cui al massimo di libertà individuale deve corrispondere il minimo di intervento statale per garantirne la sicurezza, Hohfeld riprese le critiche già avanzate da Holmes e propose una classificazione dei diritti a partire da un modello basato sulla libera competizione, secondo cui al godimento di alcuni diritti corrisponde necessariamente un danno arrecato, e quindi concettualmente è il sistema dei *remedies* a precedere quello dei *rights* (22). La relatività del punto di osservazione nella teoria dei diritti (l'individuo che beneficia di un godimento, o colui che subisce un danno da un'azione altrui) non si tramutava nell'indifferenza tra i due paradigmi, essendo il primo favorevole al capitalismo liberista ed il secondo favorevole allo stato sociale.

All'interno del realismo vi erano dunque posizioni che combinavano relativismo cognitivo e relativismo etico e posizioni che distinguevano tra i due, abbracciando l'uno respingendo l'altro (23). Mentre Llewellyn, cui si deve il "battesimo" del movimento (24), insisteva nel separare i fatti dai valori, altri pensatori realisti del

(20) O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, in *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace & Howe, 1920, p. 181: "The logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is an illusion, and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding".

(21) W. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 *Yale Law Journal* 16 (1913).

(22) J. SINGER, *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, 1982 *Wisconsin Law Review* 975 (1982).

(23) P. NOVICK, *That Noble Dream: The "Objectivity Question" and the American Historical Profession*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 282.

(24) K. LLEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence — The Next Step*, 30 *Columbia Law Review* 431, 1930.

tempo sostenevano posizioni di scetticismo epistemologico su basi pragmatiche: Edwin Patterson, Morris Cohen e suo figlio Felix Cohen, Daniel Boorstin, Robert Hutchins, ma soprattutto John Dewey si opposero alla separazione positivista tra fatti e valori ed elaborarono una visione sperimentale della formazione dei valori basata sulle interazioni tra teoria e pratica.

Edwin Patterson insistette sul fatto che i realisti “*are also concerned with what the law ought to be, with the theory of justice*” (25).

Morris Cohen si mostrò consapevole del pericolo che il riconoscimento della discrezionalità del giudice potesse degenerare nel suo arbitrio, se non fosse agganciata a criteri normativi. “*to be ruled by a judge is, to the extent that he is not bound by law, tyranny or despotism*” (26).

Felix Cohen sviluppò una riconsiderazione del metodo funzionalista, appoggiandosi alla prospettiva holmesiana secondo cui il diritto consiste nella profezia di ciò che faranno le corti, ma riformulandola all'interno di una teoria dei valori. Vale la pena rileggere due passaggi del suo capolavoro *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*: “*It is perhaps the chief service of the functional approach that in cleansing legal rules, concepts, and institutions of the compulsive flavors of legal logic or metaphysics, room is made for conscious ethical criticism of law. In traditional jurisprudence, criticism, where it exists, is found masked in the protective camouflage of transcendental nonsense: 'the law must (or cannot) be thus and so, because the nature of contracts, corporations or contingent remainders so requires.'* The functional approach permits ethics to come out of hiding. When we recognize that legal rules are simply formulae describing uniformities of judicial decisions, that legal concepts likewise are patterns or functions of judicial decisions, that decisions themselves are not products of logical parthenogenesis born of pre-existing legal principles but are social events with social causes and consequences, then we are ready for the serious business of appraising

(25) E. PATTERSON, *Foreword*, in E.N. GARLAN, *Legal Realism and Justice*, New York, 1941, VIII e ID. *Bentham on the Nature and Method of Law*, 33 Cal. L. Rev. 612 (1945).

(26) M.R. COHEN, *Positivism and the Limits of Idealism in the Law*, *Columbia Law Review*, 27 (March 1927), 244.

law and legal institutions in terms of some standard of human values. The importance of legal criticism of clear, objective description of judicial behavior, its causes and consequences, is coming to be generally recognized. What is not so easily recognized is the importance for objective legal science of legal criticism. Since the brilliant achievements of Bentham, descriptive legal science has made almost no progress in determining the consequences of legal rules. This failure of scholarship, in the light of encouraging progress of modern research into the antecedents and social context of judicial decision, calls for explanation. [...] We never shall thoroughly understand the facts as they are, and we are not likely to make much progress towards such understanding unless we at the same time bring into play a critical theory of values. In terms of such a theory, particular human desires and habits are important, and the task of research into legal consequences passes from the realm of vague curiosity to the problem of form: How do these rules of law strengthen or change these important habits and satisfy or impede these important desires? The positive task of descriptive legal science cannot, therefore, be entirely separated from the task of legal criticism. The collection of social facts without a selective criterion of human values produces a horrid wilderness of useless statistics. The relation between positive legal science and legal criticism is not a relation of temporal priority, but of mutual dependence. Legal criticism is empty without objective description of the causes and consequences of legal decisions. Legal description is blind without the guiding light of a theory of values. It is through the union of objective legal science and a critical theory of social values that our understanding of the human significance of law will be enriched. It is loyalty to this union of distinct disciplines that will mark whatever is of lasting importance in contemporary legal science and legal philosophy” (27).

Daniel Boorstin si era laureato nella Yale Law School negli anni '30, dunque nell'epicentro del realismo giuridico, ed aveva presto sviluppato una critica politica ai fondamenti della *common law*: via Blackstone il diritto statunitense era stato edificato su di una filosofia sociale conservatrice e orientata alla protezione della proprietà

(27) F. COHEN, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 *Columbia Law Review* 809 (1935), pp. 847-849.

individuale (28). La critica relativistica alle assolutizzazioni della *rule of law* si combinarono in Boorstin con una preoccupazione per il ruolo dei valori morali. A suo giudizio la democrazia americana era stata felicemente influenzata dal pragmatismo jeffersoniano ed aveva potuto evitare il problema della fondazione ultima dell'etica politica, che aveva invece impegnato Napoleone, Lenin, Mussolini e Hitler; in questo senso il relativismo filosofico della tradizione americana si è dimostrato democratico sia logicamente che praticamente (29).

Anche Robert Maynard Hutchins era stato educato nella Yale Law School dei primi anni '20 del XX secolo, dove era presto diventato membro della facoltà e quindi preside, prima di accettare il trasferimento, sempre come preside, all'Università di Chicago. Hutchins aspirava a combinare lo studio del diritto con le altre scienze sociali e nelle sue riflessioni divenne sempre più preoccupato di distinguere il naturalismo scientifico dal ruolo dei giudizi di valore. Se gli studenti di giurisprudenza dovevano solo imparare a predire come si sarebbero comportate le corti, quale sarebbe stato il destino dell'educazione giuridica come disciplina intellettuale? Se i giuristi sono solo dei tecnici, quale è il valore aggiunto dell'educazione universitaria rispetto alla pratica negli uffici legali? Hutchins ritenne allora che era proprio la concezione positivista del diritto difesa dai realisti ad essere sbagliata e propose un ritorno ad una teoria etica orientata dalla metafisica, capace di ristabilire un ordine fisso tra i valori. La mancanza di un principio ordinatore aveva trasformato le Law Schools americane in *Trade Schools*, in cui considerazioni di carattere economico e statistico prevalevano sulle istanze di giustizia ed equità. Reagendo alle riforme introdotte dai realisti nell'educazione giuridica, Hutchins propose una restaurazione dei metodi pedagogici ed un ritorno ad una visione assoluta del diritto: *"I suggest that the law is a body of principles and rules developed in the light of the rational sciences of ethics and politics. [...]"*

(28) D. BOORSTIN, *The Mysterious Science of the Law*, Cambridge MA, 1941, VII.

(29) D. BOORSTIN, *The Genius of American Politics*, Chicago, 1953, p. 184: *"if we have learned anything from our history it is the wisdom of allowing institutions to develop according to the needs of each particular environment; and the value of both environmentalism and traditionalism as principles of political life, as ways of saving ourselves from the imbecilities, the vagaries, and the cosmic enthusiasms of individual men"*.

The duty of the legal scholar, therefore, is to develop the principles and rules which constitute the law. It is, in short, to formulate legal theory" (30).

Le critiche di Hutchins al realismo non erano isolate: le accuse che il positivismo conducesse ad una visione amorale del diritto accumulò autori quali Philip Mechem, che accusò il realismo di essere una "*Jurisprudence of Despair*" (31), Rufus C. Harris, che accusò il realismo di irrazionalismo e di soggettivismo morale (32) e Jerome Hall, che accusò addirittura il positivismo giuridico di condurre al nazismo, in quanto negava la validità dei criteri di giudizio morali ed identificava le azioni dei poteri pubblici con la legalità (33).

L'attacco prima interno, poi esterno ai realisti culminò negli anni '40 allorché due tra gli accademici più rispettati del paese, Roscoe Pound e Lon Fuller, pubblicarono dei lavori in cui attaccavano il movimento. Pound (che era stato considerato uno dei fondatori del movimento quando nel 1910 aveva invocato l'avvento di una giurisprudenza sociologica che si concentrasse più sulla *law in action* che non sulla *law in the books* (34), ma che già nel 1931 aveva criticato il realismo di Llewellyn (35)) accusava nel 1941 il realismo di essere una "*give-it-up-philosophy*" ed il relativismo positivistic di essere l'anticamera dell'assolutismo politico: "*the political and juristic preaching of today leads logically to political absolutism*" (36).

Come Pound, anche Lon Fuller aveva condiviso alcune posizioni associate con il realismo negli anni '20 e '30, ma poi era diventato sempre più critico nei confronti del positivismo, sino ad invocare un ritorno al giusnaturalismo capace di coniugare l'essere con il dover essere: "*natural law is the view which denies the possibility of a rigid*

(30) R.M. HUTCHINS, *No Friendly Voice*, Chicago, 1936, p. 48.

(31) P. MECHEM, *The Jurisprudence of Despair*, *Iowa Law Review*, 21 (May 1936) 672, 292.

(32) R.C. HARRIS, *Idealism Emergent in Jurisprudence*, *Tulane Law Review*, 10 (February, 1936), 174.

(33) J. HALL, *Nulla Poena Sine Lege*, *Yale Law Journal*, 47 (December, 1937), 189.

(34) R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, *American Law Review*, vol. 44 (1910).

(35) R. POUND, *The Call for a Realist Jurisprudence*, 44 *Harvard Law Review* 697 (1931).

(36) R. POUND, *Contemporary Juristic Theory*, Claremont, California, 1940, p. 9.

separation of the is and the ought. [... Value and being are not two different things, but two aspects of an integral reality" (37).

Ma l'attacco al realismo, coniugato con un'invocazione al ritorno al giusnaturalismo, culminò nella formazione di un movimento neo-scolastico ad opera di giuristi cattolici: Clarence Manion accusò i realisti di far parte di una cospirazione comunista per soffocare la religione e rimpiazzarla con il relativismo morale. Nel negare le fondazioni teologiche del diritto, i realisti stavano tradendo i cittadini americani e, così Manion, si preparavano a ridurli in schiavitù (38). Le riviste giuridiche delle università più vicine alla religione cattolica, quali Notre Dame, Fordham, Georgetown, Detroit e St. John, pubblicarono tra la fine degli anni '30 ed i primi anni '40 una serie di articoli in difesa del diritto naturale e, equiparando il relativismo positivisticò al totalitarismo che si formava in Europa, attaccarono tutte le correnti intellettuali che avevano dominato il XX secolo, vale a dire pragmatismo, positivismo, behaviorismo e realismo giuridico. Padre Francis E. Lucey, S.J., preside della Georgetown University School of Law arrivò a scrivere che "*the functional approach, with the pragmatic test of what works, as the sole criterion of what makes right sounds very much like what must have been the theme song of the Nazi storm troopers*" (39). La reazione dei giuristi cattolici nei confronti del realismo si può spiegare con due ordini di ragioni: mentre i realisti dovevano affrontare il problema della legittimazione democratica, i cattolici potevano facilmente risolvere il problema del fondamento del potere democratico ricorrendo alla loro formazione religiosa e filosofica; in ciò essi erano assai vicini al sentimento popolare americano che ritiene di essere depositario del verbo democratico. Ma i giuristi cattolici non potevano tollerare la critica dei realisti perché essa era diretta innanzitutto alle istituzioni gerarchiche consolidate; in questo senso la difesa della *higher law* coincideva con la difesa del fondamento di legittimità dei poteri superiori.

(37) L. FULLER, *The Law in Quest of Itself*, Boston, 1940, p. 11.

(38) C. MANION, *The American Metaphysics in Law*, Proceedings of the American Catholic Philosophical Association, 18 (1942), p. 132.

(39) Cfr. E.A. PURCELL, *The crisis of democratic theory*, Lexington, The University Press of Kentucky, 1973, p. 167 ss.

Tuttavia sarebbe un errore rappresentare il movimento dei realisti come un movimento compatto; occorre invece sottolineare che il realismo giuridico americano fu il riflesso dell'atmosfera culturale del primo novecento, in cui il modernismo post-darwiniano aveva messo al centro di tutte le scienze sociali la categoria della trasformazione. Ciò è tanto più vero quando si osservano le sorprendenti parabole intellettuali e biografiche dei singoli realisti: Hutchins abbandonò il pragmatismo in favore del neo-aristotelismo, Holmes passò dalla difesa della centralità del diritto giurisprudenziale nella *Common Law* del 1881 all'invocazione della preminenza del diritto legislativo in *The Path of the Law* del 1897, Pound si spostò dal progressismo della giurisprudenza sociologica al conservatorismo del suo attacco ai realisti, Franck e Llewellyn abbandonarono le posizioni strumentaliste per approdare ad una difesa del giusnaturalismo! Tra gli anni '20 e gli anni '50 negli Stati Uniti non si trasformava solo la società, cambiavano i paradigmi culturali e le stesse esistenze individuali erano travolte dai cambiamenti epocali; di fronte a tali sconvolgimenti il diritto non poteva restare indifferente.

E così mentre il botanico Pound raggiungeva la posizione di preside della Harvard Law School e difendeva l'ortodossia dagli attacchi dei realisti che egli stesso aveva contribuito a scatenare, i giudici Cardozo e Franck affermavano coraggiosamente che il diritto non viene trovato, ma costruito ⁽⁴⁰⁾. Rispetto alla rappresentazione classica del giudice come di un funzionario che si limita ad eseguire i comandi del sovrano, applicando le proposizioni generali ai casi particolari mediante sillogismi, Cardozo e Franck potevano difendere la discrezionalità giudiziale senza per questo sconfinare nell'apologia dell'arbitrarietà delle decisioni dei magistrati. Il giudice ideale è per Cardozo un farmacista saggio che sa bilanciare tutti gli ingredienti per determinare quale peso farà pendere l'ago della bilancia ⁽⁴¹⁾, e per Franck un uomo adulto che si è liberato dal desiderio infantile del Padre onnipotente ed onnisciente ⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven & London, Yale University Press, 1921, p. 115: "law is not found, but made".

⁽⁴¹⁾ B. CARDOZO, *op. cit.*, p. 161: "So also the duty of a judge becomes itself a question of degree, and he is a useful judge or a poor one as he estimates the measure accurately or loosely. He must balance all his ingredients, his philosophy, his logic, his analogies, his

4. *Le acquisizioni fondamentali del realismo giuridico americano e la sua controversa eredità.*

Le valutazioni sull'eredità lasciata dal realismo giuridico statunitense dipendono dalla ricostruzione del profilo del movimento: se si privilegiano le posizioni funzionaliste e più marcatamente positiviste, il realismo è stato visto come anticamera del nichilismo, se si sottolinea la vitalità del suo relativismo epistemologico, il realismo è stato letto come la salutare critica del formalismo. Le ambiguità e le contraddizioni interne al movimento, nonché nella biografia intellettuale dei suoi singoli esponenti, autorizzano letture divergenti, tuttavia alcune acquisizioni del realismo mi sembrano difficilmente contestabili.

Innanzitutto è solo con l'avvento della polemica realista che la cultura giuridica statunitense ha visto emergere una riflessione teorica sui propri fondamenti; con la critica dei presupposti ideologici del formalismo i giuristi americani hanno cominciato a riflettere in un modo più astratto e sistematico sul proprio diritto ⁽⁴³⁾. Se prima della critica dei realisti non si sapeva cosa fosse il formalismo, ne segue che è solo con il realismo che nella cultura giuridica statunitense si affaccia la *jurisprudence*, la teoria generale del diritto.

Dal punto di vista politico è anche innegabile che il realismo giuridico ha fornito un importante fattore di legittimazione intellettuale all'edificazione dello stato sociale, sia perché i realisti erano i

*history, his customs, his sense of right, and all the rest, and adding a little here and taking out a little there, must determine, as wisely as he can, which weight shall tip the scales. If this seems a weak and inconclusive summary, I am not sure that the fault is mine. I know he is a wise pharmacist who from a recipe so general can compound a fitting remedy". V. anche *The Paradoxes of Legal Science*, New York, Columbia University Press, 1928, p. 55: "A judge is to give effect in general not to his own scale of values, but to the scale of values revealed to him in his readings of the social mind".*

⁽⁴²⁾ J. FRANCK, *Law and the Modern Mind*, Brentano's, 1930: "Modern civilization demands a mind free of father-governance. To remain father-governed in adult years is peculiarly the modern sin. The modern mind is a mind free of childish emotional drags, a mature mind. And law, if it is to meet the needs of modern civilization must adapt itself to the modern mind. It must cease to embody a philosophy opposed to change. It must become avowedly pragmatic", cit. in W. FISCHER M. HORWITZ & T. REED (eds.), *American Legal Realism*, New York & Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 211.

⁽⁴³⁾ M.J. HORWITZ, *op. cit.*, p. 117.

figli del movimento progressista nato nel primo dopoguerra, sia perché essi contribuirono all'emancipazione del diritto pubblico dalla preminenza del diritto privato. Memori della lezione benthamiana, i realisti credevano più nella legislazione che nella giurisdizione come fattore di cambiamento sociale, e così contribuirono non solo al movimento della codificazione⁽⁴⁴⁾, ma anche all'edificazione del moderno apparato amministrativo delle *agencies*.⁽⁴⁵⁾ Dal punto di vista dogmatico, inoltre, il realismo ha contribuito enormemente alla crisi della distinzione ortodossa tra sfera pubblica e sfera privata. I giuristi progressisti dell'era post-Lochner avevano seguito Holmes nel suo attacco alla libertà contrattuale, costruendo il diritto privato come una forma di diritto pubblico regolativo; nel suo articolo "*The Basis of Contract*" Morris Cohen aveva potuto sostenere che il potere di concludere accordi negoziali non è niente altro che la scelta di delegare una quantità di potere pubblico a degli individui sulla base di considerazioni di natura sociale⁽⁴⁶⁾. Il lascito più importante di questa critica si può rintracciare nella celebre decisione *Shelley v. Kramer*⁽⁴⁷⁾, in cui la Corte suprema federale ha qualificato la tutela giudiziaria di accordi privati discriminatori in base alla razza come *state action* proibita dal quattordicesimo emendamento. Se la tutela giudiziaria di contratti privati costituisce azione statale, allora ogni attività privata è in realtà pubblica e tutto il diritto privato ha un fondamento pubblicistico⁽⁴⁸⁾.

Mentre la giurisprudenza meccanica della *common law* classica derivava le categorie del diritto pubblico da quelle del diritto privato, insistendo sulle loro differenze qualitative di genere, le argomentazioni dei realisti privilegiavano le differenze quantitative tra categorie contigue in quanto rappresentative di interessi sociali confliggenti. Questo cambio di paradigma nell'interpretazione, unito alla trasformazione della concezione del ruolo del giudice — da

(44) P.J. KING, *Utilitarian Jurisprudence in America: The Influence of Bentham and Austin on American Legal Thought in the Nineteenth Century*, Garland, 1986.

(45) G. GILMORE, *The Ages of American Law*, New Haven & London, Yale University Press, 1977, p. 91.

(46) M. COHEN, *The Basis of Contract*, 46 *Harvard Law Review* 553 (1933).

(47) 334 U.S. 1 (1948).

(48) M. HORWITZ, *op. cit.*, p. 207 e L. HENKIN, *Shelley v. Kramer: Notes for a Revised Opinion*, 110 *University of Pennsylvania Law Review* 473 (1962).

applicatore sillogistico di regole a ponderatore di interessi sociali —, contribuì alla nascita e allo sviluppo dei *tests* di bilanciamento che tanta diffusione hanno avuto nel diritto contemporaneo ⁽⁴⁹⁾.

Infine vorrei ricordare che la fine del XIX secolo non è solo il periodo in cui Langdell introduceva il suo metodo casistico, ma è anche il periodo in cui venne istituito il *National Report System*, il sistema di pubblicazione delle sentenze di tutti i giudici statali. Trovandosi inondati da una gran quantità di materiale giurisprudenziale, spesso contraddittorio, i giuristi statunitensi cominciarono a mettere in dubbio il criterio dello *stare decisis* ⁽⁵⁰⁾. Se i precedenti non erano dati oggettivi da essere individuati e rispettati, ma narrazioni da costruire a partire da fatti contraddittori, allora l'argomentazione non poteva seguire le linee della deduzione sillogistica da premesse certe, ma doveva orientarsi verso l'individuazione di norme di riconoscimento che consentissero di scegliere tra una sovrabbondanza di soluzioni giuridiche valide e già istituzionalmente praticate. Lo scenario post-moderno dell'*information overload* e della ridondanza giurisdizionale ha le sue radici nel modernismo realista e nella critica alla teologia giuridica del formalismo Langdelliano.

L'anticoncettualismo dei realisti aveva bersagliato la pretesa illusoria di poter dedurre delle conseguenze operative da categorie generali ed astratte quali "libertà", "proprietà", "volontà", "colpa". Nelle loro argomentazioni i realisti avevano criticato le distinzioni qualitative tra categorie, introducendo giudizi di valore basati su differenze di grado. Mentre la giurisprudenza meccanicistica della *common law* classica pretendeva di separare la forma neutrale delle categorie giuridiche dalla sostanza politica delle regole del diritto, la critica realista prese di mira proprio la pretesa di poter dedurre in via sillogistica delle decisioni concrete partendo da premesse fisse ed immutabili ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Su questo punto mi sia consentito di rinviare a A. VESPAZIANI, *Il bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense*, Diritto Pubblico vol. 3, 2001 e ID., *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002.

⁽⁵⁰⁾ G. GILMORE, *op. cit.*, p. 58.

⁽⁵¹⁾ F. COHEN, *The Ethical Basis of Legal Criticism*, 41 *Yale Law Journal* 201, 1931 e J. DEWEY, *Valuation and Experimental Knowledge*, *Philosophical Review*, 31 (July, 1922) 325-51; ID., *Values, Liking and Thought*, *Journal of Philosophy*, 20 (November 8,

Nell'atmosfera culturale del primo novecento si produsse insomma un vero e proprio terremoto culturale all'interno della scienza giuridica americana. Il pensiero classico della *rule of law*, con le sue basi giusnaturalistiche e con la pretesa di separare il diritto dalla politica, riposava sulla convinzione che i valori religiosi e quelli scientifici fossero incontestabili, oggettivi, immutabili. Alla mente europea occorre ricordare che l'aspirazione americana ad una *rule of law* impolitica, ad una costituzione neutrale rispetto agli interessi sociali, costituisce la versione secolarizzata della ricerca di un fondamento ultimo dell'ordinamento giuridico. In un contesto di pluralismo religioso, protetto dalla *anti-establishment clause* del primo emendamento, la cultura giuridica americana, non potendo fare appello direttamente ai valori assoluti della religione, si è periodicamente rivolta al diritto come a un sistema oggettivo, depositario di valori eterni ed immutabili ⁽⁵²⁾. Tuttavia, all'inizio del XX secolo, l'ascesa del Darwinismo, delle geometrie non euclidee ⁽⁵³⁾, della musica dodecafonica, dell'espressionismo e della psicoanalisi contribuì allo sviluppo di un particolare positivismo che, al contrario di quello europeo-continentale, cercava di combinare l'elemento descrittivo con quello prescrittivo, l'essere con il dover essere. Il realismo giuridico fu il riflesso della crisi dell'oggettività che si era prodotta in tutte le scienze, e l'abbandono della pretesa autonomia del diritto, in favore di una sua più stretta connessione con le scienze sociali, costituì la critica progressista ad un sistema concettuale che

1923), 617-22; ID., *Logical Method and Law*, 10 *Cornell Law Quarterly* 17, 1924; ID., *Value, Objective Reference and Criticism*, *Philosophical Review*, (34 July, 1925), 313-32; ID., *The Meaning of Value*, *Journal of Philosophy*, 22 (February 26, 1925); ID., *The Determination of Ultimate Values or Aims through Antecedent or A Priori Speculation or through Pragmatic or Empirical Inquiry*, *The Thirty-Seventh Yearbook of the National Society for the Study of Education*, ed. Guy Montrose Whipple, Part II: "The Scientific Movement in Education", Bloomington, Illinois, 1938.

⁽⁵²⁾ S. LEVINSON, *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton University Press, 1988, p. 9.

⁽⁵³⁾ Il nesso tra geometria euclidea e concezione classica della *common law* fu sottolineato da J. FRANK, secondo cui questa procede da verità autoevidenti riguardo la procedura giudiziaria, sostenendo che "*the legal system can be worked out logically as the ancient geometers had worked out their system from self-evident geometrical axioms*", *Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking*, *Cornell Law Quarterly*, 17 (June 1932), 572.

rifletteva una realtà agraria e proto-capitalistica oramai superata da una società in rapida e drammatica evoluzione industriale.

Tuttavia, mentre l'ascesa del relativismo sfociava in Europa nel nichilismo politico e nell'edificazione di sistemi totalitari, la crisi del pensiero assolutista generava negli Stati Uniti una difesa della democrazia rappresentativa che avrebbe sostenuto vittoriosamente il secondo conflitto mondiale. La battaglia di un gruppo di giovani accademici era riuscita a produrre negli Stati Uniti una trasformazione tanto dei metodi di insegnamento giuridici quanto dei presupposti fondamentali della giurisprudenza e della legislazione, rafforzando enormemente il *soft power* della democrazia americana. Per una strana ironia, il successo conseguito dalla critica realista finì per innescare un atteggiamento apologetico: se il diritto deve solo rispecchiare la società, e la società americana è la più democratica che c'è, allora l'elemento normativo può essere derivato direttamente da quello descrittivo. Il realismo giuridico è stato negli Stati Uniti in parte benthamiano nel periodo antecedente alla seconda guerra mondiale, ma prevalentemente hegeliano nel dopoguerra, quando la scienza politica ed il diritto costituzionale hanno assunto il modello americano a prototipo della democrazia ⁽⁵⁴⁾. Il positivismo critico dei realisti ha generato una scienza politica realista, ma apologetica.

I due paradossi secondo cui la critica realista all'ortodossia classica della *common law* ha generato un positivismo giurisprudenziale privo di valori e di criteri di giudizio indipendenti da quelli stabilito dalle corti, e secondo cui il realismo critico e progressista ha "partorito" i movimenti apologetici e conservatori del *Legal Process*, del nichilismo giuridico e dell'analisi economica del diritto, si spiegano con l'ammonimento di Dewey, secondo cui "*failure to recognize that general legal rules and principles are working hypotheses, needing to be constantly tested by the way in which they work out in application to concrete situations, explains the otherwise paradoxical fact that the slogans of the liberalism of one period often become the bulwarks of reaction in a subsequent era*" ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ E. A. PURCELL, *op. cit.*, p. 267 ss.

⁽⁵⁵⁾ J. DEWEY, *Logical Method and Law*, *Cornell Law Quarterly*, vol. 10, 1924, p. 26.

ARGOMENTAZIONE, RETORICA, PROCESSO

ANDREA BIXIO
RETORICA E DIALETTICA NELL'OPERA DI
ALESSANDRO GIULIANI

È cosa nota fra gli studiosi che hanno avuto la fortuna di lavorare con Alessandro Giuliani come la retorica e la dialettica siano state temi su cui per tutta la stagione della sua fioritura umana ed intellettuale il nostro abbia meditato. Chi si accinge a riflettere sui suoi scritti, non può avere mai l'avventura di non imbattersi in qualche considerazione su queste materie.

È noto altresì il fatto che Giuliani sia stato un attento studioso di quella 'nouvelle rhétorique' che ha avuto in Chaïm Perelman il suo più insigne esponente (1).

Può sembrare, dunque, che essendo stata la retorica il principale oggetto del suo studio, Giuliani debba essere inteso soprattutto come esponente di spicco delle ricerche svolte in questo ambito; che egli in sintesi sia stato soprattutto uno studioso della retorica, a partire da quella moderna (2).

Un simile giudizio, per quanto possa sembrare quasi patente, è a ben vedere del tutto fuorviante.

Certo, egli è stato anche uno dei più profondi conoscitori della retorica e della dialettica; tuttavia, a differenza dello stesso Perel-

(1) Chaïm PERELMANN, Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 1966; inoltre la prefazione di A. GIULIANI a Chaïm PERELMAN, *Logica giuridica e nuova retorica*, Milano, Giuffrè, 1979.

(2) Cfr. in particolare Alessandro GIULIANI, *La "nuova retorica" e la logica del linguaggio normativo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 3-4, 1970, p. 374; *Il campo dell'argomentazione: su di un recente volume di Chaïm Perelman*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 1972, p. 100; nonché la voce *Logica (teoria dell'argomentazione)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1975. La bibliografia di Alessandro Giuliani è contenuta in AA.VV., *Per Alessandro Giuliani*, a cura di Ferdinando Treggiari, Perugia, 1999.

man, le regioni profonde che hanno dato impulso alla sua appassionata ricerca stanno in qualcosa che precede la stessa retorica.

Queste ragioni sono soprattutto etico-politiche e semmai sociologiche.

Se si potesse azzardare un discorso sulle vite scientifiche parallele di insigni giuristi, si potrebbe mettere a confronto l'itinerario di Alessandro Giuliani con quello di Paolo Grossi.

Certo, i due autori per molti aspetti appaiono profondamente differenti. Il primo legato soprattutto all'etica laica, il secondo piuttosto al cattolicesimo illuminato; l'uno concentrato sul discorso teorico, ma svolto grazie ad un continuo scavo nella storia, l'altro amante della storia, ma per mostrare le strutture fondamentali di un mondo differente da quello della modernità. Ambedue sembrano, tuttavia, voler percorrere analoghi itinerari, pur in modo originale e diverso. Illustrati, come sono, dal riferimento ai valori della democrazia, dell'eguaglianza e della libertà, di una ragione al servizio della pratica e del formarsi dell'ordinamento nel concreto farsi dei rapporti giuridici; campioni piuttosto dell'argomentazione e della ragione storica, che della deduzione della ragione cartesiana.

Giuliani, come non diversamente Paolo Grossi, è consapevole del fatto che la scienza, pur giustamente gelosa della propria autonomia, non può prescindere da un riferimento ai valori. I quali, se ben intesi, motivano semmai ad un intenso impegno intellettuale.

Tutta la ricerca di Alessandro Giuliani è diretta a chiarire le strutture fondamentali di un emergente assetto sociale ed ordinamentale, fondato sulla pari dignità e sulla veracità sia dei comportamenti che dei ragionamenti. Ed è solo perché in un tale assetto gioca un ruolo fondamentale un antico e nuovo tipo di logica, quella argomentativa, in cui si risolve per certi versi la stessa pratica umana, che il ruolo ed il significato della retorica vengono costantemente approfonditi.

E che questa sia l'ottica più corretta per comprendere il senso del lavoro del nostro studioso appare chiaro quando si confrontino le opere di Giuliani e dello stesso Perelman.

Quest'ultimo, non privo anch'egli di una specifica vocazione etico-politica, risulta tuttavia soprattutto un insigne epistemologo. Propensione che, invece, non è stata prevalente nel nostro autore.

Giuliani, studioso di economia e più in particolare delle basi etiche di quest'ultima, studioso di Adam Smith, ovvero di un autore in cui economia, etica, ragione argomentativa e *jurisprudence* appaiono strettamente collegate fra loro, è prima di tutto interessato alla pratica umana e si volge allo studio delle logiche solo perché queste gli consentono di cogliere le strutture profonde proprio di una tale pratica.

La retorica in tutte le sue modulazioni, da quella aristotelica a quella di Quintiliano, di Ermagora, e poi di Vico fino appunto a Perelman, consente ad Alessandro Giuliani di ricostruire la possibilità di un tipo di pratica che sia basata sulla democrazia, sulla veracità, sulla pari dignità dei soggetti implicati nei più differenti rapporti sociali e giuridici.

Lo studio della retorica ha in Giuliani una funzione eminentemente 'pratica', legata al tentativo costante di comprendere le evoluzioni di fondamentali assetti sociali ed ordinamentali che sono parsi, al nostro, riemergere nel momento di un imminente superamento dei limiti della modernità.

Come si configurano, allora, la società e l'ordinamento che cercano di superare i limiti insiti in ciò che sinteticamente diciamo 'modernità'? Quali, a loro volta, i tratti salienti di quest'ultima?

Come ognuno sa, Giuliani non è mai stato un pensatore sistematico (e come avrebbe potuto esserlo, dati i suoi interessi?). Dunque, sarebbe vano cercare una trattazione specifica di un tale argomento.

Tuttavia, ciò non significa che nella sua opera quest'ultimo sia assente e che non sia possibile rintracciarne il profilo complessivo.

Giuliani, infatti, ci ha lasciato ampi riferimenti, che ci consentono senz'altro di tracciare l'itinerario che su questi temi è andato perseguendo. Ci ha lasciato, più specificamente, profonde riflessioni che stanno prima di tutto ad ammonirci sulla prospettiva che lo studioso deve assumere su queste tematiche, se non vuole perdersi nel mare magno dell'empiria e dei più disparati fenomeni.

Se vogliamo comprendere a fondo le nuove forme di organizzazione sociale ed ordinamentale, dobbiamo evitare, come spesso fa la cattiva sociologia, di svolgere una semplice descrizione di ciò che ci appare nuovo ed inusitato. Dobbiamo piuttosto liberarci di ciò che è semmai inessenziale, per cercare di cogliere la logica profonda del mondo che si annuncia nel momento del declino della 'modernità'.

Ed è appunto la delineazione di questa logica che ha costituito il massimo interesse del nostro autore.

Logica asimmetrica, quella del moderno, logica isonomica, quella sulla cui base è stata costruita proprio un'insigne civiltà giuridica che sembrava tramontata e che oggi sembra avere una nuova fioritura ⁽³⁾.

Queste le note due formule con le quali Giuliani ha voluto esprimere sinteticamente i due assetti sociali e giuridici, che hanno maggiormente caratterizzato la nostra storia.

Giuliani si è soffermato molto sui principi che le sostanziano.

Per la logica asimmetrica: individuazione di un 'assioma' incontrovertibile, primato della deduzione, certezza delle conclusioni, primato della razionalità sulla ragionevolezza, autonomia del soggetto che opera il giudizio, relazione intersoggettiva come rapporto di sovra sotto-ordinazione, primato del politico.

Per la logica isonomica: controvertibilità delle premesse, primato dell'argomentazione, verosimiglianza delle conclusioni, primato della ragionevolezza sulla razionalità, eteronomia dei soggetti che formulano i giudizi, relazione intersoggettiva come eguaglianza, pari dignità/condizione dei soggetti implicati nel rapporto, primato dell'etica.

Principi che Giuliani ascrive gli uni alla logica di origine cartesiana, gli altri a quella sinteticamente detta 'argomentativa'.

Queste due logiche hanno, per il nostro, profonde conseguenze sull'ordinamento giuridico. Prima di far riferimento tali conseguenze, tuttavia, vale la pena soffermarsi un qualche momento su quelle logiche e sulle ragioni da cui sono scaturite.

Si faccia, ad esempio, riferimento al primo punto, all'incontrovertibilità o controvertibilità delle premesse, ovvero al considerare queste ultime dei *loci* da cui prendere le mosse, o delle vere e proprie verità.

Nei ragionamenti di Giuliani, al di là delle apparenze, è stato sempre ben presente il problema politico sotteso al conflitto fra le due concezioni.

Un tale conflitto, infatti, riguarda, dal punto di vista istituzionale, la questione della stessa legittimità.

⁽³⁾ Alessandro GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, 1986, p. 81.

Per un potere come quello dello Stato moderno, che tendeva a non riconoscere il pluralismo istituzionale di stampo medioevale, come era possibile affermare una propria legittimità?

Se quest'ultima era stata da sempre considerata scaturire dalla storia e dalla tradizione, e dunque da un continuo accampare titoli di legittimità oggetto di continue controversie; se, dunque, la legittimità stessa non appariva nel pluralismo medioevale data per certa e presupposta, ma costituiva il risultato di complesse argomentazioni, l'assolutismo nascente non poteva affermare se stesso autonomamente e nello stesso tempo derivare il titolo della sua legittimità da altri.

Come risolvere questa contraddizione? Quale è la logica che ci può dare una risposta sufficiente ad un tale fondamentale problema?

Giuliani ha piena coscienza sia di questo problema che della sua soluzione. Ne fa testimonianza chi scrive queste note, per aver discusso tante volte su questo punto delle sue ricerche.

Lo Stato moderno non poteva far derivare la propria legittimità da un complesso di argomentazioni implicanti altri e differenti soggetti politici di pari grado. Dunque, la logica argomentativa doveva essere sostituita da una diversa logica capace di rendere ragione del primato incontrovertibile (ovvero assoluto) della propria legittimità.

Lo Stato doveva fondare quest'ultima non su più o meno plausibili 'luoghi comuni', ma sulla chiarezza e la distinzione delle idee propria di un soggetto che presentandosi con una tale pretesa poteva certamente accampare una sua validità esclusiva.

Dunque, non più una logica isonomica, ma una logica asimmetrica; una logica che, basandosi su qualcosa di non controvertibile, non aveva più la necessità né di dimostrare la validità dei propri fondamenti, né di argomentare le proprie decisioni.

E d'altro canto, a qual fine affaticarsi nell'argomentare, quando, data la incontrovertibilità della propria legittimità, la razionalità delle decisioni andava semplicemente dedotta da quei principi?

Lo Stato moderno realizzava la propria struttura istituzionale ponendo alla sua base un nuovo tipo di logica, quella sinteticamente detta cartesiana, fondata sulla sopravvalutazione del solo momento deduttivo.

Una logica, questa, che aveva come corollario da un lato l'autonomia e l'indipendenza del soggetto sovra-ordinato, nonché la subordinazione degli altri alla volontà sovrana, ma soprattutto dall'altro

lato la sicurezza (più postulata che reale) dei rapporti sociali e la certezza del diritto: i due valori politici che più erano necessari per una convivenza 'moderna' e che costituivano la vera ragione che spingeva ad accettare quell'assurdo principio dell'incontrovertibilità delle ragioni dello Stato su cui era stata fondata la legittimità di quest'ultimo.

Ora, come poteva una tale logica presiedere ai nuovi rapporti sociali ed istituzionali, nel momento in cui sul piano sia nazionale che internazionale si affermava un sistema basato sul pluralismo e sull'emergere di un vasto numero di autonomie? In una condizione in cui il primato statale decade, in un contesto in cui le autonomie aspirano al riconoscimento di una pari dignità anche tenuto conto delle debite differenze, bisognava individuare una nuova logica che tenesse conto dei mutamenti intervenuti. Questa logica, come si è detto, Giuliani la rinviene in quella che già nel passato aveva svolto un ruolo primario: la logica argomentativa. Una logica capace di ripensare la legittimità in rapporto ad un sistema in cui si afferma sempre più una realtà poliarchica.

Se in questo nuovo mondo la legittimità dipende sempre più dal mutuo riconoscimento, se essa va piuttosto dimostrata che dedotta, allora non vi è dubbio che bisogna tornare a porre come centrale l'argomentazione, ovvero lo strumento tipico della logica isonomica.

Nel nuovo ambiente sociale ed istituzionale nulla può essere dato per scontato. La verità dei presupposti così come la certezza delle conclusioni vanno dimostrate; ad esse ci si deve avvicinare attraverso un complesso di procedimenti 'dialettici' che dal punto di vista logico finiscono per esaltare i processi argomentativi. Il consenso, la comunicazione non sono mai totalmente dati. Essi sono il risultato di procedure logiche ed istituzionali molto articolate, non l'effetto del dispiegarsi di un potere sovrastante indiscutibile perché fondato su una verità ed una legittimità incontrovertibili.

Questo potere, dunque, va sottoposto sempre al vaglio della ragione pratica; la quale per poter svolgere il suo compito, per poter giudicare della legittimità del politico, deve a sua volta legittimare se stessa come portatrice operativa del primato dell'etica sulla politica.

Giuliani, ponendo il primato della ragione pratica e dell'argomentazione, finisce per ribaltare il rapporto fra etica e politica.

Punto, questo, fondamentale, il disconoscimento del quale ci

condannerebbe ad una totale incomprendione del senso del pensiero del nostro filosofo.

Se il politico diviene instabile, perché la verità delle sue premesse appare ad un tratto discutibile, e se è la ragione pratica che si assume il compito di giustificarla, tocca allora a quest'ultima il compito di chiarire come mai possa assumere una tale pretesa.

E può assumere una tale pretesa perché si presenta, appunto, come argomentazione autenticamente dialettica e non sofistica, argomentazione che si presenta autenticamente tale in quanto declinazione effettuale della veracità.

Nel momento in cui declina il monopolio della forza da parte dello Stato, il politico per non rischiare di divenire *bellum omnium contra omnia*, è necessario che trasformi il conflitto in controversia, la volontà in ragione, la ragione in esercizio di veracità e dunque di una ragione eticamente qualificata.

La ragione pratica, argomentativa, in Giuliani appare capace del proprio compito storico, in quanto si converte costantemente nelle sue regole, le quali a loro volta, a differenza che nella sofistica ed ancor più nell'eristica, altro non sono che esercizio concreto del primato dell'etica.

Le due logiche, come è stato detto in precedenza, plasmano, ciascuna a suo modo, anche momenti fondamentali degli ordinamenti giuridici.

Se si volesse un'ulteriore prova della ragione etica e pratica che ha condotto Giuliani ad elaborare una tipologia di logiche, qui siamo giunti al momento in cui tutto ciò appare nel modo più evidente.

Qui appare il vero oggetto della ricerca del nostro filosofo: lo studio delle caratteristiche profonde del sistema giuridico da un lato del 'moderno', dall'altro lato dell'emergente nuovo assetto degli ordinamenti.

Come intendere un tale nuovo assetto rispetto a quel sistema basato sul primato dello Stato che ha dominato incontrastato fino a non molto tempo fa? Quale è la logica che presiede ad un sistema in cui sul momento della sovranità e dell'esecutivo prevale quello giurisdizionale? Se quest'ultimo prevale, non dobbiamo prima di tutto dedicarci all'analisi del modo in cui si riconfigurano gli istituti suoi tipici, ovvero il processo, la controversia, la prova, la figura del giudice, quella

del pubblico funzionario...? E per converso, in che modo questi stessi istituti si sono strutturati nell'età precedente, ovvero quella 'moderna'?

Questi i temi fondamentali. I quali, bisogna subito dire, sono tali non perché genericamente in sé rilevanti (cosa peraltro del tutto ovvia), ma perché costituiscono la via per comprendere le caratteristiche più importanti dell'elemento tipico dei nuovi assetti istituzionali: la giurisdizionalizzazione degli ordinamenti.

Ed in effetti proprio mediante lo studio di queste tematiche si può giungere a comprendere le diverse configurazioni di due differenti ambienti giuridici, nonché la declinazione dei due tipi di logiche, di cui si è detto, nel concreto della vita degli ordinamenti.

Così, attraverso le puntuali e profonde analisi di Alessandro Giuliani vediamo dispiegarsi di fronte ai nostri occhi due panorami giuridici diversi, qualificati da quelle due logiche, la asimmetrica e la isonomica, su cui ci siamo soffermati un qualche momento nelle righe precedenti.

Nell'ordinamento tipico della modernità assistiamo al prevalere di aspetti caratteristici proprio riguardo ai temi di cui sopra: primato della legge sul diritto, primato del giudice funzionario e dissoluzione del momento professionale, esaltazione della responsabilità disciplinare e attenuazione di quella professionale, attribuzione al giudice di un diritto all'informazione con lo speculare obbligo di dire la verità in capo ai soggetti agenti nel processo, ⁽⁴⁾ rafforzamento del momento inquisitorio, passaggio dall'*ordo iudiciarius* al *processus* (ovvero dal processo come ordine dei giudizi al processo come procedimento costruito su un modello deduttivo), riduzione della prova alla sua dimensione analitica e abbandono di una concezione in cui il proprio elemento fondamentale è nella *forma probandi*, ovvero nelle regole della discussione dialettica ⁽⁵⁾.

(4) Alessandro GIULIANI, *Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, in *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 167-190

(5) Su questi temi si vedano le ricerche condotte da Giuliani in collaborazione con Nicola Picardi (collaborazione importantissima per comprendere l'itinerario di Giuliani) sull'*Educazione giuridica*, in particolare *La responsabilità del giudice*, Perugia, Tip. "Pliniana", 1978; *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, vol. I, II, III,

Nell'ordinamento dell'età attuale possiamo veder riemergere, invece, elementi che sono stati tipici dell'età pre-moderna: primato del diritto sulla legge, riemergere del carattere professionale del giudice, attenuazione della responsabilità disciplinare e rafforzamento di quella professionale, attenuazione del diritto all'informazione ed emergenza del momento della comunicazione intesa come processo argomentativo in capo ai soggetti presenti nel processo, attenuazione dell'elemento inquisitorio, esaltazione del momento dibattimentale (controversiale) e connessa ripresa dell'importanza del momento dialettico nella formazione della prova. Tutti caratteri, questi, legati ad una tradizione, quella retorica e dialettica, che con la modernità sembrava fosse definitivamente tramontata (6).

Non ci si può, in questa sede, soffermare sulle analisi che Alessandro Giuliani ha condotto in tutti questi campi. Li si può solo citare. Non si può neppure analiticamente chiarire il nesso che intercorre fra di essi e la retorica. Esso in parte emerge dalla stessa formulazione dei temi sopra indicati. Tuttavia, ciò che è della massima importanza segnalare è che i profondissimi studi condotti dal nostro filosofo, sono anche ricerche sobriamente appassionate intorno al senso dell'epoca che oggi si annuncia e in cui egli ha vissuto; sono impegnate riflessioni sugli aspetti maggiormente rile-

Perugia, Tip. "Pliniana", 1981; *Modelli storici della procedura continentale*, Vol. I, II, Napoli, ESI, 1987-1988. Inoltre le ricerche sul processo, in particolare *Il processo civile sovietico*, Padova, Cedam, 1976; *Il processo civile svizzero*, Rimini, Maggioli, 1984; *Il processo civile polacco*, Rimini, Maggioli, 1981; *Il processo civile brasiliano*, Rimini, Maggioli, 1988; *Il processo civile inglese*, Rimini, Maggioli, 1991; *Il processo civile cinese*, Rimini, Maggioli, 1998; *L'ordinamento giudiziario*, Tomo I, II, III, Maggioli, Rimini, 1983-1985. Di grande rilevanza i saggi *L'"Ordo judicarius" medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1988, p. 598.

(6) Alessandro GIULIANI, *Il concetto di prova: la prova come "argumentum"*, in *Jus*, 1960, p. 425; la voce *Prova*, a) *filosofia del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1961; *Controversia giuridica e questione filosofica*, in *Jus*, 3-4, 1966, p. 307; *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, vol. 39, Istituto per le esercitazioni presso la Facoltà di Giurisprudenza, Pavia, 1966, p. 81; *La logique juridique comme théorie de la controverse (à propos du περί τῶν στάσεων d'Hermogène de Tarse)*, in *Archives de philosophie du droit*, 1966, p. 87 ss.; *La logique de la controverse et le droit chez les romanistes du XII et XIII siècle*, in *Studia et documenta Historiae et Iuris*, XXXIV, 1968, p. 223.

vanti delle odierne trasformazioni; sono analisi che ci conducono al cuore di queste trasformazioni, ovvero a ciò che sinteticamente ho voluto denominare giurisdizionalizzazione degli ordinamenti.

Giurisdizionalizzazione degli ordinamenti, sia interni sia sovranazionali ed internazionali, che, agli occhi di Alessandro Giuliani, ha costituito la questione la cui comprensione più avrebbe consentito di orientarci nella ridondanza dei mutamenti in cui siamo implicati. Al suo studio, perciò si è nel modo più intenso dedicato, cercando di chiarirne le radici, le strutture, le logiche istitutive; cercando soprattutto di giungere al loro elemento più profondo, a quella logica isonomica, esaltante la ragione pratica e la teoria dell'argomentazione, grazie alla quale possiamo pervenire a comprendere il legame profondo che intercorre fra gli istituti più differenti ed il nostro stesso intelletto.

Quale è infine la filosofia che è al fondo sia della teoria dell'argomentazione, sia dei fenomeni che sinteticamente ho indicato come processo di giurisdizionalizzazione?

Questo interrogativo ci porta a cuore della riflessione di Alessandro Giuliani. Il quale non a caso ha più volte sottolineato il fatto che la retorica, la dialettica, il primato dell'elemento giurisdizionale non possono essere compresi se non sulla base di una specifica concezione filosofica.

Come è noto, Alessandro Giuliani non si è mai preoccupato di chiarire in modo sistematico le coordinate di una tale concezione. Dunque, il nostro compito sarà quello di cercare di rinvenire le linee di questa visione, sottolineando l'importanza di moltissime considerazioni che si possono facilmente rinvenire nel corpo della sua opera e che ci possono far comprendere il suo pensiero.

Il punto di partenza del nostro autore è da lui stesso denunciato esplicitamente in quella prospettiva filosofica a cui è stato legato il suo maestro, Bruno Leoni: in quella che comunemente viene detta individualismo metodologico e che nella storiografia filosofica viene legata ai nomi di Edward Coke, Matthew Hale, Bernard Mandeville, David Hume, Edmund Burke, Friedrich von Savigny, H. S. Maine, e J. C. Carter (secondo le indicazioni di von Hayek); di autori come Menger, von Mises, Ortega y Gasset e poi ancora Max

Weber, Simmel e, letti in certo modo, anche gli stessi Durkheim e Parsons (7).

Il rilevare questo semplice dato, tuttavia, non ci suggerisce molto sul significato filosofico dell'opera di Giuliani. Certo, la rivalutazione della logica dialettica e dell'ordine isonomico rispetto alla logica deduttiva e all'ordine asimmetrico ci fa comprendere come egli si senta vicino alla distinzione hayekiana fra ordine inintenzionale e intenzionale, fra Cosmos e Taxis, e al privilegiamento delle prime determinazioni sulle seconde. Tuttavia, se ci si dovesse fermare ad una tale considerazione, non si comprenderebbe più la specificità del suo pensiero rispetto a quello di Hayek e di Bruno Leoni.

L'ordine isonomico di Giuliani, infatti, non è affatto un ordine rigidamente inintenzionale e in particolare l'ordine giuridico non si realizza, come voleva Leoni, come prodotto inintenzionale di un generalizzato scambio di pretese il cui punto di incontro e di coordinamento consiste nella 'scoperta' della regola (8). Quell'ordine rinvia a qualcosa di più complesso, che si dovrà qui subito indicare per intendere a fondo l'originalità della riflessione del nostro autore.

L'ordine rigidamente inintenzionale, quello che si realizza attraverso gli effetti inintenzionali di azioni intenzionali e che ha nel prezzo (o nella regola prodotta attraverso lo scambio di pretese secondo Leoni) la propria manifestazione più tipica, non viene criticato; anzi da Giuliani viene assunto e condiviso. La prospettiva del suo maestro e del più volte citato von Hayek è anche entro certi limiti la sua. L'isonomico costituisce un ordine che a differenza di quello asimmetrico, rimontante alla logica cartesiana, consente lo

(7) Friedrich August von HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1989; su questi temi si vedano Dario ANTISERI, *Teoria della scelta razionale o individualismo metodologico?*, in R. BOUDON, A. OLIVIERO, D. ANTISERI, *Teorie della razionalità e scienze sociali*, Roma, Luiss edizioni, 2002; Sergio RICOSSA, Eugenio DI ROBILANT, *Libertà, giustizia e persona nella società tecnologica*, Milano, Giuffrè, 1985; Lorenzo INFANTINO, *L'ordine senza piano*, Roma, Armando Editore, 1998.

(8) Bruno LEONI, *Freedom and the Law*, Princeton, Van Nostrand, 1961; *Lezioni di dottrina dello Stato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004; *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003.

sviluppo di un'ordinamento 'naturale' fondato sull'autonomia dei soggetti e sulla libertà.

Tuttavia, esso non va inteso in un modo riduttivo; perché in tal caso condurrebbe ad un ordine che sarebbe tale solo dal punto di vista formale.

In un sistema fondato sullo scambio i prezzi ci informano costantemente su come indirizzare la nostra azione economica. Tuttavia, in particolari condizioni ci possono anche informare della progressiva svalorizzazione proprio della rilevanza economica della nostra azione. Cosa che in termini sociali può significare indigenza, povertà, morte. Anche in questo caso un'ordine si realizza e ad un riequilibrio dei processi economici alla fine si giungerà di nuovo. Ma a quale prezzo? E questo prezzo sarà sopportabile?

L'*ordine umano* sa che ciò può accadere; sa che le leggi di qualsiasi tipo di economia, proprio perché fondate sulla scarsità, possono condurre ad un ordine che potrà rischiare di risultare in contrasto con esso medesimo e dunque consente di sollevare qualche ulteriore interrogativo.

Interrogativo che appunto Giuliani si pone.

L'ordine prodotto dalla catallassi economica (von Hayek) e giuridica (Leoni), va inteso nella sua specifica autonomia, nella sua struttura formale o piuttosto non è normalmente assunto solo condizionatamente e cioè solo come strumento al servizio del più complesso ordine umano?

Giuliani non si pone esplicitamente questo interrogativo; e tuttavia esso è al fondo di tutto il suo pensiero. Egli senza nessun dubbio risponderebbe affermativamente, perché tutta la sua opera ha come fondamento implicito una tale affermazione.

L'ordine inintenzionale fondato sulla catallassi non ha un valore autonomo; esso è solo uno strumento per generalizzare la concreta umanità degli individui in un'epoca in cui la funzione dell'economia di scambio, a differenza che nell'antichità e nell'età di mezzo, ha assunto un valore primario.

Non a caso Giuliani reagisce contro chi oppone alla *Teoria dei sentimenti morali* di Adam Smith (alla sua etica) l'*Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*. L'una fondata sulle nozioni di simpatia e di benevolenza, l'altra, secondo un'errata interpretazione, sul gioco degli egoismi.

“Un esempio di metafora fuorviante potrebbe essere offerto da quello della *mano invisibile*: si è imposta infatti nella scienza economica una versione, che sembrerebbe corrispondere alla lettera, ma non allo spirito del legato smithiano. La concezione originaria è stata progressivamente attratta e forzata nell’orbita di una interpretazione meccanicistica ed amorale, che le era costitutivamente estranea”. Cosicché “sul punto hanno finito per convergere — e per opposte ragioni — sia i fautori come i detrattori della economia di mercato” (9).

Il gioco degli egoismi, infatti, non viene inteso se non alla luce del vantaggio reciproco dei soggetti; cosicché non semplicemente di egoismo si tratta ma di egoismo secondo ragione, ovvero di un sentimento capace, immedesimandosi nell’egoismo altrui, di scoprire che il vantaggio reciproco consente di massimizzare il proprio anche se in senso relativo e non assoluto. In altri termini, il vantaggio reciproco, l’immedesimazione reciproca, ciò che nella *Teoria dei sentimenti morali* viene espresso come ‘simpatia’, è l’elemento morale che accompagna come una tacita ombra la brutta catallassi; silenziosamente richiamandola all’etica economica che caratterizza la società moderna e in particolare la riflessione di Adam Smith.

Giuliani, dunque, non segue fino in fondo la vulgata corrente dell’individualismo metodologico, perché in quest’ultima individua uno scadimento del vero suo significato.

Quando Smith ci dice che “l’uomo... ha quasi sempre bisogno dell’aiuto dei suoi simili e lo aspetterebbe invano dalla benevolenza”, quando ci suggerisce che “avrà molta più probabilità di ottenerlo volgendo a suo favore l’egoismo altrui e dimostrando il vantaggio che gli altri otterrebbero facendo ciò che egli chiede” (10), ci vuole dire non semplicemente che è inutile l’elemento della ‘simpatia’ che caratterizza il fondo delle relazioni umane, ma all’opposto che sul piano dei rapporti di scarsità, sul piano di una condizione strutturale caratterizzata dall’egoismo, proprio su un tale piano si deve presupporre una reciprocità etica che trascende il

(9) Alessandro GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Perugia, Mercurio editrice, corso di filosofia del diritto 1992-1993, p. 12.

(10) Adam SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Milano, Mondadori, 1977, p. 18.

semplice e volgare egoismo. Si deve presupporre, secondo le parole di Smith, la dimostrazione del vantaggio reciproco ⁽¹¹⁾.

All'egoismo volgare, particolaristico, quello della figura dell'ava-ro, così stigmatizzata dalla letteratura dell'età dell'affermazione del capitalismo, viene contrapposto quello 'universalistico', ispirato ad una medesima superiore identità etica, capace di garantire l'ordinato svolgersi di un tipo di rapporti che, a causa di una scarsità strutturale, non può non riguardare il momento dell'egoismo.

E da questo punto di vista la *Teoria dei sentimenti morali*, l'etica smithiana, costituisce il presupposto implicito del discorso economico.

Dunque, al fondo dello scambio vi è identità e reciprocità, vi è l'ideale di un comune 'miglioramento' in cui traspare l'ascetismo rilevato in altro contesto da Weber, vi è soprattutto l'idea della proporzionalità e perciò della giustizia nello scambio.

Giuliani compie questo tipo di ribaltamento nella interpretazione corrente dell'opera di Adam Smith. E, soprattutto, giunge a sottolineare la centralità del tema della giustizia nello scambio ⁽¹²⁾. Quest'ultimo a veder bene è retto da un tale principio; ed è ad un tale ideale che i soggetti in qualche modo tendono, pur partendo da

⁽¹¹⁾ Si allude qui alla nozione di simpatia su cui ci si soffermerà anche in seguito più esplicitamente. Cfr. Adam SMITH, *Teoria dei sentimenti morali*, Milano, Bur, 2001, p. 81 ss.

⁽¹²⁾ Si vedano in particolare in Alessandro GIULIANI, *Giustizia e ordine economico*, cit., i paragrafi *Quale etica per il mercato: la giustizia come reciprocità* (p. 17) e lo si confronti con la sezione II della *Teoria dei sentimenti morali*, cit., su *La giustizia e la beneficenza*, cit. p. 198. Inoltre, sempre dell'opera di Giuliani, la sezione seconda di *Giustizia e ordine economico*, cit., in particolare *Retorica e "common law": la "commercial morality" ed il problema dei monopoli* (p. 59), nonché *La tradizione retorica alla "Moral Philosophy"* (p. 65) e *L'etica dell'economia* (p. 75).

Inoltre Alessandro GIULIANI, *Adamo Smith filosofo del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXI, 1954, p. 517; *I valori del diritto comune europeo nella Jurisprudenza di Adam Smith*, in *Scintillae juris, Studi in onore di Gino Gorla*, II, Milano, Giuffrè, 1994, p. 1047. Vanno ricordati infine i lavori più risalenti, *Adamo Smith teorico della scienza politica*, Industria Grafica Ponzio, Pavia, 1952; *Attualità di Adamo Smith*, in *Il Politico*, I, 1952, p. 59; la voce *Simpatia*, (in collaborazione con A. Masuccio Costa), in *Enciclopedia Filosofica*, vol IV, Firenze, Sansoni, 1957, c. 633; *Le "Lectures on Rhetoric and Belles Lettres" di Adamo Smith*, in *Rivista critica di storia della filosofia*, III, 1962, p. 328; su etica e mercato ancora *Quale etica per il mercato?*, in L. ROSSETTI e O. BELLINI, *Teorie e forme della razionalità pratica*, Napoli, ESI, 1994, p. 33.

una condizione di separazione dei ruoli e di differenziazione della propria conoscenza.

I soggetti, partendo da una condizione in cui ricoprono ruoli diversi e in cui possiedono ciascuno un differente tipo di cognizione della situazione, giungono allo scambio, quando si realizza una proporzionalità; che altro non è che il giusto rapporto nel caso concreto.

Lo scambio economico ha in sé un costante rinvio al tema nella giustizia nello scambio. Problema così cruciale per l'economia capitalistica che non si è potuto fare a mano di promuovere nella legislazione norme specifiche a tutela, dirette a proteggere i soggetti contro ogni tipo di scadimento in ciò che sinteticamente si è sopra detto egoismo volgare.

Giuliani, così, vuole liberare il cosiddetto ordine spontaneo da un certo riduzionismo presente in Hayek a causa della polemica contro l'economia pianificata, altrettanto presente in Bruno Leoni in virtù della critica al normativismo ⁽¹³⁾.

L'economia di scambio rinvia ad un'etica e ad una teoria della giustizia; ad un'etica e ad una teoria della giustizia che svincolano una tale economia da una concezione amorale e 'selvaggia', che nulla ha a che fare con quella vera, le cui radici sono nella tradizione di pensiero a cui il nostro autore si riferisce.

Come è possibile, tuttavia, un ordine inintenzionale che risulti ad un tempo retto da una ragione etica che surrettiziamente ci riconduce sul piano dell'intenzionalità?

È a questo interrogativo che si deve rispondere per comprendere l'apertura all'etica di Alessandro Giuliani.

Ora, un tale interrogativo può essere soddisfatto, quando si comprenda a fondo la dialettica dell'intenzionalità.

Quest'ultima, a ben vedere, presenta due modalità di espressione diverse e tuttavia complementari. Infatti, anche nel linguaggio comune da un lato è ciò che è manifesto, dall'altro lato è ciò che è nascosto. Come quando diciamo che non comprendiamo bene le intenzioni di un certo discorso o di una certa azione.

⁽¹³⁾ Si vedano su questo punto le considerazioni di Carlo Lottieri, in Bruno LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 12.

Un ordine intenzionale non può non rinviare ad uno inintenzionale e viceversa; non si da mai in realtà un ordine totalmente intenzionale o assolutamente inintenzionale. E dunque, quest'ultimo appare ed è tale solo colto dalla prospettiva in cui prevale l'altro.

Ed è solo perché l'universo inintenzionale presenta a sua volta una sua propria intenzionalità (pur non coincidente con quella manifesta nello stretto circolo della singola azione), che Alessandro Giuliani può rivolgersi ad esso per scandagliarne la dimensione etica. Solo per questo può rivendicare la coerenza interna delle due opere di Adam Smith.

Dunque, il mondo intenzionale non è solo Taxis; è possibile perciò individuare uno spazio di produzione di un ordine come progressivo avvicinamento ad esso, senza che lo si possa individuare e determinare a priori. Il contenuto di questo ordine è costituito dall'etica pratica; per dirla con Max Weber, è costituito non dall'etica dell'intenzione, ma da quella della responsabilità: ovvero, da quella che si costruisce attraverso un processo in cui i presupposti non sono certi, come pure i risultati sono solo verisimili.

Questa etica è quella che per Giuliani ha origine in Aristotele, quello dell'*Etica nicomachea*, e che in Hume, ma soprattutto in Adam Smith si manifesta in un modo nuovo legato alla società capitalistica.

Dunque, Aristotele.

Non quello, però, della metafisica, che è servito per un lungo lasso di tempo a legittimare i concetti di tradizione e di autonomia della sostanza, ovvero le nozioni base del feudalesimo e dell'antico regime; non quello della logica sillogistica, semmai legata al deduttivismo e nell'età moderna (con le debite differenze) al cartesianesimo; piuttosto, come si è detto, quello dell'etica e soprattutto della retorica e della dialettica ⁽¹⁴⁾. Quello che ha a che fare con il mondo

⁽¹⁴⁾ “La tradizione aristotelica ha messo in evidenza e ci ha tramandato una teoria sistematica della giustizia particolare: quasi che essa — secondo Aristotele — dovesse conformarsi alle operazioni della matematica e della geometria. È stato più volte notato come tali formule siano in concreto di difficile applicazione... Abbiamo seri motivi, dunque, per dubitare che l'interpretazione tradizionale rifletta l'autentica filosofia aristotelica: sembra rivelare una contraddizione insanabile con l'insegnamento più volte ripetuto nella *Etica Nicomachea*, e cioè che nella filosofia delle cose umane non è

della pratica; con un mondo in cui non vi è certezza assoluta, in cui non si può avere un possesso a priori della verità (una chiara intenzionalità), in cui ci si può avvicinare ad essa solo a partire da premesse verisimili e mediante il concorso di una pluralità di ragionamenti guidati dalla veracità ed indirizzati a questa stessa grazie alle regole che di volta in volta la dialettica e la retorica individuano per non far cadere nell'errore e nel falso.

Dunque, un Aristotele che pure ha avuto una grandissima rilevanza nella storia del pensiero, del diritto e del processo, ma che nell'età moderna è apparso, soprattutto nell'Europa continentale, quasi dimenticato.

Questo Aristotele, che ha continuato ad effondere la sua luce per i percorsi che sono stati indicati (soprattutto la tradizione anglosassone), mostra già nella sua etica come l'armonizzazione dello scambio dei sentimenti non vada intesa in modo riduttivo, come effetto inintenzionale di sentimenti intenzionali, ma come lavoro diretto a far convergere le nostre intenzioni secondo un'intenzionalità di secondo grado che non è data fin dal principio, che non è totalmente conseguibile, ma a cui ci si deve avvicinare progressivamente.

La ricerca del *giusto mezzo*, tipica dell'etica aristotelica, non è la ricerca di una media per così dire matematica; perché i sentimenti e le intenzioni nel mondo pratico sono oscure, incerte, difficili da determinare e dunque quel giusto mezzo non costituisce qualcosa di calcolabile, ma di solo argomentabile.

Dunque, la proporzione (il giusto mezzo) fra viltà e temerarietà, fra prodigalità e avarizia, fra ira e ignavia è non un possesso dato o conseguibile con certezza, ma il frutto della ricerca morale, cioè poi

possibile una precisione assoluta e bisogna accontentarsi di ragionamenti probabili": in Alessandro GIULIANI, *La definizione della giustizia e il problema dello scambio in Aristotele*, in *Giustizia e ordine economico*. cit., p. 128; più in generale il cap. *Metodo dialettico e definizione della giustizia*, p. 113 ss.; inoltre *Il concetto classico di regola di condotta (a proposito della dottrina aristotelica dei *πρακτά*)*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, Padova, Cedam, 1974, p. 553; *The Aristotelian Theory of the Dialectical Definition*, in *Philosophy and Rhetoric*, 3, 1972, p. 129 ss.; *Das Problem der Reform der Gesetze in der politischen Philosophie Aristoteles zwischen Erneuerung und Tradition*, in *Gesetzgebung und Rechtskultur*, herausgegeben von H. Schäffer, Wien, 1987, p. 25.

dell'interpretazione e della argomentazione della verosimiglianza del risultato raggiunto. E il coraggio, la generosità, la mansuetudine, ciò che Aristotele qualifica come giusto mezzo rispetto alle opposizioni di cui sopra, non vanno intesi come qualcosa di definito, ma come delle direttrici (appunto di secondo grado) verso cui volgere le proprie azioni.

Come nel processo di sostituzione reciproca dei sentimenti (ad esempio fra viltà e temerarietà), in Aristotele, ci si indirizza ad un'armonizzazione pragmaticamente perseguita mediante un percorso compiuto nel segno dell'autenticità (anche se non direttamente intenzionale), allo stesso modo nello scambio delle azioni intenzionali si procede all'insegna di un ordine che è *inintenzionale solo nel senso che esso è perseguito pragmaticamente, senza che si mostri come un vero e proprio fine assolutamente definito*.

Che i presupposti e i risultati (il giusto mezzo, l'ordine) delle nostre azioni non siano qualcosa di intenzionale, non significa che non siano pragmaticamente esercitabili come condizione sottesa per conseguire le nostre manifeste intenzionalità. Queste ultime, infatti, altro non sono che gli strumenti per perseguire la vera intenzionalità, ovvero l'ordine che ne risulta.

Il giusto mezzo in Aristotele, l'ordine inintenzionale, la verità nella controversia (per usare una espressione di Giuliani), pur non essendo possibile tematizzarli nella loro compiutezza, dal momento che riguardano non il mondo del certo, ma quello del probabile, non per questo non sono oggetto di un nostro *attivo esercizio pragmatico* consistente nel raggiungimento dell'equilibrio morale, dell'ordine del mercato, della verosimiglianza nella controversia.

Per questo motivo l'ordine del mercato, quello nel processo, quello nei sentimenti morali pur essendo per certi versi momenti inintenzionali, non perciò non implicano una attiva azione nella direzione di un esercizio pragmatico di forme di moralità solo apparentemente esercitate in forma inintenzionale, *ma la cui intenzionalità è solo non determinabile in modo chiaro e distinto*.

Aristotele, indicando esplicitamente le forme di giusto mezzo, denuncia con chiarezza il fatto che per paradosso è attraverso la 'controversia' fra temerarietà e viltà, è attraverso l'*effettivo* esercizio delle due potenze in contrasto, è nel passare da una intenzione in cui alberga la viltà ad una in cui vive la temerarietà che può scaturire

quel frutto armonico del coraggio che può essere solo il risultato di esperienze attivamente esercitate anche se non mediante astratte rappresentazioni.

Questo tipo di etica è quello che costituisce la base della pratica umana in generale; ma non solo di questa, anche di quella specifica che noi chiamiamo scambio economico e controversia nel processo. È l'etica dell'intenzionalità inapparente, solo individuabile, mai assolutamente determinata e tuttavia non perciò inesistente, influente, invalida. È l'etica che costituisce il fondamento su cui Giuliani può sviluppare una ricostruzione delle ragioni dello scambio e sul piano giuridico del processo; è la medesima la base per delineare in positivo il processo di formazione di un ordine sociale al cui centro c'è la libertà, l'autonomia dei soggetti e subito, però, la cooperazione ed il confronto, produttivi di una armonizzazione delle azioni.

Gli studi sul processo, sulla controversia, sulla funzione del giudice, quelli sulla prova, sulla produzione effettiva dell'ordine normativo possono in certo modo completare l'esplorazione di quei territori del mondo morale e giuridico che nello stesso individualismo metodologico erano restati in ombra e che invece sono della massima importanza per comprendere alcuni tratti della nostra epoca; in particolare quel fenomeno della giurisdizionalizzazione a cui in precedenza si è fatto cenno.

Dunque, primato dell'etica aristotelica e sua funzione nella costruzione dell'ordine inintenzionale.

In che modo, tuttavia, essa viene recepita in un contesto, quale il nostro, così distante da quello in cui è nata?

Giuliani ci da una risposta rileggendo l'etica aristotelica attraverso la sua stessa dialettica e reinterpretando il tutto attraverso la *Teoria dei sentimenti morali*.

Quale è, però, la differenza fra la versione originaria dell'etica aristotelica e quella filtrata da Smith?

Solo dando una risposta a questo particolare interrogativo, la posizione specifica di Giuliani risulterà pienamente comprensibile.

Dunque, è su questo punto che bisogna avere la pazienza di soffermarci un qualche momento. È grazie al suo chiarimento che si

potrà comprendere pienamente la rivalutazione della stessa dialettica.

Per rispondere al nostro interrogativo, si deve tener presente il diverso contesto sociale in cui si sviluppa il pensiero di Aristotele rispetto a quello legato alla recezione aristotelica da parte di Smith.

Nel primo contesto, che siamo soliti denominare società tradizionale e in cui non prevale lo scambio, si ha un primato dell'essere (nostro) sull'agire. Non così nella società in cui si sviluppa il pensiero di Smith; nella quale all'opposto si ha un primato dell'agire sull'essere.

La dialettica, dunque, ovvero la logica del mondo della pratica, agirà, come è ovvio, in tutti e due i contesti. Tuttavia in modo diverso; perché nel contesto tradizionale presiederà allo sviluppo morale prima dell'essere (nostro) che dell'agire, mentre nell'orizzonte moderno svolgerà la propria azione per lo sviluppo etico soprattutto dei rapporti reciproci, ovvero prima dell'agire che dell'essere.

La dialettica apparirà svolgere una funzione diversa nell'aristotelismo tradizionale e in Smith per questo motivo; per il contesto diverso e per il differente campo di esperienza rispetto al quale si troverà a svolgere la sua potenza.

È Smith stesso ad indicarci queste prospettive nell'ultima parte della sua *Teoria*.

La maggior parte degli scrittori antichi, dice Smith, e fra questi vengono annoverati Aristotele e Cicerone, si è dedicata ad “accertare, per quanto il linguaggio ne possa essere capace, primo, in cosa consista il sentimento del cuore su cui si fonda ciascuna virtù particolare...; secondo, quale sia il modo generale di agire, l'ordinario tono e tenore di condotta a cui ciascuno di quei sentimenti tende ad indirizzarci” (15).

In questi scrittori, aggiungiamo noi, l'azione è il risultato della consistenza morale del soggetto. Questi, per poter bene agire, deve aver sviluppato i propri sentimenti morali in modo tale da aver costituito una propria specifica realtà etica di alto sentire che possa essere base sicura del conseguente agire.

Dunque, primato dell'essere sull'azione. Un primato che tutta-

(15) Adam SMITH, *Teoria dei sentimenti morali*, cit., p. 616.

via il nostro essere deve esercitare non in qualsivoglia modo, ma in un modo che sia l'effetto di un lavoro di affinamento.

Se è vero, infatti, che il nostro essere per quegli autori è la base della nostra vita attiva, è anche vero che esso va attentamente coltivato, perché in noi albergano le più differenti virtù come i più diversi vizi.

Dunque, raggiungere un'eccellenza etica è della massima importanza, perché senza di essa decadono sia la famiglia che la vita pubblica e lo Stato; ma per raggiungerla è necessario mettere in azione una dialettica complessa, quella specifica dei sentimenti.

Questi, secondo una lettura dialettica dell'etica aristotelica, vanno individuati e divisi (ad esempio: temerarietà e viltà) e solo attraverso lo scambio, la contrapposizione, la mediazione delle ragioni degli uni e degli altri si può giungere a quel punto di equilibrio (il *giusto mezzo*, la giustezza del sentimento e perciò la giustizia fra i sentimenti), a quella giustizia nello scambio che rende possibile approssimarsi all'eccellenza etica perseguita (nell'esempio di Aristotele, il coraggio).

Per comprendere in modo non statico (e perciò aderente alla effettiva pratica umana) l'etica aristotelica, è necessario darne una lettura non sostanzialistica, ma dialettica; è necessario leggere l'Etica nicomachea con la lente della Retorica e della logica appunto dialettica, non della Metafisica.

Cosa che spiega perché Giuliani perviene alla questione dell'etica e in particolare di quella aristotelica attraverso la logica che riguarda da vicino la prassi e più in generale l'azione e il processo.

Poiché l'etica riguarda la vita pratica, un mondo in cui i sentimenti e le azioni si contrappongono, si distinguono, si mediano costantemente, ad essa deve presiedere la dialettica. Introdurre un deduttivismo rigido, significa, invece, cristallizzare e poi far morire la vita morale.

Ora, nel contesto sociale in cui si ha un primato del proprio essere, che si è detto tipico della società tradizionale il problema primo è il costruire e rafforzare se stesso (per poi agire in un secondo momento); dunque, la dialettica non deve tanto essere utilizzata per regolare i rapporti con altri (i rapporti esterni), quanto per costruire quelli interni, ovvero il più proprio sé, ciò che per secoli è stato detto *amor sui*.

Perciò l'etica va costruita come una sorta di controversia interna (dialettica) diretta al raggiungimento della giustizia (giusto mezzo).

Quando domina il primato del proprio essere come nella società tradizionale, gli strumenti del mondo esterno, sociale, del mondo dell'incertezza e del mero verisimile, ovvero quelli della dialettica, vengono utilizzati per l'interno della nostra vita; dal momento che è qui, in questo momento, che si costruisce la stessa vita sociale.

Perciò, Giuliani applicando la dialettica all'etica aristotelica si comporta come colui che da un lato riconosce il primato del sociale, tipico del nostro mondo (primato della dialettica), ma allo stesso tempo comprende come un tale primato vada inteso in modo affatto particolare, là dove (aggiungerei fino all'avvento della modernità) il sociale si presenti prima di tutto come costituzione di sé (natura umana).

Proprio la consapevolezza intorno al significato del rapporto fra l'etica e la dialettica rispetto ai diversi contesti sociali porta Giuliani ad intendere il senso della recezione di Aristotele da parte di Smith.

In questi non si pone più un primato dell'essere sull'azione, ma di questa sul primo. In una condizione sociale in cui l'economia di scambio assume tutta la sua rilevanza non è il miglioramento del sé il problema centrale, piuttosto è la virtù dello scambio, dell'incontro fra le azioni e sul piano giuridico della controversia.

L'etica non si risolve più in un conflitto o più modestamente in uno scambio dei sentimenti all'interno del soggetto; essa si concentra sull'analisi dei rapporti fra i sentimenti morali presenti nei soggetti che entrano in rapporto reciproco. L'etica aristotelica continua ad esercitare la sua influenza, ma in un contesto per così dire rovesciato rispetto a quello originario.

Di qui la vicinanza e ad un tempo la distanza fra la riflessione dello Stagirita e quella contenuta nella *Teoria dei sentimenti morali*. Di qui il tentativo di Giuliani di articolare questa distanza.

L'etica riguarda prima di tutto non il proprio miglioramento, ma la *simpatia*, diremmo oggi il legame sociale; essa è qualcosa che sorge sempre a partire da una 'situazione' con riferimento alla possibilità e necessità di *mettersi al posto di altri*. È con riferimento a tale 'situazione', a tale costante *scambio delle posizioni* occupate che sorge la necessità di trovare la via di una virtù dei rapporti.

È da qui che bisogna partire perché oramai non è tanto importante migliorare se stessi, quanto la relazione reciproca ⁽¹⁶⁾.

È una tale relazione, di per sé dialettica, che consente di migliorare anche i soggetti del rapporto e alla fine la stessa ricchezza di un popolo. È sulla base di una tale etica che si può costruire prima un'etica economica all'altezza dei tempi e poi una vera e propria economia.

A Smith non interessa più migliorare se stessi distanziandosi dagli altri, piuttosto avere la possibilità *di approvare le opinioni di un altro uomo perché ciò comporta far proprie quelle opinioni e consentire all'altro di approvare le mie*. È questa dialettica, che presiede alla *Teoria dei sentimenti morali*; è essa che consente un'armonizzazione virtuosa dei rapporti, capace di far superare 'naturalmente' e non 'coattivamente' l'inimicizia hobbesiana.

Alla nuova società non interessa tanto la simpatia intesa come sentimento soggettivo, ma essa medesima vista, però, come sentimento intersoggettivo, ovvero pubblico. In essa non è il sé che consente di migliorare i rapporti, è piuttosto la relazione di scambio dei sentimenti che, quando si verifica, garantisce una migliore etica pubblica.

Ma poiché ciò che importa ad una società di scambio è prima di tutto una tale etica, l'etica si risolve nel lavoro svolto dalle parti per avvicinarsi all'imparzialità, a quella giustizia nello scambio che Smith pone come il più alto valore.

Come nel sistema processuale, per riprendere una metafora di Giuliani, le parti, pur partendo dalle proprie parziali opinioni, mediante le regole dialettiche sono, nella controversia, condotte verso un risultato verisimile e verace, allo stesso modo il sistema sociale conduce i sentimenti particolari a convergere verso una appropriatezza dei sentimenti che realizza concretamente di volta in volta la *simpatia*.

Di modo che, colui che, come Smith, intende descrivere questo caratteristico nuovo territorio etico non può non assumere l'imperativo sociale del superamento della parzialità; non può non mettersi nell'ottica, appunto, dell'*osservatore imparziale*.

⁽¹⁶⁾ Si veda in particolare i punti 1 e 2 del capitolo *La maniera in cui giudichiamo l'appropriatezza o inappropriata delle affezioni degli altri uomini, secondo la loro concordanza o dissonanza con le nostre*, in Adam SMITH, *Teoria dei sentimenti morali*, cit., pp. 83 e 85.

La lettura smithiana di Aristotele consente a Giuliani di comprendere la centralità dell'Aristotele della retorica e della dialettica; la lettura della retorica aristotelica consente al medesimo di comprendere l'originale contributo di Smith alla teoria dei sentimenti morali e all'etica economica. Ambedue le cose danno la possibilità al nostro filosofo del diritto di ampliare lo spettro interpretativo dell'individualismo metodologico e delle coordinate logiche ed etiche della società in cui viviamo.

In questa riflessione sul senso dell'opera di Giuliani sarà stato notato che vi è un grande assente: Giovan Battista Vico.

Un'analisi della rilettura che ne dato il nostro, avrebbe consentito, certo, di meglio comprendere le profondità del pensiero che si è cercato di ricostruire. Essa, tuttavia, ci avrebbe costretto ad una ben più ampia ed ardua ricerca, che non è stato possibile qui neppure affrontare.

Perciò, si è costretti a concludere queste note quasi con un senso di insoddisfazione.

Tutto ciò non ci può, tuttavia, privare del piacere di un accenno alle *Institutiones oratoriae*, per attribuire alla singolarità di una vicenda intellettuale fra le più interessanti, ovvero ad Alessandro Giuliani, filosofo, un giudizio dato da Vico sugli oratori eccellenti e sul perché questi ultimi siano così rari.

Si tratta di una notazione che ben descrive un intellettuale che è stato sempre del tutto distante dalle facili conciliazioni e che ha sempre seguito i difficili sentieri della ragione critica. Vale la pena riportarla qui come congedo.

Nota, dunque, Vico: "Hinc intelligere datur causas ex quibus preclari oratores tam rari sint: quia haec dicendi facultas ex rebus inter se omnino pugnantibus coalescit" (17).

(17) Giovan Battista VICO, *Institutiones oratoriae*, Napoli, Istituto Suor Orsola di Benincasa, 1989, p. 30. Su Vico si rinvia a Alessandro GIULIANI, *La filosofia retorica di Vico e la nuova retorica*, in *Atti dell'Accademia delle scienze morali e politiche della Società nazionale delle scienze, Lettere ed Arti in Napoli*, vol. LXXXV, Napoli, 1974, p. 144; *La filosofia del processo in Vico ed il suo influsso in Germania*, in *Bollettino del centro di studi vichiani*, 1992-1993, p. 345; *Il binomio retorica-procedura giudiziaria nella filosofia retorica di Giambattista Vico*, in *Studi in onore di E. Fazzalari*, I, Milano, Giuffrè, 1993, p. 70.

GAETANO CARCATERRA
L'ARGOMENTAZIONE GIURIDICA
FRA RETORICA E LOGICA
NEL PENSIERO DI ALESSANDRO GIULIANI

1. Alessandro Giuliani fra retorica e logica. — 2. Tematiche logiche nella storia del concetto di prova. — 3. L'argomentazione giuridica come argomentazione deduttiva. — 4. L'argomentazione giuridica come argomentazione induttiva o solo probabile. — 5. Il concetto del probabile. — 6. La controversia. — 7. Retorica e logica. — 8. Un orientamento culturale. — 9. L'uditorio razionale nell'uditorio particolare.

1. *Alessandro Giuliani fra retorica e logica.*

Credo che si possa collocare il pensiero di Alessandro Giuliani, almeno in alcuni suoi momenti, in una posizione in certo senso intermedia fra la retorica e la logica, ed è quello che qui cercherò di mostrare. Ciò peraltro può sembrare strano perché la figura intellettuale di Giuliani è legata non alla logica ma alla dialettica e alla retorica, in particolare alla retorica giudiziaria alla quale ha dato contributi di grande importanza. Invece verso la logica, la logica formale soprattutto nei suoi esiti moderni, Giuliani, antiscientista e antiformalista per natura, non ha mai mostrato simpatia. Tutto questo spiega anche la sua adesione alla nuova retorica di Perelman di cui è ben noto l'antilogicismo. Naturalmente Giuliani ha la sua personalità e il suo pensiero non si identifica con quello di Perelman, ma la scarsa simpatia per la logica è senza dubbio un tratto comune ad entrambi e traspare un po' in tutte le opere di Giuliani: in particolare nella voce *Logica, Teoria dell'argomentazione*, scritta per l'*Enciclopedia del diritto* di Giuffrè, nella monografia *La controversia* ⁽¹⁾, e anche più manifestamente nell'appendice di uno dei suoi

(1) A. GIULIANI, *La controversia (Contributo alla logica giuridica)*, Pavia, 1966.

primi e principali lavori, *Il concetto di prova* (2), un'opera che è giusto annoverare fra i migliori contributi alla filosofia del diritto dell'ultimo cinquantennio.

Questa opera è la storia nella retorica classica e nella dialettica medioevale (che qui intenderò inclusa nello svolgimento della retorica) del concetto di prova nel senso stretto di prova di un fatto, ma anche, più in generale, del concetto di argomentazione giuridica in fatto o in diritto (3). E qui, a parte l'appendice, Giuliani, che era anche e non secondariamente uno storico, con la obiettività dello storico autentico non ha potuto fare a meno di mettere in luce le notevoli intersezioni tra logica e retorica. È su questo punto dunque che mi tratterò seguendo (in modo necessariamente sommario) la linea storica tracciata da Giuliani, ma segnalando anche tematiche logiche della retorica oltre quelle da lui rilevate. La retorica classica infatti includeva in sé gran parte della logica — della logica, dico, nel senso tecnico e persino formale della parola — quando addirittura, p. e. nel caso della tradizione stoica, non era essa stessa parte della logica. Cosicché un capitolo, il capitolo della *argumentatio*, era comune alla logica e alla retorica (4). Quello che dunque cercherò di mostrare, giovandomi anche dei rilievi dello stesso Giuliani, è il copioso impiego che la retorica ha fatto della logica tecnica e formale, sia deduttiva che induttiva.

2. *Tematiche logiche nella storia del concetto di prova.*

Sin dall'inizio la retorica teorizza il concetto giuridico di prova, specificamente della prova in fatto, perché, si sa, la retorica nasce storicamente sulla base di esigenze giudiziarie. La retorica concepisce la prova nell'ambito di una teoria dei segni, sintomi o indizi, e la definisce come il procedimento attraverso il quale dalla presenza di

(2) A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1961.

(3) Perciò talvolta userò il termine "prova" nel senso largo di argomentazione giuridica.

(4) Si veda l'antologia ampiamente commentata e annotata di S.C. SAGNOTTI, *Retorica e logica. Aristotele, Cicerone, Quintiliano, Vico*, Torino, Giappichelli, 1999; v. in particolare le pp. 55-76 e 85-111.

qualche cosa si arguisce l'esistenza di qualche altra cosa ⁽⁵⁾. Più esattamente, è il procedimento che dalla presenza di certi effetti (i segni, i sintomi, gli indizi) risale alla causa che li ha prodotti (il fatto che si vuole provare), definizione che in sostanza coincide con quella delle presunzioni quale risulta dall'art. 2727 del nostro codice civile.

Dalla teoria dei segni si sviluppano a cascata molteplici questioni delle quali è intessuta la storia del concetto retorico di prova e di argomentazione giuridica. Il ragionamento probatorio e giuridico è un ragionamento deduttivo o induttivo? È un ragionamento apodittico e incontrovertibile o dialettico e aperto alla discussione? Nella sua conclusione è un ragionamento necessario o solo probabile? E se è probabile, quale è il criterio della probabilità? È un criterio oggettivo, basato su frequenze di fatti, o soggettivo, basato sull'opinione? E infine: c'è un criterio che permetta di individuare il ragionamento probatorio sbagliato, c'è una teoria retorica dell'errore?

Questi ed altri simili interrogativi costituiscono i nodi della storia retorica della prova e dell'argomentare giuridico. E, come si vede, tutti più o meno direttamente mettono in gioco le categorie della logica. Sono temi già presenti in Aristotele. La prova ha una struttura deduttiva o induttiva? Nella *Retorica* di Aristotele le prove possono essere dell'uno e dell'altro tipo. Le prove retoriche per eccellenza sono infatti due, l'entimema, che è la forma retorica del sillogismo, e l'esempio, che è la forma retorica dell'induzione ⁽⁶⁾. Inoltre, per Aristotele ci sono prove necessarie e prove solo probabili, distinzione che richiama quella dei *Topici* fra il sillogismo apodittico, che deriva da principi necessari e indiscutibili, e il sillogismo dialettico, che deriva da premesse generali non certe, ma fondate sull'opinabile e il probabile e perciò aperte alla discussione ⁽⁷⁾. Queste premesse generali, gli *èndoxa*, che reggono il sillogismo dialettico sono assimilabili a quelle che nella giurisprudenza di oggi si dicono massime di comune esperienza o sono principi assiologici espressione di valori socialmente condivisi. Alla tecnica della discussione Aristotele dedica un intero libro dei *Topici*, l'VIII,

⁽⁵⁾ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 10.

⁽⁶⁾ *Ret.*, I, 2, 1356 b.

⁽⁷⁾ *Top.*, I, 100 a 18-100, b 18; ib., 104 a.

mentre negli *Elenchi sofistici* aggiunge anche una teoria del ragionamento dialetticamente e logicamente errato, con un repertorio di sofismi o fallacie che sopravvive, arricchito, negli odierni manuali di logica.

Pertanto nella *Retorica*, nei *Topici* e negli *Elenchi sofistici* di Aristotele sono contenute in nuce tutte le tematiche retorico-logiche che saranno discusse e approfondite successivamente: problemi squisitamente logici agitati e risolti in seno alla stessa retorica.

Problemi che si sollevano a cominciare dalla domanda se la prova sia un procedimento deduttivo o induttivo, domanda alla quale la storia ha dato risposte alterne, che hanno condizionato la risposta anche agli altri interrogativi che abbiamo visto discenderne.

Così, ad esempio, la controversia metodologica fra stoici ed epicurei rappresenta il contrasto fra una concezione deduttiva e una concezione induttiva dell'argomentazione⁽⁸⁾. Nelle opere di Cicerone e nella *summa* di Quintiliano si ritrova la classificazione aristotelica degli argomenti in deduttivi e induttivi e, con riferimento al valore delle premesse e della conclusione, in necessari e probabili⁽⁹⁾. Queste due distinzioni — è bene notare — non si identificano: un argomento deduttivo può essere necessario (apodittico nel linguaggio aristotelico) se muove da premesse necessarie, ma solo probabile (dialettico nel senso di Aristotele) se invece parte da premesse probabili⁽¹⁰⁾.

3. *L'argomentazione giuridica come argomentazione deduttiva.*

La trattazione degli argomenti deduttivi, soprattutto in Cicerone ma anche in Quintiliano, appare notevolmente ampia. Numerosi sono gli esempi di argomenti, in fatto e in diritto, che esibiscono

(8) A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., I, cap. III, §§ 1-2.

(9) Cic.: *De Inv.*, I, 44-47, I, 51 ss., I, 57 ss.; Quint.: *Inst. Or.*, V, 9-12.

(10) P.e., la premessa « se ha generato è stata con un uomo » è necessaria (Cic., *De Inv.*, I, 44), perciò l'argomento che se ne può trarre « se ha generato è stata con un uomo, ha generato dunque è stata con un uomo » è deduttivo e necessario; invece la premessa « se è madre ama suo figlio » è solo probabile (Cic., *De Inv.*, I, 46) e allora benché deduttivo sarà non necessario ma solo probabile l'argomento « se è madre ama suo figlio, è madre dunque ama suo figlio ».

palesemente la forma del *modus ponens* ⁽¹¹⁾, del *modus tollens* ⁽¹²⁾, del dilemma costruttivo ⁽¹³⁾, del sillogismo con maggiore universale ⁽¹⁴⁾ e del sillogismo disgiuntivo ⁽¹⁵⁾. Del sillogismo disgiuntivo o ragionamento per esclusione Cicerone offre altresì una rigorosa e lucida definizione valida tuttora ⁽¹⁶⁾, e nella *Topica* enuncia perfino formalmente sette schemi inferenziali tratti dalla tradizione stoica ⁽¹⁷⁾.

La concezione dell'argomentazione giuridica come deduttiva e spesso necessaria si affermerà a tratti anche più tardi, e Giuliani lo documenta rigorosamente ⁽¹⁸⁾: con Boezio, con il formalismo dei secoli IX e X, con le tendenze sistematiche della dialettica che prevalsero verso la fine del 1200, con Rodolfo Agricola nel 1400 e poi con Pietro Ramo. Agricola e Ramo segnano anche il tramonto della congiunzione della retorica con la logica: dopo di essi la retorica si ridurrà a mera teoria dell'*ornatus* mentre la logica verrà coltivata e progredirà indipendentemente dalla retorica (tuttavia nelle *Institutiones Oratoriae* di Vico, di cui possediamo una bella edizione e traduzione curata da Giuliano Crifò ⁽¹⁹⁾, retorica, soprattutto retorica giudiziaria, e logica tornano ad incontrarsi).

4. *L'argomentazione giuridica come argomentazione induttiva o solo probabile.*

Benché la retorica abbia ammesso il carattere deduttivo e per-

⁽¹¹⁾ Qui e avanti mi limiterò a pochi esempi; Cic.: *De Inv.*, I, 66, I, 72; *Top.*, II, 10, XIII, 53.

⁽¹²⁾ Cic.: *De Inv.*, I, 45, I, 63, I, 87; *Top.*, XIII, 53; Quint.: *Inst. Or.*, V, 10, 65 (questo esempio si intreccia con un sillogismo disgiuntivo).

⁽¹³⁾ Cic. (*complexio*): *De Inv.*, I, 45; Quint.: *Inst. Or.*, V, 10, 70.

⁽¹⁴⁾ Cic.: *Top.*, XIII, 53; Quint.: *Inst. Or.*, V, 10, 62.

⁽¹⁵⁾ Cic.: *De Inv.*, II, 118 (il ragionamento per esclusione è qui ravvisabile nell'alternativa delle due tesi in contrasto e nella negazione che una parte compie della tesi avversaria); *De Or.*, II, 165; Quint.: *Inst. Or.*, V, 10, 67 e 68.

⁽¹⁶⁾ Cicerone chiama *enumeratio* questo tipo di argomento: *De Inv.*, I, 45 (« pluribus rebus expositis et ceteris infirmatis una reliqua necessario confirmatur »).

⁽¹⁷⁾ *Top.*, XIV, 56-7.

⁽¹⁸⁾ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., v. spec. pp. 124-130, 157, 185, 207-216.

⁽¹⁹⁾ G. VICO, *Institutiones Oratoriae*, testo critico versione e commento di G. Crifò, Ist. Suor Orsola Benincasa, Napoli, 1989.

sino necessario dell'argomentare giuridico, storicamente prevale in essa una concezione induttiva della prova e soprattutto si consolida l'idea che l'argomentazione giuridica in generale, in fatto e in diritto, è un'argomentazione probabile, in quanto offre conclusioni non già necessarie e irrefragabili bensì solo probabili e discutibili.

La stessa teoria presocratica dei segni (sopra, § 2) era orientata verso un metodo induttivo e fondata sul criterio dell'*eikòs*, nel senso che la conoscenza dei fatti va acquistata per mezzo di probabilità⁽²⁰⁾. E vale subito la pena di notare che già la teoria dei segni, che nel diritto è la teoria della prova indiziaria, anticipa di secoli un tipo di ragionamento probabilistico la cui struttura logica sarà precisata in tempi relativamente recenti ad opera di Charles Peirce e ancora prima di Thomas Bayes (del quale nella teoria delle probabilità sopravvive un famoso teorema): si tratta di quel genere di ragionamento, generalmente noto sotto il nome di abduzione, il quale, dati certi indizi, consente di concludere più o meno probabilmente per la sussistenza del fatto ipotizzato⁽²¹⁾.

Anche a questo proposito è notevole il contributo di Cicerone e di Quintiliano che, accanto ai ragionamenti deduttivi (sopra, § 3), hanno fatto largo spazio a quelli induttivi. E a proposito di questi ultimi Cicerone e Quintiliano non solo, come si è detto (sopra, § 2), hanno sottolineato nell'argomentazione il ruolo delle premesse semplicemente probabili e hanno prestato molta attenzione al ragionamento induttivo, ma sono da considerare fra coloro che nell'antichità hanno anticipato con maggiore chiarezza la teoria dell'abduzione. Cicerone nella *Topica* ne parla a proposito delle cause e degli

(20) A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., pp. 12-14.

(21) Th. BAYES, *Essay Towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society*, LIII, pp. 370-418, 1763 (pubbl. postumo); Ch.S. PEIRCE, *Collected Papers* (a cura di Ch. Hartshorne e P.P. Weiss, Harvard Univ. Press, Cambridge Mass., 1965), 5.189; v. anche dello stesso *Scritti di filosofia*, trad. it., Cappelli ed., Bologna, 1978, *La logica dell'abduzione*, pp. 289-305, in particolare p. 296, e *Caso amore e logica*, trad. it., Taylor, Torino, 1956, *Deduzione, induzione e ipotesi*, pp. 95-110. G. KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, tr. it., Giuffrè, Milano, 1971, pp. 206-209, dice "riduttivo" il ragionamento la cui premessa constata un effetto e la cui conclusione ne indica la causa, e T. GOVIER, *A Practical Study of Argument*, 3rd ed., cap. 10, Wadsworth Publishing Co., Belmont, California, 1992, chiama "conduttivo" l'argomento che fa convergere più indizi sulla stessa conclusione.

effetti: la causa, dice, indica l'effetto, ma l'effetto rivela (*demonstrat*) la causa (22), e quest'ultimo è appunto il procedimento dell'abduzione. Nel *De Oratore* chiama un simile ragionamento *ex consequentibus* e ne reca, in forma di domanda retorica, un esempio che ancora oggi viene citato come classico caso di prova indiziaria (23). Quintiliano a sua volta parla di prove di fatto, dai greci dette *eikòta*, che ricavano il fatto da provare da un *signum* o *indicium*, ma — egli avverte precorrendo rigorose precisazioni del calcolo bayesiano — in maniera non necessaria perché l'indizio potrebbe essere conseguenza di altri fatti (24).

La distinzione fra argomentazione necessaria e argomentazione probabile già presente in Aristotele, in Cicerone e in Quintiliano, diventa, nell'orizzonte medievale della *quaestio* e dell'*ars opponendi et respondendi*, il criterio distintivo fra due ambiti culturali. Come dice Ugo di San Vittore, c'è una logica *demonstrativa*, necessaria, che è limitata alla matematica e alla geometria, e c'è una logica solo *probabilis*, esercitabile in altri campi della conoscenza (25). È una distinzione, occorre aggiungere, che si è prolungata nel tempo ed è arrivata nella filosofia dei nostri giorni. Essa è infatti quasi letteralmente ripetuta nell'ambito della logica moderna: Polya, nei suoi *Patterns of Plausible Reasoning*, opera non di retorica bensì di metodologia e di logica, distingue appunto il ragionamento "dimostrativo", incontrovertibile, definitivo, che è proprio ed esclusivo della matematica, dal ragionamento "plausibile", controverso, più o meno probabile, che è il ragionamento di cui dobbiamo acconten-

(22) *Top.*, XVIII, 67.

(23) *De Or.*, II, 170: « se quello fu ucciso con la spada e tu fosti trovato con la spada insanguinata, nel medesimo luogo, e nessuno fu visto fuori di te e nessuno aveva motivo di ucciderlo e tu eri considerato un violento, possiamo aver dubbi sull'autore del delitto? ». L'esempio, ripetuto da VICO (*Inst. Or.*, cit., 14, 60), è citato da A. TRAVERSI, *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 37 nota 9. Un esempio molto simile si trova in B. SKYRMS, *Introduzione alla logica induttiva*, tr. it., p. 20, Il Mulino, Bologna, 1974.

(24) *Inst. Or.*, V, 9, 8-10, ed esemplifica: come, dice, dal sangue si capisce che c'è stata uccisione; tuttavia, precisa, il sangue potrebbe essere sprizzato dal sacrificio di una vittima o dal naso, per cui non necessariamente chi ha l'abito macchiato di sangue è un assassino.

(25) V. A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 146.

tarci al di là della matematica: è il ragionamento delle scienze fisiche, della storiografia, del tipo di evidenza — aggiunge Polya — di cui può disporre il giudice o l'avvocato ⁽²⁶⁾.

Ma questa distinzione, né in Polya né, credo, in Ugo di San Vittore, intende caratterizzare due tipi di cultura sulla falsariga della opposizione logica e retorica; non dice: da una parte tutta la logica, deduttiva e induttiva, insieme con le discipline scientifiche, quale loro proprio attrezzo, e dall'altra tutta la retorica con le discipline umanistiche delle quali sarebbe strumento parimenti esclusivo. Piuttosto, parallelamente del resto alla distinzione aristotelica tra sillogismo apodittico e sillogismo dialettico, le due culture sono caratterizzate con riferimento a due nodi della logica: di là la logica deduttiva con (premesse e) conclusioni necessarie (il sillogismo apodittico), cioè l'argomentazione dimostrativa valida per le scienze esatte, e di qua la logica induttiva o la stessa logica deduttiva ma con conclusioni solo probabili e plausibili (il sillogismo dialettico), *l'argumentatio probabilis*, buona per le scienze dell'uomo. Anche la retorica copre l'intero territorio della cultura, perchè c'è non solo una retorica esercitabile nel campo delle cose umane, c'è anche una retorica della matematica e della geometria: anch'esse hanno un uditorio da tener presente con tutto il patrimonio di conoscenze acquisito, ragionano per entimemi con molti passaggi sottintesi, curano l'ordine più conveniente degli argomenti (la *dispositio*), la chiarezza (la *perspicuitas*) e persino l'eleganza delle dimostrazioni (l'*elocutio*). Logica e retorica sono compresenti ovunque si svolga un'argomentazione, quale che ne sia la natura epistemica e lo specifico campo culturale di appartenenza ⁽²⁷⁾.

5. *Il concetto del probabile.*

Naturalmente il concetto del probabile nella retorica antica e

⁽²⁶⁾ G. POLYA, *Patterns of Plausible Reasoning*, vol I, p. V, University Press, Cambridge, 1954.

⁽²⁷⁾ Su ciò v. G. CARCATERA, *L'argomentazione nell'interpretazione giuridica*, in "Atti dei Convegni Lincei", 135, pp. 111-112, Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 1998.

nella dialettica medievale non può essere ancora quello della logica moderna, ma ci si avvicina progressivamente.

Giovanni di Salisbury, nel riproporre la distinzione di Ugo di San Vittore, ne è stato fra i primi teorici, se già presso di lui la probabilità è graduabile in una scala compresa fra il certamente vero e il certamente falso ⁽²⁸⁾: ciò che corrisponde al concetto moderno, per cui la probabilità prende valori fra l'1, definito proprio come il necessariamente vero, e lo 0, definito come il necessariamente falso. Del resto, lo stesso Giuliani osserva che a partire dalla fine del XIII secolo, la dialettica viene trasformandosi in scienza assoluta e si assiste ad una sorta di aritmetica delle prove, che costituisce un tentativo in nuce di calcolo delle probabilità ⁽²⁹⁾.

Inoltre, nella tradizione retorica e dialettica il concetto del probabile oscilla tra una concezione oggettiva e frequentistica, per cui la probabilità è commisurata all'*id quod plerumque accidit*, e una concezione soggettiva, che dipende dall'opinione e dalla *fides*. Giuliani non guarda con simpatia alla concezione oggettiva, che gli sembra sia alla base della moderna statistica matematizzante, ma ammette che essa ha avuto importanti affermazioni: già all'inizio nella teoria dei segni, che costruita sul modello della medicina aveva una radice empirica ed oggettiva, nonché in Aristotele e persino in S. Tommaso.

Nel medioevo però effettivamente prevale una concezione soggettiva del probabile. Una concezione — giova notare — che comunque anch'essa preannuncia un punto di vista ben presente nella teoria contemporanea delle probabilità, perché in questa accanto alla teoria frequentistica c'è, largamente attestata, la teoria chiamata precisamente soggettivistica, la quale definisce la probabilità come il grado di fiducia che una persona, secondo la propria opinione, ha nel verificarsi di un evento ⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., v. pp. 147-149.

⁽²⁹⁾ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 166, pp. 184-186.

⁽³⁰⁾ V., p. e., G. DALL'AGLIO, *Calcolo delle probabilità*, cap. I, § 1.5, Zanichelli, Bologna, rist. 1995; R. SCOZZAFAVA, *La probabilità soggettiva e le sue applicazioni*, Veschi ed., Milano, 1989. Della concezione soggettivistica è stato in Italia esponente insigne B. de FINETTI, *Teoria della probabilità*, Einaudi, Torino, 1970, Id., *La logica dell'incerto*, tr. it., Il Saggiatore, Milano, 1989.

6. *La controversia.*

C'è un campo della retorica e della dialettica che sembrerebbe privo di connessioni con la logica: il campo della controversia e della discussione, che è il terreno della dialettica di Aristotele e poi delle tecniche medievali della disputa.

Ma discussione e logica non sono affatto tematiche estranee l'una all'altra. La teoria della discussione coinvolge la logica e la logica comporta una teoria della discussione. Appena due esempi, presi ai due capi opposti della storia. Nella concezione dei *Topici* di Aristotele la discussione si articola nella struttura del sillogismo dialettico, che è un normale sillogismo salvo il fatto che parte da premesse comunemente accettate (gli *èndoxa*), e la vittoria spetta a chi riesce a mostrare che l'avversario è in contraddizione con tali premesse o, se le accetta, che contraddice se stesso. D'altra parte, i testi moderni di logica sia generale che giuridica non mancano di prestare attenzione e di analizzare le strutture della discussione, della confutazione e della contrapposizione degli argomenti ⁽³¹⁾.

La verità è che la categoria della contraddizione, categoria logica per eccellenza, è fondamentale nella discussione: è essa che permette di definire, di impostare correttamente e di vincere una discussione.

Ovviamente la definisce, perché discutere è proprio un contraddire, e se nell'intreccio del dialogo si vuole precisare quello che è il vero punto in discussione, quello che la retorica classica chiamava lo *status causae*, occorre individuare la specifica affermazione di una parte che contraddice l'affermazione dell'altra parte.

La contraddizione è anche il criterio che permette di verificare la correttezza della discussione. C'è infatti errore nella impostazione della discussione — errore su cui Giuliani si è trattenuto a lungo — se le due affermazioni sono non realmente ma solo apparentemente in contraddizione fra di loro. In questo caso si ha quella fallacia che Aristotele, e dopo di lui tutta la tradizione logica, ha chiamato *ignoratio elenchi*. Il capitolo delle fallacie o sofismi, che occupano

⁽³¹⁾ V., p. e., D. KELLEY, *The Art of Reasoning*, 3rd ed., pp. 174-190, W.W. Norton Co., New York-London, 1998; R.E. RODES jr., H. POSPESEÒ, *Premises and Conclusions. Symbolic Logic for Legal Analysis*, pp. 207-235; G. CARCATERRA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, pp. 135-137, Giappichelli, Torino, 2011.

largo spazio nella logica applicata contemporanea, sono errori che la logica scopre sotto i veli di una retorica capziosa, e gran parte delle fallacie sono casi di discussione viziata.

Infine, portare l'avversario a contraddirsi è una strategia assai comune per vincere una discussione: è il ragionamento noto come *reductio ad absurdum*. Si prova una tesi mostrando che un interlocutore, reale o anche solo immaginato, che neghi quella tesi si sbaglia, si sbaglia fino a sostenere cose contraddittorie. Sarebbe erroneo supporre che un tal genere di argomentazione sia esclusivo della matematica: basterebbe pensare al largo uso che se ne fa nei dialoghi platonici e al fatto che, in sostanza, è una forma di *reductio ad absurdum* la strategia della discussione teorizzata nei *Topici* di Aristotele ⁽³²⁾. In ogni caso questo tipo di ragionamento smentisce l'idea che la retorica e non la logica sarebbe capace di prendere in considerazione gli aspetti dialogici del discorso: il ragionamento per assurdo, tipicamente logico, si svolge proprio nella dimensione del dialogo e della discussione.

Si potrebbe continuare a mostrare gli impegni logici della teoria della discussione. Ne è un concetto importante, per esempio, quello di rilevanza ⁽³³⁾. Gli argomenti che si adducono devono essere rilevanti per il punto in discussione. Ebbene, un argomento è rilevante per una certa tesi se è in grado di sostenerla in modo necessario o almeno probabile, vale a dire deduttivamente o induttivamente.

7. *Retorica e logica.*

C'è già quanto basta per concordare con ciò che Giuliani afferma, e forse anche un po' al di là di ciò che egli intende affermare, sin dalla prima pagina del *Concetto di prova*, e cioè che « *la storia induce a rivedere i termini antitetici nei quali solitamente*

⁽³²⁾ L'impiego di questo strumento dialettico è forse più frequente nel discorso quotidiano e nel processo che nella matematica: è la strategia di chi cerca di provare la propria tesi mettendo alle corde l'avversario, ossia costringendolo ad accettare la tesi se non vuole cadere nell'assurdo; v. G. CARCATERRA, *Presupposti*, cit., pp. 161-163 e 205-207.

⁽³³⁾ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., pp. 172 e 183 ss.

viene impostato il rapporto della retorica con la logica »⁽³⁴⁾. Si è visto infatti quanta logica dei logici sia coinvolta dalla retorica in tutta la sua storia.

Certo, Giuliani, nell'auspicare una ritrovata unità della logica e della retorica (nella sua osservazione storiografica è implicito anche un auspicio), quella che privilegia è la "logica dell'argomentazione" e più specificatamente la "logica del probabile", che vuole essere distinta dalla logica cosiddetta formale, classica e moderna. Ora, contro l'idea di una giurisprudenza dimostrativa, condotta *more geometrico*, ipotesi che può venir chiamata logicismo giuridico, è molto giusto ed opportuno sottolineare che dall'argomentare del giurista non ci si può ragionevolmente attendere che conclusioni più o meno probabili: la giurisprudenza non è dimostrativa come la matematica e le scienze esatte. Questo è ben vero (v. sopra, § 4). Ma l'argomentazione probabile non è estranea alla logica formale. Non è estranea alla stessa logica deduttiva, perché già una deduzione fornisce una conclusione solo probabile se probabili ne sono le premesse (cfr., sopra, § 3). Non è estranea alla logica induttiva, perché per definizione nell'induzione il nesso che lega premesse e conclusione è non certo ma probabile⁽³⁵⁾. E, sempre nell'ambito della logica deduttiva e induttiva, non è detto che la probabilità debba esprimersi in termini necessariamente quantitativi e numerici: rimangono trattabili sul terreno della logica espressioni di uso quotidiano come « questo è piuttosto, molto, altamente probabile », « questo è più o meno, molto più o molto meno, probabile di quest'altro »⁽³⁶⁾. E neppure è detto che la probabilità debba

⁽³⁴⁾ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 3.

⁽³⁵⁾ Secondo la tradizione il ragionamento induttivo si distingue dal ragionamento deduttivo perché questo procederebbe dal particolare al generale mentre quello procederebbe all'inverso dal generale al particolare. Una tale definizione copre solo alcuni casi di induzione e di deduzione. La definizione corretta fa dipendere invece la differenza dal valore del nesso di consequenzialità, probabile nell'induzione, certo nella deduzione.

⁽³⁶⁾ Cfr. W.C. SALMON, *Logica elementare*, trad. it., p. 67 ss., Il Mulino, Bologna, 1969; P. GARBOLINO, *Probabilità e prova in un ottica operativa*, in "Diritto e processo penale", 1995, 8, pp. 998-1002; G. CARCATERRA, *Presupposti*, cit., pp. 143-144. Perciò, tra il linguaggio e le stime del calcolo delle probabilità e il linguaggio e le stime del senso comune c'è una corrispondenza, ma essa è approssimativa, e questa approssimazione talvolta può diventare notevole divergenza fino a configurare valutazioni del giudice

dipendere da frequenze statistiche (secondo la concezione frequentistica), perché è legittimo farla dipendere invece da stime opiniate (secondo la teoria soggettivistica, che è un'alternativa interna alla teoria delle probabilità: cfr., sopra, § 5). Una logica del probabile trova dunque ampi e liberi spazi nella logica deduttiva e induttiva.

Del resto, lo stesso Perelman, che nella sua *Logica giuridica — Nuova retorica* ⁽³⁷⁾ ha compiuto un attacco sistematico alle tecniche logiche, almeno programmaticamente si era mostrato più conciliante all'inizio del trattato della *Teoria dell'argomentazione*, in cui dichiarava di voler solo completare e non cancellare la logica formale ⁽³⁸⁾. Comunque sta di fatto che le categorie della sua retorica sono in gran parte traducibili in termini logici. Per esempio, quelli che Perelman chiama argomenti quasi-logici ⁽³⁹⁾ sono argomenti espressi in forma incompleta o velata da figure retoriche (p.e da domande retoriche) come si usa nel parlare comune, ma che interpretati e ricostruiti nella loro sostanza sottintesa si rivelano argomenti logici veri e propri. In questo senso sono quasi-logici anche i ragionamenti matematici, perché neppure la matematica è mai scritta in completi e pedanti sillogismi: i sillogismi sono impliciti ed emergono se il discorso matematico viene interpretato e ricostruito nei suoi sottintesi (cfr., sopra, § 3). Gli argomenti di convergenza di Perelman sono

come veri e propri errori giudiziari, almeno dal punto di vista della logica tecnica (ma, in fondo, anche dal punto di vista della logica intuitiva del giudice stesso, se si pensa che questi normalmente si rivolge ad un consulente tecnico al quale si affida e della cui logica dunque implicitamente si fida). Naturalmente non si può chiedere al giudice di diventare un profondo conoscitore dei complessi procedimenti della logica deduttiva, induttiva e statistica; allora il problema è di trovare strumenti conformi alle regole logiche ma nello stesso tempo intuitivi e accessibili al genere di cultura propria del giurista. Non sono mancati tentativi in questo senso anche da parte di processualisti (p.e., Ekelöf, Taruffo). Su ciò v. G. CARCATERRA, *La logica e le prove*, in "Studi in onore di Carmine Punzi", vol. V, pp. 467-487. Giappichelli, Torino, 2008.

⁽³⁷⁾ Ch. PERELAMN, *Logica giuridica — Nuova retorica*, con presentazione di A. Giuliani, Giuffrè, Milano, 1979.

⁽³⁸⁾ Ch. PERELAMN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Teoria dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it., p. 12, Einaudi, Torino, 1966 (« i logici devono dunque completare la teoria della dimostrazione [...] con una teoria dell'argomentazione. E noi cercheremo di costruirla [...] »). Qui Perelman dichiara anche di volersi ispirare ai logici per imitarne i metodi.

⁽³⁹⁾ Ch. PERELAMN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, Parte terza, cap. I.

quegli stessi che i testi di logica chiamano argomenti convergenti, a cascata o a catena ⁽⁴⁰⁾. Il concetto più strettamente retorico, ed è certo merito di Perelman aver richiamato l'attenzione su di esso, è il concetto di uditorio. Ma è un concetto compatibile con le categorie e le regole della logica. Come si vede nei *Topici* aristotelici, l'uditorio detta le premesse, la logica ne trae le conseguenze.

8. *Un orientamento culturale.*

Da tutto ciò credo che emerga un possibile orientamento culturale. Torniamo alla idea e alla pratica classica di una retorica non disgiunta e tanto meno contrapposta alla logica, che è in fondo l'insegnamento dello stesso Giuliani. Naturalmente, come è giusto tener conto dei rinnovamenti della retorica, così pure sarebbe antistorico un atteggiamento di ostilità nei confronti della logica moderna, deduttiva e induttiva, che nasce dallo sviluppo di quella classica. L'importante è di non chiedere alla retorica o alla logica ciò che esse non possono dare. Entrambe sono necessarie ma neppure insieme sono sufficienti per una buona argomentazione. Giuliani ha insistito con ragione sull'impegno filosofico ed etico che deve accompagnare l'argomentazione, e questo non lo insegnano di per sé né la tecnica retorica né la tecnica logica. Retorica e logica insegnano altre cose, su piani diversi e tuttavia coniugabili. La retorica ha funzione persuasiva: mira all'efficacia del discorso dinanzi all'uditorio. La logica ha funzione critica: mira alla interna coerenza e consequenzialità del discorso.

La retorica mira all'efficacia nel senso che il suo scopo è ottenere l'adesione dell'uditorio. Perciò raccomanda di partire da premesse accettate dall'uditorio, di presentarne gli svolgimenti argomentativi in forme idonee a mantenere vivi il consenso e l'attenzione di chi ascolta, con tutto un arsenale di espedienti, già indicati, che comprendono sia la *dispositio* (l'ordine opportuno degli argomenti) sia la *elocutio* (l'accessibilità dell'espressione all'uditorio, l'eleganza del

(40) Ch. PERELAMN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, pp. 493-496; per gli argomenti convergenti e a cascata nella logica, v. p. e. fra i tanti: T. GOVIER, *op. e loc. cit.*, I. M. COPI, C. COHEN, *Introduzione alla logica*, trad. it., p. 58 ss., Il Mulino, Bologna, 1997, D. KELLEY, *op. cit.*, p. 93 ss.

dire, l'arguzia, l'uso di domande retoriche, di metafore, di ironie, ecc.).

La logica, da parte sua, non ha nulla da eccepire né sulla scelta delle premesse né sulla forma esteriore dell'argomentazione. Ha una funzione critica, nel senso che controlla la struttura interna degli argomenti, secondo i due fondamentali parametri della non contraddittorietà e della consequenzialità, che del resto sono esattamente i criteri del controllo della logicità delle sentenze in Cassazione, secondo l'art. 360, 5° co., c.p.c., e 606, e), c.p.p.

Ma non bisogna né aspettarsi né temere ciò che la logica non dà. È un errore molto diffuso credere che la logica garantisca la certezza e la necessità dell'argomentazione. Che questo sia un equivoco dovrebbe essere ormai chiaro: non dà certezza l'induzione e non dà certezza nemmeno la deduzione quando parte da premesse non necessarie, il che avviene quasi sempre nel diritto, specialmente nel campo della prova in fatto.

Ne segue che è una illusione semplicistica anche la rappresentazione della sentenza quale singolo sillogismo capace di garantire la certezza del diritto, come immaginava Beccaria. Idea semplicistica, sia perché — Giuliani lo ha incidentalmente notato — la sentenza non è un singolo argomento ma è un complesso di argomenti, sia perché la sua certezza è illusoria visto che (sopra, precedente §) l'argomentazione giuridica non ha i caratteri della dimostratività matematica ma quelli di una maggiore o minore plausibilità, benché logicamente controllabile.

9. *L'uditorio razionale nell'uditorio particolare.*

Ciò precisato, non è necessario sottolineare l'importanza pratica che ha l'aspetto retorico nell'argomentazione giudiziaria. È raccomandabile anche al giurista, soprattutto all'avvocato, un sobrio ed onesto uso della retorica in quanto *ars bene dicendi*, con tutto il suo arsenale di ornamenti, di tecniche, persino di astuzie. Tutto ciò è necessario all'avvocato, ma non basta. I pregi e i difetti retorici dell'argomentazione possono, sì, predisporre favorevolmente o sfavorevolmente chi ascolta nei confronti dell'oratore e della sua argomentazione, ma poi ciò che si giudica dell'argomentazione non è la sua retorica bensì la sua logica ricostruibile sotto le forme

retoriche in cui sia celata ⁽⁴¹⁾. Basta guardare la realtà: nessun giudice e nessun ricorrente censura una sentenza, nessuna parte attacca l'argomentazione avversaria, dichiarando che è viziata retoricamente, che è inelegante o che ha mancato di usare certi artifici retorici che invece sarebbero stati efficaci. Pubblicamente, ufficialmente, gli argomenti non vengono apprezzati o squalificati per le loro qualità retoriche: in ogni grado di giudizio, e soprattutto ai sensi degli artt. 360 e 606 dei codici di procedura, sono giudicati verificando se essi siano o no coerenti e idonei a sostenere logicamente certe tesi.

Perciò, la raccomandazione di curare l'efficacia retorica dell'argomentazione non può essere disgiunta dalla raccomandazione di curarne anche la forza logica. Al giurista si dovrebbe dire: tieni presente l'uditorio al quale ti rivolgi, che è un uditorio particolare con la sua psicologia e i suoi orientamenti, e usa pure la retorica, ma tieni presente anche un altro uditorio, l'uditorio razionale, che è l'uditorio della logica. Il giurista tenga presenti tutti e due questi uditori, perché essi non sono separati. Se l'essere umano è un animale razionale, l'uditorio razionale della logica è sempre latente dentro lo stesso uditorio particolare. Ogni uditorio, per quanto suggestionabile e legato a punti di vista particolari, è capace di elevarsi al punto di vista dell'uditorio razionale, se l'oratore saprà mostrargliene la via. L'abilità del grande oratore sta in questo: nel saper portare l'uditorio al quale si rivolge al livello dell'uditorio razionale. Ed è in questa compresenza dei due uditori nell'essere umano — io credo — il fondamento della possibile unità, praticata o raccomandata, della retorica e della logica.

⁽⁴¹⁾ La Suprema Corte lo ha detto quasi un secolo fa: il giudice ben può motivare la sentenza senza esprimere tutti i sillogismi in cui articola il proprio ragionamento, lasciandone alcuni sottintesi (che è ciò che la retorica chiama entimema); sta poi a chi legge ricostruirli nella loro interezza (Cass., 16 marzo 1934, n. 818).

BRUNO CAVALLONE

ALESSANDRO GIULIANI PROCESSUALISTA
(ORDINE ISONOMICO, ORDINE ASIMMETRICO,
PRINCIPIO DISPOSITIVO, PRINCIPIO INQUISITORIO)

1. Un processualista incompreso. — 2. Un falso bersaglio. — 3. *Suppletio de facto*, “principio dispositivo”, “principio inquisitorio”. — 4. Forme di “passività” del giudice. — 5. “Ordine isonomico” e *adversary system of litigation*. — 6. “Appartenenza della prova” e principio di acquisizione processuale. — 7. Modelli di formazione del giudizio di fatto.

1. *Un processualista incompreso.*

Alessandro Giuliani ha dato contributi importanti alla teoria del giudizio di fatto nel processo ⁽¹⁾. Tuttavia dagli studiosi della materia essi sono stati spesso ignorati, o talvolta fraintesi e respinti sommariamente ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Mi limito a ricordare: *Il concetto classico di prova: la prova come “argumentum”*, in *Jus*, 1960, p. 425 ss., e in *Recueils de la Société Jean Bodin*, XVI, *La preuve. Première partie: Antiquité*, Bruxelles, Ed. de la Librairie Encyclopedique, 1965, p. 337 ss.; *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1961; *The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, in *The Juridical Review*, 1962, p. 216 ss.; *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: “nuova retorica” e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, p. 81 ss.; *L’“ordo judicarius” medioevale. (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 598 ss.; *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, p. 518 ss.. Una bibliografia completa degli scritti di Giuliani si trova in *Per Alessandro Giuliani*, a cura di F. Treggiari, Perugia, 1999, p. 125 ss..

⁽²⁾ Lo notava, con il rammarico dell’allievo e del processualista, B. SASSANI, *Alessandro Giuliani o la civiltà del diritto*, in *Per Alessandro Giuliani*, cit., p. 95 ss. a p. 96: “l’intensità della reazione della processualistica ufficiale è stata inversamente proporzionale all’importanza e alla potenzialità delle idee sviluppate in quegli studi”.

Naturalmente, il rilievo non può riguardare Nicola Picardi, il cui lungo e fruttuosissimo sodalizio scientifico con Alessandro Giuliani è noto a tutti. Per quanto riguarda

Il nodo dell'incomprensione, o del dissenso, quando si manifestano apertamente, sembra consistere nella convinzione che l'impegno di Giuliani come processualista si risolva e si esaurisca nella riscoperta e rivalutazione della concezione retorica della prova giudiziale propria della cultura classica greca e romana, cioè, *breviter*, della prova come *argumentum*; e che quella rivalutazione si traduca, in termini di teoria generale, nell'attribuire alla prova una *funzione persuasiva*, ovverosia quella di indurre il giudice a pronunciarsi in senso favorevole alla parte che se ne vale.

Questa — si dice in sostanza — è una visione non solo arcaica ma, quel che è peggio, avvocatesca del giudizio di fatto, del tutto incompatibile con la moderna concezione razionale della prova, secondo la quale essa ha invece una *funzione dimostrativa*, cioè deve servire, come suol dirsi, all'accertamento della verità ⁽³⁾.

Confesso di non capire il senso di questa critica.

Che, infatti, la prova giudiziale, e non solo quella “retorica”,

la consonanza del pensiero di Giuliani e di quello di Picardi sui temi considerati nel presente intervento, si possono vedere soprattutto: N. PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, p. 101 ss.; ID., “*Audiat et altera pars*”. *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 7 ss..

Le dottrine di Giuliani sono attentamente considerate anche da L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, Giuffrè, 1999: il quale ne trae spunto per la elaborazione di una teoria “dialettico-retorica” della prova e della verità giudiziale (spec. p. 103 ss.), ma non prende posizione sulla costruzione di Giuliani di un “ordine isonomico” e di un “ordine asimmetrico”, come modelli storici e teorici di disciplina del giudizio di fatto (v. in particolare la nota 38 a p. 17).

L'opera di Giuliani è debitamente valorizzata anche da G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale, in Sisifo e Penelope*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 49 ss., per una ricostruzione storico-ideologica dei concetti di prova e di verità giudiziale.

⁽³⁾ Cfr. soprattutto M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 420 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 284, 323 ss.; ID., *Contro la “veriphobia”*. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 995 ss.; A. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 73 ss. a p. 85 ss.. Considerazioni critiche come quelle qui riassunte nel testo vengono rivolte anche alle teorie di Ch. Perelman, che sul pensiero di Giuliani hanno notoriamente esercitato una significativa influenza: v. M. TARUFFO, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 553 ss.; G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della “specificità” della prova giuridica, ivi*, 2000, p. 1129 ss..

abbia una funzione persuasiva, nel senso che essa vuole influire sul convincimento del giudice del fatto — che (se si accantona il mito dell'aritmetica medioevale delle prove, tenacemente coltivato dagli illuministi vecchi e nuovi) è sempre stato largamente “libero”, anche prima che le codificazioni moderne lo proclamassero tale (4) — mi sembra ovvio.

Ed è anche del tutto naturale che a questa funzione siano particolarmente sensibili gli avvocati, se è vero che il compito istituzionale e professionale del difensore è appunto quello di (cercare di) persuadere il giudice del fondamento delle ragioni, a cominciare da quelle in fatto, della parte che gli ha conferito il mandato, e non certo — checché ne pensasse il Gran Cancelliere di Federico II di Prussia, Johann Heinrich von Carmer — quello di aiutare il giudice nella “ricerca della verità”, prescindendo dagli interessi del cliente e magari in contrasto con questi (5).

Né si può dimenticare che la stessa teoria delle prove giudiziali, nella storia del processo greco e poi di quello romano, fu proprio una creazione dei retori, cioè degli avvocati, mentre soltanto gradualmente si costruì una disciplina *giuridica* della materia (6), così sottraendola alla loro “cassetta degli attrezzi” e mettendola a disposizione anche di legislatori e giudici, nonché (*absit iniuria*) di studiosi poco avvezzi a frequentare le aule dei tribunali.

(4) Mi permetto di rinviare, in proposito, alle mie *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 947 ss. a p. 968 ss.. Non posso che rallegrarmi nel sentir dire ora da Michele Taruffo (in passato e fino ad oggi tra i più energici fustigatori del “sistema della prova legale” e della “aritmetica delle prove”) che “è noto, comunque, che anche nei secoli in cui esistette la prova legale fu principalmente un fenomeno dottrinale fondato solo in certa misura su basi normative, sicché — in realtà — la discrezionalità della valutazione del giudice non venne mai meno completamente” (enfasi mia: M. TARUFFO, *Contro la “veriphobia”*, cit., p. 998).

(5) Sulla (fortunatamente effimera) trasformazione degli avvocati in ausiliari del giudice, con il nome di *Assistenzräte*, nel *Corpus Juris Fridericianum* del 1781, cfr. B. CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico-critica*, in *Studi parmensi*, XXVIII, 1980, e poi in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, Cedam, 1991, p. 1 ss. a pp. 55-59, con gli opportuni riferimenti; nonché ID., *In difesa della “veriphobia” (Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1 ss. a pp. 8-9.

(6) G. PUGLIESE, *La preuve dans le procès romain de l'époque classique*, in *Rec. Jean Bodin*, XVI, cit., p. 277 ss. a p. 284 ss.; A. TOZZI, *L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, pp. 125 ss., 212 ss..

Dopo di che, credo che contrapporre la funzione dimostrativa della prova alla sua funzione persuasiva non abbia alcun senso, se non immaginando che il giudice sia tenuto a decidere sulla base di ciò che è stato *dimostrato*, anche quando non ne sia *persuaso* (7): il che sembra poco coerente con il venerato principio del libero convincimento, e fa pensare piuttosto al meccanismo delle c.d. prove legali. Ma è possibile, allora, che qui non si voglia discutere di funzioni diverse e incompatibili della prova (anche Cicerone, come avvocato difensore, certamente utilizzava gli *argumenta* per dimostrare ai giudici la veridicità delle proprie allegazioni, ed infatti definiva l'*argumentum* come *ratio quae rei dubiae faciat fidem*), bensì di modi diversi di concepire la verità in senso processuale: verità probabile, o dialettica, o pratica, secondo la "logica del dialogo", nella concezione classica; verità oggettiva e necessaria, sul modello delle scienze esatte o di quelle empiriche, nelle principali moderne filosofie del giudizio di fatto (8).

2. *Un falso bersaglio.*

Non credo dunque che Giuliani possa essere accusato di eresia, solo per averci ricordato che la verità processuale era per l'appunto concepita da pensatori rispettabili come Aristotele, Ermagora e i loro epigoni in modo diverso da come l'avrebbero poi concepita

(7) V. infatti M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 329, dove si legge che "la teoria della prova è prescrittiva in quanto attiene ai criteri di attendibilità e validità del ragionamento con cui il giudice accerta i fatti sulla base delle prove", e "una prova può essere attendibile anche se è retoricamente insignificante, *così come una dimostrazione matematica è valida o errata indipendentemente dal convincimento soggettivo di chiunque*" (enfasi mia). Il parallelo tra la prova giudiziale e la dimostrazione matematica si commenta da sé. Ma rimane da chiedersi quale sia — al di fuori del campo delle scienze esatte — il soggetto legittimato a stabilire che una prova è attendibile, oppure inattendibile, nonostante la contraria persuasione del giudice. Pensare ai giudici delle impugnazioni non risponde al quesito, ma lo sposta solo un gradino più in su. Dunque resterebbe da scegliere (magari per sorteggio...) tra l'ordalia, il referendum popolare e una consulenza epistemologica con valore vincolante. Deve condividersi invece l'osservazione di L. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 152, che "persuasione e razionalità sono... aspetti inscindibili del ragionamento e della decisione del giudice".

(8) A. GIULIANI, *Prova*, cit., p. 522 ss. *et passim*; N. PICARDI, *Processo civile*, cit., p. 115; ID., "*Audiatur et altera pars*", cit., p. 7 ss..

Leibniz o Bentham, o la concepiscono i processualisti di oggi; né per avere ricercato e valorizzato nella storia del processo e nel diritto comparato l'eredità e l'eco di quelle antiche dottrine e forme di pensiero.

Le ricordate prese di posizione censorie paiono dunque fuori luogo, viziate — per così dire — da una sorta di *aberratio ictus*. Ma, probabilmente, esse si possono spiegare come manifestazioni del *trend* culturale, in voga da qualche decennio, secondo il quale sarebbe compito degli studiosi del giudizio di fatto quello di costruire ad uso di giudici e giurie del mondo intero — spesso sotto l'etichetta del “ragionamento probatorio” — un solido apparato di omogenei precetti logici ed epistemologici idonei a “razionalizzare” la decisione sul fatto; e di contrapporre quell'apparato, da un lato, ad ogni forma di legalità della prova, dall'altro alle suggestioni irrazionalistiche o intuizionistiche annidate nelle interpretazioni troppo letterali o “romantiche” del libero convincimento. Poiché questo partito, largamente maggioritario, fatica sempre più a trovare gli avversari dei quali avrebbe bisogno per continuare ad attribuirsi una missione politica e programmatica (i fautori della prova legale in senso stretto, ammesso che siano mai stati numerosi, sono diventati rari; le “regole di esclusione” sono in declino anche nei loro territori prediletti; i teorici del *judicial hunch* o del getto dei dadi non hanno adeguato spessore scientifico), ecco che la concezione “retorica” o “persuasiva” della prova — purché la retorica sia banalmente intesa come arte del discorso elegante e ingannevole, e la persuasione come rivolta ai sentimenti più che all'intelletto dell'ascoltatore — può divenire un bersaglio accettabile, e giustificare la perdurante apertura del cantiere, razionalista o illuminista o “benthamita” o come altro si preferisca chiamarlo ⁽⁹⁾.

Ciò detto, non credo che valga la pena di ribadire qui l'opinione, forse iconoclastica ma non certo irrazionalistica, già espressa altrove circa la validità teorica e la pratica utilità dei suddetti decaloghi o breviari epistemologici destinati a illuminare la mente di chiunque

⁽⁹⁾ Anche qui mi permetto di richiamare le considerazioni svolte nelle *Riflessioni*, cit., pp. 956-957.

sia chiamato a pronunciare in sede processuale un giudizio su fatti incerti ⁽¹⁰⁾.

Mi sembra invece più utile constatare, da un lato, che la lezione di Alessandro Giuliani non può essere seriamente ridotta alla esaltazione della funzione “persuasiva” della prova; dall’altro, che la concezione retorica della prova come *argumentum*, secondo quella lezione, non è una formula per definire un altro tipo di “ragionamento probatorio”, diverso da quelli oggi più accreditati, né per esprimere il rifiuto di qualsiasi forma di razionalità del giudizio di fatto, bensì è una componente essenziale di un modello di processo, definito da Giuliani come “ordine isonomico”: ove l’aggettivo significativamente rimanda a un dato non *funzionale*, bensì *strutturale*, quale è quello della parità tra le parti e tra queste e il giudice, o meglio ancora della *paritetività* dei rispettivi ruoli, rigidamente distinti e mai sovrapponibili, e della comune soggezione alle regole del processo; così come strutturale è la definizione dell’antitetico “ordine asimmetrico”, caratterizzato da una posizione sopraelevata del giudice, libero (come *advocatus partium generalis*, diceva Leibniz) di sostituire il proprio giudizio a quello di entrambe le parti, senza doverne rendere conto ad altri che a sé medesimo, siccome (a seconda dei contesti storici e ideali) portatore vicario dell’onniscienza divina, oppure custode di criteri oggettivi e non confutabili di evidenza e razionalità ⁽¹¹⁾.

3. Suppletio de facto, “*principio dispositivo*”, “*principio inquisitorio*”.

Dati i limiti, necessariamente modestissimi, di questo intervento, mi limiterò a qualche breve considerazione, relativamente ad un punto sul quale la lezione storico-filosofica di Giuliani può consen-

⁽¹⁰⁾ B. CAVALLONE, *op. ult. cit.*, p. 972 ss.; ID., *In difesa della “veriphobia”*, cit., p. 25; ID., *A proposito dell'imperfezione delle sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 902 ss..

⁽¹¹⁾ A. GIULIANI, *Prova*, cit., pp. 520-521, nota 6: “la concezione moderna risente della sua genesi, legata al fenomeno di laicizzazione di premesse teologiche: la parificazione del giudizio umano al giudizio divino di imputazione introduce il ‘calcolo’ di prove dimostrative come sostituto dell’onniscienza del giudice divino”; e v. ancora, in termini simili, nonché sulla “dogmatica dell’evidenza”, pp. 537 ss., 555 ss..

tire un'integrazione (non ho la presunzione di dire: un arricchimento) dall'angolo visuale della teoria e della storia culturale del processo civile.

Secondo Giuliani, un rilevante carattere differenziale tra “ordine isonomico” e “ordine asimmetrico” consiste in ciò che, solo nel secondo e non nel primo, al giudice spetta il potere di *supplere de facto* (12).

Per un processualista, il rilievo rimanda inevitabilmente a quella contrapposizione tra “principio dispositivo” (*Verbandlungsmaxime*) e “principio inquisitorio” (*Untersuchungsmaxime*) che è stata al centro dell'attenzione degli studiosi per due secoli (il XIX e il XX), prima nei Paesi di lingua tedesca, poi in Italia e infine dovunque, caricandosi progressivamente di implicazioni ideologiche che hanno finito per coinvolgere nella disputa anche studiosi di Paesi e culture giuridiche tradizionalmente poco inclini alle sottigliezze dogmatiche e alle preoccupazioni sistematiche proprie dei tedeschi e degli italiani “germanizzanti”. La vicenda è sufficientemente nota per esonerarmi dal riassumerla ancora una volta (13).

Se nei giudici dell'“ordine isonomico” e dell'“ordine asimmetrico” fosse possibile riconoscere i paradigmi del giudice “passivo” e rispettivamente del giudice “attivo” (nella ricerca della “verità”), ai quali principalmente si riferisce la teorica delle *Maximen*, questa — che la *communis opinio* fa risalire a Gönner e agli altri padri fondatori dello *Zivilprozessrecht* nei primi anni dell'Ottocento — potrebbe essere retrodatata di parecchi secoli, e magari ripensata su basi diverse (più analitiche, e meno faziose), alla luce della stermi-

(12) A. GIULIANI, *Prova*, cit., pp. 521, 524, 533 *et passim*; ID., *L'“ordo iudiciarius” medioevale* cit., p. 604 ss.

(13) Si tratta infatti, per i processualisti, di “pane quotidiano”, forse anche un po' raffermo. Me ne sono ampiamente occupato nel mio *I poteri di iniziativa istruttoria* cit.. Per quanto riguarda la storia del problema nella dottrina italiana, si può ritenere ora assorbente la monumentale rassegna di E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli E.S.I., 2008. Un'acuta sintesi della storia culturale delle *Maximen* nel loro Paese d'origine, criticamente rivisitata in termini che ritengo condivisibili, si trova in F. BOMSDORF, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1971 (e cfr. B. CAVALLONE, *Crisi delle “Maximen” e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976 e in *Il giudice e la prova* cit., p. 289 ss.).

nata letteratura medioevale sui poteri cognitivi e sulla *conscientia* del giudice.

Ora, l'ipotesi è suggestiva, particolarmente per chi è da sempre convinto che gli studiosi del giudizio di fatto della nostra era post-leibniziana e post-benthamiana, dove "i postulati di epistemologie in apparente contraddizione, come quella empiristica e razionalistica" (14), hanno cooperato all'impoverimento della materia, prima di tutto rinnegando la specificità della prova in senso giuridico, e omologandone la nozione a quella invalsa nelle scienze esatte o in quelle empiriche, potrebbero solo trarre vantaggio da un ritorno — scevro di pregiudizi ormai appassiti — alle fonti dell'"antica sapienza" (15).

Credo, però, che l'ipotesi non regga all'analisi: dovendosi invece constatare che entrambe le famose *Maximen* si collocano ad ugual titolo sul versante della "asimmetria".

Perché il fatto è, che la comune origine e matrice *razionalistica* di queste costruzioni concettuali — coeva e connessa, come si è ora detto, alla fondazione stessa dello *Zivilprozessrecht* come disciplina "metafisica", da parte di giuristi di ascendenza leibniziana, tramite Christian Wolff e i suoi allievi (16) — sembra essersi perpetuata

(14) A GIULIANI, *Prova*, cit., p. 526; e cfr. anche p. 555, dove si parla dell'"influsso comune del razionalismo e dell'empirismo nell'affermazione del dogmatismo dell'evidenza".

(15) Traggio l'espressione dalla Relazione del Ministro Guardasigilli al codice di procedura civile del 1940, opera esclusiva, come ormai è noto, di Piero Calamandrei, dove la stessa è usata con riferimento all'aforisma *iudex secundum allegata* etc., liberamente tradotto nell'art. 115 del codice. Nelle mie *Riflessioni* cit., p. 951, ho espresso, e qui vorrei ribadire, l'opinione che nella produzione degli scrittori medioevali si trovino, contrariamente a quanto vorrebbero certi tratatizi preconcepi, i fondamenti insuperati della elaborazione teorica e pratica del diritto delle prove.

(16) Al riguardo, v. la fondamentale monografia di K.W. NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen, Mohr, 1976; nonché B. CAVALLONE, *I poteri di iniziativa* cit., p. 13 ss.. Secondo A. GIULIANI, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 951 ss. a p. 952, "la scienza processuale pare la più filosofica tra le discipline giuridiche". In particolare, per l'accostamento alla metafisica, si possono ricordare il titolo e le pagine introduttive dell'opera di un altro "padre fondatore", L.H. VON ALMENDINGEN, *Metaphysik des Civilprocesses oder Darstellung der obersten Grundsätze der gerichtlichen Verfahrens in den bürgerlichen Rechtstreitigkeiten*, Giessen, 1821 (ma la prima edizione è del 1808), rist. Frankfurt a.M., Keip,

anche nella loro successiva elaborazione. Se, infatti, Gönner ne parlava come di “due vie” diverse e alternative, ma parimenti *vernunftgemäß*, per arrivare alla migliore decisione possibile sul fatto, l’una giustificata dal potere di disposizione delle parti sui propri diritti e sulla relativa tutela giurisdizionale, l’altra fondata sull’idea che queste, pur rimanendo *dominae* delle proprie pretese, tuttavia, con il promuovere il processo e con il determinarne l’oggetto, implicitamente autorizzano il giudice a fare tutto quanto necessario per l’accertamento della verità⁽¹⁷⁾, la dottrina successiva non si è discostata da questo schema, bensì ha manifestato di volta in volta una preferenza ideologica per l’una o per l’altra “via”. Ed anche quando si sono definiti meglio i limiti oggettivi della scelta, escludendone la disponibilità della “tutela giurisdizionale” e riducendola ad una questione di “tecnica del processo” (tutti ricordiamo il titolo di un famoso saggio di Tito Carnacini)⁽¹⁸⁾, e dunque a una valutazione di opportunità rimessa a ciascuna legge processuale, si è continuato a pensare (da parte dei fautori del “principio dispositivo”) che lo scontro tra i contrapposti interessi delle parti sia lo strumento più efficace per far “emergere la verità”; e (dai fautori del “principio inquisitorio”) che a tal fine sia indispensabile anche l’iniziativa “integratrice” del giudice. Ma nessuno ha creduto di dover collegare le *Maximen* a due eterogenee concezioni della “verità”, e nemmeno a due strutture processuali interamente diverse, come quelle sottese al binomio accusatorio-inquisitorio nella teoria del processo penale, o alla contrapposizione tra i sistemi

1970, pp. 4-5: “Nulla è più necessario, anche per la prassi, che la riduzione della legislazione vigente ai suoi più alti principii generali, ciò che io vorrei chiamare la metafisica del diritto positivo”. Sul ruolo centrale di un allievo di Wolff, Daniel Nettelblatt, nel definire le matrici culturali razionalistiche della “nuova” disciplina, oltre a K.W. NÖRR, *op. ult. cit.*, pp. 28 ss., 57 ss., v. anche N. PICARDI, *Processo civile*, cit., pp. 116-117.

(17) Sulla dottrina gönneriana delle “due vie”, v. ampiamente B. CAVALLONE, *op. ult. cit.*, p. 14 ss.; e, in senso critico, F. BOMSDORF, *op. cit.*, p. 125 ss. Nel contesto storico in cui venne elaborata, comunque, essa era motivata dal tentativo (forse effettivamente arduo) di dimostrare che tanto il processo della recente AGO prussiana del 1793 quanto il *gemeinen Prozess* ancora vigente negli altri Stati tedeschi potevano ritenersi “il migliore dei processi possibili”, anche per la disciplina dell’istruzione probatoria.

(18) T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, Giuffrè, 1951, II, p. 695 ss.

processuali “continentali” e l'*adversary system of litigation*, o, appunto, all'antitesi tra “ordine isonomico” e “ordine asimmetrico”.

“Principio dispositivo” e “principio inquisitorio”, insomma, hanno continuato e continuano ancora a costituire, come per Gönner, soltanto due vie diverse per raggiungere una medesima “verità”, attraverso l'impiego di strumenti funzionalmente omologhi e nel contesto di un medesimo “ordine”.

4. *Forme di “passività” del giudice.*

Detto questo, peraltro, rimane legittimo chiedersi se e quale differenza possa allora esistere tra la “passività” di un giudice *naturaliter* estraneo al contraddittorio tra le parti come “movimento di contraria informazione” (19), e quella di un giudice costretto da una scelta tecnica o politica del legislatore a rispettare il monopolio delle parti in tema di iniziative probatorie.

Se il discrimine tra i due “ordini”, per quanto ora interessa, sta nella presenza o nell'assenza di un potere giudiziale di *supplere de facto*, in che senso è possibile negare un siffatto potere al primo giudice, e riconoscerlo al secondo?

Della *suppletio de facto*, per la verità, Giuliani adotta una nozione abbastanza generica e formulata in termini esclusivamente negativi, ma per gli scrittori medioevali che diffusamente ne parlavano — secondo quanto si ricava dalle magistrali indagini di Knut Wolfgang Nörr (20) — essa aveva un contenuto molto vario e complesso, nel quale potevano rientrare il tema della scienza privata del giudice, quello della prova dei fatti “solo processualmente rilevanti”, quello della utilizzabilità delle prove raccolte in processi diversi, quello dei limiti del potere del giudice di rivolgere domande ai testimoni e alle parti,

(19) L'efficace espressione è impiegata da Giuliani, per es., in *Prova cit.*, p. 523 e in *L'“ordo iudiciarius” medioevale cit.*, p. 604; e v. anche N. PICARDI, *Processo civile cit.*, p. 115.

(20) K.W. NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: “iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat”*, München, Beck, 1967, *passim*.

e forse altri ancora: per ciascuno dei quali le fonti propongono soluzioni molto articolate ⁽²¹⁾ e spesso contrastanti.

Da ciò, dunque, pare ragionevole trarre due conclusioni. La prima è che un *ordo iudiciarius* caratterizzato dalla preclusione assoluta di qualunque forma di *suppletio de facto* non sembra rintracciabile in alcuna precisa epoca storica, e forse non è mai esistito ⁽²²⁾. La seconda è che il contenuto essenziale della *suppletio*, nei dibattuti e variabili limiti in cui la si riteneva consentita, poteva essere ricondotto al potere di utilizzare, ai fini del giudizio di fatto, informazioni già presenti almeno virtualmente alla *conscientia* del giudice, anche se non “fatte valere” dalla parte interessata.

Trasferendo allora questi dati sul terreno della costruzione teorica e sincronica di modelli processuali diversi, potremo dire che, in un processo “isonomico”, il giudice non può interferire nel contraddittorio tra le parti, se non per impedirne le degenerazioni patologiche (inferenze “impertinenti”, argomentazioni “viziose”, violenza verbale, etc.) ⁽²³⁾, e al momento della decisione potrà soltanto *scegliere* tra contrapposte costruzioni argomentative che rimangono “delle parti”, anche quando si fondino su *probationes inartificiales* ⁽²⁴⁾, cioè, in un’ottica moderna, su “risultanze probatorie” (testimonianze, documenti) materialmente acquisite alla causa. In un processo “asimmetrico”, invece, il giudice, anche se passivo nella *Stoffsammlung*, elaborerà comunque il giudizio sul fatto valendosi autonomamente e liberamente di tutto il materiale istruttorio che è stato introdotto nel

⁽²¹⁾ Paradigmatico, nonché illuminante, in questo senso, è il passo di Cino da Pistoia trascritto in K.W. NÖRR, *op. ult. cit.*, p. 90.

⁽²²⁾ V. in proposito i rilievi critici rivolti a Giuliani da K.W. NÖRR, *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1 ss a p. 7 ss.. V. anche M. TARUFFO, *Contro la “veriphobia”*, cit., pp. 996-997, che tuttavia, a differenza di Nörr, non si limita a contestare la possibilità di collocare in una precisa epoca storica il passaggio dall’ordine isonomico e quello asimmetrico, ma ne trae motivo (a mio avviso ingiustificatamente) per negare la legittimità stessa della costruzione dei due modelli anche in termini teorici).

⁽²³⁾ A. GIULIANI, *Prova cit.*, pp. 523-524, 531, 536; ID., *L’“ordo iudiciarius” medioevale*, cit., p. 607; ID., *Il concetto di prova cit.*, p. 82 ss..

⁽²⁴⁾ Sulla distinzione tra *probationes artificiales* e *probationes inartificiales* (che risale ad Aristotele), e per un’analisi delle relative specie, è esemplare l’ampia trattazione di G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 298 ss.; e cfr. A. GIULIANI, *Prova*, cit. pp. 524-525; ID., *Il concetto di prova*, cit., p. 26 ss..

processo per iniziativa delle parti, come di uno *stock* di informazioni ormai divenute “sue”, e quindi utilizzabili come base di inferenze anche diverse da quelle proposte dalla parte da cui provengono; e ciò in applicazione del c.d. principio di acquisizione processuale, che del principio dispositivo è, per *communis opinio*, complemento e corollario naturale (25).

5. “Ordine isonomico” e adversary system of litigation.

Le considerazioni che precedono non si trovano in termini altrettanto espliciti nella lezione di Giuliani, più attenta all’analisi del giudizio di fatto nel contesto del “conflitto perenne tra logica e retorica sul terreno del diritto probatorio” (26) che al problema — privilegiato dai processualisti — della “distribuzione” tra parti e giudice dei poteri di iniziativa probatoria.

Credo tuttavia che esse siano quanto meno coerenti con la constatazione — che costituisce un *Leitmotiv* dell’opera “processualistica” di Giuliani — della continuità e contiguità tra l’“ordine isonomico” e l’*adversary system of litigation* degli ordinamenti processuali di *common law*. E dirò tra poco perché.

Mi sembra tuttavia necessario, qui, un inciso di carattere metodologico.

Quando Giuliani parla di questa vicinanza, egli muove, da un lato, dalla individuazione delle matrici “retoriche” della struttura del processo inglese, dall’altro, dalla concezione dell’*ordo iudiciarius* medioevale come “modello puro di ordine isonomico”, entrato in crisi sul continente europeo dal XIII secolo in poi, ma sopravvissuto nei suoi caratteri essenziali al di là della Manica e poi dell’Atlantico, in esito a complessi percorsi storico-culturali (27).

(25) B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti rilevabili “ex officio”*, in *Il giudice e la prova* cit., p. 99 ss. a p. 123 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Torino, Utet, 2010, p. 296 ss..

(26) A. GIULIANI, *Prova*, cit., p. 521.

(27) Di una “sorprendente continuità tra processo comune e processo di *common law*” parla, sulla scorta delle indagini di Giuliani, anche N. PICARDI, *Processo civile* cit., p. 102. Sui percorsi di cui si dice nel testo v. soprattutto A. GIULIANI, *Influence of Rhetoric* cit.; Id., *Problemi metodologici*, cit.; Id., *Prova* cit. p. 549.

Ora, anche tenendo ferme le già ricordate riserve sulla possibilità di individuare storicamente un siffatto “modello puro”, e senza entrare nel merito della ricostruzione dei modi e della cronologia del suddetto fenomeno migratorio (in larga misura, credo, ancora indecifrato), quella che pare davvero innegabile, *ictu oculi*, è la ricchezza di fondamentali elementi comuni all’“ordine isonomico” e all’*adversary system*: come la rigida separazione tra la fase dei *pleadings* e quella dell’*evidence* (*ordo quaestionum* e *ordo probationum*); la costruzione della disciplina delle prove in termini di *rules of exclusion*, coerente con l’ideale sofisticato del carattere “selettivo, negativo, confutatorio della ricerca” (28); la prevalenza della prova testimoniale su quella documentale, in antitesi alla tradizione moderna europea; l’assenza di regole di valutazione delle prove, ivi compresa perfino l’enunciazione — tipica dei codici di procedura continentali — del principio del libero convincimento (29); la regola della formazione “contraddittoria” della prova, tanto rigorosa da estendersi alla *expert evidence* (in contrasto con la concezione moderna e “asimmetrica” del perito come ausiliario del giudice) (30) e alla *judicial notice*, in antitesi alla libera utilizzabilità *ex officio* del notorio (31).

Opporre alla constatazione di questo imponente quadro di con-

(28) A. GIULIANI, *Prova*, cit., p. 525.

(29) Cfr. le mie *Riflessioni*, cit., p. 970.

(30) Le considerazioni che svolgevo al riguardo in *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, in *Il giudice e la prova*, cit. p. 179 ss. a p. 246 ss. (ma il saggio faceva parte di una monografia apparsa solo in “edizione provvisoria” nel 1968) presupponevano implicitamente l’adesione a una concezione “moderna”, e pertanto “asimmetrica”, del giudizio di fatto, che oggi, come risulta anche dal testo del presente scritto, non ritengo più di dover condividere acriticamente. Mi sembra corretto darne qui atto; e cfr. anche le mie *Riflessioni*, cit., p. 978.

(31) Risponde sicuramente a una concezione “isonomica” del processo il principio (sancito espressamente, negli Stati Uniti, dalla *Rule 201* delle *Federal Rules of Evidence*) per cui, almeno in presenza di nozioni (virtualmente di comune esperienza, ma) di una certa complessità, il giudice non può evitare di sottoporre le proprie personali conoscenze e convinzioni al filtro e alla garanzia del contraddittorio, segnalando alle parti la propria intenzione di “prenderne” *judicial notice*. Cfr. al riguardo anche B. CAVALLONE, *op. ult. cit.*, p. 254 ss.; ID., *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 861 ss. a p. 868.

vergenze un atteggiamento “negazionista”⁽³²⁾, motivato con il rilievo che anche nei sistemi di *common law* i giudici del fatto deciderebbero secondo parametri razionali e “dimostrativi”, e non sulla base di una soggettiva incontrollabile “persuasione” (e Dio sa se sia vero nel caso della giuria...) (33), significa ricorrere a un *articulum* che gli antichi retori avrebbero giustamente respinto come *impertinens*. Non si sta discutendo, infatti, e non si dovrebbe discutere, di funzione della prova (che, come si è visto, è un tema ozioso), ma della disciplina processuale della formazione del giudizio di fatto (34).

Più comprensibile, se mai, sarebbe che alla tesi di Giuliani si volesse addebitare di avere ascritto alla concezione topico-retorica della prova anche elementi che in realtà trovano concreti riscontri solo nella storia e nella struttura del processo angloamericano. Ciò peraltro non menomerebbe affatto il pregio teorico della sua costruzione bipolare come chiave di lettura e di interpretazione di istituti

(32) M. TARUFFO, *Modelli di prova*, cit., p. 420 ss..

(33) Proprio secondo Taruffo, quella della giuria è “una decisione irrazionale, e comunque scarsamente rispettosa dell’esito delle prove” (M. TARUFFO, *Contro la “veriphobia”*, cit. p. 999).

(34) E’ significativo, sotto questo profilo, che Taruffo non parli affatto di quel carattere vistosamente “isonomico” del diritto dell’*Evidence* che è il suo essere costruito come complesso di *rules of exclusion*. Vero è che egli ritiene — in armonia del resto con una lunga e autorevole tradizione dottrinale — che quelle regole siano “figlie della giuria”, cioè siano nate dall’esigenza di sottrarre a giudici inesperti o ignoranti certe informazioni di troppo difficile valutazione (M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 23). Ma ciò significa, appunto, parlare della *funzione* delle regole probatorie, non di come sono fatte. Senza dire che quella risalente opinione non spiega come mai le *rules of exclusion* siano sopravvissute, in larga misura fino ad oggi, alla progressiva scomparsa della giuria e alla normale attribuzione anche del giudizio di fatto a un giudice professionale. Dire che anche così il processo si svolge in *the shadow of the jury* è una bella metafora che non spiega nulla. Ed infatti, anche Mirjan Damaška, che, come mi ricorda Taruffo (*Contro la “veriphobia”*, cit., p. 999), conosce queste cose meglio di lui e di me, respinge la tesi tradizionale, proponendone altre più complesse (M. DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift*, 1997, tr. it. *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 123 ss.), che rimandano, in estrema sintesi, proprio al carattere agonistico e competitivo del *trial* angloamericano, e al ruolo determinante che vi assumono gli avvocati e le loro (sia pure talvolta deplorabili) abitudini: il che equivale, mi sembra, a conferire ad esso una chiara patente di “isonomia”. Dopo di che, si potrà anche discutere della moralità di molti *trial lawyers*; ma, nel contesto che qui rileva, sarebbe un altro discorso *impertinens*.

ed esperienze processuali diversi, bensì la avvicinerrebbe alla più recente e per molti aspetti consonante costruzione di Mirjan Damaška dell'antitesi tra il diritto dell'*Evidence* e i moderni modelli "europei" di disciplina delle prove ⁽³⁵⁾.

Ed infatti, così come Damaška valorizza, per la costruzione *teorica* dei suoi modelli, anche dati comparatistici ormai "alla deriva" (*adrift*), poiché impoveriti o cancellati dalla crescente tendenza alla uniformazione delle leggi processuali, ma ancora indispensabili per comprendere il fondamento e le tracce insopprimibili di culture processuali diverse ⁽³⁶⁾, Giuliani utilizza dati tratti dalla storia del pensiero giuridico, più che da quella delle istituzioni giudiziarie, per costruire due "ordini" contrapposti che, "allo stato puro", potranno anche non trovare riscontri precisi in alcun sistema processuale storico o vigente, ma i cui elementi, variamente presenti in ciascuno di essi, sono strumenti importanti per la loro migliore comprensione.

6. "Appartenenza della prova" e principio di acquisizione processuale.

Tornando allora al problema della "passività" del giudice, si potrà osservare che, tra i caratteri non secondari del diritto dell'*Evidence* e dell'*adversary system of litigation*, vi è anche la regola della "appartenenza della prova", secondo la quale è "difficile pensare che le fonti di informazione possano essere separate dalla parte che le ha introdotte come elementi della sua difesa" ⁽³⁷⁾, cosicché ad esempio la deposizione di un testimone che si sia rivelata sfavorevole alla parte che lo ha chiamato rimane semplicemente inutilizzabile e

⁽³⁵⁾ M. DAMAŠKA, *op. cit.*.

⁽³⁶⁾ M. DAMAŠKA, *op. cit.*, p. 181 ss.. Ho la sensazione che sia proprio la implicita ma palese propensione di Damaška al rispetto e alla salvaguardia di questa diversità, in contrasto con l'aspirazione, dominante ai nostri giorni, ad un regolamento "universale" del processo, ispirato ai valori della "efficienza" e dell'"antiformalismo", quella che induce Sergio Chiarloni a "segnalare la particolare complessità dialettica del suo pensiero a volte non semplice da afferrare" (S. CHIARLONI, *Riflessioni micro comparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, numero speciale *Due iceberg a confronto: le derive di "common law" e "civil law"*, p. 101 ss. nota 6.

⁽³⁷⁾ M. DAMAŠKA, *op. cit.*, p. 112.

inutilizzata, relegata in “una specie di limbo” ⁽³⁸⁾, mentre nell’ottica e nella prassi di un processo continentale, per quanto ispirato al “principio dispositivo”, la controparte se ne approprierebbe immediatamente, e comunque il giudice non esiterebbe a parificarla a qualunque altra “risultanza istruttoria”, essendo abituato a “concepire i mezzi di prova come repertori di informazioni neutrali, più di quanto avvenga nel contesto ben più competitivo del dibattito angloamericano” ⁽³⁹⁾.

Non mi sembra dunque irragionevole spiegare questa diversa sensibilità dei protagonisti del processo in tema di “proprietà” dei mezzi di prova (giacché di questo per l’appunto si tratta: né il principio di acquisizione processuale né quello della “appartenenza della prova” sono oggetto di espliciti precetti normativi) proprio come un legato, rispettivamente, di quella “divisione della conoscenza nel contraddittorio”, che costituisce uno dei fondamenti dell’ordine isonomico, e di quella idea di un giudice virtualmente onnisciente, *dominus* di tutte le informazioni comunque introdotte nel processo, che è tipico dell’ordine asimmetrico.

7. *Modelli di formazione del giudizio di fatto.*

Ma, per converso, e in termini più generali, se ne potrebbe allora trarre la conclusione che ciò che può distinguere — nella storia come nella comparazione e nella teoria del processo — due diversi modelli di formazione del giudizio di fatto, non è la scelta tra un giudice “attivo” e un giudice “passivo” nella “raccolta del materiale di fatto”, così come non può essere la scelta tra “libero convincimento” e “prova legale” ⁽⁴⁰⁾, e meno ancora quella tra “funzione persuasiva” e “funzione dimostrativa” della prova, o tra la maggiore o minore tensione verso una decisione “giusta” (non constando che qualcuno abbia mai sostenuto che lo scopo del processo è quello di produrre decisioni ingiuste) ⁽⁴¹⁾; bensì è prima

⁽³⁸⁾ M. DAMAŠKA, *op. cit.*, p. 113.

⁽³⁹⁾ M. DAMAŠKA, *op. cit.*, p. 115.

⁽⁴⁰⁾ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 23 ss.; Id., *Prova* cit., p. 526 ss..

⁽⁴¹⁾ La tesi secondo cui una decisione non può essere “giusta”, neanche “in diritto”, se non è fondata su un accertamento veritiero dei fatti, è sostenuta soprattutto

di tutto la scelta tra il costruire o conservare *una vera disciplina* dell'istruzione probatoria, e con essa qualche meccanismo di selezione preventiva delle informazioni utilizzabili per la decisione e qualche seria regolamentazione dei modi e dei tempi della loro introduzione nel processo, nel rigoroso rispetto di un contraddittorio effettivamente paritetico (cioè “isonomico”) tra le parti e tra queste e il giudice, e non solo di un contraddittorio *octroyé* dal legislatore o dal giudice (*audiatur et altera pars* in senso imperativo, non concessivo) (42), e con altrettanto rigida esclusione di qualunque commistione o sovrapposizione tra i rispettivi ruoli delle *personae* del processo (43); e il rinunciare invece a tutto questo apparato di “calcolati ostruzionismi” (44) — ovvero, in una parola, alla *specificità* della prova in senso giuridico — per consentire l'introduzione indiscriminata nei “sacchi” del processo (45) di qualsiasi informazione ipoteticamente rilevante, autorizzando il giudice a farne e a trarne ciò che meglio crede, in nome dell'accertamento della verità in senso empirico o scientifico (46).

Una mediazione tra queste opposte predilezioni ideali e culturali

da Taruffo. Cfr. già M. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 315 ss.; e poi ID., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, *ivi*, 2006, p. 451 ss., a p. 469 ss.; ID., *La semplice verità*, cit., p. 113 ss.. In senso adesivo v. S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, *ivi*, 2008, p. 129 ss., a p. 144 ss..

(42) Cfr. le analoghe osservazioni di N. PICARDI, “*Audiatur et altera pars*”, cit., p. 19 ss., che giustamente richiama il risalente saggio di E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 861 ss..

(43) Alla già ricordata idea leibniziana del giudice come *advocatus partium generalis* si dovrebbe sempre contrapporre il principio, sancito nella *Ley de las Siete Partidas* di Alfonso X il Saggio (1265), che nel processo “*non debe un home tener logar de dos*”.

(44) Alludo naturalmente alla famosa e felicissima espressione di J.M. MAGUIRE, *Evidence: Common Sense and Common Law*, Chicago, The Foundation Press, 1947, p. 11, che la disciplina normativa dell'istruzione probatoria non può non risolversi in un “*calculated and supposedly helpful obstructionism*”.

(45) B. CAVALLONE, “*Comme vous aultres, Messieurs*” (*François Rabelais teorico del processo e del giudizio*), in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 433 ss..

(46) Sul principio non scritto, ma radicato nella prassi del nostro processo civile, della utilizzabilità, per la decisione sul fatto, di *tutto* ciò che comunque è entrato nel fascicolo, v. B. CAVALLONE, *Riflessioni* cit., p. 957 ss..

non sembra davvero facile ⁽⁴⁷⁾, ma credo che sia utile chiarire almeno i termini del dissenso. E la lezione di Alessandro Giuliani è, a questo fine, un aiuto prezioso.

(47) Con riguardo alla recente mia polemica con Michele Taruffo in tema di “*veriphobia*”, Sergio Chiarloni manifesta “la convinzione che sovente le polemiche scientifiche nel campo del diritto, provocate da una diversità di approccio metodologico e da un contrasto sui valori di riferimento, non comportano necessariamente contrapposizione nelle tesi finali”, e ciò in quanto io, che non sarei “un veriphobico postmoderno e irrazionalista”, bensì “un fine studioso del giudizio di fatto”, ammetto che la decisione sul fatto debba essere resa “alla stregua sia delle regole del processo che di criteri epistemologici sensati, comprensibili e coerenti con la nostra cultura” (*In difesa della “veriphobia”*, cit., p. 12), e tale affermazione sarebbe “perfettamente condivisibile dal comune amico” Michele Taruffo (v. S. CHIARLONI, *La verità presa sul serio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 695 ss a p. 698, nota 12). Apprezzo naturalmente le espressioni lusinghiere, e il riferimento alla indubbia e solida amicizia trilaterale. Ma continuo a pensare che la mia posizione — anche qui sommariamente riassunta nel testo — sia radicalmente antitetica al convincimento “benthamita” dei miei due interlocutori, che la disciplina giuridica delle prove debba essere progressivamente ridotta e “semplificata”, fino a scomparire.

AUGUSTO CERRI

LOGICA, ARGOMENTAZIONE, PROCESSO:
IL FECONDO ROVELLO DI ALESSANDRO GIULIANI

1. Il ragionamento giuridico ed il ragionamento scientifico: omologia ed elementi di distinzione. — 2. Rilievo difficilmente superabile del fattore qualitativo e della connessa operazione del distinguere nel ragionamento giuridico. — 3. I limiti sfumati dei concetti qualitativi e la perentorietà della decisione: consenso sociale e rilevanza fattori indispensabili di supporto nell'argomentazione giuridica. — 4. La varietà dei fenomeni umani e la povertà del linguaggio: valore metaforico del linguaggio giuridico, analogia-valore delle argomentazioni, opzione giudiziaria. — 5. Processo, argomentazione, interpretazione.

1. *Il ragionamento giuridico ed il ragionamento scientifico: omologia ed elementi di distinzione.*

Da un punto di vista esterno il ragionamento giuridico è simile a quello delle scienze positive: si racchiude, infatti, come il ragionamento scientifico, in un sillogismo ipotetico (se... allora) ⁽¹⁾.

C'è di più. La regola giuridica può essere anche riguardata come regolarità nei comportamenti umani: questo profilo è valorizzato dal realismo giuridico più radicale che confina con il comportamentismo (behaviorismo) psicologico e sociologico. Un illustre etnologo (cfr. MALINOWSKY B., 153, cit. anche in HOEBEL, 255 ss.), del resto, si sforzò di enucleare le regole di convivenza di una popolazione primitiva, prima di conoscerne il linguaggio, osservandone i comportamenti.

(1) Cfr. J. DEWEY, Chap. XVI, n. 5; A. PECZENIK, 4.1.4.; E. di ROBILANT; G. KALINOWSKY, Chap. III, § 4, c2.

Certo, il "se" non è dato indipendentemente da una ricerca sollecitata dal caso concreto, cui dovrà applicarsi lo "allora" (si tratta del c. d. "circolo ermeneutico" su cui cfr. F. MODUGNO, 2009, b, 28); ma, salvo errore da parte mia, anche nelle scienze della natura l'ipotesi (il "se... allora") nasce, in genere, da un'intuizione non estranea al contesto effettivo di ricerca.

Ma, anche fuori da queste ipotesi estreme, come la scienza consente di prevedere i fenomeni così anche la certezza del diritto consente di prevedere le decisioni e, dunque, i comportamenti umani. Vero è che la certezza del diritto è un qualcosa da conquistare, non un bene acquisito.

Le “norme” ricercate da altre discipline sono peraltro talmente legate al fatto da esserne inseparabili, da costituirne l'ordinamento necessario ed indefettibile. La convivenza umana, invece, almeno per non pochi tratti di particolare significanza, si ordina in base a norme che passano attraverso il momento lucido della coscienza e volontà, che esprimono, dunque, una “scelta”, una consapevole progettualità o una “obbligatorietà” diversa e distinta dalla pura “necessità”.

Questo fattore di scelta è, in qualche senso, pervasivo.

La norma giuridica, ad es., può esser trasgredita, a differenza della norma naturale, ed in relazione a ciò è prevista una sanzione (norma di secondo grado) (2).

La norma giuridica deve essere “interpretata”, mentre quella naturale può essere solo “descritta” (3).

Il diritto è fenomeno che contiene un'ineliminabile dimensione

(2) Se la trasgredibilità della regola giuridica può presentare analogie con il carattere tendenziale e statistico che talvolta assumono le regolarità della natura (specie con riguardo alle micro particelle, oltre che con riguardo ai fenomeni sociali considerati dall'esterno e come dato puramente oggettivo), di certo l'esistenza di norme di secondo grado a carattere sanzionatorio è propria solo della regola giuridica.

Nel momento in cui una regola di comportamento venisse ad essere così assimilata da divenire abito inseparabile dell'uomo, “riflesso condizionato”, cesserebbe di esser studiata dalle discipline giuridiche e diverrebbe oggetto di altre discipline, dell'antropologia, della psicologia, della fisiologia, ecc.

E, per converso, la mancata corrispondenza del fenomeno all'ipotesi che ne formula la legge (anche ove statistica e, cioè, convergente, nella media, verso un limite, pur con gradi diversi di “varianza”) ne comporta (ove non dovuta a difetti dell'esperimento) la “falsificazione” (K. POPPER, § 6, 21 ss., 31 ss., 43, 82, ecc.; si tratta di una tesi che pervade tutta l'opera).

(3) In effetti, anche le formule della fisica sono suscettibili di diverse interpretazioni, orientate, sembrerebbe, sulla ricostruzione del fenomeno di cui indicano le costanti (cfr. B. RUSSEL, IV,1; K. POPPER, 75). Sembrerebbe, peraltro, che ci troviamo questa volta di fronte ad un'interpretazione che prescinde da una scelta, da un intento originario o ragionevole od equo.

“storica” (di “cultura”, dunque), pur se collegato anche alla “natura” umana (4).

Le discipline giuridiche, a differenza di quelle naturalistiche, vengono ad esser parte del fenomeno che studiano, nel senso che non si limitano a contemplare dall'esterno un qualcosa che sussiste indipendentemente da esse, ma costituiscono elemento necessario allo sviluppo di ciò che studiano (5).

Nell'ambito delle discipline giuridiche trovano la massima collocazione, appunto, le proposizioni “costitutive”, i “performativi”, le proposizioni, cioè, che non descrivono, né prescrivono ma producono l'effetto enunziato (AUSTIN; SEARLE; CARCATERRA). Ed, anzi, un fattore di costitutività probabilmente inerisce ad ogni proposizione giuridica (G. CARCATERRA, 1988), di cui finisce con l'essere il carattere proprio (N. Mc CORMICK-O. WEINBERGER); come, del resto, un fattore di prescrittività inerisce anche alle regole costitutive (F. MODUGNO, 2009, a, 20). La medesima logica delle proposizioni prescrittive, pur derivata da quella modale, se ne distingue sotto non pochi profili, ecc. (cfr. T. MAZZARESE, 9, 25 ss.) (6).

(4) L'epistemologia moderna ha mostrato come fattori culturali siano presenti anche nella formulazione delle ipotesi scientifiche (rinvio per ulteriori indicazioni ad A. CERRI, 2004); e, peraltro, poi il confronto con l'esperienza “tende” a neutralizzarli (senza mai forse eliminarli del tutto).

Nel diritto, invece, la storicità è dimensione accolta nella sua pienezza. Un fenomeno come l'abrogazione della legge o la risoluzione del contratto per *contrarius consensus* sarebbe inconcepibile nelle discipline di tipo naturalistico (anche quando investono fenomeni umani).

(5) Di qui nasce la distinzione fra teoria generale del diritto, che studia il fenomeno ponendosi al di fuori di un ordinamento dato, e dogmatica giuridica, che opera all'interno di un certo ordinamento e contribuisce a svilupparlo.

L'influenza dell'osservatore sul fenomeno fisico, talvolta inevitabile come nel caso di analisi di microfenomeni (ricordo il principio di “indeterminazione” di HEISENBERG), è vista come “perturbazione”, eventualmente da “neutralizzare” nei limiti del possibile (come si tende, nel caso, a fare attraverso il metodo statistico), mentre il contributo della giurisprudenza e della dottrina allo sviluppo del fenomeno che studia rappresenta un elemento congenito e inestirpabile; ciò anche impone una separata considerazione del problema della “neutralità” della ricerca in una disciplina come la nostra.

(6) Le iterazione deontiche, ad es., sono inconcepibili nella logica modale. Ha senso dire: è permesso che sia vietato, ha senso fin anche il “vietato vietare” del maggio francese 1968; non ha senso dire: è possibile che sia possibile, è necessario che sia

2. *Rilievo difficilmente superabile del fattore qualitativo e della connessa operazione del distinguere nel ragionamento giuridico.*

Si collega al rilievo che assume nel diritto il fattore “scelta” umana, anche il rilievo che vi assume il fattore qualitativo. Ciò, sembrerebbe, appunto perché la scelta umana, che è alla radice del fenomeno giuridico, si correla, per lo più appunto, a fattori qualitativi. Il ragionamento giuridico, di conseguenza, pur contenendo tutti gli strumenti del ragionamento generale (induzione, deduzione, formulazione di ipotesi, abduzione) finisce con l’accentuare un elemento che nel ragionamento scientifico non è proprio assente, ma resta in ombra (è talvolta presupposto, mai propriamente posto): la distinzione (7).

Il ragionamento scientifico è alla ricerca di fattori quantitativi, il cui impiego presuppone dati omogenei che possano spiegare anche le differenze; ed in ciò consegue indiscutibili successi. Certamente, un quadro è un insieme di linee, di colori, di prospettive, ecc. di elementi tutti traducibili in dati quantitativi, in lunghezze delle onde

possibile, è possibile che sia necessario, ecc. (se non, in alcuni casi, facendo riferimento non allo stato oggettivo delle cose, ma ad uno stato soggettivo di ignoranza).

(7) Scienze come la matematica, la fisica operano traducendo le relazioni qualitative in relazione quantitative (Cfr. B. RUSSEL, 1897-1975, par. 37, 44, 46, 48, 61, 83, 102, 118, 141, 178, 209).

Una qualche distinzione è presupposta, a mio sommo avviso, ad es., nella teoria degli insiemi, nella teoria stessa dei numeri naturali ed, *a fortiori*, sempre a mio sommo avviso, nel numero complesso; ma non è posta ed ancor meno definita, perché si postula sia stabilita altrove. L’insieme, ad es., “denota” una serie di elementi; ma il criterio onde questi si “connotano” non ne fa parte. Questo criterio potrà essere utile, ad es., per stabilire se l’insieme contenga se stesso o non, ma l’insieme è dato solo dai suoi elementi. Cfr. sulla estensione e intenzione dei concetti B. RUSSEL, II, 10.

La geometria proiettiva cancella il dato quantitativo per riassorbirlo in un dato qualitativo (B. RUSSEL, 1897-1975, par. 37, 46) ma si tratta di qualità elementari che confinano con gli assiomi; e, in genere, nelle geometrie euclidee o non euclidee gli assiomi o postulati (nella loro ormai assimilata paradossalità) hanno la funzione di consentire il passaggio dall’ordine concettuale astratto al dato fenomenico (B. RUSSEL, 1897-1975, par. 83, 102).

Sembrerebbe che gli studi della fisica, pur nella loro tendenza all’unificazione, al riassorbimento del dato qualitativo in quello quantitativo omogeneo, siano pervenuti ad enucleare sette “costanti”, fra loro distinte. Ciò ne conferma, per un verso, la base empirica, non riassorbita del tutto nel comune apparato logico-matematico, ma conferma anche la persistenza di elementi di distinzione (B. RUSSEL, I, 4).

luminose, ecc.; riprodurre con esattezza un quadro sembra estremamente complicato e, attualmente, al di là delle tecnologie esistenti, anche se, in astratto, non sembra impossibile. E, del resto, il canone di Vitruvio serviva a dare misure e proporzioni di una basilica ben costruita, riproducibili in diversi contesti; i quadri di Mondrian erano così semplicemente dipinti da essere (dichiaratamente) riproducibili.

Ma che senso ha riprodurre un quadro o una struttura architettonica? Ha senso solo nella misura in cui si tratta di opere che sollecitano in noi emozioni positive. Ciò vale anche per la musica, nella quale il fattore quantitativo è trasparente e visibile fin dall'origine: anche in questo caso la riproduzione di un brano musicale ha senso solo se questo stimola in noi emozioni positive (lascio in disparte il problema dell'interpretazione musicale, emerso in questo incontro di studio, perché fuori dalla linea del mio discorso). E sono queste emozioni di segno positivo che giustificano l'esposizione di un quadro in galleria o l'acquisto da parte di privati, fin anche il suo prezzo di mercato, i concerti, l'esistenza stessa di enti lirici, di accademie musicali, ecc.

Sotto un certo aspetto (causalità efficiente) il *prius* è un insieme di dati quantitativi; sotto un altro aspetto (causalità finale, scopo) il *prius* è un fattore qualitativo.

Nella vita reale l'uomo si orienta in base a fattori qualitativi (ricerca di felicità, benessere, giustizia, emozioni di segno positivo) e solo *a posteriori* cerca dati quantitativi per implementare questo suo orientamento fondamentale. Ed i fattori qualitativi, a loro volta, possono essere analizzati in elementi ulteriori (beni della vita, azioni utili, dannose, ecc.).

È vero che le scelte qualitative possono essere, in qualche misura, orientate da criteri o considerate da previsioni non arbitrarie, in modi che reintroducono fattori quantitativi. La filosofia utilitaristica, *a priori*, e le analisi statistiche, *a posteriori*, muovono, appunto, in questo senso.

La monotonia dell'utilitarismo tralaticio non spiega, peraltro, non poche scelte umane effettive, specie in sede politica, mosse da sentimenti di solidarietà o benevolenza (A. SEN, 2009, 12, 194 ss.). Oltre il "mito" del "prodotto lordo nazionale" (ricordo le brillanti

critiche di GALBRAITH), acquista sempre più rilievo il dato della "qualità della vita" (8).

Le analisi statistiche dei comportamenti umani conducono ad una certa prevedibilità, ma restano esterne rispetto ai fattori che, all'interno dell'area più o meno ampia del dissenso, avvalorano alcune posizioni come destinate a modificare o travolgere le precedenti regolarità, se non, appunto le precedenti regole giuridiche, mentre qualificano come anomale (se non illecite) altre posizioni o condotte.

E, più in generale, non siamo arrivati a prevedere con esattezza quali saranno le preferenze di ciascuno e, ancor meno, gli svolgimenti storici che mutano i modi di essere degli ordinamenti giuridici e, prima ancora, di intere civiltà; e, probabilmente, mai arriveremo a tanto (9).

Sembra, dunque, difficile, allo stato, estirpare il modo di ragionare giuridico, specie quando si constati che il progresso medesimo dell'uomo la sua speciale posizione nella natura si collega a fattori come l'indirizzo consapevole che è in grado di imprimere agli eventi, la conservazione e l'affinamento delle conoscenze attraverso il dialogo ed il linguaggio, ecc. Un fattore giuridico (il dialogo, ad es.) si insinua fin anche nella ricerca scientifica ed, ancor più, investe la valutazione dei risultati (10).

Fino al punto che, l'inosservanza di regole, in qualche senso

(8) Fino al paradosso, segnalato dell'A. in questione, di includere e sommare nel detto prodotto lordo sia le attività inquinanti, sia quelle di disinquinamento; mentre sarebbe più semplice (e più economico, anche se non altrettanto significativo sul pieno statistico), non inquinare affatto.

(9) I corsi e ricorsi nella storia, secondo il pensiero di Vico, non sono ancora vere regolarità; perché, il ricorso mai è del tutto identico all'edizione originale; talvolta (ricordo Marx) può esserne anche la caricatura.

Come segnalava SCHUMPETER, gli studi economici non sono pervenuti a prevedere le trasformazioni della società. E le previsioni non sono sempre facili neppure negli studi fisici (cfr., sulla matematica della biforcazioni, I. PRIGOGINE, 29).

(10) Fra il dubbio iperbolico (o scettico) e la facile credulità si interpone un dubbio sistematico ma equilibrato e superabile in base ad assunti condivisi (esistenza di leggi nei fenomeni naturali, ecc.) da riscontrare con metodi condivisi. Si è posto in luce, dunque, un elemento convenzionale del medesimo sapere scientifico (H. POINCARÉ) o si è definita l'epistemologia come una sorta di «giurisprudenza generalizzata» (TOULMIN, 7-8, 255; cfr. anche A. PECZENIK, 138 ss.).

giuridiche, nel controllo dei risultati, può condurre, ove siano coinvolti beni avvalorati dall'ordinamento, a responsabilità giuridiche di carattere civile o penale (A. CERRI, 2004, 368).

E più in generale, sembra difficile estirpare la dimensione storica, quando i medesimi indirizzi di ricerca scientifica ne sono, in qualche modo, influenzati ⁽¹¹⁾.

L'identità degli strumenti adoperati, ma anche, peraltro, la accentuazione profondamente diversa nell'impiego dell'uno o dell'altro spiega non solo le differenze fra ragionamento giuridico e ragionamento delle altre discipline scientifiche, ma anche il singolare rapporto (non voglio dire di "odio-amore", che sarebbe troppo, ma, direi) di reciproco interesse ed anche di reciproca diffidenza fra giuristi e scienziati.

3. *I limiti sfumati dei concetti qualitativi e la perentorietà della decisione: consenso sociale e rilevanza fattori indispensabili di supporto nell'argomentazione giuridica.*

Nell'argomentazione giuridica assume, dunque, un rilievo centrale la distinzione ("o... o", nel senso esclusivo; un'alternativa in senso debole non è decisiva anche se può rafforzare le basi di una certa argomentazione) e la definizione; distinzione e definizione che debbono essere "rilevanti" (A. GIULIANI) rispetto alla qualità degli interessi in gioco ed agli scopi (di avvaloramento di alcuni o altri interessi) delle norme (regole) considerate; perché la regola giuridica, a differenza di quella della natura, non è indifferente alle preferenze dell'uomo, ma già contiene una considerazione dei dati qualitativi cui queste si ricollegano.

Nel ragionamento giuridico è presente la deduzione, il sillogismo nelle sue classiche forme, oltre che nella forma ipotetica; ma, si sottolinea in genere, trattasi di uno schema riassuntivo di operazioni più complesse (N. BOBBIO, 1 ss.). E queste operazioni sono, appunto,

⁽¹¹⁾ Gli epistemologi hanno molto bene illustrato le componenti culturali (ricordo SCHROEDINGER, KUHN) od anche economiche (MACH), convenzionali (POINCARÉ), estetiche (BARRINGTON MOORE), sociali (MANNHEIM, MYRDAL) delle medesime ipotesi, non strettamente determinate dall'induzione ma frutto di un fattore ulteriore difficilmente definibile.

la determinazione (definizione) interpretativa delle premesse e delle conseguenze. Le cause, quando il punto di diritto (e non la ricostruzione del fatto) risulti decisivo, si vincono o si perdono non sulle deduzioni (che sono, in genere, piuttosto ovvie) ma sulle distinzioni (che possono essere oltremodo sottili e sfuggenti). Questa volta la distinzione non è presupposta ma, davvero, richiesta e posta.

Ciò vale a connotare l'*habitus* professionale del giurista. Ma non ancora esaurisce le difficoltà in cui versa il suo operare.

Distinguere, definire, significa introdurre un taglio netto nei fenomeni considerati; e si collega al decidere, momento essenziale nella vita dell'ordinamento, la cui radice etimologica (da *caedere*) ancora una volta evoca l'operazione quanto mai dolorosa del tagliare; sia per coloro che sono giudicati (i cui interessi risultano esposti al sacrificio), sia per chi giudica, che dovrà mettere a tacere argomenti, dubbi pur vivi, perché sovrastati da altri. Ma a questo taglio netto che è insito nella decisione non sempre corrisponde una "soglia", un "limite" nitido, che separi l'una entità concettuale dall'altra: in genere il distinguere, il definire, hanno a che fare con dati qualitativi reali, che trapassano l'uno nell'altro attraverso linee quasi di continuità.

Certo, anche in un approccio quantitativo, tipico delle scienze della natura, il "continuo" pone problemi non facili; ma poi, attraverso la teoria dei limiti, si è finito per superarli. E ciò tendenzialmente vale anche per le disposizioni giuridiche che impiegano concetti quantitativi; per le disposizioni, ad es., sui "termini", siano essi perentori, ordinatori, dilatori, ecc.; pur se nel diritto il fattore qualitativo finisce marginalmente con l'investire anche questo dato che (sembra) puramente quantitativo. Il termine deve essere adeguato, ragionevole (ricordo la giurisprudenza della Corte costituzionale) e, cioè, "tollerabile" alla stregua di una diligenza umana e non disumana, di una "qualità della vita" compatibile con quella altrui ma anche con un'aspirazione consentita, a tutti comune.

È probabile che per i concetti dati mediante proposizioni costitutive, minore è il margine di indeterminazione; si tratta, in genere, di concetti astratti e costruiti dall'ordinamento medesimo e, dunque, sufficientemente precisi. La maggiore età (e, con essa, la capacità di agire) si acquista al compimento del diciottesimo anno; possono presentare richiesta di *referendum* cinquecentomila elettori;

la legge successiva abroga la legge precedente; il Presidente della Repubblica è eletto dal Parlamento in seduta comune, integrato con i rappresentanti delle Regioni, con una maggioranza di ..., ecc. Si tratta di disposizioni che possono dar luogo a problemi interpretativi, ma non perché contengano concetti qualitativi; piuttosto perché contengono concetti che non tengono conto di non pochi eventi, in qualche senso, “anomali” rispetto a quel che prevedono. Su di ciò torneremo tra poco, quando soffermeremo la nostra attenzione su di un altro problema evidenziato dal GIULIANI, quello della ristrettezza del vocabolario rispetto ai fenomeni reali.

Le disposizioni, peraltro, a carattere prescrittivo debbono tener conto, in partenza ed in arrivo (nel “se” ed anche nello “allora”), di comportamenti umani; e la descrizioni di questi contiene termini “qualitativi” che presentano innegabili margini di indeterminazione (ricordo anche B. RUSSEL, IV, 4, ad es.; ma si tratta di tesi ricorrente). “Negligenza, imperizia, imprudenza”, “artifici e raggiri”, “errore essenziale e riconoscibile”, “vizio occulto”, “errore scusabile”, “interesse ad agire”, ecc. Ogni buon giurista conosce che si tratta solo di alcuni esempi e, peraltro, di fondamentale importanza tratti da diversi settori dell’ordinamento; sono tutti concetti che contengono “un più” ed “un meno” e non è facile fissare la “soglia” (il limite) del trapasso da quel che il diritto non protegge a quel che protegge; e, ciò si dice a tacere dei famosi “concetti valvola”, come “buona fede”, “diligenza del buon padre di famiglia”, ecc., per mostrare come i margini di indeterminazione nelle proposizioni prescrittive siano pervadenti. Aggiungerei che il diritto sovranazionale (forse per l’influenza di sistemi come quello anglosassone o tedesco) contiene quasi in misura maggiore termini qualitativi ed elastici: “violazione sufficientemente caratterizzata”, “*legitimate expectation*”, “abuso della posizione dominante”, “mercato rilevante”, regola del “*de minimis*” per gli aiuti di stato, ecc. La Corte dell’Unione europea ed il Tribunale di primo grado operano nel senso di precisare al meglio questi concetti, ma un margine di indeterminazione sembra insuperabile.

Come, in genere, non è facile stabilire la soglia che separa il “caldo” dal “freddo”.

Certo, nessuno chiamerebbe “freddo” il giorno più caldo dell’anno all’equatore; e nessuna chiamerebbe “caldo” il giorno più

freddo dell'anno ai poli; ma poi, anche il caldo dell'equatore nel giorno più torrido non è sufficiente a fondere l'acciaio e, dunque, a questi fini, è freddo (ecco la "rilevanza", alla cui stregua deve essere "tagliata" la distinzione: cfr. A. GIULIANI, 1975). I termini, dunque, non possono essere intesi se non risciacquandoli, per così dire, alla stregua della coscienza sociale, se non ponendo attenzione, di volta in volta o congiuntamente (questa volta la "o" è debole e non disgiuntiva), al problema da risolvere o alla sensibilità umana, sociale, unanime o media, a seconda dei casi (de NITTO).

In relazione a questo sostrato di cultura, a questa consapevolezza comune della funzionalità dei termini, è possibile, prima ancora che prescrivere, intendersi, sul terreno della comunicazione, anche quando il discorso cade su fattori "qualitativi". Non si tratta di rifondare, nella sede dell'interpretazione giuridica, uno "scetticismo integrale", come sempre, ed anche in questo caso di "scetticismo comunicativo", autocontraddittorio ed incompatibile, prima ancora, con l'occuparsi del diritto. La terminologia giuridica, del resto, ha una sua tecnicità che la distingue dalla terminologia comune (e le conferisce maggiore precisione), senza pervenire alla più stretta formalità del linguaggio logico o matematico. Fin dall'antichità e di recente (ricordo gli studi sul *drafting*) la tecnica legislativa è stata oggetto di particolare cura (lo stesso Alessandro Giuliani, insieme con Nicola Picardi, ha promosso una magnifica ricerca collettiva sul tema).

Vero è, peraltro, che, nonostante tutti gli sforzi per conferire precisione ai testi normativi (taccio della scarsa osservanza di queste regole in non poche leggi) non si può non vedere la corposa dimensione sociale, pragmatica della comunicazione in genere e di quella giuridica in particolare; che deve essere misurata, per un verso, alla stregua dei fattori comunicativi generali e, per altro verso, alla stregua del fattore teleologico (soggettivo o anche solo oggettivo) presente nella comunicazione stessa. Una distinzione tracciata in modo del tutto estraneo alla funzione della norma incorre nella "fallacia" del difetto di rilevanza e, come tale, deve essere espunta dalla dialettica forense ed, infine, dalla decisione che la conclude (A. GIULIANI).

Una elasticità dei concetti giuridici è stata, invero, riferita da Ronald DWORKIN ai principi intesi come valori, il cui impiego sarebbe

necessario negli *hard cases*; mentre nei *routine cases* sarebbero sufficienti le “regole”, da ritenere, invece, precise. In effetti emerge dall’analisi di Giuliani (in questo contesto, come anche nel contesto della relazione fra eventi umani e parole, cui accenneremo subito di seguito) la problematicità anche di definire i termini delle regole.

L’elasticità, pur se pervadente, non esclude, però, elementi di certezza, sia pure da “contestualizzare” nello scopo del discorso (nel fuoco della rilevanza, appunto). Se un’agenzia di viaggi promette clima temperato, verrebbe a non adempiere alla sua obbligazione ove andasse a spedire i suoi malcapitati clienti ai poli o sulle più alte vette dell’Himalaia; di questo, credo, nessuno potrebbe dubitare (12).

4. *La varietà dei fenomeni umani e la povertà del linguaggio: valore metaforico del linguaggio giuridico, analogia-valore delle argomentazioni, opzione giudiziaria.*

Sembra anche vero che le difficoltà dell’interprete non derivano solo dalla elasticità (inevitabile) dei termini impiegati, ma anche dalla insufficienza di questi rispetto agli effettivi casi della vita.

Muovendo da un luogo aristotelico, GIULIANI ci mostra come i punti di sofferenza del linguaggio normativo risiedano non solo a monte, nella sua irriducibile ambiguità; ma anche a valle, nella difficoltà di prevedere in modo completo gli eventi umani e sociali. La realtà ha una fantasia molto più ricca della nostra immaginazione: quante volte ci sforziamo di trovare esempi di un certo problema giuridico e, quando li abbiamo trovati, restiamo insoddisfatti per la loro scarsa significatività se non per la loro estrema improbabilità! Non appena apriamo un repertorio di giurisprudenza troviamo esempi ben più significativi di quelli (banali e “di scuola”) che eravamo riusciti ad elaborare. Ma ciò vale anche oltre la *regula iuris* consegnata nel testo da interpretare; vale ancora come limite di

(12) Di ciò tengono conto quelle dottrine giuridiche e dell’interpretazione che distinguono un cuore ed un contorno dei concetti (e dei termini impiegati per designarli), un “*Kern*” ed un “*Hof*”, un “*core*” ed una “*ball*”, per dire che la decisione è certa quando il caso rientra nella prima sfera, incerta quando rientra nella seconda.

questa regola che, non solo può ricevere applicazioni le più varie, ma può trovarsi di fronte a rapporti umani difficili da ricomprendere.

Risorge il dubbio: la proposizione normativa ed il sistema che la ricomprende sono, davvero, insufficienti di fronte ai casi della vita? Non è vero, forse, che tale proposizione è costantemente doppiata da un *argumentum a contrario*, di segno debole, per cui ciò che non prevede non può ricevere la disciplina dettata? Questo è diverso dall'*argumentum a contrario* di segno forte (come la proposizione contraddittoria si distingue da quella contraria; come "non vale che" è diverso da "vale che non": ricordo gli studi di Gaetano CARCATERA) ma è, comunque, sufficiente ad offrire una regola di decisione anche per il caso non previsto.

In realtà l'insufficienza deriva dal senso di insoddisfazione dell'interprete di fronte ad un'applicazione puramente meccanica di tale argomento negativo. L'interprete avverte sovente che una decisione così elaborata sarebbe iniqua. Ecco, allora, che nascono le operazioni di interpretazione analogica e, prima ancora, le operazioni che tendono ad ascrivere un significato metaforico alle parole della legge (la metafora è, del resto, un'analogia anticipata, come già Aristotile ha chiarito). Si stabilisce un circolo virtuoso fra interprete e legge, per cui questo interpreta quella oltre la sua lettera, tenendo conto della sua *ratio aequitatis*, come dicevano i giuristi medievali (ricordo gli studi di CORTEDE, di PIANO MORTARI; ricordo anche la sempre rinnovata e mai conclusa riflessione del CALAMANDREI sul principio di legalità).

Si instaura, in sostanza, una tensione, fra interpretazione estensiva, analogica e *argumentum a contrario* debole, problematica e non suscettibile di esser risolta sul terreno puramente logico. Le riflessioni meno risalenti di BOBBIO sul tema contengono, appunto, implicite ammissioni in questo senso. Sono state, invero, sottoposte a critica, in definitiva, perché l'analogia presuppone una *eadem ratio* e, dunque, assume carattere delimitato, non tale da fronteggiare l'*argumentum a contrario* su tutto l'arco della sua operatività, ma da prevalere con certezza nel proprio ambito; e, peraltro, sembrano conservare una loro validità, almeno quando, pur ricorrendo nella fattispecie considerata gli elementi cui si collega la *ratio legis*, ricorrono anche elementi ulteriori che potrebbero consigliare una

diversa disciplina (rinvio ai miei studi sull'eguaglianza: cfr. A. CERRI, 2006, 2.5.1.).

L'*argumentum a contrario* forte in genere esclude estensioni ed analogie; ma storicamente è vero che non poche volte ne è stato travolto (il *testamentum militis*, norma eccezionale, non suscettibile di estensioni, è divenuto l'archetipo del testamento olografo, ad es.); ed è anche vero, nell'ordinamento positivo, che viene talvolta superato attraverso la questione di costituzionalità per ragioni di eguaglianza, che veicola un'analogia o un'estensione altrimenti intollerabili (rinvio, ancora, ai miei studi sull'eguaglianza).

La reazione dell'interprete di fronte al caso della vita è, in sostanza, un dato primitivo che non può essere eluso in una discussione sulla giurisprudenza che voglia essere realistica: questa reazione induce l'interprete a ricercare nel mosaico del sistema normativo la combinazione e la soluzione più adatta (come nella ricerca scientifica, il contesto culturale e, talvolta, certe segrete opzioni del ricercatore segnano l'orizzonte dell'indagine ed inducono inevitabilmente a selezionare i profili della realtà, secondo un criterio implicito e sovente inavvertito), ma anche induce l'interprete (e ciò a differenza della ricerca scientifica) a rimodulare le tessere del mosaico nel modo più soddisfacente.

Esistono limiti a quest'ultima operazione? Forse sì: ricordo il principio per cui la questione di costituzionalità può esser sollevata solo quando tutte le operazioni di interpretazione adeguatrice sono fallite (che suppone implicitamente, appunto, un limite a queste operazioni); oppure il principio, da noi veicolato attraverso la giurisprudenza comunitaria, per cui lo Stato legislatore od anche lo Stato giurisdizione è tenuto al risarcimento danni solo quando ha posto in essere una "chiara violazione delle regole comunitarie" preordinate ed un domani anche costituzionali, che erode, senza direttamente travolgere, fin anche gli effetti del giudicato; principi tutti che presuppongono un possibile nucleo chiaro della proposizione normativa, accanto ad elementi di maggiore opinabilità. Forse no: ricordo come, nel diritto intermedio, fin anche il divieto di analogia in diritto penale venne travolto di fronte all'insufficienza dei testi legislativi giustinianeî nella realtà nuova.

La vicenda storica, economica, sociale pone sempre nuovi problemi: la coscienza inquieta del giudice cerca un conforto nella legge

ma poi trasmette ad essa tutte le sue inquietudini e tutte le complesse sofferenze della realtà nuova di cui è partecipe e spettatore: ne nasce un circolo vizioso/virtuoso che conduce ad una sempre migliore formulazione dei testi legislativi; sempre destinati, peraltro, ad essere superati. Le pretese di immutabilità di codificazioni storiche, come quella giustiniana e napoleonica, hanno ricevuto, appunto, costanti smentite dalla realtà, dall'insorgere di nuovi problemi e dallo sviluppo di nuove riflessioni.

Abbiamo accennato al problema di una eventuale resistenza del dato testuale alle operazioni interpretative, con esempi tratti anche dalla giurisprudenza; potrei inoltre accennare a non poca dottrina di teoria dell'interpretazione che sembra orientata in questo senso. Giuliani non è convinto che questa resistenza possa essere davvero irriducibile: il fatto medesimo di anticipare le operazioni analogiche al momento della formulazione della norma, che è intrinsecamente (e non solo: può essere ulteriormente applicata in via) metaforica, analogica, sembra eroderne le basi. Crede, piuttosto, nell'argomentazione giuridica come limite all'arbitrio dell'interprete e del giudice ed al processo, come sede isonomica di svolgimento e di controllo delle argomentazioni; e crede (direi) alla opzione del giudice, limitata, ma non cancellata dalla morsa stringente delle argomentazioni.

Sotto quest'ultimo profilo sembra distinguersi anche da correnti di pensiero come il realismo nordico e quello americano: sia in positivo, valorizzando la consistenza di una metodologia comune; sia in negativo, quasi svalutando anche l'efficacia del precedente, della *ratio decidendi*, di quella *regula iuris* (ricordo MODUGNO, 2009, a, par. 33) da sostituire a quella legislativa, su cui fondare la "profezia" circa l'esito dei giudizi. Mentre si ricongiunge alle teorie del processo, come "processo di formazione" dell'ordinamento giuridico (ricordo Salvatore Satta).

5. *Processo, argomentazione, interpretazione.*

Il processo è il luogo nel quale queste operazioni interpretative trovano il loro naturale svolgimento: se, come si è accennato nel paragrafo che precede, l'inadeguatezza del testo scritto si rivela principalmente a contatto dell'esperienza giuridica, del resto, nep-

pure sembra incongruo che proprio attraverso questa esperienza, rivissuta nel processo, la detta ambiguità debba esser superata.

Il processo è il luogo ove affiora l'insufficienza del diritto scritto; ma è anche il luogo migliore per rimediare. La dialettica delle parti veicola quella argomentativa; e non può essere sostituita da operazioni solitarie della mente non solo perché questa non è in grado, fuori dall'esperienza concreta, di immaginare i punti di sofferenza delle previsioni legislative, ma, ancora, perché l'orizzonte che delimita l'attività argomentativa e questa medesima presenta margini di indeterminazione, che sono superabili solo attraverso un qualche consenso della società generale e di quella particolare, che nel processo trova espressione.

Argomentazione non equivale a dimostrazione. Si tratta di un dato ormai acquisito nella riflessione contemporanea; che muove, appunto, dalle opere del Perelman e si svolge in un contesto sempre più ricco e problematico, in cui deve esser collocata anche la riflessione di Habermas. Giuliani opera in una sorta di solidarietà ideale rispetto alla riflessione di Perelman; ma, in effetti, introduce novità di non trascurabile rilievo. Il referente questa volta non è la retorica antica; ma la dialettica che Aristotile colloca accanto alla analitica, per tutte le questioni non suscettibili di dimostrazione rigorosa.

L'innovazione non sembra priva di ricadute. La retorica potrebbe convincere senza persuadere; la dialettica, in definitiva, persuade, pur senza essere assolutamente costrittiva come la dimostrazione. Perelman invitava a misurare le proprie argomentazioni alla stregua dell'uditorio nel quale avrebbero avuto a svolgersi; ed ipotizzava un "uditorio universale", come idea limite. Tutto ciò è molto realistico; ma può veicolare suggestioni non virtuose. Giuliani, innanzi tutto, muove da una teoria dell'argomentazione che è più immediatamente misurata sulla dialettica giudiziaria e risulta meno esportabile in settori vicini (come la dialettica politica, ad es.); in secondo luogo, ascrive all'argomentazione un ruolo più delimitato ed, insieme, meno opinabile, quello di espungere una serie di possibili proposizioni (interpretative, ad es.) e di possibili conseguenze inaccettabili. La dialettica, del resto, anche in Aristotile, non si identifica con la retorica.

Vengono espunte le argomentazioni sofistiche, che traggono origine dall'ambiguità (sopra accennata) delle parole; sono espunte le argomentazioni e le conseguenze (in qualche modo) contraddittorie; sono espunti anche quei significati che non sono "rilevanti". Le fallacie della rilevanza rappresentano, appunto, il terreno privilegiato dell'argomentazione giuridica.

Il contraddittorio, la dialettica sono, in fondo, modi generali di svolgimento delle attività umane e penetrano non solo nell'agone politico (non del tutto eterogeneo rispetto a quello giudiziario) ma anche in settori assai più lontani, come quelli delle scienze della natura. Ma, in certi casi, il contraddittorio rappresenta prevalentemente una forma di controllo dei risultati raggiunti, mentre in altri assume carattere più immediatamente e visibilmente "costitutivo". Nell'accentuata consapevolezza di questa differenza, la dialettica di Giuliani si distacca da precedenti modelli, quali, ad es., il dialogo calogeriano; e si pone in rapporto problematico rispetto ad altri modelli, come quello del contraddittorio di Habermas. Ricordo un luogo dell'Eutifrone di Platone, nel quale si distingue fra la discussione delle cose morali, destinata a lunga vita, rispetto a quella relativa ad operazioni esatte, come la misurazione, destinata, invece, ad una vita breve; forse Platone non aveva però presente l'immagine di una scienza che difficilmente arriva ad una spiegazione assolutamente definitiva dei fenomeni naturali.

La scienza veicola, di certo, anche modelli più costrittivi, come segnala Giuliani nel suo saggio sulla prova, con riguardo, ad es., al rilievo che ebbero ad assumere le presunzioni legali nello stato assoluto, rilievo mediato, appunto, dal modello della sicura cogenza di una dimostrazione razionale. E, peraltro, innegabilmente la scienza ha da sempre veicolato anche un modello di dibattito ampio e libero, senza steccati; le conseguenze restrittive sono state piuttosto mediate attraverso il supporto di un argomento economico, non desunte direttamente dal modo di essere della ricerca. Vero è che la dialettica nel sapere naturalistico e fin anche nelle scienze più astratte (come la matematica) assume un valore prevalentemente di controllo; mentre nel sapere che attiene alle cose umane assume un rilievo più accentuatamente costitutivo e formativo.

Ecco, appunto, la coerenza fra processo, sua struttura isonomi-

ca, carattere allusivo ed intrinsecamente metaforico delle indicazioni legislative, svolgimento della dialettica.

Si tratta di una problematica che, da un proprio punto di vista, rivisita luoghi consueti ad una storica diatriba processualistica: quella sul significato del diritto di azione; ad un certo punto divenuta desueta, forse proprio perché si ebbe ad avvertire che aveva toccato i limiti del sapere giuridico per entrare in quello filosofico (ricordo alcune meditazioni di Orestano sul tema). E rivisita anche luoghi consueti, appunto, alla teoria generale ed alla filosofia del diritto. L'interpretazione giudiziaria, sembra dire Giuliani, non è stretta fra l'alternativa *kelseniana* dei limiti dati dal significato univoco della legge ed opzione (sostanzialmente politica) del giudice, nell'area in cui il concetto giuridico risulta indeterminato; si esprime, invece, attraverso un suo proprio modo d'essere che assorbe entrambi i termini dell'alternativa; modo d'essere che ricorda il *legal reasoning* di Mc CORMICK. Giuliani, rispetto a Mc Cormick, riassorbe più ampiamente almeno il primo dei detti termini; ed inoltre introduce un più stretto rapporto, appunto, fra processo ed interpretazione.

Se, peraltro, il polo della chiarezza legislativa sembra riassorbito nella dialettica che lo corrobora e lo corrode, al tempo medesimo, non saprei dire se ciò avviene anche per il polo della opzione giudiziaria. La dialettica esclude alcune possibili interpretazioni; mostra che alcune vie sono impercorribili; ma poi non sembra offrire risultati univocamente indicativi. Si radicano, a questo punto, opzioni di chi giudica oppure poi esiste un contesto ambientale destinato ad orientare in senso univoco il giudizio (ricordo Betti, ma anche Dworkin)? È il problema delle unicità o pluralità delle soluzioni giuste, dibattuto da non pochi filosofi contemporanei (Dworkin, Aarnio, ecc.). Il problema resta sempre sullo sfondo del pensiero di Alessandro Giuliani e, dunque, sarebbe arbitrario riferire a Lui opinioni e dubbi che insorgono in chi scrive; sembrerebbe, peraltro, che una qualche opzione del giudicante (una qualche "presa di posizione", che fa corpo con le stesse metafore prescelte) emerga dai testi e dai contesti del Nostro; ricordo le Sue pagine sulla definizione giuridica che è già, appunto, un'irriducibile presa di posizione. Questa presa di posizione del giudicante sembra affondare, peraltro, le sue radici piuttosto nell'etica (rispetto a cui dac-

capo, risorge la domanda sull'assoluta univocità). E, peraltro, l'opzione del giudicante che in tal modo viene sottintesa è stretta e delimitata dalla dialettica processuale. Non esiste "una sola soluzione giusta" (come vorrebbero, ad es., R. DWORKIN ed A. AARNIO) ma esistono "soluzioni sbagliate", via impercorribili, che la dialettica evidenzia e conduce a scartare.

Bibliografia

- AARNIO J., *The Rational as Reasonable*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, 1987.
- AUSTIN, J.L., *How to do things with words*, London, 1962.
- BARRINGTON MOORE Jr., *Tolleranza e scienza*, in AA.VV. *Critica della tolleranza*, trad. it. D. Settembrini-L. Codelli, Torino, 1968.
- BOBBIO N., *L' analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938.
- BOBBIO N., *Analogia*, in *Nss. D. I.*, Torino 1957, 603.
- BOBBIO N., *Ancora intorno alla distinzione fra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, 1968, I, 695.
- CALAMANDREI P., *Appunti sul principio di legalità* (1944), ora in Id., *Opere giuridiche*, III, Napoli 1966, 68 ss.
- CARCATERRA G., *Le norme costitutive*, Milano, 1974.
- CARCATERRA G., *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1988.
- CARCATERRA G., *L'argomento a contrario*, in AA.VV., (a cura di Sabino Cassese, Gaetano Carcaterra, Marco D'Alberti e Andrea Bixio), *L'unità del diritto — Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994, 177.
- CERRI A., *Diritto e scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in AA.VV., *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato* (a cura di G. Comandé e G. Ponzanelli), Torino, 2004, 365.
- CERRI A., *Uguaglianza*, in *Enc. giur. Treccani*, agg. Roma, 2006 (a).
- CERRI A., *Relazione conclusiva*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Quaderno 2006 di *Nova iuris interpretatio*, III, 275 (b).
- CORTESE E., *La norma giuridica*, I, Milano, 1964.
- DEWEY J., *Logic, the Theory of Inquiry*, Henry Holt and Co., New York, 1949.
- DE NITTO A., *Brevi note in tema di lealtà pubblica*, in AA.VV. (a cura di A. Cerri), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma, 2007, II, 147.
- DI ROBILANT E., *La configurazione delle teorie nella scienza giuridica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1976.
- DWORKIN R., *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass.-Harvard Un. Press), 1977.

- GALBRAITH J. K., *The Affluent Society*, Boston, 1958, trad. it.: *Economia e benessere*, ed. Comunità, Milano 1959.
- GIULIANI A., *Logica (teoria dell'argomentazione)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 13.
- GIULIANI A., *Le raisonnement par analogie*, in AA.VV., *Rapports nationaux italiens à X Congrès International de droit comparé*, (Budapest 1978), Milano, 1978.
- GIULIANI A., *La definizione aristotelica della giustizia. Metodo dialettico e analisi del linguaggio normativo*, 2^a ed., Perugia, C.L.U.E.B., 1985.
- GIULIANI A., *Prova in generale — filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 518.
- HOEBEL E. A., *Il diritto delle società primitive*, Bologna, 1973.
- KALINOWSKY G., *Introduction à la logique juridique*, Paris, 1965.
- KUHN T., *The structure of scientific revolutions*, 2^a ed., Chicago Un. Press, 1970.
- KNEALE W. C.-KNEALE M., *The Development of Logic*, Oxford, 1962.
- MAC CORMICK N., *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, 1978.
- MAC CORMICK N.-WEINBERGER O., *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1986 — *Il diritto come istituzione*, trad. it., Milano, 1990.
- MALINOWSKY B., *Crime and Custom in Savage Society*, New York, 1926, trad. it., *Diritto e costume nelle società primitive*, Roma, 1972.
- MANNHEIM K., *Essays on the sociology of knowledge*, London, 1952.
- MANNHEIM K., *Essays on the sociology of culture*, London, 1956.
- MAZZARESE T., *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Padova, 1989.
- MODUGNO F., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.* 1991, ora in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema — Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003.
- MACH cfr. MONDELLA F., *La critica del meccanicismo: Mach*, in *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, a cura di L. Geymonant, V, Milano 1973, 228.
- MODUGNO F., *Scritti sull'interpretazione della Costituzione*, Napoli, 2008.
- MODUGNO F., *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009 (a).
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009 (b).
- MYRDAL K.G., *L'elemento politico nella formazione delle teorie dell'economia pura*, trad. it., Firenze, 1943.
- PECZENIK A., *On law and reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989.
- PIANO MORTARI V., *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, 1976.
- POINCARÉ H., *Les Methodes de la mecanique céleste*, Paris, 1892-1899.
- POINCARÉ H., *Non Euclidean Geometry*, *Nature*, XLV, 1891, 2.
- POINCARÉ H., *L'espace e la geometrie*, in *Rev. de Met. e de Morale*, novembre 1895.
- PRIGOGINE I., *La nuova alleanza uomo natura in una scienza unificata*, trad. it., 1979 (presentazione di G. Toraldo di Francia).

- POPPER K.R., *Logik der Forschung*, Wien, 1934-35
- POPPER K.R., *Logic of scientific Discovery*, London 1959.
- RUSSELL B., *An Essay on the Foundations of Geometry*, Cambridge, Cambridge University Press, 1900.
- RUSSELL B., *Human Knowledge: Its Scope and Limits*, III ed., London, George Allen & Unwin, 1948.
- SEARLE J.R., *Speech acts*, Cambridge, 1969.
- SEN A., *The Idea of Justice*, Penguin Books, 2009.
- SCHROEDINGER E., *La scienza dipende dall'ambiente?*, in *L'immagine del mondo*, Torino 1963.
- SCHUMPETER J., *Capitalism, Socialism and Democracy*, London, George Allen & Unwin, 1954.
- TOULMIN S., *The uses of argument*, Cambridge, 1958.

VICTOR CRESCENZI

L'ORDINE ISONOMICO E IL PROBLEMA DELLA STRUTTURA DELLA PROVA: LA PROVA PER DOCUMENTI

1. Tra i mezzi di prova, il documento è quello che forse più di ogni altro ha subito storicamente una profonda metamorfosi, in quanto, soprattutto nelle sue manifestazioni più solenni e complesse, ha progressivamente modificato le sue funzioni, e ha acquisito una posizione privilegiata. In particolare, il documento pubblico (o atto pubblico, nella nomenclatura del codice civile) da mezzo qualificato per la rappresentazione dell'azione giuridica, si è trasformato in strumento per la tutela dei diritti, nonché di esercizio di poteri coercitivi connessi con la funzione amministrativa (penso al verbale di polizia), in funzione antiprocessuale.

Il pensiero corre, naturalmente, alle pagine che Alessandro Giuliani dedica al progressivo affermarsi nella cultura europea delle elaborazioni di Jeremy Bentham, nelle quali il filosofo inglese esprime una sostanziale sfiducia nel processo come strumento di risoluzione della lite ⁽¹⁾.

Si tratta, comunque, di una lunga storia, che ha inizio nell'età medievale e nell'esperienza di *ius commune*, con l'affermarsi dell'*instrumentum publicum* notarile. Però, per quanto una parte della storiografia sia incline ad anticipare una configurazione della *fides publica* notarile tale da imprimere all'*instrumentum publicum* del diritto comune un'efficacia di prova assoluta, legale, precostituita

⁽¹⁾ A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 237 ss.; cfr. J. BENTHAM, *Teoria delle prove giudiziarie* [1823], prima versione italiana del dottore Barnaba Vincenzo Zambelli, Bergamo, dalla Stamperia Mazzoleni, 1824, II, pp. 1-24.

(²), si deve dire che una lettura sufficientemente analitica e critica delle fonti dimostra che ancora nell'esperienza di *ius commune* le prove si formano nella dialettica tra le parti davanti al giudice, per quanto una di esse prove, l'*instrumentum* appunto, acquisisca uno statuto ed un'efficacia particolari.

In altre parole, proprio nell'età di *ius commune* inizia un processo storico, all'interno del quale il documento, nella sua forma di documento notarile pubblico, acquista un'efficacia probatoria dotata di una forza presuntiva che finisce per modificare la relazione processuale tra le parti, introducendo, come si vedrà, tra queste un ordine asimmetrico che incide sulla distribuzione dell'onere della prova. Questo fenomeno modifica la struttura del giudizio affievolendone la natura di procedimento indirizzato all'accertamento dialettico della fondatezza della pretesa dell'attore dinnanzi al giudice, titolare del controllo della correttezza del gioco processuale. Siamo, dunque, ancora lontani dall'esperienza dell'atto pubblico (art. 2699 c.c.) che « fa piena prova fino a querela di falso » (art. 2700 c.c.), tipico della disciplina franco-italiana, introdotta dai codici ottoneviceseschi. E, anzi, ogni tentativo storiografico di anticipare questa disciplina, che presuppone l'affermarsi del positivismo giuridico e dell'idea dello Stato come unico legislatore, e dunque, come legislatore del processo, è certamente viziato di anacronismo. Tuttavia, non c'è dubbio che per effetto delle presunzioni che ridondano all'*instrumentum publicum* notarile e che s'impongono al giudice,

(²) Cfr. A. BARTOLI LANGELI, *Notai. Scrivere documenti nell'Italia medievale*, Roma, Viella, 2006, p. 80, che riprende alcune conclusioni di A. PRATESI, *Genesi e forme del documento medievale*, Roma, Jouvence, 1987, p. 55, nonché PRATESI, *Appunti per una storia dell'evoluzione del notariato*, negli *Studi in onore di Leopoldo Sandri*, vol. III, Roma, Pubblicazioni degli Archivi di Stato, 1983, pp. 759-772, ora in PRATESI, *Tra carte e notai. Saggi di diplomazia dal 1951 al 1991*, Roma, Società romana di storia patria, 1992, p. 534 s.; pur se non va sottaciuto l'invito ad una certa prudenza dello stesso BARTOLI LANGELI, *Ibidem*, p. 80 s., anche sulla base di un passo di Lanfranco da Oriano, giurista del XV secolo, che peraltro riprende il pensiero di Innocenzo IV, dal quale, tuttavia non vedo desunte tutte le implicazioni per cui vedi *infra*. Su Lanfranco da Oriano, v. F. ROGGERO, *Lanfranco da Oriano (di Oriano, Oriani, Lanfrancus de Ariadno)*, nel *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 63, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2004, pp. 572-573.

si affaccia e si accetta l'idea, secondo la quale il procedimento di formazione della prova possa essere dislocato fuori del procedimento nel quale si svolge la lite giudiziaria e collocato nella fase di formazione del negozio ⁽³⁾.

2. Il tema coinvolge il concetto stesso di prova e la sua struttura. C'è una profonda divaricazione tra la concezione classica, ma anche, per molti versi medievale della prova come *probatio*, ossia come "attività" ordinata allo *iudicium* e protesa al raggiungimento della *fides*, ovvero a quello stato di certezza che permette al giudice di risolvere la controversia ⁽⁴⁾, e il suo corrispondente moderno, designato con il termine "prova", con il quale si identifica un'entità tendenzialmente astratta e statica, che in quanto tale sembra possa avere consistenza anche fuori e indipendentemente dall'*ordo iudicii*, ossia della dialettica processuale.

La collocazione nel Codice civile vigente, ossia nel codice del diritto sostanziale, della disciplina "Delle prove" nel Titolo II del Libro VI "Della tutela dei diritti" costituisce di per sé sufficiente indizio, se non proprio una dimostrazione, in senso favorevole a questo ordine di constatazioni e di ragionamenti. Com'è noto, questa collocazione altro non è che lo specchio della sistemazione del *Code civil* del 1804, nel quale la materia delle prove era stata inserita nel *Chapitre VI* "De la preuve des obligations et de celle du paiement" del *Titre III* "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général" del *Livre III* "Des différentes manières dont on acquiert la propriété" e, di conseguenza, della analoga collocazione della materia nel Capo V "Della prova delle obbligazioni e di

⁽³⁾ Cfr. V. CRESCENZI, *Qualche considerazione sul problema storico della fides publica, in relazione alla sua rilevanza processuale*, intervento svolto nel Convegno su *Il notariato veneziano tra X e XV secolo* (Ateneo Veneto, 19-20 marzo 2010); gli atti in corso di pubblicazione.

⁽⁴⁾ Cfr. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, negli *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, vol. 39, Pavia, 1966, pp. 81-216; GIULIANI, *Il concetto di prova* cit., pp. 89-205; GIULIANI, *Prova in generale (filosofia del diritto)*, nell'*Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 519-526; 529-537; CRESCENZI, *La rappresentazione dell'evento giuridico. Origini e struttura della funzione documentaria*, Roma, Carocci, 2005, in part. pp. 145-171.

quella della loro estinzione” del Titolo IV “Delle obbligazioni e dei contratti in genere” del Libro III “Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose” del Codice civile del 1865 ⁽⁵⁾. Si tratta di una collocazione che rispecchia una visione del processo come di rimedio contro una patologia piuttosto che come un momento organico dell'esperienza giuridica, funzionale al suo corretto dispiegarsi ⁽⁶⁾.

Questa fenomenologia rispecchia quella sfiducia nel processo, alla quale ho fatto cenno sopra, che porta a rimettere alle parti e a collocare nel momento negoziale, che è anche un momento nel quale si esplica pienamente l'autonomia privata e dunque il loro potere dispositivo, la precostituzione dello strumentario probatorio, sia pure con il concorso di una figura, qual è quella del notaio configurato come pubblico ufficiale, le cui origini storiche sono radicate in tutt'altra *humus*: quella della competenza professionale funzionale all'assistenza alle parti nel momento in cui addiventano al negozio ⁽⁷⁾. L'esigenza di certezza, che alle origini del tabellionato prima, e del notariato dopo si soddisfa elettivamente ricorrendo ad un professionista in grado di indirizzare le parti verso un'attività negoziale dotata di quella solidità intrinseca che si struttura nella sua validità,

⁽⁵⁾ Cfr. M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 124 ss.

⁽⁶⁾ Indimenticabile, su questo profilo, l'insegnamento di Salvatore Satta che insiste sulla visione dinamica dell'ordinamento che trova nella giurisdizione uno dei modi di realizzazione dell'« esigenza di concretamento della norma »; cfr. S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1967, pp. 6-11 (sul concetto di giurisdizione); 103-111 (sul concetto di azione).

⁽⁷⁾ La funzione di consulenza (tecnica) delle parti, che è alle origini del fenomeno della scrittura per conto di terzi (cfr. CRESCENZI, *La rappresentazione* cit., p. 173-183), è oggetto di vigorosa rivalutazione da parte del notariato contemporaneo: cfr., da ultimo, le *Relazioni al XXIII Congresso internazionale del notariato latino* (Atene, 30 settembre-5 ottobre 2001), Milano Giuffrè, 2001: v., in part., *ibidem*, G. CESÀRO, *La consulenza*, in G. CESÀRO-G. ARICÒ, *Tema I: La funzione notarile di prevenzione dei litigi. La consulenza e la mediazione notarile come uno dei suoi strumenti*, pp. 39-54, che procede dall'analisi della legge organica 25 Ventoso XI (16 marzo 1803), che, « tuttora vigente, sia pure con modificazioni » (p. 39, nota 1), istituisce il notaio contemporaneo, pubblico ufficiale; in particolare, nell'*Esposto dei motivi* della legge del 25 Ventoso è enfatizzata la funzione primaria dei notai quali « consiglieri disinteressati delle parti [...]. Tali consiglieri disinteressati, tali redattori imparziali, questa specie di giudici volontari che vincolano in modo irrevocabile le parti contraenti, sono i notai » (pp. 39 s.).

efficacia e stabilità, si trasforma in un connotato formale che s'incorpora dapprima nel riconoscimento della qualità di persona pubblica di colui che professionalmente redige il documento del negozio, e poi nella sua erezione a pubblico ufficiale: questi, in quanto tale, acquisisce l'autentico privilegio di produrre documenti dotati, fin dalla loro genesi e prima e indipendentemente dalla verifica giudiziale — che è una verifica dialettica, fondata sul contraddittorio —, di efficacia probatoria precostituita e assoluta; un'efficacia, tale da imporsi alle parti stesse e al giudice (salva, naturalmente, la querela di falso).

Al medesimo ordine di idee e di fatti appartiene anche la norma che limita la prova dei negozi di valore superiore ad una determinata somma, escludendo per questi la prova testimoniale (comma 1 dell'art. 2721 c.c., sia pure con i temperamenti del comma 2 e dell'art. 2724). D'altra parte la norma del secondo comma dell'art. 2721, con l'attribuzione al giudice di un ampio potere di deroga, finisce per introdurre un elemento che affievolisce significativamente l'isonomia nel processo.

Si tratta di una fenomenologia legislativa relativamente recente, ma che affonda le sue radici nel secolo XVI, come vedremo. Tutt'altro è il quadro che si delinea dall'analisi del diritto probatorio vigente nell'età intermedia, di *ius commune*.

La prova che risulta da tale esperienza, ad un esame libero da preconcetti e di ansie anticipatrici, mantiene la configurazione di fonte, ma anche di attività, che si esplica all'interno all'*ordo iudicii*; un'attività che, di conseguenza, le parti esperiscono dinnanzi allo *iudex*, attingendo a varie fonti — i testimoni, i documenti, vale a dire le *probationes inartificiales* — coniugandole tra di loro e fecondandole con gli *argumenta* e gli *indicia* — ossia con le *probationes artificiales* — al fine di presentare al giudicante il fondamento delle rispettive asserzioni e di permettergli di pervenire a quello stato di certezza — *fides* — indispensabile al formarsi del suo convincimento ai fini della decisione della lite ⁽⁸⁾. Il precetto diocleziano del 293 inserito in C.3,32,19, secondo il quale *indicia cetera, quae iure non*

(8) CRESCENZI, *La rappresentazione* cit., pp. 145 ss. e la bibliografia ivi citata.

respuuntur, non minorem probationis quam instrumenta continent fidem, costituisce ancora un punto fermo in questo senso.

Tuttavia, è fuori di dubbio che nell'età intermedia ci si trova ormai fuori di un'esperienza del processo improntata alla più ampia libertà probatoria, intesa come dispiegamento dei mezzi di persuasione di un giudice al cui libero convincimento si aspira ⁽⁹⁾, qual è quello dell'età classica, di cui la costituzione di Diocleziano e Massimiano appena citata è emblematica testimonianza. Tra il giudice e le parti, che prima di essere parti processuali sono e sono state parti negoziali, si è interposto un nuovo personaggio e un nuovo tipo di documento che modificano l'intera fenomenologia dell'accertamento giudiziale, poiché entrambi concorrono a spostare fuori del recinto processuale la formazione della prova, condizionando il giudice e gettando le basi per l'affermazione della cosiddetta prova legale ⁽¹⁰⁾. Anche se bisogna subito ripetere ancora una volta che queste novità sono momenti di un processo storico e introducono non già istituti di certezza precostituita e assoluta, ma un complesso di presunzioni.

Il nuovo personaggio è il *notarius*, il nuovo tipo di documento è l'*instrumentum publicum*. Il primo è il professionista della scrittura giuridica (ma non solo), il quale per effetto di un atto imperiale o pontificio, ovvero regio o comunale, acquista la qualità di *persona publica*, cui un ordinamento, generale o particolare attribuisce la potestà di comporre *instrumenta publica*; questi costituiscono schietta e originale creazione dell'esperienza giuridica di *ius commune*, nella sua articolazione di prassi e dottrina. Quali che siano le origini remote del termine che lo designa ⁽¹¹⁾ e della funzione della scrittura

⁽⁹⁾ Sulla prova come mezzo di persuasione rivolto al giudice v. G. CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulle prove e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, I, Roma, Il Foro italiano, 1930, p. 247.

⁽¹⁰⁾ Cfr. CHIOVENDA, *Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova. (L'oralità e la prova)*, nella *Rivista di diritto processuale civile*, I (1924), ora in CHIOVENDA, *Saggi cit.*, II, Roma, Il Foro italiano, 1931, p. 214 s.

⁽¹¹⁾ Per le quali v. M. AMELOTI - G. COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, Milano, Giuffrè, 1995, in part. p. II, *L'alto medioevo*, cap. I, *Il notariato nel « Regnum Italiae »*, a cura di G. Costamagna, pp. 147-204.

per conto di terzi ⁽¹²⁾, non c'è dubbio che il notaio caratterizza in modo specifico la vita della società che nell'esperienza di *ius commune* si riconosce. Non meraviglia, dunque, che lo *ius commune* abbia contribuito alla determinazione della relativa disciplina, con particolare attenzione al tipo di documento che ne costituisce il prodotto peculiare, in modo non solo altrettanto specifico, ma anche del tutto originale.

È un'originalità che incide in modo determinante se non sulla struttura, certamente sull'efficacia dell'*instrumentum publicum* (anche se tra struttura ed efficacia esiste naturalmente un nesso funzionale), tale che si può, e in certo senso si deve affermare che esso costituisce una delle più autentiche e genuine creazioni della dottrina dello *ius commune*. Il che implica, sul piano storico, che ogni tentativo volto ad identificare la particolare efficacia probatoria che all'*instrumentum publicum*, inteso come documento formato dal *notarius publicus*, è riconosciuta da quella dottrina, modellandola su quella dell'atto pubblico di cui all'art. 2700 c.c., è destinata a rivelarsi fallace.

Né, per altro verso, è assimilabile alla figura documentale dell'*instrumentum publicum* quella che storicamente più le si avvicina da un punto di vista strutturale, la quale si trova disciplinata specificamente dalla Nou. 73 di Giustiniano, vale a dire l'*instrumentum publice confectum* redatto dal *tabellio*. La somiglianza di tipo strutturale deriva da ciò, che per la perfezione di questo tipo di *instrumentum* è necessaria, oltre alla sottoscrizione delle parti e del tabellone, la presenza e la conseguente *descriptio* di almeno tre testi *fide digni* ⁽¹³⁾, ovvero cinque nel caso di *instrumentum* composto *pro illitterato* ⁽¹⁴⁾, ossia nell'interesse di una parte analfabeta. Ma si tratta di uno dei tanti *faux amis* che così spesso angustiano il lavoro storiografico, perché inducono a semplificazioni e, di nuovo, a

(12) AMELOTI-COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., p. I, *L'età romana* a cura di M. AMELOTI, cap. I, *L'emersione in età romano-classica di redattori privati di documenti*, pp. 3-47; COSTAMAGNA, *Il notariato nel « Regnum Italiae »* cit., pp. 147-204; CRESCENZI, *La rappresentazione* cit., in part. il cap. 4, *La scrittura per conto di terzi: funzione del documento e funzione del tabellio nel diritto giustiniano*, pp. 173-231.

(13) Nou. 73,1; cfr. CRESCENZI, *La rappresentazione* cit., pp. 101-110.

(14) Nou. 73, 8; cfr. CRESCENZI, *La rappresentazione* cit., pp. 111-118.

fallacie che fanno velo ad una ricostruzione corretta delle *res gestae* sotto l'impero di principi e precetti profondamente differenziati, quantunque tali *res* siano identificate da una terminologia talvolta profondamente conservativa.

In realtà, aldilà del fatto che vuoi l'*instrumentum publice confectum*, vuoi l'*instrumentum publicum* siano redatti da un professionista della scrittura — ma si dovrebbe dire meglio, della composizione — di documenti e siano formati alla presenza di testimoni, null'altro li apparenta ⁽¹⁵⁾. Soprattutto, come subito si dirà, non li apparenta la rispettiva efficacia nel momento in cui vengano utilizzati come fonte di prova in giudizio. Invero, il *tabellio* dell'età romana e specificamente dell'età tardo-antica, anche se si situa in modo pieno nell'ambito della fenomenologia della scrittura per conto di terzi, quantunque sia configurato dall'ordinamento come titolare di un *officium* ⁽¹⁶⁾ sul quale vigila il *magister census*, come testimonia la Nou. 44 di Giustiniano ⁽¹⁷⁾, non imprime ai documenti che produce alcuna particolare efficacia probatoria. Questa, per l'*instrumentum* tabellionale, si determina, secondo le disposizioni della Nou. 73, nell'ambito del giudizio, davanti al giudice e per effetto del concorso delle deposizioni dei testi che hanno partecipato alla sua formazione ed eventualmente dello stesso *tabellio*. È solo da tale sintesi tra fonte di prova scritta e fonte di prova orale che

⁽¹⁵⁾ Cfr. CRESCENZI, *La rappresentazione* cit., pp. 133.

⁽¹⁶⁾ L'Amelotti, peraltro, sottolinea che « *tabellio* è parola recenziore, che appare soltanto a cavallo tra il II e il III secolo d. Cr., per esprimere la formazione di una classe professionale di redattori privati di documenti, faticosamente risultata da una precedente caotica attività di scrivani più o meno competenti, o incompetenti »; non c'è dubbio che la natura radicalmente privata di questa figura appartiene al periodo iniziale della sua storia; ne è un'indiretta testimonianza l'*Edictum de pretiis* che Diocleziano promulga nel 301, che, nello stabilire le tariffe dell'attività di coloro che svolgevano funzioni scrittorie, assegna ai *tabelliones* un compenso che sembra addirittura inferiore a quello degli *scribae* generici: « 39. Scriptori in scriptura optima uersus numero centum: 25 denarii; 40. Sequenti scripturae bersuum numero centum: 20 den; 41. Tabellioni in scriptura libelli uel tabularum in uersibus numero centum: 10 den. »; cfr. *Edictum Diocletiani et Collegarum de pretiis rerum uenaliū*, in *integrum restitutum e Latinis Graecisque fragmentis*, edidit M. GIACCHERO, Genova, Istituto di storia antica e scienze ausiliarie, 1974, p. 152 (ho ommesso i segni critici dell'editore); cfr. CRESCENZI, *La rappresentazione* cit., p. 202 s. e note.

⁽¹⁷⁾ Nou. 44,1,1; cfr. CRESCENZI, *La rappresentazione* cit., pp. 188-191.

s'instaura la *fides* sul documento, da intendere come la prova provata. Ma questa *fides* non perviene a condizionare il giudice; dalla *probatio* così complessivamente intesa come attività indirizzata a fornire al giudice gli elementi che stanno a fondamento della pretesa — o, eventualmente, dell'eccezione —, composta da documento e testimonianza, la causa acquisisce soltanto un sufficiente grado di certezza in virtù della quale il giudicante è messo nelle condizioni di decidere, ovviamente sulla base del suo libero convincimento (18). In questo ambito possiamo riconoscere, sulla scorta delle considerazioni del Chiovenda, che la prova è data al giudice e non già alla controparte (19), come sembra accadere nel regime processuale di *ius commune*.

L'*instrumentum publice confectum*, peraltro, assolve ad una funzione specifica: oltre alla rappresentazione dell'attività negoziale, fornisce un *set* precostituito di testimoni, nel quale è da annoverare anche lo stesso *tabellio*, qualora quelli che hanno semplicemente assistito all'azione giuridica siano venuti a mancare o comunque non possano deporre. Esso, inoltre, sembra godere di un unico privilegio: quello di essere il solo idoneo alla *insinuatio* nei *gesta municipalia*, dove esso *instrumentum* migra, dove, cioè, è *translatum* in seguito ad un procedimento che si svolge sotto la direzione del *magistratus* a tali *gesta* preposto, con il contraddittorio delle parti; una volta migrato negli archivi pubblici nei quali viene insinuato, fornisce il contenuto sostanziale dell'*actum publicum* che da tali *gesta* viene estratto, sempre sotto l'impero del magistrato. Questo *actum publicum* ha un'efficacia modulata su quella della *res iudicata*, secondo un argomento di natura sistematica che si deve desumere dal fatto che la norma che ne sancisce la *perpetua firmitas*, essendo portatore di *publica fides*, è collocata nel titolo appunto *De re iudicata* del *Codex* (C.7,52) (20); del resto, come ho rilevato, l'*insi-*

(18) Nou. 73, 2: « [...] fidem causa [...] percipiat »; Nou. 73, 3: « [...] uerumtamen sit hoc iudicantis prudentiae simul atque religionis ut ueracibus potius pro talibus credat [...] »; cfr. CRESCENZI, *La rappresentazione* cit., p. 108.

(19) CHIOVENDA, *La natura processuale* cit., p. 246.

(20) C.7,52,6: « Gesta, quae sunt traslata in publica monumenta, habere uolumus perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris perire debet publica fides ». V. anche C.8,53(54),31 che sancisce la perfetta validità delle donazioni insinuate negli atti

nuatio è il risultato di un procedimento di natura giurisdizionale, essendo, il magistrato che lo dirige, in quanto tale titolare di *iurisdictio*: si tratta di un procedimento orale, concentrato, nel quale, benché non vi sia effettivo contenzioso (la controparte essendo normalmente acquiescente), il contraddittorio rimane tuttavia assicurato (21).

Non mi sembra inutile ribadirlo: l'*actum publicum* è tutt'altra cosa, sia rispetto all'*instrumentum publice confectum*, sia, come si vedrà, all'*instrumentum publicum*; esso implica sempre il contraddittorio e il controllo procedurale di un *magistratus*, quindi, anche in questo caso, una struttura giudiziaria.

Ma tra la configurazione dell'*instrumentum tabellionale*, così come disciplinato da Giustiniano nella Nou. 73, vale a dire l'*instrumentum publice confectum* e l'*instrumentum publicum* dello *ius commune* non esiste nemmeno continuità. La cesura, come ho già rilevato, è costituita dall'ingresso del notaio pubblico come professionista qualificato della scrittura per conto di terzi sulla scena dell'esperienza. Invero, per quanto l'attività professionale del *tabellio* di diritto romano abbia il rilievo pubblicistico già sopra rilevato, come risulta sia dalla Nou. 73, sia dalla Nou. 44 di Giustiniano, e dalla vigilanza che su quella figura esercita il *magister census*, esso non è il *notarius publicus* medievale, né gli è assimilabile, ma nemmeno prelude al *notarius publicus*, la cui attività è subordinata ad un'investitura da parte di uno degli ordinamenti giuridici che agiscono sulla scena dell'esperienza di *ius commune*: l'*auctoritas imperialis*, quella pontificia, ma anche quella dei singoli ordinamenti cittadini, vale a dire l'*auctoritas communis*, anche se tra le prime due e la terza esistono differenze quanto all'ampiezza dell'autorizzazione di redigere *instrumenta publica*.

municipali, in quanto, per queste, *superfluum est priuatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant*. Naturalmente, l'atto estratto dai *publica monumenta* avrà efficacia probatoria specifica, in virtù della norma di C.7,52,6 qui citata.

(21) Cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XIV-I, t. I, Milano, Giuffrè, 1957; CRESCENZI, *La rappresentazione* cit., p. 191; 217-231. Non condivisibile, dunque, è quanto afferma il COSTAMAGNA, *Il notariato nel « Regnum Italiae »* cit., p. 177 relativamente al punto, secondo il quale il *tabellio* attribuirebbe la *fides* alla *charta* « quando veniva insinuata nei *gesta municipalia* ».

3. L'apparire della figura del *notarius publicus*, che evidentemente risponde ad un'istanza socioeconomica propria della società nuova che nell'esperienza di *ius commune* si rispecchia e trova le forme di esplicazione, non ha, però, solo rilevanza sostanziale: essa si proietta nell'ambito del giudizio e incide nel procedimento di *probatio*, ossia nel procedimento di formazione della prova. Il *notarius* introduce un elemento che tende verso la semplificazione del concetto di prova; inoltre, con la sua apparizione sulla scena dell'esperienza giuridica, inizia un progressivo spostamento del processo di formazione della prova dall'ambito del giudizio a quello della conclusione del negozio; il giudizio, a sua volta, è sempre più proteso a trasformarsi, nel senso chiarito dal Giuliani, da *ordo iudiciarius*, retto dalla retorica e dalla dialettica, in *methodus*, ovvero *modus procedendi*, disciplinato dalle regole della logica (22). In altre parole, la prova, da *probatio*, intesa come attività che attinge alle sue fonti, si trasforma in *probatio probata*, ossia in prova che il giudice si trova bell'e formata per effetto dell'esibizione della parte di una *res* che si è costituita fuori del processo, non più mezzo, ma fine raggiunto, o, tendenzialmente raggiunto in quanto fonte di presunzione — invero, è pur sempre ammessa una *probatio contraria* —; una *res* dotata di una propria *fides*, vale a dire di un certo grado di certezza formale, che è il presupposto di un'efficacia probatoria che al giudice tende ad imporsi in un ordine dei giudizi cui è sottratta quell'isonomia tra le parti, che, con l'isonomia tra giudice e parti, costituisce il tratto caratterizzante e qualificante dell'*ordo iudiciorum* e comunque del processo antico (e per molti aspetti ancora del processo medievale). In questo ambito, la prova si dà alla contro parte in situazione di asimmetria, ed è sottratta alla valutazione del giudice.

Insisto: si tratta di una tendenza storicamente determinata, non d'un fenomeno ancora compiuto, ché occorreranno secoli, e soprattutto la rivendicazione da parte dello Stato del potere di dettare

(22) GIULIANI, *Prova in generale* cit., p. 539 ss. Un'esposizione delle trasformazioni nella disciplina del processo tra il XVI e il XVIII secolo in D. TARANTINO, *La fides instrumentorum. Per una storia del valore probatorio dei documenti nei processi civile e canonico dal tardo diritto comune ai codici*, Roma, Fondazione Sergio Mochi Onory per la Storia del diritto italiano, 2010, p. 45-48.

norme imperative sul processo e, a seguito di questa, l'effettivo irrompere dell'intervento legislativo, così come si consumerà come ho sopra accennato, con la codificazione, per arrivare alla piena affermazione del documento pubblico, ma anche, per certi versi e a determinate condizioni, della scrittura privata come prova precostituita, prova legale e, a partire dall'*Ordonnance de Moulins* (1566-Carlo IX) (23), e dell'*Ordonnance civile touchant la reformation de la justice* del 1667, detta anche *Code Louis* (24), prova tendenzialmente esclusiva per i contratti. Ma i segnali della metamorfosi sono evidenti, purché li si voglia osservare con adeguata attenzione nella lettura delle fonti.

4. Nel *Tractatus de tabellionibus*, stampato a chiusura del primo volume della *Summa* rolandiniana, Baldo degli Ubaldi affronta il problema dell'efficacia probatoria dell'*instrumentum publicum*, ossia quello redatto dal *notarius publicus* distinguendo il caso in cui questi esplica la sua prestazione all'interno dello *iudicium* o fuori di esso (25):

Quero quinto quale sit officium tabellionis: dico secundum Innocentium in c. i, de fide instrumentorum [X.2,22,1], quod publicum est et commune, et ideo creditur eius scripture tamquam publice, sine alio adminiculo, dummodo in instrumentum confecto extra iudicium sit descriptus debitus numerus testium, ut D. et C. de fide instrumentorum [D.22,4; C. 4,21]. In his uero que fiunt in iudicio, creditur soli scripture tabellionis

(23) *Recueil général des anciennes lois françaises*, par F.-A. ISAMBERT, J.-F. DECRUSY, A.-H. TAILLANDIER, t. XIV, Ire partie (1559-1574), Paris, Belin-Leprieur, Libraire éditeur, Verdrière, Libraire, 1829, p. 189, n. 110: Moulins, 1566, febbraio, cap. 54, p. 203; ne è autore Michel de l'Hospital; cfr. *Code Louis*, t. I *Ordonnance civile*, 1667, con *Introduzione* di N. PICARDI, Milano, Giuffrè, 1966, p. X, nota 5 e p. XXXVII ss.

(24) Cfr. GIULIANI, *Prova in generale (filosofia del diritto)*, nell'*Enciclopedia del diritto* cit., p. 543; N. PICARDI, *Introduzione a Code Louis* cit., p. XXXVII e nota 168. Cfr. *Code Louis* cit., tit. XX, art. 2 s., p. 29 s..

(25) BALDI *Tractatus del tabellionibus*, collocato alla fine del primo volume della ROLANDINI Rodulphini Bononiensis *Summa totius artis notariae*, Venetiis, 1546 (anast. Bologna, 1977), n. 26, f. 476vb. Si tratta di un testo che presenta indubbi parallelismi e coincidenze con il commento dello stesso Baldo a D.1,5,8. Sul contributo di Baldo degli Ubaldi all'elaborazione teorica dell'*instrumentum publicum* come *probatio probata* v., da ultimo, D. TARANTINO, *La fides* cit., p. 63 s., con ampia analisi della dottrina di diritto comune in materia.

deputati ad scribendum, etiam sine testibus, ut c. quoniam contra, de probationibus [X.2,19,11].

In primo luogo occorre notare un dato terminologico, che ha valore sintomatico: il notaio, in questo testo scientifico di un autore che appartiene integralmente al XIV secolo, è identificato con un termine — *tabellio* — che nelle fonti del diritto giustiniano designa un professionista, il quale, come si è dimostrato sopra, nell'esperienza giuridica di quel diritto ha tutt'altra fisionomia e tutt'altra funzione. Questo uso terminologico è ampiamente attestato dai testi, scientifici e non, di *ius commune* e costituisce il sintomo di un postulato di continuità che, indipendentemente dalle opinioni correnti nell'esperienza di *ius commune*, è, per quel che si è detto sopra, privo di fondamento.

Non si tratta di un episodio singolare, ma non è pertanto da sottovalutare. Esso conferma un dato strutturale, che per certi versi degrada in ovvietà: nel momento in cui la dottrina di *ius commune* concettualizza questa figura, e soprattutto i suoi prodotti, si avvarrà del materiale normativo della compilazione giustiniana e della terminologia della tradizione romanistica; meno ovvio è che questo uso del materiale della compilazione può risolversi nella forzatura del suo autentico portato normativo; ma questa è una convinzione più diffusa che dimostrata. Tuttavia, occorre precisare che parlare di forzature non implica un giudizio, tanto meno una riprovazione. Si tratta di un'osservazione sul *modus operandi* di una scienza che edifica nuove strutture con materiale antico, così come con il materiale dei templi pagani venivano edificate le cattedrali.

La più autorevole storiografia giuridica del Novecento si è ampiamente spesa per dare conto della relazione che lega la cosiddetta tradizione romanistica con il grande fenomeno dello *ius commune*. Né è possibile, né sarebbe prudente dimenticare la mirabile lezione di Francesco Calasso, che è anche una rigorosa lezione di metodo ⁽²⁶⁾, racchiusa in queste parole: « Non si comprenderà lo

⁽²⁶⁾ F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1951; dei saggi raccolti in questa silloge, quello che tratta un tema utile alla comprensione del discorso che si sta svolgendo nel testo è il VI: *Diritto volgare, diritti romanzi, diritto comune*, pp. 209-232, dove troverai un fecondo parallelismo tra il processo di formazione delle lingue

spirito del diritto comune, e non si riuscirà a inserirlo nella storia del diritto italiano, fino a quando si continuerà a farne un prodotto di cattedra staccato dalla vita » (27). Seguendo tale indicazione è, come ho detto, perfino ovvio constatare che la scuola utilizza precetti e termini del diritto giustiniano per dare forma giuridica alla prassi documentaria, erigendola a compiuta esperienza giuridica (28): l'esperienza giuridica nuova, propria della società nuova della quale la scuola stessa è grande parte. Poiché quelle norme concernono una figura specifica di redattore di documenti identificato con un termine altrettanto specifico — *tabellio* —, è di quel termine che i giuristi dell'età intermedia fanno uso nella convinzione di muoversi dentro un preciso ambito che potremmo dire di legalità, anche se l'occhio dello storico vede benissimo che il nuovo *tabellio* non conserva molto della fisionomia dell'antico. Del resto, se Baldo avesse fatto ricorso nel suo testo al termine *notarius*, che, come il termine

romanze e quello relativo all'esperienza del diritto comune, e quindi ai diritti romani che compongono il grande fenomeno dello *ius proprium*, che il Calasso non riteneva staccato e contrapposto a quello dello *ius commune*, ma elemento parte d'un complesso sistema. In particolare, il Calasso contrappone questo parallelismo a quello proposto per la prima volta dal Besta (p. 215) e ripreso dal Solmi e soprattutto, con alcuni eccessi, dal Brunner, che suscitò la reazione critica del Brandileone (p. 218 s.). Non è questo il luogo per riprendere questa discussione storiografica: basterà dire che il Calasso, partendo dalla critica alla categoria del latino volgare, inteso come corruzione rispetto al canone classico, propone un parallelismo con quel *romanice loqui* che sta alla base della formazione delle lingue romanze (p. 224 s.). Questa posizione metodologica, in realtà, se ben s'attaglia alla relazione con lo *ius proprium*, tanto più sembra possa produrre frutti in relazione al contenuto di novità che si racchiude nell'intero fenomeno dello *ius commune* anche nella sua dimensione specificamente scientifica. Su tutta questa problematica, cfr. anche, ovviamente, CALASSO, *Medioevo del diritto. I. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, spec. la Parte seconda, *Il sistema del diritto comune (sec. XII-XV)*, pp. 345 ss.

(27) CALASSO, *Introduzione* cit., p. 227.

(28) Del resto, che la prassi e le consuetudini cittadine costituiscano necessario termine di riferimento in questa materia si ricava indirettamente per esempio da questa notazione di Bartolo da Sassoferrato (BARTOLI a Saxoferrato *Super tribus libris Codicis, Venetiis*, 1506, anast. Roma, 1996 ad C.10,71,3, f. 25r): « Sed quero: quid debebat continere instrumenta? Glosa enumerat omnia, quam uide et signa, sed in hoc est multum aduertendum que sit ciuitatis consuetudo ». V. anche BARTOLI *Super prima Digesti ueteris parte*, D.2,13,6,6, f. 80ra, n. 5: « Et primo queritur quid sit publicum instrumentum. Respondeo: publicum instrumentum est illud cui soli creditur sine alio adminiculo de iure siue de consuetudine ».

tabellio, è per altri versi corrente nella prassi documentaria coeva, e che è anche quello che ha avuto, nella storia, un successo indiscusso, nondimeno avrebbe usato un termine che ha come referente, a sua volta, una figura che nell'antichità classica ha avuto tutt'altra funzione e ha prodotto cose diverse da quello che sarà l'*instrumentum publicum* (29). Sulla base di queste considerazioni si comprende bene come e perché ho affermato sopra che l'*instrumentum publicum* è genuina creazione originale dell'esperienza di *ius commune*, che usa indifferentemente nomi antichi per identificare fenomeni inediti. Lo si vedrà meglio tra poco.

Dunque, in ordine all'efficacia del lavoro del notaio (o tabellione), qui Baldo afferma che quando questi documenta fatti che avvengono durante il processo — *in his que fiunt in iudicio* — le sue scritture hanno piena efficacia probatoria — *creditur soli scripture tabellionis deputati ad scribendum* —, anche se non sia data indicazione di testimoni — *etiam sine testibus*. Diversamente, per ogni altro *instrumentum* redatto dal *tabellio extra iudicium* la qualità di *scriptura publica* si acquista purché *sit descriptus debitus numerus testium*; in tal caso, e a questa condizione esso non è bisognoso di altro *adminiculum* per esplicitare una piena efficacia probatoria.

È interessante soffermarsi sulla differenza di efficacia tra la documentazione notarile formata fuori e dentro il processo rilevata da Baldo; e, a questo proposito è opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che qui il commentatore afferma chiaramente che la documentazione formata nello *iudicium* dal *tabellio* incaricato dal giudice all'uopo, per esplicitare la sua efficacia probatoria, non necessita del sostegno dei testi. Ma cadrebbe in errore chi ritenesse che il fondamento di questa conclusione risieda nel fatto che sull'attività del notaio vigila specificamente il giudice, ovvero che nello *iudicium*, in condizioni di isonomia tra le parti in conflitto, queste realizzano in contraddittorio il controllo su quanto il notaio documenta. L'allegazione della decretale X.2,19,11 dimostra il contrario, o, meglio, dimostra che è piuttosto il notaio, oppure, quando il giudice non può avvalersi di una *persona publica*, i due *uiri idonei* che esplichino

(29) Sulle differenze tra la figura del "notarius" e quella del "tabellio" nell'antichità classica e nelle fonti del diritto romano cfr. AMELOTTI, *L'emersione in età romano-classica di redattori privati di documenti*, in AMELOTTI-COSTAMAGNA, *Le origini*, cit., p. 5 ss., *passim*.

le funzioni di verbalizzanti, a costituire la garanzia che uno *iudex iniquus* non falsifichi l'attestazione di quel che avviene nel corso del procedimento e il suo esito. Ed è da sottolineare l'ulteriore disposizione della medesima decretale, secondo la quale gli originali di tali scritture debbano essere conservati presso coloro che le hanno redatte: *originalia penes scriptores remaneant* ⁽³⁰⁾. D'altronde Innocenzo IV, nel suo *Apparatus Decretalium* dichiara, correggendo l'assolutezza del dettato normativo di X.2,19,11: « Secus si essent plures [iudices] et sic seruat Ecclesia Romana » ⁽³¹⁾: qui, la pluralità dei giudici assicura il controllo reciproco nella redazione del verbale, che permette di fare a meno di una *persona publica* allo scopo.

Un notaio, *persona publica*, dunque, vale due persone private; sarà questo parametro schiettamente quantitativo a costituire il metro in base al quale sarà valutata la forza di un *instrumentum publicum* cui la controparte opponga una diversa versione delle cose per mezzo di testimoni. Questa disciplina, tuttavia, dimostra, sia pure in via di prima approssimazione, non solo quanto grande sia il prestigio acquisito dal *tabellio* medievale, *persona publica*, ma anche quale rilievo istituzionale abbia raggiunto la sua funzione in ordine a quella specifica attività che è la documentazione dell'attività degli

⁽³⁰⁾ X.2,19,11: « Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest ueram negationem probare, quum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio, ne falsitas ueritati praeiudicet, aut iniquitas praeualeat aequitati, statuimus, ut tam in ordinario iudicio quam extraordinario iudex semper adhibeat aut publicam, si potest habere, personam, aut duos uiros idoneos, qui fideliter uniuersa iudicii acta conscribant, uidelicet citationes et dilationes, recusationes et exceptiones, petitiones et responsiones, interrogationes et confessiones, testium depositiones et instrumentorum productiones, interlocutiones et appellationes, renunciationes, conclusiones, et cetera, quae occurrerint, competenti ordine conscribenda, loca designando, tempora et personas. Et omnia sic conscripta partibus tribuantur ita, quod originalia penes scriptores remaneant, ut, si super processu iudicis fuerit suborta contentio, per hoc possit ueritas declarari, quatenus hoc adhibito moderamine sic honestis et discretis deferatur iudicibus, quod per improuidos et iniquos innocentium iustitia non laedatur. Iudex autem, qui constitutionem ipsam neglexerit obseruare, si propter eius negligentiam quid difficultatis emergerit, per superiorem iudicem animaduersione debita castigetur, nec pro ipsius praesumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis ».

⁽³¹⁾ INNOCENTII IV, *Apparatus super libris Decretalium*, Venetiis, 1495, X.2,19,11, senza foliazione, ma corrispondente a p. 190.

organi costitutivi degli ordinamenti coevi, e, senza aprire un capitolo diverso rispetto all'oggetto di questo contributo, tutto questo specifico discorso è complementare alle norme di fonte comunale che prescrivono, per la generalità degli organi comunali, la presenza di un notaio che ne documenti l'attività. Del resto un recente convegno ha scandagliato ad ampio spettro il frastagliato tema del rapporto tra il notaio e gli ordinamenti cittadini ⁽³²⁾.

Per *l'instrumentum publicum* composto *extra iudicium* il discorso si rivela più complesso e meno determinato: Baldo afferma, infatti, che per la sua efficacia probatoria non è sufficiente che il *publicus notarius* spenda il proprio *officium*; a questo deve aggiungersi l'indicazione dei testi che hanno assistito alla sua formazione nel numero stabilito dall'ordinamento; solo se questa condizione è soddisfatta la scrittura notarile acquista un'efficacia probatoria non bisognosa di ulteriore sostegno formale. Tuttavia, si deve rilevare che qui il giurista non si limita all'enunciazione dell'efficacia dell'*instrumentum publicum*, ma implicitamente dà anche l'indicazione dei requisiti di riconoscibilità di questo tipo di documento, ossia evidenza gli elementi identificativi della sua struttura.

È *publicum*, dunque, il documento redatto da un *tabellio* quale *persona publica*; questo requisito è sufficiente se il documento è formato in *iudicio*, ma non se è redatto *extra iudicium*, perché in tal caso è necessario che esso sia formato alla presenza di testi nel numero prescritto, e che riporti la indicazione di chi siano questi testi: *dummodo in instrumento [...] sit descriptus debitus numerus testium*. Nel commento alla Nou. 73 a lui ascritto, Bartolo da

⁽³²⁾ V. *Il Notaio e la città. Essere notaio: i tempi e i luoghi (secc. XII-XV)*. Atti del Convegno di studi storici, Genova, 9-10 novembre 2007, a cura di V. PIERGIOVANNI, Milano, Giuffrè, 2009. Sul tema, comunque, v., ovviamente, G. COSTAMAGNA, *Il notaio a Genova tra prestigio e potere*, Milano, Giuffrè, 1995; proprio a Genova al notaio viene affidato dal Comune il compito di redigere le cronache ufficiali cittadine; questa figura, così, assume ed esplica una funzione peculiare, del tutto originale, che si colloca tra la documentazione e una sorta di pubblica storiografia dotata di una certa quantità di *fides*; sul tema v. G. ARNALDI, *Il notaio-cronista e le cronache cittadine in Italia* in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*. Atti del I congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Firenze, Olschki, 1966, pp. 293-309.

Sassoferrato aveva, da parte sua, affermato ⁽³³⁾: « Instrumenta publica egent testium presentia ».

È, tuttavia, nell'*Apparatus Decretalium* di Sinibaldo de' Fieschi, papa Innocenzo IV, al quale Baldo, come si è visto sopra, fa espresso rinvio, che troviamo delineati in modo singolarmente efficace i tratti fondamentali di questa dottrina ⁽³⁴⁾:

Item publicam scripturam appello generaliter omnem scripturam cui creditur sine alio adminiculo de iure uel consuetudine speciali [...]. Si autem cesset specialis consuetudo, preter scripturas tabellionum et acta iudiciorum, omnes scripturas reputo priuatas;

per concludere:

et appello publicam scripturam que sine adminiculo uiue uocis alicuius notarii qui forte mortuus est, uel testium qui similiter mortui sunt, auctoritatem habet, in Auten. de fide instrumentorum § sed et si [Nou.73,2=Auth.6,3,2]et § si uero coll. VI. [Nou.73,5=Auth.6,3,5].

5. Ancora nell'*Apparatus* di Innocenzo IV troviamo richiamata l'attenzione su una qualità dell'*instrumentum* che documenta la conclusione del negozio, cui anche Baldo, nel passo sopra riportato, fa riferimento: l'essere, l'*instrumentum* tabellionale non solo *publicum*, ma anche *commune*, cioè non di esclusiva proprietà di una delle parti. Ciò deriva, tra l'altro, dall'essere il *tabellio*, *seruus publicus* ⁽³⁵⁾:

Alii tamen dicunt quod instrumentum preceptum ab uno omnibus preiudicat, uel potius est omnibus sufficiens probatio, quia seruus publicus est.

La qualità di *seruus publicus* non coinvolge, come chiarirà

⁽³³⁾ BARTOLI *Commentaria in Authenticis*, VI, 3 [Nou. 73], *De instrumentorum cautela et fide*, Venetiis, 1506, f. 55r.

⁽³⁴⁾ INNOCENTII *Apparatus* ad X.2,22,1, p. 205b s. Il testo di X.2,22,1 è: « Instrumenti exemplum non solenniter sumptum fidem non facit absque originali. Hoc dicit secundum ipsius mentem. »

⁽³⁵⁾ INNOCENTII *Apparatus* ad X.2,22,1, p. 206a.

Bartolo, lo *status libertatis*, ma va intesa in senso funzionale, essendo destinato a soddisfare le esigenze di tutti ⁽³⁶⁾:

Est liber homo, tamen dicitur seruus publicus, qui publice omnibus seruit et ex eorum stipulationibus omnibus queritur.

Ne consegue, secondo Innocenzo, che ⁽³⁷⁾

cum officium tabellionis sit publicum et commune, quando [tabelliones] rogantur non debent secreto manere, sed bene debent querere omnia ut sciant quod agatur; in Auct. de tabellionibus § nos autem[Nou.44,1=Auth.4,7,1].

Da questa serie di passi si ricava, dunque, una primissima conclusione, secondo la quale l'*instrumentum publicum*, in quanto tale, è *commune* alle parti, e non di proprietà esclusiva di una di esse — la proprietà semmai concerne l'esemplare che una di esse si sia fatta rilasciare —; di conseguenza, l'*instrumentum* può essere fatto valere da ciascuna parte contro l'interesse dell'altra; inoltre una parte può richiedere all'altra l'*editio* dell'*instrumentum commune* in suo possesso. Non solo, ma, secondo quanto riassume Baldo nel suo commento alle Decretali, anche gli *instrumenta* che il tabellone abbia redatto nell'esercizio di un incarico attribuitogli dal giudice sono da considerare *communis*, in quanto non composti nell'esclusivo interesse di qualcuno ⁽³⁸⁾:

Opponitur quod instrumenta non debeant edi ad intentionem fundan-

⁽³⁶⁾ BARTOLI *Super tribus libris Codicis*, f. 25r.

⁽³⁷⁾ INNOCENTII *Apparatus* ad X.2,22,1, p. 206b.

⁽³⁸⁾ BALDI *In Decretalium uolumen Commentaria*, Venetiis, 1595 (anast. Torino, 1971), ad X.2,22,12, f. 242va, n. 2. Il testo di X.2,22,12 è: « G. perpetuus uicarius ecclesiae de Rechan. nobis exposuit, quod, quum prior et conuentus de Ledis eum super decimis coram iudicibus auctoritate apostolica conuenissent, et dictus G. super similibus coram ipsis reconuenisset eosdem, quia dicti iudices copiam quorundam instrumentorum communium, quae habebat pars altera, et per quae intendebat intentionem suam super principali fundare, fieri non faciebant eidem hoc cum instantia postulanti, nostram audientiam appellauit. Ideoque mandamus, quatenus, si est ita, reuocato in statum debitum, etc. ».

dam, ut supra de probationibus c. 1 [X.2,19,1]. Solutio: hic erant communia, ibi propria aduersarii, et nota secundum Bar(tolum) quod omnia instrumenta forensia sunt communia, quod intellige de instrumentis inter eosdem, secus de re inter alios acta; ea autem reducuntur ad eosdem et debent edi, que faciunt ad confirmationes iudicii, ut sunt pronunciationes, syndicatus, iurisdictiones, instrumentum cessionis, que omnia debent edi cum die et consule; que uero ad causam probandam pertinent, sine die et consule debent edi, quod dic ut plene dixi supra c. contingit [X.2,22,5].

Questo argomento, tuttavia, meriterebbe un approfondimento (che qui non è possibile sviluppare), poiché contribuisce a dare fondamento razionale alla qualità pubblica dell'*instrumentum*, che è di natura formale, e alla relativa funzione del *notarius*. Inoltre, l'intera questione dell'essere il documento notarile "commune" andrebbe posta in relazione con il fatto che il notaio rogatario rilasciava l'esemplare dell'*instrumentum* — l'*exemplum* — a richiesta della parte che ne aveva interesse mentre l'originale rimaneva presso di lui nell'apposito registro. È Bartolo a ricordarlo, riconnettendo a questa circostanza le relative conseguenze giuridiche soprattutto sotto l'aspetto probatorio ⁽³⁹⁾:

instrumentum quod notarius reddit parti non presumitur esse originale, sed originale remanere presumitur apud ipsum notarium, ex quo semper remanet instructus, nisi probet se perdidisse [...]; et ex hoc sequitur quod si est uarietas inter instrumentum datum parti et librum notarii potius est credendum libro notarii.

6. La struttura dell'*instrumentum publicum*, che abbiamo identificato ricorrendo a Baldo degli Ubaldi e a Innocenzo IV, risulta compiutamente elaborata dalla dottrina fin dalle primissime generazioni della Scuola di Bologna proprio, come si è già accennato, sulla base della disciplina dell'*instrumentum publice confectum*, al quale l'*instrumentum publicum* è assimilato. Di *instrumentum publicum* e della sua efficacia tratta, per esempio, Pillio da Medicina (che

⁽³⁹⁾ BARTOLI, *Commentaria super prima Digesti ueteris parte*, Venetiis, 1506, ad D. 2,13,6,8., n. 2., f.82vb-83ra.

muore probabilmente dopo 1207) ⁽⁴⁰⁾. In particolare, è interessante richiamare quanto egli afferma nel § 14, *De testibus subscriptis in instrumento*, della sua *Summa de ordine iudiciorum*:

Vnde sciendum est, quod si omnes testes in instrumento scriptis contra instrumentum testentur, fides instrumenti cassatur in eo iudicio. Nam, cum ex ipsa testatione fides instrumento debeat haberi, merito his instrumento obuiantibus, uiuae uoci non mortuae credendum erit, ut in Auth. de fide instrumentorum § si uero [Nou. 73,5] et arg. Dig. quemadmodum testamenta aperiuntur, in fine [D.29,3,1,2]. Sed quid si alii testes, et non illi, qui sunt scripti in instrumento, contradicant instrumento? Respondeo: stabitur instrumento et in nullo ei derogabitur, ut arg. C. de edicto diui Hadriani tollendo, l. ult. [C.6,33,3] et arg. D. de probationibus l. census [D.22,3,10].

Dove è evidente che già ai primordi della scuola di Bologna l'*instrumentum publicum* gode di una presunzione che resiste alle deposizioni dei testi diversi da quelli *descripti* dal *tabellio* nell'*instrumentum* (ed invero di questi è formalmente attestata la loro partecipazione alla conclusione del negozio); ma resiste anche alle deposizioni contrarie della maggioranza dei *testi scripti in istrumento*, purché almeno uno di questi deponga in senso favorevole all'*instrumentum* ⁽⁴¹⁾:

Item quid si etiam unus testis, qui est scriptus in instrumento, diceret pro instrumento, et omnes alii, qui essent ibidem scripti, contradicerent? Respondeo: magis creditur instrumento, quam omnibus testibus qui contradicunt;

sorprendente, peraltro, agli occhi dello storico, è la motivazione di questa conclusione ⁽⁴²⁾:

et ad hoc potest induci et aptari uerbum illud, quia magis est creden-

⁽⁴⁰⁾ In PILLII, *Summa de ordine iudiciorum*, in PILLII, TANCREDI, GRATIAE, *Libri de ordine iudiciorum*, ed. F. BERGMANN, Gottingae, 1842, p. 74.

⁽⁴¹⁾ PILLII, *Summa*, cit., p. 74.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*. Al rapporto tra la *uox mortua* e la *uox uiua* (anche se con specifica attenzione all'età del tardo diritto comune) fa riferimento anche TARANTINO, *La fides*, cit., pp. 76-88.

dum mortuae uoci, quam uiuae, ut arg. D. de probationibus l. census [D.22,3,10], cum suis concordantiis; item et alia ratione, quoniam semper inuenitur in lege, magis debere credi instrumento, quam testibus.

In realtà, proprio da un punto di vista storico, l'argomento che il glossatore trae da D.22,3,10 è infondato, in quanto in questo passo del Digesto ⁽⁴³⁾ è attribuita un'efficacia probatoria, tale da risultare *potior* rispetto ai testimoni, a tipi documentari di provenienza rigorosamente pubblica, qual è il *census* e quali sono soprattutto i *monumenta publica*, vale a dire i documenti formati da un *magistratus*, quali quelli, per esempio, dei *gesta municipalia* ai quali si è accennato sopra. Ora, nella nomenclatura dei testi giustiniani, l'*instrumentum*, in quanto redatto da *tabellio* con l'assistenza dei testimoni, è bensì *publice confectum*, ma non si trova qualificato come *publicum*, né nella stessa Nou. 73, né in D.22,3 *De probationibus et praesumptionibus*, né in D.22,4 *De fide instrumentorum et amissione eorum* e nemmeno nei corrispondenti titoli del *Codex* (rispettivamente C.4,19 e C.4,21); né avrebbe potuto essere qualificato come tale, poiché il *tabellio* non è un *magistratus* e non spende, per così dire, il nome della *res publica*: in una parola non è una *persona publica*, sebbene, secondo quel che dichiara la Nou. 44 di Giustiniano, sia titolare di un *officium* ⁽⁴⁴⁾. Soltanto in C.4,21,20,2, Giustiniano concede che si possa procedere a *comparatio litterarum* procedendo *ex forensibus uel publicis instrumentis*. Tenendo conto del significato della parola *forensis* ⁽⁴⁵⁾ e di C.4,21,20 *pr.*, dove è sancito esplicitamente che gli *instrumenta publice confecta* costituiscono, ai fini della *comparatio*, valido termine di paragone dotato di relativa sicurezza, si può ritenere che qui Giustiniano utilizza la locuzione "instrumentum publicum" in modo del tutto generico, come forma abbreviata e non tecnica, sostitutiva dell'altra, rigorosa, di *instrumentum publice confectum*, anche in considerazione del

(43) D.22,3,10: «Census et monumenta publica potiora testibus esse senatus censuit».

(44) Nou.44,1,4. Cfr. CRESCENZI, *La rappresentazione*, cit., pp. 188 ss.

(45) Per la quale v. H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, Verlag Gustav Fischer, 1970 (anast. Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1971), p. 220, ad uoc. *forum*, n. 2. Qui *forensis* deve intendersi come redatti *in foro*, dove erano collocate le *stationes* dei *tabelliones*.

fatto che questa locuzione sembra attestata soltanto da questo reperto testuale ⁽⁴⁶⁾. Senza addentrarci qui in un'indagine semantica del "publicum" nella terminologia istituzionale di diritto romano ⁽⁴⁷⁾, possiamo tener conto del fatto che il termine "publice" di cui alla *confectio* dell'*instrumentum* non riguarda tanto l'*auctoritas* di colui che lo redige, quanto la circostanza della sua pubblicità materiale, in un senso contrapposto al *privatim scripta* che indica il fatto che l'esistenza di tali documenti è nota soltanto alle parti, avendoli essi composti in forma riservata e, comunque, senza un formale intervento di testimoni in senso proprio. Lo si evince da C.8,17,11 in cui si stabilisce una graduazione tra i documenti — *scripturae* — confezionati, secondo la fraseologia della costituzione, *secrete*, nel senso di interamente composti dalle parti, con l'intervento o meno di amici, i documenti che il legislatore identifica col termine di origine greca "idiochira", quelli in cui compaiano le sottoscrizioni di testi idonei, e quelli *publice confecta*; ebbene, gli *idiochira*, nei quali compaiano le sottoscrizioni di tre o più testi *probatae atque integrae opinionis*, ai fini dell'esercizio dei diritti di prelazione sono trattati come se — *quasi* — siano stati redatti in forma pubblica, vale a dire *publice* (C.8,17,11,1): « Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius uirorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur » ⁽⁴⁸⁾. Tuttavia, la indubbia rilevanza pubblica, in senso

⁽⁴⁶⁾ Anche A. PRATESI, *L'accezione di « publicus » e « publice » nella storia del notariato medievale*, negli *Studi in memoria di Giovanni Cassandro*, vol. III, Roma, Pubblicazioni degli Archivi di Stato, 1991, ora in PRATESI, *Tra carte e notai* cit., p. 72 s. propende per un uso generico del termine *publicum* come riferito all' *instrumentum* nel contesto di C.4,21,20.

⁽⁴⁷⁾ per la quale v. G. NOCERA, *Privato e pubblico (diritto romano)* nell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 615-660; P. CAPPELLINI, *Privato e pubblico (diritto intermedio)*, *ibidem*, pp. 660-687; PRATESI, *L'accezione di « publicus »*, cit., pp. 65-82.

⁽⁴⁸⁾ Cfr., sull'interpretazione che è attribuita a questa disposizione dalla storiografia corrente, CRESCENZI, *La rappresentazione*, cit., pp. 138-143.

fenomenologico, della funzione svolta dal tabellione ⁽⁴⁹⁾ non perviene al riconoscimento della sua persona come formalmente “pubblica”, nel senso di attinente all’esercizio di funzioni tipiche dell’ordinamento generale, quali sono quelle di cui è titolare, per esempio, il *magistratus*. Si tratta di una questione che ancora una volta coinvolge il significato di ciò che è “publicus” nella nomenclatura romanistica che rimane tuttora bisognosa di ulteriori indagini ⁽⁵⁰⁾.

D'altra parte, che nel passo sopra citato Pillio stia trattando proprio dell'*instrumentum publicum* della (nuova) nomenclatura di *ius commune* risulta da quanto afferma poco più sotto, relativamente all'ammissibilità di una *probatio per negationem* ⁽⁵¹⁾:

probatio que fit per negationem contra publicum instrumentum, non facile est admittenda, sed omnino respuenda, nisi forte, ut dictum est, omnes testes scripti in instrumento contradicerent expressim.

Si può giungere, quindi, alla conclusione che la dottrina dell'*instrumentum publicum* e della sua efficacia probatoria si trova già perfettamente formata a partire dalle prime generazioni della Scuola di Bologna. Non è forse imprudente pensare che, in una materia nella quale la prassi documentaria deve aver svolto un ruolo significativo, la scuola non abbia fatto altro che concettualizzare quanto avveniva nel foro. Infatti, la genesi della figura del notaio non sembra doversi rinvenire nella scuola, quanto piuttosto nella concretezza della prassi documentaria che costituisce un tratto di lungo se non di lunghissimo periodo dell'esperienza negoziale europea e segnatamente italiana. Ma quello delle origini del notariato è tema vastissimo, che supera i limiti di questo contributo ⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. CRESCENZI, *La rappresentazione*, cit., pp. 188-191; 209-213. Già il PRATESI, *L'accezione di « publicus »*, p. 72 aveva rilevato che il *publice* di cui alla *confectio* degli *instrumenta* tabellionali dovesse intendersi come riferito al fatto che essi erano composti « nella *statio* anziché nel chiuso di una casa privata ».

⁽⁵⁰⁾ per le quali rinvio alla bibliografia citata *supra* nella nota 47.

⁽⁵¹⁾ PILLII, *Summa*, cit., p. 74.

⁽⁵²⁾ Sarà dunque sufficiente qui rinviare al fondamentale testo di AMELOTTI-COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano* cit.; v. anche la ricognizione sulla prassi documentaria dell'età classica, anche sulla base di testimonianze coeve, in CRESCENZI, *La rappresentazione*, cit., pp. 191-209. Sul documentare come più che esigenza, struttura

7. Questo ordine di cose ci appare significativamente rappresentato nel passo del *Tractatus de tabellionibus* di Baldo degli Ubaldi sopra riportato, anche se l'*ordo* al quale si applica non contempla un radicale ribaltamento del rapporto tra testimonianza e documento.

Se, infatti, il prodotto del *notarius publicus* non necessita dell'assistenza dei testimoni quando è composto *in iudicio* e sotto la sorveglianza del giudicante, quando è formato fuori del giudizio deve godere del loro sostegno — del loro *adminiculum* — nel numero prescritto dall'ordinamento, e i testi devono essere descritti nell'*instrumentum*; ma quest'ultimo, in quanto i testimoni abbiano partecipato alla composizione dell'*instrumentum* — che essendo prodotto dal *notarius* acquista la qualità di *instrumentum publicum* —, costituisce fonte di certezza ai fini della prova *sine alio adminiculo*. Il che, sul piano pratico, significa che mentre la parte che lo produce come fonte di prova non ha bisogno di esplicitare ulteriore *probatio*, la parte contro la quale l'*instrumentum publicum* è prodotto è gravata dell'onere della prova contraria. Il che marca una profonda cesura con quanto Giustiniano aveva sancito nella Nou.73.

La disciplina prefigurata da Baldo si risolve, dunque, in un ribaltamento dell'onere della prova e stabilisce, come si è rilevato più volte, una presunzione.

Infatti, come si è già mostrato sopra, nel procedimento della *cognitio extraordinaria* prospettato dalla Nou. 73 di Giustiniano, il documento è una delle fonti di prova, complementare alla fonte orale, che si identifica nei testimoni che hanno assistito alla conclusione del negozio documentato e alla formazione della carta (tra i quali si annoverano anche gli eventuali collaboratori del *tabellio*); questi testimoni devono deporre, una volta prodotta in giudizio la carta, affinché la *probatio*, intesa come attività probatoria, giunga a compimento; con un duplice risultato: che il documento acquisisce la piena efficacia probatoria, ovvero acquista la *fides* e che il giudicante ha tutti gli elementi per decidere secondo il suo convincimento

sociale oltreché funzione giuridica, v. S. P. P. SCALFATI, *La Forma e il Contenuto. Studi di scienza del documento*, Ospedaletto (Pisa), Pacini, 1993; A. ASSMANN, *Ricordare. Forme e mutamenti della memoria culturale*, Bologna, Il Mulino, 2002; P. RICOEUR, *La memoria, la storia, l'oblio*, Milano, Cortina, 2003; M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

(53). Sicché l'attore è onerato dell'intera *probatio* composta da documento e testimonianza.

Invece, nel processo implicato dal passo di Baldo, sul quale stiamo ragionando, la *probatio* dell'attore si esaurisce con la produzione dell'*instrumentum publicum*, ossia della carta redatta dal notaio con la indicazione dei testi nel numero prescritto; di conseguenza il convenuto si troverà ad esser onerato della *probatio* contro questa carta. Questa *probatio*, peraltro, non è del tutto libera, in quanto deve consistere in un numero minimo di deposizioni testimoniali. Questo principio, che invano, secondo quel che a me sembra, si cercherebbe nei testi della compilazione, che sono del tutto coerenti con quanto Giustiniano aveva stabilito con la Nou. 73, lo si trova scolpito almeno a partire dalla trattazione di Pillio da Medicina sopra riportata e riceverà sanzione nella glossa accursiana. Dove troviamo non solo il riconoscimento di una tipizzazione dell'*instrumentum publicum* come mezzo di documentazione del negozio, e la sua consequenziale configurazione come fonte di prova dotata di efficacia specifica, ma anche la prefigurazione di un sistema di presunzioni a favore, in genere, della prova documentale.

Una sostanziale sintesi di questo discorso sta in una glossa sulle parole *in exercendis litibus* di C.4,21,15; questa costituzione sancisce un principio del tutto in linea con la disciplina romanistica, secondo il quale *in exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium*. La glossa in questione ribalta sostanzialmente questo principio di equivalenza della efficacia pro-

(53) Non si deve, infatti, dimenticare che nell'ordinamento giudiziario dell'età classica in genere il giudicante può emettere una pronuncia, secondo la quale la *causa non liquet*, ovvero *nondum liquet* (v. per es. D.4,8,13,4) nel senso che non vi è luogo a procedere poiché la *res de quo agitur* rimane ancora perplessa, non essendo gli elementi di prova addotti dalla parte, sufficienti al formarsi del convincimento del giudice; v., per un ulteriore esempio, anche D.42,1,36 che disciplina il caso in cui in un collegio di giudici uno di essi *iuraverit sibi non liquere*; in tal caso, *eo quiescente*, gli altri, se sono di contrario avviso, possono pronunciare la sentenza: « Pomponius libro trigensimo septimo ad edictum scribit, si uni ex pluribus iudicibus de liberali causa cognoscenti de re non liqueat, ceteri autem consentiant, si is iuraverit sibi non liquere, eo quiescente ceteros, qui consentiant, sententiam proferre, quia, etsi dissentiret, plurium sententia optineret ». Cfr., a questo proposito, CHIOVENDA, *Sul rapporto*, cit., p. 210, con citazione di un caso riferito da GELLIO, *Noctes Acticae*, XIV, 2.

batoria della prova testimoniale e di quella documentale, e introduce un criterio numerico, già presente nel passo di Pillio sopra riportato, del tutto estraneo all'esperienza processuale classica, tale da sancire implicitamente una superiorità del documento, sia in quanto documento privato sia in quanto *instrumentum publicum*. Eccone il testo:

in exercendis Tantum ualent duo testes quantum intrumentum, ut hic, unde, licet duo reprobent priuatum instrumentum, ut infra de contrahenda stipulatione, (l.) optimam [C.8,37(38),14], non tamen reprobant publicum, ut hic. Tres autem uel quattuor, sic, ut supra de probationibus, l. cum precibus [C.4,19,18] et extra eodem, c. cum Ioannes [X.2,22,10]. Nisi esset tale cui esset standum presumptione iuris et de iure, ut infra arbitrium tutele, l. fi. [C.5,51,13]; sed est contra in auth. eodem, § si uero tale aliquid [Auth.6,3,3=Nou.73,3], ubi *plus uiue uocis credi uidetur*; set ibi ex una parte erat instrumentum et testes qui pro eo testificabantur, ex alia solum instrumentum, unde preualent duo, item uidetur contra, supra, t. i, l. i. [C.4,20,2]; set expone ut ibi et eodem contra; fallit hec regula in multis casibus qui non probantur nisi per scripturam, ut diximus supra de pactis, l. pactum [C.2,3,17, gl. *idest secundum iuris formam*, sub uerb. *secundum ius*].

Da questa glossa si possono estrarre queste proposizioni:

a) *tantum ualent duo testes quantum intrumentum, ut hic*, [C.4,21,15];

b) *unde, licet duo reprobent priuatum instrumentum* [C.4,21,15];

c) *non tamen reprobant publicum* [C.4,21,15];

d) *tres autem uel quattuor, sic*. [C.4,21,15];

e) *presumitur enim interim pro instrumento* [C.4,19,18];

f) *set probatio in contrarium admittitur, ut plus ualeat ueritas quam scriptura*. [C.4,19,18].

Il ragionamento svolto dalla glossa è, dunque, il seguente: un *instrumentum priuatum* ha un valore probatorio che può essere superato da due testi; ma per demolire il valore probatorio di un *instrumentum publicum* due testi non bastano: ce ne vogliono alme-

no tre o quattro; invero, a favore di un *instrumentum publicum*, qual è quello composto, ad esempio, per una *donatio*, si dà una presunzione, che tuttavia ammette la prova contraria, affinché la verità prevalga sul documento: *presumitur interim pro instrumento, set probatio in contrarium admittitur, ut plus ualeat ueritas quam scriptura*, con rinvio alla gl. *presumitur enim interim* a C. 4,19,18 (C. de probationibus, l. cum precibus):

Questo è il testo di quest'ultima glossa:

oportet Presumitur enim interim pro instrumento, ut in auten. de fide instrumentorum, § si uero moriantur, colla. vi. [Auth.6,3,7=Nou.73,7], set probatio in contrarium admittitur, ut plus ualeat ueritas quam scriptura, ut hic et infra plus ualere quod agitur, l. i. [C.4,22,1], et infra si quis alteri uel sibi, l. cum propria [C.4,50,5], et de rebus alienis non alienandis, l. distrahente [C.4,51,2], et de emancipationibus, l. ii. [C.8,48(49),2], et de donationibus, (l.) nec ignorans [C.8,53(54),10], et D. de exceptionibus, l. qui agnitis [D.44,1,11]; sed contra infra arbitrium tutele, l. fi. § i. [C.5,51,13,1] et D. de usu (et usu)f(ructu), (l.) si alii [D.33,2,19]; solutio: illa specialia sunt;

dalla quale, dunque, per quel che interessa qui, si possono trarre due affermazioni: la prima è che quella costituita dell'*instrumentum publicum* è una presunzione; la seconda è che questa presunzione ammette la prova contraria: è, dunque, una *praesumptio iuris tantum*.

Che il numero di testi necessario per confutare un *instrumentum publicum* debba essere almeno pari a tre risiede nel fatto che l'*instrumentum publicum* ha dalla sua un teste determinato, specifico e autorevole: il notaio che lo ha redatto, che per disposizione risalente al Giustiniano della Nou. 73, come ho già mostrato, può e deve essere chiamato, in caso di bisogno, a deporre sull'*instrumentum* prodotto in giudizio; l'autorevolezza del notaio, il suo essere *persona publica* dà un peso particolare alla sua posizione di teste potenziale: facendo un salto di qualche secolo, in alcune pronunce rotali si troverà asserito che il notaio vale per due testi ⁽⁵⁴⁾; proba-

⁽⁵⁴⁾ V., per es., la dec. *Reatina pecuniaria seu cambiorum*, in *Sacrae Rotae Romanae Decisiones coram A. FALCONERIO*, t. I, Romae, 1726, *De fide instrumentorum*, dec. XI, 30 gennaio 1722, pp. 451-455, in part. n. 9, p. 453; cfr. CRESCENZI, *Per la storia della prova*

bilmente in questo ordine di ragionamenti risiede il dubbio del glossatore che questi testi, tramite i quali si può argomentare contro l'*instrumentum*, debbano essere quattro.

8. L'introduzione di un sistema di presunzioni nella struttura della prova giudiziaria costituisce, dunque, l'elemento di novità, al quale la dottrina di *ius commune* conferisce sistemazione scientifica: tuttavia, non senza cautele e non senza sentire il bisogno di sottolineare quanto questa nuova disciplina della prova fosse in disarmonia con alcuni principi consolidati e in particolare con lo *ius naturale*.

Sarà la scienza canonistica, e in particolare ancora una volta Sinibaldo de' Fieschi ad esibire grande consapevolezza della complessità del problema, sottolineando come *certum est quod contra ius « naturale » est officium tabellionis quia carte animalis mortui creditur sine adminiculo alio*. L'affermazione è inserita all'interno dell'argomentazione relativa ai poteri d'investitura dei *tabelliones*; questi, secondo Innocenzo, possono essere creati esclusivamente dall'imperatore o dal papa, ovvero da chi tali poteri possiede in virtù di una consuetudine o di uno *speciale priuilegium*. Il fondamento di questa affermazione risiede, appunto, nell'effetto derogatorio all'ordine naturale cagionato dall'*officium tabellionis*, tale da attribuire credibilità alla *carta animalis mortui*, senza ulteriore sostegno probatorio, quale non può essere altro che quello testimoniale, ossia la *uox uiua* (e abbiamo visto sopra come questa contrapposizione tra la viva voce dei testi e la voce morta del documento fosse presente fin dalle origini della scuola, nell'opera, per esempio, di Pillio da Medicina). All'interno di questo ordine di idee, il creare i *tabelliones* è parificato ad altre straordinarie funzioni proprie del *princeps* e del pontefice (salve specifiche consuetudini), quali la legittimazione dei figli naturali, la restituzione della fama all'infame e l'assoggettamento di persone *sui iuris* alla *potestas* di altri come avviene nelle arrogazioni: tutte attività, queste, che Innocenzo qualifica *quasi contra naturam et miraculosae* ⁽⁵⁵⁾:

per documenti: prime indagini sulla giurisprudenza rotale, in *El Dret comú i Catalunya*. Actes del XII Simposi internacional, Barcelona, 26-28 de maig de 2005 sul tema *Vida i dret: el procés*, pp. 233.

⁽⁵⁵⁾ INNOCENTII *Apparatus* ad X.2,22,15, p. 210b.

Et hoc sic probo: certum est quod contra ius « naturale » est officium tabellionis, quia carte animalis mortui creditur sine adminiculo alio, ut no(tau) supra eodem, c. ii. [X.2,22,2]. Sed contra ius naturale nulli uenire licet sua auctoritate, sed potius temeritate propria, nisi principi qui supra ius est, ut patet D. de legibus, (l.) princeps [D.1,3,31], et infra de concessione prebende, c. proposuit [X.3,8,4], sicut diximus in dispensatione que est contra ius, supra de temporibus ordinationum, c. dilectus [X.1,11,15]. Sicut nec licet restituere infamem nec legitimare illegitimos nec arrogare nisi principi et paucis aliis quibus est specialiter concessum, ut no(tatur) infra qui filii sint legitimi uel illegitimi, (c.) per uenerabilem [X.4,17,13], D. de postulando, l. i § de qua. [D.3,1,1,10], D. de adoptionibus, l. i. [D.1,7,1] et ii. [D.1.7.2], infra de re iudicata, (c.) cum te [X.2,27,23], ubi no. Sunt enim huiusmodi quasi contra naturam et miraculose de infame facere bone fame et de illegitimo legitimum et homines sui iuris subiicere alii et huiusmodi de tabellionibus autem habemus in C. de tabulariis [tabel. *scrib.*], per totum [C.10,71(69)] et auc. de tabellionibus [Nou. 44=Auth.4,7].

La metafora della *uox uiua* dei testimoni, contrapposta alla *uox mortua* del documento, che troviamo, come s'è sopra visto, utilizzata fin dalle prime elaborazioni della Scuola di Bologna ⁽⁵⁶⁾, costituisce uno strumento retorico di notevole efficacia persuasiva, proprio con riferimento al fatto che se da un canto sarebbe conforme all'ordine naturale delle cose che la viva voce dei testimoni prevalga su un simulacro qual è la pelle dell'animale morto sul quale si trova vergato il documento, d'altro canto esistono ragioni d'indole prevalentemente pratica che portano a capovolgere il rapporto tra queste due *uoces*; di queste ragioni, delle quali, peraltro, non ho trovato fin qui analitica menzione nei testi da me consultati, data l'efficacia sovversiva che esse esplicano sull'ordine naturale nel momento in cui divengono operative, possono essere interpreti soltanto l'imperatore e il papa, oppure una consuetudine; che è come dire che la norma positiva, dettata da una delle due supreme autorità, ovvero quella di natura consuetudinaria, che fa comunque capo al *populus* ⁽⁵⁷⁾,

⁽⁵⁶⁾ Sulla persistenza della metafora nell'argomentazione relativa ai diversi tipi di *probatio* per l'intera età di *ius commune*, v. TARANTINO, *La fides*, cit., pp. 76-88.

⁽⁵⁷⁾ con tutte le implicazioni che derivano dalla genesi dello *ius* dal *factum* e dalla relativa connessione con l'*obseruantia* di un contegno postulato come doveroso, argomenti, questi, che traspasiano, mi sembra, dalle parole di Innocenzo IV sopra riferite e che troverai comunque trattati magistralmente da L. PROSDOCIMI, *Obseruantia. Ricerche*

possono legittimamente introdurre siffatto sovvertimento; però, in quanto tale, quelle norme speciali che lo legittimano devono essere ricondotte e mantenute dentro confini rigorosissimi, limitandone al massimo gli effetti eversivi.

Sarebbe interessante conoscere l'origine della metafora alla quale qui accenno, che, in considerazione del fatto che si trova utilizzata a fini di argomentazione nell'opera di un giurista che appartiene alle prime generazioni dei maestri bolognesi e operò nel secolo XII, quale fu il più volte richiamato Pillio da Medicina, deve essere sufficientemente risalente nel tempo da indurci a ipotizzare che essa preceda la stessa Scuola di Bologna. Mantenendomi nel novero delle ipotesi, e dunque conservando un contegno circospetto, mi spingo a congetturare che essa sia la conseguenza, o, per dir così, il contraltare di una prassi che spinge verso il riconoscimento all'*instrumentum* redatto da notaio di una efficacia probatoria decisiva; prassi che provoca una reazione della dottrina improntata alla più grande cautela in un ordine di idee, all'interno del quale lo *ius naturale* mantiene una generale funzione di garanzia. Ma si tratta di congetture bisognose di approfondimenti, non suffragate da alcun elemento probatorio; di certo c'è che un giurista quattrocentesco, Lanfranco de Oriano, al quale ho sopra accennato ⁽⁵⁸⁾, riprende gli argomenti di Innocenzo IV e li fa suoi, a dimostrazione del fatto, che ancora nel quindicesimo secolo la scienza giuridica sentiva la necessità di insistere affinché sulla materia fosse conservata una certa cautela nel determinare il valore probatorio del documento notarile ⁽⁵⁹⁾:

Innocentius in c. cum P. tabellio, infra de fide instrumentorum [X.2,22,15] dicit, quod solus Papa uel Imperator potest creare tabelliones, et non alius, quia quod adhibeatur fides scripture tabellionum est contra ius naturale, et ideo restringendum. Est enim contra ius naturale, quod una

sulle radici 'fattuali' del diritto consuetudinario nella dottrina dei giuristi dei secoli XII-XV, Milano, Giuffrè, 2001; v., in part. pp. 78-104.

⁽⁵⁸⁾ V. *supra*, nota 2.

⁽⁵⁹⁾ LANFRANCI DE ORIANO de Brixia *Aurea Practica iudiciaria (super capitulo quoniam, De probationibus* [X.2,19,11]), Coloniae Agrippinae, apud Theodorum Baumium, 1572, n. 35, p. 273 s.: « Quero, qui possint tabelliones creare »; p. 274. Sulla genesi di questa *Practica iudiciaria* di Lanfranco, v. TARANTINO, *La fides*, cit., p. 7, nota 1, e la bibliografia ivi citata.

pellis animalis mortui debeat facere plenam probationem, et quod plus ei credatur, quam uoci uiue unius testis. Potest etiam creare tabelliones, secundum eundem, ille, cui est concessum hoc priuilegium a papa, uel imperatore, ut sunt isti comites qui dicuntur palatini. Item poterunt creare tabelliones, quibus hoc dedit consuetudo, que dat iurisdictionem, ut in l. i., C. de emancipationibus liberorum [C.8,48(49),1]. Non tamen isti habentes ex consuetudine, potestatem creandi tabellione, poterunt aliquando talem concedere potestatem, que consuetudo non potest induci, nisi cum consensu tacito, uel expresse superioris, secundum Innocentium, quod etiam reges qui habent supremam potestatem et merum et mistum imperium, poterunt creare tabelliones, et idem dicendum in aliis habentibus eandem potestatem, ut est dux Mediolani.

Quanto, questo contegno, sia incompatibile con il riconoscimento all'*instrumentum publicum*, quantunque proveniente da una *persona publica*, di una efficacia assoluta è facile constatare. Né, evidentemente, sarà per la via scientifica che si raggiungerà il risultato di attribuire all'*instrumentum* l'efficacia di piena prova nel senso di cui all'art. 2700 c.c., vale a dire, fino a querela di falso, ma piuttosto per l'intervento del legislatore.

Il che non toglie che l'introduzione di un sistema di presunzioni nella struttura della prova giudiziaria del processo dell'età di *ius commune* costituisca il fatto nuovo che apre la strada alla metamorfosi del giudizio da *ordo* in *processus*, ma soprattutto il fatto nuovo che introduce un ordine asimmetrico negli strumenti di risoluzione della controversia. Un ordine asimmetrico, invero, nel quale, per usare le parole di Alessandro Giuliani « uno dei partecipanti (il giudice o una delle parti) ha una posizione privilegiata, in quanto vanta un'evidenza o un sostituto dell'evidenza. Tale ordine pretende di garantire rapidamente, e in ogni caso, la decisione del fatto incerto: il contraddittorio appare un ingombrante ostacolo alla ricerca della verità » (60).

Si tratta, occorre sottolinearlo, di un sistema di presunzioni giudiziarie che confligge con l'unica presunzione che sovrintende all'*ordo* di uno *iudicium* autenticamente isonomico, e che si compendia nella regola *in dubio pro reo* (ovvero: *actore non probante, reus absolutur*); la quale, a sua volta, genera il principio, secondo il

(60) A. GIULIANI, *Prova*, I. *Prova in generale*, cit., p. 526a.

quale il portatore di una pretesa deve provarne il fondamento e deve provarlo nell'*ordo iudicii*, deve cioè esplicitare, davanti al giudice, un'attività probatoria — quella, per esempio, che abbiamo visto descritta e implicata da Nou. 73,1 di Giustiniano —, non limitarsi ad esibire una *res* la cui efficacia s'impone al giudice, in quanto si è costituita non dinnanzi a lui, ma per opera di una *persona publica*, quale il *notarius publicus*, anche se questa efficacia è pur sempre relativa, essendo ancora ammessa una *probatio* contraria. Questa relatività, tuttavia, non elimina, ma anzi sottolinea l'effetto d'inversione dell'onere della prova che grava sul *reus*: il quale, se non vuole essere condannato deve provare l'inefficacia probatoria dell'*instrumentum* prodotto dall'attore a sostegno della pretesa.

È questo il significato specifico della locuzione, che sarà ripresa qualche secolo più tardi da Giason del Maino ⁽⁶¹⁾ e sarà conservata fino almeno al cardinale Giovanni Battista De Luca ⁽⁶²⁾, secondo la quale l'*instrumentum publicum* è *probatio probata*: esso costituisce non più fonte di prova — *probatio probanda* —, ma prova completa e costituita, che appunto, secondo quanto si trova scolpito nel commento dello stesso Baldo a D.1,5,8, *non indiget disceptatione fori*: « quia est punctus iuris et de iure, non facti: etenim ueritas apparens est probatio probata, non probatio probanda, et ideo non indiget discussione seu disceptatione fori », anche se il discorso svolto qui da Baldo meriterebbe una maggiore attenzione analitica ⁽⁶³⁾.

Si rivela, così, l'autentica portata teorica della funzione della figura dell'*instrumentum*: vale a dire, la sostanziale svalutazione del processo e la introduzione, nell'esperienza giuridica di *ius commune*, della prova precostituita, un figura, questa, destinata a grandi sviluppi nella direzione della prova legale.

⁽⁶¹⁾ IASONIS MAYNI *Prima super Digesto nouo de operis noui nunciatione*, D.39,1 pr., Lugduni, 1542, f. 4^{rb}, n. 10. Giasone, poco più sotto, rinvia ad altre affermazioni di Baldo nel suo comm. al C. *quando fiscus*, l.i [C.4,15,1] e l. *quoties in utimis uerbis*, C. *de iudiciis* [C.3,1,3].

⁽⁶²⁾ G. B. DE LUCA, *Theatrum ueritatis et iustitiae siue decisiui discursus*, Romae, 1673, lib. XV, disc. 26, p. 144-145, n. 1.

⁽⁶³⁾ BALDI *Comm. in primam Digesti ueteris partem*, D.1,5,8, Venetiis, 1577, f. 29^{va}, n. 10. Cfr., a questo proposito, CRESCENZI, *Per la storia della prova per documenti*, cit., pp. 211-246.

La linea dottrinale che unisce Baldo degli Ubaldi a Giason del Maino per arrivare fino al cardinal De Luca è già perfettamente delineata, come abbiamo visto, nella Scuola di Bologna, tutta incentrata com'è sul numero dei testi necessari per la confutazione dell'*instrumentum*; ma dietro i numeri si cela quella che potremmo chiamare una cultura, che si contrappone al processo inteso come *ordo* volto all'acquisizione dialettica di una conoscenza che si commisura con il probabile, inteso come verosimile, piuttosto che con il vero, con la verità precostituita. In questa ottica il numero dei testi assume una funzione aritmetica, formalistica, finalizzato a comprimere il libero convincimento del giudice, in quanto, con le parole del Chiovena, « l'apprezzamento delle prove [da parte del giudice] si trova vincolato a norme prestabilite »⁽⁶⁴⁾. In altre parole, la necessità che il numero di testi necessari a confutare un *instrumentum publicum* (tre o quattro), sia superiore a quello dei testi necessari per confutare un *instrumentum priuatum* (due) ha un fondamento di apparente razionalità nella considerazione del numero di soggetti che concorrono alla sua perfezione, dei quali, uno, il *notarius publicus*, è dotato di una specifica credibilità (*fides*) per una mera causa formale: l'*auctoritas* imperiale o pontificia; in più, questa credibilità si dispiega sia in ordine al puro evento rappresentato dal documento, sia in ordine alla sua qualificazione giuridica, per la quale, specificamente, il contributo del notaio, come conoscitore del diritto, dovrebbe essere determinante. In realtà, è questa la via che porta all'affermarsi del « sistema della prova legale », che si regge su « quel complesso di regole che distinguendo le prove in piene e semipiene, e ognuna in varie specie; determinando il numero di presunzioni necessario a formar una prova, il numero delle prove semipiene necessario a formare una prova piena; precisando i casi e i difetti per cui una prova piena discende a semipiena; commisurando l'idoneità delle prove alla natura del giudizio; irreti il convincimento del giudice, riducendo l'ufficio del magistrato a una verifica, spesso tutta aritmetica, del concorso del numero di elementi necessari a formare nel caso concreto quella che si disse la verità

(64) CHIOVENDA, *Sul rapporto*, cit., p. 214.

legale » (65). Anche se non è inopportuno aggiungere che le conclusioni del Chiovenda attendono di essere inquadrare in un'analitica visione storiografica che individui i punti di snodo di un percorso che l'illustre processualista guarda sinteticamente come un processo storico compiuto.

Tuttavia, qui viene in evidenza un ulteriore elemento di interesse: ciò che è rappresentato dal documento non è scindibile, come ho appena prospettato, in un fatto empirico e nella sua qualificazione giuridica, ma costituisce un'entità unica, in quanto proprio nella sua giuridicità — nella specifica giuridicità in cui si realizza come fatto (atto, contratto) — è dedotto nell'*instrumentum* e, di conseguenza, nel *thema probandum* in funzione del quale l'*instrumentum* è esibito dalla parte. In quanto tale, esso può essere sempre oggetto di opposte valutazioni, come rammenta il Giuliani (66), sulle quali intervengono sia la rappresentazione documentaria — che tuttavia, in quanto *instrumentum* che si situa in una relazione funzionale con l'azione giuridica, concorre a determinarne la qualificazione —, sia le diverse testimonianze, prima fra tutte quella dello stesso notaio, portatore di quella che con le parole dello stesso Giuliani, si può designare come « testimonianza del competente » (67), il confronto dialettico delle quali è finalizzato alla persuasione del giudice.

9. Tuttavia, occorre sottolineare ancora una volta che gli elementi della metamorfosi del giudizio da *ordo* in *processus*, che nell'affermarsi della figura del *notarius publicus* ha uno dei punti di forza, non permettono di concludere che la funzione del notaio medievale sia assimilabile a quella del notaio di oggi, né che la *fides publica* sia la stessa cosa della pubblica fede di cui è investito e portatore il notaio, pubblico ufficiale dell'art. 2699 c.c. vigente, né, di conseguenza, che il prodotto della attività di quel professionista, nell'ambito dell'esperienza di *ius commune* e del relativo processo, sia dotato della stessa *uis probatoria* esplicita dall'atto pubblico dell'art. 2700 c.c., ossia fino a querela di falso, finendo per divenire una prova pienamente precostituita fuori e, in certo senso, in

(65) CHIOVENDA, *Sul rapporto*, cit., p. 214-215.

(66) GIULIANI, *Prova, I. Prova in generale, a) filosofia del diritto*, cit., p. 525b.

(67) GIULIANI, *Prova*, cit., p. 525b.

avversione ad un processo come ambito isonomico in cui la controversia possa trovare soluzione. Né, infine, questo processo storico qui adombrato si è dispiegato in modo omogeneo in tutta l'Europa continentale — non dico dell'esperienza anglosassone, al quale questa fenomenologia è tuttora sostanzialmente e profondamente in quanto culturalmente estranea, con non piccoli problemi sul piano della armonizzazione del diritto vigente nell'ambito della Unione Europea —: nella vicina Svizzera, tanto per rimanere in ambito continentale, vige una regola profondamente diversa, che ammette piena libertà probatoria contro «I registri pubblici ed i pubblici documenti»: essi infatti «fanno piena prova dei fatti che attestano, finché non sia dimostrata l'inesattezza del loro contenuto»; non solo, ma «Questa prova non è soggetta ad alcuna forma speciale» (art. 9 c.c. federale svizzero): l'inesattezza, dunque, non la falsità è la categoria concettuale generale di riferimento; su questa differenza mi sembra interessante ragionare, anche se non in questa sede ⁽⁶⁸⁾.

Sia o meno, la disciplina che il codice civile vigente in tema di prova documentale, diretta discendenza dell'*Ordonnance de Moulins* del 1566 o dell'*Ordonnance civile touchant la reformation de la justice* del 1667 (*Code Louis*) ⁽⁶⁹⁾, occorre chiedersi: il regime fortemente limitativo dell'attività probatoria e della scelta dei mezzi di prova per le convenzioni, che questa disciplina del codice impone e che incide sulla libertà delle parti e anche sul principio dispositivo, che si dice reggere il processo civile, in che modo si pone nei confronti della tradizione e dell'esperienza di *ius commune*? qual è il complessivo regime della attività probatoria, segnatamente della prova documentale, all'interno del processo romano-canonico, che, dell'esperienza di *ius commune* costituisce il fulcro? qual è il rapporto tra prova documentale e prova testimoniale?

A questa serie di interrogativi ho tentato fin qui di dare qualche risposta di primissima approssimazione, nella consapevolezza che i problemi storici di fondo rimangono tuttora aperti su un terreno sostanzialmente inesplorato, qual è quello della prassi e della giurisprudenza, segnatamente di origine rotale. Infatti, pur tenuto conto

⁽⁶⁸⁾ Cfr., comunque, CRESCENZI, *Qualche considerazione*, cit.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. GIULIANI, *Prova*, cit., p. 543; N. PICARDI, *Introduzione a Code Louis*, cit., p. XXXVII e nota 168. Cfr. *Code louis*, tit. XX, art. 2 s., p. 29 s.

di quanto si è fin qui detto, visto dal punto di osservazione della struttura della prova per documenti, si deve riconoscere che il processo romano-canonico dell'età di diritto comune è pur sempre espressione di un *ordo iudiciarius* che rimane sottratto ad una disciplina autoritativa esterna, e seguita a costituire « manifestazione di una razionalità pratica e sociale », secondo le parole di Nicola Picardi (70). Questa razionalità appare certamente connessa con le esigenze funzionali della risoluzione delle controversie; tuttavia essa si rivela anche sensibile alle non meno vigorose esigenze di una società che intraprende una strada che ha come mèta l'abbreviazione delle liti e la costruzione di un sistema di certezze formali, anche a detrimento della conservazione di quella "purezza" isonomica che pure il Giuliani riconosceva all'*ordo iudiciarius* medievale in un importante saggio del 1988 (71). Non appartengono, insomma, all'esperienza di *ius commune* e alla relativa cultura giuridica l'eliminazione definitiva dell'isonomia tra le parti e l'idea che il documento notarile faccia piena prova fino a querela di falso, come dimostrano le considerazioni di Sinibaldo de' Fieschi, riprese, due secoli più tardi da Lanfranco da Oriano, secondo le quali *certum est quod contra ius « naturale » est officium tabellionis quia carte animalis mortui creditur sine adminiculo* (Sinibaldo), ovvero *quod adhibeatur fides scripture tabellionum est contra ius naturale, et ideo restringendum* (Lanfranco).

Del compito di costituire il documento pubblico come piena prova fino a querela di falso si farà carico lo Stato, legislatore esclusivo, sia intervenendo nella materia processuale anche determinando per legge l'idoneità e l'efficacia delle fonti di prova (72), sia creando la figura del pubblico ufficiale, nella quale viene collocato anche il notaio, aprendo così la strada verso la prova legale.

D'altra parte, la riduzione della deposizione testimoniale a documento, che troviamo in una recentissima riforma che introduce nel

(70) N. PICARDI, *Introduzione al Code Louis*. t. I. *Ordonnance civile*, 1667, Milano, 1996, p. VIII.

(71) A. GIULIANI, *L'« ordo iudiciarius » medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1988, pp. 598 ss.

(72) Cfr. GIULIANI, *Prova*, cit., p. 543; Picardi, *Introduzione a Code Louis*, cit., p. XXXVII e nota 168. Cfr. *Code louis*, tit. XX, art. 2 s., p. 29 s.

processo civile italiano la *testimonianza scritta* (art. 257 *bis* c.p.c.)⁽⁷³⁾ costituisce un'ulteriore manifestazione di questa deriva culturale verso una sempre più marcata svalutazione del processo come azione che si svolge dinnanzi al giudice (come si coordina questa nuova figura con il disposto dell'art. 207, comma 3 c.p.c., per esempio?), e fornisce l'occasione per ulteriori ragionamenti su questa magmatica materia⁽⁷⁴⁾.

(73) Introdotta con la legge 18 giugno 2009, n. 69. V. anche le minuziose prescrizioni dell'art. 103-*bis* disp. att. c.p.c. di cui alla medesima legge.

(74) A questo riguardo è da meditare questo pensiero di GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., pp. 245-246: « Contro la instabilità, la insicurezza, i pericoli della prova testimoniale si mette in evidenza la superiorità della prova documentale, che sembra assicurare la oggettività e la permanenza della rappresentazione ». Sulle testimonianze in forma scritta v. le considerazioni del CHIOVENDA, *Sul rapporto*, cit., p. 216 relativamente alla loro assunzione delegata al notaio nel processo romano-canonico; ma il tema è bisognoso di approfondimenti adeguati. Sulla riforma del codice di rito del 2009 v. F. CORSINI, *La prova testimoniale assunta in forma scritta*, nella *Rivista di diritto processuale*, a. LXV (2010), pp. 856-868, con le opportune notazioni critiche, anche relativamente alla tecnica legislativa, che si estendono all'art. 103-*bis* disp. att. c.p.c. (cfr., per es., le osservazioni di p. 863 e di p. 864), che, per gli eccessi di formalismo, incidono sulla effettiva diffusione di una riforma per più versi discutibile: invero, il Corsini non manca di osservare (p. 866 s.) che negli ordinamenti britannico e statunitense, nei quali il *trial* è improntato alla più rigorosa oralità (e, si può aggiungere, al principio della formazione della prova dinnanzi al giudice), le deposizioni assunte in forma scritta non sostituiscono l'*examination* del teste nel dibattimento. Diversa funzione esplicano le *attestations* della procedura francese, in quanto esse sono indirizzate a far desistere dall'iniziare o dal proseguire la lite (p. 867). V. anche E. PICOZZA, *La prova per testimoni, tra deposizione orale e testimonianza scritta, a seguito della riforma del 2009*, nella *Rivista di diritto processuale*, a. LXV (2010), pp. 869-890.

PAOLO DI LUCIA
PRAXEOLOGIA DEL LINGUAGGIO NORMATIVO
IN ALESSANDRO GIULIANI

Anche le azioni [*práxeis*] si compiono secondo l'oggettiva natura ad esse propria, non già secondo il nostro soggettivo arbitrio.
Platone, *Cratilo* 387 a

0. Alessandro Giuliani filosofo del linguaggio normativo. — 1. La distinzione aristotelica tra *práxis* e *poíesis*. — 2. Il disconoscimento della distinzione tra *práxis* e *poíesis* e le conseguenze di esso. — 2.1. *Prima* conseguenza: la concezione monistica dell'atto. — 2.2. *Seconda* conseguenza: la concezione monistica della regola. — 3. Tricotomia del dovere: dovere *axiologico*, dovere *praxeologico*, dovere *anankastico*.

0. *Alessandro Giuliani filosofo del linguaggio normativo.*

0.1. La centralità del *linguaggio normativo* nella riflessione filosofica di Alessandro Giuliani [Lecce, 20 settembre 1925 — Perugia, 4 ottobre 1997] è evidente fin da uno dei suoi primi lavori a stampa: il saggio *Scienza del diritto e scienza dell'azione umana*, pubblicato a Pavia, nel 1952, nella rivista "Il Politico", diretta da Bruno Leoni [1913-1967].

Il saggio rielabora la relazione intitolata: *Legal Terminology and Comparative Law*, che Giuliani aveva presentato a Madrid, nel 1952, al IV Convegno della *International Bar Association*.

Nel 1952 non sono ancora nate né la linguistica giuridica, né la traduttologia giuridica ⁽¹⁾. Ma Giuliani elenca già lucidamente i problemi che la traduzione dei termini giuridici pone al giurista, al

(1) Cfr. Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 1990; Rodolfo SACCO (ed.), *Le nuove ambizioni del sapere del giurista: antropologia giuridica e tradut-*

comparatista, al filosofo del diritto, al semiologo del linguaggio normativo, all'ontologo del giuridico. In particolare, egli osserva il fenomeno della intraducibilità dei termini giuridici (l'esempio che egli fa è il termine *'trust'*) nelle lingue degli ordinamenti ai quali gli istituti designati da quei termini sono ignoti (2).

A Felix E. Oppenheim, che aveva pionieristicamente fondato una semiotica del linguaggio del diritto (3), Alessandro Giuliani contrappone una "praxeologia" del linguaggio giuridico che ha lo scopo di "umanizzare il linguaggio giuridico" e considera essenziali tutti quei

fattori non strettamente linguistici, ma "culturali", che interessano la lingua giuridica e la modificano incessantemente e inavvertitamente (4).

0.2. Ma l'originalità del contributo di Alessandro Giuliani allo studio del linguaggio normativo è precisamente nel nesso che egli

tologia giuridica, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2010, Jacqueline VISCONTI (ed.), *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, Milano, LED, 2010.

(2) Cfr. Rodolfo SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, UTET, 1992, pp. 27-41; Amedeo Giovanni CONTE, *Res ex nomine*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 141-155; Amedeo Giovanni CONTE, *Xenonimia sinonimia sinsemia*, in Jacqueline VISCONTI (ed.), *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, Milano, LED, 2009, pp. 353-369.

(3) Cfr. Felix Errera OPPENHEIM [1913-2011], *Outline of a Logical Analysis of Law*, in *Philosophy of Science*, 11 (1944), pp. 142-160, tr. it. di Mario RICCIARDI: *Lineamenti di analisi logica del diritto*, in Uberto SCARPELLI/Paolo DI LUCIA (eds.), *Il linguaggio del diritto*, Milano, LED, 1994, pp. 59-85.

(4) Alessandro GIULIANI, *Scienza del diritto e scienza dell'azione umana*, in "Il Politico", 17 (1952), pp. 322-324, p. 14. Due fonti essenziali per comprendere il progetto di una praxeologia del linguaggio normativo in Alessandro Giuliani sono:

i) la praxeologia [*praxeology*] dell'azione umana di Ludwig von Mises [1881-1973] (*Human Action. A Treatise on Economics*, New Haven, Yale University Press, 1949);

ii) l'istituzionalismo linguistico di Giovanni NENCIONI [1911-2008] (*Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, Firenze, La Nuova Italia, 1946).

Cfr. anche Alessandro GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1955. (Si tratta del primo volume della "Nuova Collana di Studi Politici" dell'Istituto di Scienze Politiche dell'Università degli studi di Pavia, diretto da Bruno Leoni).

istituisce tra filosofia del linguaggio normativo e scienza dell'azione umana (nel senso aristotelico di *prâxis*)⁽⁵⁾.

Che una scienza dell'azione umana sia l'orizzonte entro il quale una filosofia del linguaggio normativo deve costituirsi, diverrà sempre più esplicito nelle opere posteriori al saggio del 1952: in particolare, a partire dal fondamentale saggio: *Il concetto classico di regola di condotta*, 1974, che reca come sottotitolo *A proposito della dottrina aristotelica dei praktá*.

1. *La distinzione aristotelica tra prâxis e poíesis.*

1.1. Risale ad Aristotele [384 a.C. - 322 a.C.] la distinzione tra due forme di azione (*prâxis vs. poíesis*) alla quale Alessandro Giuliani fa riferimento esplicito nel saggio *Il concetto classico di regola di condotta*, 1974.

In Aristotele, (i) *prâxis* è un'azione che ha in sé stessa il proprio fine, un'azione endotelica (ad esempio, danzare, passeggiare). (ii) *Poíesis* è, invece, per Aristotele, un'azione il cui scopo risiede fuori di essa, un'azione exotelica (ad esempio: costruire una casa)⁽⁶⁾.

(5) Su Alessandro Giuliani interprete di Aristotele cfr. Adolfo GIULIANI, *L'“altro” Aristotele*, relazione al convegno: *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Perugia, 15-16 giugno 2010.

(6) Cfr. ARISTOTELE, *Ethica Nicomachea* (tr. it. a cura di Gabriele Giannantoni), 1139 b 1-4: “Chiunque crea, crea per qualche scopo e ciò che egli fa non è il fine in sé, bensì solo in relazione ad altro e a causa di altro. Nell'ambito dell'agire invece la cosa è diversa: infatti la buona condotta è il fine e a ciò tende l'appetire”; 1140 b 5-7: “Della creazione v'è un fine diverso da essa stessa, dell'azione invece non vi può essere: il fine è infatti la stessa bontà dell'azione”. Sulle questioni ermeneutiche fondamentali sollevate dai passi aristotelici citati cfr. Takatura ANDO, *Aristotle's Theory of Practical Cognition*, 1971, pp. 138-164 e Theodor EBERT, *Praxis und Poiesis. Zu einer handlungstheoretischen Unterscheidung des Aristoteles*, in *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 30 (1976), pp. 12-30. Per un impiego originale del paradigma aristotelico nella pragmatica linguistica cfr. Maria-Elisabeth CONTE [1935-1998], *Due tipi di performatività e due tipi di atti linguistici*, in: Maria-Elisabeth CONTE, *Vettori del testo. Pragmatica e semantica fra storia e innovazione*, a cura di Federica Venier e Domenico Proietti, Roma, Carocci, 2010, pp. 103-111.

Prâxis e *poïesis* sono le due manifestazioni dell'intelletto pratico, di ciò che Aristotele chiamava: *noûs praktikós* (7).

Ecco il passo nel quale Giuliani elabora il paradigma aristotelico:

Vorremmo richiamare l'attenzione sulle due grandi manifestazioni normative dell'intelletto pratico: l'arte e la prudenza. All'arte e alla prudenza corrispondono rispettivamente il dominio del *poieîn* e il dominio del *prâttein*. Nel primo caso il *fare* ha riferimento al *risultato* (una casa, un paio di scarpe); nel secondo si considera l'*azione* dal punto di vista dell'*intenzione* e dell'*uso della libertà*. Potremmo impiegare per i due settori la terminologia *poieticità* (sapere pratico-produttivo) e *prassi* (sapere pratico-attivo). Orbene: la prassi presuppone l'uso di una ragione che manca agli animali e ai bambini (Aristotele, *Ethica Eudemia*, 1224 a 27-30): tale è l'intelletto pratico che costituisce un momento della prudenza (8).

Ed ecco il passo nel quale Giuliani sussume il concetto di diritto sotto il concetto aristotelico di *prâxis*:

Il diritto appare allora la più importante manifestazione della stessa *prassi* vista in contrapposizione alla *poieticità*: in quanto prassi tratta con cose che si devono fare (*ti dei prâttein*) (9).

1.2. Una ripresa del paradigma aristotelico appare in uno scritto di Giuliani, del 1988, dedicato alla filosofia della legislazione e apparso come introduzione al quinto volume delle ricerche su *L'educazione giuridica* avviate e compiute insieme a Nicola Picardi:

Nella versione aristotelica la *prassi* — configurata come una autentica forma di sapere — non è una scienza. Essa rinvia a un ordine noetico che si è venuto fissando spontaneamente nel tempo — in una situazione di

(7) *Prâxis* è stato tradotto in latino con il sostantivo *actio* (=“azione”). *Poïesis* è stato tradotto in latino con il sostantivo *factio* (=“produzione”).

(8) Alessandro Giuliani, *Il concetto classico di regola di condotta (a proposito della dottrina aristotelica dei praktiká)*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, nuova serie, 2 (1974), pp. 551-577, p. 558.

(9) Alessandro Giuliani, *Il concetto classico di regola di condotta (a proposito della dottrina aristotelica dei praktiká)*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, nuova serie, 2 (1974), pp. 551-577, p. 558.

dialogo e di divisione della conoscenza — e si conserva nella memoria della legge. La *prâxis*, insomma, implica la ricerca della giusta regola di condotta, e non la subordinazione alla regola: essa sottintende il riconoscimento delle funzioni assiologiche della ragione, e delle operazioni sociali della mente umana ⁽¹⁰⁾.

2. *Il disconoscimento della distinzione tra prâxis e poïesis e le conseguenze di esso.*

A partire dal saggio del 1974 sul concetto classico di regola di condotta, Alessandro Giuliani denuncia con vigore il disconoscimento della distinzione aristotelica tra *prâxis* e *poïesis*.

Ma in che cosa si manifesta tale disconoscimento? E quali sono le sue conseguenze?

Scrivono Alessandro Giuliani:

L'assimilazione della *prassi* alla *poieticità* è in antitesi alla concezione classica, che da un lato suppone il riconoscimento della *funzione assiologica* della ragione, e dall'altro una *concezione creativa* (performativa) del linguaggio ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Alessandro GIULIANI, *Osservazioni introduttive*, in Alessandro GIULIANI/Nicola PICARDI (eds.), *L'educazione giuridica. V. Modelli di legislatore e scienza della legislazione. Tomo. I. Filosofia e scienza della legislazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p. 4. Di Nicola Picardi è il profilo biografico *Alessandro Giuliani in memoriam. L'uomo, il cittadino, il maestro*, in Ferdinando TREGGIARI (ed.), *Per Alessandro Giuliani*, Perugia, Università degli studi di Perugia, 1999, pp. 115-121. Il volume è arricchito di una *bibliografia* completa degli scritti di Alessandro Giuliani a cura di Nicola Picardi, Andrea O. Comez, Ferdinando Treggiari (alle pp. 123-139).

⁽¹¹⁾ Alessandro GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta (a proposito della dottrina aristotelica dei praktâ)*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, nuova serie, 2 (1974), pp. 551-577, p. 574. "L'assimilazione della prassi alla poieticità" è opera, secondo GIULIANI (*Storia e ragione nell'esperienza giuridica*, in *Nuova Civiltà delle Macchine*, 1-2 (2985), pp. 55-60, p. 59), del filosofo e teologo spagnolo Francisco Suárez [1548-1617]: "Dal punto di vista della metafisica di Suárez non vi è differenza tra "prassi" e "produttività": "[...] *ex rigorosa vocis significatione sumitur praxis ut significat operationem*." Cfr. anche Alessandro GIULIANI, *La verdad de la "prâxis" en Suárez*, in *Anuario de filosofía del derecho*, 19 (1976-1977), pp. 29-41.

Il disconoscimento della distinzione tra *prâxis* e *poiesis* ha, per Giuliani, due conseguenze filosoficamente gravi:

- i) *prima* conseguenza: la concezione monistica dell'atto;
- ii) *seconda* conseguenza: la concezione monistica della *regola*.

2.1. Prima conseguenza: la concezione monistica dell'atto.

2.1.1. La prima conseguenza del disconoscimento della distinzione tra *prâxis* e *poiesis*, è il disconoscimento della pluralità delle forme di atto.

Nel dominio della *prâxis*, avverte Giuliani, sono atti non soltanto il comando e la prescrizione, ma tutte le operazioni sociali della mente, come le chiama il filosofo scozzese Thomas Reid [1710-1796] come: la preghiera [*prayer*], la promessa [*promise*], la richiesta [*request*], la testimonianza [*testimony*], l'avviso [*advice*], il consiglio [*counsel*], la raccomandazione [*warning*], l'accettazione [*acceptance*] ⁽¹²⁾.

È singolare che Giuliani, che tanto tempestivamente cita Thomas Reid, non citi invece un altro autore che ancor più esplicitamente ha rivendicato la irriducibile molteplicità ed autaxía dei giochi linguistici: Ludwig Wittgenstein [1889-1951].

Scrivete Wittgenstein:

Wieviele Arten der Sätze gibt es aber? Etwa Behauptung, Frage und Befehl?

Es gibt *unzählige* solcher Arten: unzählige verschiedene Arten der Verwendung alles dessen, was wir "Zeichen", "Worte", "Sätze", nennen. Und diese Mannigfaltigkeit ist nichts Festes, ein für allenal Gegebenes; sondern neue Typen der Sprache, neue Sprachspiele [...] entstehen und andere veralten und werden vergessen.

[Wittgenstein si domanda]: "Ma quante specie di proposizione ci sono? Forse asserzione, domanda, ordine?"

[E risponde:]: "Le specie di proposizione sono innumerevoli: vi sono innumerevoli specie differenti d'impiego di tutto ciò che noi chiamiamo

(12) Sulla teoria degli atti sociali [*social acts*] di Thomas Reid cfr. anche Alessandro GIULIANI, *La "nuova retorica" e la logica del linguaggio normativo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 47 (1970), pp. 374-390, p. 376.

“segni”, “parole”, “proposizioni”. E questa molteplicità non è qualcosa di fisso, di dato una volta per tutte; al contrario, nuovi tipi di linguaggio, nuovi giochi linguistici [...], sorgono, e altri invecchiano e vengono dimenticati (13).

2.1.2. Nel dominio della *poiesis*, secondo Giuliani, il linguaggio è strumento di *comunicazione* dell'atto, e non di attiva *attuazione* di esso.

L'attività poetica, invece, implica le operazioni individuali, solitarie della mente: il problema non è più quello della ricerca e della creazione della regola, ma quello della subordinazione alla regola, dell'obbligo (“Tu devi”). Il primato della volontà porta a trascurare il fenomeno del linguaggio, considerato come uno strumento di comunicazione della volontà (14).

2.1.3. Un epifenomeno dell'oblio della *prâxis* nell'ambito dell'esperienza giuridica, secondo Giuliani, è in alcuni ordinamenti di diritto processuale (i sistemi continentali o di *common law*), “la preminenza del documento sulla testimonianza”.

Mentre la testimonianza è atto di *prâxis*, il documento è oggetto di *poiesis*.

Testimonianza e documento sono gli strumenti fondamentali di conoscenza nel giudizio, ma la logica della conoscenza è strutturalmente diversa nei due casi (15).

(13) Cfr. Ludwig WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, 1953, Oxford, Basil Blackwell, 1953, § 23, p. 11 (ediz. it. a cura di Mario Trinchero: *Ricerche filosofiche*, Torino, Einaudi, 1967, p. 21). Sulla rilevanza di questo passo per la filosofia del linguaggio normativo cfr. Gaetano CARCATERRA, *La forza costitutiva delle norme*, Roma, Bulzoni, 1979, pp. 15-16.

(14) Alessandro GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta (a proposito della dottrina aristotelica dei praktâ)*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, nuova serie, 2 (1974), pp. 551-577, p. 574. Secondo GIULIANI (*Logica del diritto. B) Teoria dell'argomentazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. 25, 1975, pp. 13-34, p. 28), “la restrizione dell'area del linguaggio prescrittivo agli imperativi è avvenuta in connessione con la corruzione dell'autentica tradizione retorico-dialettica e con la svalutazione del linguaggio metaforico.”

(15) Alessandro GIULIANI, *Testimonianza e documento*, in *Bollettino del Rotary International 188° Distretto (Italia)*, n. 120, 1973, pp. 3-10, p. 4. Secondo Giuliani

2.2. Seconda conseguenza: la concezione monistica della regola.

La seconda conseguenza del disconoscimento della distinzione tra *prâxis* e *poïesis* riguarda non la concezione dell'*atto*, ma la concezione della *regola*.

Nel saggio sul concetto di regola del 1974, Giuliani anticipa la distinzione tra regola *axiologica* e regola *praxeologica*:

“Le norme di condotta hanno un significato diverso [...], sul terreno della prassi e della poieticità:

i) nel primo caso, la regola è giustificazione dell'azione, e suppone il riconoscimento di una funzione assiologica della ragione;

ii) nel secondo caso, la regola della produzione non appare diversa da una regola tecnica; l'arte infatti dà norme precise che regolano i mezzi e il conseguimento dei fini ⁽¹⁶⁾.

Il dovere delle regole *axiologiche* è il *dovere assiologico*; il dovere delle regole *praxeologiche* è il *dovere praxeologico*.

(*Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, in Rinaldo ORECCHIA (ed.), *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello stato contemporaneo. Atti del X Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica*, Bari, 3-5- ottobre, 1974, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 167-190 e pp. 243-247, p. 245), “i trattati di *law of evidence* [...] sono veri e propri manuali di logica della testimonianza [...]. La *law of evidence* pare una logica per l'analisi delle proposizioni basate sulla testimonianza umana; essa non ci permette di attingere una verità assoluta, ma soltanto probabile: una verità insomma “*beyond a reasonable doubt*”, per usare una espressione dei *common lawyers*”.

⁽¹⁶⁾ Alessandro GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta (a proposito della dottrina aristotelica dei praktá)*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, nuova serie, 2 (1974), pp. 551-577, p. 558. La distinzione di Giuliani tra regola *axiologica* e regola *praxeologica* è parallela alla distinzione tra due significati del termine ‘*το δέον*’, distinzione che Giuliani rinviene in Aristotele: “Aristotele, il primo tra gli analisti del linguaggio, pare consapevole delle insidie che la parola “dover essere” offre al filosofo: e distingueva tra due significati di *δέον* *necessario* e *bene*.” Cfr. Alessandro GIULIANI, *La “nuova retorica” e la logica del linguaggio normativo*, in “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”, 47 (1970), pp. 374-390, p. 388.

3. *Tricotomia del dovere: dovere axiologico, dovere praxeologico, dovere anankastico.*

La dicotomia: dovere *axiologico* vs. dovere *praxeologico* prefigura la più recente tricotomia (non esplicitata in Alessandro Giuliani): dovere *axiologico* (es. il dovere di difendere la patria), dovere *praxeologico* (es. il dovere di portare l'acqua a 100° per ottenere l'ebollizione), dovere *anankastico* (il dovere specifico delle regole *anankastico-costitutive*, per es. il dovere che la sentenza sia sottoscritta dal giudice) ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Amedeo Giovanni Conte, *Regola costituiva, condizione, antinomia*, in: Uberto Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, pp. 21-39; e Amedeo Giovanni Conte, *Anankastico vs. deontico*, in Maria-Elisabeth CONTE, *Vettori del testo. Pragmatica e semantica fra storia e innovazione*. A cura di Federica Venier e Domenico Proietti, Roma, Carocci, 2010, pp. 343-351.

ANGELO DONDI

COMPARAZIONE E DIRITTO DELLE PROVE
IN ALESSANDRO GIULIANI.
LO SGUARDO ORIGINALE DI UN GRANDE
TEORICO DEL DIRITTO

1. Contesto culturale di collocazione e specialità della figura intellettuale di Alessandro Giuliani. — 2. *Common law, adversary system of litigation* e “modello isonomico”. Analogie pervicacemente perseguite. — 3. (*Segue*): *Law of evidence* come epitome di una modellistica processuale. — 4. Attualità di un'opera scientifica di rilievo.

1. *Contesto culturale di collocazione e specialità della figura intellettuale di Alessandro Giuliani.*

Costituisce un dato acquisito che lo specifico di un breve intervento — come il presente — possa per così dire al contempo garantire ma, a differenti livelli e sotto vari profili, anche notevolmente impegnare. E ciò, in particolare, ove l'oggetto sia rappresentato — come è in effetti il caso in questa circostanza — da ambiti di ricerca di non stretta appartenenza per chi scrive.

Ammesso (ma, anzi, subito posto in evidente dubbio) che siano oggi possibili o anche solo auspicabili nette delimitazioni al riguardo, occorre dire che si tratta in ogni caso di ambiti piuttosto speciali, pressoché corrispondenti a quello che si potrebbe definire, se non propriamente un *jardin clos*, quantomeno un *lieu particulier*. Così — nel contesto di una produzione come minimo vasta nonché di un'attività di ricerca per certo molto fortemente “personalizzata” — sembra di poter dire riguardo all'ambito delle prove o, meglio, alla prospettiva storico-filosofica a esso applicata con singolari capacità,

acume e risultati ricostruttivo-interpretativi da parte di uno studioso come Alessandro Giuliani (1).

Occorre dire che questa è, invero, anche l'occasione di ricordi concernenti personali e del tutto iniziali esperienze di ricerca scientifica. Ricordi — ahimè — risalenti agli ultimi anni '70 del secolo scorso e all'incrocio con gli essenziali studi di Giuliani in tema, appunto, di *Evidence*, e di *hearsay rule* in particolare (2). Autobiografismi inevitabilmente di risulta a parte, il riferimento appare quanto mai *pour cause*, dal momento che proprio a questo specifico riguardo del Giuliani comparatista delle prove intenderei rivolgere qualche attenzione.

A questo riguardo si impone, anzitutto, un pur minimo accenno alla collocazione di Alessandro Giuliani nel *background* storico-culturale della sua epoca. Ciò che, direi, appare opportuno soprattutto a questo specifico riguardo e quantomeno in ragione dell'assoluta originalità degli interessi culturali e delle prospettive di ricerca da essi derivate. Si può dire, infatti, che di per sé la combinatoria di questi interessi e prospettive rappresenti un *unicum* nel panorama della cultura giuridica italiana; questo con riguardo all'intera produzione di Giuliani nell'arco di tutto un quarantennio fra gli anni '50 e '90 del novecento, ma anche più particolarmente con riferimento ai decenni '60 e '70.

È in questo periodo che si collocano opere specialmente interessanti per la prospettiva di queste considerazioni, e tali da segnalare quella singolarità di gusti e scelte di cui più sopra già si è detto. Anche ragioni ulteriori alla "normale" attività di ricerca scientifica e vicende personali concorrono a configurare in maniera tanto parti-

(1) Così, nel senso quantomeno della singolare — oltre che intellettualmente notevole — particolarità dell'approccio di Giuliani, di recente B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 4 e *passim*.

(2) A. DONDI, *L'evoluzione della Hearsay Rule nel processo civile angloamericano (I)*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 99, n. 7; ove il mio richiamo alle tesi elaborate da Alessandro Giuliani in *The Influence of the Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading (The juridical review, 1962, p. 220 ss)* registra accenti critici la cui nettezza appare oggi tanto sbrigativamente giovanile da meritare in ogni caso qualche rivisitazione, se non — come in parte qui di seguito, in testo e note — una complessiva respipescenza sul piano culturale.

colare gli interessi e la più risalente produzione di Giuliani. Di tale particolarità un segno profondo, per molti versi indelebilmente caratterizzante la sua visione della — o delle modalità di — conoscenza nel contesto processuale nonché le relative opzioni culturali, è in quegli anni per certo rappresentato dalla frequentazione della cultura giuridica anglosassone, specie nel suo *côté* inglese ⁽³⁾. Ma, ancor di più — e ulteriore fondamento della singolarità di questa figura di studioso —, tale frequentazione appare collocata all'interno di un del tutto particolare riconoscimento di rilievo alla materia processualistica e al suo studio in prospettiva comparata; particolare in quanto si tenga conto per un verso della non appartenenza di Giuliani alla congregazione dei processualisti e, per altro verso al periodo — all'incirca la metà del secolo scorso — nel quale Giuliani manifesta e persegue i suoi intenti di ricerca scientifica trasversale anche sotto il profilo dei raffronti fra sistemi giuridici e relative culture ⁽⁴⁾.

Così, nella visione di Giuliani, si potrebbe dire che *common law* e *law of evidence* costituiscono l'occasione per l'analisi dei percorsi formativi degli elementi caratterizzanti quelli che ancora continuiamo a definire come sistemi giuridici, ormai quasi all'unico fine di mantenerli incastonati all'interno delle nozioni virtualmente opposte — e, in quanto tali, sempre più astrattamente fittizie — di *civil law* e, appunto, *common law* ⁽⁵⁾. Un'occasione ampiamente quanto variamente modulata; segnata oltretutto da alcuni aspetti ricorrenti e per certo del tutto particolarmente tipizzanti il percorso culturale di quest'autore. Al riguardo, non è certo originale la constatazione che i principali di tali aspetti o nuclei di interesse siano rappresentati sia dal collegamento con il dato processuale sia dal particolare rilievo

⁽³⁾ N. PICARDI, *Alessandro Giuliani: in memoriam. L'uomo, il cittadino, il Maestro*, reperibile sul sito internet www.judicium.it.

⁽⁴⁾ Riguardo al primo dei riferimenti nel testo cfr. A. GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 521, n. 7 (ove, espressamente: “La scienza processuale pare la più filosofica tra le discipline giuridiche, e pertanto il compito del comparatista risulta più difficile...”).

⁽⁵⁾ M. TARUFFO, *Il processo civile di “civil law” e di “common law”: aspetti fondamentali*, in *Foro it.* 2001, V, p. 345; G.C. HAZARD-A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, 39 *Cornell Int'l L. J.*, 2006, p. 59 ss.

attribuito in questo contesto al diritto delle prove — inteso come epitome di più ampie configurazioni del diritto *tout court* — sia, anche e soprattutto, delle implicazioni di ciò nelle relative culture di riferimento. Del resto, altrettanto ovvia è la constatazione della centralità del dato comparatistico, che in questa prospettiva diventa invero lo strumento essenziale del raffronto che viene svolto fra aspetti essenziali di tali culture (6).

2. Common law, adversary system of litigation e “*modello isonómico*”. *Analogie pervicacemente perseguite*.

La trasversalità, dunque, come uno specifico ma — al contempo — anche come una metodologia di indagine. È questo genere di trasversalità che, in effetti, conduce Giuliani ad alcune delle sue elaborazioni più interessanti; e ciò ben al di là della loro assoluta condivisibilità o “tenuta”. Così appunto e in particolare per le indagini intorno alla formazione dei sistemi processuali e probatori e, a questo riguardo in particolare, al significato della contrapposizione — nell’accezione diventata ormai famosa proprio per via della sua elaborazione da parte di questo autore — fra le nozioni di “ordine isonómico” e “ordine asimmetrico”, ovviamente in relazione all’*ordine giuridico medievale* (7).

Per vero, l’approccio iniziale a questo argomento ha una maggiore ampiezza di riferimenti in Giuliani, oltre che risultare per così dire diversamente contestualizzato. In effetti, si può dire che l’occasione originaria sia del tutto comparatistica, nel senso proprio della prevalenza per così dire del dato metodologico a questo riguardo, come cioè modalità di articolato raffronto fra culture giuridiche nel momento della formazione di loro aspetti essenziali. E

(6) Dell’apprezzamento di tale prospettiva di indagine — con specifico riguardo alle particolarità della comparazione in ambito processuale — in Giuliani fa fede, del resto, ID., *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 652 ss.

(7) Cfr. A. GIULIANI, voce *Prova*, cit., pp. 521-522; ID., *L’ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonómico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 602 ss; quanto all’espressione in inclinato nel testo, il rinvio — del resto ovvio — è a P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, III ed. accresciuta, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 9 ss.

a dimostrarlo, se ce ne fosse bisogno, è la domanda icasticamente posta — “*Is the law of evidence part of logic?*” — come *incipit* del suo primo saggio inglese; nonché, e soprattutto, l'immediato svolgimento ed elaborazione di questa domanda all'interno di tale saggio ⁽⁸⁾.

In effetti, operando dichiaratamente “*from the theoretical point of view*”, la prospettiva è subito riferita alla *law of evidence*, tanto come sistema di proibizioni quanto come tecnica valutativa. Un binomio che viene da Giuliani “ordinato” collocandolo all'interno di una giustapposizione come quella già citata; con un intento — appunto, ordinatore o razionalizzatore — che davvero rappresenta la cifra più propriamente caratterizzante la lezione di Giuliani a questo specifico riguardo. Ciò al limite della sua per così dire eccessiva caratterizzazione; che ne ha probabilmente comportato — accanto all'indubbio successo — una qualche sovraesposizione e, forse, anche qualche parziale *misinterpretation*, come ora si tenterà di dire.

3. (Segue): *Law of evidence come epitome di una modellistica processuale.*

La razionalizzazione-ordinazione alla quale è ispirata l'opera di sistemazione che qui Giuliani compie, invero per molti versi implica anche astrazioni che — pur non comportando inevitabilmente ciò — si risolvono talvolta in corrispettive forzature. Come accade, dal momento che modelli autogiustificanti — appunto, *ordines* — vengono giustapposti nell'intento principale di coglierne l'essenza del nucleo reciprocamente differenziante ⁽⁹⁾. Ossia, come — in altri termini — può accadere in presenza di un'impostazione molto chiaramente catalogabile come “moderna in senso storico”; ancorché, come già detto, del tutto originale e svolgentesi nel contesto di una del resto serissima attività di ricerca scientifica ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ A. GIULIANI, *The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, cit., p. 216.

⁽⁹⁾ A. GIULIANI, voce *Prova*, cit., pp. 521-522; Id., *Il concetto classico di prova: la prova come “argumentum”*, in *Ius*, 1960, p. 425 ss. (spec. 436 e ss.)

⁽¹⁰⁾ Per il riconoscimento all'opera di Giuliani di queste qualità, ad es., B. CAVALLONE, *op. loc. cit.*.

In prospettiva allargata, il diritto probatorio viene “...considerato come un capitolo della storia politico-istituzionale di una certa epoca...”, secondo una visione senz’altro condivisibile della sua importanza epistemologico-culturale e del tutto coerentemente con la valorizzazione del diritto processuale cui si è fatto cenno ⁽¹¹⁾. Ma ciò che appare prevalere e risulta davvero centrale nella lezione di Giuliani è la manifesta opzione in favore di uno dei due *ordines* corrispondenti ai modelli processuali (e probatori). Ed è in particolare nella prospettiva del diritto delle prove che il modello preferibile appare notoriamente rappresentato dal cosiddetto *ordine isonomico*; nel contesto del quale le relative tecniche probatorie risulterebbero configurate in maniera tale da favorire una più “corretta utilizzazione delle operazioni sociali della ragione umana in una situazione di controversia” ⁽¹²⁾.

E invero, secondo Giuliani, è con riguardo all’ambito del diritto delle prove (o, più propriamente, dei diritti delle prove) che, nell’“antinomia tra “ordine isonomico” ed “ordine asimmetrico” [nonché le sue] implicazioni metalogiche”, si manifesta con nettezza la diversa posizione “del giudice di fronte al fatto” ⁽¹³⁾. Su questo versante si rivela — lo si è già accennato, come inevitabile e quasi impellente — l’opzione di fondo di quest’autore. Un’opzione rispetto alla quale risulta del tutto funzionale l’individuazione nella “logica dialogica del dialogo” tipica dell’*ordo* isonomico (ossia, nel suo carattere intimamente retorico-dialettico, oltre che nel suo funzionare per argomentazioni e sofismi) appunto di un essenziale presupposto e giustificazione per tale opzione di fondo ⁽¹⁴⁾.

Un’opzione, inoltre e soprattutto, che ha il suo nucleo centrale nella gestione dei fatti nel processo; del come e da parte di chi a

⁽¹¹⁾ A. GIULIANI, voce *Prova*, cit., p. 522; ma anche, nella prospettazione della procedura come “...un osservatorio privilegiato per verificare [...] le interferenze tra livello di razionalità e livello di moralità...” (con i relativi riferimenti all’“...inusitato interesse [della cultura del momento, gli anni fra il ’60 e l’80 del secolo scorso] per le tecniche della procedura giudiziale”, ID., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: “nuova retorica” e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, 1986, n. 2-3, p. 81 ss.

⁽¹²⁾ A. GIULIANI, voce *Prova*, cit., p. 523; per un riscontro molto più risalente di tale impostazione, ID., *Il concetto classico di prova*, cit., 1960, pp. 441-443.

⁽¹³⁾ A. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico*, cit., pp. 84-85.

⁽¹⁴⁾ A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

questo specifico (ma, a tutti gli effetti, relevantissimo) riguardo. E a questo riguardo appunto, la presa di posizione “ordinatrice” di Giuliani appare segnata da un rifiuto di fondo nei confronti della attribuzione al giudice di una funzione diversa da quella di soggetto neutrale al quale il contraddittorio fra le parti “...offre [...] un sapere che nessuna mente individuale potrebbe pretendere di ricercare autonomamente” (15). Ciò, in pratica, comporta il rigetto della prospettiva — derivata da un’*“evoluzione e involuzione del processo comune europeo”* — corrispondente all’*ordo* asimmetrico; un canone nel quale, alla *“posizione privilegiata”* del giudice (e quindi alla rottura dell’asimmetria dei soggetti del processo), corrisponde — accanto alla svalutazione del contraddittorio, inteso essenzialmente come un *“ingombrante ostacolo alla ricerca della verità”* — anche *“una costitutiva vocazione per l’autorità, la gerarchia, la rapidità della decisione [...] pertanto [...] compatibile con un processo guidato e diretto da un giudice funzionario”* (16).

È chiaro che la micro-sillogica che precede non pretende affatto di “spiegare” il Giuliani raffinato studioso delle prove e profondo indagatore delle culture filosofiche del suo tempo, anche in connessione alla centralità della teoria della controversia (o alle sue varie possibili configurazioni) (17). L’intento — decisamente più modesto — è piuttosto di segnalare che, a tutti gli effetti, quella di Giuliani a questo riguardo è, al fondo soprattutto, una presa di posizione; con tutto ciò che di preventivo, fideistico e perché no ideologico ciò può in ogni caso comportare. Ed è verosimilmente in questa prospettiva che — in una sorta di “combinato disposto” del tutto coerente con tale presa di posizione — vengono caratterizzati i referenti della scelta che si intende effettuare; e ciò tanto, per un verso, con riguardo al modello che si rifiuta quanto, per altro verso, con riguardo al modello “esemplificatore” dell’*ordo* che viene ritenuto complessivamente preferibile.

Ratione materiae (qui a intendere, invero, a causa della patente

(15) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 86.

(16) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 87.

(17) A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pubblicazioni dell’Università di Pavia, Studi nelle Scienze giuridiche e sociali, XXXIX, Pavia, 1966, p. 71.

incompetenza specifica di chi scrive) meno che un cenno — e, anzi, niente più di un mero rinvio — al primo versante di tale combinato, ovvero all'ordine asimmetrico e alla sua diretta derivazione dal diritto comune. Qui Giuliani sembra tendere a modelli puri, con qualche rischio di astrazione rispetto al più accidentato percorso effettivo della storia⁽¹⁸⁾. Basti segnalare che il modello dell'*ordo iudiciarius*, con la sua virtuale razionalizzazione di rigide asimmetrie ed esigenze di burocratizzazione e della macchina del processo e — al suo interno — del *côté* epistemologico-probatorio, viene qui recepito *per saltum* rispetto ai modelli — pure da tempo riconosciuti come molto rilevanti, oltre che a tutti gli effetti formativi — del processo barbarico⁽¹⁹⁾.

4. *Attualità di un'opera scientifica di rilievo.*

È nota, anche in quanto del tutto emblematica dell'approccio di Giuliani a questo genere di questioni, la per così dire *pars construens* delle suddette opzioni; ossia quella riferita agli ordinamenti di *common law* intesi, nell'accezione di *adversary system of litigation*, come adeguate esemplificazioni del “modello isonomico”⁽²⁰⁾. Ed è altrettanto noto come uno dei suoi elementi essenziali sia rappresentato dalla mancata adesione di Giuliani alla idea — peraltro pressoché unanimemente accolta nella dottrina inglese e statunitense — secondo la quale la strutturazione della *law of evidence* attraverso *rules of exclusion* abbia essenzialmente risposto a una esigenza di pratica “protezione” del *trier of fact*, ovvero della giuria⁽²¹⁾. Una

⁽¹⁸⁾ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 13, 53, 75; ID., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 12-19, 60, 83.

⁽¹⁹⁾ F. SINATTI D'AMICO, *Le prove giudiziarie nel diritto longobardo: legislazione e prassi da Rotari ad Astolfo*, Milano, Giuffrè, 1968, *passim*; in generale, G. MENGOLZI, *La città italiana nell'alto medioevo: il periodo langobardo-franco*, Firenze, La Nuova Italia, (2^a ed.) 1931, p. 86 ss.; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995, p. 166 ss.

⁽²⁰⁾ Fra i molti, ma in particolare anche con riguardo a quanto *infra* nel testo, M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 420-432.

⁽²¹⁾ A. GIULIANI, voce *Prova*, cit. p. 547 ss; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 335, 349. La dottrina anglosassone sul versante essendo —

presa di posizione che influenza — a sua volta risultandone influenzata, in una singolare circolarità — la visione che questo studioso elabora del modello probatorio e processuale *at large* anglosassone.

Si tratta, invero, di una visione che sembra caratterizzarsi per corrispettive attenzioni e (volute) disattenzioni. Attenzioni e disattenzioni che concernono in Giuliani, rispettivamente, l'evoluzione storica del *common law* nell'Inghilterra basso e tardo-medievale e la realtà di ciò che tale diritto diventa — anche grazie all'opera di elaborazione da parte di una cultura giuridica molto raffinata e in attiva interazione con una realtà circostante in costante e variegata evoluzione — alla sfida della modernità “storica”, fra la fine dell'800 e il corso di quasi tutto il '900 (22). È questa una duplice attitudine che pare segnare indelebilmente l'opera di Giuliani a questo riguardo; circostanza che, anche solo per questo, sembra meritare qualche ulteriore considerazione.

In definitiva, appare quasi sorprendente, e — nel contesto cioè di questa specifica prospettiva — per certo in sé del tutto apprezzabile, la notevolissima originalità della ricostruzione storica concernente il periodo che Giuliani preferibilmente analizza. Con l'effetto che la visione che ne deriva risulta essere tanto tipizzata, come da una sorta di a tutti gli effetti avvincente *Giuliani's touch*, da pervenire a una complessiva autogiustificazione interna. Ed è in questa chiave, soprattutto, che sembra ancor oggi più che doverosa l'attenzione al lavoro di questo autore; a evitare rischi di obsolescenze per

intuibilmente — ampissima, ci si limita qui a qualche richiamo minimo e in funzione essenzialmente esemplificativa; così, ad es., T. ANDERSON, D. SCHUM, W. TWINING, *Analysis of Evidence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 87; W. TWINING, *Rethinking evidence: exploratory essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, *passim*; ID., *General jurisprudence: understanding law from a global perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 123 ss.; I.H. DENNIS, *The Law of Evidence*, London, Sweet & Maxwell, 2002, p. 394 ss. Per riscontri anche sul versante del contesto processualpenalistico S. UGLOW, *Criminal Justice*, London, Sweet & Maxwell, 2002, p. 297 ss; con ampie aperture e in una prospettiva di profondo collegamento fra *evidence* e modello *adversary*, J.H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 210 ss., 247ss., 306 ss.

(22) M. DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven, Yale University Press, 1997, p. 94 ss (nell'edizione italiana, *Il diritto delle prove alla deriva* 2003, p. 137 ss); per il progressivo adeguamento di cui nel testo L. M. FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, New Haven, Yale University Press, 2002, p. 268 ss.

molti versi ingiuste, se non addirittura di sottovalutazioni del tutto ingiustificabili.

In altri termini, Giuliani *vuole* andare oltre la ricostruzione tradizionale e lo fa seguendo un sottotraccia che lo porta a osare incroci e derivare giustificazioni anomale. Altra cosa che, per così dire, ciò “regga” a fronte dalla realtà e — anche di più — delle evoluzioni che hanno interessato gli ordinamenti del processo civile, specie dalla metà del secolo scorso a oggi. Si tratta di trasformazioni il cui segno essenziale, sul piano squisitamente comparatistico, si tende a catalogare da tempo come un progressivo e costante avvicinamento dei modelli ⁽²³⁾. Una omologazione che oggi è piuttosto comune considerare in larga misura inevitabile, in quanto forzata dalla sempre più impellente necessità di affrontare — ormai praticamente ovunque — analoghi problemi di complicazione-complexità delle controversie civili ⁽²⁴⁾. E appare soprattutto notevole che nel contesto di tale omologazione (o avvicinamento che dir si voglia) si siano pressoché ovunque da tempo manifestate spinte all’attribuzione al giudice di forti poteri di gestione-*management* della controversia, specie nella sua fase di trattazione, come dimostra — a trasformare nettamente il ruolo e la stessa immagine del giudice — la lunga e articolata vicenda del *discovery* nell’esperienza statunitense ⁽²⁵⁾.

Ma, oltretutto nella prospettiva di una manifesta pre-scelta di

⁽²³⁾ Per la considerazione di alcuni dei problemi concernenti l’efficacia comparata dei sistemi probatori sotto il profilo della ricerca della verità e la loro relativa comune inadeguatezza al riguardo, nella letteratura italiana, M. TARUFFO, *Rethinking the Standards Of Proof*, in 51 *Am. J. Comp. Law*, 2003, pp. 675-677; Id., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pp. 475-482.

⁽²⁴⁾ G.C. HAZARD, A. DONDI, *cit.*, *loc. cit.*

⁽²⁵⁾ Da ultimo, molto ampiamente, S.I. STRONG, *Jurisdictional Discovery in United States Federal Courts*, in 67 *Wash. & Lee L. Rev.*, 2010, p. 497 ss., 512 ss. (per riferimenti molto puntuali all’ordinamento inglese); ed inoltre, B. TRACHTENBERG, *Coconspiracy, “Conventurers”, and the Exception Swallowing the Hearsay Rule*, 61 *Hastings L. J.*, 2010, spec. pp. 587-592 e 599-607 (e 615 ss. con riferimento alla ricezione americana della norma); per una ulteriore analisi, molto stimolante anche in prospettiva storica, dell’evoluzione della disciplina federale, L. WALKER, *The Other Federal Rules of Civil Procedure*, in 25 *Rev. of Litigation*, 2006, p. 83 ss.; sulla considerazione dell’importanza di tale “istituto” essenzialmente in prospettiva storica da parte di Giuliani, Id., voce *Prova*, *cit.*, p. 521, n. 7.

campo sul versante della limitazione dei poteri del giudice rispetto alla gestione delle conoscenze concernenti le circostanze di fatto nel processo, il Giuliani dei lavori storico-teorici in tema di *law of evidence* può dunque ben interpretare a suo agio. E, nel suo *modus* affascinante, in questa chiave configurare come risolvibile in termini di retorica anche la presenza, nel farsi di una *law of evidence* di un *common law* a sua volta “in formazione”, di limitazioni probatorie in funzione *exclusionary* come la *hearsay rule* (oggi peraltro molto relative, come dimostra la disciplina statunitense della *Federal Rule of Evidence* 801 e seguenti) ⁽²⁶⁾. Come dire... *tout se tient*, in quanto appunto trattasi di questione in qualche misura “funzionale”, a quel tipo di discorso e collegabile pertanto a quei tipi di collegamenti, relative differenziazioni e scelte di campo.

Che, peraltro, all'autore che consideriamo non sia mancata anche l'altra prospettiva, e l'evolversi e/o il complicarsi nel tempo della realtà del processo — nonché, di conseguenza, anche della relativa “epistemologia probatoria” — sia stato da lui molto seriamente frequentato, è come minimo ampiamente dimostrato *in actis*. Il riferimento d'obbligo è ai lavori con Nicola Picardi, sotto vari profili preziosi esempi di come la cultura giuridica alta possa diventare cultura della storia del processo, senza perdere nulla della propria presa sulla realtà del diritto vivente. Lavori nei quali — è poco più che una supposizione — è facile immaginare quanto l'apporto critico del teorico Giuliani sia stato significativo ⁽²⁷⁾.

In relazione a quanto sopra, un ultimo rilievo; quasi *en passant* e palesemente “fuori tema” rispetto al titolo di queste mie scarse considerazioni.

Non appare affatto trascurabile nell'ultimo Giuliani — lo si dice anche per personali recenti frequentazioni del tema — il recupero di interessi già con altro taglio manifestati pressoché all'inizio del suo

⁽²⁶⁾ A. DONDI, *L'evoluzione della Hearsay Rule*, cit.; di recente — in una letteratura del resto vastissima — G.M. FENNER, *The Hearsay Rule*, 2^a ed., Durham, Carolina Academic Press, 2009, pp. 20-46 (ma, con riferimento all'analisi dell'attuale assetto della normativa citata nel testo, p. 49 ss. e *passim*).

⁽²⁷⁾ Ad es., A. GIULIANI, N. PICARDI, *Attualità del processo civile inglese*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 156 ss. (anche come Prefazione in *Ricerche sul processo, IV: il processo civile inglese*, Rimini, Maggioli, 1991).

percorso culturale (28). Così è per l'attenzione riservata alla configurazione del *pleading* anglosassone (inglese, nello specifico) come forma di *litis contestatio* con caratteristiche del tutto particolari in relazione alla circostanziazione dei fatti nel processo, ovviamente del processo come controversia civile (29). E ciò anche a prescindere dalla non assoluta condivisibilità di alcune considerazioni in materia; come per quella secondo la quale, *tel quel*, “*il pleading-system appare una valida alternativa alla patologia del processo civile*”, visto l'odierno vivacissimo dibattito in sede statunitense per la modificazione di tale “sistema” proprio nella direzione di più rigorose modalità di allegazione dei fatti negli atti introduttivi-*pleading* (30).

Ciò che in ogni caso prevale è per così dire l'approccio di Giuliani, di grande interesse — su questo come su altri temi — anche solo per la singolare ampiezza dei riferimenti culturali e dei collegamenti coinvolti nelle sue indagini. A questo specifico riguardo, è il caso del collegamento fra il contenuto degli atti introduttivi, i fatti, la configurazione dei ruoli dei soggetti tipici del processo e la retorica giuridica (31). Il che in sé dice di una continuità — e di una circolarità — nell'opera di Alessandro Giuliani che sarà sempre proficuo considerare.

(28) A. GIULIANI, *The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, cit., *loc. cit.*

(29) A. GIULIANI, *Dalla “litis contestatio” al “pleading system” (riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, pp. 956-958; Id. (insieme a N. PICARDI), *Attualità del processo civile inglese*, cit., pp. 163-164.

(30) A. GIULIANI, *Dalla “litis contestatio”*, cit., p. 957; con riguardo al recente dibattito — anche a livello di *case law* — per la trasformazione della disciplina federale statunitense in coerenza con il recupero di una nozione articolata di *fact pleading*, nella letteratura italiana, ad es., A. DONDI, *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 529 ss.

(31) Ad es., A. GIULIANI, *Les “règles de la discussion légitime” dans la logique de Port Royal*, in *Argumentation*, 1991, p. 263 ss; Id., *Le rôle du fait dans la controverse (à propos du binôme « rhétorique-procédure judiciaire »)*, in 39 *Arch. de phil. du droit*, 1995, pp. 133-235; Id., *L'« ordo iudiciarius » medievale tra retorica e logica*, in M. Bellomo (a cura di), *Die Kunst der Disputation*, Oldenburg, 1997, p. 133 ss.

PAOLO FERRUA

L'ORALITÀ DELLA PROVA NEL QUADRO
DELLE GARANZIE COSTITUZIONALI:
GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE E
FRAGMENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE

1. Rapporti tra oralità e contraddittorio. — 2. Diritto all'interrogatorio dei testimoni davanti al giudice: *a*) la rinnovazione della testimonianza assunta in sede di incidente probatorio. — 3. (*Segue*): *b*) diritto alla prova e condanna in appello. — 4. I testimoni 'vulnerabili'. — 5. L'acquisizione a fini probatori delle sentenze irrevocabili: una grave lesione del contraddittorio. — 6. Irrilevanza *erga alios* delle dichiarazioni del coimputato: la sentenza costituzionale sull'art. 503 c.p.p. — 7. Regole di valutazione della prova e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. — 8. Le 'interpretazioni' della Corte europea. — 9. Stravaganze concettuali: l'autorità di cosa giudicata interpretata. — 10. Un salutare ripensamento.

1. *Rapporti tra oralità e contraddittorio.*

Oralità e contraddittorio sono garanzie distinte, ma strettamente collegate nella teoria del processo penale o, per lo meno, del processo accusatorio, dove l'una è inseparabile dall'altra. Per quanto siano valori di lunga tradizione, anzi forse proprio perché sono tali, hanno assunto nel tempo una pluralità di significati, di fronte ai quali esigenze di chiarezza consigliano all'interprete alcune preliminari osservazioni, a cominciare dal contesto in cui operano queste garanzie. Il fenomeno della prova o meglio il procedimento probatorio si sviluppa su una terna. A un estremo stanno le proposizioni o le probatorie (le prove nel senso tecnico della parola, i dati legittimamente acquisiti al processo, di cui dispone il giudice e che formeranno oggetto della sua valutazione (dichiarazioni, cose o fatti). All'estremo opposto si colloca la proposizione da provare, che è la colpevolezza per quanto attiene al tema principale del processo. Tra i due estremi sta il terzo elemento che li congiunge, rappresentato

dall'atto del provare, il cui esito può essere positivo o negativo, a seconda che la prova sia o no raggiunta (tenendo presente che, in base alle regole sull'onere della prova, la negazione è puramente consequenziale alla mancata affermazione).

Caratteristica fondamentale del procedimento probatorio è che l'inferenza non si svolge secondo la logica deduttiva ⁽¹⁾, ma attraverso un meccanismo di tipo abduttivo, con il quale dai fatti del presente ossia dalle prove si risale al fatto del passato in cui consiste la colpevolezza; fatto che 'fu', ma non 'è' più reale, e come tale insuscettibile di qualsiasi verifica diretta. Chiamiamo questo procedimento 'abduttivo' ⁽²⁾, perché si fonda su una inversione dei termini della regola di implicazione: anziché applicare la regola 'se A allora B', si ragiona dicendo 'B, allora A', inferenza che dal punto di vista deduttivo costituisce la c.d. fallacia dell'affermazione del conseguente. Infatti, mentre è il passato, e quindi il reato, a determinare il presente, ossia le prove, qui il giudice è costretto a procedere a ritroso muovendo dal conseguente all'antecedente. Ma le prove, per solide che siano, non determinano mai la colpevolezza, possono esclusivamente sotto-determinarla; vale a dire, restano sempre astrattamente compatibili con una versione dei fatti diversa da quella della colpevolezza.

Come conciliare l'elementare esigenza che la colpevolezza sia 'provata' con l'impossibilità di raggiungere in ordine ad essa una assoluta certezza? Nell'abduzione si va alla ricerca della migliore spiegazione ⁽³⁾. Tuttavia, che la colpevolezza sia la migliore tra le possibili spiegazioni del materiale probatorio acquisito può essere una ragione sufficiente per rinviare a giudizio, per formulare un'accusa, ma non certo per condannare. Anche la migliore delle spiegazioni potrebbe non essere una buona spiegazione, quando fossero tutte insoddisfacenti. A quali condizioni possiamo allora ritenere provata una proposizione, fuori dall'ambito deduttivo? La formula,

⁽¹⁾ Come magistralmente messo in luce da A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milano, Giuffrè, 1961.

⁽²⁾ In un senso molto generico si potrebbe anche parlare di un'inferenza induttiva, usando il termine per indicare ogni inferenza che non sia deduttiva.

⁽³⁾ S. OKASHA, *Il primo libro di filosofia della scienza* [2002], trad. it., Torino, Einaudi, 2006, p. 30 s.

inevitabilmente compromissoria, sta nella regola dell'« oltre ogni ragionevole dubbio » che si compone di due parti. Una, ovvia ed intuitiva, secondo cui lo stato di dubbio si pone tendenzialmente in conflitto con il raggiungimento della prova; l'altra, più sottile, con la quale si attenua l'incompatibilità tra dubbio e dubbio, con il risultato che non ogni dubbio, astrattamente prospettabile, impone la condanna ma solo quello che appaia 'ragionevole'. L'« oltre ogni ragionevole dubbio » segna il livello massimo e al tempo stesso minimo per ritenere raggiunta la prova nel contesto processuale: 'massimo' perché il livello superiore è quello deduttivo, della prova intesa come dimostrazione matematica, dove le premesse implicano logicamente la conclusione che, quindi, si impone oltre ogni dubbio 'logico' (con 'logico' si intende qualsiasi dubbio ipoteticamente prospettabile senza cadere in una formale contraddizione); 'minimo' perché scendere al di sotto di tale soglia equivarrebbe a cadere nella zona delle illazioni e dei sospetti, sulla cui base nessuna proposizione può essere provata.

Ma proprio perché la ricostruzione dei fatti è sempre sotto-determinata, occorre che il materiale probatorio passi al vaglio dell'oralità e del contraddittorio allo scopo di accrescerne l'affidabilità. Con oralità si allude al rapporto di immediatezza tra il giudice e la prova, che in tanto si realizza in quanto ad assumere la prova, *rectius* ad assistere alla sua assunzione, sia lo stesso giudice chiamato a valutarla nella decisione. Se, per le ragioni appena esposte il rapporto tra il giudice e il fatto da provare non è mai diretto, l'ideale sarebbe che lo fosse almeno quello con le prove acquisite al processo, salvi i casi in cui risulti impossibile per motivi di carattere oggettivo (ad esempio, per la sopravvenuta morte o inabilità del testimone).

Quanto al contraddittorio, ne esistono due diverse forme. Il contraddittorio in senso debole o generico che riguarda il passaggio dalle premesse probatorie alla proposizione da provare e si esplica nel diritto delle parti di interloquire su ciò che significano le prove, vale a dire sulle conseguenze positive o negative da trarre in ordine al tema oggetto di prova; e, poiché l'esercizio di tale diritto implica che le prove siano già acquisite, è solitamente definito 'contraddittorio sulla prova'. Tutti i modelli di processo, anche quelli orientati in senso inquisitorio, riconoscono con diverse modalità questa forma

di contraddittorio: negarla equivarrebbe di fatto ad escludere ogni possibilità di difesa, dato che non avrebbe senso replicare ad un'accusa fondata su prove destinate a rimanere segrete. Ad un livello superiore e antecedente si colloca il contraddittorio in senso forte, che attiene alla formazione stessa delle prove, assumendo così il nome di 'contraddittorio per la prova'. Esso implica che le prove utilizzabili a fini decisori siano formate davanti ad un giudice con il contributo degli antagonisti (accusa e difesa); e, ovviamente, coinvolge le sole prove costituite nel processo, in particolare le dichiarazioni (per quelle precostituite, ad esempio documenti e cose pertinenti al reato, il contraddittorio non può che realizzarsi su materiali già formati). Il contraddittorio in senso forte si accompagna di regola all'oralità, come accade quando si esplica davanti al giudice incaricato di decidere, ma può anche separarsene: è il caso dell'incidente probatorio dove la prova è formata con l'intervento delle parti da un giudice diverso da quello destinato a pronunciare la decisione di merito. Per converso, è difficile pensare ad un'oralità che si realizzi senza contraddittorio, perché bisognerebbe pensare ad un giudice che decida sulla base di testimonianze da lui stesso segretamente raccolte.

2. *Diritto all'interrogatorio dei testimoni davanti al giudice: a) la rinnovazione della testimonianza assunta in sede di incidente probatorio.*

La nostra Costituzione contempla la regola del contraddittorio e relative eccezioni, mentre tace sull'oralità, a differenza del progetto di legge costituzionale varato dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali (C/3931), il cui art. 130 comma 1 disponeva che « La giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza ». Nel sistema costituzionale l'incidente probatorio — che rispetta il contraddittorio, derogando all'oralità — è, dunque, perfettamente ammissibile e, come tale, può essere valutato ai fini della decisione.

Resta, tuttavia, un problema. L'art. 111 comma 3 Cost. prevede che l'imputato « ...abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo

carico, di ottenere la convocazione e l'interrogazione di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore». Davanti a quale giudice va esercitato questo diritto? È ragionevole supporre che non si alluda ad un qualsiasi giudice, ma *al* giudice chiamato a pronunciare la sentenza di assoluzione o di condanna (4). Un appiglio letterale è fornito dalla preposizione articolata 'al', in antitesi a quanto previsto nel secondo comma (davanti 'a' giudice terzo e imparziale); il giudice davanti al quale non dovrebbe mai essere negato di esercitare il diritto alla prova *ex art. 111 comma 3 Cost.* è senza dubbio il giudice del merito. Sul piano sostanziale avvalorano questa conclusione non solo esigenze difensive, dato che il contraddittorio nell'incidente probatorio può riuscire alquanto sacrificato dalla incompletezza del quadro probatorio e dagli imprevedibili sviluppi dell'accusa; ma anche ragioni epistemiche, legate alla corretta ricostruzione dei fatti: è noto quanto siano importanti, per valutare la credibilità del teste, i tratti prosodici del discorso che escono pienamente valorizzati solo nel diretto contatto del giudice con la fonte probatoria (non surrogabile con altrettanta efficacia dalla videoregistrazione).

Di qui due implicazioni. La prima riguarda le testimonianze assunte in incidente probatorio: esse restano pienamente valide e utilizzabili a fini decisori, perché formate in contraddittorio; ma, salvo il caso di sopravvenuta irripetibilità, l'imputato ha diritto a vederle rinnovate nel dibattimento, beninteso in quanto non manifestamente superflue o irrilevanti (art. 190 comma 1 c.p.p.); dopodiché, le une e le altre saranno oggetto di libera valutazione da parte del giudice. Analoghi rilievi valgono per la rinnovazione del dibattimento a seguito di mutata composizione del collegio.

Scarsamente conciliabile con i principi costituzionali appare a questo punto l'art. 190-*bis* c.p.p. secondo cui « nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-*bis*, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la

(4) Così P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, II ed., Bologna, Zanichelli, 2007, 89.

persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengano necessario sulla base di specifiche esigenze » (5). La rinnovazione della prova non è *a priori* esclusa, ma viene confinata in ipotesi di eccezionalità poco compatibili con il diritto alla prova nei termini in cui è tutelato dall'art. 111 comma 3 Cost. Si comprendono le impellenti esigenze repressive per i reati indicati nell'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p.; ma, se vi è un terreno sul quale non si giustifica un regime differenziato e più severo in funzione della gravità del reato, è quello del diritto alla prova (e, naturalmente, della valutazione secondo il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio). Al punto che tale restrizione, seppure fosse tollerata dall'art. 111 Cost., si porrebbe comunque in tensione con il principio di uguaglianza; è paradossale, ma nel suo estremismo appare quasi più coerente la prospettiva di chi vorrebbe estendere il regime dell'art. 190-*bis* c.p.p. ad ogni processo, quale che fosse l'oggetto dell'imputazione.

3. Segue: b) *diritto alla prova e condanna in appello.*

La seconda implicazione riguarda la riforma in appello delle sentenze assolutorie. Come altrove sostenuto, la condanna disposta per la prima volta in appello è, a mio avviso (6), in contrasto con il diritto al riesame stabilito dall'art. 14 comma 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978) secondo cui « ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge ». La legge Pecorella ha senza dubbio ampliato la possibilità di critica alla con-

(5) Il comma 1-*bis* dell'art. 190-*bis* c.p.p. estende la medesima disciplina all'esame di un testimone minore degli anni sedici « quando si procede per uno dei reati previsti dagli articoli 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*, 600 *quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*octies* del codice penale ».

(6) *Il giusto processo*, cit., 195 s.

danna pronunciata in appello, estendendo il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione al confronto tra la sentenza impugnata e gli atti processuali (art. 606 lettera *e*) c.p.p.). Nondimeno la distanza che separa il ricorso per cassazione da un 'riesame' resta netta: quella in sostanza che separa l'*azione di impugnativa*, esperibile per motivi tassativi di fronte a un giudice sprovvisto di poteri istruttori, dal *gravame* con cui la parte può denunciare qualsiasi motivo di ingiustizia della sentenza davanti ad un giudice investito degli stessi poteri del giudice di primo grado. E stupisce che la Corte costituzionale, dopo aver ritenuto il ricorso per cassazione insufficiente a tutelare gli interessi del pubblico ministero a fronte di un'ingiusta assoluzione in primo grado, lo abbia ritenuto idoneo a soddisfare quelli dell'imputato davanti ad un'ingiusta condanna in appello (7).

Ma ad accrescere le perplessità nei riguardi della condanna in secondo grado contribuisce anche la prospettiva del diritto alla prova come garanzia azionabile davanti al giudice incaricato di decidere. Nella specie la parte ha sì esercitato il suo diritto in primo grado; ma in quella sede è stata assolta, mentre a pronunciare la condanna è un giudice autorizzato a decidere sulla base di un esame puramente cartolare, senza obbligo di provvedere alla rinnovazione del dibattimento. L'anomalia sta nella circostanza che il giudice davanti al quale si è realizzato il contraddittorio nella formazione della prova abbia assolto, mentre a condannare sia il giudice privo di contatto diretto con la prova.

Si obietterà che analoghi problemi potrebbe porre, dal punto di vista dell'accusa, la riforma in senso assolutorio della condanna pronunciata in primo grado. Ma, a prescindere dalla circostanza che il diritto alla prova è espresso dall'art. 111 comma 3 Cost. come garanzia dell'imputato (e altrettanto dicasi per il diritto al riesame di cui al Patto internazionale), la sensibile differenza è che, mentre la conversione di una condanna in assoluzione può realizzarsi con un'attività essenzialmente demolitiva, la conversione di un'assoluzione in condanna implica un'attività costruttiva per la quale è più che mai importante il rapporto diretto con le fonti di prova.

Come uscire dall'*impasse*? Le soluzioni possibili sono le seguen-

(7) Sentenza n. 26 del 2007.

ti: *a)* tornare al regime di inappellabilità della sentenza di proscioglimento, con una disciplina più organica e coerente che superi i rilievi di illegittimità espressi dalla Corte costituzionale; *b)* introdurre nei riguardi delle sentenze di proscioglimento un appello di tipo rescindente, a conclusione del quale il giudice decida se respingere l'appello del pubblico ministero o annullare la sentenza di assoluzione, rinviando ad un diverso giudice di primo grado per la rinnovazione del dibattimento; *c)* infine, come soluzione di minor impatto, ci si potrebbe limitare a prevedere, per la pronuncia di una condanna in appello, l'obbligo della rinnovazione dibattimentale, eccezione fatta per le ipotesi in cui la riforma dell'assoluzione dipenda solo da un errore di qualificazione giuridica del fatto.

4. *I testimoni 'vulnerabili'.*

Il ricorso all'incidente probatorio può rivelarsi particolarmente utile per i cosiddetti testimoni 'deboli' o 'vulnerabili'; categoria dai contorni inevitabilmente evanescenti con la quale si allude a persone come i minori e gli infermi di mente, la cui testimonianza richiede adeguate cautele e misure protettive. A soddisfare questa esigenza sono orientate le disposizioni dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. e, per quanto concerne le modalità di svolgimento dell'incidente, dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. Si tratta, tuttavia, di previsioni frammentarie, che, pur progressivamente arricchite, restano inadeguate, in molti casi, a fornire quella sistematica tutela che una formula più generale ed elastica potrebbe offrire.

Nel caso Pupino il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Firenze — chiamato a decidere su una richiesta del pubblico ministero di procedere con incidente probatorio all'ascolto di otto fanciulli vittime di maltrattamenti, fuori dalle tassative ipotesi contemplate dall'art. 392 c.p.p. — si era rivolto alla Corte di Giustizia delle comunità europee, chiedendo chiarimenti circa la portata della decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001/220/GAI, il cui art. 8 stabilisce che « ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, ciascuno Stato membro garantisce alla vittima la facoltà, in base ad una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire

tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento ».

La Corte di Giustizia rispondeva affermando che « la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalle citate disposizioni della decisione quadro impone che un giudice nazionale abbia la possibilità, per le vittime particolarmente vulnerabili, di utilizzare una procedura speciale, come l'incidente probatorio diretto all'assunzione anticipata della prova, prevista nell'ordinamento di uno Stato membro, nonché le modalità particolari di deposizione pure previste, se tale procedura risponde in modo ottimale alla situazione di tali vittime e si impone al fine di impedire la perdita degli elementi di prova, di ridurre al minimo la ripetizione degli interrogatori e di impedire le conseguenze pregiudizievoli, per le dette vittime, della loro deposizione in pubblica udienza »; e concludeva che « il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro ».

I principi fissati dalla Corte di Giustizia sono senz'altro condivisibili, ma la loro attuazione nel nostro ordinamento incontra due ostacoli. Il primo, superabile con una modifica della legge ordinaria, è rappresentato dalla tassatività delle ipotesi di incidente probatorio contemplate dal codice di rito, insuscettibili di interpretazione analogica. Nel caso di specie il giudice di Firenze ha ritenuto di ammettere l'incidente probatorio sulla scorta delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia; e, per aggirare l'ostacolo segnato dal carattere eccezionale della procedura *ex art. 392 c.p.p.*, ha qualificato come 'estensiva' e non 'analogica' la propria interpretazione. Ma, al di là dell'opinabile confine che separa l'interpretazione estensiva da quella analogica, la sensazione è che, pur nella lodevole prospettiva di tutela dei minori, di fatto il diritto interno sia stato 'disapplicato', più che 'interpretato'. *De iure condendo* sarebbe, quindi, auspicabile una riforma che ammettesse l'ascolto delle persone 'vulnerabili' in incidente probatorio, svincolandolo dalle tassative ipotesi a cui è oggi subordinato ⁽⁸⁾.

(8) In tal senso, F. CASSIBBA, *La tutela dei testimoni 'vulnerabili'*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ, *Il pacchetto sicurezza (commento al d.l. 23 febbraio 2009 n. 11 conv. in l. 23 aprile 2009 n. 38 e alla l. 15 luglio 2009 n. 94, 320)*, Torino, Giappichelli, 2009, 299 s.; F.

Il secondo ostacolo deriva da quanto si è detto circa il diritto della difesa alla rinnovazione della testimonianza assunta in incidente probatorio, come corollario del diritto alla prova protetto dall'art. 111 comma 3 Cost. La Corte di Giustizia insiste sull'esigenza di « ridurre al minimo la ripetizione degli interrogatori e di impedire le conseguenze pregiudizievoli, per le dette vittime, della loro deposizione in pubblica udienza ». Esigenza inconfutabile, ma che nel vigente quadro normativo, non può essere perseguita, negando *sic et simpliciter* l'ascolto dibattimentale del minore già assunto in sede di incidente probatorio. È vero che per l'esame dei minori degli anni sedici l'art. 190-*bis* c.p.p. attenua il diritto alla rinnovazione della prova estendendo la disciplina restrittiva già introdotta per la criminalità organizzata anche « ai reati previsti dagli articoli 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*octies* del codice penale ». Ma, a parte i dubbi di legittimità costituzionale, resta il fatto che sono ipotesi tassative, al di là delle quali va riaffermato il diritto alla prova nei termini in cui è protetto dall'art. 190 c.p.p.; con la conseguenza che l'esame dibattimentale del minore può essere escluso solo quando risulti impossibile per motivi di natura oggettiva. L'impossibilità include sia cause materiali sia funzionali come la sopravvenuta inabilità a deporre, ma, per vaga sia quest'ultima nozione, difficilmente può estendersi a ricomprendere anche il semplice disagio psichico a cui sarebbe esposto il minore per la sua testimonianza. In breve, fuori dei casi di impossibilità oggettiva, il rimedio, o meglio il compromesso tra i diversi interessi, va cercato nelle particolari modalità di assunzione della prova, idonee a proteggere il teste vulnerabile, senza ledere il diritto alla prova davanti al giudice incaricato di emettere la decisione finale.

5. *L'acquisizione a fini probatori delle sentenze irrevocabili: una grave lesione del contraddittorio.*

Alla riforma del giusto processo è sinora sopravvissuta una

VERGINE, *Incidente probatorio ed udienza preliminare tra autonomia ed interferenze*, in *Diritto penale e processo*, 2007, 1488.

disposizione gravemente lesiva del contraddittorio nella formazione della prova: mi riferisco all'art. 238-bis c.p.p. secondo cui « le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertato e sono valutate a norma degli articoli 187 e 192, comma 3 ». Nonostante la Corte costituzionale ne abbia affermato la legittimità ⁽⁹⁾, la disciplina è severamente criticabile per due ordini di ragioni ⁽¹⁰⁾.

In primo luogo, perché attribuisce valore probatorio ad un atto che in nessun caso dovrebbe esercitare una simile efficacia. Inutile richiamarsi all'esigenza di circolazione delle prove tra processi, che trova il suo naturale referente normativo nell'art. 238 c.p.p. novellato dalla legge di attuazione del giusto processo (l. 1 marzo 2001 n. 63) ⁽¹¹⁾. Le sentenze non sono 'prove', bensì atti che valutano le prove nella funzione decisoria di un singolo caso ⁽¹²⁾, di una specifica controversia, oltre la quale non 'provano' nulla ⁽¹³⁾. I

⁽⁹⁾ Corte cost. sent. n. 29 del 2009.

⁽¹⁰⁾ V. soprattutto F. CORDERO, *Procedura penale*, VII ed., Milano, Giuffrè, 2003, 801; ma cfr., altresì, G.M. BACCARI, *Il contemperamento tra libera circolazione degli atti e diritto al contraddittorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, Cedam, 1998, 206; L. MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova per 'sentenze' e libero convincimento del giudice*, in *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, a cura di Alfredo Gaito, Padova, Cedam, 1996, 270; F. PERONI, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di acquisizione di sentenze non irrevocabili*, in *Diritto penale e processo*, 1996, 384; N. ROMBI, sub art. 238-bis, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Ipsoa, 2007, 1754 s.; R.A. RUGGIERO, *I limiti dell'art. 238-bis c.p.p., alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2004, 3170 s.; FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 110, nt. 134. In generale, sull'art. 238-bis c.p.p. v. L. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, Giappichelli, 2002.

⁽¹¹⁾ Sull'art. 238 c.p.p. v. N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, Cedam, 2003, 65 s.; A. SCELLA, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, Giappichelli, 2002, 92 s.

⁽¹²⁾ Anche la perizia si risolve spesso nella valutazione di prove; ma qui il ricorso all'altrui giudizio si giustifica per il sapere specialistico che vi è implicato. Non così per gli atti assunti in un diverso processo: se rispettano la regola del contraddittorio, possono essere direttamente acquisiti e valutati a norma dell'art. 238 c.p.p.; in caso contrario, nessuna influenza va loro riconosciuta, tanto meno per il tramite delle valutazioni espresse dal giudice dinanzi al quale sono stati assunti.

⁽¹³⁾ CORDERO, *Procedura*, cit., 801 s.: « I precedenti giudiziari servono a vari fini ma non provano niente; l'eventuale apporto viene dal materiale là raccolto, comunque

giudici restano ovviamente liberi di leggere attentamente quelle sentenze, irrevocabili o no che siano, e di sfruttarle come modello di buona argomentazione, di analisi e di decifrazione dei segni, allo stesso modo in cui può riuscire utile la lettura di un qualsiasi testo letterario, dalla narrazione storica al romanzo poliziesco o alla fiaba.

Ma un conto sono le idee, gli spunti argomentativi che può ispirare la lettura di una sentenza; altro è la pretesa di acquisirla in chiave probatoria, ossia di utilizzarla come premessa sulla quale fondare certe conclusioni in ordine ai fatti di cui si discute in un diverso processo. In sostanza, una sentenza può anche parafrasarne un'altra, a condizione che la motivazione regga sulle prove legittimamente acquisite nel singolo processo, indipendentemente dalla fonte a cui si è attinto per modellare il ragionamento decisorio.

La seconda ragione riguarda il fatto che con l'acquisizione della sentenza irrevocabile vengono, sia pure indirettamente, valorizzati gli atti probatori su cui essa si fonda, anche se raccolti al di fuori delle garanzie che, in base alla regola del contraddittorio, sono previste per la circolazione delle prove tra diversi processi. Si realizza così una sostanziale eversione dell'art. 238 c.p.p. che subordina l'utilizzazione delle prove raccolte *aliunde* a due importanti vincoli, imposti dal precetto dell'art. 111 comma 4 Cost.

Anzitutto che « si tratt[i] di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento »; di qui una precisa regola di esclusione probatoria per gli elementi raccolti unilateralmente nelle indagini preliminari; sarebbe, d'altronde, singolare che atti non utilizzabili nella fase dibattimentale del procedimento in cui hanno avuto origine (se non in presenza delle eccezioni contemplate nell'art. 111 comma 5 Cost.), lo fossero indiscriminatamente nel processo *ad quem*).

Ma questo divieto di acquisizione, pur necessario, non è suffi-

l'abbiano usato, bene o male; e bisogna pescarlo nei relativi verbali, a frammenti. Certe sentenze vengono utili come repertorio dialettico: ad esempio dove vagliano un racconto o elaborino teoremi induttivi; ma altrettanto utili sono le casistiche psico-cliniche e le detective stories intelligenti, come ne scriveva Poe. Niente da spartire col fenomeno 'prova': quest'ultima, ripetiamolo sta nei materiali *ad acta* (parole del tal testimone, una frase cavata all'imputato nell'esame, impronte digitali, segni scoperti sul cadavere dal perito settore) ».

ciente a soddisfare la regola costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova. O meglio può esserlo per gli interessi dell'accusa a cui importa solo che l'atto sia formato con la partecipazione del pubblico ministero, anche se di un diverso processo (essendo l'accusa impersonalmente esercitata in rappresentanza della collettività offesa dal reato). Sicuramente non lo è per la difesa, ai cui fini la prova può dirsi formata in contraddittorio solo in quanto vi partecipi il difensore dell'imputato contro il quale essa è utilizzata. Se ad intervenire fosse il difensore di un diverso imputato, l'utilizzazione della prova contro l'imputato del processo *ad quem* sarebbe lesiva della regola del contraddittorio: il solo uso ammissibile è quello a favore dell'imputato, che non lede né gli interessi dell'accusa (legittimamente rappresentata nella formazione della prova) né della difesa per la quale sarebbe derisorio vedersi rifiutata la valutazione di una prova a lei favorevole solo perché il contraddittorio si è svolto con un diverso difensore. Emerge qui un importante aspetto del relativismo probatorio, per effetto del quale ciò che è prova in ordine ad un determinato tema non necessariamente lo è in rapporto ad un diverso tema; e la diversità può essere tanto di tipo oggettivo — ossia legata, come nel caso di specie, al variare dell'imputato — quanto di tipo soggettivo (ad esempio i temi incidentali dei presupposti cautelari *ex artt. 273 e 274 c.p.p.* o della condotta illecita *ex art. 500 comma 4 c.p.p.* ⁽¹⁴⁾).

Si spiega così che la legge di attuazione del giusto processo abbia riformulato il comma *2-bis* dell'art. 238 c.p.p., fissando una seconda condizione, a tutela del contraddittorio nella formazione della prova: « i verbali di dichiarazioni [acquisiti da altro procedimento penale] possono essere utilizzati contro l'imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova » (salve, s'intende, le eccezioni legate alla sopravvenuta irripetibilità dell'atto o al consenso dell'imputato). A differenza della prima condizione

(14) Il relativismo probatorio è correlato alla struttura a tre termini della prova, nella quale variano le premesse e la proposizione da provare, mentre resta fisso l'atto del provare, definito dalla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, applicabile in ogni contesto in cui si profili l'esigenza di 'provare': cfr. P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA-F. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-ERZO ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2010, 342 s., 390 s.

che costituisce una regola di esclusione probatoria, la seconda si risolve in un criterio di valutazione, perché si limita a vietare l'utilizzazione delle dichiarazioni ivi menzionate (e già acquisite ai sensi del comma 1) contro l'imputato, ferma restando la possibilità della valutazione *in utilibus*.

Si comprende, a questo punto, quanto sia ingiustificata la sopravvivenza alla riforma costituzionale di una disposizione come l'art. 238-*bis* c.p.p., che rappresenta un comodo strumento per eludere le garanzie dettate dall'articolo precedente per la circolazione delle prove tra diversi processi. Non solo perché, quando la sentenza irrevocabile sia stata emanata in un rito negoziale, si basa in massima parte su atti unilateralmente formati, la cui acquisizione sarebbe vietata ai sensi del comma 1 dell'art. 238 c.p.p.; ma soprattutto perché, seppure fosse dibattimentale, ben difficilmente sarebbe fondata su atti assunti con la partecipazione del difensore dell'imputato nel processo *ad quem*, come richiede il comma 2-*bis* della medesima disposizione per il loro uso *in damnosis*. È vero che gli atti del processo definito con sentenza irrevocabile restano formalmente utilizzabili solo alle condizioni contemplate dall'art. 238 c.p.p.; ma, appunto, *solo formalmente*, perché nella sostanza esercitano il loro influsso nel processo in corso attraverso la sentenza irrevocabile che li ha utilizzati. Allo stesso modo in cui, per intenderci, se si consentisse la testimonianza indiretta della polizia giudiziaria sulle dichiarazioni raccolte in sede investigativa, queste eserciterebbero di fatto piena influenza nel dibattimento, in spregio alle regole di esclusione fissate dalla legge; e *idem*, se si consentisse la testimonianza sul contenuto delle intercettazioni di cui è vietata l'utilizzazione. In breve, quando un atto processuale è oggetto di un divieto probatorio, non è pensabile che lo si aggiri consentendo a quell'atto di rifluire nel processo, veicolato da altri atti valutabili in chiave probatoria.

Con quali argomenti la Corte costituzionale ha ritenuto di salvare la legittimità costituzionale dell'art. 238-*bis* c.p.p.? Eccoli: a) « la sentenza irrevocabile non può essere considerata un documento in senso proprio... per il fatto di contenere un insieme di valutazioni di un materiale probatorio acquisito in un diverso giudizio; tuttavia, neppure può essere equiparata alla prova orale », con la conseguenza « che, in relazione alla specifica natura della sentenza irrevocabile,

il principio del contraddittorio trova il suo naturale momento di esplicazione non nell'atto di acquisizione... ma in quello successivo della valutazione e utilizzazione»; *b*) essendo scomparsa la pregiudiziale penale, il giudice del processo *ad quem* non è vincolato agli accertamenti contenuti nella sentenza irrevocabile, rispetto ai quali la difesa è libera di svolgere ogni critica ritenuta pertinente; *c*) in virtù del rinvio all'art. 192 comma 3 c.p.p. la sentenza irrevocabile è valutata unitamente « agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità ».

Sul primo argomento non si può che ripetere quanto detto. La sentenza non è un documento né una prova, bensì un atto processuale che valuta le prove. Solo in rapporto a queste ultime si pone il problema del loro ingresso in un diverso processo; ingresso che ai sensi dell'art. 238 c.p.p. — e a livello costituzionale dell'art. 111 comma 4 Cost. — in tanto è legittimo in quanto sia rispettata la regola del contraddittorio, ossia alle dichiarazioni acquisite abbia partecipato la difesa dell'imputato nei cui confronti sono utilizzate. Gli altri argomenti sono in sé ineccepibili, ma del tutto irrilevanti rispetto al quesito di legittimità costituzionale. Nessun dubbio che l'art. 238-*bis* c.p.p., lungi dal ripristinare una pregiudiziale, lasci piena libertà di convincimento al giudice del processo *ad quem*, ma ciò di cui discute è la lesione del contraddittorio che deriva dall'acquisizione della sentenza pronunciata in altro processo e dalla sua valutazione in chiave probatoria. Altrettanto dicasi per i riscontri che, seppure introducono una garanzia, — a nostro avviso, più apparente che reale — non rimediano in alcun modo alla lesione denunciata. Quanto alle critiche indirizzabili dalla difesa agli accertamenti contenuti nella sentenza, non sono espressione del contraddittorio nella formazione della prova, di cui parla l'art. 111 comma 4 Cost., ma del contraddittorio su prove già formate, come quello che si praticava sotto il codice abrogato e, vigente il nuovo, durante la parentesi segnata dalla svolta inquisitoria.

6. *Irrelevanza erga alios delle dichiarazioni del coimputato: la sentenza costituzionale sull'art. 503 c.p.p.*

Il messaggio a base della sentenza che ha affermato la legittimità costituzionale dell'art. 238-*bis* c.p.p. non è, dunque, molto dissimile

da quello delle sentenze della svolta inquisitoria. Con una differenza, tuttavia. Le pronunce antecedenti alla riforma dell'art. 111 Cost. potevano esibire apertamente un concetto riduttivo di contraddittorio, invocare il fine ineludibile di ricerca della verità che altrimenti sarebbe stato a rischio, pretendere in nome del libero convincimento la valutazione in chiave probatoria di ogni elemento raccolto nelle indagini preliminari. Dovendo tenere conto del mutato quadro costituzionale, la sentenza sull'art. 238-*bis* c.p.p. non può riproporre *in toto* simili discorsi, ma è costretta ad esprimersi in forma più sfumata, frammista a digressioni storico-giurisprudenziali e richiami a temi generali; con il risultato che, quanto a chiarezza e rigore argomentativo, ai toni sommessi e ai chiaroscuri concettuali di questa sentenza quasi appariva preferibile l'incedere deciso e magistrale delle sentenze del 1992, il loro schietto furore inquisitorio.

C'è da augurarsi che la pronuncia sull'art. 238-*bis* c.p.p. rimanga un precedente isolato nell'interpretazione delle regole sul giusto processo. E lo lascia sperare una successiva sentenza della stessa Corte costituzionale sull'art. 503 c.p.p. ⁽¹⁵⁾, che si pone in perfetta sintonia con l'indirizzo seguito all'indomani della riforma dell'art. 111 Cost. Con una serie di ammirevoli decisioni, culminate nell'ordinanza n. 293 del 2002, la Corte aveva affermato che « la prima parte del quarto comma dell'articolo 111 Cost., con il quale il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio... esprime una generale regola di esclusione probatoria... in base alla quale nessuna dichiarazione raccolta unilateralmente durante le indagini può essere utilizzata come prova del fatto in essa affermato, se non nei casi, eccezionali, contemplati dal comma successivo, di consenso dell'imputato, di accertata impossibilità di natura oggettiva di formazione della prova in contraddittorio, di provata condotta illecita ». Veniva così riconosciuta piena legittimità costituzionale alle disposizioni introdotte dalla legge sul giusto processo e, in particolare, agli artt. 195 e 500 c.p.p., relativi rispettivamente al divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e alle contestazioni valutabili solo per il controllo sulla credibilità del testimone.

(15) Sentenza n. 197 del 2009.

La medesima legge aveva, peraltro, lasciato immutato il quinto comma dell'art. 503 c.p.p., secondo cui nell'esame delle parti private « le dichiarazioni alle quali il difensore aveva diritto di assistere assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero sono acquisite al fascicolo dibattimentale » e, conseguentemente, assumono valore probatorio, « se sono state utilizzate per le contestazioni previste dal comma 3 »; disciplina estesa dal comma successivo anche alle « dichiarazioni rese a norma degli articoli 294, 299 comma 3-ter, 391 e 422 ».

Nulla da ridire, quanto a rispetto del contraddittorio, per l'utilizzabilità di queste dichiarazioni nei confronti dell'imputato che le aveva rilasciate, stante il diritto di assistenza del proprio difensore. Ma non così per l'utilizzabilità verso i coimputati, ai cui difensori non spettava analogo diritto di assistenza; nei riguardi di costoro il riconoscimento di valore probatorio alle dichiarazioni acquisite al fascicolo per il dibattimento si sarebbe tradotto in una palese violazione della regola del contraddittorio nella formazione della prova, essendo rimasta estranea alla loro raccolta la difesa del coimputato.

Di qui l'ordinanza del tribunale di Siracusa che eccepisce l'illegittimità costituzionale dell'art. 503 comma 5 c.p.p., nella parte in cui non prevede che « le dichiarazioni alle quali il difensore aveva diritto di assistere assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero », impiegate per le contestazioni all'imputato nel corso dell'esame ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, « non possono essere utilizzate nei confronti di altri senza il loro consenso, salvo che ricorrano i presupposti di cui all'art. 500 comma 4, cod. proc. pen. » (e analoga eccezione veniva, naturalmente, estesa al comma 6).

Con un'impeccabile interpretativa di rigetto la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità, sul presupposto che « l'interpretazione della disciplina censurata offerta dal giudice *a quo* non può... essere ritenuta adeguata all'attuale quadro normativo ». Quindi, non già perché le precedenti dichiarazioni rese dall'imputato prima del giudizio e utilizzate per le contestazioni, assumano — una volta acquisite al fascicolo per il dibattimento — piena efficacia probatoria anche nei riguardi dei coimputati; ma, al contrario, perché una lettura costituzionalmente orientata dell'art.

503 commi 5 e 6 c.p.p. esige che quelle dichiarazioni possano « essere utilizzate, per quel che concerne la responsabilità dei coimputati, ai soli fini di valutare la credibilità del dichiarante, salvo che gli stessi coimputati prestino consenso all'utilizzazione piena ovvero ricorrano le circostanze indicate dall'art. 500 comma 4 ». Si riafferma così il fondamentale principio, implicito nella regola dell'art. 111 comma 4 Cost., per cui una prova in tanto può dirsi formata in contraddittorio in quanto alla sua assunzione abbia partecipato la difesa non di un qualsiasi imputato, ma di quello nei cui confronti l'atto è utilizzato ⁽¹⁶⁾.

7. *Regole di valutazione della prova e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.*

Chiamata a pronunciarsi in ordine a condanne basate su dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio e divenute irripetibili, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto violato l'art. 6 § 3 lett. *d* Cedu, sul presupposto che fosse illegittimo fondare la condanna in modo esclusivo o determinante su tali dichiarazioni ⁽¹⁷⁾.

Il principio è nel complesso condivisibile, anche se il richiamo allo sfuggente concetto di prova 'determinante' lo rende, come vedremo, alquanto vago nei contorni. In ogni caso non si pone, a nostro avviso, alcun problema di compatibilità del nostro sistema processuale con la normativa convenzionale. Né l'uno né l'altra dettano criteri di valutazione per le dichiarazioni divenute irripetibili (usiamo qui l'espressione in senso lato, comprensiva della condotta illecita dove l'irripetibilità è di tipo funzionale). La differenza è che la Costituzione e il codice di rito consentono espressamente l'uso in chiave probatoria delle dichiarazioni irripetibili, mentre la Convenzione europea tace sul punto, limitandosi a stabilire il diritto della

⁽¹⁶⁾ A differenza di quanto accade sul versante dall'accusa, per le cui esigenze è sufficiente che all'atto abbia partecipato qualsiasi pubblico ministero legittimato.

⁽¹⁷⁾ Corte eur. 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, in *Cass. pen.*, 2006, 689 s.; 19 ottobre 2006, Majadallach c. Italia, *ivi*, 2007, 1344 s.: 8 febbraio, Kolcaku c. Italia, *ivi*, 2007, 3092 s. con nota di A. BALSAMO, *Ancora su contumacia e dichiarazioni predibattimentali*.

Sulla giurisprudenza della Corte europea in materia probatoria, G. UBERTIS, *Principi di procedura penale. Le regole del giusto processo*, Milano, Raffaello Cortina, 2000, 57 s.

difesa all'esame dei testi a carico (*id est*, al controesame). Un silenzio che, tuttavia, di per sé non è significativo, perché nella Convenzione non figura la regola del contraddittorio nella formazione della prova; e, di conseguenza, non avrebbe avuto senso prevedere le eccezioni. Beninteso, si può ragionevolmente ritenere implicita la regola, ma altrettanto vale per le eccezioni; nulla vieta, infatti, all'interprete di esprimere la regola in termini tali da consentire l'uso probatorio delle dichiarazioni irripetibili.

Resta da accertare se e in che limiti tale uso sia compatibile con il diritto al controesame fissato dal menzionato art. 6 lett. *d* (e ripreso dall'art. 111 comma 3 Cost.). Di qui un'alternativa nell'interpretazione della garanzia convenzionale. O si concepisce il diritto al controesame come assoluto, insuscettibile di deroga, con la conseguenza che le dichiarazioni raccolte fuori dal contraddittorio, anche se divenute irripetibili, dovrebbero essere radicalmente bandite, restare del tutto irrilevanti ai fini del giudizio. O lo si concepisce come un diritto relativo, destinato a cedere quando il controesame sia impossibile per motivi di natura oggettiva; nel qual caso si apre la via all'uso probatorio delle dichiarazioni irripetibili.

La Corte di Strasburgo evidentemente propende per la seconda soluzione perché, lungi dal sostenere l'irrelevanza di queste dichiarazioni, si limita ad attenuarne il valore probatorio, negando che la condanna possa fondarsi in modo esclusivo o determinante su quelle fonti probatorie, evidentemente ritenute piuttosto fragili ⁽¹⁸⁾. Nella

(18) Per converso, secondo la Corte di Strasburgo, quando l'accusato abbia avuto la possibilità di controesaminare i testi a carico, non costituisce violazione delle regole convenzionali l'eventuale utilizzazione in chiave probatoria delle precedenti dichiarazioni, raccolte dagli organi inquirenti e contestate al testimone (Corte e.d.u. 16 marzo 2000, Camilleri c. Malta, in *Cass. pen.*, 2002, 1815 s.). L'assunto è, in realtà, assai poco convincente, perché dal diritto al controesame si potrebbe ragionevolmente dedurre l'irrelevanza probatoria di quanto dichiarato nel precedente contesto segreto. Ma anche a ritenere fondata l'interpretazione della Corte — che evidentemente si è attenuta ad una lettura alquanto riduttiva delle norme convenzionali al fine di salvaguardare, sin dove possibile, l'autonomia dei singoli stati nella disciplina del processo — non va dimenticato che le disposizioni della Convenzione, come quelle della Costituzione, definiscono lo *standard* minimo e non massimo delle garanzie da riconoscere all'imputato. La circostanza che sul terreno del contraddittorio le garanzie contemplate nella Costituzione e nella legge ordinaria superino, siano "oltre" il livello definito dalla Convenzione, non significa che siano "contro" e, quindi, non autorizza ad ipotizzare un contrasto tra i

sostanza, la Corte sostituisce alla rigida regola di esclusione probatoria, che deriverebbe dal ritenere ‘assoluto’ il diritto al controesame, un flessibile criterio di valutazione, compatibile col carattere ‘relativo’ del medesimo diritto; una regola prudenziale sul genere di quelle codificate nell’art. 192 c.p.p. La conclusione è del tutto ragionevole, ma non discende né dal diritto al controesame — davanti al quale il dilemma è netto (le dichiarazioni irripetibili o costituiscono prova o valgono zero) — né da altro precetto della Convenzione, nella quale, come si notava, non figurano criteri di valutazione della prova. Dipende, semmai, dalla regola empirica — implicita nella Cedu come nella nostra Costituzione — che vuole provata oltre ogni ragionevole dubbio la colpevolezza dell’imputato.

Se così è, non si vede perché la stessa conclusione non possa anche valere all’interno del nostro sistema codicistico dove il canone della colpevolezza « al di là di ogni ragionevole dubbio » è stato ufficialmente consacrato nell’art. 533 comma 1 c.p.p. Poco importa a questo punto che l’art. 192 c.p.p. non estenda il criterio di valutazione delle chiamate in correità anche alle dichiarazioni irripetibili ⁽¹⁹⁾ o non detti per queste ultime una specifica regola di

diversi testi: sulla piena compatibilità dell’irrelevanza probatoria delle “contestazioni” stabilita dall’art. 500 con le norme della Convenzione, P. FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Archivio penale*, 2008, n. 3, p. 9 s.; R. GAMBINI, *Armonizzazione dei diritti nazionali nel segno della giurisprudenza europea*, in *Diritto penale e processo*, 2009, 1169 s.; e, ora, G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 373 s.; nel senso invece di un sostanziale disarmonia tra le due fonti normative, v. R.E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2008, 8 s.; A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *Principio del contraddittorio utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea*, cit., 347 s.; E. SELVAGGI, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea*, cit., 373 s.

⁽¹⁹⁾ Anche perché se si dovesse menzionare nell’art. 192 c.p.p. ogni dichiarazione degna di riscontri, l’elenco si allungherebbe a dismisura: non solo le dichiarazioni irripetibili, ma anche quelle dei fanciulli, dei testimoni indiretti, dell’offeso dal reato, degli psicolabili, ecc.; e per converso ne uscirebbe sacralizzato il valore delle dichiarazioni non incluse nell’elenco. La realtà è che ogni prova merita riscontri e va attentamente valutata nel contesto. Nel processo, come nella scienza, l’unità minima di rilevanza empirica è l’intero quadro probatorio.

giudizio. Non v'è alcuna necessità né di un intervento del legislatore che appesantisca di nuovi commi il già sovrabbondante testo dell'art. 192 c.p.p. né tanto meno di una sentenza additiva della Corte costituzionale che escluda la possibilità di una condanna fondata in modo esclusivo o determinante su dichiarazioni irripetibili assunte fuori del contraddittorio.

Come si accennava, il criterio espresso dalla Corte europea, perfettamente condivisibile come regola empirica di buona argomentazione, mal si presta ad essere tradotto in formule legale, specie sotto il profilo della prova 'determinante'. Mentre il concetto di modo esclusivo è chiaro, quello di 'determinante' è alquanto opaco. Infatti o la colpevolezza è già provata, indipendentemente dalla dichiarazione irripetibile, e allora quest'ultima, più che 'non determinante', risulta superflua (o, se si preferisce, rilevante *ad abundantiam*). O non lo sarebbe in assenza della medesima dichiarazione, e allora questa appare 'determinante', al pari di ogni altra prova che abbia in qualche modo influito sulla decisione. In linea teorica ogni prova, che non sia superflua o sovrabbondante, è 'determinante', nel senso che concorre a fondare, quindi a 'determinare' la condanna (se, in sua assenza, l'esito non mutasse, sarebbe sovrabbondante); ma evidentemente non è questa la nozione seguita dalla Corte europea che, altrimenti, si sarebbe spinta a vietare radicalmente l'uso *contra reum* di ogni dichiarazione irripetibile. Né convince la tesi secondo cui prove 'non determinanti' sarebbero quelle che si limitano a corroborare altre prove (i c.d. riscontri) ⁽²⁰⁾. A prescindere dalla circostanza che la distinzione è agevolmente aggirabile nella prassi, invertendo i termini del rapporto di corroborazione (dove *x* corrobora *y*, non è difficile sostenere che sia *y* a corroborare *x*),

⁽²⁰⁾ Ad esempio, UBERTIS, *La Corte di Strasburgo*, cit., 375, secondo cui la dichiarazione unilaterale può al massimo « essere impiegata per la valutazione di un altro dato conoscitivo già di per sé pienamente fruibile dal giudice ». Improprio è, comunque, il parallelo tracciato con la disciplina delle contestazioni, sul presupposto che le dichiarazioni irripetibili siano utilizzabili « analogicamente a quanto contemplato dall'art. 500, comma 2 c.p.p. » (*ibidem*). Mentre la Corte europea si è limitata a fissare un criterio di valutazione delle dichiarazioni irripetibili, l'art. 500 c.p.p. stabilisce una vera e propria regola di esclusione probatoria, la cui matrice sta nella prima parte dell'art. 111 comma 4 Cost., come più volte riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale.

anche l'ultimo dei riscontri, in quanto necessario, è 'determinante'. Ma, soprattutto, è la Corte stessa a smentire questa prospettiva, quando afferma, in una delle sue pronunce, che le dichiarazioni irripetibili valutate dal giudice di merito non risultavano « corroborate da altre prove a carico prodotte nel corso di un dibattimento pubblico e in contraddittorio »⁽²¹⁾; e lascia così intendere che, se 'corroborata' da prove formate in contraddittorio, anche la dichiarazione irripetibile possa concorrere a giustificare la condanna.

A cosa voleva, dunque, alludere la Corte con l'espressione 'determinante'? Difficile dirlo anche perché nei casi esaminati la condanna si fondava esclusivamente su dichiarazioni irripetibili. La risposta più probabile — e meno impertinente di un lapidario: 'a niente' — è che alludesse ad una categoria *fuzzy*, quantitativamente connotata dal 'peso' della singola prova nell'economia della decisione: prova 'determinante' è quella che influito in misura preminente — con tutta la vaghezza insita nell'espressione — sulla condanna, quella intorno a cui ruota il discorso giustificativo della condanna. È chiaro che, così inteso, il carattere di prova 'determinante' può essere verificato solo in concreto e con notevoli margini di discrezionalità da parte del giudice chiamato a accertarlo; ma questa 'flessibilità' è per l'appunto la caratteristica di ogni buon criterio di valutazione, a differenza delle regole di esclusione probatoria che devono essere rigide e taglienti.

Ora, mentre all'interno del nostro sistema, non esiste alcuna norma che autorizzi condanne fondate in modo esclusivo o determinante su testimonianze irripetibili — l'art. 512 c.p.p. si limita ad autorizzarne l'uso in chiave probatoria, senza prestabilirne il valore — v'è ne una che di fatto lo vieta ed è la menzionata regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, perfettamente in grado, proprio per la presenza del flessibile aggettivo 'ragionevole', di assorbire il criterio di valutazione enunciato dalla Corte⁽²²⁾. Pare evidente, infatti, che

(21) Corte eur. 19 ottobre 2006, Majadallach c. Italia, *cit.*

(22) Così come, a ben vedere, essa finisce per rendere superflue le malriuscite regole dell'art. 192 c.p.p. È pressoché impossibile immaginare una condanna pronunciata in violazione delle regole contenute nell'art. 192 c.p.p., che non costituisca anche una violazione dell'oltre ogni ragionevole dubbio; mentre è possibile che il rispetto di quei canoni non risulti sufficiente a garantire l'oltre ogni ragionevole dubbio.

le dichiarazioni divenute irripetibili vedano ridursi al minimo il loro valore quando siano rese da coimputati, minori, testimoni indiretti o, caso limite, da persona defunta dopo essersi rifiutata di rispondere nel giudizio di primo grado. Per converso, non va a priori escluso che in situazioni particolari possano assumere un consistente, se non determinante, valore probatorio (si pensi al teste di assoluta affidabilità, eliminato dalla criminalità organizzata proprio per sopprimere una fonte di prova).

La prospettiva qui sostenuta ben si accorda al tipo di controllo svolto dalla Corte europea, che non giudica sulla conformità delle norme processuali alla Convenzione, ma sull'equità del singolo processo sottoposto al suo esame. Nella fattispecie, essa non ha affermato che gli artt. 192 e 512 c.p.p. fossero in contrasto con l'art. 6 § 3 lett. *d* Cedu; si è limitata ad accertare la violazione di questa direttiva in determinati processi, dove la condanna era fondata esclusivamente su dichiarazioni irripetibili, assunte fuori del contraddittorio; e a tale conclusione è giunta tenendo conto dello specifico contesto probatorio. In funzione di questo ha probabilmente ritenuto non del tutto attendibili i dichiaranti; dubitiamo che la decisione sarebbe stata la medesima, se a fornire la prova fosse stato un paladino dell'antimafia, proditoriamente ucciso dopo le informazioni rese al pubblico ministero.

Naturalmente, se la violazione della Convenzione registrata nel caso concreto dipendesse dall'imperfezione della legge applicata, vi sarebbe l'esigenza di una riforma. Ma, come si accennava, non è l'ipotesi che ci riguarda, perché la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio permette di considerare la disciplina del nostro processo perfettamente in linea con l'insegnamento della Corte europea. Quel preteso *surplus* di garanzie, che si otterrebbe subordinando espressamente la valutazione delle dichiarazioni irripetibili alla circostanza che non fossero esclusive o determinanti ai fini della condanna, è più apparente che reale.

8. *Le 'interpretazioni' della Corte europea.*

Ma quale efficacia va oggi riconosciuta alla Convenzione europea nel nostro ordinamento? Come noto, il problema è stato affron-

tato e risolto dalla Corte costituzionale che con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 ha fissato i seguenti punti:

i) la normativa della Convenzione europea, pur non essendo assimilabile a quella della Costituzione, assume un rilievo costituzionale in forza dell'art. 117 comma 1 Cost., con la conseguenza che il rimedio giurisdizionale per i contrasti tra leggi interne e Convenzione europea non è la disapplicazione della legge da parte dei giudici ordinari, bensì il giudizio di legittimità della Corte costituzionale;

ii) « al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile [...] egli deve investire [la] Corte [costituzionale] della relativa questione di legittimità » (23);

iii) lo scrutinio di legittimità costituzionale chiesto alla Corte « deve essere condotto in modo da verificare: *a)* se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della Cedu, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, comma 1 Cost.; *b)* se le norme della Cedu invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano » (24).

In breve, quando il giudice comune verifichi l'impossibilità di conciliare, in via interpretativa, la legge interna con la Convenzione europea, non può disapplicare la prima, ma deve sollevare la questione di legittimità. La Corte costituzionale dichiarerà illegittima la disposizione di legge ordinaria se ne accerta l'effettivo ed insanabile contrasto con le norme convenzionali, come interpretate dalla Corte europea, a meno che siano queste ultime a trovarsi in conflitto con la nostra Costituzione (25). Bene ha fatto la Consulta a riservarsi il

(23) Sent. n. 349 del 2007.

(24) Sent. n. 348 del 2007.

(25) Sulla svolta giurisprudenziale impressa dalle sentenze costituzionali nn. 348 e 349 del 2007, M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo*

giudizio sulla compatibilità delle norme sovranazionali rispetto alla Costituzione; altrimenti si sarebbe giunti al paradosso di dichiarare illegittima, per contrasto con la Convenzione, una disposizione di legge ordinaria non solo compatibile con la Costituzione, ma addirittura da essa imposta.

Del tutto inaccettabile, invece, il sistematico richiamo alle disposizioni della Cedu, come *interpretate dalla Corte europea*. Senza dubbio esse vivono nell'interpretazione che ne dà la Corte europea, come giudice chiamato ad accertare le violazioni della Convenzione nei singoli processi, una volta esaurite le vie di ricorso interne. Ma la forza vincolante di quanto asserito nelle sue sentenze non dovrebbe superare il limite segnato dalla singola controversia. A differenza della Corte costituzionale, la Corte europea non è giudice delle leggi; si limita ad accertare se in un determinato processo vi sia stata o no violazione della normativa convenzionale e solo in quel contesto decisorio i suoi assunti sono costrittivi. Naturalmente, le interpretazioni della Corte rappresentano autorevolissimi precedenti, sulla cui base si può facilmente pronosticare la sorte di analoghi casi; e tocca allo Stato interessato prendere ogni misura necessaria ad evitare nuove condanne, inclusa la revisione della legge da cui fosse derivata la violazione della Convenzione.

Ma in sé quelle interpretazioni — che potrebbero anche essere erranee o comunque suscettibili di ripensamento in futuro — non dovrebbero costituire vincolo giuridico né per la Corte costituzionale né per i giudici ordinari, se non in rapporto alla specifica controversia decisa. La lettura della Convenzione svolta dai giudici europei è inevitabilmente funzionale alle peculiarità della fattispecie, in un gioco di reciproco condizionamento tra caso e legge; ed è estremamente rischioso proiettarla fuori dal contesto, convertendola di fatto in una formula legislativa (tale l'esito del richiamo alla Cedu come interpretata dalla Corte europea). Nelle decisioni della Corte europea, come di ogni altro giudice, vincolante è solo il *dictum*, il comando contenuto nel dispositivo, che accerta la violazione della Convenzione nel singolo processo; è questo l'oggetto del giudizio,

penale italiano, Torino, Giappichelli, 2008, p. 46 s. Con particolare riguardo al possibile contrasto delle regole di esclusione probatoria con la Convenzione europea, M. DANIELE, *Regole di esclusione della prova e giurisprudenza della Corte europea*, *ivi*, p. 383 s.

non l'interpretazione delle norme convenzionali che affiora dalla motivazione in forma spesso implicita o vaga nei contorni.

Assumere come vincolante l'interpretazione delle disposizioni convenzionali in un ambito diverso da quello relativo alla controversia decisa è, a nostro avviso, una grave forzatura dei principi generali in tema di legge, giurisdizione e giudicato. La Convenzione va interpretata dai nostri giudici, inclusi quelli costituzionali, per ciò che dice e non per la lettura che in rapporto a singoli processi ne abbia dato la Corte europea; grande attenzione per le decisioni di quest'ultima, auspicabile convergenza interpretativa, ma nessun vincolo giuridico. Nell'interpretare la Convenzione europea, Corte costituzionale e giudici comuni non devono avere altri limiti che il testo della legge e la ragionevolezza. Nessun dubbio che assumano massima importanza gli orientamenti della Corte europea, anche perché sarà questa ad avere l'ultima parola; ma non c'è motivo per negare che, qualora appaiano erronei o comunque censurabili, il giudice se ne possa affrancare motivando il suo diverso convincimento. Il parametro sulla cui base si valuta la correttezza dell'atto interpretativo è quello della ragione e non della conformità all'indirizzo di un organo di vertice ⁽²⁶⁾.

Riconoscere carattere vincolante alle interpretazioni della Corte di Strasburgo equivale a dire che qualunque contenuto i giudici europei ascrivano alla Convenzione, foss'anche il più eversivo, quel contenuto è legge. Fenomeno ben diverso e assai più rigido rispetto a quello del 'precedente vincolante' o dello *stare decisis*, che, peraltro, è estraneo al nostro sistema giuridico; il precedente vincolante, infatti, postula casi identici o analoghi, al di fuori dei quali il vincolo non vale, con la conseguenza che il giudice può sempre sottrarsi al vincolo, invocando elementi peculiari della fattispecie che la rendono diversa da quella già decisa ⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ Saggiamente l'*Human Rights Act 1998* si guarda bene dal riconoscere carattere vincolante alle interpretazioni della Corte di Strasburgo, limitandosi a stabilire che « A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any — (a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights, [...] ».

⁽²⁷⁾ S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 125 s.

Qui invece il vincolo riguarda non il ‘caso’, ma il significato, il senso della disposizione convenzionale qualunque sia la fattispecie a cui è applicata. Di fatto, il testo legislativo diventa irrilevante; alla Consulta e ai giudici comuni non resta che interpretare le ‘interpretazioni’ della Corte europea. Si abbatte così la frontiera tra la legge e la sua interpretazione, tra potere legislativo e giurisdizionale; e lo stesso contraddittorio rischia di vanificarsi, perché il diritto delle parti di interloquire e argomentare su ogni questione di diritto si riduce sensibilmente se il giudice del loro processo è comunque vincolato all’interpretazione altrove formalizzata dalla Corte europea. Alla supremazia della Convenzione europea subentra la supremazia dei giudici europei, esito non altrettanto democratico che ricorda la logica del *quia nominor leo*. La Convenzione europea è... l’interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo. Sarà una buona interpretazione, migliore forse della stessa Convenzione; ma, come nella monarchia assoluta, la legge si eclissa e le garanzie si riassumono nella bontà del sovrano.

Perché la Corte costituzionale ha ritenuto di consegnare alla Corte di Strasburgo il monopolio interpretativo delle norme convenzionali, imponendo ai giudici ordinari e a se stessa un vincolo che, senza trovare alcun riscontro nella legge, appare in pieno contrasto col precetto dell’art. 101 comma 2 Cost.? Forse, come in una sorta di negoziazione, dopo aver rivendicato il primato della Costituzione sulla Convenzione europea, ha voluto controbilanciarlo con una concessione che le è sembrata doverosa. Ma è un grave errore, a cui è auspicabile che presto o tardi voglia rimediare, quanto meno attenuando la rigidità del suo originario assunto: ogni giudice, nell’interpretare le disposizioni della Convenzione, deve attenersi agli indirizzi della Corte di Strasburgo, a meno che non indichi, con specifica motivazione, le ragioni per una diversa e più corretta lettura delle normativa convenzionale.

9. *Stravaganze concettuali: l’autorità di cosa giudicata interpretata.*

La critica al monopolio interpretativo della Corte europea (28)

(28) Già espressa da chi scrive in *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Archivio penale*, 2008, n. 3, p. 9 s.

ha incontrato il dissenso di un'autorevole dottrina ⁽²⁹⁾. Si è affermato che essa « elude l'osservazione [Corte cost. n. 348 del 2007] secondo cui costituisce una peculiarità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo il riconoscimento che la sua "definitiva uniformità di applicazione" è tutelata proprio dalla Corte europea cui spetta la parola ultima e la cui competenza "si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste" dalla medesima, ai sensi dell'art. 32, comma 1, Conv. eur. dir. uomo, nel testo risultante dopo la sua sostituzione operata con il Prot. n. 11 Conv. eur. dir. uomo. Dallo stesso testo convenzionale emergerebbe cioè quel fenomeno per la cui delineazione la dottrina internazionalistica belga utilizza la nozione di *valore o autorità di cosa giudicata interpretata*, così volendo appunto indicare l'estensione dell'effetto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo oltre i confini dello Stato cui volta a volta sono direttamente riferite ». Non si deve dimenticare — si è aggiunto — « l'evoluzione che il sistema di protezione dei diritti umani ha avuto con sempre maggiore evidenza dopo l'entrata in vigore del citato Protocollo, che ha contemporaneamente soppresso la Commissione europea dei diritti dell'uomo e sottratto al Comitato dei ministri il compito di accertare le violazioni del trattato quando non fosse intervenuta la Corte europea »; e « nemmeno va ignorato che l'efficacia generale delle pronunce della Corte di Strasburgo viene sancita pure all'interno dell'Unione europea », e segnatamente dalle *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in cui « viene chiarito che significato e portata dei diritti riconosciuti dalla Convenzione di Roma del 4 novembre 1950 e dai suoi protocolli "sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo"; con ciò ribadendo quanto già sancito nel Preambolo della Carta, laddove si riaffermano i diritti derivanti, tra l'altro, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, "nonché dalla giurisprudenza... della Corte europea dei diritti dell'uomo" ».

⁽²⁹⁾ G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Diritto penale e processo*, 2010, p. 372.

Obiezioni assai discutibili. Quanto ai rilievi della Corte costituzionale, non vedo alcuna 'elusione', dato che la critica s'indirizza proprio alle sentenze nn. 348 e 349 del 2007; e sono, semmai, proprio queste ultime ad 'eludere' il principio di soggezione del giudice alla sola legge. In ogni caso, è ben vero che la « definitiva uniformità di applicazione » della Convenzione europea sia tutelata dalla Corte di Strasburgo « cui spetta la parola ultima »; ma l'assunto vale né più né meno quanto quello contenuto nell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, dove si precisa che « la Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge ». Le interpretazioni della Cassazione sono autorevolissimi precedenti che ogni buon giudice tiene nel debito conto; e, nondimeno, non hanno alcuna efficacia giuridica vincolante (s'intende, fuori dall'ambito del giudizio di rinvio). Persino le sentenze della Corte costituzionale, interprete e garante della Costituzione, vincolano *solo* nella parte in cui dichiarano l'illegittimità delle singole disposizioni di legge; ma l'interpretazione della disposizione costituzionale, che traspare dalla motivazione della sentenza, non è giuridicamente vincolante.

Quanto all'autorità di 'cosa giudicata interpretata', è facile replicare — con tutto il rispetto per la citata dottrina belga — che tale autorità si esplica, per l'appunto, nell'ambito della 'cosa giudicata', ossia della controversia decisa. Oggetto di giudizio e, quindi, di giudicato è la violazione o no delle regole convenzionali in un determinato processo, non la loro interpretazione, che si ricava più o meno esplicitamente solo dalla motivazione. L'idea di estendere il giudicato anche all'interpretazione della legge, proiettandola fuori dal contesto in cui si è svolta, non ha alcun fondamento giuridico; né si può pensare di naturalizzarla con l'inusitata categoria del 'giudicato interpretato' o con altre fumisterie verbali.

Analogo discorso vale per l'evoluzione del sistema di protezione dei diritti umani, per il *Preambolo* della Carta e per le *Spiegazioni* (che, peraltro, non costituiscono legge). Negare valore vincolante alle interpretazioni contenute nella motivazione dei provvedimenti della Corte europea, riconoscere al giudice investito di *altra* controversia il potere di giustificare la sua diversa interpretazione delle norme convenzionali, pur sapendo che, esauriti i ricorsi interni, l'ultima parola spetterà ancora alla stessa Corte, non equivale affatto

a frenare il progresso dei diritti umani, a sminuire il ruolo della Corte o ad autorizzare i giudici nazionali a disinteressarsi della giurisprudenza europea; è, semmai, la tesi qui criticata che può ostacolare l'evoluzione della giurisprudenza verso una più avanzata tutela delle garanzie convenzionali, cristallizzando in *dicta* vincolanti le interpretazioni della Corte.

Ma, a prescindere dai giudizi di valore sull'una o sull'altra prospettiva, qui preme soprattutto ribadire l'esigenza di non confondere l'attività legislativa con quella giurisdizionale, la legge con l'interpretazione che ne danno i giudici. La Convenzione, in quanto legge, afferma i diritti in termini generali e astratti; la Corte europea li concretizza in rapporto ai singoli processi di cui è investita, oltre i quali la legge è interpretata da ogni giudice tenuto ad applicarla, senza altri vincoli che la fedeltà alla gerarchia delle fonti. Che i giudici debbano tenere nel massimo conto gli indirizzi interpretativi di Strasburgo è fuori discussione. Che siano ad essi rigidamente vincolati in ogni futura controversia, senza alcuna possibilità di seguire, con adeguata motivazione, una diversa e, in ipotesi, più fondata lettura delle norme convenzionali, non è scritto in alcuna legge né nazionale né sovranazionale ⁽³⁰⁾. E, seppure lo fosse, non per questo la scelta di stravolgere il ruolo della Corte, convertendola di fatto in organo legislativo, sarebbe meno grave. Spiace che ad

⁽³⁰⁾ In un recente dibattito qualcuno ha difeso la prospettiva qui criticata, osservando che la Convenzione europea non è una legge ma un trattato. Discorso inconsistente che non giustifica minimamente il monopolio interpretativo di Strasburgo. Anzitutto, perché, quale che sia il valore della Convenzione, le pronunce degli organi giurisdizionali vincolano solo in rapporto a ciò che accertano; nel nostro caso oggetto di accertamento, di *fiat* da parte dei giudici europei non è l'interpretazione della Convenzione, ma il fatto che un singolo processo si sia svolto in violazione delle regole convenzionali. In secondo luogo, perché la possibilità di assimilare la Convenzione ad una legge dipende dal livello del discorso; nel quadro del tema in esame, che attiene alla soggezione del giudice alla sola legge e alla separazione dei poteri, la Convenzione europea, resa esecutiva con l. 4 agosto 1955 n. 848, può tranquillamente equipararsi ad una legge; per il giudice tenuto ad interpretare le disposizioni ordinarie alla stregua della Convenzione, quest'ultima opera come legge, anche se di rango superiore a quella ordinaria. Nessuno sosterebbe che, agli effetti degli artt. 101 comma 2 Cost. (« I giudici sono soggetti soltanto alla legge ») e 111 comma 1 Cost. (il processo è « regolato dalla legge »), la Convenzione europea non sia assimilabile alla legge. La realtà è che questioni come quelle qui discusse non possono essere risolte in chiave puramente onomastica.

ipotizzare questo vincolo arbitrario sia stata proprio la Corte costituzionale; ma, come qui si è ribadito, è un'opinione espressa in motivazione, priva di qualsiasi effetto vincolante.

10. *Un salutare ripensamento.*

Fortunatamente nelle più recenti pronunce della Corte costituzionale si nota un significativo ripensamento. Alludo in particolare alla sentenza n. 236 del 2011 dove, per un verso la Corte riafferma « di non poter sindacare l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo: le norme della Cedu devono, quindi, essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo »; ma, per altro verso, rivendica il potere « di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi ». Chi leggesse queste frasi senza conoscere la 'storia' delle precedenti decisioni (sentenze nn. 348 e 349 del 2007), sarebbe sicuramente indotto a chiedersi perché la Corte costituzionale abbia svolto un discorso così contraddittorio: se l'interpretazione dei giudici di Strasburgo è davvero vincolante e le disposizioni della Convenzione vanno applicate nel significato loro attribuito dalla Corte europea, nessun margine di apprezzamento e di adeguamento può essere concesso ad altri giudici. E sarebbe maliziosamente tentato di concludere che persino nella logica c'è da essere pessimisti.

In realtà, conoscendo i precedenti, il quadro si chiarisce. Ammettere il proprio errore è una scelta coraggiosa, ma alla quale sono in genere poco inclini gli organi di vertice, probabilmente nel timore di vedere scossa la loro autorità. Così la Corte costituzionale, anziché riconoscere l'iperbole contenuta nelle sentenze che affermavano l'obbligo di assumere « le norme delle Cedu come interpretate dalla Corte europea », ha preferito prima ribadire il principio e poi relativizzarlo, rivendicando un « margine di apprezzamento e di adeguamento » in ordine alla giurisprudenza europea. L'incoerenza del discorso è di tutta evidenza; ma poco importa. Interessante è invece che la Consulta non sia lontana dal convergere sulla ragio-

nevole conclusione qui prospettata: le interpretazioni della Corte europea sono precedenti autorevolissimi da tenere nel massimo conto, ma non privano il giudice della sua libertà di valutazione, con la conseguenza che, qualora non le ritenga persuasive, può distaccarsene, motivando il proprio dissenso con solide ragioni.

CARLO FIORIO

LA PROVA NUOVA NEL PROCESSO PENALE

1. Prospettive d'indagine. — 2. Precisazioni terminologiche. — 3. Prova nuova e ricerca della verità.

1. *Prospettive d'indagine.*

Rimasto ai margini del dibattito sul rapporto tra parti e giudice nel procedimento probatorio, il tema della prova “nuova” investe, in una più ampia prospettiva, la propensione dei modelli processuali ad accogliere incrementi di tipo conoscitivo. La “novità”, in altri termini, è suscettibile di acquistare autonomia concettuale solo se rapportata a uno *status quo ante* ⁽¹⁾, tema che avrebbe meritato maggiore attenzione, stemperandosi in fondamentali variabili di natura politica, logica ed etica.

Sul crinale delle scelte di politica criminale, il favore che il sistema ha progressivamente restituito alla novità probatoria è testimone della crisi di rigetto che il codice di procedura penale del 1988

⁽¹⁾ Evidenzia P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in ID., *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 11-12, come « in astratto la ‘novità’, come concetto di relazione, [p]ossa] essere individuata secondo vari parametri; la sopravvenienza materiale, la non acquisizione, la non deduzione o ancora la non deducibilità (in quest’ultimo senso prova ‘nuova’ è quella che la parte non sarebbe stata in grado di dedurre tempestivamente, a norma dell’art. 468 c.p.p.) ». Cfr. anche G. VERDE, *Prove nuove*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 36, secondo il quale « di prova ‘nuova’ è [...] possibile parlare a) qualora venga data rilevanza, ai fini della formazione del giudizio, a dati probanti, la cui utilizzabilità era in precedenza esclusa; b) qualora vengano accolti metodi di acquisizione dei dati probanti ulteriori e diversi rispetto a quelli in uso; c) qualora se ne muti il criterio di valutazione ».

ha evidenziato rispetto alla cultura processuale nostrana (2). La fragilità dei “valori d’importazione” è di tutta evidenza laddove si consideri che la filosofia probatoria del “nuovo mondo”, trasfusa nelle *Rules of Evidence*, è atavicamente refrattaria a concedere spazio alla novità probatoria (3), la cui ammissibilità, al contrario, è decisamente condizionata dalla forza della cosa giudicata, dalla diligenza richiesta a parti e difensori nel procedimento probatorio e dall’articolato sistema di sanzioni processuali a tutela della legittimità dell’accertamento (4).

Per quanto, peraltro, il modello accusatorio “all’italiana” non sia « mai stato tributario diretto delle esperienze di *common law*, non essendo per nulla un ‘ricalco’ dei modelli stranieri pur presi ad esempio (ma ben lontani dalle nostre tradizioni) » (5), è innegabile che un vero salto di qualità in materia probatoria non vi sia stato (6).

(2) Secondo A. GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 522, il diritto probatorio « potrebbe essere considerato come un capitolo della storia politico-costituzionale di una certa epoca. Esso permette di verificare rapporti di armonia e di dissonanza tra i principi logici ed etici, da un lato, e gli aspetti istituzionali, dall’altro lato ».

(3) Con riferimento al sistema processuale penale nordamericano, la *Rule 33* lett. a) delle *Federal Rules of Criminal Procedure* dispone che « *[u]pon the defendant’s motion, the court may vacate any judgment and grant a new trial if the interest of justice so requires. If the case was tried without a jury, the court may take additional testimony and enter a new judgment* ». Quanto ai termini di proposizione, la successiva lett. b) prevede che « *[a]ny motion for a new trial grounded on newly discovered evidence must be filed within 3 years after the verdict or finding of guilty. If an appeal is pending, the court may not grant a motion for a new trial until the appellate court remands the case* » e che « *[a]ny motion for a new trial grounded on any reason other than newly discovered evidence must be filed within 14 days after the verdict or finding of guilty* ».

(4) In relazione alla *Rule 402* delle *Federal Rules of Evidence* (« *Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: the United States Constitution; a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible* »), v. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 425 e nota 19, il quale rileva che la « *law of evidence* [...] si configura come un insieme di eccezioni al principio per cui ogni prova rilevante va ammessa ».

(5) Testualmente, L.P. COMOGGIO, *Lessico delle prove, ricerca della verità e poteri del giudice penale*, in *Id.*, *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 255.

(6) Rileva L. MARAFIOTI, *L’art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all’imparzialità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*,

Indipendentemente e oltre l'individuazione delle responsabilità e dei responsabili, la — pur giustificabile — incapacità di gestire un modello (processuale e probatorio) culturalmente esogeno non ha mai condotto ad un serio percorso di autocritica, ma solo ad una cospicua serie ventennale di “rammendi” normativi e giurisprudenziali (7).

Ma il tema della prova nuova investe soprattutto aspetti di logica del giudizio, risolvendosi nell'enucleazione di più restrittivi parametri di ammissione del mezzo istruttorio di cui si chiede l'ingresso nel conoscibile processuale (8). Da qui la necessità di decodificarne il significato, al fine di verificarne la razionalità di fondo (9).

1993, p. 839, come « anche all'atto dell'introduzione di un sistema accusatorio i tempi non sono evidentemente risultati maturi per superare definitivamente la tendenza ad un accertamento 'completo', intesa nel senso che il giudice si ferma solo di fronte alla accertata impossibilità di raggiungere elementi di prova idonei a confermare l'ipotesi accusatoria ». In prospettiva generale, sulla “cultura delle prove” sottesa alla codificazione del 1988, v., specialmente, G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, II, Milano, Giuffrè, 1991, p. 181 ss.; ID., *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, IV, Milano, Giuffrè, 1993, p. 501 ss.; D. SIRACUSANO, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *Legislazione pen.*, 1989, p. 84; ID., voce « Prova. III) Nel nuovo codice di procedura penale », in *Enc. giur.*, XII, Roma, Agg., 2004, p. 1.

(7) Rileva R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA-F.M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2007, p. 15, a proposito delle frequenti “invasioni di campo” del giudice nell'esame incrociato, come « il nostro legislatore ha esitato non tanto nel costruire un modello *adversary*, quanto nel corazzarlo con adeguate forme di tutela processuale ».

(8) Cfr., con particolare efficacia, H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 60, secondo il quale « [s]ondando i confini dei poteri di richiesta (spettanti alle parti) e dei poteri di vaglio facenti capo al giudice, ci si imbatte in una delle principali e più remote garanzie processuali atte a configurare il rapporto parti-prova come diritto: i contorni del diritto alla prova, difatti, appariranno tanto chiari quanto determinati saranno i criteri di ammissione, giacché possibili contrazioni arbitrarie dei diritti dei contraddittori risiedono nella vaghezza dei parametri giudiziali di selezione delle richieste. Non si configura diritto del richiedente se non vi corrisponde eguale dovere del decidente; tutto degrada a facoltà, di chiedere e di ammettere, se i parametri ammissivi superano il livello 'massimo' di esclusione oggi espresso dall'art. 190 comma 1 secondo periodo c.p.p. ».

(9) Sottolineava, con non celata ironia, G. TORREBRUNO, *Del processo accusatorio restano solo i buoni propositi*, in *Il Sole 24 Ore, Guida normativa*, 1992, n. 230, p. 38,

Infine, la maggiore o minore permeabilità del modello rispetto ai *nova* apre a considerazioni etiche, concernenti l'approccio complessivo del sistema in ordine alla ricerca della verità, nonché la rilevanza attribuita alla percezione dell'errore e alla conseguente necessità riparatoria ⁽¹⁰⁾. E da qui, quale inevitabile corollario, discende la maggiore o minore attitudine del giudicato a essere "riletto" in nome di risultanze successive.

2. *Precisazioni terminologiche.*

Il sintagma « prova nuova » individua, nel lessico legislativo, fenomeni eterogenei: da un lato, con specifico riferimento al settore dei rimedi processuali, esso è utilizzato per qualificare qualsiasi dato conoscitivo, scoperto o sopravvenuto alla decisione impugnata, o comunque non evidenziato dal corredo motivazionale; in altra prospettiva, invece, esso qualifica ogni incremento conoscitivo che il sistema metabolizza tra i materiali del processo, al fine di eliminare situazioni di incertezza probatoria.

Ne deriva che, accanto a mezzi diretti — tramite l'introduzione di un *novum* — a sollecitare una nuova pronuncia nel merito, persino sacrificando la stabilità di un precedente *decisum* (artt. 434 e 630 c.p.p.), si affiancano meccanismi in base ai quali il dato nuovo fa ingresso nel patrimonio cognitivo del giudice durante lo svolgimento del processo, in deroga a taluni sbarramenti cronologici imposti alla deduzione probatoria ⁽¹¹⁾.

Se nel giudizio di primo grado l'attitudine del sistema ad accogliere la prova nuova evidenzia la necessità di raggiungere quella

all'indomani della celeberrima Cass., Sez. Un., 6 novembre 1992, Martin, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 822, la difficoltà di « intendere la differenza tra casi di assoluta necessità e casi di somma opportunità, o chiara utilità, o intensa probabilità ».

⁽¹⁰⁾ Nel senso che l'intero evolversi del processo penale può essere riguardato come una lotta continua e incessante contro l'errore, v., già, G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, spec. p. 171 ss.

⁽¹¹⁾ Così, testualmente, F. PERONI, *Nuove deduzioni probatorie in fase di discussione finale: tra logica dei gravami e diritto alla prova*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2108-2109.

completezza investigativa ⁽¹²⁾, funzionale all'accertamento dei fatti, diverso è il ruolo ricoperto dalla medesima nell'ambito delle impugnazioni e dei rimedi processuali in genere. La funzione di controllo, che prevale su quella dell'accertamento ⁽¹³⁾, trasforma la funzione dei *nova* da presìdi conoscitivi in strumenti correttivi, addirittura idonei, come nel caso della revisione, a "neutralizzare" una sentenza di condanna irrevocabile. In altri termini, se le dinamiche caratterizzanti i *nova* nel corso del primo grado di giudizio sono accomunate dall'esigenza di garantire la completezza e la correttezza dell'accertamento, quelle operative nell'ambito dei rimedi processuali muovono, piuttosto, dall'esigenza di limitare ⁽¹⁴⁾ gli errori del procedimento decisionale e pervenire a un risultato equo ⁽¹⁵⁾.

A parziale conferma di quanto affermato riposa il ruolo giocato dai criteri di ammissione della prova nuova: la "necessità" ⁽¹⁶⁾ e l'"assoluta necessità" ⁽¹⁷⁾, prevalentemente operative nell'ambito del procedimento di primo grado, postulano carenze conoscitive idonee a essere eliminate grazie ad un ruolo attivo del giudice nella ricerca dei dati. Al contrario, il parametro rappresentato dall'impossibilità di decidere « allo stato degli atti » ⁽¹⁸⁾, dirimente — tra l'altro — per

⁽¹²⁾ Cfr. Corte cost., sent. n. 445 del 1990; Id., sent. n. 88 del 1991. In argomento, si rinvia allo studio di F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2005, spec. p. 41 ss., 65 ss.

⁽¹³⁾ V., per tutti, M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Milano, 1969, spec. p. 223 ss.

⁽¹⁴⁾ Sottolinea F. PERONI, *Nuove deduzioni probatorie in fase di discussione finale: tra logica dei gravami e diritto alla prova*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2109, come uno degli elementi condizionanti il flusso dei *nova* « è rappresentato dallo stadio di avanzamento delle attività di cognizione, dovendosi registrare una tendenziale contrazione delle opportunità di deduzione probatoria nel progredire di tali attività verso il momento della decisione ».

⁽¹⁵⁾ V., ancora, F. PERONI, *Nuove deduzioni probatorie in fase di discussione finale: tra logica dei gravami e diritto alla prova*, cit., p. 2108-2109, che individua, quale comune denominatore di siffatti congegni, « un'intuibile logica di prevalenza delle esigenze di giustizia sostanziale: *ratio* in nome della quale, per l'appunto, passano in subordine, a seconda dei casi, vuoi le istanze di stabilità della decisione, vuoi quelle di economia dei tempi processuali e di concentrazione delle attività di formazione della prova, vuoi, ancora, di tutela del contraddittorio *sub specie* di reiezione di ogni forma di allegazione probatoria a sorpresa ».

⁽¹⁶⁾ Cfr. artt. 190-*bis* comma 1, 438 comma 5 e 441 comma 5 c.p.p.

⁽¹⁷⁾ V. artt. 507, 523 comma 6 e 603 comma 3 c.p.p.

⁽¹⁸⁾ Cfr. artt. 299 comma 4-*ter*, 441 comma 5 e 603 comma 1 c.p.p.

il riconoscimento del diritto alla prova delle parti nel giudizio di appello, evidenzia un ruolo passivo del giudice, tipico della preponderante funzione di controllo demandata al giudizio di seconde cure. Infine, la “sopravvenienza” o la “scoperta” ⁽¹⁹⁾ di prove “nuove”, in ragione della loro connotazione “naturalistica”, manifestano la propensione del sistema a tutelarsi, anche *post rem iudicatam*, dal possibile errore della decisione ⁽²⁰⁾.

3. *Prova nuova e ricerca della verità.*

Non è questa la sede per analizzare le tensioni comparatistiche, talora azzardate ⁽²¹⁾, volte all'individuazione di un *fil rouge* tra il rapporto che lega l'*adversary system* all'imperativo di verità ⁽²²⁾ con il “precipitato” logico che la riforma processuale del 1988 avrebbe dovuto sortire in ordine ai risultati dell'accertamento ⁽²³⁾.

⁽¹⁹⁾ V. artt. 434, 603 comma 2 e 630 comma 1 lett. c), nonché artt. 299 comma 1, 309 comma 5 c.p.p.

⁽²⁰⁾ Nell'ambito del concetto di “prova sopravvenuta” alla sentenza del primo giudice, distingue due categorie A. PRESUTTI, *L'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento tra regola ed eccezione*, in M. BARGIS-F. CAPRIOLI (a cura di), *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 72: « [a]lla prima sono riconducibili quelle ipotesi nelle quali l'ingresso del *novum* è consentito a fini di tutela del diritto alla prova: a questa si apparenta la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello di cui all'art. 603 comma 2 c.p.p. Nella seconda rifluiscono quei casi in cui il dato cognitivo sopravvenuto vale più propriamente a provocare una nuova pronuncia nel merito dopo un precedente *decisum* che dalla stessa viene sostituito: si tratta degli istituti della revoca della sentenza di non luogo a procedere (art. 434 c.p.p.) e della revisione (art. 630 c.p.p.) ai quali risulta[va] più prossima la rinnovazione prevista dall'art. 593 comma 2 c.p.p. ».

⁽²¹⁾ Cfr. L.P. COMOGGIO-V. ZAGREBELSKY, *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 441.

⁽²²⁾ In prospettiva generale v. M. TARUFFO, *La ricerca della verità nell'« adversary system » angloamericano*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 596 ss.; ID., *Il processo civile “adversary” nell'esperienza nordamericana*, Padova, Cedam, 1979, spec. p. 29-34; ID., *Metodo accusatorio, metodo inquisitorio e ricerca della verità in alcune indagini empiriche nordamericane*, in *Soc. dir.*, 1976, p. 159 ss.

⁽²³⁾ A proposito delle critiche rivolte a Cass., Sez. Un., 6 novembre 1992, Martin (in ordine alla quale v., *infra*, § 4, e *postea*, cap. III, § 5), cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 949, il quale rileva come « [a]ddurre i canoni della Common

La cultura del processo trasfusa nel testo originario del codice di rito era compendiata nella divisione della conoscenza, conseguenza epistemologica della netta ripartizione dei ruoli dei soggetti processuali. Da qui, a tutela di prevedibili “sconfinamenti”, ma anche al fine di prevenire inevitabili fallacie argomentative, la riduzione della complessità del materiale probatorio è stata realizzata attraverso una « conoscenza selettiva » (24), articolata tra l'adozione di regole di esclusione probatoria e una fitta rete di decadenze istruttorie.

Certo è che, rispetto ad una risalente tradizione processuale incentrata sul “monismo” dell'istruttore, le scelte probatorie trasfuse nel codice vigente avevano decisamente il sapore dell'innovazione, evidenziando — come sottolineava proprio Alessandro Giuliani — una estrema diffidenza nei confronti di ciò che appare giusto ad un solo individuo e nei confronti di un processo carente di comunicazione intersoggettiva, e optando per la divisione della conoscenza che si realizza attraverso la prospettazione di due ipotesi argomentative tra loro alternative (25).

Più precisamente, la divisione della conoscenza, imponendo la netta ripartizione dei ruoli e l'uguaglianza tra le parti nel contraddittorio (26), postula sia il degrado ad eccezione della regola del processo inquisitorio *iudex potest in facto supplere* (27), sia la ridu-

law, piangendo sull'“adversary system” mutilato, significherebbe qualcosa se fossimo nello United Kingdom o negli Usa, ma siamo in Italia, dove al pubblico ministero non è permesso ‘to drop the prosecution’ ».

(24) Cfr. G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, cit., p. 503.

(25) Cfr. GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, cit., p. 525. Sottolinea T. RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 10-11, come « il contraddittorio, in particolare, ritorna a manifestare le sue virtù di fronte alla maturazione di sempre più condivise consapevolezza riguardanti, per un verso, il carattere inevitabilmente probabilistico e problematicamente relativo di ogni affermazione di verità (non solo storica); per altro verso, la forza maieutica del dialogo, nonché — su un piano contiguo ma ben distinto — la rilevanza dei fattori di marca topico-retorica nella costruzione dell'argomentazione ragionevole e convincente che viene in gioco nella dialettica giudiziaria ».

(26) Contrappone, com'è noto, l'ordine « isonomico » all'ordine « asimmetrico », A. GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, cit., p. 523 ss., 526 ss.; Id., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: “nuova retorica” e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, n. 2-3, p. 83.

(27) Così, ancora, A. GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, spec. p. 529 ss.

zione della complessità del materiale probatorio, realizzata attraverso una conoscenza selettiva che comporta l'adozione di regole di esclusione della prova (art. 187 c.p.p.) ⁽²⁸⁾. Le *exclusionary rules* ⁽²⁹⁾ tendono a soddisfare esigenze processuali connesse alla corretta formulazione del giudizio di fatto, funzionali ad un accertamento attendibile dei fatti nel contesto del *jury trial* ⁽³⁰⁾. Tali esigenze possono essere ravvisate, da un lato, nella necessità di assicurare che la prova venga sottoposta al vaglio del *cross-examination*, e, dall'altro lato, nell'opportunità di evitare che la giuria venga indotta in errore da prove di difficile valutazione ⁽³¹⁾.

E proprio la necessità di fugare l'errore argomentativo pare

⁽²⁸⁾ In questo senso, G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, cit., p. 503. Sottolinea A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, [1961], Milano, Giuffrè, rist. 1971, p. 162-164, come nella prima fase di "costruzione" della procedura romano-canonica il « diritto processuale venne interpretato ed elaborato nella prospettiva di una *logica delle esclusioni* », cioè a dire attraverso una rigida limitazione del terreno di ricerca, in cui assumevano rilevanza particolare i limiti di ammissibilità della testimonianza. Inoltre, « [l]a concezione del diritto probatorio in termini di *norme di esclusione* si accompagna, non casualmente, ad una fedeltà ai principi classici della prova: il principio del contraddittorio come imprescindibile criterio della ricerca della verità; l'onere della prova; l'idea di una scala di probabilità ».

⁽²⁹⁾ V., specificamente, M. PAPA, *Contributo allo studio delle rules of evidence nel processo penale statunitense*, in *Indice pen.*, 1987, p. 299 ss.; ID., *Brevi spunti sulle Rules of Evidence*, in E. AMODIO-M. CHERIF BASSIOUNI (a cura di), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, p. 353 ss.

⁽³⁰⁾ Così M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, cit., p. 424; nonché, già, V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 51. Nel senso, invece, che la concezione del diritto probatorio in termini di « norme di esclusione » sia la conseguenza della recezione di una determinata logica della prova, v. A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., p. 189 ss.; nonché ID., *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 216 ss.; ID., *The Influence of Rethoric on the Law of Evidence and Pleading*, in *The Juridical Review*, 1962, III, p. 216 ss.

⁽³¹⁾ Sottolinea come « l'*adversary system* rafforz[i] la propensione all'esclusione, che è propria della disciplina delle prove angloamericana », M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva* [1997], trad. it., Bologna, il Mulino, 2003, p. 123. Con riferimento alla funzione d'impulso svolta dalle regole di esclusione, a che le parti ed i loro avvocati mettano a disposizione del giudice le fonti d'informazione migliori e più attendibili, v. F. FERRARI, *La "prova migliore": una ricerca di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2004, spec. p. 7 ss.

costituire il dato determinante nell'opera di costruzione dei modelli probatori: se la prospettiva *adversarial* tende, attraverso regole di esclusione, ad evitare errori nel metodo (divisione della conoscenza) ⁽³²⁾, il modello "inquisitorio" si cautela dall'errore nel risultato, privilegiando la ricerca della c.d. giustizia sostanziale al rispetto delle forme ⁽³³⁾.

La verità perseguita dal processo inquisitorio, per definizione "assoluta", "sostanziale", "unica", non può essere di parte « e non ammette quindi la legittimità di punti di vista contrastanti il cui conflitto debba essere arbitrato da un giudice terzo ». Al contrario, la verità perseguita dal metodo accusatorio « è acquisita, come in qualunque ricerca empirica, attraverso il procedimento per prova ed errore » ⁽³⁴⁾.

In prospettiva correlata, nel modello *adversarial* la partecipazione della società tutta al rispetto delle regole del gioco determina condivisione della tavola di valori ad esse sottesa ⁽³⁵⁾, cui si aggiunge

⁽³²⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 8^a ed., Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 116, il quale, richiamando l'opera di A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., p. 80 ss., 142 ss., 170 ss., sottolinea come la recezione, da parte della *law of evidence*, di una concezione classica del processo come *disputatio*, strutturata attraverso *confirmationes* e *refutationes*, abbia altresì metabolizzato la sofisticata teoria degli errori che la caratterizzava.

⁽³³⁾ V. L. MARAFIOTI, *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, cit., p. 844-845, secondo il quale « una volta che l'etica del risultato tende a sostituirsi integralmente all'etica del contraddittorio e al riparto degli oneri probatori e non si è disposti ad accettare che il giudice possa registrare in un'ottica di *favor rei* le carenze nell'iniziativa probatoria del p. m., sembra inutile attestarsi su posizioni di principio di stampo accusatorio, frutto del canone costituzionale della presunzione di innocenza. Una volta, cioè, che si ammetta che il giudice possa contribuire di propria iniziativa al superamento del canone *in dubio pro reo* è allora difficile ipotizzare che l'idea del limite e una reale mentalità accusatoria possano effettivamente attecchire nel nostro Paese ».

⁽³⁴⁾ Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 626, che rileva come « [I]a principale garanzia del suo raggiungimento è conseguentemente affidata alla massima esposizione delle ipotesi accusatorie alla falsificazione della difesa, cioè al libero sviluppo del conflitto tra le due parti del processo, portatrici di punti di vista contrastanti proprio perché titolari di interessi opposti ».

⁽³⁵⁾ Quale fattore « esterno » di crisi del processo penale italiano, L. MARINI-L. PEPINO, *Crisi di un modello o crisi del processo?*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1023, individuano « la crescente mancanza di accettazione sociale » del medesimo: « il metodo

una consequenziale riduzione nella percezione dell'errore. Al contrario, nel modello continentale di stampo inquisitorio, l'estromissione dei partecipanti dal processo di accertamento determina una carente comprensione dei meccanismi processuali, non disgiunta dalla soggezione dell'individuo all'autorità giudicante ⁽³⁶⁾. Donde l'esigenza di rimediare all'errore attraverso un sottosistema di accertamenti successivi.

Tali premesse sembrerebbero confermate anche in prospettiva ordinamentale, laddove al modello *adversarial* è di regola coesistente un unico grado di giudizio che male tollera "incursioni" nella *res iudicata*, mentre i modelli di tipo continentale tendono a differire l'esecutività della pronuncia sulla responsabilità al previo espletamento di un articolato sistema di controlli e rimedi processuali.

Da siffatte divaricazioni culturali si diramano diverse configurazioni del "diritto all'innocenza" e, consequenzialmente, disomogenei modelli di controllo della decisione. Se nei sistemi processuali

del contraddittorio, tipico del processo di *common law* [...] è connaturato ad una società profondamente pragmatica, in cui convivono due istanze fra loro connesse e complementari: da un lato, la possibilità dell'errore è considerata soccombente, nell'interesse della collettività, rispetto al ristabilirsi dell'ordine violato, e il processo è ritenuto strumento di garanzia in sé, adeguato a bilanciare gli interessi contrapposti del singolo e della comunità; dall'altro, la comunità delega ai propri rappresentanti le funzioni d'investigazione e di giudizio, riponendo in costoro una sostanziale fiducia e accettando i risultati della loro attività. Senza questo elemento di fiducia, e in qualche modo di immedesimazione con il meccanismo processuale e i suoi attori, il processo di *common law* non potrebbe operare e non potrebbe resistere alla verifica degli errori *fisiologici*, accertati *ex post* ». A tal proposito, v. già, G. LEONE, *Il mito del giudicato*, cit., p. 174, il quale, nel collegarsi alla distinzione tra processo dispositivo e processo inquisitorio, rilevava come « nell'uno, la esclusiva incidenza del giudicato sugli interessi di determinati soggetti può condurre al sacrificio volontario (rinuncia, transazione, ecc.) o imposto (errore giudiziario) di un situazione di sostanziale giustizia; nell'altro, la incidenza del giudicato non solo sugli interessi di determinati soggetti che siano o appaiano i più direttamente interessati ma sull'interesse di tutta la società non consente che una situazione di sostanziale giustizia possa essere annullata dalla volontà della parte o da un'esigenza di opportunità politica sia pure inerente alla stessa organizzazione della società ».

⁽³⁶⁾ « Ma neppure questo è l'essenziale, la cosa che conta è: da chi sono accusato? Quale autorità istruisce il processo? Loro sono dei funzionari? ». « Non posso neppure dirle che è accusato o meglio non so se lei lo è » (F. KAFKA, *Il processo* [1925], trad. it., 7^a ed., Milano, Adelphi, 1989, p. 14).

di *civil law* la revisione realizza tradizionalmente il primato della verità sul rigore ingiusto delle forme, nel modello federale statunitense la dimostrazione dell'*actual innocence* è soggetta a rigidissime condizioni e costretta entro tempi "contingentati" ⁽³⁷⁾. In quest'ottica, la propensione dei modelli processuali a metabolizzare incrementi di tipo conoscitivo è indubbiamente funzionale al tipo (e al mito) di verità che si intende raggiungere.

⁽³⁷⁾ Nel senso che « *actual innocence is not itself a constitutional claim, but instead a gateway through which a Habeas petitioner must pass to have his otherwise barred constitutional claim considered on the merits* » e che « *the traditional remedy for claims of innocence based on new evidence, discovered too late in the day to file a new trial Motion, has been executive clemency* », v. Herrera v. Collins, 113 S. Ct. 853 (1993).

ALARICO MARIANI MARINI
TEORIA DELL'ARGOMENTAZIONE E
ARGOMENTAZIONE FORENSE

Nella scienza giuridica costituisce ormai principio condiviso che la legge scritta non è tutto il diritto e che il ruolo dell'interprete è essenziale per l'applicazione della norma; non si tratta infatti di constatare semplicemente il fatto e la disposizione di legge ad esso applicabile, ma di ragionare sulla ricostruzione della fattispecie e sulla molteplicità delle fonti per estrarre la regola attraverso gli strumenti della logica, dell'argomentazione, del linguaggio.

Questo è il metodo con il quale si costruisce il ragionamento dell'avvocato nel processo e si propongono argomenti per la motivazione della pronuncia da parte del giudice.

Nella presentazione al volume di Chaim Perelman, *“Logica giuridica nuova retorica”*, scritto nel 1976 e tradotto in Italia nel 1979, Alessandro Giuliani aveva scritto: *“... la legge non esaurisce tutta l'area del diritto; se essa deve essere interpretata nel confronto con altre regole e con i principi generali del diritto, il momento della volontà viene ad essere temperato da quello della ragionevolezza”*.

Con straordinaria intuizione Giuliani, già negli scritti degli anni precedenti aveva aderito alla cosiddetta nuova retorica, che definiva come logica *more iuridico*, e aveva affrontato il tema dell'argomentazione come elemento costitutivo del ragionamento giudiziale.

Questi nuovi orizzonti aperti dalla ragione pratica non erano stati ancora esplorati in Italia.

I testi fondamentali del MacCormick su ragionamento giuridico e teoria del diritto e dell'Alexy sulla teoria dell'argomentazione giuridica, che avevano sviluppato sul terreno giuridico le idee del trattato sull'argomentazione del Perelman, erano stati scritti nel 1978, ma tradotti in Italia solo dopo circa vent'anni.

Giuliani aveva però subito intuito le prospettive che l'argomen-

tazione giuridica dischiudeva alle tecniche di giustificazione della decisione; prospettive che avrebbero necessariamente coinvolto le tecniche dell'argomentazione forense e del ragionamento dell'avvocato.

La logica giuridica veniva così ad occupare quegli spazi, propri del conflitto giudiziale, nei quali non esiste l'evidenza assoluta della logica formale, che non ammettendo prova contraria non necessita di argomentazione, come scriveva Perelman. Terreno problematico nel quale la soluzione va dunque ricercata con razionalità critica e con argomenti valutativi, persuasivi e tali da giustificare la scelta che presenta maggiore probabilità e verosimiglianza e che appare più aderente all'idea di giustizia tra le varie scelte possibili.

Come aveva notato Perelman nel libro presentato da Giuliani, dopo il processo di Norimberga e la constatazione della possibile iniquità della legge, già alla base della c.d. formula di Radbruch, l'orientamento antipositivista che si stava affermando nell'esperienza giuridica assegnava alla interpretazione della legge un ruolo decisivo nella ricerca di una soluzione che fosse anche equa ed eticamente e socialmente accettabile.

Si trattava, come aveva scritto Giuliani, di una interpretazione antiformalistica, allora criticata da una considerevole parte di logici e giuristi perché metteva in crisi il punto di vista dogmatico degli accademici, mentre rappresentava il segno di una evoluzione che nei decenni seguenti avrebbe registrato sviluppi irreversibili nella speculazione giuridica occidentale ed anche nei metodi di insegnamento del diritto.

Giuliani si chiedeva infatti se quel discorso fosse allora attuale per la cultura giuridica. In effetti non lo era, come sempre accade a quelle improvvise illuminazioni che turbano la quiete del pensiero consolidato.

E già allora, in pieno dibattito sui poteri di supplenza del giudice, ci si poneva dinanzi alla preoccupazione che la nuova logica giuridica, attratta sul terreno dell'argomentazione e quindi della interpretazione della legge, alimentasse derive arbitrarie nel rapporto tra legislatore e giudice ed infatti Giuliani rifletteva sui limiti, anche sull'inevitabile "elasticità" dell'equilibrio necessario tra legislazione e giurisprudenza.

Ma l'attualità delle nuove idee era nelle cose ed oggi, a distanza di oltre trent'anni, dopo la Carta di Nizza e il Trattato di Lisbona,

siamo consapevoli di vivere in un sistema di diritto nel quale la molteplicità dei livelli normativi e i nuovi principi del diritto europeo hanno sconvolto i tradizionali criteri della gerarchia delle fonti e aperto nuovi traguardi alla tutela dei diritti umani fondamentali.

Dalla irruzione della ragione pratica nel ragionamento giudiziale si sono dunque aperti nuovi spazi all'argomentazione forense e al linguaggio giuridico dell'avvocato e del giudice.

L'argomentazione dell'avvocato viene infatti ad assumere un ruolo necessario ed essenziale nel processo sia per la ricostruzione del fatto attraverso la interpretazione delle prove sia per costruire un ragionamento giuridico interpretativo della legge. E perché sempre si interpreta attraverso argomenti, l'argomentazione diviene elemento centrale del processo e della motivazione che giustifica la decisione.

Anche per l'avvocato come per il giudice, interpretare con argomentazioni richiede competenze specifiche.

Nel processo non si pone una alternativa tra vero e falso, ma tra giusto e ingiusto e quindi l'argomentazione è necessariamente diretta a giustificare scelte interpretative relativamente al caso enunciato che presentino ragionevolezza e il maggior grado di congruenza con il sistema del diritto e con valori di giustizia condivisi.

Su questo terreno della ragione pratica, per usare termini cari a Giuliani, in questi ultimi anni il sistema del diritto e dei diritti ha registrato in Europa una evoluzione che ha esaltato i poteri dell'interprete.

Il Trattato di Lisbona ha infatti riconosciuto valore giuridico ai trattati, alla Carta di Nizza del 2000 e al catalogo di diritti fondamentali che vi è contenuto, e ai Diritti Umani della Convenzione europea del 1950 il valore di principi generali del diritto europeo.

La nostra Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione sia in base all'articolo 117 Cost. che in applicazione del Trattato dell'U.E. hanno applicato il criterio della interpretazione della legge orientata in base al diritto europeo sui diritti umani e fondamentali.

E perché la fonte giurisprudenziale è ora riconosciuta tra le fonti del diritto e non solo tra le fonti dell'interpretazione, il ruolo di giudici e avvocati assume una inedita rilevanza nella pratica applicazione del diritto, proprio al fine di dare effettività di tutela a diritti sinora confinati nella mera enunciazione cartacea.

Per l'avvocato in questo contesto emergono anche nuovi contenuti dell'etica professionale caratterizzati da doveri verso gli altri e verso la società, come si legge nel Preambolo della Carta di Nizza.

Oltreché nella interpretazione della legge, il contributo di Giuliani è stato di grande rilievo anche per una moderna concezione della prova nel processo, dove nella trama argomentativa del giudice e dell'avvocato occupa uno spazio necessario l'interpretazione del fatto.

Nel suo volume del 1961 sul concetto di prova vi sono anticipate riflessioni oggi generalmente condivise.

Egli parte dalla premessa che da un punto di vista logico dalla conoscenza dei fatti attraverso la testimonianza deriva che si debba rinunciare ad una conoscenza certa. Dunque la verità che il giudice ricostruisce nel processo non può che essere una "verità probabile", contrapposta a quella nozione di "verità necessaria" elaborata dai giuristi medioevali.

Nel processo, infatti, il giudice non constata direttamente i fatti sui quali è chiamato a decidere. Questi sono sempre ricostruiti *a posteriori* attraverso versioni fondate sulla interpretazione delle percezioni dei testi e della narrazione che essi ne fanno con la testimonianza.

Ciò richiede al giudice, e prima ancora all'avvocato, una indagine sulla verosimiglianza delle dichiarazioni per scegliere tra le varie interpretazioni che emergono dal contraddittorio quella "verità probabile oggettiva" che è il risultato, ed anche il limite, del sistema della prova legale. Un sistema, notava Giuliani, che nel diritto continentale è avvolto da un pesante formalismo tecnico che vincola le parti e il giudice entro confini obbligati.

Su questo terreno di ricerca della verità si sviluppano le argomentazioni del giudice e dell'avvocato, perché, osservava icasticamente Giuliani, nel processo non potendo disporre del vero e del falso dobbiamo accontentarci soltanto della conoscenza di una verità probabile.

Per concludere, grazie anche al pensiero di precursori come Alessandro Giuliani, oggi gli avvocati e i giudici dispongono dello strumento dell'argomentazione giuridica che è diritto, cultura, etica e tecnica insieme, e su di essa si fonda il dovere di garantire l'effettività dei diritti e una giustizia per tutti e da tutti condivisa.

ROBERTO MARTINO

DECISIONE EQUITATIVA ED IMPUGNAZIONI (*)

1. Premessa: la distinzione tra equità integrativa ed equità sostitutiva. — 2. La differenza tra equità “concordata” ed equità “necessaria”. — 3. (*Segue*): il rapporto con il principio di legalità ed il conseguente ambito della valutazione equitativa. — 4. Il giudizio di equità necessario ed il suo controllo in appello. — 4.1. Natura e struttura del giudizio di equità del giudice di pace. — 4.2. Il nuovo appello a motivi “limitati”: violazione di norme del diritto sostanziale. — 4.3. (*Segue*): violazione di norme del procedimento. — 4.4. (*Segue*): il controllo sul giudizio di fatto. — 4.5. Natura della decisione del giudice di appello; sua ricorribilità in cassazione. — 4.6. Applicazione di un criterio di giudizio diverso da quello previsto dalla legge e motivi di appello. — 5. Il giudizio di equità concordato (art. 114 c.p.c.). — 5.1. Struttura e limiti del giudizio equitativo *ex art.* 114 c.p.c. — 5.2. Procedimento e decisione nel giudizio *ex art.* 114 c.p.c. — 5.3. (*Segue*): impugnazioni. — 6. Brevi conclusioni.

1. *Premessa: la distinzione tra equità integrativa ed equità sostitutiva.*

Il tema oggetto della presente relazione può essere affrontato da diverse prospettive ed articolarsi in una pluralità di aspetti. È

(*) Questa relazione si propone di ricondurre ad unità, o quasi, tanti contributi dell’A. sul tema, principati nel 1989, a partire dalla riforma del giudizio di equità del conciliatore.

Il testo è corredato soltanto di essenziali richiami giurisprudenziali. Per quanto riguarda, invece, le necessarie ed opportune indicazioni di carattere bibliografico, nonché ulteriori e più ampi riferimenti giurisprudenziali, sul tema dell’equità in generale, sul giudizio di equità concordato e sulle differenze tra tale giudizio e quello di equità necessario affidato al giudice di pace, mi sia consentito rinviare a: R. MARTINO (a cura di), *La Giurisdizione nell’esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2008, 245 ss.; ID., *Equità/Il Giudizio di equità*, in *Enc. giur. it.*, vol. XII, Roma, Aggiornamento 2005, 3 ss.; ID., *Il giudizio competitivo di appello*, in A. DIDONE, *Il processo civile competitivo*, Torino, 2010, 465 ss., spec. 476 ss.

opportuno, pertanto, delimitare immediatamente il punto di vista prescelto ed il profilo collocato al centro dell'attenzione.

In questa sede intendo occuparmi, essenzialmente, delle previsioni normative tradizionalmente ricondotte nell'ambito della equità giudiziale c.d. "sostitutiva", che implicherebbe l'attribuzione al giudice del potere di sostituire integralmente l'applicazione della norma con una autonoma decisione equitativa. Si tratta delle ipotesi previste dall'art. 114 c.p.c. (il giudice "decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta") e dall'art. 113, 2° comma, c.p.c. ("il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede millecento euro, salvo quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'art. 1342 del c.c."). L'obiettivo è quello di verificare se, effettivamente, — sul piano del diritto positivo — nelle due ipotesi sopra richiamate il giudice abbia il potere di "sostituire" la propria autonoma decisione equitativa all'applicazione della norma; e, in secondo luogo, quali sono le conseguenze della soluzione data alla prima questione in ordine al controllo, in sede di impugnazione, del contenuto della decisione di equità.

Come è noto, la forma di equità c.d. "sostitutiva" viene tenuta distinta dalle diverse e numerose ipotesi c.d. di equità "integrativa" (ad esempio, la liquidazione equitativa del danno *ex* artt. 1226 e 2056 c.c., o della prestazione *ex* art. 432 c.p.c.) in cui l'ordinamento attribuisce al giudice il potere di completare la norma positiva ricorrendo all'equità per definire particolari aspetti del rapporto in contestazione.

Secondo il prevalente orientamento, le due forme di equità dovrebbero distinguersi sulla base di un criterio meramente quantitativo che consisterebbe nel diverso ambito di operatività dell'equità: nel primo caso la valutazione equitativa riguarderebbe l'intero rapporto in contestazione; e non, invece, un particolare aspetto di esso, come avverrebbe nel caso di equità integrativa.

Su questa base, l'equità "integrativa" viene ricondotta nell'ambito di un giudizio di diritto "integrato equitativamente negli effetti pratici"; sottolineandosi come il potere discrezionale esercitato dal giudice in questo caso si distingue dal potere di emettere la pronuncia secondo equità a norma dell'art. 114 c.p.c. che attiene alla

decisione nel merito della controversia e presuppone una concorde richiesta delle parti (da ultimo, fra le tante, cfr. Cass. 9 agosto 2007, n. 17492; Cass. 11 dicembre 2007, n. 25943; Cass. 11 novembre 2005, n. 22895).

In prima approssimazione, quindi, nell'art. 114 — come pure nell'art. 113, 2° comma — l'equità viene richiamata quale metro di valutazione giudiziale che appare alternativo rispetto a quello costituito dallo stretto diritto e, in quanto tale, costituisce la base di un giudizio che presenta connotati (a prima vista) diversi dal giudizio di diritto.

2. *La differenza tra equità “concordata” ed equità “necessaria”.*

Le due forme di giudizio equitativo risultano, peraltro, chiaramente diverse l'una dall'altra ove l'indagine venga affrontata da un punto di vista ben preciso, vale a dire nella prospettiva del diritto positivo.

Il fatto che l'equità costituisca metro di giudizio soltanto in quanto richiamata espressamente da una norma di diritto positivo pone, quanto meno, il problema dell'inquadramento sistematico della norma di rinvio e della ricerca del suo reale significato. Mi sembra, cioè, che l'interprete debba rinunciare alla pura e semplice trasposizione sul piano processuale della nozione filosofico-giuridica dell'equità come criterio di giudizio flessibile alle esigenze del caso concreto. Diceva Bentham che, considerata a sé, senza connessione alcuna con il termine “corte”, l'equità è un “abracadabra”: una parola senza senso.

Sembra, allora, da privilegiare una ricostruzione del fenomeno dall'angolo visuale del processualista, facendo riferimento al diritto processuale civile, inteso come “insieme di principi che governano, nella nostra Costituzione, il rendere giustizia”.

In questa prospettiva appare evidente che il principio costituzionale di legalità (artt. 24, 101, 2° comma e 111 cost.) va ad interagire con la natura, struttura e limiti del giudizio di equità, portando a differenziare le due ipotesi previste, rispettivamente, dall'art. 114 c.p.c. e dall'art. 113, 2° comma, c.p.c. Di ciò ci si rende facilmente conto ove si considerino i presupposti ai quali il legislatore subordina il rinvio all'equità nelle due diverse ipotesi sopra

considerate (artt. 113, 2° comma e 114 c.p.c.) e i motivi per cui viene operato il rinvio nell'uno e nell'altro caso; in ultima analisi, ove si consideri la diversa *ratio* sottesa alle due disposizioni normative sopra richiamate.

L'art. 114 c.p.c. consente il ricorso all'equità in presenza di un duplice presupposto: quando il merito della causa abbia ad oggetto diritti disponibili e le parti ne facciano concorde richiesta al giudice.

Su tali condizioni del giudizio equitativo *ex* art. 114 c.p.c. avrò modo di tornare più avanti. Per il momento mi preme sottolineare che la dottrina e la giurisprudenza sono sostanzialmente concordi nel configurare la richiesta delle parti come atto di disposizione del diritto controverso.

In coerenza con tale ricostruzione si è precisato che la disposizione in esame è stata introdotta nel codice del 1942 per rendere la giurisdizione ordinaria competitiva rispetto all'arbitrato e per adeguare la pronuncia giudiziale alle particolarità della fattispecie.

Lo scopo perseguito dall'art. 114 c.p.c. sembra quello di consentire alle parti di sottrarsi, di comune accordo, alle conseguenze che deriverebbero dall'applicazione alla controversia dello stretto diritto: ad esempio, perché entrambe — pienamente consapevoli delle componenti di diritto della controversia — non vogliono tali conseguenze; ovvero, perché entrambe — in assenza di una specifica disciplina normativa della fattispecie — intendono sottrarsi alle conseguenze del ricorso all'analogia o ai principi generali dell'ordinamento e alla situazione di incertezza che ne potrebbe derivare; o, ancora, perché entrambe ritengono conveniente conseguire una decisione tendenzialmente stabile sin dal primo grado, stante l'impellibilità della sentenza d'equità (art. 339, 2° comma c.p.c.). La scelta della decisione equitativa implica, altresì, con tutta evidenza, l'esistenza di un rapporto fiduciario tra entrambe le parti e il giudicante.

La circostanza che la richiesta di decisione equitativa deve essere comunque espressa in sede di precisazione delle conclusioni (art. 112 disp. att. c.p.c.) sta a confermare la suindicata *ratio* dell'art. 114 c.p.c.: difatti, è in tale momento che le parti possono procedere, con piena cognizione di causa, a quelle valutazioni a cui si è fatto prima riferimento in via meramente esemplificativa e compiere, quindi, la conseguente scelta del giudizio equitativo; ed è altresì in tale mo-

mento che sanno chi, con molta probabilità, procederà alla decisione della causa, quale giudice unico o relatore, componente del collegio. Nel contempo, la medesima circostanza spiega probabilmente lo scarso favore che l'istituto ha incontrato nella pratica (dimostrato da una giurisprudenza piuttosto scarna), considerato che al momento della precisazione delle conclusioni è, appunto, più facile prevedere quale delle due parti potrebbe aver ragione in diritto ed è difficile immaginare che questa parte possa rinunciare ad un tipo di giudizio che potrebbe favorirla.

Il giudizio equitativo demandato, oggi, al giudice di pace e, ieri, al conciliatore in tutte le controversie di un certo valore economico è ancorato a presupposti diversi rispetto all'ipotesi sopra esaminata. L'art. 113, 2° comma sembra, inoltre, perseguire scopi diversi rispetto a quelli propri dell'art. 114 c.p.c.

Ci troviamo di fronte ad un giudizio imposto per legge in tutte le controversie di un certo valore economico (o "bagattellari"), sottratto quindi alla disponibilità delle parti, che non lo vogliono ma lo subiscono. La diversità di presupposti tra le due ipotesi in esame spiega evidentemente anche la diversità della *ratio* sottesa all'art. 113, 2° comma c.p.c., cioè della ragione ultima della estensione (e nello stesso tempo della limitazione) del giudizio equitativo alle sole controversie di un certo valore economico (o « bagattellari »). Già nel sistema originario del codice di rito, il giudizio d'equità previsto dall'art. 113, 2° comma, c.p.c. appare strettamente connesso all'idea di evitare una eccessiva sproporzione tra i costi del processo ed il valore della controversia (v. la Relazione al Re, n. 8, Guardasigilli Grandi). Tale idea anima, successivamente, anche il disegno riformatore della l. 30 luglio 1984, n. 399. Il legislatore, oltre ad adeguare la competenza del conciliatore al mutato valore della moneta, ha inteso deflazionare il carico di lavoro dei giudici professionali, introducendo in via generalizzata il giudizio d'equità per tutte le cause di competenza del conciliatore fino al valore di un milione di lire e sopprimendo, conseguentemente, l'appello avverso tutte le sue decisioni, e questo ha fatto movendo, appunto, dalla diffusa convinzione che lo speciale *ius dicere* del giudizio d'equità esclude l'appello. La medesima *ratio* sembra essere alla base anche delle modifiche apportate agli artt. 113, 2° comma e 339, 3° comma dagli artt. 21 e 33, l. 21 novembre 1991, n. 374, pur sempre finalizzate ad una

maggior semplificazione e rapidità dei processi relativi alle controversie di minor valore economico, attraverso la soppressione del secondo grado di giudizio.

3. (Segue): *il rapporto con il principio di legalità ed il conseguente ambito della valutazione equitativa.*

La diversità dei presupposti del rinvio all'equità operato rispettivamente dagli artt. 113, 2° comma e 114 c.p.c. e degli scopi perseguiti dal legislatore nell'uno e nell'altro caso inducono a ritenere che il ruolo svolto dall'equità nelle ipotesi in esame non può essere lo stesso.

Certamente, il rinvio all'equità autorizza il giudice a far ricorso a canoni e criteri di giudizio extragiuridici, flessibili alle esigenze del caso concreto.

Al riguardo, però, è controverso se la regola equitativa abbia un contenuto soggettivo ovvero oggettivo. L'insegnamento tradizionale sottolinea la potenziale capacità dell'equità di perseguire e realizzare nel caso concreto una soluzione più giusta rispetto a quella derivante dalla rigida applicazione della legge. La decisione equitativa implicherebbe, pertanto, il ricorso da parte del giudice al proprio personale sentimento di giustizia dal quale egli deve trarre la regola decisoria in relazione al fatto controverso, così formulando un giudizio di tipo intuitivo e, quanto alla sua fonte, di natura essenzialmente soggettiva.

A tale insegnamento se ne contrappone uno diverso, secondo cui la regola equitativa avrebbe un contenuto oggettivo e sarebbe ricavabile dai valori espressi dalla comunità in un dato momento storico e che si presentano come disposizioni materiali non formalizzate preesistenti alla fattispecie oggetto del giudizio.

Si profila in tal modo un contrasto, apparentemente inconciliabile, tra l'equità, come criterio di giudizio flessibile alle esigenze del caso concreto — tratto dalla coscienza "individuale" del giudice (regola soggettiva) o dalla c.d. coscienza "sociale" (regola oggettiva) — e il principio costituzionale di legalità (artt. 24, 101 e 111 cost.).

Quanto al primo insegnamento, ne sembra evidente il contrasto con il principio costituzionale dell'esclusiva soggezione del giudice alla legge (art. 101 cost.) e con la garanzia costituzionale della tutela

giurisdizionale dei “diritti” (art. 24 cost.). La regola equitativa viene, cioè, intuita dal giudice nella propria coscienza in relazione al caso concreto e, in quanto tale, non ha valenza al di fuori di questo e non è ad esso preesistente.

Il contrasto non sembra, però, superato nemmeno dal secondo insegnamento, che configura l'equità in termini oggettivi, quale sistema di norme “sociali” o “pregiuridiche”. Da un lato, infatti, tale orientamento ritiene che il giudice, in nome dell'equità, potrebbe disapplicare *in toto* le norme di diritto e potrebbe quindi formulare un giudizio *contra legem*, riconducibile alla classica ipotesi dell'equità sostitutiva. Dall'altro lato, su un piano fattuale, concreto sorgono forti perplessità in ordine alla possibilità che la regola di giudizio abbia effettivamente un contenuto oggettivo, specialmente ove si ritenga che il giudice costituisca l'unico mediatore tra il caso da decidere e quell'ordito di valori sociali in cui l'equità dovrebbe consistere. In realtà — per dirla con parole di Elio Fazzalari — «l'equità non può dirsi né ‘del caso concreto’ né ‘sociale’: è veramente valutazione del giudice».

A ben vedere, però, detto contrasto non riguarda il giudizio di equità concordato, se è vero quanto ho più sopra rilevato.

Nel caso previsto dall'art. 114 la valutazione equitativa del giudice potrà dispiegarsi appieno, in quanto il giudizio è fondato sulla concorde richiesta delle parti rivolta ad un giudice già investito della causa. In tale ipotesi è, certamente, in contestazione tra le parti un rapporto giuridico, per cui l'attore pretende veder riconosciuto un proprio diritto mentre il convenuto resiste a tale pretesa. Tuttavia, il giudizio equitativo trova il suo fondamento, appunto, nella concorde volontà delle parti: se, quindi, l'accordo delle parti ha il valore di un atto di disposizione del diritto controverso, sembra plausibile sostenere che, nel caso di specie, la valutazione del giudice possa risultare del tutto svincolata dalla legge. In altri termini, «le parti implicitamente rinunciano alle rispettive posizioni quali a suo tempo insorte, anche loro malgrado, secondo le leggi dello Stato; e preferiscono ricevere nuove e, ove del caso, del tutto diverse posizioni per il futuro, ad opera del giudice». Se così è, il giudizio d'equità concordato — fondato sulla libera scelta delle parti e sull'autorizzazione al giudice di discostarsi dallo stretto diritto — non sembra porre il problema della compatibilità con il principio

costituzionale dell'esclusiva soggezione del giudice alla legge (art. 101 cost.) e con la garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale dei diritti.

Diverso è il caso del giudizio d'equità "necessario" commesso al giudice minore. Si tratta di un giudizio generalizzato, per legge, a tutte le controversie di un certo valore economico e sottratto, quindi, alla disponibilità delle parti, che non lo vogliono ma lo subiscono. Per questo motivo, la valutazione equitativa deve necessariamente operare entro ben determinati limiti ricavabili dal principio costituzionale di legalità. La regola dell'esclusiva soggezione del giudice alla legge (art. 101, 2° comma cost.) impone che l'apprezzamento del giudice con riferimento a canoni e criteri extragiuridici sia circoscritto entro margini precostituiti. Questa conclusione trova conferma sia nel disposto dell'art. 24 cost., secondo cui gli interessi riconosciuti dalle norme sostanziali come diritti devono ricevere adeguata tutela giurisdizionale, sia nel disposto dell'art. 111, comma 2, cost., secondo cui il giudizio reso deve poter essere controllato in cassazione sotto il profilo della violazione di legge.

Si spiega in tal modo la travagliata vicenda interpretativa che ha riguardato il giudizio di equità del giudice di pace, di cui ci occuperemo più avanti.

Ne deriva, in ultima analisi, che non può essere, qui, accolta l'opinione dottrinarina che nega ogni differenza tra giudizio d'equità necessario e giudizio d'equità concordato. In effetti, nel nostro sistema la stessa Costituzione lascia ben poco spazio per un giudizio "totalmente" di equità "imposto" alle parti; con la conseguenza che il giudizio d'equità necessario è possibile solo entro precisi limiti normativi che emergono dalle disposizioni costituzionali sopra richiamate; a differenza di quello concordato, nel quale le parti consensualmente dispongono (almeno indirettamente) delle loro situazioni sostanziali.

4. *Il giudizio di equità necessario ed il suo controllo in appello.*

Come è noto, l'art. 113, 2° comma, c.p.c. è stato riformulato dalla Corte costituzionale, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevede che il giudice

deve osservare “i principi informativi della materia” (Corte cost. 6 luglio 2004, n. 206, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2537 ss.).

Con la riforma degli anni 2005-2006, le decisioni del giudice di pace secondo equità sono state, poi, assoggettate all'appello “per violazione delle norme sul procedimento, per violazione di norme costituzionali o comunitarie, ovvero dei principi regolatori della materia” (art. 339, 3° comma c.p.c.). Sembra chiara l'intenzione del legislatore di “limitare” il controllo del giudice di secondo grado ai soli profili di diritto della decisione resa dal giudice di pace, con la precisazione che la violazione di norme sostanziali può essere dedotta solo quando si tratti di principi regolatori della materia.

Peraltro, la previsione di un appello limitato a specifici motivi pone all'interprete il non facile problema del coordinamento della nuova disposizione normativa con la disciplina codicistica del giudizio di appello, e con la sua natura devolutiva e sostitutiva ed il suo carattere di impugnazione a critica libera.

Al fine di individuare le caratteristiche del nuovo appello a motivi limitati e la reale portata del controllo sulla pronuncia equitativa demandato oggi al giudice di secondo grado sembra opportuno delineare, sia pure in maniera essenziale, la natura e struttura del giudizio di equità del giudice di pace.

4.1. *Natura e struttura del giudizio di equità del giudice di pace.*

Stando alla previsione espressa contenuta nell'art. 339, 3° co., c.p.c. la violazione di norme di diritto sostanziale può essere dedotta come motivo di appello quando si tratti di norme costituzionali e comunitarie, ovvero quando si tratti di “principi regolatori” della materia.

Quest'ultima limitazione appare non poco problematica, ove si consideri che, in base all'art. 113, 2° co., c.p.c. — come riformulato a seguito dell'intervento “additivo” di Corte cost. 6 luglio 2004, n. 206 — il giudice di pace decide secondo equità osservando i “principi informativi” della materia. Si pone, quindi, la questione se la cornice normativa individuata dalla Consulta per il giudizio di equità (principi “informativi”) coincida, o meno, con quella richiamata dall'art. 339, 3° co., c.p.c. (principi “regolatori”).

La giurisprudenza della Cassazione (l'indirizzo in esame è stato

inaugurato da Cass. 11 gennaio 2005, n. 382, in *Corriere giur.*, n. 4, 2005, 500 ss.; da ultimo, Cass. 23 giugno 2009, n. 14611, in *Guida dir.*, 2009, 38, 38 (s.m.); Cass. 23 aprile 2009, n. 9534, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 4, 662) — con indirizzo assolutamente maggioritario, relativo, peraltro, al regime anteriore alla modifica dell'art. 339, 3° co., c.p.c. — tende a differenziare la portata delle due locuzioni.

I “principi regolatori”, introdotti nell'art. 113, 2° co. dalla miniriforma del giudice conciliatore del 1984 e poi eliminati dalla riforma del giudice di pace, costituivano, per il conciliatore, delle regole giuridiche da osservare nella individuazione della soluzione equitativa e andavano intesi come le norme fondamentali che rappresentano le linee guida della disciplina del rapporto controverso. Viceversa, i “principi informativi” non sarebbero ricavabili dalla disciplina dettata per un certo rapporto giuridico, ma sarebbero ad essa preesistenti ed andrebbero identificati con i principi cui si è ispirato il legislatore nel dettare quella determinata disciplina. Essi rappresenterebbero, per il giudice di pace, un limite esterno alla pronuncia di equità, per evitare ogni sconfinamento nell'arbitrio. La regola equitativa potrebbe, infatti, risultare diversa sia dalla singola norma di legge che dalle norme fondamentali costituenti i “principi regolatori”; l'importante è che essa non contrasti con i principi cui si è ispirato il legislatore nel dettare una determinata disciplina.

Del tutto minoritario è rimasto, invece, l'orientamento giurisprudenziale tendente ad identificare la portata della prescrizione dell'osservanza dei « principi informativi » con quella propria della formula dei principi « regolatori », intesi appunto quali regole giuridiche da osservare nella individuazione della soluzione equitativa ed identificati con le norme fondamentali che rappresentano le linee guida della disciplina del rapporto controverso (cfr. Cass. 29 marzo 2005, n. 6626; v., altresì, Cass. 17 maggio 2007, n. 11449, in *Guida dir.*, 2007, 27, 49).

A prescindere — per il momento — dal significato normativo ed interpretativo che deve essere attribuito al nuovo art. 339, 3° co., c.p.c. (nella parte in cui prevede, quale motivo di appello, la violazione dei principi « regolatori » della materia), l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità non appare convincente sol che si consideri la reale portata della pronuncia della Corte costituzionale sopra richiamata.

Va, infatti, rilevato che la Consulta ha introdotto nell'art. 113, 2° co., c.p.c. la prescrizione dell'osservanza dei principi « informativi » della materia proprio al fine di garantire che l'apprezzamento del giudice con riferimento a canoni e criteri extragiuridici sia circoscritto entro margini (di legge) precostituiti ed adeguare in tal modo la disposizione al principio di legalità, costituzionalmente garantito, che impone che gli interessi riconosciuti dalle norme sostanziali come diritti debbano ricevere adeguata tutela giurisdizionale (art. 24 cost.).

Al riguardo, la Corte costituzionale ha chiaramente ribadito che il giudizio equitativo resta un giudizio sillogistico, e non intuitivo, che non è, e non può essere, un giudizio extragiuridico. Il che evidentemente implica — anche alla luce della garanzia costituzionale del diritto alla tutela giurisdizionale — che i principi « informativi » della materia rappresentino delle regole (tratte dalla legge scritta) che il nostro giudice di equità deve rispettare nella formulazione del giudizio, venendo così a costituire la necessaria premessa del sillogismo giudiziale (svolgendo, in tal modo, lo stesso ruolo svolto dalle singole norme di legge nel giudizio di stretto diritto).

La tesi della Suprema Corte appare, quindi, chiaramente in contrasto con lo spirito e la *ratio* che sono alla base dell'intervento additivo della Consulta.

Appare, inoltre, priva di significato la distinzione tra principi « regolatori » — che non preesistono alle norme che regolano la materia, ma sono ricavabili, in via di generalizzazione, da quelle singole norme — e principi « informativi », a cui il legislatore si ispirerebbe nel porre una determinata regola e quindi sarebbero ad essa preesistenti e non desumibili dalla disciplina positiva della materia.

In ogni caso, infatti, i principi — anche se inespressi — non possono non essere tratti dalla normativa vigente posta dalle fonti ordinarie del diritto.

Se così è, appare incongrua anche l'ulteriore distinzione che la Suprema Corte fa discendere da quella sopra enunciata: l'assunto, cioè, che i principi « regolatori » rappresentavano per il conciliatore delle regole di giudizio mentre i principi « informativi » rappresenterebbero dei limiti « esterni ». Tale assunto, oltre a non trovare alcuna giustificazione nella pretesa preesistenza dei principi infor-

matori alla disciplina del diritto scritto, sembra contrastare anche con il generale carattere normativo dei principi, in quanto enunciati rivolti alla guida di un comportamento; carattere che non mi sembra possa essere messo seriamente in discussione.

Le considerazioni che precedono mostrano, da un lato, come non possa dubitarsi del generale carattere normativo dei principi di diritto, anche di quelli “informativi”. Dall'altro lato, inducono a ritenere che, al fine di ricostruire la portata e l'ambito dei “principi informativi della materia” e il ruolo da essi svolto nel giudizio equitativo, diventa essenziale chiarire il significato della duplice puntualizzazione fatta dalla Consulta, nel suo riferirsi ai principi “informativi” della “materia”.

Iniziando da quest'ultima locuzione, il riferimento alla “materia” può essere interpretato, quanto meno, in un duplice senso. In primo luogo, la “materia” può essere configurata come un insieme (più o meno limitato) di rapporti e situazioni giuridiche a cui è riconducibile anche quella oggetto di controversia. In secondo luogo, la “materia” può essere intesa, più specificamente, come “materia controversa”, cioè come singolo rapporto giuridico in contestazione.

Sembra preferibile la seconda opzione interpretativa: i principi richiamati dalla Consulta devono essere riferiti al singolo rapporto controverso ed essere quindi tratti dalla relativa disciplina normativa.

Innanzitutto, il riferimento alla “materia”, nel primo significato sopra individuato (come insieme, più o meno, limitato di rapporti e situazioni giuridiche), determinerebbe, senza dubbio, non poche incertezze nella sua delimitazione. Così, per “materia” potrebbe intendersi un intero settore della disciplina giuridica a cui sia riconducibile il rapporto in contestazione (ad esempio, il diritto del lavoro; il diritto amministrativo; ecc.); ovvero potrebbe intendersi una parte più limitata di tale settore, a cui sia più specificamente riconducibile la situazione sostanziale controversa (ad esempio, per limitarsi alle materie individuate dall'art. 117, 3° co., cost., la “tutela e sicurezza del lavoro”; il “governo del territorio”; ecc.). All'incertezza nella delimitazione della “materia” di riferimento farebbe da riscontro una eguale incertezza nella determinazione dei principi

applicabili, con inevitabili ripercussioni negative sulla stessa correttezza della decisione giudiziaria.

In secondo luogo, la stessa *ratio* della prescrizione dell'osservanza dei principi informatori, oggetto dell'intervento additivo della Corte Costituzionale, induce ad identificare la "materia" con il singolo rapporto controverso. Con tale prescrizione la Consulta ha, dichiaratamente, inteso conformare l'art. 113, 2° co., c.p.c. al principio costituzionale di legalità su cui si fonda tanto la garanzia di tutela giurisdizionale dei diritti (art. 24, comma 1 cost.), quanto la soggezione del giudice alla legge (art. 101, comma 2 cost.).

A me sembra che gli interessi riconosciuti dalle norme sostanziali come diritti possano ricevere adeguata tutela giurisdizionale soltanto in quanto il giudice d'equità adotti quale metro del suo giudizio degli enunciati normativi tratti dalla disciplina specifica di quella situazione sostanziale cui l'ordinamento accorda protezione, configurandola, appunto, quale diritto soggettivo. Se così non fosse, se cioè le "maglie" giuridiche entro cui si dovrebbe dispiegare la valutazione equitativa del giudice non fossero così strette, sarebbe assai elevato il rischio che il giudice possa negare la configurazione in termini di diritto soggettivo dell'interesse (normativamente) protetto e possa, quindi, negare in concreto la tutela giurisdizionale per quella determinata situazione giuridica sostanziale. Al fine di assicurare il rispetto della garanzia prevista dall'art. 24 cost., appare dunque inevitabile riferire i principi al singolo rapporto controverso.

Quanto al significato della locuzione "*informatori*", in disaccordo con quanto ritenuto dalla Corte di Cassazione, mi sembra che, anche alla luce delle considerazioni più sopra fatte e del significato etimologico dell'espressione, la prescrizione della Corte Costituzionale debba essere intesa come fatta alle norme di principio che regolano il rapporto controverso e gli danno "forma giuridica", nel senso che lo qualificano giuridicamente nei suoi elementi essenziali.

Il significato da attribuire ai "principi informatori della materia" non appare, quindi, molto distante da quello attribuito dalle Sezioni Unite, nel 1991, con riferimento al giudizio equitativo del conciliatore, ai "principi regolatori della materia": quest'ultimi, infatti, sono stati identificati con le norme (di diritto) costituenti le linee guida della disciplina del rapporto dedotto in giudizio, senza le quali quel tipo di rapporto non sussiste ovvero in forza delle quali il rapporto

passa da una configurazione all'altra (Cass., S.U., 15 giugno 1991 n. 6794, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1965; *Foro it.*, 1991, I, 2717 ss., con nota di MONNINI; *Corriere. giur.*, 1991, 998, con nota di DI NANNI; *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 554, con nota di ROTÀ).

Probabilmente, il ricorso della Consulta alla locuzione dei "principi informativi" può trovare spiegazione, da un lato, nella volontà di utilizzare una locuzione che, pur esprimendo un concetto non dissimile, non ripetesse tuttavia alla lettera quella ("principi regolativi") che era contenuta nel testo dell'art. 113, 2° co., e che era stata, poi, eliminata proprio dal legislatore nel 1991; dall'altro lato, nella volontà di sottolineare che i principi di diritto che regolano il giudizio equitativo vanno propriamente ricercati nelle norme (di principio, appunto) che danno forma al rapporto controverso, configurano cioè la fattispecie nei suoi elementi essenziali, e non di dettaglio: nel senso, cioè, che l'espressione "principi informativi" sembra far riferimento agli elementi indispensabili per poter riconoscere il rapporto controverso e così distinguerlo dagli altri.

Questa conclusione risulta confermata dalla modifica normativa dell'art. 339, 3° co., c.p.c. e dall'inclusione tra i motivi di appello della violazione dei principi « regolativi » della materia.

Difatti, il nuovo art. 339, 3° co., c.p.c., indirettamente (ma sicuramente), dispone che il giudice di pace deve osservare i principi « regolativi » della materia (la cui violazione è, infatti, deducibile con l'appello). Se si accedesse all'orientamento della Cassazione per cui i principi « regolativi » sono diversi dai principi « informativi », sarebbe inevitabile concludere che la norma avrebbe introdotto un nuovo criterio di giudizio, modificando indirettamente l'art. 113, 2° co., c.p.c. (che nulla ha a che fare con il giudizio di cassazione). Da qui l'eccesso di delega (v. artt. 1, 1°, 2° e 3° co., l. 14 maggio 2005, n. 80) e la conseguente incostituzionalità, per tale motivo, del nuovo art. 339, 3° co., c.p.c..

Sulla base di un'interpretazione che tenga conto del dato costituzionale, va allora negata ogni portata innovativa dell'art. 339, 3° co., c.p.c. rispetto all'art. 113, 2° co., c.p.c., così come riformulato dalla recente pronuncia della Corte costituzionale. Anzi, come si è giustamente rilevato (SASSANI), la prima disposizione « scioglie ogni dubbio, nel senso che il giudizio di equità deve assicurare l'osservanza dei principi regolativi della materia »; con questi dovendosi

identificare i principi « informativi » (re)introdotti dalla pronuncia della Corte costituzionale del 6 luglio 2004, n. 206.

Se così è, la prescrizione dell'osservanza dei principi « informativi » — « regolatori » comporta, se non vado errato, che anche nel giudizio equitativo il giudice deve procedere logicamente alla individuazione della fattispecie normativa astratta, *sia pure nei suoi elementi essenziali*, e alla conseguente qualificazione dei fatti controversi alla luce della suindicata fattispecie; mentre lo spazio lasciato alla valutazione equitativa del giudice è soprattutto quello della determinazione delle conseguenze giuridiche.

In effetti, la soggezione del giudizio di equità necessario alle medesime regole procedimentali del giudizio di diritto implica che anche nel primo operi il principio dispositivo, con conseguente vincolo del giudice alla domanda delle parti, nel senso che la decisione finale si risolverà nel riconoscere fondati i fatti costitutivi dedotti dall'attore o le eccezioni sollevate dal convenuto. I fatti sono dedotti dall'attore nella domanda o dal convenuto nella risposta, non in quanto tali, cioè come meri fatti storici, ma in quanto generatori di un diritto o di un dovere alla luce di una norma giuridica che li contempla. Essi, insomma, vengono dedotti in giudizio nella loro qualificazione giuridica e il giudice, nell'accertare l'esistenza o meno di un fatto, lo accerta così come dedotto dalle parti, attraverso un giudizio che è insieme di fatto e di diritto, vale a dire un giudizio giuridico. Discende, da ciò, che il *proprium* del giudizio equitativo, nel suo formarsi nella dinamica del processo, è rappresentato dalla necessità per il giudice di attenersi alla fattispecie normativa produttiva degli effetti, con la conseguente possibilità di incidere in via equitativa sulla determinazione delle conseguenze giuridiche.

L'odierno vincolo dell'osservanza dei “principi informativi della materia” (*rectius*: « principi regolatori della materia ») — nella interpretazione sopra prospettata — non smentisce certo la ricostruzione di cui sopra; impone al giudice, nella determinazione delle conseguenze giuridiche in base ai principi equitativi, di non irrogare delle conseguenze, degli effetti che siano in contrasto con le norme (di principio) che danno forma al rapporto controverso, configurano cioè la fattispecie nei suoi elementi essenziali, e non di dettaglio. In altri termini, il giudice di pace non può, in nome dell'equità,

determinare degli effetti concreti che si giustificano, sul piano concettuale, soltanto in conseguenza di un'alterazione della fattispecie normativa, quale configurata, nei suoi elementi essenziali, e non di dettaglio, dai principi "informativi".

In via esemplificativa si potrebbe ipotizzare una controversia relativa alla restituzione di un pagamento reputato dall'attore non dovuto, in quanto effettuato nell'osservanza di una legge vigente ma ingiusta (almeno nella considerazione di una certa comunità sociale). Se non cado in errore, il principio "informatore" del rapporto controverso (desumibile dall'art. 2033 c.c.) può, nella specie, essere riassunto nella nullità dei pagamenti privi di causa giustificativa: l'obbligo della restituzione discende, con tutta evidenza, dal difetto della *causa debendi*. Nel caso in esame, per quanto ingiusta, la norma di legge, se ancora in vigore, esclude la nullità del pagamento a motivo della sua perdurante efficacia imperativa. In nome dell'equità il giudice di pace non potrebbe condannare il percettore alla restituzione. Se lo facesse andrebbe ad alterare la qualificazione giuridica del rapporto nei suoi elementi essenziali, in base ai quali si può, appunto, affermare che l'indebito ricorre quando un pagamento è nullo per difetto di causa.

4.2. *Il nuovo appello a motivi "limitati": violazione di norme del diritto sostanziale.*

Alla luce della disamina appena condotta è possibile individuare la portata del rimedio previsto dall'art. 339, 3° comma, c.p.c. e l'ambito del controllo del giudice di appello con riguardo alla violazione di norme del diritto sostanziale.

Come si è più sopra rilevato, i principi "informativi" vanno identificati, nella sostanza, con i principi "regolatori" e, quindi, con le norme (di principio, appunto) che danno forma giuridica al rapporto controverso, che lo qualificano giuridicamente nei suoi elementi essenziali e non di dettaglio. Norme che il giudice di pace deve comunque osservare, potendosi per il resto dispiegare la sua valutazione equitativa in ordine alla determinazione degli effetti, anche attraverso la disapplicazione delle norme di dettaglio. Riprendendo un esempio già fatto da altri in passato (SASSANI), va rilevato che in una controversia relativa a vizi della cosa venduta il principio

“informatore” — “regolatore” può essere rinvenuto nell’obbligo del venditore di garantire il compratore per i vizi che rendono la cosa inidonea all’uso; sembra invece non essenziale alla configurazione del rapporto il termine legale (otto giorni) entro cui effettuare la denuncia. In base alle concrete circostanze il giudice di pace potrebbe quindi ritenere congrua ed equa la circostanza che la denuncia sia avvenuta oltre gli otto giorni, sempre che venga riscontrata l’inidoneità all’uso della cosa venduta.

Il controllo impugnatorio del giudice di appello — quanto all’applicazione del diritto sostanziale — avrà ad oggetto (oltre che la violazione di norme costituzionali e comunitarie) la violazione dei “principi regolatori della materia”, così come più sopra configurati. Compito del tribunale sarà quello di distinguere tra le norme di principio, che qualificano nelle linee essenziali il rapporto controverso (nell’esempio fatto, obbligo del venditore alla garanzia per vizi), e le norme di dettaglio, che il giudice di pace può anche disapplicare in nome dell’equità (nell’esempio, termine per la denuncia dei vizi). Soltanto la violazione del primo tipo di norme sarà deducibile quale motivo di appello.

4.3. (Segue): *violazione di norme del procedimento.*

Non meno problematica è la previsione dell’appellabilità per “violazione di norme sul procedimento”. Fermo restando che l’espressione non può essere intesa alla lettera, come riferita alle sole norme strettamente “procedimentali” e non anche alle disposizioni che presentano comunque un carattere “processuale”, essa rimanda alla individuazione dei caratteri differenziali tra le norme processuali e le norme sostanziali. A tale distinzione ricollega, poi, evidenti conseguenze sul piano applicativo: la violazione delle prime può essere senz’altro dedotta in appello, mentre la violazione delle seconde può essere dedotta solo se si tratti di disposizioni espressive di principi regolatori della materia (ovvero di norme di rango superiore).

La distinzione tra diritto “sostanziale” e diritto “processuale” appare, certamente, controversa.

Volendo fare solo un cenno alla questione e messo da parte il criterio formale del luogo in cui è collocata la singola norma, si può

sinteticamente ricordare che la linea di confine tra i due complessi normativi è stata, di volta in volta, ricercata facendo riferimento ora alla struttura della norma — cioè alla fattispecie, alle situazioni giuridiche da questa regolate —, ora alla funzione, cioè agli effetti che da questa scaturiscono.

La complessa realtà normativa dimostra probabilmente l'estrema difficoltà di adottare un criterio di carattere generale. In altri termini, “i riferimenti concreti al processo, in virtù dei quali origina il dubbio se si tratti di norma processuale oppure no, sono forse troppi perché si possa attingere un criterio sceveratore valido sempre e comunque” (PANZAROLA).

Appaiono, quindi, evidenti le difficoltà che possono insorgere nel delimitare l'ambito del controllo del giudice di appello, a seconda che si lamenti la violazione di una norma processuale (sindacabile *tout court*) o di una norma sostanziale (sindacabile solo se espressiva di un principio regolatore della materia). Ciò, soprattutto, in relazione a quei settori e norme giuridiche che più hanno dato luogo a dubbi. A mero titolo esemplificativo, si pensi alla disciplina delle prove, con riferimento sia alla regola di giudizio dell'onere della prova, sia agli effetti processuali (probatori) dei vari mezzi di prova — specialmente se ricollegati ad atti sostanziali quali l'atto pubblico o la scrittura privata —, sia alle regole relative ai limiti di ammissibilità e all'assunzione. Si pensi, ancora, alle norme che disciplinano la cosa giudicata sostanziale (2909 c.c.) o l'interruzione della prescrizione (artt. 2943, primo e secondo comma, c.c. e 2945 c.c.), che sembrano regolare effetti sostanziali di atti processuali. Si pensi, infine, alla problematica disciplina del fenomeno comunemente noto come “cessazione della materia del contendere” (parte della giurisprudenza ritiene che la cessazione della materia del contendere sia un fenomeno a carattere processuale, in quanto avrebbe come conseguenza il venir meno del potere del giudice di statuire sul merito; con la conseguenza che la relativa sentenza sarebbe inidonea a fare stato di cosa giudicata sostanziale sul rapporto controverso: in tal senso, cfr., ad esempio, Cass., Sez. Un., 18 maggio 2000, n. 368 e Cass., Sez. Un., 28 settembre 2000, n. 104, in *Foro it.*, 2001, I, c. 954, con nota di A. SCALA; Cass. 3 marzo 2003, n. 3122; Cass. 11 giugno 2004, n. 10478; altra parte della giurisprudenza ritiene che la cessazione della materia del contendere incide-

rebbe direttamente sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio, con la conseguenza che la sentenza che la dichiara costituisce una decisione di rigetto della domanda nel merito: Cass. 8 maggio 1992, n. 5506; Cass. 15 maggio 1998, n. 4918, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1781; Cass. 10 settembre 2004, n. 18255).

4.4. (Segue): *il controllo sul giudizio di fatto.*

Secondo le prime pronunce dei giudici di merito, qualora l'appellante, nel proporre appello avverso le decisioni equitative del giudice di pace, chieda una rinnovazione degli apprezzamenti di fatto compiuti dal primo giudice, l'impugnazione proposta è inammissibile (Trib. Roma, 23 aprile 2007, consultata nella banca dati *dejure.giuffre.it.*).

In effetti, se ci si fermasse alla lettera della disposizione, i motivi di appello dovrebbero essere circoscritti soltanto (“*esclusivamente*”) alle violazioni di legge sopra indicate. Ci troveremmo, dunque, di fronte ad un “appello anomalo”, una sorta di nuova impugnazione a “critica vincolata”, con la quale non sarebbero deducibili, di regola, “gli errori attinenti alla valutazione delle prove o comunque alla ricostruzione dei fatti (extraprocessuali)”.

Accedendo a questa ricostruzione sarebbe inevitabile la conclusione che la nuova impugnazione, pur portandone il nome, non avrebbe dell'appello quelle che potrebbero essere definite come le sue connotazioni fondamentali e distintive. Mi riferisco, ovviamente, alla natura devolutiva e sostitutiva dell'appello e alla sua caratteristica di essere impugnazione a critica libera, utilizzabile per far valere anche la mera ingiustizia della sentenza di primo grado, oltre che i suoi specifici vizi (*in procedendo* o *in iudicando*).

Siffatta conclusione non può non lasciare insoddisfatti. In primo luogo, perché il nuovo appello sarebbe una specie di duplicato (*rectius*: anticipazione) del giudizio di cassazione; in quanto tale, si tratterebbe di un'impugnazione del tutto inutile. In secondo luogo, perché, conseguentemente, risulterebbe sacrificato il diritto di difesa delle parti, in considerazione del mero valore economico della controversia. Il che vuol dire che le esigenze di giustizia sostanziale — a cui dà adeguata risposta l'appello, inteso come mezzo di gravame a critica libera — verrebbero nella specie sacrificate in

nome dell'equità, cioè di un metro di giudizio che, per definizione, dovrebbe essere maggiormente rispondente a tali esigenze.

Certamente, non tutto ciò che attiene alla ricostruzione dei fatti operata dal giudice di pace resterebbe fuori dal nuovo giudizio di appello limitato. In particolare, se si ritiene che il nuovo art. 339, terzo comma, c.p.c. faccia riferimento alla violazione di norme "processuali" (e non quelle sul procedimento in senso stretto) e si interpreta in senso ampio tale locuzione, ricomprendendovi, ad esempio, tutte le norme sulle prove (ivi compresa la regola sull'onere della prova), pure nel nuovo giudizio di appello la decisione di primo grado potrebbe essere censurata anche in ordine al giudizio di rilevanza e ammissibilità delle prove, o all'erronea applicazione della regola sull'onere della prova, ecc.

Resterebbero, tuttavia, estranee a tale giudizio tutta una serie di rilevanti ipotesi. A titolo esemplificativo, si può richiamare la possibilità di chiedere al giudice di appello una nuova e diversa valutazione del materiale probatorio assunto dal giudice di primo grado; la possibilità di chiedere un controllo sull'esercizio dei poteri discrezionali del giudice di primo grado; nonché, la possibilità di proporre appello avverso la sentenza di equità sottoponendo al giudice di secondo grado delle nuove prove, sull'assunto che esse siano "indispensabili" ai fini della decisione ovvero che la parte si sia trovata nell'impossibilità di dedurle in primo grado (art. 345 c.p.c.).

Si tratta di "censure" o di attività nuove prospettabili nell'ordinario giudizio di appello, in quanto il giudice di tale impugnazione è anch'esso un giudice di merito, cui competono, almeno in linea di principio, poteri del tutto analoghi a quelli che spettavano al giudice di primo grado. Esse non sarebbero, invece, deducibili nel nuovo appello "limitato" avverso le sentenze di equità del giudice di pace.

Non mi sento, tuttavia, di condividere questa conclusione, che presuppone — almeno dal punto di vista logico — l'inquadramento del nuovo appello "limitato" nell'ambito delle impugnazioni in senso stretto, più precisamente dei rimedi eliminatori che hanno come funzione immediata la rescissione della sentenza impugnata.

In senso contrario depone soprattutto il fatto che alla nuova impugnazione — espressamente qualificata come "appello" — si applica la disciplina dettata, in generale, per tale giudizio. Se così è, l'oggetto dell'impugnazione (non è la sentenza di prime cure, ma) la

controversia, così come prospettata in primo grado. È sufficiente qui richiamare l'art. 342 c.p.c., che rinvia alle indicazioni prescritte dall'art. 163 c.p.c., per cui la citazione in appello — accanto ai motivi di impugnazione — deve riprodurre i medesimi contenuti della domanda introduttiva, che restano immutati. Si pensi, ancora, al fatto che mancano apposite disposizioni per la sentenza di appello: con la conseguenza che, in virtù del rinvio generale di cui all'art. 359 c.p.c., le pronunce di secondo grado avranno i medesimi contenuti di quelle di primo, salve le ipotesi (di rimessione al primo giudice) previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c. Perfettamente consonante con questi rilievi è, poi, il fermo orientamento giurisprudenziale (cfr., per tutte, Cass. 7 marzo 2003, n. 3424, in *Foro it.*, 2003, I, 3080) secondo cui, salve le ipotesi sopra richiamate, non è ammissibile per difetto di interesse l'appello che si fondi unicamente su vizi di nullità del giudizio di primo grado, senza invocare anche una diversa decisione sul merito della controversia; proprio perché l'appello è diretto non alla mera eliminazione di un atto illegittimo, ma alla rinnovazione del giudizio di merito.

Il nuovo art. 339, 3° co., c.p.c. va, dunque, armonizzato con la disciplina ed i principi generali dell'appello. Quest'ultimo costituisce, comunque, un secondo grado di merito in cui il giudizio di primo grado può venire interamente rinnovato, non come semplice esame della sentenza di primo grado, ma come nuovo esame della causa, sia pure nei limiti della domanda di appello; con la conseguenza che la sentenza di secondo grado è destinata a sostituirsi a quella di primo grado nel determinare un nuovo regolamento della controversia.

Ciò, da un lato, induce ad escludere che l'appello "limitato" sia una impugnazione in senso stretto, di tipo rescindente, anziché sostitutiva. Dall'altro lato, induce a ritenere che la disposizione in esame, piuttosto che individuare un numero chiuso di vizi della sentenza (esclusivamente) deducibili con l'appello, abbia inteso delimitare l'oggetto del giudizio, escludendo che in esso possa rientrare il riesame della regola equitativa enunciata ed applicata dal giudice di pace, a meno che questa non sia stata formulata in violazione delle norme di rango superiore e dei principi regolatori ovvero risulti inadeguata a risolvere la controversia in dipendenza della violazione di norme processuali.

L'appello avverso le sentenze d'equità del giudice di pace conserva, allora, il carattere devolutivo e sostitutivo tipico del gravame, con l'unico "limite" costituito dall'intangibilità della regola equitativa enunciata ed applicata dal giudice di primo grado.

La parte soccombente, senza dedurre la violazione di norme di rango superiore o dei principi regolatori della materia, potrà, ad esempio, chiedere al giudice di appello una nuova e diversa valutazione delle prove assunte in primo grado e, quindi, una diversa ricostruzione dei fatti a cui applicare il principio regolatore correttamente individuato dal giudice di primo grado.

Riprendendo l'esempio già fatto dell'azione per garanzia di vizi della cosa venduta, fermo restando il principio regolatore per cui il venditore ha l'obbligo di garantire il compratore dai vizi che rendono la cosa venduta inidonea all'uso, si potrà chiedere al tribunale una nuova valutazione delle prove relative all'inidoneità della cosa, fatto rilevante per l'applicazione del suindicato principio.

Al tribunale si potrà, forse, chiedere anche un diverso apprezzamento dei fatti relativi alla valutazione equitativa del giudice di pace; ferma restando, però, l'intangibilità della regola equitativa da questi enunciata. Continuando nell'esempio, se il giudice d'equità ha statuito che la denuncia dei vizi può non essere effettuata negli otto giorni, ma può avvenire anche successivamente in un termine congruo, mi sembra che questo enunciato debba restare intangibile. Peraltro, ove il giudice di pace abbia ritenuto in sentenza che la denuncia sia stata fatta (ad esempio, in forma orale), sia pure oltre il termine di legge, la parte soccombente potrà richiedere in appello una diversa valutazione del materiale probatorio già acquisito, diretta a dimostrare che non è stata data la prova della effettuazione della denuncia. Questa valutazione non inciderebbe sulla regola equitativa — secondo cui la denuncia va fatta, sia pure in un termine congruo più ampio di quello legale — ma, proprio in applicazione di tale regola, condurrebbe alla riforma della sentenza, sull'assunto della inesistenza della denuncia.

4.5. *Natura della decisione del giudice di appello; sua ricorribilità in cassazione.*

Salvo quanto si dirà più avanti con riferimento ai casi in cui il

giudice di pace abbia fatto applicazione dello stretto diritto, mi sembra che dalle osservazioni appena fatte possa trarsi un'ulteriore conseguenza. Il giudizio di appello contro la pronuncia di equità del giudice di pace partecipa della medesima natura di quello di primo grado: la pronuncia emessa dal tribunale va, quindi, considerata — salva la riserva appena fatta — come una decisione equitativa di secondo grado.

Innanzitutto, la natura sostitutiva dell'appello impedisce di ritenere che il giudizio di secondo grado sia sempre e comunque un giudizio di diritto, quanto meno in caso di rigetto nel merito (che comporta una pronuncia conforme a quanto deciso in via equitativa in primo grado). Ove poi si negasse siffatta natura sostitutiva e si ritenesse che, in caso di rigetto, la definitiva disciplina del rapporto sia contenuta nella sentenza di primo grado, si dovrebbe comunque giungere alla conclusione che la controversia sarebbe decisa in base all'uno o all'altro metro di giudizio (equità o diritto) *secundum eventum litis*: a seconda, cioè, che la pronuncia di primo grado venga confermata o riformata dal tribunale. Si tratterebbe di risultato inaccettabile dal punto di vista sistematico.

La natura equitativa della pronuncia di secondo grado emerge, poi, con maggiore chiarezza se si segue l'impostazione qui ritenuta preferibile in ordine alla natura e all'ambito del nuovo giudizio di appello "limitato". Se il tribunale può procedere ad una nuova valutazione delle prove e ad una diversa ricostruzione dei fatti, ferma restando la regola equitativa enunciata dal giudice di pace, la pronuncia di appello sarà certamente una decisione equitativa.

Alla stessa conclusione può pervenirsi nel caso in cui l'appello sia stato proposto per violazione di norme di rango superiore o dei principi regolatori della materia, quando l'impugnazione venga ritenuta fondata e la regola di equità formulata dal giudice di pace non sia più utilizzabile, proprio perché in contrasto con le norme e i principi di diritto suindicati. Come pure, nel caso in cui venga accertata la lamentata violazione di norme processuali (non rientrante nel novero delle nullità che comportano la rimessione al primo giudice *ex artt. 353 e 354 c.p.c.*) e, a seguito della rinnovazione in appello degli atti viziati, la regola equitativa formulata dal giudice di pace risulti ormai inadeguata a risolvere la controversia. Infine, se si muove dalla natura sostitutiva della pronuncia di secondo grado, la

decisione del tribunale avrà natura equitativa anche quando venga rigettato nel merito l'appello proposto avverso la sentenza di equità del giudice minore. La controversia sarà ormai regolamentata dalla decisione (conseguente al rigetto nel merito) adottata dal tribunale in conformità a quanto deciso in via equitativa in primo grado.

Nel prescrivere la decisione secondo equità nelle cause di valore non eccedente millecento euro, l'art. 113, 2° co., c.p.c. si riferisce, è vero, direttamente al giudice di pace. La norma, tuttavia, è stata così formulata con riferimento al previgente sistema, caratterizzato dalla inappellabilità delle sentenze di equità necessaria. A seguito della recente riforma, l'art. 339, terzo comma, prevede per le medesime controversie soggette a decisione equitativa un nuovo giudizio di merito in secondo grado (prima non contemplato dall'ordinamento). Sembra, quindi, logico ritenere, per evidenti ragioni sistematiche, che il metro di giudizio da seguire per la nuova decisione non possa non essere che quello indicato dall'art. 113, secondo comma, c.p.c. Né a questa conclusione si potrebbe opporre la circostanza che il giudice di pace sia un giudice esclusivamente d'equità: egli decide, infatti, in via equitativa le sole cause indicate nella disposizione appena richiamata; mentre decide secondo diritto tutte le altre di sua competenza. Simmetricamente, il tribunale è giudice di equità quando giudica in appello delle controversie del primo tipo; è, viceversa, giudice di diritto quando giudica in appello delle cause del secondo tipo.

Va, dunque, ribadito che l'art. 113, 2° co., c.p.c. ed il metro di giudizio ivi previsto si applicano anche al tribunale, quando questi è giudice di appello avverso le sentenze di equità del giudice di pace.

Conseguentemente, salva l'ipotesi in cui la sentenza sia stata emessa secondo lo stretto diritto (v. paragrafo seguente), il ricorso per cassazione nei confronti delle pronunce d'appello potrà essere proposto — oltre che per i motivi indicati nei nn. 1, 2, 4 e 5 dell'art. 360 — anche per violazione di norme costituzionali e comunitarie ovvero dei principi regolatori della materia (art. 360, n. 3, c.p.c.), ossia in relazione a quelle norme e principi di diritto che il giudice di equità deve comunque osservare (come ribadito dal nuovo art. 339, terzo comma, c.p.c.).

4.6. *Applicazione di un criterio di giudizio diverso da quello previsto dalla legge e motivi di appello.*

Sciogliendo la riserva di cui sopra, è necessario da ultimo occuparsi del problema relativo alla individuazione delle sentenze soggette al nuovo regime di appellabilità “limitata”. Per quanto attenuate — almeno nell’interpretazione proposta in queste pagine — le differenze tra appello “ordinario” e appello “limitato” restano. Da qui la necessità di distinguere tra le pronunce assoggettate all’uno o all’altro regime; essendo chiaro che la proposizione dell’appello avverso le sentenze d’equità per uno dei motivi non ricompresi tra quelli ammessi comporta la declaratoria di inammissibilità dell’impugnazione.

La questione si pone, in primo luogo, quando il giudice di pace abbia dichiaratamente emesso la propria pronuncia secondo lo stretto diritto in una causa in cui avrebbe dovuto decidere secondo equità, perché di valore non superiore a millecento euro né relativa ad un contratto di massa *ex art.* 1342 c.c..

Stante l’inappellabilità delle sentenze equitative del giudice di pace, nel sistema previgente tale questione riguardava, soprattutto, l’individuazione del mezzo di impugnazione proponibile: appello o ricorso per cassazione.

Secondo l’indirizzo maggioritario formatosi anteriormente alla modifica dell’art. 339, 3° co., c.p.c. l’individuazione del mezzo di impugnazione esperibile avverso le sentenze del giudice di pace avviene in funzione della domanda, con riguardo al suo valore (ai sensi degli artt. 10 e ss. c.p.c.) ed all’eventuale rapporto contrattuale dedotto (contratto di “massa”, o meno) e non del contenuto concreto della decisione e del criterio decisionale adottato (equitativo o di diritto) (cfr. Cass., Sez. Un., 23 settembre 1998, n. 9493, in *Giust. civ.* 1998, I, p. 2433; Cass., Sez. Un., 14 dicembre 1998, n. 12542, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 390; Cass. 20 aprile 2005, n. 8294; Cass. 15 luglio 2005, n. 15028; Cass., Sez. Un., 16 giugno 2006, n. 13917, in *Foro it.*, 2007, I, 1366, con nota di RUGGIERI; da ultimo, Cass. 19 maggio 2009, n. 11590, in *Guida dir.*, 2009, 35, 30); conseguentemente, contro le sentenze, anche se di diritto, pronunciate nelle cause di valore inferiore a millecento euro (nelle quali l’art. 113, 2°

co., prescrive la decisione equitativa) risulta esperibile sempre il ricorso in Cassazione, e non l'appello.

Questo indirizzo appariva condivisibile nel momento in cui affermava il principio — pienamente rispondente ad esigenze di certezza, particolarmente avvertite con riferimento al diritto processuale — per cui l'individuazione del mezzo di impugnazione dipende dal criterio di giudizio prescritto dalla legge e non da quello in concreto adottato dal giudice.

Oggi, il problema non concerne più l'individuazione del mezzo di impugnazione proponibile (in ogni caso, l'appello), bensì l'ambito ed il tipo di controllo che il giudice di secondo grado può esercitare.

Non sembra, al riguardo, convincente la conclusione secondo cui, nelle cause soggette a decisione equitativa, la sentenza del giudice di pace, anche se emessa secondo lo stretto diritto, altro non sarebbe che una pronuncia equitativa, contenente una affermazione, esplicita o implicita, della coincidenza tra diritto ed equità.

A ben vedere, l'art. 113, secondo comma, c.p.c. conferisce al giudice di pace il "potere" di decidere secondo equità. Come per ogni potere dell'organo pubblico, il suo esercizio non può essere rimesso all'arbitrio del giudicante: il giudice di pace può disapplicare le norme non rilevanti al fine di delineare la fattispecie nelle sue linee essenziali, e determinare così, in base alla propria valutazione equitativa, effetti diversi da quelli previsti dalla legge; sempre che vi siano, però, delle ragioni peculiari alla controversia che giustificano detta disapplicazione.

Come si è giustamente rilevato, la decisione equitativa scaturisce da un procedimento, che è il medesimo della decisione secondo diritto, caratterizzato dal principio dispositivo. Evidentemente, se le parti non allegano fatti idonei a consentire la deviazione dalla disciplina generale — né tali fatti risultano dagli atti di causa — il giudice non può non decidere secondo diritto. Discende da ciò che la pronuncia non può essere considerata di equità sol perché l'art. 113, secondo comma, conferisce al giudicante un potere di decisione equitativa. Ove il decidente dichiara di aver deciso secondo diritto (usi o meno la formula della "coincidenza" del diritto con l'equità) il provvedimento emesso è una pronuncia di diritto e non di equità.

Se, in assenza di peculiarità di specie, il giudice di pace ha applicato la legge, la sua decisione deve poter essere controllata dal

tribunale come una decisione di diritto. Va, quindi, escluso che nella specie l'appello debba essere "limitato", secondo quanto previsto dall'art. 339, terzo comma, alla violazione delle norme di rango superiore e dei principi regolatori. La sentenza pronunciata dal tribunale sarà anch'essa una pronuncia di diritto, soggetta a sua volta a ricorso per cassazione per tutti i motivi previsti dall'art. 360 c.p.c. (senza alcuna limitazione).

Può verificarsi anche il caso inverso a quello fin qui preso in esame. Il giudice di pace può pronunciare (per errore) una decisione dichiaratamente d'equità in una controversia da decidere secondo diritto, perché di valore superiore a millecento euro o relativa ad un contratto concluso ai sensi dell'art. 1342 c.c.

Mi pare che la pronuncia sia appellabile senza limitazioni. Il nuovo art. 339, terzo comma, c.p.c. prevede, infatti, l'appello "limitato" per le sentenze pronunciate secondo equità "a norma" dell'art. 113, secondo comma. Nel caso di specie la decisione è stata emessa secondo equità ma *in violazione* della disposizione suindicata, trattandosi di controversia nella quale, proprio in forza di quanto disposto da tale norma, il giudice avrebbe dovuto pronunciare secondo diritto. In effetti, nelle ipotesi non ricomprese nell'art. 113, secondo comma, c.p.c. le parti hanno diritto ad una decisione di stretta legalità.

In conclusione, nel caso in esame è proponibile l'appello "ordinario". Il tribunale, rilevato l'errore in cui è incorso il giudice di pace, deciderà la controversia applicando lo stretto diritto. La sentenza di appello sarà soggetta a ricorso per cassazione, per tutti i motivi previsti dall'art. 360 c.p.c., come una qualsiasi sentenza di diritto.

5. *Il giudizio di equità concordato (art. 114 c.p.c.).*

Passando ora all'analisi più specifica del giudizio di equità previsto dall'art. 114 c.p.c., si è già rilevato che tale giudizio trova il suo fondamento in un accordo delle parti, di natura dispositiva, come emerge con chiarezza dal dettato normativo della disposizione *de qua* e dalle condizioni, ivi previste, per la pronuncia secondo equità.

Condizione prima della pronuncia equitativa è che il merito della causa abbia ad oggetto diritti disponibili. L'altro presupposto della pronuncia equitativa è rappresentato dalla richiesta “*concorde*” delle parti.

5.1. *Struttura e limiti del giudizio equitativo ex art. 114 c.p.c.*

Alla luce dei suindicati presupposti, per le ragioni già evidenziate (v. §§ 2 e 3), il vincolo dell'osservanza dei “principi informatori della materia” che caratterizza il giudizio di equità necessario non opera nel giudizio di equità *ex art. 114 c.p.c.*

Questo rilievo non induce, tuttavia, ad affermare che, in caso di equità concordata, il giudice debba necessariamente formulare la regola decisoria in relazione al fatto controverso, con un giudizio di tipo intuitivo nel quale la decisione si originerebbe direttamente dal fatto, come pure da molte parti si sostiene.

Anche nel caso dell'equità concordata, il giudizio sembra essere di tipo sillogistico e non può prescindere dalle norme sostanziali che regolano la situazione controversa (Cass. 13 novembre 1973, n. 3001). Tuttavia, a differenza che nel giudizio di equità necessario, il giudice — sulla base di una valutazione equitativa che tiene conto delle particolarità del caso che giustificano, appunto, il distacco dallo stretto diritto — può procedere alla disapplicazione anche delle norme fondamentali che regolano il rapporto controverso (i “principi informatori”, appunto, che invece devono essere osservati nel giudizio di equità davanti al giudice di pace) e determinare, quindi, delle conseguenze giuridiche tali da implicare, sul piano logico, una alterazione anche degli elementi essenziali della fattispecie normativa di riferimento (oltre che degli elementi di dettaglio della medesima).

Decisivo appare, al riguardo, il rilievo secondo cui il procedimento che conduce alla sentenza di equità non differisce da quello che conduce alla pronuncia secondo diritto (v. *infra*).

Ciò si evince, del resto, dall'art. 112 disp. att. c.p.c. Anche se avanzata *in limine litis*, la richiesta di decisione equitativa deve essere ribadita al momento della precisazione delle conclusioni. Sino a tale momento non si sa se detta richiesta sarà confermata; non è, perciò, concepibile che l'anteriore procedimento sia influenzato da

un esito secondo equità. Addirittura, la richiesta può essere avanzata per la prima volta in sede di precisazione delle conclusioni. In tal caso, tutte le attività svolte nella fase introduttiva e nella fase di trattazione avranno fatto necessariamente riferimento alle norme di diritto che regolano il rapporto controverso. I fatti saranno stati dedotti dall'attore nella domanda, o dal convenuto nella risposta, non in quanto tali, cioè come meri fatti storici, ma in quanto generatori di un diritto o di un dovere alla luce della norma giuridica che li contempla. Sempre alla luce delle norme di diritto le parti avranno precisato domande ed eccezioni (art. 183 c.p.c.). Allo stesso modo, sempre in considerazione della fattispecie normativa astratta generatrice del diritto in contestazione, il giudice istruttore avrà proceduto al giudizio di rilevanza ed ammissibilità delle prove; e via discorrendo. La richiesta di decisione equitativa può, infine, essere avanzata per la prima volta in appello (art. 114 c.p.c.), dopo che è stata pronunciata una sentenza secondo diritto che, in ordine alla qualificazione giuridica dei fatti e alla valutazione giuridica delle loro conseguenze, non può non costituire il punto di partenza della valutazione equitativa del giudice di secondo grado.

Sembra, allora, inevitabile la conclusione secondo cui la finale decisione di equità — non diversamente da quella di stretto diritto — rappresenta, comunque, il risultato del c.d. *sillogisma* del giudice, quale sintesi di due momenti — giudizio di diritto e giudizio di fatto — nei quali è possibile ravvisare la premessa maggiore e la premessa minore dello stesso *sillogisma*. Certamente, le operazioni logiche che il giudice compie nel rendere il giudizio sono assai complesse — soprattutto nell'intreccio e nella parziale sovrapposizione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto — e sono riconducibili allo schema sillogistico soltanto a prezzo di una considerevole semplificazione; nondimeno, a tale schema è riconducibile anche la decisione di equità *ex art.* 114 c.p.c., oltre alla decisione secondo diritto e alla pronuncia equitativa del giudice di pace.

La vera differenza tra equità necessaria ed equità concordata va, allora, ricercata nella circostanza che, nel secondo caso, la disapplicazione della disciplina normativa può riguardare anche le norme fondamentali (“principi informativi”) che regolano il rapporto controverso.

Discende da ciò un'ulteriore conseguenza. La natura sillogistica del giudizio sminuisce l'importanza della questione relativa al carattere soggettivo o oggettivo della regola equitativa (per i termini della questione, v. *supra*). Ciò che conta veramente è che detta regola — anche se tratta dal personale sentimento di giustizia del giudice — venga manifestata dal giudicante alle parti prima della pronuncia della sentenza; in maniera tale che esse possano conoscere il parametro “normativo” della decisione (si cui si fonderà il giudizio che rappresenta la premessa maggiore) e possano individuare, in relazione ad esso, i fatti rilevanti e articolare i mezzi di prova (che saranno oggetto del giudizio che rappresenta la premessa minore). Sul punto, ritornerò nel prossimo paragrafo.

5.2. *Procedimento e decisione nel giudizio ex art. 114 c.p.c.*

I poteri equitativi del giudice autorizzato a decidere secondo equità vanno rigorosamente delimitati alla decisione di merito e non possono comportare la disapplicazione delle norme che regolano il procedimento (come del resto si ritiene comunemente anche per il giudizio di equità necessario). Da un lato, l'art. 114 c.p.c. circo-scrive al “merito” l'intervento equitativo del giudice. Dall'altro lato, la previsione dell'art. 112 disp. att. c.p.c. conferma che la prospettiva della decisione equitativa non può influenzare l'andamento del procedimento (v. *supra*).

Qualche ulteriore precisazione è, tuttavia, necessaria in ordine al principio di allegazione dei fatti e alla regola di giudizio dell'onere della prova.

Dalla già evidenziata struttura sillogistica del giudizio di equità concordato discende — come si è già rilevato (*supra*) — che il giudice deve manifestare alle parti la regola equitativa che intende adottare. Alla stregua di tale regola possono diventare rilevanti per la decisione degli elementi di fatto altrimenti irrilevanti in base allo stretto diritto; e viceversa. Sembra insito nella discrezionalità del giudice di equità “rilevare” tali fatti, pur se formalmente non allegati dalla parte interessata, sempre che essi siano stati comunque introdotti in giudizio (a mezzo di scritti difensivi della controparte, di interrogatorio libero, ecc.). Ove il giudice non indichi preventivamente alle parti la regola di equità e i fatti per essa rilevanti, la

sentenza dovrebbe essere nulla per violazione del diritto di difesa (art. 24 cost.) e del dovere del giudice di sottoporre alle parti le questioni rilevabili d'ufficio (art. 183 c.p.c.).

Consegue da ciò che la regola dell'onere della prova può trovare applicazione nel giudizio di equità soltanto se il fatto sia stato "allegato" dalla parte onerata ovvero sia stato "rilevato" dal giudice sulla base di quanto risulta dagli atti e sottoposto al contraddittorio delle parti secondo quanto disposto dall'art. 183 c.p.c..

La decisione equitativa deve essere adeguatamente motivata. Ciò discende, innanzitutto, dalla già evidenziata applicabilità al giudizio di equità concordato delle norme processuali che regolano il giudizio di diritto, tra le quali anche l'art. 132, n. 4 c.p.c. (che indica la motivazione, in fatto e in diritto, come uno dei requisiti della sentenza), integrato dall'art. 118 disp. att. c.p.c. che, al 2° co., prevede, tra l'altro, l'esposizione delle ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione. La necessità che la sentenza sia motivata anche in ordine all'applicazione della regola equitativa discende, inoltre, dalla già evidenziata struttura sillogistica del giudizio di equità concordato (*supra*). Nella motivazione della sentenza il giudice, prendendo le mosse dalla individuazione della fattispecie normativa astratta applicabile alla controversia — che, come si è visto, rappresenta la fondamentale premessa logica del giudizio equitativo — deve rendere conto di come abbia esercitato quel potere di disapplicazione della legge che connota la decisione equitativa, indicando sia le peculiarità del caso sia le ragioni per cui, in considerazione di quelle peculiarità, si sia determinato ad applicare conseguenze giuridiche diverse da quelle legali.

Infine, quando la sentenza è pronunciata secondo equità se ne deve dare atto nel dispositivo (art. 119, 4° co. disp. att. c.p.c.). Secondo un orientamento consolidato, la mancanza del suindicato requisito non determina nullità della sentenza; anche perché l'uso dei poteri equitativi può emergere dal complesso della motivazione (Cass. 23 febbraio 1957, n. 666; Cass. 13 novembre 1973, n. 3001, cit.).

5.3. (Segue): *impugnazioni*.

In questa sede fermerò la mia attenzione sulle questioni pecu-

liari alle impugnazioni della sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 114 c.p.c.

a) *Inappellabilità della sentenza.*

È inappellabile la sentenza che il giudice ha pronunciato secondo equità a norma dell'art. 114 c.p.c. (art. 339, 2° co., c.p.c.).

Alla luce della già evidenziata struttura sillogistica del giudizio di equità concordato (*supra*), mi sembra che l'inappellabilità non discenda, tanto, dalla incompatibilità della pronuncia equitativa con il riesame del merito proprio dell'appello; quanto, piuttosto, dalla inopportunità di sottoporre a controllo di merito una pronuncia fondata, in ultima analisi, su un atto dispositivo delle parti e sulla presumibile esistenza di un rapporto fiduciario tra quest'ultime e il giudicante (mancando il quale sembra assai difficile che *entrambe* si "rimettano" all'equità del giudice, per di più in un momento, quello della precisazione delle conclusioni, in cui è più facile prevedere quale delle due avrà ragione in diritto: sul punto, v. *supra*).

Quid iuris se il giudice ha emesso una pronuncia secondo equità nel difetto dei presupposti previsti dall'art. 114 c.p.c. (ad es., perché la richiesta inizialmente avanzata *in limine litis* non è stata reiterata in sede di conclusioni)?

Sulla questione si è consolidato un orientamento piuttosto risalente secondo cui la sentenza pronunciata in via equitativa — sebbene a seguito di errore del giudice circa l'esistenza dei presupposti previsti dall'art. 114 c.p.c. — non è soggetta ad appello, ma soltanto a ricorso per cassazione (App. Palermo 9 aprile 1952, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, 35 ss.; Cass. 4 maggio 1954, n. 1376, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, V, 202 ss.; Cass. 28 ottobre 1967, n. 2677, in *Foro it. Rep.*, 1968, v. *Cassazione civile*, n. 48; da ultimo, Cass. 13 agosto 2001, n. 11072; nonché, Trib. Ravenna, 13 giugno 1953, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, 8 ss.)

Anche alla luce di quanto affermato a proposito — in altra sede in ordine all'analogo problema relativo alle sentenze del giudice di pace — mi sembra che la questione debba essere riconsiderata, per affermare che la sentenza di equità pronunciata in mancanza delle condizioni previste dall'art. 114 c.p.c. va impugnata con l'appello, e non con il ricorso per cassazione.

Se l'elemento determinante per l'individuazione del mezzo di impugnazione è il criterio di giudizio (secondo lo stretto diritto)

prescritto dalla legge (nel difetto dei presupposti di cui all'art. 114 c.p.c.), a questo deve farsi riferimento e non a quello in concreto adottato dal giudice per errore. Ciò in maniera del tutto corrispondente alla soluzione prospettata dall'orientamento prevalente quando elemento determinante per l'individuazione del mezzo di impugnazione è una determinata forma prevista dalla legge: anche in tal caso, si fa riferimento, appunto, alla forma che il provvedimento avrebbe dovuto avere e non a quella adottata dal giudice per errore.

Inoltre, come si è già rilevato, la deroga al diritto scritto determinata dalla pronuncia equitativa — con la conseguente rinuncia ad un grado di giudizio — appare giustificata solo quando dipende da un atto dispositivo delle parti, e non quando è l'effetto di un errore del giudice in ordine all'esistenza e alla legittimità di tale atto.

Infine, va osservato che l'art. 339, 2° co. c.p.c. esclude l'appello per le sentenze pronunciate “*a norma*” dell'art. 114. La decisione equitativa adottata nel difetto dei presupposti di legge non è certamente “*a norma*”: anche per questa considerazione di carattere formale sembra corretto affermare nella specie l'appellabilità della sentenza.

In base al medesimo criterio deve essere risolta anche la questione inversa a quella esaminata: se il giudice ha pronunciato secondo diritto pur in presenza delle condizioni previste dall'art. 114 c.p.c., la sentenza va impugnata con il ricorso per cassazione e non con l'appello. Resta, peraltro, aperto, in tal caso, il problema del tipo di controllo che la Cassazione può esercitare sulla pronuncia *de qua* (v. *infra*).

b) *Ricorso per cassazione.*

La sentenza di equità *ex art.* 114 c.p.c. integra un'ipotesi di pronuncia in unico grado (perchè dichiarata espressamente inappellabile dall'art. 339, 2° co. c.p.c.). In quanto tale è soggetta a ricorso ordinario per cassazione *ex art.* 360, 1° co. c.p.c.

Non pone particolari problemi l'esperibilità dell'impugnazione per i motivi attinenti alla giurisdizione (art. 360, n. 1) e per violazione delle norme sulla competenza “quando non è prescritto il regolamento di competenza” (art. 360, n. 2).

In ordine al motivo previsto dal n. 4 dell'art. 360 (nullità della sentenza o del procedimento) sembra corretto ritenere, in linea di

principio, che esso possa essere utilizzato “in tutti i casi di nullità della sentenza o del procedimento, secondo le regole valide per il giudizio di diritto”. Si è già visto, infatti, che, sempre in linea di massima, l’attribuzione al giudice di poteri di decisione equitativi non può influenzare l’andamento del procedimento (*supra*). Peraltro, tenendo conto di quanto a suo tempo rilevato in ordine al principio di allegazione e alla regola dell’onere della prova (*supra*), si deve ribadire che la sentenza può essere censurata ai sensi dell’art. 360, 1° co., n. 4 c.p.c. ove il giudice adotti una decisione “a sorpresa”, sulla base di ragioni equitative non previamente manifestate nel corso del procedimento ovvero sulla base di fatti non allegati dalle parti o da lui non preventivamente “rilevati”. Analoga censura (non per violazione della regola dell’onere della prova, in sé e per sé considerata, ma per violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti) va ammessa quando il giudice di equità applichi la regola dell’onere della prova, senza che il fatto sia stato “allegato” dalla parte onerata ovvero sia stato da lui “rilevato”, sulla base di quanto risulta dagli atti, e sottoposto al contraddittorio delle parti.

È ricorrente l’affermazione secondo cui è censurabile *ex art.* 360, n. 4 (per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato) la sentenza che abbia pronunciato secondo equità fuori delle ipotesi previste dall’art. 114 c.p.c. Nel caso in esame, a parer mio, è invece esperibile l’appello (v. *supra*; con conseguente pronuncia secondo diritto in grado di appello, ove si ritenga che il caso in esame non sia riconducibile a quelli tassativamente previsti dagli artt. 353 e 354 c.p.c.).

Altra ipotesi di nullità della sentenza *ex art.* 360, n. 4 viene spesso ravvisata nel fatto che il giudice abbia pronunciato una sentenza secondo diritto, quando era tenuto a decidere secondo equità, senza rendere conto della coincidenza, nel caso di specie, tra equità e diritto.

A me sembra che la nullità della sentenza possa essere ravvisata unicamente quando il giudice abbia espressamente negato l’esistenza delle condizioni per la decisione equitativa previste dall’art. 114 c.p.c.: in tal caso, infatti, ci troviamo di fronte ad una pronuncia di carattere preliminare circa l’operatività dell’art. 114, che, in quanto tale, sembra avere un contenuto processuale. Ove, invece, il giudice,

pur non negando di dover pronunciare secondo equità ai sensi dell'art. 114, si sia attenuto allo stretto diritto, sorge una questione analoga a quella già esaminata — in altra sede — con riguardo al giudice di pace. Mi sembra che, in questa seconda ipotesi, la soluzione debba essere la stessa. Se il giudice ha deciso secondo diritto, ciò non vuol dire che l'equità coincide con il diritto ma che, nella specie, il giudicante non ha riscontrato delle peculiarità tali da giustificare una disapplicazione della legge. Conseguentemente, la sua decisione è controllabile allo stesso modo di una qualsiasi decisione di diritto, vale a dire anche per violazione o falsa applicazione delle norme rilevanti nella specie.

Circa il vizio di motivazione *ex art. 360, 1° co., n. 5* va esaminata soprattutto la questione della sindacabilità della pronuncia specialmente per ciò che attiene ai fatti rilevanti alla stregua delle ragioni equitative della decisione (che rappresentano punti decisivi della controversia: Cass. 28 agosto 1997, n. 8166). La decisione equitativa, infatti, deve essere motivata anche con riferimento alle ragioni di equità che hanno indotto il giudicante ad irrogare determinate conseguenze giuridiche, eventualmente disapplicando norme di diritto. Nell'*iter* logico seguito dal giudice devono, cioè, essere evidenziate quelle peculiarità di specie, quegli elementi di fatto che lo hanno indotto ad irrogare una certa sanzione. Sembra corretto ammettere il sindacato della Corte *ex art. 360, n. 5* anche in ordine a questa parte della motivazione. Come è stato giustamente evidenziato, il controllo del giudice “non potrà riguardare l' idoneità in sé del fatto peculiare a giustificare la deviazione dal diritto positivo, bensì se quel fatto peculiare, come prospettato dalla parte, costituiva un ‘punto decisivo’ della controversia e se, tale essendo, esso è stato sufficientemente e non contraddittoriamente preso in esame dalla pronuncia” (v. Cass. 28 agosto 1997, n. 8166).

Resta da esaminare il profilo della sindacabilità della decisione ai sensi dell'art. 360, n. 3 (violazione o falsa applicazione di norme di diritto). Ci si chiede se sia possibile censurare la decisione equitativa invocando la violazione o falsa applicazione delle norme che regolano il rapporto controverso, che rappresentano comunque la necessaria premessa del giudizio equitativo (v. *supra*). Sembra da condividere l'opinione secondo cui l'errore del giudice nell'individuazione della fattispecie normativa, rispetto alla quale operare, se

del caso, il successivo distacco in nome dell'equità, non viene in rilievo sotto il profilo della diretta applicazione della norma al caso concreto. Detto errore, infatti, attiene pur sempre alla struttura logica del giudizio di equità e si presenta, quindi, come tipico errore di attività, controllabile ai sensi del n. 5 dell'art. 360.

Il sindacato della Suprema Corte *ex art.* 360, n. 3 sembra allora possibile, oltre che nel caso di pronuncia secondo lo stretto diritto, anche quando si tratti di verificare l'assenza di contrasto tra la regola equitativa e i principi costituzionali e comunitari, che in quanto sovraordinati si impongono pure al giudice di equità.

c) *Altri mezzi di impugnazione.*

Va, infine, notato che, secondo un'opinione consolidata, contro la decisione di equità sono proponibili sia l'azione di revocazione — anche ordinaria, trattandosi di pronuncia in unico grado — che l'opposizione di terzo.

6. *Brevi conclusioni.*

Si è cercato di delineare il quadro normativo relativo alle decisioni del giudice di equità ed alle sue impugnazioni, perché questo non può che essere il compito del giurista positivo.

L'analisi ha evidenziato, da un lato, che l'istituto del giudizio d'equità concordato nella pratica non funziona, è quasi un pleonismo; mentre sul piano sistematico numerosi sono i problemi che esso pone.

D'altra parte, la norma assai travagliata contenuta nell'art. 113, 2° comma, c.p.c. che ha indotto, da ultimo, il legislatore a partorire una sorta di mostro giuridico, quale è l'appello a motivi limitati *ex art.* 339, 3° comma, non ha mai condotto ai frutti sperati ed ha determinato soltanto una infinita serie di problemi applicativi, modifiche normative ed interventi della Corte costituzionale.

Credo che, prima o poi, il legislatore capirà che la soluzione dei mali della giustizia, in generale, e della giustizia minore, in particolare, non può essere rinvenuta nella decisione di equità. Certamente, più utile sarebbe stata, ad esempio, la previsione della obbligatorietà della mediazione per le controversie di modesto valore economico: in questa direzione, con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 credo sia stata persa una occasione importante.

DIEGO QUAGLIONI

« PROBO A PROBE ». PROVA E CONTROVERSIA:
DALL'ORDO IUDICIARIUS AL PROCESSO

Ringrazio il collega Francesco Cerrone, che invitandomi a parlare a questo convegno mi ha offerto la possibilità di dichiarare l'entità del debito intellettuale e morale che ho contratto con Alessandro Giuliani più di trent'anni fa, quando la mia carriera di studi era appena agli inizi.

Giuliani ha esercitato sui miei studi un'influenza profonda, a cominciare dal contributo su *L'ufficiale in Bartolo*, che mi fu richiesto (in realtà devo dire che mi fu imposto, con quella sua calda insistenza che non ammetteva repliche di sorta) per il seminario sul « Pubblico funzionario. Modelli storici e comparativi » del dicembre del 1978 e che apparve poi nel primo tomo del IV volume de *L'educazione giuridica*, dedicato alla tradizione italiana. Avevo ventisette anni e prima di allora non avevo mai svolto una relazione ad un convegno internazionale (1).

A quel primo impegno ne seguirono altri, sempre nell'ambito dei seminari internazionali sull'Educazione giuridica, nei quali vigeva una norma non scritta che imponeva una comunicazione diretta e di tipo egualitario tra personalità ovviamente diseguali (giovani e giovanissimi studiosi, a volte alle prime armi, erano posti a contatto e a confronto con i maestri consacrati della cultura giuridica europea e non solo europea, in un'atmosfera in cui comparazione e storia si integravano in un esercizio di pensiero che faceva di quegli incontri un laboratorio straordinario di scienza e di cultura giuridica: ricordo in particolare gli incontri con Massimo Severo Giannini, Peter Stein,

(1) D. QUAGLIONI, *L'ufficiale in Bartolo*, in *L'educazione giuridica*, IV, *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, 1, *Profili storici*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Perugia 1981, pp. 143-187.

Michel Villey, Léon Ingber, Jerzy Wróblewski, Roberto Abbondanza, José Maria Garcia Marin, Werner Ogris, Vittorio Frosini, Letizia Gianformaggio, Armando Rigobello, Ettore Fazzalari e naturalmente Nicola Picardi, inseparabile da Giuliani in quella grande impresa scientifica).

Ho detto di quella calda insistenza di Giuliani, di quella sua « anima calda », come una volta ha appunto scritto Nicola Picardi (2). Per il seminario su *Modelli di legislatore e scienza della legislazione* tenni, cosa difficile a spiegarsi, due relazioni. Il fatto andò così: Giuliani, che nella tradizione intermedia continuava a vedere, e a buon diritto, il luogo storico dei problemi nucleari del processo in occidente, mi chiese di parlare del legislatore statutario; io però provai a negarmi, suggerendo in alternativa un contributo di ambito modernistico, giacché allora andavo occupandomi di un giurista di molto rilievo nel passaggio dal tardo diritto comune alla prima sistematica giuridica, cioè Pierre Grégoire, il Tolosano; Giuliani concluse che avrei potuto tenere due relazioni, e fu così che parlai di Grégoire e anche della dottrina degli statuti nelle *Quaestiones statutorum* di Alberico da Rosciate (3). L'ultimo contributo lo diedi in occasione del seminario sui *Modelli storici della procedura continentale*, tornando, sempre su sua richiesta, sulla dottrina del rescritto nella tradizione italiana e nella sua crisi, all'avvento del primo assolutismo giuridico (4).

A Giuliani devo l'interesse per la dimensione storico-dottrinale

(2) N. PICARDI, *Alessandro Giuliani*: in memoriam. *L'uomo, il cittadino, il maestro*, in *Per Alessandro Giuliani*, a cura di F. Treggiari, Perugia 1999, pp. 115-121: 115; poi in *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, a cura di N. Picardi, B. Sassani, F. Treggiari, I, Napoli 2001, pp. XVII-XXIII: XVII.

(3) D. QUAGLIONI, *Legge e legislatore nel "De Republica" di Pierre Grégoire (1596)*, in *L'educazione giuridica*, V, *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, 1, *Filosofia e scienza della legislazione*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Napoli 1988, pp. 103-117; *Id.*, *Legislazione statutaria e dottrina della legislazione nel pensiero giuridico del Trecento italiano: le "Quaestiones statutorum" di Alberico da Rosate (c. 1290-1360)*, in *L'educazione giuridica*, V, *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, 2, *Modelli storici e comparativi*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Napoli 1988, pp. 109-160.

(4) D. QUAGLIONI, *La procedura del controllo degli atti normativi del principe nella « République » di Jean Bodin e nelle sue fonti*, in *L'educazione giuridica*, VI, *Modelli storici della procedura continentale*, 1, *Profili filosofici, logici, istituzionali*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Napoli 1994, pp. 49-71.

del giudizio nel diritto comune, in specie per le dottrine processualistiche per le quali procede la scientizzazione della prova testimoniale, fra XIII e XIV secolo, fino a Bartolo e al suo *Tractatus testimoniorum*, al quale fino dalla metà degli anni '80 ho dedicato alcuni studi, che sono stati poi alla base della recente edizione critica di Susanne Lepsius ⁽⁵⁾. Soprattutto sento di dovergli quel suo interrogare fitto fitto, nella conversazione in cui dispensava consigli e suggerimenti, e soprattutto fulminanti ipotesi interpretative, tali da mettere sempre in crisi le facili e pacificanti linee di lavoro del giovane "apprendista storico" del pensiero giuridico. È vero che Giuliani « parlava poco di sé, ascoltava volentieri gli altri »; ma era un ascolto pieno di interrogativi benevolmente curiosi, che non poteva non sfociare in quel « rigoglioso fiorire di studi nei quali sono stati coinvolti colleghi italiani e stranieri, operatori pratici, giovani studiosi e studenti » ⁽⁶⁾.

Grazie a Giuliani ho imparato anch'io a guardare alla storia del diritto nella logica del processo e del giudice, e ad intendere il grande sforzo teorico dei secoli XII-XIV come uno sforzo di scientizzazione della prassi, come una lunga esperienza che muove dall'esigenza di legare le mani al giudice e nella quale si costruisce il processo del giudizio nella sua dimensione moderna. Ne ho dato conto in occasione del penultimo congresso annuale della Società italiana di storia del diritto, dedicato alla responsabilità del giudice,

⁽⁵⁾ D. QUAGLIONI, « *Regnativa prudentia* ». *Diritto e teologia nel « Tractatus testimoniorum » bartoliano*, in *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*. Actes de la table ronde organisée par l'École française de Rome avec le concours du CNRS (Rome, 12-14 novembre 1987), Rome 1992, pp. 155-170; ID., « *Civilis sapientia* ». *Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna. Saggi per la storia del pensiero giuridico moderno*, Rimini 1989, pp. 107-125; S. LEPSIUS, *Der Richter und die Zeugen. Eine Untersuchung anhand des Tractatus testimoniorum des Bartolus von Sassoferato. Mit Edition*, ed EAD., *Von Zweifeln zur Überzeugung. Der Zeugenbeweis im gelehrten Recht ausgehend von der Abhandlung des Bartolus von Sassoferato*, Frankfurt a. M., 2003.

⁽⁶⁾ N. PICARDI, *Alessandro Giuliani: in memoriam. L'uomo, il cittadino, il maestro*, in *Per Alessandro Giuliani*, cit., p. 116 e p. 118 (poi in *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, cit., p. XVIII e p. XX).

e più di recente in occasione di un seminario canadese promosso da Bernard Durand (*Ars persuasionis. Entre doute et certitude*) (7).

Tra i suoi molti lavori, di cui oggi mi piace di ricordare qui l'organicità di disegno e l'unitarietà d'impostazione, come in una delle sue lunghe conversazioni costellate di domande, di ipotesi, di suggestioni, vorrei qui sottolineare l'importanza di quelle in cui Giuliani si è occupato del contributo dell'*ordo iudiciarius* continentale alla logica della controversia, a cominciare da un suo fondamentale contributo intitolato *Il concetto classico di prova: la prova come "argumentum"*, apparso nel 1964 nei *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions* (XVI, *La preuve*). In quel contributo Giuliani mostrava appunto che proprio sul terreno della prova è possibile osservare meglio la relazione problematica tra logica e retorica (8):

Le discussioni che ebbero ad oggetto la prova nel diritto — egli scriveva, ricordando una discussione tra Bobbio e Perelman — hanno dimostrato che ci troviamo « davanti ad un conflitto di competenza fra la logica e la retorica, e che i criteri per risolverli non sono risultati sufficientemente chiari ». Questo conflitto di competenza ci sembra un fruttuoso punto di partenza per una indagine intorno al concetto di prova: e da tempo andiamo conducendo ricerche per ricostruire e determinare i riflessi di questo conflitto sulla logica della prova nel diritto.

Il riferimento era ovviamente al *Concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, il volume che Giuliani aveva pubblicato nel 1961, e per il quale era stato insignito dai Lincei del premio del Ministero della Pubblica Istruzione per le Scienze giuridiche (9); e basterà qui ricordare che era allora all'orizzonte il volume *La*

(7) D. QUAGLIONI, *Interpretatio e responsabilità del giudice nella dottrina di diritto comune*, in *La responsabilità del giudice*, in corso di stampa a cura di A. Padoa Schioppa; ID., « *Facere fidem iudici* ». *Les juristes médiévaux et la preuve par témoins (XIII^e-XIV^e siècles)*, in *Ars Persuasionis. Entre doute et certitude. Actes du Colloque international* (Université de Sherbrooke, 5-7 octobre 2009), in corso di stampa a cura di B. Durand.

(8) A. GIULIANI, *Il concetto classico di prova: la prova come « argumentum »*, in *La preuve*, I, *La preuve*, I, *Antiquité*, Bruxelles 1964 (« *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions* », XVI), pp. 357-388: 357.

(9) A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1961 (rist. 1971). Cfr. ancora N. PICARDI, *Alessandro Giuliani: in memoriam. L'uomo, il*

controversia. Contributo alla logica giuridica, che sarebbe poi apparso nel 1966, fissando per l'appunto i termini del problema nella coppia prova e controversia ⁽¹⁰⁾.

Nel saggio del 1964 sulla prova come *argumentum* l'interesse di Giuliani aveva lo scopo primario di attirare l'attenzione sull'esistenza di un concetto di prova, sviluppato dalla retorica in stretta relazione con i problemi e le tecniche del processo greco, e destinato ad esercitare un'influenza durevole sulla condotta della scienza del processo in Occidente. Egli chiamava « classico » tale concetto, al fine di distinguerlo e di metterlo in opposizione al concetto « moderno », sviluppato tra il XVIII e il XIX secolo in relazione al concetto di scienza. « Classica — scriveva Giuliani — è la concezione della prova come "argumentum"; e la sua formulazione più matura è quella tramandataci dai *Topici* di Cicerone [2, 8]: 'argumentum est ratio, quae rei dubiae faciat fidem' » ⁽¹¹⁾.

A proposito di questa definizione, Giuliani scrive che « a) la prova appare soprattutto nel suo aspetto 'logico' di argomentazione, di *ratio*; b) il suo ambito è quello del dubbio, del probabile, non della evidenza. Anticipiamo già che questo concetto classico è il risultato di un lungo e combinato sviluppo di teorie retoriche e dialettiche: la sua caratteristica più saliente è lo stretto legame della prova col giudizio, come conseguenza delle implicazioni logiche del concetto di prova » ⁽¹²⁾. Per Giuliani, « la ricostruzione del concetto classico di prova non ha un valore puramente dal punto di vista filologico », poiché occorre ricordare che tale concetto, « già insinuatosi nel processo giustiniano, si è radicato nella scienza processualistica europea, attraverso la mediazione dei trattatisti del XII e del XIII secolo » ⁽¹³⁾. Con quella definizione penetrò in Occidente

cittadino, il maestro, in *Per Alessandro Giuliani*, cit., p. 116 (poi in *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, cit., p. XVIII).

⁽¹⁰⁾ A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia 1966 (« Studi nelle scienze giuridiche e sociali », 39).

⁽¹¹⁾ A. GIULIANI, *Il concetto classico di prova: la prova come « argumentum »*, cit., p. 358.

⁽¹²⁾ *Ibid.*, p. 359.

⁽¹³⁾ *Ibid.*, p. 360.

« una vera e propria logica della argomentazione, che fu trasferita ed adattata alle esigenze del processo medievale » (14).

La definizione ciceroniana, e più ancora la concezione « classica » della prova come « argumentum », hanno esercitato senza dubbio « un'influenza durevole » sullo sviluppo della scienza dell'*ordo iudiciorum* e del processo in Occidente. Nel Medioevo noi la ritroviamo nella definizione che accompagna i primi Glossatori nella lettura dei testi del *Corpus* del diritto civile giustiniano. Accursio, nella prima metà del XIII secolo, ce ne offre il migliore esempio, scrivendo, al principio del suo apparato sul titolo *de probationibus* del Digesto (D. 22, 3) e del Codice Giustiniano (C. 4, 19): « In praedictis et infra dicendis, opus est probationibus: et ideo de his ponit. Et est probatio rei dubiae per argumenta ostensio. et dicitur secundum P. a probe, adverbio. probe enim agit, qui probat quod intendit » (15).

Probo a probe : si tratta dunque, per così dire, di una teoria del probabile eticamente orientata. Il suo maestro, il glossatore Azzone (16), il compilatore della celebre *Summa Codicis*, agli inizi del XIII secolo aveva già fissato questa definizione nella rubrica *De probationibus*, scrivendo: « Quia in causis, quę instituuntur per actiones, de quibus dictum est, et per actiones, de quibus est dicendum, opus est de probationibus : audiamus de probationibus. Videndum ergo quid sit probatio, quis debeat probare, et cui, et quod debeat probari, et quando, et qualiter ». E subito dopo aggiunge: « Et quidem probatio est rei dubiae per argumenta ostensio. Et forte (ut ait P.) dicitur probe, adverbio: probe enim agit, qui probat » (17).

(14) *Ibidem*. Giuliani avrebbe poi sviluppato questi temi nella voce *Prova* (*logica giuridica*), in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano 1988, pp. 518-578, e nel saggio *Dalla 'litis contestatio' al 'pleading-system'*. (*Riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo*), in *L'educazione giuridica*, VI, *Modelli storici della procedura continentale*, 2, *Dall'ordo iudicarius al codice di procedura*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Napoli 1994, pp. 205-219.

(15) Rubr. *ad tit. de probationibus*, C. 4, 19, in *Codicis D. Iustiniani ex repetita praelectione libri novem priores*, Lugduni 1575, col. 581.

(16) Cfr. P. FIORELLI, *Azzone*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, IV, Roma 1962, pp. 774-781.

(17) *Summa AZONIS, Venetiis, Apud Gasparem Bindonum, 1584, In IIII. Librum Codicis, Rub. De probationibus* [C. 4, 19], col. 315.

Era il primo saggio di un'esposizione organica del tema della prova e allo stesso tempo una sorta d'introduzione al tema della prova per testimoni, cioè dell'oggetto della rubrica seguente, *De testibus*. Di conseguenza la definizione della prova ha una funzione d'apertura generale allo sviluppo di un discorso sulla procedura giudiziaria e sui due principali mezzi di prova, *mortuae vocis* (le prove documentali, *per instrumenta*) e *vivae vocis* (le prove *per testes*, per mezzo dei testi e della loro viva voce) (18):

Dictum est supra de proba. in genere, sequitur videre per species: et quia validior est viva vox, quam mortua, ut in Auth. colla. 6. de instrumentorum cau. §. si vero tale [Auth., Coll. VI, 2, 3 = Nov. LXXIII]. vel quia quod in scriptis redigitur primo coram testibus proponitur, ideo de testibus videamus, de quibus nobis hoc ordine erit dicendum, ut primo videamus a quibus debeant produci, et qui possint produci, et qualiter sint producendi, quid producti testes debeant observare, et quot necessarii, et quod sit testium officium, et quis sit effectus testimoniorum.

Questa dottrina scolastica era destinata ad imprimersi a lungo nella cultura giuridica così come nella *forma mentis* dei giuristi dell'età intermedia: basterà ricordare, tra la fine del XIII secolo e l'inizio del XIV, lo *Speculum iuris* di Guillaume Durand (19), o, nel campo della nascente dottrina criminalistica dei *practici*, il *Tractatus*

(18) *Ibid.*, *Rub. De testibus* [C. 4, 20], col. 320. Possiamo leggere press'a poco le stesse cose nella parallela rubrica *De testibus*, nella *Summa Authenticorum*, dove Azzone scrive: « Quia dixi supra de instrumentorum fide, quae est probatio mortuae vocis, nunc dicit de ea, quae fit viva voce. Vel aliter, quia usus testium est necessarius et utilis, infra eodem, in prin. [Auth., Coll. VII, 2, pr. = Nov. XC] et ff. eo. l. 1. [D. 22, 5, 1] et corruptuntur aut precio, vel precibus, ut veritatem deleant, ut infra eo. circa princ. ideo de testibus dicit. Est ergo intentio huius constitutionis circa quatuor principaliter. Primum, qui testes sunt admittendi, vel non. Secundo quot. Tertio quando. Quarto qualiter producantur »: *In septimam Collationem, Rub. De testibus* [Auth. VII, 2 = Nov. XC], col. 1268.

(19) Si veda ora F. ROUMY, *Durand (Durant, Durandi) Guillaume, l'Ancien*, in *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*. Sous la direction de P. Arabeyre, J.-L. Halperin et J. Krynen, Paris 2007, pp. 290-292. Cf. *Speculi prima pars. Accessere additiones Ioan. Andr. Baldi, ac Henrici Ferrandat. Iurisprudentiae candidatis apprime utiles*, Lugduni 1561, *De teste*, foll. 108v-131v; *Speculi secunda pars...*, Lugduni 1561, *De probationibus*, foll. 102r-106v.

maleficiorum di Alberto Gandino ⁽²⁰⁾, che non ha una rubrica *de probationibus*, ma che offre la prima analisi degli *inditia indubitata* e delle presunzioni come mezzi di prova nel penale ⁽²¹⁾.

I primi dizionari giuridici registrano tutto ciò. È il caso, tanto per fare un esempio tra i più importanti, del *Dictionarium utriusque iuris* d'Alberico da Rosciate, redatto alla metà del XIV secolo, dove il giurista bergamasco, citando le *sedes materiae*, C. 4, 19 et D. 22, 4, il suo commentario al Digesto, la *Summa* di Azzone e lo *Speculum* di Guillaume Durand, scrive: « Probatio est rei dubiae per argumen. ostensio. C. de proba. [C. 4, 19] super gl. rubricae. Et vide quod ibi dixi. ff. de proba. [D. 22, 3] super rubrica [...]. Probatio. vide supra proxi. et per Azo. et alios summistas. et Spe. titu. de proba. » ⁽²²⁾.

A mezzo il XIV secolo la concezione « classica » della prova e la formula che i Glossatori avevano fissato nella loro tradizione di scuola, sembrano ormai patrimonio comune della cultura giuridica. Bisognerà che Bartolo, anch'egli a mezzo il XIV secolo, cominci ad esercitare la sua critica radicale degli approdi della Glossa perché possiamo percepire novità significative nell'ambito della teoria della prova e in particolare nel campo della prova per testimoni ⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ Cfr. D. QUAGLIONI, *Gandino Alberto*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, LII, Roma 1999, pp. 620-624; Id., *Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale*, « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXIX (1999), pp. 49-63.

⁽²¹⁾ *Tractatus de maleficiis, Rubr. de presumptionibus et indicis indubitatibus, ex quibus condemnatio potest sequi*, in H. KANTOROWICZ, *Albertus de Gandino und das Strafrecht der Scholastik*, II, *Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de Maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, Berlin u. Leipzig 1926 (rist. 1981), pp. 90-98. Tuttavia il trattato di Gandino, al contrario dell'opera di Guillaume Durand, non è mai ricordato dai grandi maestri dell'*utrumque ius* del XIV secolo.

⁽²²⁾ ALBERICI A ROSATE *Dictionarium utriusque iuris*, Venetiis, 1581, ad v. Probatio, c.n.n. Cfr. L. PROSDOCIMI, *Alberico da Rosate*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, I, Roma 1960, pp. 656-657. Si veda inoltre, per ulteriori indicazioni bibliografiche e per la voce *Arguitur* del suo dizionario giuridico come « un vero e proprio trattato sulle argomentazioni », E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il Basso Medioevo*, Roma 1995, p. 152.

⁽²³⁾ Cfr. F. CALASSO, *Bartolo da Sassoferrato*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, VI, Roma pp. 640-669. Si vedano anche i numerosi contributi apparsi nei due volumi degli Atti delle celebrazioni centenarie: *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, Milano 1962. Per il pensiero di Bartolo sul giudice e la responsabilità del giudice cfr. D. QUAGLIONI, *L'ufficiale in Bartolo*, in *L'educazione giuridica*, IV, *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, 1, *Profili storici*, cit., pp. 143-187, e cfr. Id.,

La dottrina della prova per testimoni insegnata dai giuristi del diritto comune classico esita anch'essa, per dirla con una formula cara a Bernard Durand, «tra dubbio e certezza», tra logica e persuasione, e ci mostra che in tale ambito la separazione del sistema delle prove legali da quello dell'intima convinzione, per dirla questa volta con Alessandro Giuliani, «maschera la complessità del soggetto» (24).

È appunto Bartolo, che nella sua *Lectura super Ia parte Codicis*, e in particolare nel suo commentario sulla *l. ut creditor, C. de probationibus* (C. 4, 19, 1), accoglie la formula «*probatio est rei dubiae per argumentum ostensio*», ma aggiunge anche che la parola «*argumentum*» non si riferisce unicamente alle esplicazioni logiche (alle «espressioni e ragioni sillogistiche»), ma anche ai testimoni, «*testibus*», così come alle presunzioni (25). Conseguentemente, nella sua *Lectura super IIa parte Digesti Veteris*, commentando la *l. si duo patroni, §. item Iulianus, ff. de iureiurando* (D. 12, 2, 13, § 2), Bartolo scrive che la parola «prova» implica tutti i mezzi di prova: «*Probatio [...] includit, omnem modum probandi scilicet per testes, instrumenta, et confessionem, et sic tene menti*» (26).

La dottrina della prova nell'opera di Bartolo non ha ancora

«*Civilis sapientia*»; cit., pp. 77-106; più in generale cfr. ancora ID., *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il "De tyranno" di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357). Con l'edizione critica dei trattati "De Guelphis et Gebellinis", "De regimine civitatis" e "De tyranno"*, Firenze 1983.

(24) La «complessità del soggetto» è spiegata bene nel *rapport de synthèse* di R.C. VAN CAENEGEM, *La preuve dans le droit du Moyen Age occidental*, in *La preuve, II, Moyen Age et temps modernes*, Bruxelles 1965 («*Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*», XVII), pp. 691-753; c'è inoltre una complessità forse maggiore, vale a dire la complessità del rapporto tra logica e retorica che si fonde con quello tra etica e politica, diritto e teologia nella tradizione del diritto dotto. Cfr. a tal proposito D. QUAGLIONI, *À une déesse inconnue. La conception pré-moderne de la justice*. Préface et traduction de l'italien par M.-D. Couzinet, Paris, Publications de la Sorbonne, 2003, e, in un orizzonte assai più largo, H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. L'impatto delle Riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*. Edizione italiana a cura di D. Quaglioni, Bologna 2010.

(25) *In l. ut creditor, C. de probationibus* [C. 4, 19, 1], n. 1, in BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In Primam Codicis partem*, Venetiis 1570, fol. 132r.

(26) *In l. si duo patroni, §. item Iulianus, ff. de iureiurando* [D. 12, 2, 13, § 2], n. 3, in BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In secundam Digesti veteris Partem*, Venetiis 1570, fol. 27v.

trovato un interprete che abbia saputo tentare di ricondurre ad unità la varietà e la complessità degli interventi del giurista su tale tema: glosse, commentari (in particolare i commentari sui titoli *de iureiurando*, *de probationibus* e *de probationibus et praesumptionibus*, *de testibus* del Digesto e del Codice Giustiniano), ma anche parecchi dei *consilia*, delle *quaestiones* e dei *tractatus* che la tradizione gli ha attribuito (27). Si tratta di una dottrina che, facendo la sintesi delle opere dei maggiori interpreti del XIII secolo, come appunto Accursio, Innocenzo IV o Guillaume Durand (Bartolo li chiama « maiores nostri »), apre tuttavia ad un panorama di scientizzazione del processo su di una nuova base logica, filosofica e teologica. La *civilis sapientia*, il diritto dotto al vertice del suo sviluppo, benché proprio con Bartolo affermi la sua superiorità nei confronti di ogni altro sapere scientifico, sta perdendo la propria autosufficienza (28).

Un documento eccezionale di questo vasto processo intellettuale e dottrinale è, come si è detto sopra, il *Tractatus* o *Liber testimoniorum*, il trattato (nel senso medievale di un insieme di *quaestiones* sullo stesso soggetto) sulla testimonianza e sulla prova per testimoni, che Bartolo lasciò incompiuto alla sua morte, nel 1357. Il trattato si scosta dalla via percorsa fino allora dalla dottrina giuridica perché l'oggetto della discussione non è l'insieme dei problemi di carattere tecnico relativi all'ammissibilità o della qualità dei testi, né alla loro credibilità in rapporto al loro *status* (tali problemi erano già stati risolti appunto dalla dottrina dei « maiores »), ma invece la loro capacità di convincere il giudice, la valutazione della testimonianza dal punto di vista della sua intrinseca possibilità di *supplere in facto* e dunque di dare al giudice la prova (*facere fidem iudici*).

Bartolo prende per base della sua discussione il principio del libero apprezzamento delle prove, stabilito nel titolo *de testibus* del Digesto, e ricorda dunque che l'autorità che si accorda a ciascuna

(27) Sul problema dell'attribuzione a Bartolo di opere di altri giuristi e sul fenomeno del "bartolismo", cfr. F. CALASSO, *Bartolismo*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano 1959, pp. 71-74.

(28) Su questo aspetto si veda D. QUAGLIONI, *Autosufficienza e primato del diritto nell'educazione giuridica preumanistica*, in *Sapere e/è potere. Discipline, Dispute e Professioni nell'Università Medievale e Moderna. Il caso bolognese a confronto*, II, *Verso un nuovo sistema del sapere*, a cura di A. Cristiani, Bologna 1990, pp. 125-134.

testimonianza ha da essere liberamente determinata dal giudice, poiché la legge gli dice (D. 22, 5, 3, § 1): *Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus* ⁽²⁹⁾:

Testimoniorum usus frequens et necessarius est [D 25, 1, 1] et circa personas, modum producendi, cogendi, iurandi, examinandi, publicandi multa dubia oriuntur, ad que declaranda presens opusculum non intendit. Postquam vero discussa sunt ad dicta testium litigantes veniunt et an dicta sufficientia sint ad probandum id quod intenditur disputationem vertunt [...]. Propter que veritas sepe subvertitur, scandala oriuntur. Super hiis viri scolastici et etiam causidici remanent sitientes, quibus obviare cupit scribentis intentio [...].

Testium dicta an probent, princeps certa lege non tradidit, sed ius dicenti in hec verba rescripsit : Tu magis scire debes, ut in ff. de testi. l. iiii § ideoque divus [D. 22, 5, 3, § 1] quanta fides habenda sit testibus, qui et cuius dignitatis et cuius extimationis sint, et qui simpliciter visi sint dicere...

Bisogna sottolineare, a mio giudizio, il significato dell'avverbio « simpliciter », perché il giurista respinge con ciò la concezione della testimonianza come semplice *instrumentum*, dubitando che il compito del teste sia sempre e assolutamente (*simpliciter*) quello di rendere la percezione sensibile di un fatto che il giudice non può conoscere da sé, dal momento che al teste si chiede di dichiarare la *causa scientiae*, vale a dire il complesso delle circostanze che gli permettono di comunicare al giudice la verità del fatto ⁽³⁰⁾:

Testis causam sui testimonii faciat manifestam Imperator noster constituit [...]. Hic manifeste docemur, quod qui causam sufficientem dicti non reddit, non simpliciter, sed malitiose loquitur vel loquitur sine plica ea simplicitate, que incidit stultitiam, que est legibus inimica. Qui vero causam sufficientem assignat, hic simpliciter hoc est pure et sine plica visus est loqui. Que simplicitas legibus est amica.

In questo modo la discussione sulla *causa scientiae* permette a Bartolo di dare diversi avvisi sulla necessità di valutare le operazioni

⁽²⁹⁾ *Liber testimoniorum*, pr. e § 1, in S. LEPSIUS, *Der Richter und die Zeugen. Eine Untersuchung anhand des Tractatus testimoniorum des Bartolus von Sassoferrato. Mit Edition*, cit., pp. 233-234.

⁽³⁰⁾ *Ibid.*, § 2, p. 235.

intellettuali del teste, per esempio quando gli si chieda di rendere testimonianza sulla proprietà o sul valore di un fondo, o *de vita et moribus*. Se il teste afferma: *scio quia scio*, « lo so perché lo so », la sua testimonianza non ha alcun valore; ma al tempo stesso, nell'uno e nell'altro caso, non sarà sufficiente l'espressione della *causa* entro i soli limiti delle percezioni sensibili. Bartolo sottomette a critica il principio aristotelico che riduce rigorosamente la testimonianza alla comunicazione della percezione sensibile, e che sta alla base della esclusione dell'inferenza del teste, giacché permettere l'inferenza al teste equivale a permettergli di sostituirsi al giudice ⁽³¹⁾. Scrive perciò Bartolo, sottolineando che la limitazione della testimonianza al fatto che si può percepire è di diritto vigente (« hoc iure utimur ») ⁽³²⁾

Testes causam sui dicti reddere debent per id, quod aliquo corporis sensu percipitur, quia secundum naturam nil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu [...].

Testis dixit aliquem esse dominum rei et causam non addit, quoniam nec interrogatus fuit. An eo dicto stetur? Responsum est [...] non esse standum. Quod enim traditum est valere dictum sine causa cum non interrogatur, in hiis receptum est, que aliquo sensu corporis percipiuntur, ut dictum est. Dominium autem magis ab hominis ratione iudicatur quam sensu percipiatur. Hoc autem ad iudicem pertinet, non ad testem. Idem dicendum, si testis dixerit aliquem ebriosum vel iracundum et causam non adiecerit, cum etiam hoc sensu non percipiatur et hoc iure utimur. Sed hec contraria videntur hiis, que constituta sunt ut l. Testium Cod. e. [C. 4, 20, 3] numerationem pecunie posse probari per testes, qui viderunt. Solum enim color videtur, an autem sit pecunia vel aliud et an sit aurea vel argentea, iudicat intellectus et similiter per auditum solum vox auditur, significatio autem intellectu percipitur. Sensus enim corporis in maioribus et infantibus est nobis et brutis, illi tamen non testificantur, quoniam carent iudicio. Per aliud ergo quam per id, quod sensu percipitur, ratio reddi debet [...]. Et ut hec evidentiis declarentur, considerari oportet quod res quedam sensu percipiuntur, et ex hiis cum magno discursu per intellectum aliquid iudicatur, ut quem esse dominum. Nam quia vidi titulum, vidi legitimo tempore possidere, ex hiis concludo dominum esse: per modum enim cuiusdam sillogismi ad notitiam huius deducimur, et hec sunt que

⁽³¹⁾ Cf. A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., pp. 181-182.

⁽³²⁾ *Liber testimoniorum*, §§ 4-6, ed. S. Lepsius, cit., pp. 236-238.

dicta non sufficiunt, nisi causa reddatur, per premissa que sensu percipiuntur. Quedam vero solo sensu absque discursu aliquo vel saltem cum modico percipit intellectus, ut quem possidere; et loquor de ea possessione, que facti est, quem numerare pecuniam, quem ambulare et similia. Et in hiis dictum sufficit, cum non interrogatur de causa.

Beninteso, la dottrina di Bartolo, come quella dei suoi predecessori, mira a limitare l'*arbitrium* del giudice, e per così dire a governare per scienza la condotta del giudice nel processo. Ma al medesimo tempo il *Tractatus* o *Liber testimoniorum* va molto al di là delle concezioni e delle formule ereditate dalla tradizione, non solamente perché applica alla prova per testimoni le categorie aristoteliche (è l'*inventio* di cui parla Baldo degli Ubaldi vent'anni più tardi, separandosi dalla dottrina del suo maestro perché risultava "troppo difficile")⁽³³⁾, ma soprattutto perché dà al principio della limitazione della testimonianza al fatto che si può percepire un nuovo significato: « Dicebam hoc », scrive Bartolo citando il suo commento alla l. *nec supina*, ff. *de iuris et facti ignorantia* (D. 22, 6, 6), « quod dicitur sensu corporis percipi, latius adsumendum, scilicet id quod per sensum ita in communem hominum notitiam deducitur, quod illud ignorare in supinam ignorantiam caderet, et

⁽³³⁾ *In l. edita actio, C. de edendo* (C. 2, 1, 3), nn. 117-118, in BALDI UBALDI PERUSINI IURISCONSULTI *In Primum, Secundum, et Tertium Cod. Lib. Com.*, Venetiis 1599, fol. 97v: « De quo plene et subtiliter no. ff. de legib. l. de quib. [D. 1, 3, 32] in repetitione mea, ubi tractavi de forma redditionis causae a testib. secundum singula praedicamenta. Et fuit inventio Bar. de Saxofer. praeceptoris mei illustris; qui illum tractatum morte praeventus reliquerat incompletum, quia ultra etiam quam Legisistis expediat, cum intellectu volaverat ad ea, quae non possunt intelligi, ergo nec probari, nisi per summos viros, qui cognoscunt genus et differentias: sicut sunt vitia tacita, et virtutes quae etiam generantur ex actibus... ». Per l'applicazione delle categorie aristoteliche alla prova per testimoni in Bartolo, cfr. *Liber testimoniorum*, n. 20, ed. S. Lepsius, cit., pp. 244-245: « Post tractatum universalium pertinentium ad testium dicta est ad particularia descendendum. Omnis autem res super qua testis potest interrogari aut est res aliqua in actu aut in potentia ad esse. Item eorum, que sunt in actu, aut est res aliqua in intentione aut res aliqua extra intentionem. Item eorum, que extra sunt, aut est substantia aut quantitas aut qualitas aut relatio aut actio aut passio aut locus aut tempus aut situs aut habitus. Aut est aliquid compositum ex predictis vel aliquibus predictorum ».

ita sensuerunt, qui dictam doctrinam primitus tradiderunt » (34). Bartolo è già lontano da una visione « statistique » delle prove, e se non è ancora proiettato verso il sistema dell'intimo convincimento, è proiettato verso le origini della dottrina del processo (verso i giuristi « qui dictam doctrinam primitus tradiderunt »), forse con l'intenzione di riequilibrare un modello di processo ormai troppo "asimmetrico" (35).

Questa evoluzione è chiara nei *Consilia*, per esempio nel *consilium* I, CX, inc. « *Quidam Massiolus accusatus extitit per Andream* », dove Bartolo afferma l'impossibilità di una separazione assoluta, nel teste, tra percezione e giudizio sul fatto (36), ma riflessioni che hanno per oggetto la prova si trovano anche nei trattati dell'ultimo periodo. È il caso del *Tractatus de tyranno* (probabilmente incompiuto come il *Liber testimoniorum*, nel 1357) (37). È nell'ultima *quaestio*, dedicata al tiranno « tacito », cioè occulto, che Bartolo espone la sua concezione della prova indiretta di quei fatti che la tradizione considera come impossibili a provarsi con mezzi razionali. È appunto entro il tema della *probatio impossibilis* che Bartolo arriva a dimostrare che vi sono presunzioni che « *satis ad fidem iudicem adducunt* », perché « *probare* » non ha altro significato che « *facere fidem iudici* » (38).

È stato Alessandro Giuliani, con il suo ideale dello studio storico « come studio dell'aspetto costitutivo dell'esperienza giuridica » (39), a ricordare che questa problematica « non è traducibile

(34) *Liber testimoniorum*, § 5, ed. S. Lepsius, cit., p. 237. Cfr. *In l. nec supina, ff. de iuris et facti ignorantia* [D. 22, 6, 6], in BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In secundam Digesti veteris Partem*, cit., fol. 142v.

(35) Per questa formula si veda A. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: « nuova retorica » e teoria del processo*, « Sociologia del diritto », XIII (1986), pp. 81-90; e ID., *L'«ordo iudiciarius» medioevale. (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Rivista di diritto processuale*, XLIII (II Serie), 1988, pp. 598-614.

(36) *Consilium* I, CX, inc. « *Quidam Massiolus accusatus extitit per Andream* », n. 1, in BARTOLI A SAXOFERRATO... *Consilia, Quaestiones, et Tractatus*, Venetiis 1596, fol. 28r.

(37) Cfr. le testimonianze raccolte da D. QUAGLIONI, *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il « De tyranno » di Bartolo da Sassoferrato*, cit., pp. 73-126.

(38) *Tractatus de tyranno*, q. XII, ed. D. Quagliani, cit., p. 210.

(39) N. PICARDI, *Alessandro Giuliani: in memoriam. L'uomo, il cittadino, il maestro*, in *Per Alessandro Giuliani*, cit., p. 117 (poi in *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, cit., p. XIX).

nei termini della epistemologia moderna » (40), proprio nel caso in cui si voglia tentare di « recuperare un nodo essenziale della teoria generale del processo: la centralità della ‘questione di fatto’ nella logica giudiziaria » (41). Ora, nella riflessione storico-comparativa di Giuliani su di una nozione « in apparenza neutrale ed asettica » come quella di ‘fatto’, è fondamentale riconoscere che la nozione di ‘fatto’ nel sistema continentale e nel modello inglese « risulta una variabile dipendente rispetto ad opposti orizzonti di razionalità » (42):

Pertanto il *pleading-system* risulta inaccessibile al giurista continentale, che non sia disponibile ad accantonare la contrapposizione *questione di fatto / questione di diritto*, sostituendo la terminologia con la più duttile dicotomia *fatti materiali* (o *costitutivi*) / *fatti probatori*: ma nella consapevolezza dei problemi epistemologici a questa legati.

È perciò che nella sua evoluzione storica « il modello inglese rivela una persistente indipendenza dei principi del *modus procedendi* da quelli della retorica, articolata nei due capitoli: teoria della controversia (‘*ordo quaestionum*’ = *ars placitandi*) e teoria della prova (‘*ordo probationum*’ = *evidence*) », fino a mostrare nell’istituto della *litis contestatio*, il cui spirito sopravvive nel *pleading-system*, una prova della continuità tra il processo inglese e la “fase retorica” dell’*ordo iudiciarius* (proprio in quel secolo XVI in cui tale istituto veniva declassato nel continente ad un rituale del processo) (43):

Sotto tale profilo potremmo interrogarci sul debito del *pleading-system* nei confronti dell’*ordo iudiciarius*. Le nostre riflessioni sul tema prendono le mosse dalla consapevolezza che il processo medioevale non è un fenomeno unitario; la metà del XIII secolo rappresenta la linea di demarcazione ideale tra le due anime dell’*ordo iudiciarius*: segna infatti il passaggio dall’ordine isonomico (‘*iudex non potest supplere in facto*’) all’ordine

(40) A. GIULIANI, *Dalla ‘litis contestatio’ al ‘pleading-system’*. (*Riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo*), cit., p. 208.

(41) *Ibid.*, p. 205.

(42) *Ibid.*, p. 207.

(43) *Ibidem*.

asimmetrico ('iudex potest supplere in facto'). I mutamenti della posizione del giudice di fronte al 'fatto' corrispondono a quelli intervenuti nella logica della controversia: configurata rispettivamente nelle due fasi come *problema pratico* e come *problema teorico*.

In questo senso « nel ragionamento pratico i 'fatti' non sono un dato oggettivo ed esterno offerto nella sua globalità alle operazioni solitarie di una mente individuale, e neppure sono creati dal giudice », e si può dire che la teoria dell'argomentazione sottintenda, nella sua dimensione storica, « una teoria della conoscenza, in cui è fondamentale la preoccupazione per l'errore » (44). Ed è sempre in questo senso che Giuliani poteva ritrovare nell'istituto della *litis contestatio* la cerniera tra controversia e prova, costruita in un consapevole rapporto di interferenze ed equilibri tra valori logici, etici ed istituzionali (45):

Il frazionamento del processo in due stadi autonomi (*ante litem contestatam* / *post litem contestatam*) è lo strumento istituzionale destinato a garantire la rigorosa distinzione tra fatti costitutivi e fatti probatori. Il principio di selezione ('Ut lite non contestata, non procedatur ad testium receptionem') non è però una regola di automatica applicazione: è il banco di prova della 'professionalità' di un giudice, il cui ruolo è neutrale, ma non passivo.

Con la sua prosa concettualmente densissima, Alessandro Giuliani ci ha insegnato che questo « cardine del processo » nella sua relazione storica con il *pleading-system* del modello inglese richiama i giuristi di oggi al problema storico-attuale della ricostruzione dei fondamenti logici ed etici del processo comune europeo.

(44) *Ibid.*, p. 208.

(45) *Ibid.*, p. 212. Per tutto ciò è fondamentale il rimando al volume di A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano 1987.

GIORGIO REPETTO

PER UN'ERMENEUTICA DELLA RILEVANZA.
LA TEORIA DELL'ARGOMENTAZIONE DI
ALESSANDRO GIULIANI E IL SUO CONTRIBUTO
ALLO STUDIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. Alessandro Giuliani, l'argomentazione e il diritto europeo: « *tradere praecepta nostra provincia non est* ». — 2. Il valore delle tecniche argomentative e la verità nei giudizi pratici. — 3. L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra razionalismo e scetticismo. — 3.1. I luoghi dell'argomentazione: "nozioni autonome" come definizioni dialettiche. — 3.2. *Consensus inquiry* come analogia argomentativa. — 3.3. "Società democratica" come metafora. — 4. Temporalità e assiologia nella logica della rilevanza.

1. *Alessandro Giuliani, l'argomentazione e il diritto europeo: « tradere praecepta nostra provincia non est ».*

La prospettiva nella quale vorrebbero muoversi le riflessioni che seguono è quella aperta da una discosta ma rivelatrice indicazione di metodo avanzata dallo stesso Giuliani: « nella nostra prospettiva una topica, che si limiti ad un catalogo di "topici", o ad una classificazione degli argomenti, è il surrogato di una logica formale » (1). Chi conosce l'opera di Alessandro Giuliani sa che raramente le sue riflessioni, anche quando esplicitamente rivolte ad indagare fenomeni attuali, prendono espressamente la forma di una indicazione personale di metodo: appare quindi significativo che in una delle sue ultime opere, se non l'ultima a cui egli attese, figuri così chiaramente

(1) *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato, Vol. I: Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, UTET, 1999, p. 500, nt. 29.

un avvertimento rivolto, nell'espressione di una prospettiva chiaramente rivolta ai *suoi* lettori, a mettere in guardia dai rischi di una riformalizzazione delle tecniche argomentative riferibili all'approccio topico. D'altra parte, non poteva non far proprio un monito del genere chi aveva assistito al tentativo di guadagnare al vasto fronte del pensiero analitico persino la *nouvelle rhétorique* di Perelman (2) e, ancora prima, si può ritenere avesse fatto proprio l'avvertimento che il Vico delle *Institutiones oratoriae* rivolgeva agli studenti delle sue classi di retorica: « *tradere praecepta nostra provincia non est* » (3).

In questa riluttanza, rivelatrice quindi di un'attitudine personale verso l'insegnamento ancor prima che di un convincimento scientifico, sta molta dell'originalità della riflessione di Giuliani sulla topica e sull'argomentazione. Diversamente da chi ha subito l'attrazione per una categorizzazione delle tecniche topiche di ragionamento, pur rifiutando le premesse razionalistiche che tradizionalmente si associano alla logica formale (4), Giuliani avanza una proposta di metodo forse non facile da delineare in poche parole, ma che a volerla indagare si rivela attenta a valorizzare storicamente le tecniche di ragionamento usate dai giuristi, al punto da renderle rivelatrici di un vero e proprio statuto filosofico dell'esperienza giuridica.

La rinuncia ad elaborare una precettistica rappresenta infatti un ideale metodologico che potrebbe a ragione apparire straniante allo studioso contemporaneo, perché esso presuppone un atteggiamento antivolontaristico e anticognitivistico, che rimanda piuttosto a referenti filosofici e culturali "classici". Non c'è, in Giuliani, l'ambizione di dire l'"ultima parola" su un certo argomento o su un certo

(2) A. GIULIANI, *Logica del diritto (teoria dell'argomentazione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Milano, Giuffrè, 1975, p. 23.

(3) G. VICO, *Institutiones oratoriae*, ed. comm. e trad. da G. CRIFÒ, Napoli, Istituto Suor Orsola Benincasa, 1989, p. 54.

(4) Emblematica, sul punto, è la recensione di Giuliani alla traduzione italiana di *Topik und Jurisprudenz* di VIEHWEG (in *Studia et documenta historiae et iuris*, 1963, p. 449): «È latente nel lavoro del V. l'idea che in definitiva sia possibile tradurre in forma sistematica un catalogo di topoi, e pertanto che la dialettica rappresenti la fase inventiva, preparatoria rispetto alla scienza». Un'esasperazione dell'atteggiamento sistematico verso la topica è del resto presente nell'area tedesca: v. per tutti G. STRUCK, *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*, Frankfurt a.M., Athenäum, 1971.

problema, perché qualsiasi ricerca che riguarda la controversia giuridica intesa come ricerca della qualità di un fatto ⁽⁵⁾ non può prescindere da una divisione del lavoro (non ci sono verità storiche cui può attingere una sola mente individuale, sia essa un giudice, un legislatore o un professore) e da una radicale storicizzazione (per cui ogni risultato è provvisorio, dipendendo fatalmente da alcune e non altre circostanze di tempo, non potendo riconoscersi l'esistenza di verità valide al di fuori della storia).

Tuttavia, si sbaglierebbe a inquadrare l'opera di Giuliani solo in quella di un filosofo attento alla storia del pensiero giuridico, tenuto conto che l'orizzonte filosofico e di interessi che muove costantemente lo studioso leccese pare essere piuttosto quello di un approfondimento storico e filosofico dell'esperienza del proprio tempo: così, la contestazione di quella congiuntura tra razionalismo e volontarismo che egli vede alla base del moderno pensiero giuridico non è mossa solo da interessi storiografici, ma piuttosto dalla considerazione che, al di là delle ricostruzioni "dotte", il lavoro concreto dei giuristi (intesi in senso ampio, a ricomprendere sia i pratici che i teorici) è estremamente più complesso, frammentato e vitale di qualsiasi ricostruzione che si rappresenti come capace di spiegare tutta la realtà. Un approfondimento, quello costantemente tentato da Giuliani, che coerentemente con le premesse del suo metodo procede però in modo estremamente cauto, rifuggendo da semplici parallelismi storici e dando talvolta l'impressione di itinerari di ricerca volutamente non portati a termine: ma al tempo stesso aprendo prospettive di studio del tutto nuove, che sovvertono con poche righe ricostruzioni consolidate, lasciando intravedere ai lettori le possibilità e gli spazi per sondare indirizzi inediti di ricerca.

Nel tentativo di recepire alcuni spunti provenienti dalle ricerche di Giuliani in tema di topica e di tecniche argomentative, con la consapevolezza della frammentarietà e della labilità degli eventuali risultati, cercherò di rivalutare la sua lezione per proporre una lettura di alcune dinamiche interpretative che vedono protagonista la Corte europea dei diritti dell'uomo. L'attenzione ai temi europei non è del resto estranea al perimetro degli interessi di Giuliani,

⁽⁵⁾ È la prospettiva di fondo accolta sin da *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, Tipografia del libro, 1966, *passim* ma in part. p. 164.

attento in diverse occasioni a rivalutare il contributo di razionalità che, di fronte alle ingessature epistemologiche e alle chiusure statalistiche della giurisprudenza interna, poteva provenire dalle Corti sovranazionali, che in più occasione egli raffigura come eredi dello *ius commune* europeo (6). Più che insistere su una simile prospettiva di continuità rispetto al passato, che del resto nei lavori di Giuliani resta affidata a pochi incisi mai adeguatamente sviluppati, per quanto assai significativi (7), è dallo studio di alcune figure della teoria dell'argomentazione centrali nella speculazione di Giuliani che mi è sembrato di poter trarre delle indicazioni utili a comprendere i metodi interpretativi seguiti dalla Corte di Strasburgo. Muovendo dall'approfondimento, quindi, dell'*analogia argomentativa*, della *definizione dialettica* e della *metafora* come elementi di una teoria dell'argomentazione non formalista e seguendo l'indirizzo di metodo di Alessandro Giuliani, cercherò di dimostrare come alcune delle critiche rivolte ai criteri interpretativi seguiti dalla Corte di Strasburgo meritino di essere riconsiderate, tenendo conto dell'attenzione da questa prestata all'individuazione dei confini del proprio operato come giudice dei diritti fondamentali in Europa. Un versante, quello della giurisprudenza europea, che consente quindi da un lato di verificare la lungimiranza di alcune intuizioni giulianee in tema di argomentazione, ma che dall'altro lato aiuta a comprendere anche il mutamento della fisionomia dei problemi in discussione, il cui esame richiede anche un adattamento di alcuni presupposti del

(6) V. tra l'altro *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 450 (ove si legge che « l'applicazione diretta del diritto sovranazionale — da parte del giudice nazionale — costituisce un momento fondamentale nella affermazione dei valori costituzionali della civiltà giuridica occidentale ») e, più chiaramente, in *Il modello di legislatore ragionevole (Riflessioni sulla Filosofia italiana della legislazione)*, in M. BASCIU (a cura di), *Legislazione. Profili giuridici e politici*, Atti del XVII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica (Napoli-Vico Equense, 29-31 maggio 1989), Milano, Giuffrè, 1989, p. 55 (« Per la natura delle cose si sta imponendo il ruolo, sempre più incisivo, di "supplenza" delle Corti supreme — nazionali e internazionali, nella creazione di un nuovo *ius commune* europeo.... La nuova problematica rappresenta una sfida anche per la filosofia giuridica europea, la quale si vede costretta a mettere in discussione i presupposti taciti della sua speculazione »).

(7) A.A. CERVATI, *Alessandro Giuliani, il linguaggio giuridico, la storia e il diritto costituzionale*, in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 226.

metodo impiegato per adeguarli ad una realtà in continuo movimento ⁽⁸⁾.

Prima di entrare nel merito dell'analisi, sarà tuttavia opportuno chiarire in quale senso si faccia qui ricorso all'espressione "tecniche" argomentative: sia perché è merito di Giuliani aver posto su nuove basi le coordinate teoriche della tecnica dei giuristi, ponendo così un argine rispetto alle derive tecnocratiche e funzionalistiche, sia perché solo avendo chiari i termini di questo ripensamento si può comprendere che lo studio delle tecniche argomentative applicato alla giurisprudenza non ha quale esito necessario la sistematizzazione delle *rationes* dei giudici, mirando piuttosto ad indagare con quali presupposti logici si è venuto formando quell'*ordine pubblico europeo dei diritti fondamentali* ⁽⁹⁾ il cui convalidamento, come noto, costituisce il compito principale della Corte europea dei diritti dell'uomo e del sistema CEDU nel suo complesso.

2. *Il valore delle tecniche argomentative e la verità nei giudizi pratici.*

La proposta metodologica di Giuliani in tema di teoria dell'argomentazione appare difficilmente comprensibile, tuttavia, se non si considera che essa scaturisce da un ripensamento del problema della tecnica giuridica, intesa come il complesso più o meno formalizzato dei ragionamenti dei giuristi. Lungi dall'aver una funzione meramente strumentale o funzionale, Giuliani ritiene che essi rivelino, se presi in considerazione nei loro svolgimenti storici e nelle loro connessioni con le più generali premesse storiche e politiche, una consistenza propriamente filosofica, perché è anche per il loro tramite che vengono definiti e riarticolati i presupposti assiologici veicolati dal diritto del loro tempo.

⁽⁸⁾ È lo stesso Giuliani, del resto, ad invocare un'esigenza di adeguamento dei presupposti di metodo quando si intraprende uno studio comparativo: « quando si estende il campo dell'osservazione, va rivisitata la teoria della conoscenza », in *Il modello di legislatore ragionevole*, cit., p. 45.

⁽⁹⁾ Sulle « interferenze tra i fondamenti logici delle istituzioni e quelli istituzionali della logica » v. A. GIULIANI, *Il problema della comunità nella filosofia del diritto*, in G. Dalle Fratte, *La comunità tra cultura e scienza*, vol. I, Roma, Armando, 1993, p. 84.

La riflessione sullo statuto della tecnica risale ai primi lavori di Giuliani, ed in particolare ai primi capitoli delle *Ricerche in tema di esperienza giuridica* ⁽¹⁰⁾, dove il problema viene affrontato dal punto di vista della dissociazione, portata avanti dalle correnti utilitaristiche e positivistiche del XIX e del primo XX secolo, tra scienza e tecnica del diritto. La sostanziale svalutazione della seconda a vantaggio della prima appare infatti in vario modo contrassegnata, da Géný al diritto libero sino ad arrivare a Kelsen, da nuovi ideali scientifici che, per lo studio del diritto, mutuano una nozione di tecnica dalle scienze sperimentali. Se l'aspetto scientifico, in quanto dissociato e talvolta contrapposto a quello tecnico (inteso come sinonimo di pratico), è stato ritenuto capace di condensare le condizioni di razionalità della riflessione giuridica, è stato perché al momento tecnico si è assegnato l'unico compito di garantire la realizzazione di quegli obiettivi delineati altrove rispetto al diritto (nella politica, nell'economia, nella religione), che venivano implicitamente assorbiti quali premesse delle grandi sistemazioni scientifiche intorno al diritto e ai suoi scopi (basti pensare, per un esempio particolarmente chiaro, al secondo Jhering). In questo orientamento, è tacitamente fatta propria una visione della tecnica contrassegnata: 1) dalla *ripetibilità*: in tanto una tecnica di ragionamento giuridico (una categoria, un concetto) ha senso, in quanto garantisce la sua indistinta applicabilità nel futuro a fattispecie identiche, almeno fintanto che non mutino i presupposti politico-istituzionali; e 2) dalla *strumentalità*: la sua ragion d'essere sta nella capacità di perseguire gli scopi per cui è stata creata, poiché il ragionamento giuridico, come ogni ragionamento pratico, è incapace di esprimere una propria assiologia ⁽¹¹⁾.

Proprio queste conclusioni rivelano a Giuliani le più vaste implicazioni che, in prospettiva storica, ha assunto il dibattito sulla scientificità del metodo giuridico e sulla sottovalutazione dello spessore filosofico del problema tecnico. Se da un lato, infatti, gli esiti

⁽¹⁰⁾ Milano, Giuffrè, 1957, pp. 1 ss. ("Osservazioni sulla filosofia e sulla scienza del diritto") e pp. 37 ss. ("La giurisprudenza come tecnica: la formazione di un dogma").

⁽¹¹⁾ « La tecnica infatti implica il concetto di utilità, non quello di valutazione: non è uno scopo in sé, ma un mezzo per raggiungere scopi che le sono indifferenti », in *op. ult. cit.*, pp. 41 s.

accennati appaiono inevitabili — tanto per Giuliani che per lo studioso del giorno d'oggi — nel momento in cui la società, considerata *sub specie iuris*, « non appare un processo di rapporti spirituali, ma un *fatto* naturale, sociale »⁽¹²⁾, dall'altro lato l'unica via per far guadagnare al diritto e al suo linguaggio l'autonomia da altri saperi e la capacità di incorporare proprie istanze di valore passa attraverso una valorizzazione della tecnica come momento costitutivo dell'esperienza giuridica. Rinvio, su questo aspetto, ad un passaggio fondamentale delle *Ricerche*:

La distinzione fra scienza e tecnica viene così in definitiva a concordare con le conclusioni della scuola esegetica su questo punto: che cioè il diritto è qualcosa di dato, di presupposto, e che quindi la scienza giuridica non partecipa alla creazione del suo « oggetto ». E tutte le volte che attraverso una distinzione fra scienza e tecnica non si è esasperata la distinzione fra un mondo di essenze ed un mondo di fatti, che cosa altro si è fatto se non disconoscere la esistenza di un *quid proprium* della esperienza giuridica, in definitiva ridotta ad esperienza politica o ad esperienza economica? Ma che ne pensa il cosiddetto tecnico del diritto? Ritiene che il suo lavoro si possa ridurre al piano di una mera empiria, in cui non si possono riscontrare principii e conoscenze ordinate sistematicamente, ma solo poche regolette per l'interpretazione del dato? Nulla di tutto ciò. Una prima certezza egli ha, e cioè che *la tecnica giuridica non ha nulla di artificiale, di arbitrario insomma: è l'unica scienza del diritto che egli conosce*⁽¹³⁾.

La rivalutazione del momento pratico, quindi, è in ultima istanza determinata da un'esigenza autenticamente filosofica, che sta nella riscoperta vocazione del diritto a veicolare, nel concreto di un'esperienza in cui l'elaborazione scientifica e il momento pratico non possono essere distinti, i propri valori costitutivi. L'individuazione di questi ultimi, tuttavia, non è affidata ad un catalogo astratto e quindi è incompatibile con un'idea calcolante di ragione⁽¹⁴⁾: la loro storicità — che è sinonimo di mutevolezza e non di conservatorismo — è indissociabile da un diverso uso della ragione giuridica, che faccia salvi i suoi condizionamenti sociali e l'orizzonte temporale

⁽¹²⁾ *Op. ult. cit.*, p. 44 (corsivo dell'A.).

⁽¹³⁾ *Op. ult. cit.*, p. 121.

⁽¹⁴⁾ Per una diversa accezione della tecnica applicata al diritto v. V. FROSINI, *Tecniche giuridiche*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 38 ss.

in cui essa è chiamata ad operare (nel senso sopra accennato) per poter attingere un livello di verità anche nei giudizi pratici.

È a partire da questa complessa costellazione di problemi, quindi, che l'interesse per la tecnica conduce Giuliani ad approfondire i temi legati all'argomentazione, ed in particolare alla topica, intesa come forma del ragionamento che non solo non è orientata in chiave scettica o retorica nel senso deteriore del termine (come avviene in molte delle ricostruzioni attuali), ma che anzi prende in carico la caratura assiologica dei problemi giuridici, situandola però in una prospettiva né intellettualistica, né volontaristica. Ricorrendo ad Aristotele e ad una configurazione "classica" dell'argomentazione che risale almeno fino a Vico, l'indagine sulle forme del ragionamento giuridico in Giuliani non è infatti mai disgiunta da un'ambizione filosofica che matura proprio sul piano dell'esperienza, e che consiste nel porre le premesse affinché la verità non riguardi solo la conoscenza, ma anche la prassi e i giudizi pratici ⁽¹⁵⁾: « ... anche se non è possibile il ricorso ad un metodo scientifico e a definizioni rigorose, il discorso pratico non è svincolato da quello logico: l'etica insomma deve essere letta in stretto contatto con la topica » ⁽¹⁶⁾.

3. *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra razionalismo e scetticismo.*

Alla luce di quanto si è detto finora, potrebbe sembrare azzardato riferire il pensiero di un Autore che si muove lungo coordinate così ampie ad un tema tutto sommato circoscritto, com'è quello dell'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. A giustificare un simile accostamento, tuttavia, sta almeno la circostanza che gli interrogativi sollevati dall'attività ermeneutica di questo giudice hanno chiamato in causa molti dei tradizionali problemi in tema di interpretazione: il valore del testo, il ruolo dei principi generali, l'interpretazione evolutiva, il riferimento a principi

⁽¹⁵⁾ Sulla mondanità del discorso di Giuliani v. A.A. CERVATI, *Alessandro Giuliani*, cit., p. 214.

⁽¹⁶⁾ A. GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta (a proposito della dottrina aristotelica dei πρακτά)*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, N. S., n. 2, Padova, CEDAM, 1974, p. 36.

non scritti e a concetti indeterminati, ecc. Ma, oltre a questo, l'interesse maggiore ad approfondire in un'ottica di teoria dell'argomentazione la giurisprudenza della Corte di Strasburgo nasce anche dal fatto che in essa rivestono un rilievo decisivo le circostanze di fatto della controversia, poiché da un lato l'accesso diretto da parte degli individui, e dall'altro lato l'assenza di un retroterra istituzionale e normativo in grado di condizionare l'azione del giudice europeo, hanno fatto sì che nella sua giurisprudenza assumesse un valore decisivo, nell'individuazione dei parametri del giudizio, la specifica conformazione della vicenda da cui trae origine il ricorso e la connessa qualificazione degli interessi.

Ed è proprio in conseguenza di questo (almeno apparente) dilatarsi degli spazi interpretativi che molti hanno criticato i metodi forgiati nel tempo dalla Corte di Strasburgo, mettendone a fuoco l'incompletezza, la contraddittorietà e, soprattutto, l'inidoneità ad operare come argine ad interpretazioni arbitrarie. Richiamando le differenze rispetto ai tradizionali criteri dell'interpretazione costituzionale, si è ad esempio stigmatizzato il fatto che alla Corte venga lasciata una discrezionalità molto ampia nell'individuare i limiti al godimento di alcuni diritti fondamentali perché essa, fatta eccezione per alcune prescrizioni formulate in modo assoluto (come quelle di cui agli artt. 5, 6 e 7), contiene diritti tutti limitabili sulla base della legge, ma per le finalità più varie come avviene nel caso degli artt. 8-11: il che sottende una filosofia interpretativa in cui un peso preponderante è assegnato ad «una figura forte di magistrato giudicante come soggetto esponenziale della stessa comunità», nella quale quest'ultima nutre «una fiducia addirittura ottimistica quanto alla capacità di esso di cogliere e condividere le emergenti domande sociali»⁽¹⁷⁾.

La critica, soprattutto nel momento in cui mette in connessione la struttura logica degli argomenti usati dalla Corte europea con la sua collocazione istituzionale rispetto alla comunità di riferimento, merita di essere attentamente considerata, soprattutto perché chia-

(17) A. PACE, *La limitata incidenza della C.e.d.u. sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. pubbl.*, 2001, pp. 11 s. Per una posizione analoga v. F. SUDRE, *À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *JCP — La semaine juridique*, 2001, I, pp. 335 ss.

ma in causa l'assenza di strumenti ermeneutici capaci di limitare l'arbitrio interpretativo del giudice. Ora, se non è questa la sede per analizzare nel dettaglio la giurisprudenza europea, onde verificare se la critica ora esposta possa rivelarsi condivisibile o meno, quello che mette conto osservare è che sicuramente non c'è stata, sino ad oggi, una riflessione teorica su questa giurisprudenza di rilievo comparabile a quello che si è avuta in tema di ermeneutica costituzionale (18). Anche le ricostruzioni migliori, infatti, non sembrano essere riuscite nell'intento di avvicinare lo studio delle tecniche interpretative seguite dalla Corte europea al complesso dei problemi fondativi di una teoria costituzionale dell'argomentazione, vuoi perché la ricostruzione pur brillante degli argomenti impiegati oscura le problematiche assiologiche cui essa dà luogo, finendo per operare una razionalizzazione *a posteriori* delle scelte compiute (19), vuoi perché, all'opposto, si cerca di misurare la condivisibilità dei criteri seguiti dai giudici a seconda che questi contribuiscano o meno alla realizzazione di una moralità politica trascendente (20).

La prospettiva di ricerca che muove dalle riflessioni di Alessandro Giuliani in tema di topica e argomentazione segue un itinerario diverso da entrambi questi orientamenti: non mira né a una razionalizzazione complessiva, pur se attuata con strumenti diversi dalla logica formale, né intende accreditare una specifica teoria morale sul buono e sull'utile. Essa, come visto, appare piuttosto diretta a rivitalizzare le ambizioni di verità dei giudizi pratici: di una verità, tuttavia, che non può prescindere dalle concrete circostanze di tempo da cui traggono origine le domande di giustizia e, soprattutto,

(18) È quindi da condividersi l'osservazione per cui sul terreno dell'interpretazione « *the relevant debate in the Convention context lacks depth and theoretical rigour* », S. GREER, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 194.

(19) Come avviene nelle ricostruzioni, pure largamente ispirate alla *nouvelle rhétorique*, di M. DELMAS-MARTY (a partire da *Vers une autre logique juridique: à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Recueil Dalloz — Chronique*, 1988, pp. 221 ss.) e di F. OST, *Fécondité des méthodes d'interprétation de la Cour*, in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonnement la raison d'État*, PUF, Paris, 1989, pp. 405 ss.

(20) Come avviene nel modello dworkiniano che guida la riflessione di G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the ECHR*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

che non è attingibile se non nella specifica dimensione controversiale, selettiva e giustificativa che caratterizza il giudizio ⁽²¹⁾. Ed è all'interno di queste due prospettive, quindi, che si cercherà di legare la riflessione di Giuliani ad alcuni luoghi dell'argomentazione seguita dalla Corte europea.

3.1. *I luoghi dell'argomentazione: "nozioni autonome" come definizioni dialettiche.*

Il primo terreno su cui misurare il possibile apporto della riflessione di Alessandro Giuliani ad una rilettura dei criteri interpretativi seguiti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è quello delle c.d. *nozioni autonome*. Con esse si intendono quei concetti usati in alcuni articoli della Convenzione di cui la Corte ha ritenuto di dover attribuire un significato, appunto, autonomo in quanto non coincidente con quello attribuito dal diritto dello Stato chiamato a resistere in giudizio. Basti pensare all'art. 6, par. 1, della Convenzione, che accorda il diritto ad accedere ad un tribunale indipendente e imparziale per la risoluzione di "controversie su diritti e doveri di carattere civile" ovvero per il giudizio sulla "fondatezza di un'accusa penale": come intendere la prima e la seconda espressione? Potrebbe uno Stato addurre, ad esempio, il fatto che il giudizio militare volto ad irrogare misure disciplinari esula dall'ambito di applicazione dell'articolo in questione, perché il diritto nazionale non classifica questa particolare procedura tra quelle aventi natura penale? Oppure perché il procedimento disciplinare volto a inibire la prosecuzione della professione medica non rientra nelle controversie su diritti di carattere civile? ⁽²²⁾. Rispetto all'eventualità che gli Stati, adducendo diverse classificazioni legislative o concettuali, potessero sottrarsi al rispetto degli obblighi della Convenzione, la Corte ha ritenuto che di questi concetti si dovesse dare un'interpretazione che prescinde dai singoli contesti nazionali, al fine di garantire quanto più possibile l'espansione della portata della Convenzio-

⁽²¹⁾ Su questi aspetti v. C. PERELMAN e L. OLBRECHTS-TYTECA, *De la temporalité comme caractère de l'argumentation*, in *Archivio di filosofia*, 1966, pp. 87 ss.

⁽²²⁾ Gli esempi sono tratti rispettivamente dai due casi *Engel and Others v. The Netherlands*, dec. del 8 giugno 1976, n. ric. 5100/71 e *König v. Germany*, dec. del 28 giugno 1978, n. ric. 6232/73.

ne medesima. Il problema, a questo punto, è stato quello di individuare i criteri secondo i quali la Corte dovesse procedere alla formazione di un tale significato autonomo: cosa che la Corte ha fatto rinviando in larga misura ad un criterio consensuale, ai sensi del quale un certo significato autonomo viene, per così dire, “attratto” al livello sovranazionale solo quando su di esso sussiste « un denominatore comune ai diversi ordinamenti giuridici degli Stati contraenti » (23).

Ora, la questione che più interessa nella nostra prospettiva è che quello delle nozioni autonome non è un problema sovrapponibile ai più classici concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) o ai concetti valvola (*Ventilbegriffe*), perché esso implica prima di tutto — a differenza di questi ultimi — una *controversia sulla definizione*. Non si tratta, in altre parole, di chiarire solamente il significato di una nozione formulata in termini semanticamente vaghi o imprecisi, ma piuttosto di chiarire quale, tra più definizioni che concorrono intorno alla qualificazione di un medesimo concetto, sia quella da preferire nel caso di specie (24). A differenza dell'attribuzione di significato ad un “semplice” concetto vago, tra i tanti pur usati dalla Convenzione (si pensi alla “morale” o ai “diritti altrui”), la controversia intorno alle nozioni autonome presenta un carattere più chiaramente selettivo e giustificativo (25), perché il conflitto tra le parti non è catturato *a priori* da alternative potenzialmente inconciliabili (come avverrebbe intorno alla “morale”), ma si svolge intorno ad una questione sulla quale una gran parte dei disaccordi prelimi-

(23) Così, tra le molte, la dec. del 28 novembre 1984, *Rasmussen v. Denmark*, n. ric. 8777/79, par. 40.

(24) Ed è per questa ragione che la dottrina tradizionale ha ritenuto che per “nozioni autonome” si debbano intendere solamente i seguenti concetti usati dalla Convenzione: arresto (art. 5), diritti e doveri di carattere civile, accusa penale e testimoni (art. 6), pena (art. 7) e beni (art. 1, I prot. addiz.): così F. SUDRE, *Le recours aux « notions autonomes »*, in ID. (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 96.

(25) Per usare i termini di G. LETSAS, *A Theory of Interpretation*, cit., p. 51, « *applicants propose a different conception of what counts as an instance of a legal concept* ».

nari possono dirsi appianati ⁽²⁶⁾. Rispetto a termini e concetti che presentano una vasta area di indeterminatezza, in altre parole, le nozioni autonome presentano una (tendenzialmente) maggiore chiarezza contenutistica, perché sono rappresentazioni concettuali cui gli Stati firmatari, consapevolmente o meno, hanno deciso di fare ricorso nel momento in cui hanno scritto il testo della Convenzione: con l'Aristotele più volte citato da Giuliani, potremmo insomma dire che esse non sono del tutto chiare, ma neanche possono dirsi del tutto oscure ⁽²⁷⁾.

L'approccio tradizionalmente scelto dalla Corte di Strasburgo nel risolvere le controversie intorno alle nozioni autonome è stato caratterizzato dal rifiuto di individuare *a priori* il significato da attribuire alle clausole convenzionali interessate, avendo essa costantemente richiamato l'esigenza di valutare caso per caso, tenendo presente l'obiettivo di garantire l'effettività dei diritti garantiti — che sarebbe incrinata se gli Stati potessero sottrarsi agli obblighi che da essa derivano “qualificando” diversamente da essa una certa situazione — e al tempo stesso di mantenere una certa continuità con i significati accettati a livello nazionale — non essendo compito della Corte individuare una nozione che è a tal punto autonoma da risultare astratta —. Ed è proprio in relazione a questi due versanti che la giurisprudenza è stata maggiormente criticata. Da un lato, infatti, si è detto che il disaccordo intorno alla definizione dovrebbe comunque spingere ad una predeterminazione dei significati rilevanti ⁽²⁸⁾ e, dall'altro lato, che l'affidamento al meccanismo consensuale del richiamo degli ordinamenti degli Stati membri esalta un certo arbitrio costruttivista ⁽²⁹⁾.

Richiamare gli elementi che caratterizzano la definizione (tanto giuridica che filosofica) come un procedimento di indagine dialettica, nel senso che Giuliani mutua da Aristotele, può essere utile a

⁽²⁶⁾ Sulla dialettica e la riduzione dell'area del conflitto v. A. GIULIANI, *La controversia*, cit., p. 108.

⁽²⁷⁾ ARISTOTELE, *Retorica*, 1369 b 32

⁽²⁸⁾ G. LETSAS, *op. ult. cit.*, p. 53.

⁽²⁹⁾ P. ROLLAND, *Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des Droits de l'homme*, in D. ROUSSEAU e F. SUDRE (sous la dir. de), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe*, Paris, STH, 1990, p. 68.

porre su nuove basi il confronto intorno alle nozioni autonome. Il punto di partenza è quello per cui le definizioni nel campo dell'etica, del diritto e della politica appartengono al dominio della retorica e della dialettica, perché il loro criterio di verità è quello dell'accordo generalmente accettato (*éndoxa*) e non della corrispondenza ad un ordine ontologico ⁽³⁰⁾. Se quest'ultima rimanda ad una struttura sillogistica di ragionamento, la definizione dialettica — propria di ogni discorso intorno alla valutazione del comportamento umano — parte dal presupposto che: 1) i problemi sono strutturalmente controversi, nel senso che non è possibile una soluzione definitiva: come scrive Giuliani « sono il riflesso di inevitabili e ineliminabili aporie »; 2) i suoi procedimenti sono argomentativi, perché presuppongono il dialogo e la collaborazione delle parti in una situazione di controversia; 3) la dialettica ci offre una logica della rilevanza in termini negativi, ossia un catalogo di regole di esclusione: « se non è possibile determinare ciò che è vero, è possibile escludere il falso » ⁽³¹⁾.

L'aspetto che più degli altri merita di essere evidenziato è proprio quest'ultimo: nella definizione dialettica, il punto di partenza del ragionamento non è l'individuazione in astratto di un significato, ma la confutazione progressiva dei punti di vista accolti dalle opinioni generalmente accettate, ragion per cui essa procede eliminando le alternative irrilevanti, inappropriate. Il dialettico non si concentra sull'essenza della definizione, che resterà sempre sfocata, inattuabile, ma sui limiti di essa, sulla sua applicabilità a fattispecie e situazioni controverse ⁽³²⁾. Partendo da questo presupposto, si potrebbe giungere a ritenere dialetticamente orientato l'atteggia-

⁽³⁰⁾ A. GIULIANI, *The Aristotelian Theory of the Dialectical Definition*, in *Philosophy and Rhetoric*, 1972, p. 129. Limitatamente a questo aspetto, la prospettiva di Giuliani è stata recentemente fatta propria da F. MACAGNO, *Definitions in law*, in *Bulletin suisse de linguistique appliquée*, 2010/2, p. 199.

⁽³¹⁾ Le citazioni che precedono sono tratte da A. GIULIANI, *La definizione aristotelica della giustizia. Metodo dialettico e analisi del linguaggio normativo*, Perugia, GLB, 1985, p. 36.

⁽³²⁾ « *the dialectical definition does not aim in short at determining the essence, but the limits of a proposed definition* », in A. GIULIANI, *The Aristotelian Theory*, cit., p. 131. Limitatamente alla struttura della definizione negative v. ora F. MACAGNO, *Definitions in law*, cit., p. 208.

mento interpretativo seguito dalla Corte di Strasburgo in tema di nozioni autonome, considerato che, come visto, questa ha sempre evitato di individuare *in positivo* i contorni delle definizioni in questione, preferendo piuttosto selezionare, a partire dalle singole controversie, singole ipotesi eccezionali che da esse esulano o che in esse vanno ricomprese. Come a dire che la Corte non ha individuato una definizione-regola, misurando poi sulla base della conformità ad essa le singole eccezioni, ma è piuttosto l'accumularsi di queste ultime che ha concorso e concorre al riconoscimento della definizione, che continua a rimanere oscura nella sua essenza e contrassegnata piuttosto da una dialettica di inclusione/esclusione di ipotesi, di volta in volta, rilevanti/irrilevanti.

Un altro aspetto della prospettiva di Giuliani che merita di essere richiamato è quello legato alla centralità del discorso ordinario per il procedimento dialettico di definizione: il significato delle parole non è liberamente modificabile e, nell'individuazione del senso di esse, deve essere preferito innanzi tutto quello che coincide col significato generalmente accettato. Nell'impossibilità di individuare un legame diretto tra parole e cose, al linguaggio ordinario deve essere accordata una presunzione di verità, perché esso testimonia, anche solo in modo irriflesso, un accordo topico intorno ad un certo problema e indica come la coscienza collettiva vede un certo oggetto sociale⁽³³⁾. Anche tenendo conto di ciò, pare possibile comprendere le ragioni per cui la Corte abbia ritenuto, di fronte ai conflitti di definizione di cui si è detto, di far prevalere l'una o l'altra classificazione a seconda che queste trovassero riscontro in un orizzonte di riferimento più ampio del solo parametro testuale, coincidente con la prassi generalmente accolta negli Stati membri. Si può anche ritenere, come è stato fatto, che in questo procedere si assista alla ricerca di una « misteriosa alchimia »⁽³⁴⁾, ma resta il fatto

⁽³³⁾ A. GIULIANI, *The Aristotelian Theory*, cit., p. 132. In questa prospettiva è implicito il passaggio da un uso meramente convenzionalistico del linguaggio ad uno che ne esalta l'imprecisione, la porosità, l'indeterminatezza: il ricorso al linguaggio figurato non è una patologia dell'argomentazione, ma riflette la consapevolezza che il linguaggio, non solo quello ordinario, è inevitabilmente intessuto di metafore e di altre figure del discorso.

⁽³⁴⁾ F. SUDRE, *Le recours aux notions*, cit., p. 123.

che, oltre ad altre considerazioni interne alla logica di funzionamento della Convenzione ⁽³⁵⁾, con la ricerca di un *common ground* la Corte assolve anche, e forse soprattutto, ad un'esigenza logica, consistente, con Giuliani, nella creazione di un quadro di riferimento sulla base del quale vagliare la consistenza e la direzione di quell'accordo tra molti (*δόξα τῶν πολλῶν*) che costituisce l'unico orizzonte attingibile di verità del sapere dialettico ⁽³⁶⁾.

3.2. Consensus inquiry come analogia argomentativa.

I problemi sollevati dall'indagine comparativa svolta dalla Corte europea, rivolta ad accertare l'esistenza di un « denominatore comune » intorno ad un certo argomento, non si limitano tuttavia alle nozioni autonome. È risaputo, infatti, che i giudici di Strasburgo ricorrono molto spesso ad una simile indagine, soprattutto nell'ambito di quella tecnica interpretativa che, mutuando un'espressione propria del diritto amministrativo francese, essi hanno qualificato come “margine d'apprezzamento” (*marge d'appréciation, margin of appreciation*). Se è probabilmente inutile richiamare la complessità e l'eterogeneità dei criteri che segue la Corte nel servirsi di questa tecnica ⁽³⁷⁾, vale la pena ricordare almeno che, nei suoi tratti essenziali, essa è servita per modulare gli spazi e i termini del rapporto con gli Stati membri in relazione al significato da attribuire ad alcune nozioni particolarmente controverse impiegate dalla Convenzione. Nello stabilire infatti la portata dei limiti ai diritti garantiti, come ad esempio la nozione di “morale” contenuta nel par. 2 dell'art. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*), ci si è chiesti se la Corte fosse tenuta a riconoscere agli Stati membri un margine di autonomia che tenesse conto dei loro obiettivi di natura politico-costituzionale e delle loro tradizioni, oppure dovesse stabilire un significato unico, da far valere uniformemente in tutti gli Stati

⁽³⁵⁾ Attentamente considerate da E. KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonome set marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 333 ss.

⁽³⁶⁾ A. GIULIANI, *op. e loc. ult. cit.*

⁽³⁷⁾ Ho cercato di affrontare questi problemi in G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, Jovene, 2011, pp. 123 ss.

contraenti. Volendo riassumere, si può dire che, malgrado le inevitabili oscillazioni, la Corte europea non abbia accolto integralmente né l'uno, né l'altro orientamento, e si sia affidata piuttosto ad un *consensus inquiry* strutturato comparativamente per valutare, di volta in volta, il grado di condivisione di un certo principio: più esso è diffuso a livello nazionale, più appare giustificato il restringimento dell'autonomia nazionale.

Non sono mancate, tuttavia, aspre critiche, rivolte tanto alla filosofia di giudizio sottesa al *consensus inquiry*, che alle sue stesse applicazioni giurisprudenziali. In particolare, sono state stigmatizzate le incertezze del metodo seguito dalla Corte, che non solo ha rinunciato a indicare un procedimento volto a stabilire in generale le condizioni per la sussistenza di un *consensus* intorno ad un certo argomento, ma ha dato prova anche di un'estrema elusività ed approssimazione nel prendere di volta in volta in considerazione le prassi e le legislazioni degli Stati membri⁽³⁸⁾. Da più parti, insomma, si invoca una maggiore *oggettività*, presupponendo con ciò, in ultima istanza, che i termini di riferimento dell'analisi comparativa siano dei *fatti*, il cui semplice accostamento quanto più possibile neutrale e, appunto, oggettivo è in grado di rivelare una e una sola regola migliore, che la Corte è tenuta a fare propria per garantire una più elevata tutela⁽³⁹⁾.

Anche su questo fronte, il contributo di idee che proviene dalle riflessioni di Giuliani può rivelarsi assai utile per mettere meglio a fuoco i presupposti interpretativi seguiti dalla Corte europea, so-

(38) E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1998-1999, pp. 844 s., nonché G. LETSAS, *A Theory of Interpretation*, cit., p. 74 (« *Truth, not current consensus* »).

(39) J.A. BRAUCH, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in *Columbia Journal of European Law*, 2004, pp. 113 ss.; T.H. JONES, *The Devaluation of Human Rights Under the European Convention*, in *Public Law*, 1995, pp. 440 ss.; P.G. CAROZZA, *Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Notre Dame Law Review*, 1998, pp. 1217 ss., ad avviso del quale « ...comparison can move us toward more universal understandings of the broad norms of international human rights by taking what the essential similarities in them are across cultures, and what they have in common that serves to give meaning to the abstract generalities we are trying to comprehend » (p. 1236).

prattutto in relazione alla conformazione dialettica e valutativa del giudizio comparativo. Più che fornire riscontri oggettivi rispetto ad una certa proposta interpretativa, infatti, l'osservazione comparativa si qualifica innanzi tutto per il suo valore *teorico e logico* ⁽⁴⁰⁾, perché i risultati di essa non possono essere attinti nella loro oggettività, ma mettono piuttosto in moto un ragionamento sulle somiglianze e le differenze che si avvale di un procedimento inevitabilmente selettivo e confutatorio, diretto a cogliere le caratteristiche rilevanti di un principio o di un istituto. Per comprendere chiaramente la diversità dei due modi di intendere il funzionamento del giudizio comparativo (oggettivo-formale e dialettico), basti pensare alle similitudini che intercorrono tra essi e i diversi modi di intendere il ragionamento analogico, di cui quello comparativo, nel momento in cui richiede un accertamento della somiglianza o della differenza tra più ipotesi, può essere ritenuto un'esemplificazione. Ed è sempre Giuliani a distinguere tre diversi modi in cui, storicamente, il ragionamento analogico è stato inteso ⁽⁴¹⁾: 1) l'analogia *formale* è legata ad un uso della ragione calcolante e dimostrativo, ispirato alla tendenziale esaustività del linguaggio del legislatore, per cui il caso non previsto è regolato conformemente ad una regola generale solamente quando non è possibile presupporre la volontà contraria del legislatore: qui l'*argumentum a contrario* prevale nettamente su quello *a simili*; 2) nell'analogia intesa in senso *teleologico*, invece, il richiamo al caso simile non muove dalla constatazione dell'*identitas rationis*, ma deriva dall'utilizzo dei procedimenti inferenziali delle scienze esatte: si presuppone, in altre, parole, che sia l'osservazione della realtà e la relativa formazione di leggi statistiche, elaborate induttivamente, a fornire la regola per disciplinare il caso non previsto ⁽⁴²⁾; 3) diverso sia dall'uno che dall'altro modello è, invece, quello dell'analogia, appunto, *argomentativa*: questa non è assimilabile ad un sillogismo e le sue valenze logiche non oscurano il fatto essenziale che essa resta una *decisione pratica*. Ciò equivale a ritenere che non è né affidan-

⁽⁴⁰⁾ A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole*, cit., pp. 44-5.

⁽⁴¹⁾ A. GIULIANI, *Le raisonnement par analogie*, in *Rapports nationaux italiens au X^e Congrès International de droit comparé (Budapest 1978)*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 81.

⁽⁴²⁾ In argomento v. anche A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 431.

dosi al sistema, né ricorrendo a leggi scientifiche, che è possibile individuare la regola non scritta da applicare al caso, perché le soluzioni, nel dominio pratico, non sono precostituite. Queste, semmai, scaturiscono da un procedimento dialettico di ricerca, nel quale il controllo logico della *similitudo* risulta dalla progressiva esclusione delle ipotesi che si ritengono irrilevanti rispetto al caso da esaminare ⁽⁴³⁾. In questa forma di analogia, l'*analogia iuris* come discussione intorno ai principi generali del diritto ha una posizione eminente, e viene favorito l'*argumentum a simili* rispetto agli altri, ma letto in una chiave diversa rispetto alle dottrine tradizionali: non nei termini, cioè, di una ricomprensione del caso particolare all'interno della fattispecie generale, ma come giudizio comparativo tra caso particolare e caso particolare ⁽⁴⁴⁾.

Questo muovere del ragionamento da caso particolare a caso particolare, d'altra parte, riesce a spiegare utilmente gli orientamenti seguiti dalla Corte, tenuto conto che nella sua azione risulterebbe impossibile, come invece pretenderebbero i suoi critici, assumere a parametro di riferimento un referente universale, un *tertium comparationis*, capace di determinare univocamente l'esattezza o meno delle analisi comparative intraprese. Così, il muoversi su singole e parziali prospettive di comparazione, che mantengono un legame vitale con il caso da quale provengono e rifiutano qualsiasi induzione generalizzante, si giustifica anche tenendo conto che il *consensus inquiri* non si svolge in astratto, ma risulta fortemente condizionato da ulteriori elementi che guidano il ragionamento dei giudici europei: i mutamenti di significato intervenuti rispetto ad un momento precedente (interpretazione dinamica o evolutiva), il rilievo accordato al bene oggetto di protezione nel caso di specie e, da ultimo, l'intensità della lesione subita concretamente dal ricorrente. La combinazione di questi elementi chiarisce, quindi, l'impossibilità di operare un giudizio di meccanica corrispondenza tra prassi e legislazioni diverse e, di riflesso, il rilievo che invece può avere la già

⁽⁴³⁾ Sul tema si v. oggi A. CERRI, *L'eguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 32-33.

⁽⁴⁴⁾ Giuliani si diffonde su questa peculiare tecnica di ragionamento ne *La controversia*, cit., p. 176, con riferimento alle tecniche argomentative dei giuristi medievali.

richiamata selezione *in negativo* dei significati rilevanti. Il legame inscindibile con le circostanze di fatto spinge la Corte a valutare sulla base di queste ultime quali significati desunti dall'indagine comparativa debbano restare esclusi dal ragionamento, in quanto irrilevanti rispetto ad un inquadramento assiologico dei termini della vicenda ⁽⁴⁵⁾. Come in relazione alle nozioni autonome, va peraltro rimarcato che la natura del ragionamento è selettiva nel senso che è affidata spesso più all'esclusione di prospettive inconferenti che alla concreta individuazione, a partire dal ragionamento comparativo, di un principio di diritto formulato per successive astrazioni dalla diversità delle prassi nazionali. Ed anche qui, in definitiva, il grado di persuasività del ragionamento non si misura sul rispecchiamento di una realtà oggettiva, ma sulla combinazione tra selezione degli argomenti rilevanti e difesa di un valore: a differenza delle prospettive formali, il ragionamento dialettico implica infatti sempre una presa di posizione rispetto alla realtà ⁽⁴⁶⁾.

3.3. "Società democratica" come metafora.

Il terzo ed ultimo aspetto su cui mi vorrei soffermare brevemente concerne la consistenza metaforica di alcuni concetti chiave utilizzati dalla Corte di Strasburgo, primo fra tutti quello di "società democratica". Il significato di quest'ultima non ha mai assunto dei

⁽⁴⁵⁾ Emblematica di questo orientamento è la dec. dell'11 luglio 2002, *Goodwin v. United Kingdom*, n. ric. 28957/95. In questa nota vicenda, riguardante il riconoscimento giuridico della nuova identità conseguente ad un'operazione di mutamento di sesso, la Corte doveva fare i conti con una sua quasi ventennale giurisprudenza, che aveva sino ad allora escluso tale riconoscimento dall'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU in quanto gli Stati membri della Convenzione non avevano raggiunto, sul punto, una legislazione uniforme o comunque espressiva di un approccio comune. Orbene, pur constatando la perdurante assenza di questo "comune denominatore", i giudici in quest'occasione riformularono alla radice i termini della controversia, rilevando come l'insieme delle circostanze di fatto rivelavano una compressione del diritto di tale intensità da far ritenere, tra l'altro, non pertinenti per la decisione gli esempi promananti da quegli ordinamenti che ancora non riconoscevano a tutti gli effetti l'identità transessuale. La portata della regola così individuata, tuttavia, non giungeva a stabilire uno statuto complessivo per i soggetti in questione, ma si limitava ad escludere dall'ambito di applicazione del diritto in questione le ipotesi che si erano dimostrate maggiormente lesive della dignità dei soggetti coinvolti.

⁽⁴⁶⁾ A. GIULIANI, *Logica del diritto (teoria dell'argomentazione)*, cit., p. 28.

contorni univoci nella giurisprudenza della Corte europea, anche perché la sua portata è andata ben oltre gli scopi che ad essa sembrerebbero attribuiti dal testo della Convenzione. È noto, infatti, che essa è richiamata da alcuni articoli come il contesto alla luce del quale vagliare la necessità dei limiti al godimento di alcuni diritti fondamentali ⁽⁴⁷⁾ ma anche che, a partire da qui, essa ha assunto un valore regolativo più ampio, riferibile al complesso di regole e principi costitutivi di una sorta di contenuto essenziale dei diritti e delle libertà in area europea, che si è venuto formando a partire dall'elaborazione di quei contenuti di valore comuni alle democrazie liberali del secondo dopoguerra ⁽⁴⁸⁾ e che opera quindi come principio-guida dell'attività interpretativa della Corte.

Non diversamente da quanto accaduto in relazione agli altri temi trattati sinora, anche nell'individuazione dei significati di questa formula la dottrina si è divisa tra un costruttivismo testualista, affannato a ricercare una precisa definizione del principio pur nella scarsità dei riferimenti espliciti, ed un approccio scettico, che tende a svalutare la portata della regola scritta, legittimando semmai il ricorso a tecniche interpretative *sans texte formel* ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ Negli artt. 8-11 della CEDU, si prevede infatti che i diritti in questione (rispettivamente al rispetto della vita privata e familiare, religiosa, di espressione e di associazione) non possano essere oggetto di restrizioni « diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica » al perseguimento dei vari obiettivi ivi stabiliti (pubblica sicurezza, protezione della morale, diritti altrui, ecc.).

⁽⁴⁸⁾ Spesso associato dalla Corte europea, nella propria giurisprudenza, al *refrain* del « pluralismo, tolleranza e apertura di vedute ». Le migliori trattazioni sull'argomento sono quelle di K. Hailbronner, *Die Einschränkungen von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft*, in R. Bernhardt, W.-K. Geck, G. Jaenicke e H. Steinberger (Hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin/Heidelberg/New York, Springer, 1983, pp. 359 ss. e di S. MARKS, *The European Convention on Human Rights and Its "Democratic Society"*, in *British Yearbook of International Law*, 1995, pp. 209 ss.

⁽⁴⁹⁾ Tra queste letture alternative rinvio soprattutto a V. FABRE-ALIBERT, *La notion de "société démocratique" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1998, p. 491, che rimprovera alla Corte un « *indeterminisme juridique regrettable* » e M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2010, secondo il quale essa, come gli altri principi ricavabili dalla Convenzione, è un « *moyen de s'affranchir du texte de la Convention* », pp. 248 ss.

Questi esiti ripropongono, anche su questo fronte, l'attualità dell'approccio di Giuliani sulla dialettica e sull'argomentazione, soprattutto per quanto riguarda il valore dei testi normativi e delle regole da essi deducibili. Diversamente da molte correnti dell'anti-formalismo novecentesco — accomunate, pur nella diversità di orientamenti, da un malcelato disprezzo delle regole —, l'approccio dialettico non trascura il valore delle regole scritte, ma al tempo stesso non le considera elementi imprescindibili del sistema: esse vanno prese in considerazione nel momento specifico della loro applicazione al caso, in cui appaiono strutturalmente controverse e, quindi, da trattare come se fossero un precedente giudiziario⁽⁵⁰⁾. La relativizzazione della portata della regola, quindi, spinge ad esaltare il mutevole equilibrio che, in essa, c'è tra il mantenimento di una costanza di significati e il suo adattamento al caso: equilibrio che, se non vuole ridursi ad una meccanica interpretativa, implica un diverso uso del linguaggio normativo e, con esso, la rivalutazione della portata conoscitiva della sua struttura *metaforica*. Il ricorso alle metafore per l'analisi del linguaggio normativo nasce infatti dalla constatazione, riconducibile ad una linea di pensiero classico (aristotelico e vichiano), che esso — come ogni linguaggio formalizzato — è invariabilmente lacunoso, di modo che l'emergere del linguaggio figurato non rappresenta una patologia da correggere, ma si dimostra al contrario capace di salvaguardare una continuità tra la limitatezza delle “parole” e l'inarrestabile molteplicità delle “cose”⁽⁵¹⁾. La constatazione, propria del resto non solo di Giuliani, che il linguaggio normativo è strutturalmente metaforico⁽⁵²⁾, vale tuttavia

(50) A. GIULIANI, *Logica del diritto*, cit., p. 33. Per il dialettico, sostiene Giuliani, « non vi è dunque avversione contro la regola, ma contro il fanatismo della regola. Se da un lato vi è sfiducia in regole assolute valide per tutti i casi, dall'altro non esiste un caos di valutazioni isolate, una guerra di valori », v. *La controversia*, cit., p. 114.

(51) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 27, ed ivi la cit. da Aristotele, *Elenchi sofistici*, 165 a 11: « ... limitato è il numero dei discorsi come limitata è la quantità dei discorsi, mentre gli oggetti sono numericamente infiniti ».

(52) Anche approcci maggiormente analitici, infatti, rivalutano la consistenza metaforica del linguaggio normativo: v. da ultimo C. SARRA, *Metafora e diritto*, in M. MANZIN e P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense: il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 211 ss.

per questo autore in un senso diverso dalla gran parte della riflessione contemporanea. L'interesse del giurista per la metafora, infatti, non è né semantico (indagine sullo spostamento di significato), né retorico (come mero ornamento della frase), ma propriamente logico, perché muove da un'indagine sulle similitudini rilevanti tra più significati possibili di una regola, elimina quelle irrilevanti o inappropriate (non potendosi stabilire relazioni che siano semplicemente vere o false) e fonda così la struttura della realtà con cui egli opera ⁽⁵³⁾.

Cercando di adeguare la portata di queste riflessioni al terreno della giurisprudenza della Corte europea, va detto che all'indistinzione della formula "società democratica" si può attribuire un significato diverso da quello (per lo più negativo) ricorrente in dottrina se, prima di tutto, ci si libera dall'alternativa paralizzante tra l'ossequio al testo scritto e l'esaltazione del volontarismo interpretativo. La "società democratica" appare, in questa luce, una nozione inevitabilmente confusa, cui pare difficile attribuire un insieme di significati univoci perché essa non denota e non può denotare alcuna realtà esteriore, alcun "oggetto" rispetto al quale predicare un giudizio di conformità o di non conformità. Essa evoca piuttosto una continuità, instaura una similitudine, tra i presupposti di valore che alimentano il sistema della Convenzione e l'insieme del patrimonio ideale che ha portato all'affermazione della centralità dei diritti nel continente europeo. Una continuità, tuttavia, che non è data una volta per tutte, non solo perché la Corte ne ridisegna in continuazione i contorni, ma più in profondità perché l'instabilità del concetto riflette la mutevolezza e la contraddittorietà dei principi che ispirano la "società democratica". Del resto, è possibile e, ancora prima, ha senso definire "la" democrazia, o essa piuttosto non mostra una resistenza assoluta ad una risoluzione in termini logici che fa di essa, come del diritto, una *metafora assoluta* ⁽⁵⁴⁾?

⁽⁵³⁾ A. GIULIANI, *La « nuova retorica » e la logica del linguaggio normativo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1970, p. 378. L'osservazione per cui la metafora « fonda la struttura del reale » è di C. PERELMAN, s. v. *Argomentazione*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, Einaudi, 1977, p. 816.

⁽⁵⁴⁾ L'espressione è tratta dai *Paradigmi per una metaforologia* di H. Blumenberg ed è ripresa proprio in relazione al diritto da Giuliani in *La « nuova retorica »*, cit., p. 380.

Più che una definizione reale, quindi, l'individuazione delle similitudini rilevanti sembra essere l'unico obiettivo realmente conseguibile nell'attribuire un significato alla nozione di "società democratica", ed in questo la Corte si vede impegnata nel misurare di volta in volta, anche qui a partire dalla singola dimensione controversiale, rispetto a quali circostanze l'assimilazione di significati è interrotta, dove può essere mantenuta e dove mutano i suoi significati. Nella prima ipotesi, peraltro, quella che ricorre con maggiore frequenza nella giurisprudenza della Corte, un atto o un comportamento nazionale vengono giudicati in contrasto con la Convenzione perché non necessari in una società democratica, ma non perché in contrasto con qualche corollario di essa positivamente stabilito (se non in termini talmente generici da risultare evanescenti) ⁽⁵⁵⁾, ma piuttosto perché è dall'esclusione di quel certo significato, di quella certa similitudine, che possono ricostruirsi in negativo i contorni del principio in questione. La Corte quindi non dice, e forse non può dire, cosa è la società democratica, impegnandosi a stabilire di volta in volta cosa essa certamente *non* è: con Giuliani, potremmo dire che l'individuazione degli abusi della metafora può avere un valore logico superiore ad una definizione reale.

4. *Temporalità e assiologia nella logica della rilevanza.*

Le considerazioni svolte finora vorrebbero valere solo come stimolo a ripensare alcuni aspetti dello stile interpretativo seguito dalla Corte di Strasburgo, e non — lo si ribadisce — a prefigurare un generale modello esplicativo di esso, che certamente non può ricavarsi dalla riflessione di Giuliani e che anzi, per le ragioni già viste, sembra radicalmente in contrasto con alcuni presupposti del suo pensiero. Sebbene, infatti, egli avesse colto molto lucidamente alcune linee evolutive attuali del diritto costituzionale europeo, ed in particolare l'affiorare di nuovi modelli di logica giuridica capaci di rendere conto delle nuove istanze pluralistiche e dei conflitti cui esse

⁽⁵⁵⁾ Frequente, come visto, è infatti il richiamo in questi casi a « *pluralism, tolerance, broadmindedness* ».

davano luogo, soprattutto sul terreno dei diritti fondamentali ⁽⁵⁶⁾, resta il fatto che i suoi interessi di ricerca non sono mai diretti ad una concettualizzazione della realtà, bensì ad una sua problematizzazione, talvolta anche radicale.

Uno dei temi della riflessione di Giuliani in cui quest'approccio emerge con maggiore chiarezza, e che è stato del resto più volte evocato nelle pagine precedenti, è quello della *rilevanza*: del giudizio logico (logico in senso ampio) che presiede alla ricerca della qualità di un fatto. Si è visto, infatti, come nei diversi luoghi dell'argomentazione vi sia un costante richiamo al giudizio mediante il quale si valutano le somiglianze e le differenze tra due definizioni, tra due fatti, tra due significati *a partire dalle loro caratteristiche rilevanti*. Il giudizio intorno alla rilevanza, tuttavia, non verte intorno a dati di realtà, perché i fatti su cui si appunta la valutazione giuridica (un comportamento, un interesse, una dichiarazione) non esistono prima e indipendentemente da una loro qualificazione in termini assiologici ⁽⁵⁷⁾: per come emerge dal confronto dialettico, basato su regole di esclusione, tra più punti di vista, più che da un catalogo astratto di precetti intorno al giusto e all'utile.

Anche per queste ragioni, quello intorno alla rilevanza è un interrogativo di tale portata da abbracciare, a mio avviso, l'intera riflessione di Giuliani sulla retorica e sull'argomentazione, ed è il punto dove vengono a condensarsi gli elementi, al tempo stesso, più innovativi e più problematici della sua riflessione. Non è facile, infatti, fare i conti con la constatazione che della rilevanza non si può offrire una teoria generale ⁽⁵⁸⁾, a meno di avviare una ricerca non semplice intorno alle ragioni di questa impossibilità, che sembrano coincidere con alcune domande di fondo della speculazione di

⁽⁵⁶⁾ Mi riferisco, oltre che agli scritti già citati *supra* in nt. 6, alle pagine conclusive de *Il problema della comunità*, cit., pp. 95 s., nelle quali viene tematizzato il rapporto tra una nuova dimensione della ragionevolezza (fondata sugli ideali isonomici della retorica classica e, con essi, sulla vitalità del conflitto per l'ordine sociale) e lo sfaldamento di un'idea dell'ordine sociale impregnata di presupposti imperativistici.

⁽⁵⁷⁾ Nella diversa prospettiva dell'efficacia giuridica, il rapporto tra fatto e rilevanza è al centro dei contributi di A. FALZEA, s. vv. *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 480 ss. e *Rilevanza giuridica*, ivi, vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 900 s.

⁽⁵⁸⁾ A. GIULIANI, *Logica del diritto*, cit., p. 29.

Giuliani. L'impossibilità di stabilire una volta per tutte cosa sia la rilevanza coincide per Giuliani con l'impossibilità di stabilire una teoria generale dell'errore⁽⁵⁹⁾. Ciò tuttavia, non obbliga ad abbandonare un requisito di razionalità nell'argomentazione giuridica, ma spinge semmai a dismettere le pretese sistematiche di conoscenza, e ad affidarsi piuttosto ad una ragione contingente, che si riconosce incapace di conoscere la realtà nella sua interezza e che si affida piuttosto alla divisione del lavoro, al rinvio all'esperienza e alle esperienze, presenti e passate, come forme di conoscenza.

È implicita, in questa visione, l'idea che il ragionamento giuridico possa interrogarsi intorno ai problemi della qualità e della rilevanza solo nel momento in cui si scopre legato ad una dimensione temporale (*καιρός*), legata all'irripetibilità, all'individualità e alla concretezza delle situazioni e dei fatti umani con cui si cimenta⁽⁶⁰⁾. La temporalità non è quindi una dimensione che opera sullo sfondo delle dinamiche interpretative, perché la contingenza si rivela l'unica dimensione che assicura la libertà, la responsabilità e la scelta connesse alla ricerca della qualità. In questa dimensione, infatti, la responsabilità dell'interprete non è più assorbita dalla conformità delle sue scelte con un ordine trascendente (sia esso quello delle norme o della Ragione), ma risponde ad una morale della virtù: nel momento in cui i problemi assiologici non sono privati della loro consistenza problematica, aporetica, essi implicano una scelta che presuppone un'inclinazione alla verità⁽⁶¹⁾.

A partire da questa inclinazione, che Giuliani fa in più occasioni risalire all'idea aristotelica di intelletto (*νοῦς*) e alla vichiana *vis veri* e che costituisce l'unica garanzia di razionalità della valutazione intorno alla rilevanza, si addensano in conclusione molti degli interrogativi sulla possibilità di ricorrere ad un modello classico di dialettica e di argomentazione per rendere conto di alcuni sviluppi della prassi con-

(59) A. GIULIANI, *op. e loc. ult. cit.* Del resto, come scriveva anche Pascal nel *Colloquio col Signore di Saci su Epitteto e Montaigne*, « l'essence de la méprise consiste à ne pas la connaître ».

(60) A. GIULIANI, *La controversia*, cit., pp. 115 s.

(61) Su morale dell'obbligo e morale della virtù, riflesso della distinzione tra poieticità e prassi, v. A. GIULIANI, *Il concetto classico*, cit., pp. 560 s. e la lettura che ne offre F. CERRONE, *Introduzione: premesse logiche ed etiche di una comunità civica e del suo ordine giuridico*, in *Sociologia*, n. 3/2010, § 4.

temporanea. Il recupero di una simile attitudine alla verità, se può avere un significato oggi anche per il giurista, certo non può tradursi nell'edificazione di una nuova teoria morale capace di fornire dei precetti per l'azione: basterebbe recuperare — e già sarebbe molto — l'ideale aristotelico che riconduce il principio ispiratore della decisione pratica, della scelta preferenziale (προρρησις), all'individuo che si riconosce responsabile, perché il principio di essa « è all'interno del soggetto e, più ancora, è facoltà del soggetto compierla o non compierla »⁽⁶²⁾.

⁽⁶²⁾ *Etica nicomachea*, 1110 a 16. Sul legame tra decisione e riconoscimento di responsabilità a partire da Aristotele rinvio a P. RICOEUR, *Percorsi del riconoscimento*, Milano, Raffaello Cortina, 2005, pp. 97 ss.

**GIURISTI, GIURISDIZIONE E LEGISLAZIONE
TRA DOGMATICA ED ETICA**

CARLO CALVIERI

LA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE TRA ESERCIZIO
DEL POTERE GIUDIZIARIO E
RUOLO “POLITICO”-COSTITUZIONALE

1. Premessa. — 2. Responsabilità del giudice e formazione del giurista: una riflessione metodologica. — 3.... (*Segue*): la responsabilità del giudice fra logica ed etica delle regole di condotta. — 4. Alla ricerca delle matrici storiche della responsabilità del giudice. — 5. Dai modelli puri della responsabilità professionale, fondati sull'ordine isonomico del processo, al giudice funzionario interprete e risolutore dei conflitti. — 6. Il difficile bilanciamento tra responsabilità, indipendenza e terzietà del giudice a garanzia del valore democratico dell'ordinamento. — 7. Terzietà ed indipendenza *vs.* responsabilità amministrativa e politica?

1. *Premessa.*

In occasione di questo scritto, reso a valle del mio intervento nel corso del convegno su *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, tenutosi a Perugia il 15 e 16 giugno 2010, vorrei preliminarmente colmare un debito di riconoscenza nei confronti del Professor Alessandro Giuliani, studioso di grande spessore il cui contributo alla filosofia del diritto è stato riconosciuto sia a livello nazionale che internazionale, ma al contempo connotato da non comuni doti umane, sempre prodigo di consigli nei confronti dei giovani ricercatori anche non afferenti al suo dipartimento, struttura che oggi nella facoltà di giurisprudenza di Perugia porta in memoria il suo nome. Autore attento e curioso delle ricerche altrui, nel corso di alcuni incontri mi ha saputo consigliare quelle letture storico filosofiche in grado di ricostruire la nozione di autonomia, partendo dalle antiche basi del pensiero di Althusius e Baldus, che hanno così accresciuto e rafforzato le basi metodologiche del mio lavoro monografico sullo Stato regionale in trasformazione.

È inoltre pacificamente accertato che il vasto terreno e l'ampiezza di orizzonte, nello spazio e nel tempo, in cui si muovono gli scritti di Giuliani (1), consentono sempre importanti approdi che attenuano l'ansia di giustizia che caratterizza, nella nostra epoca, la coscienza comune e sollecitano l'interesse su molteplici settori fra cui quelli legati alle complesse tematiche del processo, del giudizio, e della prova.

In questa sede si intende svolgere una riflessione su un tema strettamente correlato alle vicende del processo e che non a caso è stato l'oggetto dell'opera fondamentale affidata al binomio di Alessandro Giuliani e Nicola Picardi sulla responsabilità del giudice. Autori che hanno avuto il merito di incentrare l'asse della discussione nel rapporto tra il modello ideale di tipo *isonomico* della responsabilità professionale di tipo comune, raramente messo in discussione nell'Europa continentale fino all'età moderna, con quello costruito sulla figura del giudice funzionario, cui accede il diverso stampo legato al doveroso comportamento che si svolge sul piano disciplinare o paradisciplinare.

Il tema dell'ineguagliato studio di Giuliani e Picardi, che opportunamente si sviluppa sia sul piano storico filosofico che sul piano dei modelli comparati, assume oggi una valenza precipua per una serie di ragioni.

In primo luogo perché la responsabilità appartiene ad un modello tendenzialmente unitario, ma tocca lo *status* di una pluralità di figure soggettive che sottostanno al *nomen* di giudice cui accedono sia i magistrati giudicanti che quelli appartenenti alla magistratura requirente, i magistrati assunti per pubblico concorso e quelli che assolvono alle analoghe funzioni in qualità di giudici onorari di nomina elettiva e figure ancora diverse come gli esperti applicati alle sezioni specializzate agrarie ed i giudici popolari.

In secondo luogo nel nostro ordinamento possiamo riscontrare

(1) Per un'ampia ed esauriente riflessione sul pensiero di Alessandro Giuliani si rinvia al recente scritto di F. CERRONE, *Alessandro Giuliani: la storicità del diritto fra logica ed etica*, edito nel volume a cura di F. TREGGIARI, *Giuristi dell'Università di Perugia*, Contributi per il VII centenario dell'Ateneo, Roma 2010, 73, 196. Saggio ora destinato anche agli studi in onore di A.A. CERVATI, *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, II, Roma, 2011, 1 ss.

modelli processuali diversi a seconda che si prenda in considerazione il rito civile, quello penale, l'amministrativo, il tributario o quello contabile e pensionistico.

Di conseguenza plurimi sono i giudici, gli attori che si muovono nelle aule delle differenti giurisdizioni ed i relativi modelli processuali necessari a: « ...portare la legge a farsi giudizio », per utilizzare la metafora di un grande processualista come Salvatore Satta ⁽²⁾.

Il processo civile si caratterizza per procedure su istanza di parte, per prediligere la forma scritta e per l'ampio strumentario istruttorio a disposizione delle parti. Fondamentalmente orale è invece il processo penale e con caratteristiche molto diverse da quello civile anche dopo il passaggio dal rito inquisitorio del codice originario a quello accusatorio in vigore dal ventiquattro ottobre del 1989. Ancora diverso il processo amministrativo, ora oggetto di unificazione legislativa nel recente codice del processo amministrativo in vigore dal sedici settembre del 2010, sulla cui base sono sostanzialmente costruiti sia quello tributario che il contabile, caratterizzati entrambi da una struttura non dissimile rispetto alle forme del processo amministrativo e tutti connotati da una peculiare contrazione dell'impianto istruttorio. Ognuno di questi processi risponde poi ad una sua logica, o meglio ad un preciso *more juridico*,

(2) S. SATTA, *Il Mistero del Processo in Rivista di diritto processuale*, 1949, I, 237. Ma vedi anche ID., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, 17 e 20. Qui forse merita la riflessione che l'A. svolge sulla essenza stessa della realtà ordinata, affermando che: « E qui bisogna dire che la risoluzione dell'ordinamento in giurisdizione è particolarmente illuminante, perché accanto alla legge particolare, alla legge delle parti, che è quella che è per ogni singolo rapporto, si pone la legge del giudice, che concorre non meno della prima a costituire l'ordine della realtà. Il giudice infatti non è una posizione meramente formale, vuota di contenuto, come in sostanza è o dovrebbe essere nella concezione di un ordinamento obbiettivo, che sta fuori di lui; egli è l'ordinamento, è cioè l'intera realtà ordinata che comprende non solo la legge particolare dei soggetti, ma la legge di tutti i soggetti, che è come tale anche di quei soggetti, legge universale si può ben dire, che si afferma in ogni particolare, e inderogabilmente lo condiziona. È questo quello che con termine esatto e altamente comprensivo si chiama ordine pubblico (art. 31 delle preleggi, art. 797 c.p.c.): e riassume in sé da un lato l'eticità dell'ordinamento (e si intende l'eticità che positivamente lo informa), dall'altro la verità; e sotto questo profilo si intende il processo, il processus iudicii, l'ordine insostituibile del giudizio, che appunto perché è legge di verità è sempre quella del luogo dove il processo si svolge (art. 27 delle preleggi), e cioè del giudice davanti al quale il processo si svolge ».

possiede un suo linguaggio ed anche peculiari tempi procedurali e decisori.

Da qui le due domande capitali per l'inquadramento tematico: Quale giudice? E quale processo? Su cui si interrogano Giuliani e Picardi.

Tutto ciò complica ulteriormente l'analisi di un problema, già di per sé estremamente complesso, che certamente non si ha la pretesa di esaurire o su cui suggerire definitive soluzioni in questa sede. Si vuole invece, molto più modestamente, onorare lo studio e le analisi di Alessandro Giuliani sulla responsabilità del giudice per dimostrarne l'attualità pur all'indomani del referendum e della successiva riforma legislativa. Questa non ha inciso in modo determinante ed ha lasciato sostanzialmente inalterati i molteplici spinosi profili, soprattutto con riferimento all'esimente prevista per i comportamenti, anche gravemente omissivi, posti in essere dal giudice sul piano della valutazione del fatto e delle prove e dell'interpretazione del diritto. Tanto è che oggi l'attuale maggioranza di governo propone un articolato quanto opinabile disegno di riforma costituzionale che tende anche ad ampliare sul punto il raggio della responsabilità del giudice.

Ma tale tematica comporta, a ben vedere, delicatissime implicazioni, in quanto non è soltanto un capitolo fondamentale dello stesso ordinamento giudiziario, ma diventa il simbolo dei valori e delle istituzioni dominanti nella civiltà giuridica di un'epoca e che, per dirla con le parole di Giuliani e Picardi: « ... rappresenta il punto di raccordo tra il momento etico (la relazione intercorrente tra la responsabilità del giudice e la responsabilità comune) il momento logico (la regolamentazione dei poteri del giudice nell'applicazione della legge e nella prova dei fatti) ed il momento politico costituzionale (i rapporti fra governanti e giudici e fra questi ultimi ed i governanti)... »⁽³⁾.

Aspetti questi che assumono, nell'attuale fase storica, una valenza politica ed istituzionale che probabilmente non trova analogo riscontro in altri ordinamenti. Di tale intensità si mostrano le tensioni sul piano politico e sociale che finiscono con lo scaricarsi in

⁽³⁾ A. GIULIANI-N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, collana Dialettica, Diritto e Processo, Milano 1995, ristampa aggiornata, premessa, XII.

un grave conflitto sul piano politico ed istituzionale e tutto ciò rende, a mio avviso, ancor più peculiare e delicata l'indagine nel campo dell'altissima funzione istituzionale affidata al giudice che lega la sua responsabilità alla sua stessa indipendenza e serena obiettività.

2. *Responsabilità del giudice e formazione del giurista: una riflessione metodologica.*

Il problema della responsabilità del Giudice ⁽⁴⁾, proprio per la sua complessità, implica una riflessione sulla stessa formazione del giurista. A sua volta, tale ampliato campo di indagine impone di allargare lo sguardo ai problemi della metodologia giuridica ⁽⁵⁾, ma anche al confronto fra i diversi metodi propri delle scienze che coinvolgono, in genere, il sapere umano.

Noteremo allora la scarsa attitudine di prospettive legate ai modelli metodologici propri delle scienze deduttive o esatte a cogliere i molteplici aspetti legati alla naturale complessità dell'agire umano che è un fenomeno che per sua natura si configura come di imprecisato confine.

⁽⁴⁾ Il paragrafo è frutto di un approfondimento che si è avuto modo di sviluppare nel corso delle attività seminariali del dottorato di ricerca in Diritto Pubblico e costruzione delle tradizioni giuridiche, su "Ordine giuridico e comunità nazionale fra diritto, storia e letteratura", XXVI ciclo, di cui è ideatore e coordinatore Francesco Cerrone. A lui va il mio sincero apprezzamento e ringraziamento, in uno con i preziosi ed illuminanti contributi offerti (con riferimento alla problematica affrontata nel presente paragrafo), dalle riflessioni di A. De Nitto, in tema di metodologia delle scienze e metodologia giuridica e dalla vivace relazione di B. Cavallone, Pinocchio e la funzione educativa del processo, tenutesi nel corso dei seminari del suddetto ciclo di dottorato.

⁽⁵⁾ Si pensi al metodo storico e sistematico di Savigny, alla genealogia dei concetti di Puchta, al metodo storico naturalistico del giovane Jhering, alla teoria ermeneutica oggettiva sostenuta da Binding, Wach e Kohler, ma anche al positivismo come terreno su cui si è sviluppato il movimento della libera ricerca del diritto di Bulow, Ehrlich, Kantorowicz e Isay, fino al punto culminante rappresentato dalla dottrina pura del diritto di Kelsen. Modelli e metodi che in tempi più recenti si distaccano dal positivismo allontanandosi dalla ricerca di un sistema assiomatico deduttivo di tipo matematico, ma pur sempre legata all'idea di sistema, seppure condizionato da principi etico giuridici e dai rapporti della vita di relazione. Qui è evidente il richiamo a K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Gottinghen Heidelberg, 1960 e nella traduzione italiana, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966.

Pertanto ogni prospettiva che intenda muoversi partendo da una base logica di tipo “formalistico-razionale”, si mostra poco adatta ad affrontare le tematiche complesse cui si è fatto riferimento, in quanto un tale approccio, per sua natura, è alla ricerca di risposte immediate ed efficaci in grado di offrire soluzioni rapide e concrete, poco propense a coltivare il dubbio metodico, che necessariamente rallenta la fase decisionale utile a soluzioni di tipo deduttivo, con la conseguenza di preferire la prevalenza di una fra le molteplici soluzioni, restando invece insofferente di fronte a questioni che si confrontino su basi fra loro alternative ma equivalenti.

Scelte di tipo « formalistico-razionali » quindi impongono la ricerca, per quanto possibile, di soluzioni efficaci sul piano pratico, frutto di operazioni empiricamente necessarie e spesso incontrovertibili, caratterizzate pertanto da modelli connotati da rigidità ed ispirati alla autosufficienza.

Tale impostazione metodologica è all'evidenza orientata alla ricerca di risultati concreti e poggia le sue basi sulla cieca fiducia delle conquiste raggiunte nel tempo dal sapere scientifico e che hanno consentito di offrire sempre nuove risposte all'ignoto. È altresì evidente però che una tale tipologia di sapere si affida ad una formazione tendenzialmente tecnico specialistica che, in quanto tale, privilegia la formazione di esperti in grado di sviluppare le relative conoscenze in ambiti settoriali e quindi necessariamente limitati, privi del necessario collegamento con altri settori.

Anche il linguaggio ne risente, diventando quello proprio di un gergo utilizzato da iniziati, certamente più preciso rispetto alla lingua comune, ma che da questa si discosta, risultando ai più oscuro o poco decifrabile.

Anche la scienza del diritto, aumentando i livelli settoriali e specialistici, non si sottrae a questi rischi e si trova a dover fare i conti con modelli propri delle scienze “pure”, che a loro volta difficilmente risultano orientati a valorizzare l'irriducibile complessità propria di un sapere basato sullo studio delle condotte umane, che sfuggono alla disciplina di regole certe e determinate ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Si pensi al paragone tra dogmatica giuridica ed una scienza pura come la chimica proposta da Jhering. La scienza sistematica del diritto sarebbe infatti la chimica giuridica che ricerca i corpi semplici, in quanto volatilizza in concetti la materia prima

Ecco allora la necessità di creare le condizioni per aprirsi a modelli anche metodologici diversi che ci portano a concepire lo studio del diritto tra quelli che poggiano i propri elementi costitutivi nel settore delle scienze “adeduttive”, aperti al confronto senza riluttanza con studi e metodi diversi come quelli storici, con la filosofia, la sociologia ma anche con la letteratura, i cui contributi non si riducono ad analisi di mero contorno, frutto della narrazione, di valore meramente collaterale, ma che invece acquistano, sul piano speculativo, un valore talvolta decisivo ai fini della piena conoscenza dei fenomeni di rilievo per il diritto.

D'altro canto la ricerca di un sapere che affronta lo studio delle condotte umane, alla cui base si pone spesso lo stesso rapporto dialettico fra giusto e ingiusto, vive necessariamente a contatto con concetti che si alimentano del confronto assiologico. Tanto che anche i più recenti orientamenti delle scienze c.d. “esatte” finiscono col mostrarsi sensibili ad affrontare, in termini non certo formalistici né meramente deduttivi, parametri problematici come quelli legati ai concetti di *relatività, probabilità, qualità, armonia etc.*

È anche significativo notare che su tale versante si sono confrontati anche teorici delle scienze economiche del calibro di J. M. Keynes, che nel suo storico Trattato sulla probabilità (7) non si è occupato soltanto degli aspetti teorici e tecnici propri del calcolo matematico e quindi delle scienze deduttive, ma ha sviluppato anche rilevanti aspetti di filosofia pratica riguardanti la razionalità delle decisioni in condizioni di incertezza. La probabilità diviene quindi una branca della logica che si occupa dei gradi di certezza fondata sull'argomentazione, che a sua volta dipende dal bagaglio di conoscenze di cui si dispone.

La probabilità appartiene quindi alla logica della razionalità e non a quella della verità in quanto: «... *uno può razionalmente credere che una proposizione sia probabile mentre invece è falsa* » (8).

Non certo secondario anche in questo settore è quindi il peso

e cioè le regole giuridiche. Vedi *Geist des römischen Recht*, II, 2, p. 392, *Jherings Jahrbucher*, I, p. 18, su cui la critica di K. LARENZ, *op. cit.* p. 31.

(7) J.M. KEYNES, *A Treatise on Probability*, London, 1921 e nella traduzione italiana *Trattato sulla probabilità*, Bologna, 1994.

(8) J.M. KEYNES, *op. cit.*, p. 4.

dell'argomentazione dato che la probabilità dipende proprio dal rapporto tra le conoscenze (*evidence*) favorevoli o sfavorevoli dell'argomentazione, che a sua volta si riflette sulla probabilità, che può aumentare o diminuire a seconda che il contributo di conoscenza rafforzi o meno quelle favorevoli ad una soluzione o le altre.

Non v'è chi non veda come in questo vi sia una forte analogia con le dinamiche proprie del processo, sulle sue valenze "etiche" e sullo stesso ruolo del Giudice. Tematica questa che può essere affrontata sia su di un piano formale, proprio delle regole codicistiche che contraddistinguono i vari processi, ma anche da un punto di vista sostanziale volto a riflettere sulle stesse aspirazioni ad un ideale di giustizia meno formale che da secoli ruota intorno alle riforme dei modelli processuali e di soluzione dei conflitti e sullo stesso ruolo e relativa responsabilità del primo attore di tali procedimenti, il giudice.

Acquistano quindi portata paradigmatica gli scritti di un cultore dei rapporti tra teoria del processo ed etica come Giuliani, ma anche di quanti affiancano alla teoria del processo l'analisi della letteratura come Bruno Cavallone che ci consente di affrontare il dibattito processuale anche attraverso l'uso paradigmatico degli *story telling*, ove tra i narratori, oltre agli avvocati e ai testimoni, vi è anche il soggetto sulla cui condotta si incentra la nostra indagine, quella del giudice ⁽⁹⁾ nell'esercizio delle sue funzioni processuali.

⁽⁹⁾ Si vuole qui mettere in rilievo i molteplici scritti sulla valenza etico-educativa del processo fondati sul *topos* narrativo e drammatico della "giustizia capovolta" su cui in particolare, B. CAVALLONE, *Pinocchio e la funzione educativa del processo*, in *Rivista di Diritto processuale*, 2008, n. 1, 133 e ss. e già prima dello stesso autore, B. CAVALLONE, "Non siete che un mazzo di carte!" *Lewis Carrol e la Teoria del Processo*, in *Studi in onore di U. Gualazzini*, Vol. I, Milano, 1981, 309 e ss. Ma anche Id., "Comme Vous Aultres messieurs" *Françoise Rabelais, Teorico del processo e del giudizio*, in *Rivista Diritto Processuale*, 2008, 433.

Questo nuovo scenario che si apre a modelli tratti da fronti culturali diversi come quelli filosofici o letterari ci consente di cogliere tratti significativi ed anche di carpire quei peculiari quanto emblematici spunti offerti dalla letteratura francese e proposti da Françoise Rabelais nei suoi scritti del 1532 come *Les horribles et espouvantables faits et prouesses du très renommé Pantagruel, roy des Dipsodes*, scritto richiamato da B. Cavallone in « *Comme vous aultres, messieurs* » (*François Rabelais teorico del processo e del giudizio* cit.). Nello scritto di Rabelais, l'eroe eponimo (Vedi Cap X-XIII) decide la controversia pendente innanzi alla Corte del Parlamento di Parigi tra Mons. De Baysecul, attore e Mons. de Humevesne convenuto. *Pantagruel* infatti riuscirà nell'arduo

3. (Segue): *la responsabilità del giudice fra logica ed etica delle regole di condotta.*

Tornando al panorama degli studi di Alessandro Giuliani noteremo che la logica e l'etica costituiscono due pilastri di grande rilievo che si pongono come colonne portanti del tema della responsabilità del giudice. A sua volta la ricerca della natura e del fondamento della responsabilità presuppongono lo studio e l'analisi degli elementi che portano il giudice a costruire la sua decisione.

Occorre allora prendere in considerazione il linguaggio, a partire da quello normativo (da intendere come riflessione centrale del pensiero filosofico e della stessa azione umana) ⁽¹⁰⁾, ma anche quello

compito di risolvere la controversia "*merveilleusement obscure et difficile*", nonostante sulla stessa si fossero inutilmente impegnati per quarantasei settimane i più valorosi giuristi d'Europa. La decisione perviene dopo aver bruciato le voluminosissime carte del processo che viene riportato alla fase orale, con invito alle parti di rappresentare oralmente le loro ragioni. Alle perorazioni delle parti, tanto ricche di citazioni che di avventurosi ed incomprensibili neologismi, seguirà l'altrettanto oscura ed enigmatica decisione, fatta eccezione per la formula conclusiva "*sans despens*" (spese compensate) che suscita l'entusiasmo e la gratitudine delle parti, felici di non dover sopportare ulteriori esborsi e la Corte acclamerà Pantagruel come il novello Salomone. Tutto ciò non va letto come una critica al contraddittorio ma una sua meditata esaltazione che si può leggere anche nel terzo Libro Cap. XXXIX-XLIII che riguarda la vicenda del Giudice Bridoye del piccolo tribunale di Fonsbeton, accusato di decidere le sue controversie attraverso il lancio di dadi e dove la sua torrenziale autodifesa non si riduce ad una parodia del ruolo del giudice, ma si conferma come una affascinante quanto rigorosa ed al tempo stesso inquietante teoria del processo e del giudizio. Ma si può anche richiamare l'opera di Jean Racine e la figura letteraria del Giudice per antonomasia, incarnato dal personaggio di Pierre Dandin che troviamo nell'unica commedia dell'Autore, *Les Plaideurs* (o *Le parti in causa*) del 1668.

⁽¹⁰⁾ Ma una critica all'approccio di tipo formalistico la troviamo anche in molteplici scritti di S. Satta, come *Il formalismo nel processo*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1958, 1141 e s. ID., *Un giudizio di conciliazione ovvero la giustizia di Evaristo*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1963, 228 e ss., ove è netta la critica al bizantinismo delle soluzioni di tipo formalistico che troppo spesso mortificano quella che viene definita come l'"umanità" del giudizio.

A. GIULIANI, *Scienza del diritto e scienza dell'azione umana*, in *Il Politico*, Pavia 1952, p. 322 e s. Qui Giuliani nel rielaborare la relazione presentata all'*International Bar Association* di Madrid del 1952, sottolinea l'importanza e la centralità del linguaggio e la necessità di rifarsi per la ricerca del significato intrinseco del precetto normativo non solo ai fattori strettamente linguistici ma anche a quelli latamente "culturali" propri dell'ordinamento cui si riferiscono e ciò al fine di superare i problemi di "intraducibilità" di

inteso come punto di partenza e di approdo dell'interpretazione. Infatti, un linguaggio tecnico quale è (o dovrebbe essere) quello giuridico alla luce di quanto sviluppato nel paragrafo che precede, si distingue da quello comune per una intrinseca maggior precisione, tendendo a ridurre le ambiguità connesse a polisemie o sinonimie che spesso possono ravvisarsi. Non di meno anche il linguaggio giuridico nelle sue duplici accezioni non sfugge a carenza di univocità ed oscurità espressive, fonte di possibili equivoci ermeneutici.

Tale irriducibile ambiguità, quasi coesistente anche al linguaggio giuridico, tende ad offuscare la ricerca della giusta regola di condotta (propria della *prassi* nella versione aristotelica ⁽¹¹⁾) a vantaggio del sapere pratico produttivo (proprio di una terminologia *poietica* che è alla base delle *technai*) puntualmente denunciata da Giuliani ⁽¹²⁾, che richiama l'attenzione sulle due grandi manifestazioni normative dell'intelletto pratico: l'arte e, soprattutto nel campo del diritto, la prudenza.

All'arte e alla prudenza corrispondono infatti rispettivamente il dominio del *poieîn* e del *pràktein*. Nel primo caso il fare si riferisce al risultato (una casa, un paio di scarpe), nel secondo caso si deve prendere in considerazione l'azione dal punto di vista dell'intenzione e dell'uso della libertà ⁽¹³⁾, il ch  porta Giuliani ad impiegare per

alcuni termini giuridici in quelle lingue di ordinamenti ove il relativo istituto non   noto, tra gli esempi proposti vi   quello del trust.

⁽¹¹⁾   la *prassi* che per Aristotele manca agli animali ed ai bambini e che presuppone l'uso della ragione, vedi Aristotele, *Ethica Eudemia*, 1224, a 27-30. Si veda in particolare A. GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta, (a proposito della dottrina aristotelica dei prakt )*, in *Annali della facolt  di giurisprudenza Universit  di Perugia* 1974, 555.

⁽¹²⁾ Si sofferma su tale profilo P. DI LUCIA, *La praxeologie del linguaggio normativo in Alessandro Giuliani*, in questo volume, pp. 433 ss. Ma in particolare si veda A. GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta, (a proposito della dottrina aristotelica dei prakt )*, cit., 554. Ritorna ora sul tema F. CERRONE, *Ragione dialettica e Retorica nell'opera di Alessandro Giuliani*, in *Sociologia*, fascicolo n. 2 del 2009, 45. Qui l'A. riprende il ragionamento di Giuliani e sottolinea la differenza tra l'“intelletto” *pratico*, funzionale all'uso della libert , rispetto a quello *poietico* tendente ad un risultato concreto, come il realizzare una casa o un paio di scarpe.

⁽¹³⁾ Cos , quasi testualmente, A. GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta (a proposito della dottrina aristotelica dei prakt )*, cit., 558.

i due settori la terminologia di *poieticità*, utilizzata per rappresentare un sapere di tipo pratico produttivo e quello di *prassi* per il sapere pratico attivo.

Da qui si dipanano quei riflessi che sul piano giuridico si legano all'uso delle tecniche di interpretazione ed al modo con cui si sviluppano nel processo, cioè nella sede ove le stesse attività ermeneutiche trovano il loro naturale svolgimento e dove opera il giurista. In questo contesto, l'attore principale, il giudice: « ...non ha mai potuto fare a meno di *agire*, per aggiustare ed adattare fra loro casi somiglianti o dissimili, eguagliando e riducendo ad unità attraverso un procedimento tipico delle scienze umane... » addivenendo così all'equità che risponde all'esigenza di applicare la legge al caso singolo (14).

È nel processo infatti (ed in modo particolare nel processo fondato sugli scritti delle parti come quello civile, amministrativo, tributario e contabile), che affiora spesso l'insufficienza del diritto scritto, che può trovare rimedio attraverso un'accurata riflessione sulle tecniche della ragione: la *dialettica*, la *retorica* e la *sofistica*. Sono queste le tecniche privilegiate dell'argomentazione che, a sua volta, non equivale a dimostrazione. E mentre la *dialettica* si pone come il momento del giudizio imparziale, la *retorica*, da non interpretare come ricerca solo estetica legata all'esigenza di una mera « forma ornata », offre la base per la corretta selezione delle scelte argomentative ed infine la *sofistica* (che per Giuliani comprende il conflitto euristico connotato dal confronto violento ed apodittico, ma che con questo non si confonde), è l'altrettanto importante fase che si occupa della patologia dell'argomentazione e che si pone quindi in stretta relazione con la dialettica, escludendo in sede decisionale le dissertazioni confutabili e contraddittorie (15).

(14) Vedi A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, 1956, 196. Sul punto anche la significativa riflessione di F. CERRONE, *Ragione dialettica e Retorica*, ult. cit., 49.

(15) Qui il rinvio d'obbligo è alle puntuali e definitive osservazioni di F. CERRONE, *Ragione dialettica e retorica nell'opera di Alessandro Giuliani*, cit., 50 e 51.

Alla retorica funzionale a convincere senza persuadere, si giustappone dunque la dialettica, correlata alla persuasione senza valenza costringitiva che è la caratteristica della dimostrazione ⁽¹⁶⁾.

A valle di tali non agevoli questioni si pone il ruolo del giudice, la decisione e la relativa responsabilità etica e giuridica, che si riflette, in forza del titolo che si è voluto dare al presente scritto, anche sul piano politico costituzionale.

Ogni ragionamento che prende in esame la responsabilità del giudice finisce quindi con il coinvolgere anche i proteiformi profili legati al linguaggio, all'interpretazione, alle tecniche processuali, ed allo stesso modello costituzionale. Infatti, le capacità di esercizio della ragione finiscono con il condizionare non solo il processo, ma anche la legislazione e l'agire delle stesse amministrazioni pubbliche, così che l'intero ordinamento riflette il livello di razionalità e moralità di una certa epoca ⁽¹⁷⁾.

Sul punto Giuliani chiarisce che:

« ... i mutamenti delle istituzioni vanno ricercati all'interno delle modificazioni della mente umana (per cui) il processo è una variabile dipendente dalle guise con cui si viene articolando nel tempo il livello di razionalità, in relazione alle varie forme di governo » ⁽¹⁸⁾.

In filigrana si tratta di tracciare le stesse linee generali della

⁽¹⁶⁾ Sul punto è necessario un rinvio allo scritto di A. GIULIANI, *La nuova retorica e la logica del linguaggio normativo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1970, 374 e s. Qui l'A. muove dalla opere del Perelman ponendo le basi ad un modello che si distacca dai precedenti, quale ad esempio il dialogo "Calogeriano" e che si pone in rapporto problematico anche con l'idea di modello fondato sul contraddittorio di Habermas, sottolineando la novità rappresentata dalla preferenza alla retorica antica della dialettica aristotelica, da utilizzare in contrapposizione con l'analitica in tutte le questioni non suscettibili di rigorosa dimostrazione. Si veda sul punto A. CERRI, *Logica, argomentazione, processo: il secondo rovello di Alessandro Giuliani*, in questo volume pp. 375 ss.

⁽¹⁷⁾ Vedi F. CERRONE, *Ragione dialettica e Retorica*, cit., 60 ed ivi i richiami a A. GIULIANI, *Il modello di legislazione ragionevole (Riflessioni sulla filosofia italiana della legislazione)*, in M. Basciu, *Legislazione, profili giuridici e politici*. Atti del XVIII congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Napoli, 29-31 maggio 1989, Milano, 1992, 1.

⁽¹⁸⁾ Vedi A. GIULIANI, *La filosofia del processo in Vico ed il suo influsso in Germania*, in *Boll. Centro Studi Vichiani*, 1992-93, 350

complessiva educazione del giurista, come ricorda lo stesso Giuliani nella articolata ricerca sull'educazione giuridica divisa in 5 parti e composta da 9 volumi editi tra il 1975 ed il 1979 e dove il terzo volume è interamente dedicato alla responsabilità del giudice ⁽¹⁹⁾.

Oggi, inoltre, affrontare tale problema significa anche tener conto della profonda crisi della legge che, priva da tempo dei suoi caratteri di generalità ed astrattezza e spesso di adeguata chiarezza, rende quasi impossibile al giudice di porsi come bocca della legge ed espressione di un potere nullo, essendo per il giudicante sempre più difficile sottrarsi ad un ruolo di supplenza del legislatore che, anche a non volerlo, rende impossibile o estremamente arduo il non creare diritto.

Si pensi alle disposizioni di alcune recenti riforme, che incidono sul processo creando modelli profondamente asimmetrici, guidati da valori di efficienza economica (tipici del sapere pratico produttivo) al fine di migliorare e ridurre i tempi della giustizia civile o nel settore del contenzioso amministrativo nel campo di taluni contratti pubblici ⁽²⁰⁾, non sempre caratterizzate dalla ricerca di uniformità come nel caso dell'attuazione della direttiva ricorsi introdotta dal decreto delegato n. 53 del 2010, e comunque ben lontani dalla visione isonomica del processo messa in luce da Giuliani e fondata sulle autentiche basi del sapere, sulla ricerca della giusta regola di condotta, sul riconoscimento delle funzioni assiologiche della ragione, in pratica sull'autentico principio del *rule of law* di matrice anglosassone ⁽²¹⁾.

4. *Alla ricerca delle matrici storiche della responsabilità del giudice.*

Per comprendere le tesi proposte da Giuliani nel tratteggiare il tema della responsabilità del giudice è necessario riassumere, seppur

⁽¹⁹⁾ A. GIULIANI, *L'educazione giuridica*, III *La responsabilità del giudice*, Perugia 1978.

⁽²⁰⁾ Mi riferisco alle più recenti riforme del processo civile inserite nella legge n. 69 del 2009 al cui interno è anche contenuta la delega al governo per la unificazione della legislazione sul processo amministrativo oggi attuata con il d.lg. n. 104 del 2 luglio 2010.

⁽²¹⁾ A. GIULIANI, *Osservazioni introduttive*, in *L'educazione Giuridica I, Filosofia e scienza della legislazione*, cit.

in estrema sintesi, i presupposti storico-filosofici che hanno consentito all'illustre filosofo del diritto, di ricostruirne le premesse.

Tali radici storiche risalgono al diritto naturale classico ed in particolare al modello della democrazia greca, dove il principio della responsabilità dei magistrati rappresentava il fondamento della democrazia e dello stesso diritto greco (22).

Eschine nello Ctesifonte ci dice: « *nella nostra città nessuno è esente dall'obbligo di rendere conto del suo operato fra coloro che in qualsiasi modo esercitano un'attività pubblica* » (23).

Unica eccezione a tale obbligo era rappresentata dal supremo Tribunale Eliastico, irresponsabile per ragioni di diritto, dato che si trattava di un'assemblea politica, e di fatto, atteso che la segretezza del voto rendeva impossibile l'individuazione della responsabilità individuale.

Lo stesso Giuliani ci rammenta poi come nella filosofia aristotelica il prototipo di responsabilità del Giudice, che si può trarre dall'Etica Nicomachea, porta il filosofo greco a declinare il giusto per differenziarlo dall'ingiusto, evidenziando la difficoltà di tale compito, quando giusto e ingiusto sono racchiusi in un testo legislativo. E dato che da un punto di vista più generale si può affermare che alla democrazia ateniese ripugna una filosofia dell'autorità e dell'obbedienza, al magistrato è riconosciuto il dovere di resistenza nei confronti di un ordine o di un precetto normativo ingiusto.

In parallelo a tale ampia potestà riconosciuta al giudice, nella Costituzione degli ateniesi Aristotele sottolinea l'importanza dell'introduzione dell'istituto della « ephesis » (24), ossia la facoltà riconosciuta al cittadino di ricorrere al supremo tribunale Eliastico contro le decisioni dei magistrati.

Da qui il fondamento della responsabilità che va ravvisato nell'ideale di eguaglianza che caratterizza la democrazia greca e che

(22) Vedi A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, ristampa aggiornata, Giuffrè, 1995, 3 e s.

(23) A. GIULIANI, *La responsabilità del giudice*, ult. cit., 3 nota 1. E L. ROSSETTI, *Le magistrature nell'Atene classica*, in *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, in *L'educazione giuridica*, cit. Vol. IV p. 3 ss.

(24) A. GIULIANI, *op. cit.* ed ivi i richiami a L. LEPRI, *Ephesis*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1960, 603.

vede come prima condizione quella della posizione paritaria del cittadino nei confronti di chi è chiamato a giudicarlo. E non sarebbe possibile raggiungere il vero ideale di eguaglianza senza mettere in discussione la responsabilità del magistrato, obbligandolo a rendere conto del suo operato e ciò anche in considerazione della irreparabilità dei danni causati dalla violazione delle regole dell'amministrazione della giustizia, che si può considerare un tema assolutamente ricorrente nella intera letteratura greca (25).

Di grande rilievo è poi l'ordine isonomico del processo, che fonda la sua *ratio* sul confronto tra le opposte alternative e si pone come garanzia logica ed etica della verità pratica (26).

Il processo isonomico trae quindi le sue regole dalla retorica, dalla dialettica, dalla sofistica ed il contraddittorio è la struttura portante della *forma probandi* di fronte all'attività del Giudice che si colloca in posizione neutrale, ma non passiva, in quanto deve tendere ad impedire le c.d. perversioni asimmetriche della controversia.

Queste si ravvisano nella opposta logica aritmetica delle prove sostenute da Pitagora o nella contesa eristica (forma patologica della sofistica) che affida la soluzione del conflitto all'esito della lotta (27).

C'è insomma, già da questa premessa storica, una matrice storico-filosofica della responsabilità che poggia sul rispetto del contraddittorio e della *forma probandi*, intesa come forma dialettica

(25) Sull'*iniuria iudicis* nel pensiero dell'antica Grecia, si veda L. GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, Paris, 1917, 14 e ss.

(26) L'ordine isonomico come fondamento della stessa democrazia greca, lo dimostra chiaramente V. EHREBERG, *Isonomia*, in *Origins of democracy*, in *Historia*, I 1950 p. 553, e si radica anche nel processo come attesta lo stesso A. GIULIANI, in *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico — Nuova retorica e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, 1986, 81 e ss..

(27) Per Giuliani oltre all'aritmetica delle prove e della contesa eristica costituiscono esempi di processo asimmetrico anche la "moralizzazione" del processo in senso platonico che comporta l'obbligo assoluto dei governati di dire la verità a fronte del diritto di mentire dei governanti. V. PLATONE *Rep.*, 389 b, tr. F. SARTORI, in *Opere complete*, Bari, 1971, VI, 107. A questo discorso si ricollega anche l'ulteriore problema della moralizzazione del processo progressivamente affermatasi attraverso la mediazione della procedura e del diritto naturale moderno. Vedi A. GIULIANI, *Prova (logica giuridica)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXVII, 1987, sez. IV.

anticipatoria dello stesso *rule of law* e del *due process*, della parità di armi fra le parti.

È infatti nel contraddittorio che poggia la garanzia della corretta conoscenza, per cui ogni violazione dell'eguaglianza del contraddittorio andrebbe ad incidere sui i principi supremi della stessa giustizia naturale. Ed è il contraddittorio ad offrire al giudice la possibilità di scegliere tra due opposte ipotesi argomentative (*fecisti-non feci*) su cui esercita il diretto controllo, consentendo la divisione della conoscenza che diviene: « ...il rimedio alla fallibilità del giudizio, il cui rischio è persistente nel giudizio probabile » (28).

Difficile rinvenire invece nella storia del diritto romano validi parametri di riferimento, attesa la peculiare funzione giusdiscente del *pretor*, organo non giudicante, le cui decisioni portavano alla mera redazione della formula e allo *iussum iudicandi*, mentre la fase vera e propria del giudizio si svolgeva davanti al *iudex privatus* scelto di comune accordo dalle parti o mediante sorteggio (29).

Per il diritto romano comune assume comunque un certo rilievo il mantenimento di una responsabilità professionale da ascrivere, sulla base delle classificazioni dell'epoca, alla categoria dei “*quasi delicta*” comprendendo in tale fattispecie quella del *iudex qui litem suam facit* (30).

È con il giusnaturalismo che si gettano le basi della vera e propria irresponsabilità del giudice rispetto alle parti, ed i relativi presupposti teorici si devono rintracciare in una nuova filosofia fondata sull'ordine, l'autorità e la disciplina, che poco possono tollerare forme di controllo esterno sull'operato del giudice che rimarrebbe esposto ad interferenze tali da mettere a repentaglio la sua stessa indipendenza. L'eliminazione della responsabilità professionale del Giudice si consolida man mano che si va affermando una certa idea di indipendenza del giudicante, ma che non è tale in relazione ad un modello che ancora non conosce la divisione dei poteri, quanto perché la stessa funzione giudiziaria esercitata da

(28) A. GIULIANI, *La responsabilità del giudice*, cit., 10.

(29) G. ASTUTI, *Indipendenza e responsabilità del giudice*, in GIULIANI-PICARDI, *L'Educazione Giuridica*, III - *La responsabilità del giudice*, cit. *Considerazioni introduttive*, XV.

(30) Si veda A. GIULIANI, *La responsabilità del giudice*, cit., 11.

funzionari di nomina del sovrano è essa stessa una espressione della sovranità (*iudiciaria potestas pars summi Imperii*).

Per i giusnaturalisti, venuta meno la possibilità della verità *pratica*, va parallelamente svalutato lo strumento del contraddittorio e le riforme che si attuano in questo periodo incidono parallelamente sui fronti dell'educazione giuridica, creando scuole di diritto che non mirano ad un'educazione critica, ma alla formazione di funzionari ed alla trasformazione del processo. Questo viene concepito come fenomeno fondamentalmente burocratico, riducendo l'incidenza della prassi e della dottrina, favorendo l'affermazione di un giudice *advocatus partium generalis* ⁽³¹⁾.

La funzione giudiziaria come manifestazione di sovranità, in quanto esercitata da funzionari del sovrano, comporta come conseguenza che l'illecito compiuto dal giudice potrebbe ricadere di fatto sul titolare della sovranità, la cui *auctoritas* lo rende incompatibile con qualsiasi forma di responsabilità.

È il giudice nella sua qualità di funzionario che invece può essere chiamato a rispondere, ma solo nei confronti del sovrano, e da qui la trasformazione della sua responsabilità, da civile a disciplinare.

Il superamento della concezione dell'attività del giudice intesa come professionale, comporta l'abbandono dell'idea che la sua funzione si concretizzi in *professio iurisprudentiae*, lasciando il campo alla sua *publica auctoritas* ⁽³²⁾.

Per la stessa pandettistica la responsabilità (professionale) del Giudice ⁽³³⁾ si riallaccia alla problematica dello *iudex qui litem suam facit* derivata dal diritto romano comune e consente di evidenziare le ragioni risarcitorie in favore del danneggiato quando la violazione ai doveri di ufficio nasce da comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave.

⁽³¹⁾ Su tali implicazioni N. PICARDI, *Processo civile (storia-diritto moderno)* in *Enc. del Dir.* Vol XXXVI, 1987, § 4 e ss.

⁽³²⁾ Si vedano le ampie riflessioni di A. GIULIANI in *la responsabilità del giudice*, cit. ed i richiami alle novità rappresentate all'epoca dei nuovi insegnamenti di Leibenz, autore dei *Nova Methodus* e alla filosofia della responsabilità in Pufendorf, § 4 13, 15 e *sub* nota 25.

⁽³³⁾ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1926, § 470, vol. II, 823 e A. GIULIANI N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., 16.

Giuliani e Picardi non mancano di mettere in rilievo come i lavori preparatori del BGB (art. 839) insistano sull'idea che la responsabilità del giudice è vista come una minaccia alla indipendenza e allo stesso principio della *res iudicata* (34).

Con il positivismo giuridico si consolida la responsabilità disciplinare e si rafforza il carattere burocratico e gerarchico dell'ordinamento giudiziario; la segretezza e la votazione collegiale saranno utilizzate come punti di forza per garantire l'irresponsabilità esterna del Giudice (35).

In tempi più recenti la scuola del diritto libero consente di allentare l'obbedienza del Giudice nei confronti della legge e si radica uno stato d'animo contrario agli aspetti burocratici e gerarchizzati dell'ordinamento giudiziario, mentre le successive tendenze anti formalistiche determinano un'ulteriore metamorfosi del giudice sottoposto alla legge, ma che come già detto, attraverso la sua interpretazione, non può non creare diritto e si trasforma, anche a causa dell'oscurità della legge (per riprendere la metafora di Aïnis (36)) da mediatore sociale a vero e proprio ingegnere sociale (37).

5. *Dai modelli puri della responsabilità professionale, fondati sull'ordine isonomico del processo, al giudice funzionario interprete e risolutore dei conflitti.*

Attraverso le necessarie premesse storiche e filosofiche Giuliani ci conduce a scoprire quelli che nel tempo possono essere definiti i c.d. "modelli puri" (38), che consentono di risalire alla stessa tradizione medievale italiana che ha visto sviluppare un insieme di valori

(34) A. GIULIANI N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., 17.

(35) R.v. JHERING, *Lo scopo nel diritto*, a cura di M. Losano, Torino, 1972, 292, che afferma a supporto della valorizzazione del momento dell'autorità che: « Come il soldato nella severa scuola della disciplina militare deve innanzitutto imparare la subordinazione, così nell'amministrazione della giustizia il giudice deve imparare ad obbedire alla legge ».

(36) M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari, 2002.

(37) A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., 21.

(38) A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., Cap. II, 23, 44.

costituzionali isonomici ⁽³⁹⁾, a loro volta riflessi sulla formazione del giurista e sul giudizio a questi affidato. Si è così dato vita al grande esempio di un processo isonomico che orienta verso un modello puro di responsabilità professionale e che si concretizza con l'istituto del sindacato sull'operato del Giudice allo scadere del suo mandato ⁽⁴⁰⁾.

In questo periodo le teorie dell'*interpretatio* e quelle della responsabilità procedono insieme, al punto che i trattati sulla prima sono trattati anche sulla seconda ⁽⁴¹⁾. Si afferma quindi un giudice terzo ed imparziale, competente, ma anche responsabile ed in quanto tale soggetto al sindacato per eventuali illeciti perpetrati in danno di cittadini. Ed è nota, a proposito, la fuga di un giurista di grande profilo come Bartolo da Sassoferrato, da Todi ove esercitava la sua funzione di giudice, per sfuggire alle ire della folla a causa di un suo errore *in iudicando* che riguardava la sottovalutazione della resistenza alle pene di un torturando ⁽⁴²⁾.

L'evoluzione successiva, che caratterizza il periodo storico fino al XVIII secolo, rappresenta un complesso ed in parte confuso capitolo della storia politico costituzionale italiana, da cui vanno tenute distinte le posizioni della filosofia retorica di Giambattista Vico, e di alcuni esponenti della filosofia italiana della procedura come Antonio Genovesi, Nicola Nicolini e Giandomenico Roma-

⁽³⁹⁾ Sulle caratteristiche della democrazia medievale si rinvia a E. RUFFINI, *Il principio maggioritario*, con nota di S. CAPRIOLI, Milano 1976 e A. MARONGIU, *Il principio della democrazia e del consenso*, in *Studia Gratiana* 1962, VIII, 1962.

⁽⁴⁰⁾ Ed è ricorrente in questo periodo storico la comparazione tra responsabilità del medico e quella del giudice, argomento che si pone come punto di partenza della discussione, per giungere alla conclusione che la seconda debba intendersi in forma più attenuata rispetto alla prima, anche alla luce di una glossa in forza della quale l'"imprudencia" del giudice deve essere intesa in senso di "imperitia", A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, Milano, 1967, vol. 2.

⁽⁴¹⁾ G. ERMINI, in *L'educazione del giurista nella tradizione del diritto comune*, in *L'Educazione giuridica*, cit. vol. II, 40, segnala come i trattati di retorica contengano spesso un catalogo delle norme di condotta del magistrato.

⁽⁴²⁾ IL fatto è riportato nel volume di A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., Cap. II 34 *sub* nota 27 ove si ripropone lo stesso scritto di Bartolo in *II ff. Novi part. ad Dig.* 48, 18, 7 (Quaestionis modum ff. de Quaestionibus), n.1.

gnosi che tendono a riaffermare i valori isonomici della procedura intesa come analisi giudiziaria ⁽⁴³⁾.

In particolare Vico fa propria la lezione di Ermogene di Tarso recuperando il valore della retorica (come già detto non identificabile con la mera “forma ornata”), che in rapporto con la verità porta ad un rovesciamento dell’idea di ragione che pertanto: « ...non calcola sui mezzi, ma intorno ai fini » ⁽⁴⁴⁾, con la conseguenza che in Vico si rivela quella connessione fra verità e giustizia dove la verità assume non solo un valore logico ma anche assiologico ⁽⁴⁵⁾.

Tali tradizioni si rompono con il passaggio, nel XVI secolo, dalla *iurisdictio* al *gubernaculum* cioè alla soggezione del giudice all’Autorità, che comporta anche un rigoroso ordine asimmetrico del processo, caratterizzato, come già segnalato, dalla figura del giudice inteso come *advocatus partium generalis*, come messo in luce da Leibenz, e costruito intorno ad un ordinamento giudiziario burocratico.

Tutto ciò segnerà il passaggio ad un modello burocratico che si riverbera sul processo, rendendolo asimmetrico e lontano dai valori isonomici, fondato sull’autorità, sulla gerarchia e appunto su di una logica formalmente e sostanzialmente burocratica ⁽⁴⁶⁾.

Oggi, la responsabilità del giudice è un dato pacificamente

⁽⁴³⁾ Cfr. A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., Cap. II, 36 ma anche A. GIULIANI, *Prova (logica giuridica)*, cit., ed anche N. PICARDI, *Processo civile (storia-diritto moderno)*, cit.

⁽⁴⁴⁾ Così A. GIULIANI, *La filosofia retorica di Vico e la nuova retorica*, in *Atti dell’Accademia di scienze morali e politiche della Società nazionale di Scienze, Lettere ed Arti in Napoli*, Vol. LXXXV, Napoli 1974, 144.

⁽⁴⁵⁾ Il passaggio è ben ricostruito da F. CERRONE, *Ragione dialettica e Retorica nell’opera di Alessandro Giuliani*, cit., 59. Qui l’A. nel ricostruire l’opera di Giuliani, mette ben in evidenza come l’umanesimo abbia comportato il divorzio tra retorica ed *ordo iudiciarius*, ma espresse anche personalità come Giorgio Trapenunzio, che ben aveva recepito la logica e la topica Ermogeniana, consentendo dunque alla retorica ellenistica di valicare i secoli e influenzare umanisti come Trapenunzio e da qui lo stesso Vico, interessato alla retorica, non come forma ornata e neppure per i suoi aspetti legati alla logica ed alla filosofia, quanto piuttosto per il suo legame con la verità, come base per il *veriloquium* e della buona fede. Di conseguenza tornano in grande rilievo i mezzi espressivi, il linguaggio che, consapevole della propria povertà, fa ricorso alla metafora, valorizzando la tradizione topica di origine aristotelica.

⁽⁴⁶⁾ A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., Cap. II, e Cap. III, sviluppano in questo scenario le esperienze prussiane e francesi legate alle vicende del mugnaio Arnold e del modello francese della « prise à partie », spec. p. 48 e 50 e ss.

riconosciuto, ma la peculiare posizione costituzionale che vede il giudice, persona fisica, ergersi anche ad organo-potere, fa sì che la sua posizione si collochi in un'area mediana tra lo Stato persona e lo Stato ordinamento, complicando non poco la ricostruzione del tipo di responsabilità, che si caratterizza per essere in continua tensione con il valore contrapposto, garantito sul piano costituzionale, dell'indipendenza.

Tanto più che l'interesse per il tema della responsabilità si sviluppa in modo proporzionale all'espansione del ruolo della giurisdizione anche sul piano politico costituzionale nella società contemporanea.

Muta la posizione del Giudice che da mero applicatore di decisioni politico normative diviene: « *interprete e risolutore diretto dei conflitti e mediatore di interessi anche al di là delle norme positive* » (47).

Al mutare della posizione istituzionale, determinata anche dalla riduzione dell'influenza dei modelli formalistici che lasciano spazio all'*interpretatio* del Giudice, non è facile individuare la corretta forma di responsabilità in grado di essere bilanciata con l'altrettanto fondamentale principio dell'indipendenza (48).

6. *Il difficile bilanciamento tra responsabilità, indipendenza e terzietà del giudice a garanzia del valore democratico dell'ordinamento.*

L'indipendenza del giudice è la premessa e necessaria garanzia alla stessa corretta interpretazione ed applicazione del diritto, primo ed essenziale requisito per una buona amministrazione della giustizia, meta ideale di ogni tempo, spesso difficilmente e limitatamente conseguita per la costante tendenza dei governi e delle forze politiche dominanti a controllare la funzione giurisdizionale come strumento di potere, ed uno dei cardini del nostro sistema costituzionale a democrazia pluralista seppur temperata dalle più recenti tendenze maggioritarie e bipolari.

Sul punto poco si può aggiungere a quanto già argomentato da Giuliani con la consueta chiarezza e profondità di pensiero, che

(47) G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino, 1993, 99.

(48) Sull'argomento A. DI GIOVINE, *Il giudice fra indipendenza e responsabilità*, in *Quale Giustizia*, 1977, 750.

anticipa anche l'evoluzione dell'amministrazione della giustizia nella *civilized and commercial society*, ma è questa l'occasione per verificare se a seguito delle sopravvenute normative, l'impianto originario possa ancora avere una sua valenza (49).

Si intende far riferimento alle plurime riforme in tema di responsabilità del giudice che hanno fatto seguito agli scritti di Giuliani e Picardi e che più di recente hanno trovato una più articolata ed organica disciplina sia a seguito della legge delega n. 150 del 2005 e dei successivi decreti delegati: d.lg. n. 25 del 2006 (costitutivo dei Consigli Giudiziari), e n. 109 del 2006 (con cui si è rimodulata la responsabilità disciplinare), che della legge n. 111 del 2007 che ha novellato le modalità concorsuali, di tirocinio e di valutazione della professionalità dei magistrati.

Possiamo distinguere così una responsabilità penale, (su cui non insorgono particolari profili problematici), una responsabilità disciplinare (su cui si incentra l'attenzione del legislatore delegante e delegato con modifiche significative rispetto al passato), una responsabilità civile (dai caratteri assai poco incisivi, fatta eccezione per alcune novità dovute sul piano giurisprudenziale alle peculiari decisioni della giurisprudenza comunitaria su cui si dirà *infra*), e una responsabilità amministrativa in realtà molto limitata e circoscritta a due sole fattispecie legislativamente previste.

Ma andiamo con ordine.

Sul piano della responsabilità disciplinare (50) si può rilevare la tendenza a superare la tipicità delle condotte in favore di una loro più elastica "tipizzazione", fuori ed entro l'esercizio delle funzioni. Con riferimento a queste ultime, si può notare che oggi sono costruite poggiando su alcuni valori cardine che devono guidare l'attività del magistrato e che il d.lg. n. 109 del 2006 riconduce a quegli illeciti commessi nell'esercizio delle funzioni in dispregio del dovere di imparzialità, di correttezza, di diligenza e laboriosità.

(49) A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., III, *Magistratura ed ordine economico*, 287 e ss.

(50) Sull'argomento G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati, su alcuni aspetti generali*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano 1977, mentre più di recente F. IPPOLITO, *Per un rinnovato codice etico dei magistrati*, in *Questione giustizia*, 2003, 1160.

Quanto alle condotte esterne all'esercizio delle funzioni, opportunamente, il dato normativo di riferimento (articolo 3 del d.lg. 109 del 2006) esclude doveri di conformazione ad un'etica di vita privata prestabilita, censurando solo quelle condotte in grado di incidere sulla sua indipendenza.

Di particolare e sempre attuale rilievo, a proposito delle censure che attraverso la responsabilità disciplinare possono ricadere sulla condotta del giudice, è il quesito sulla sorte di divieti che sanzionino il comportamento di un magistrato che al contempo consista nell'aver esercitato un diritto costituzionalmente garantito. Sul punto la Corte costituzionale aveva già chiarito la possibilità di opporre, in via d'eccezione, restrizioni al libero esercizio di diritti anche costituzionali a condizione che le stesse trovassero ulteriore espresso fondamento nella Carta Costituzionale ⁽⁵¹⁾ ed è attraverso i soli canoni fondamentali dell'indipendenza e dell'imparzialità che tali limitazioni possono trovare applicazione.

Quanto alla responsabilità civile questa è configurabile solo nell'ipotesi di dolo, colpa grave e diniego di giustizia, presupposti che trovano enunciazione nella legge n. 117 dell'88 entrata in vigore all'indomani del referendum del 1987 che ha abrogato la precedente disciplina contenuta negli artt. 55 e 56 del codice di procedura civile.

A seguito di tale riforma, il cittadino che si ritiene ingiustamente

⁽⁵¹⁾ Si veda Corte Cost. sentenza n. 100 del 1981, secondo cui la libertà di manifestazione del pensiero non può non essere riconosciuta al magistrato come a qualsiasi altro cittadino, ma deve essere bilanciata in questo caso con i doveri loro imposti dalla stessa Costituzione. Per la Corte infatti: «I magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, comma secondo, e 104, comma primo, Cost.), debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali, ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità: nell'adempimento del loro compito. I principi anzidetti sono quindi volti a tutelare anche la considerazione di cui il magistrato deve godere presso la pubblica opinione; assicurano, nel contempo, quella dignità dell'intero ordine giudiziario, che la norma denunciata qualifica prestigio e che si concreta nella fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa. Nel bilanciamento di tali interessi con il fondamentale diritto alla libera espressione del pensiero, sta, come del resto finiscono per riconoscere le ordinanze di rimessione, il giusto equilibrio, al fine di contemperare esigenze egualmente garantite dall'ordinamento costituzionale».

danneggiato da un provvedimento giudiziario non ha più azione diretta nei confronti del magistrato ma deve agire nei confronti dello Stato che potrà avere eventuale rivalsa in forza dello schema posto dall'articolo 28 Cost. ⁽⁵²⁾.

Va in ogni caso messo in rilievo il sostanziale fallimento del modello legislativo che non ha dato vita allo sperato prototipo di responsabilità più aperta nei confronti dei cittadini e sul piano applicativo si conferma la sua pressoché nulla applicazione. Ad oggi si possono annoverare solo due casi ⁽⁵³⁾ che hanno passato il filtro di ammissibilità ed in un solo caso si è ottenuto un effettivo risarcimento.

La ragione di tale fallimento deriva dalla previsione normativa che esclude sia la responsabilità disciplinare, che quella civile nell'ambito di attività di interpretazione di norme di diritto o di valutazione del fatto e delle prove ⁽⁵⁴⁾.

Fin qui una lettura basata principalmente sul piano del diritto interno, ma nuovi margini sembrano aprirsi in favore del riconoscimento di forme di responsabilità civile dello Stato connesse all'esercizio di funzioni giurisdizionali, che prendono corpo a seguito di alcune prese di posizione della Corte di Giustizia della Comunità europea, che, a partire dal caso Kobler/Austria del 2003, ha sancito la responsabilità dello Stato per grave violazione in sede di applicazione giudiziaria del diritto comunitario.

Il riferimento va a tre sentenze che negli ultimi anni hanno profondamente mutato il valore della *res iudicata* nel nostro ordinamento, si tratta delle sentenze *Traghetti del mediterraneo* ⁽⁵⁵⁾, *Luc-*

⁽⁵²⁾ Il passaggio è ben colto da A. GIULIANI e N. PICARDI, *Dalla responsabilità del giudice alla responsabilità dello Stato-giudice*, in Appendice a *La responsabilità del giudice*, cit., 253 e ss.

⁽⁵³⁾ Si veda Cass., sez. I, 30 luglio 1999, n. 8260, in *Foro It.*, 2000, I, 2671 e Tib. Brescia, 29 aprile 1998, in *Danno e Responsabilità*, 1998, 1020.

⁽⁵⁴⁾ Si veda, in proposito, sia la legge delega n. 150 del 2005 che il decreto delegato n. 109 del 2006 che lo stesso art. 2 della legge n. 117 del 1988. Cfr. anche N. ZANON e F. BIONDI *Il sistema costituzionale della magistratura*, seconda ed. Bologna 2008, capitolo settimo, 203 e 204.

⁽⁵⁵⁾ Si veda Corte di Giustizia CE, 13/06/2006, causa 173-03 *Traghetti del Mediterraneo contro Repubblica Italiana*, in *Foro It.*, 2006, IV 417.

chini ⁽⁵⁶⁾ e la più recente *Olimpiclub* ⁽⁵⁷⁾, ma che incidono, a mio modo di vedere, anche nel tessuto normativo che disciplina la responsabilità del giudice, ponendo in rilievo i limiti della legge n. 117 del 1988 ove esclude la responsabilità del giudice nell'interpretazione di norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove, ove ciò sia in contrasto con la corretta applicazione del diritto comunitario.

Con la prima decisione la Corte di Giustizia, di fatto, ha riservato a sé il compito di nomofilachia del diritto comunitario utilizzando il rinvio pregiudiziale non solo in forma preventiva ma anche successiva.

Si arriva a tale decisione all'esito di un lungo contenzioso civile dove la Società Traghetti del Mediterraneo vede definitivamente respinta dalla Corte di Cassazione (sentenza n. 5087 del 2000) una sua richiesta di risarcimento del danno derivante da una presunta condotta posta in essere da una concorrente ed integrante un abuso di posizione dominante.

Nonostante l'esito negativo dell'intero giudizio la Società attrice, convinta che la Cassazione avesse errato nell'interpretare la normativa comunitaria in tema di aiuti di Stato, cita la Repubblica Italiana innanzi al Tribunale civile di Genova al fine di ottenere un risarcimento del danno posto in essere dal giudicante.

Il Tribunale ha allora sollevato questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia al fine di sapere se ostava, all'applicazione della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato, l'art. 2, comma 2 della Legge n. 117 del 1988, nella parte in cui esclude la responsabilità civile del Magistrato per l'attività di interpretazione di norme e di diritto e per quella di valutazione del fatto e delle prove.

La Corte di Giustizia con la richiamata sentenza del 13 giugno 2006, rifacendosi al precedente *Kobler* del 2003 ⁽⁵⁸⁾ ed allineandosi

⁽⁵⁶⁾ Si tratta della sentenza Corte di Giustizia CE 18/2007, causa 119/05 in *Racc.* 2007, 1-6199 e s.

⁽⁵⁷⁾ Vedi Corte di Giustizia CE sentenza 3 settembre 2009, causa 2/08 in *Foro It.* 2009 n. 9 sub anticipazioni e novità 28 e s.

⁽⁵⁸⁾ In *Foro It.*, 2004, 4 e ss, ed *ivi* le considerazioni di E. SCODITI, "Francovich" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale.

alla stessa sentenza Frankovich, (in forza della quale lo Stato membro è obbligato a risarcire i danni arrecati ai singoli in violazione del diritto comunitario qualunque sia l'organo di tale Stato che abbia commesso la trasgressione), ha riconosciuto la contrarietà al diritto comunitario della disposizione nazionale che, di fatto, esclude la responsabilità del Giudice, seppure con il temperamento che la stessa debba essere limitata ai casi di violazione manifesta del diritto.

Al di là di ogni ulteriore commento, ciò che rileva è che la Corte in questo caso ha utilizzato il ricorso in via preventiva soddisfacendo un'esigenza di nomofilachia successiva, che comporta una serie di delicate conseguenze anche con riferimento al tema della responsabilità del giudice.

Si genera, infatti, la legittimazione ad una sorta di ulteriore grado di giudizio di fronte ad un Giudice nazionale che potrà conoscere del danno arrecato dalla precedente decisione (seppur passata in giudicato!), in forza dell'adozione di una sentenza "non giusta" sul piano della corretta applicazione del diritto comunitario ⁽⁵⁹⁾.

Evidenti le ricadute sul modello processuale della "cosa giudicata" (anche in senso formale *ex art. 324 c.p.c.*), che sancisce la definitività della forza del giudicato una volta esauriti i normali mezzi di impugnazione e sulla possibilità di accertamento della responsabilità, affidata al livello giurisdizionale comunitario.

Ancora più avanti si spinge la stessa Corte di Giustizia con le successive sentenze Lucchini del 2007 e Olympic Club del 2009.

Con la sentenza Lucchini la Corte ha esaminato il caso di una decisione della Corte d'Appello di Roma passata in giudicato e che sanciva il diritto della Lucchini ad ottenere il pagamento dei richiesti aiuti di Stato.

Stante il mancato adempimento la Lucchini adiva il Giudice amministrativo in sede di ottemperanza, ma successivamente il Consiglio di Stato si avvedeva che la sentenza di cui si doveva eseguire il giudicato si poneva in contrasto con la decisione 90/555

⁽⁵⁹⁾ Si veda in proposito A. PALMIERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, in *Foro It.*, 2006, IV, 420.

della CEE in materia di aiuti di Stato e sollevava quindi la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

La Corte di Giustizia CE anche in questo caso non ha mancato di rilevare come spetti al Giudice nazionale interpretare le disposizioni di diritto interno in modo da consentire la corretta applicazione del diritto comunitario e ciò non può che prevalere anche nei confronti del principio di diritto interno della cosa giudicata che pertanto andrà disapplicato ogni qualvolta lo stesso impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario.

La portata di tale decisione assume poi significati ancor più rilevanti con la sentenza Olympic Club del 2009 che estende un principio analogo non solo alla materia incidente sulla concorrenza, ma anche ad altri settori coperti dalle disposizioni dell'Unione.

Attraverso tali decisioni, la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE finisce con il produrre una serie di conseguenze i cui esiti non possono essere meramente ricondotti alla disapplicazione di una norma di rango ordinario, ma finiscono con l'intaccare gli stessi principi generali del processo, con riflessi significativi anche in ordine alla superabilità del limite di diritto interno imposto per la configurazione di responsabilità del giudicante, che ne ampliano lo stesso ristretto ambito legislativo tracciato dalla legge n. 117 del 1988 (60).

(60) Di particolare rilievo si mostra la recente sentenza della Corte di Giustizia (Terza Sezione), del 24 novembre 2011, nella causa C-379/10, *Commissione c/o Repubblica Italiana*. Con tale decisione, infatti, la Corte di Lussemburgo ha ritenuto che l'Italia: « ... escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, della legge 13 aprile 1988, n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado ». Tale orientamento si pone quindi in netta antitesi con i responsi della giurisprudenza di ultima istanza di diritto interno (anche richiamata dalla Corte di Giustizia come parametro di giudizio) e cioè, Corte di cassazione n. 15227 del 5 luglio 2007 e n. 7272 del 18 marzo 2008, volte a limitare le ipotesi di responsabilità dello Stato ai sensi dell'art. 2 della legge n. 117 del 1988, ai casi in cui l'attività ermeneutica del

7. *Terzietà ed indipendenza vs. responsabilità amministrativa e politica?*

Per quanto attiene alla responsabilità amministrativa, la sua configurabilità è ancora oggi un tema aperto che non ha trovato una soluzione definitiva ⁽⁶¹⁾. Ipotizzare infatti la possibilità per l'erario di chiedere al magistrato il risarcimento di eventuali danni provocati dall'esercizio delle funzioni giurisdizionali avvicinerrebbe troppo la posizione del magistrato a quella del pubblico dipendente privando del requisito fondamentale della sua indipendenza ⁽⁶²⁾.

La Corte Costituzionale intervenuta per dirimere un conflitto di attribuzioni promosso dal giudice sottoposto al giudizio di responsabilità, con sentenza n. 385 del 1996, ha ritenuto l'inammissibilità del conflitto demandando al legislatore il compito di individuare (a conferma di quanto sin qui si è tentato di svolgere) il corretto punto di equilibrio con le esigenze di indipendenza del soggetto sottoposto a giudizio contabile ⁽⁶³⁾.

magistrato sia da ricondurre al « carattere manifestamente aberrante della interpretazione », il ché, secondo la Corte di Giustizia, limiterebbe, oltremodo, i margini di responsabilità del giudicante.

⁽⁶¹⁾ Così N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 204.

⁽⁶²⁾ Poche le decisioni che si possono trarre in giurisprudenza. In un caso è stata negata la possibilità di di far valere tale responsabilità basandosi sul presupposto che la funzione giurisdizionale è esercitata dal giudice non nell'adempimento di obblighi di servizio, ma in nome e per conto della legge *ex art.* 101, comma 2 Cost. Cfr. Corte Conti, sez. reg. Sicilia, 6 dicembre 1995 n. 394, in *Foro amm.*, 1996, 2110. Altre fattispecie invece prendono in considerazione tale ipotesi di responsabilità ma ponendola in relazione ad attività di natura amministrativa e non giurisdizionale, come nel caso di liquidazione di compensi. Si veda Corte Conti, sez. reg. Lombardia, 13 maggio 1996, n. 1091, in *Foro amm.* 1997, 326, e più di recente Corte Conti, sez. I, 13 marzo 2007, n. 531.

⁽⁶³⁾ In ordine alla problematica configurazione della responsabilità amministrativa si veda Corte Cost. sentenza n. 385 del 1996 che ha così statuito in conclusione del punto 2.1 del suo considerato in diritto: « Pertanto — venendo al caso di specie, nel quale si tratta della responsabilità per danno erariale di appartenenti all'ordine giudiziario, ove le anzidette esigenze di apprezzamento di complessive armonie organizzative appaiono con evidenza — la contestata giurisdizione non potrebbe dirsi né attribuita né sottratta alla Corte dei conti da norme costituzionali, dipendendo essa invece dalle determinazioni che la legge abbia fatto in proposito per tener conto di tali esigenze. E questo basta perché si riconosca che l'attuale controversia non presenta le caratteristiche che l'art. 37, primo comma, della legge n. 87 del 1953 richiede, affinché possa instaurarsi un conflitto costituzionale di attribuzioni, rientrante nella competenza di questa Corte ».

Ed oggi, con due significativi interventi legislativi, posti in essere dalla legge Pinto (l. 24 marzo 2001 n. 89) in materia di risarcimento del danno da irragionevole durata del processo e dall'articolo 172 del d.P.R. 115 del 30 maggio 2002 (Testo Unico sulle spese di Giustizia), possono dirsi normate ipotesi che configurano anche tale forma di responsabilità, che resta però ancora circoscritta entro confini piuttosto angusti, fortemente condizionati dalle modalità concrete di attuazione ⁽⁶⁴⁾.

Un'ulteriore riflessione deve svolgersi con riferimento alle ipotesi di responsabilità politica ⁽⁶⁵⁾.

Infatti, in una società che aspira a qualificarsi come veramente democratica la responsabilità del giudice può essere letta anche sotto altri profili. Si tratta di un tipo di responsabilità verso la collettività che esula dalle forme specifiche della responsabilità penale, disciplinare, civile e amministrativa e che potrebbe essere ascritta alle forme della c.d. responsabilità politica.

In tal caso il soggetto non è responsabile in forza della violazione di specifiche regole di diritto, ma sottopone i suoi comportamenti al giudizio dell'opinione pubblica.

Siamo evidentemente fuori dal campo della responsabilità che caratterizza il circuito politico-istituzionale, propria dei casi dove un soggetto detiene un potere di critica qualificata (che in qualche caso può esercitare anche il potere di rimozione) e può imporre comportamenti a cui il sottoposto non può sottrarsi. Si pensi al raccordo parlamento — governo ed all'obbligo dei ministri di presentarsi in Parlamento nel caso della richiesta di interrogazione.

Tale tipo di responsabilità politico-istituzionale risulta chiaramente incompatibile con il principio di indipendenza del magistrato salvo i casi di un magistrato nominato non per concorso (come nelle ipotesi dei GOT o dei Giudici di Pace) che può essere sottoposto ad un giudizio, che potremo ascrivere a quelli di natura "istituzionale",

⁽⁶⁴⁾ Ma vedi ora la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia in causa C-379/10 del 24 novembre 2011 richiamata *sub* nota 60.

⁽⁶⁵⁾ Sulla responsabilità politica, da ritenersi nel caso del magistrato come responsabilità diffusa, che ricorre ogni qual volta il soggetto titolare del potere può essere sottoposto a critica (escludendosi quindi quella di tipo istituzionale) si veda per tutti l'articolata ricostruzione di G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967, 65.

affidato al sindacato del Consiglio Giudiziario in sede di eventuale protrazione della carica per un secondo triennio.

Diverso è però il discorso nel campo della responsabilità politica diffusa.

Su tale versante si confrontano tesi opposte.

Secondo alcuni, se è pur vero che la democrazia è il principio giustificatore anche della giurisdizione, non è il consenso popolare a porsi come misura di legittimazione delle modalità attraverso le quali si esercitano le funzioni giudiziarie; anzi si potrebbe dire che tali funzioni stanno realmente altrove rispetto ai luoghi in cui il consenso, ma anche il dissenso, del sovrano democratico si manifesta ⁽⁶⁶⁾, fermo restando l'esercizio del diritto di critica da parte dell'opinione pubblica che va fatto rientrare nella sfera della legittima manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.*.

Altre tesi, sin qui piuttosto minoritarie, tendono invece a valorizzare il collegamento tra l'art. 101, I comma, Cost. e l'art. 1, inserendo, seppur indirettamente, la giurisdizione nel circuito delle funzioni legittimate dalla stessa sovranità popolare ⁽⁶⁷⁾.

Tali tesi si collegano direttamente o indirettamente con una delle diverse letture proposte da Riccardo Guastini nel commentare lo stesso articolo 101 Cost.: « La giustizia è amministrata in nome del popolo », ed in particolare a quella che lo stesso autore definisce forse la più interessante ⁽⁶⁸⁾.

Secondo tale ricostruzione, si può accedere ad una prima e più intuitiva lettura, secondo il senso delle parole, che ci presenta una sorta di formula *vacua* e meramente declamatoria, di valore simbolico, priva di vero contenuto prescrittivo, in forza della quale, non potremo mai configurare ipotesi di responsabilità politica nei confronti del giudice — neanche diffusa.

⁽⁶⁶⁾ Così quasi testualmente N. ZANON, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 175 e comunque con possibilità di ammettere il diritto di critica nel rispetto dei limiti di cui all'art. 21 Cost. G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato*, cit., 780.

⁽⁶⁷⁾ Si tratta delle posizioni di M. RAMAT, *Responsabilità politica della magistratura*, in *Foro amm.*, 1969, III, 15, e G. VOLPE, *Sulla responsabilità politica dei giudici*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV Milano, 1977, 809.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. R. GUASTINI, *Commento all'articolo 101 cost., ordinamento costituzionale*, Commentario Branca Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, 166.

Secondo altra, diversa prospettazione, avremo una formula del tutto innocua, atteso che si mostrerebbe solo utile a modellare le intestazioni delle sentenze; la disposizione avrebbe dunque un banale significato ed anche in tal caso dovremo escludere la responsabilità c.d. politica diffusa del giudice.

Qualora, invece, si intenda connettere la posizione costituzionale della magistratura con il principio democratico, in nome del quale anche la giustizia deve essere esercitata e che non può che essere subordinata al principio base della sovranità popolare, unica fonte di legittimazione di tutti i poteri pubblici, ecco allora che si perviene ad un significato certamente meno ovvio e piuttosto interessante ⁽⁶⁹⁾.

Attraverso questa terza lettura si aprono spazi per evidenziare quello che Giuliani definiva il *topos* ricorrente del controllo dell'opinione pubblica spesso carico di ambiguità.

Max Rheinstein in *Who watches the watchmen?* ⁽⁷⁰⁾ (in studi in onore di Roscoe Pound 1947) sosteneva che il controllo dell'opinione pubblica è il mezzo più efficace tra le forme di controllo e che sul piano pratico delle funzioni giudiziarie può essere anche rafforzato dalla soppressione dei segreti, dalla diffusione dell'uso del *dissentig opinion*.

Un giudice garante della procedura agganciata a valori isonomici della *Rule of law* non sarà mai portatore di valori aprioristicamente affermati come giusti e veri e quindi prevalenti secondo una logica di gerarchia, fondata sulla strategia del potere che, se fosse esercitata secondo questa visione asimmetrica, non potrebbe non sottrarre il giudice al diffuso controllo dell'opinione pubblica.

Accedendo a questa forma di controllo si consente una verifica globale sull'operato del giudice.

Ovviamente non si tratta di accedere ad un giudizio a sua volta burocratico e gerarchico, ma ad una procedura affidata ad un

⁽⁶⁹⁾ A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1990, 37 e ss.

⁽⁷⁰⁾ M. RHEINSTEIN, *Who watches the watchmen?*, in *Interpretation of modern legal philosophies, Essays in honor of Roscoe Pound*, edited with an Introduction by Sayre, Oxford University Press, New York, 1947, 589, 610. Ora, anche in Id., *Gesammelte Schriften*, Tübingen, 1979, 3 e ss.

organo in grado di garantire l'indipendenza del giudice e caratterizzato da una composizione allargata che comprenda rappresentanti dell'organo di autogoverno dei Giudici, rappresentanti delle Università, degli ordini professionali, in particolare della stessa Avvocatura e di alte personalità appartenenti alla comunità ove il giudice opera.

Tale organo potrebbe discutere e vagliare le doti professionali e morali del Magistrato e per dirla con Nocera ⁽⁷¹⁾ darebbe vita ad un *iudicium de moribus* da intendersi, ovviamente solo in senso etico-culturale, quasi un'eco dell'opinione pubblica, sulle qualità del Giudice e sulla corrispondenza fra l'uomo e le funzioni giurisdizionali allo stesso affidate.

Un giudizio svolto da uomini appartenenti ad un'opinione pubblica qualificata, in grado di valutare e vigilare sui *mores* cioè sul comportamento culturale d'insieme, ci offrirebbe quella valutazione della comunità sulla piena corrispondenza fra la persona e il notevole potere che alla stessa ha attribuito la Costituzione.

Un tale giudizio darebbe significato all'esigenza di effettiva imparzialità ed anche all'*apparenza* dell'imparzialità, come stigmatizzato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo attraverso quelle decisioni ⁽⁷²⁾ che hanno messo in rilievo il valore della terzietà ed indipendenza del giudice proprio in relazione alla necessità di salvaguardare lo stesso fondamento democratico dell'ordinamento.

(71) G. NOCERA, *La responsabilità del giudice, (Riflessioni storico-giuridiche)* in *L'Educazione giuridica*, cit., 75 e ss.

(72) Affaire Piersack c. Belgique (Requête n° 8692/79), Affaire De Cubber c. Belgique (Requête n. 9186/80), Affaire Procola c. Luxembourg del 28 maggio 1995, affaire 27/1994/474/555. Anche in tal caso il richiamo va ad una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, Kleyn and others vs. Netherlads del 6 maggio 2003, il cui esito è opposto rispetto ai precedenti richiamati sopra, ma che forse proprio per questa ragione, per la prima volta ha visto adottare la pronuncia non all'unanimità, ma a maggioranza e dove paradigmatiche ci sembrano le motivazioni dei *dissenting* poste dai giudici Thomassen e Vladimiro Zagrebelski che hanno sottolineato come, laddove non sussista una effettiva e chiara separazione di funzioni all'interno dell'organismo interessato sia richiesto uno scrutinio particolarmente rigoroso circa l'obbiettivo imparzialità del collegio decidente. Per un ulteriore approfondimento sia consentito un rinvio a C. CALVIERI, *Lo status del magistrato amministrativo fra funzione consultiva e giurisdizionale*, in *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Quaderri del gruppo di Pisa, Torino 2010.

Certo, nel decreto delegato n. 25 del 2006 (Istituzione del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e nuova disciplina dei consigli giudiziari) si è tentato di offrire una struttura aperta a componenti esterne alla Magistratura e chiamata a svolgere una valutazione delle attività degli Uffici giudiziari del Distretto e dei singoli giudici, ma l'organo distrettuale vede tra i suoi componenti la presenza assolutamente maggioritaria degli stessi appartenenti all'ufficio sottoposto a valutazione e manca del tutto di componenti qualificate della società civile.

Senza contare che al giudizio valutativo al collegio sono ammessi esclusivamente i magistrati.

Ma, a parte la perfettibile composizione e le opinabili prassi di funzionamento, sono evidenti i passi in avanti compiuti, che valorizzano verifiche sulla professionalità del magistrato, creando un modello di giudizio certamente non giuridico, al di fuori dei connotati propri della responsabilità giuridica, che si sviluppa in una fase preliminare che potremo definire pre-disciplinare, ma che nel contempo se "preso sul serio", apre le porte ad un sindacato diffuso, meta giuridico, sull'operosità, sulla capacità, laboriosità, diligenza ed impegno, che sono i tratti salienti della professionalità del giudice, ma direi del giurista in genere. Forse il non trascurabile limite di quanto disciplinato dalle disposizioni da ultimo prese in esame è quello di mantenere ancora rigorosamente lontana e del tutto fuori circuito l'opinione pubblica, la vera Vestale del collegamento fra l'autonomia dell'amministrazione della giustizia e l'unità della pur articolata e complessa struttura degli ordinamenti contemporanei e perno su cui poggia lo stesso fondamento democratico del potere giudiziario (73).

(73) Così G. NOCERA, *op. cit.*, 80.

FRANCESCO CERRONE

APPUNTI INTORNO AD INTERPRETAZIONE E
PRINCIPI (CON PARTICOLARE RIFERIMENTO
ALLE FONTI DEL DIRITTO)
NEL PENSIERO DI ALESSANDRO GIULIANI

1. Storicità del diritto: l'impegno per una teoria dell'argomentazione. — 2. Principi costitutivi del diritto come costanti dell'azione umana. — 3. Principi in materia di fonti del diritto: norme sulla produzione e norme di riconoscimento nella storia. — 4. Applicazione ed interpretazione della legge. — 5. Interpretazione adeguatrice. — 6. Abrogazione. — 7. Irretroattività. — 8. Una teoria per l'uso delle fonti. — 9. Ragione controversiale ed impegno etico per la veracità. — 10. Giustizia come reciprocità. — 11. Reciprocità, comunità civica ed ordine giuridico.

1. *Storicità del diritto: l'impegno per una teoria dell'argomentazione.*

Dagli studi di Giuliani si può trarre sia una genealogia che una teoria dei principi del diritto, o meglio dei *principi costitutivi dell'esperienza giuridica*. L'una e l'altra sono ricche, secondo me, di indicazioni preziose per il costituzionalista che intenda riflettere sui principi costituzionali o, per meglio dire, sul diritto costituzionale come diritto per principi — che si esprime, cioè, prevalentemente per mezzo di principi.

La ricerca di Giuliani sui principi del diritto può essere compresa solo tenendo conto di un quadro complesso, che cercherò di tratteggiare in sintesi. Il diritto, per Giuliani « *non è logica, ma è un fatto umano, e pertanto storico* ». Il diritto è il risultato delle azioni, delle previsioni e delle opinioni degli individui: pertanto ogni definizione del diritto sarà sempre parziale, mai universale, non potrà « *rappresentare la forma capace di comprendere svariati contenuti*

storici » (1). Questa storicità del diritto, legata nel suo intendersi all'attività umana, non può essere letta con la lente di quello che Giuliani chiama il secondo storicismo, che si prefigge l'obiettivo di individuare le leggi di sviluppo della società, di leggere e misurare una sua interna scansione razionale (insomma, lo storicismo positivista criticato da Popper). Diversamente, secondo Giuliani, la storicità del diritto deve essere capace di apprezzare la dimensione propriamente *pratica* della società, deve cioè sintonizzarsi sulle opinioni, scelte ed azioni umane: una dimensione pratica che è dunque frutto, come il diritto, « *di collaborazione e di cooperazione* » (2). Le opinioni degli individui che si presentano sullo scenario giuridico con pretesa di interessi da rivendicare, le opinioni dei giudici, degli avvocati, della dottrina, le scelte dei legislatori, sono gli elementi fondamentali con i quali il giurista deve fare i conti, ma tali opinioni devono potersi collocare in un quadro di coordinate sia spaziali che temporali, la cui intersezione offre elementi per valutare ricchezza e complessità dell'esperienza giuridica, mutevolezza delle sue manifestazioni, ricorrenza di alcune costanti o principi costitutivi del diritto che per quanto tendano a stabilizzarsi non sono mai da intendere come immutabili, fissati una volta per tutte, ma al contrario soggetti al mutamento, all'adattamento caratteristico della sfera dell'azione umana.

Il tema della storicità del diritto si lega strettamente, nel pensiero di Giuliani, a quello della sua razionalità. Se il diritto si occupa delle opinioni e delle azioni umane esso non potrà avvalersi di una logica formale, assiomatica, ed il suo linguaggio, analogamente, non potrà seguire la via della formalizzazione. La ricerca sul diritto, in questo ordine di idee, è ricerca sull'azione di individui che sono in relazione fra loro e che operano scelte non sempre dettate dalla razionalità e per le quali è necessario ricorrere a valutazioni che sappiano tener conto di un complesso di *principi* capaci di evocare gli obiettivi dell'azione, il suo essere situata in un determinato contesto storico, *nel tempo*. Tutto questo non conduce Giuliani a

(1) V. A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 104.

(2) A. GIULIANI, *op. loc. cit.*

ritenere che le proposizioni giuridiche siano « meaningless, *in quanto non sottostanno al criterio di verificabilità* » (3). Il diritto deve invece avvalersi non di una ragione che segue il principio causale, di una ragione calcolante, ma di una ragione capace di renderci comprensibile l'azione umana, una ragione che sa fare uso della categoria mezzo-scopo, adattandola tuttavia alle peculiarità delle scienze umane: è la *naturalis ratio* o la *natura rerum* dei giuristi romani, che sapevano cogliere aspetti o effetti delle attività umane, così ricorrenti, generali, da potersi assumere come costanti, come *regulae iuris*.

L'idea di ragione giuridica propugnata da Giuliani è profondamente implicata con il *riconoscimento della presenza del valore nei processi di valutazione giuridica*. La presenza è compresenza: la convivenza di etica e diritto non è districabile, la valutazione giuridica è intrisa dall'etica. Questa pervasività è sempre instabile, soggetta al mutamento che possiamo cogliere nella storia. Dal punto di vista del giurista, non si tratta di elaborare una teoria morale del diritto ma di avere consapevolezza della presenza del valore nei processi di valutazione giuridica, poiché è suo compito (come è compito dell'economista e del sociologo esprimersi con riferimento ai loro campi di studio e di esperienza) esprimere indicazioni su possibili soluzioni di controversie fra interessi portatori di distinti e confliggenti orientamenti di valore. Le scienze sociali si occupano di ambiti in cui il disaccordo è costitutivo, ineliminabile in via definitiva, a causa della natura controversa delle opinioni, dei punti di vista, dei *valori*. Da ciò viene, come si comprenderà, che il giurista deve, per attendere al proprio compito, per elaborare principi e criteri di valutazione giuridica, occuparsi di economia, di sociologia, di antropologia, di filosofia, di religioni, e così via, ma *dal suo punto di vista*, tenendo conto di essere chiamato, nella società, ad una responsabilità non piccola e specifica, quella di suggerire ai soggetti portatori di interessi, che confliggono per ottenere beni e/o per l'affermazione di valori, soluzioni ragionevoli e compatibili con le strutture normative (nel senso di assiologiche) e discorsive (nel senso propriamente interno della struttura argomentativa dei discorsi

(3) A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 187.

giuridici) del diritto in un determinato momento storico. Il compito del giurista è dunque immerso nella storia, è storicamente condizionato ma non è, o non dovrebbe essere al servizio di un solo interesse. Questa *imparzialità* del giurista può essere forse intesa come principio etico fondamentale della sua attività, principio che rinvia al suo coinvolgimento nella storia e con i valori ma anche ad una tradizione di attività sulla quale Giuliani aveva indagato in profondità e che rende questa prospettiva, a mio giudizio, molto significativa per la riflessione sul diritto oggi.

Se dunque il diritto si occupa di questioni complesse, confuse, per le quali non si dà perfetta corrispondenza fra le parole e le cose; se « *i termini del diritto hanno una vasta area di significazioni* »; se « *finzioni e metafore nel diritto possono darci soltanto connotazioni, non denotazioni* »⁽⁴⁾; ne deriva che la sua razionalità dovrà adeguarsi, rendersi flessibile, adattarsi ad un mondo contrassegnato dal pluralismo di interessi e valori. Questa razionalità è consapevole di doversi muovere su terreni nei quali è impossibile giungere a conclusioni certe, definitive: il suo strumento sarà l'argomentazione, non la dimostrazione. Penso sia opportuno insistere sulle caratteristiche della ragione argomentativa di cui si avvale il diritto: essa non si serve, secondo Giuliani, di un principio causale, per il quale certe conclusioni potranno essere tratte da premesse determinate. Da un lato, nel campo dell'azione umana, queste premesse appariranno estremamente complesse, non racchiudibili in semplici proposizioni, profondamente implicate con la storia della società e con i valori in essa presenti, sicché nessuna conclusione potrà essere derivata, come semplice inferenza, da simili premesse; dall'altro, se a conclusioni si dovrà pur giungere, nel mondo del diritto, queste dovranno avvalersi di procedure logiche meno persuase della propria infallibilità, più modeste, appunto, consapevoli dei propri limiti e quindi della possibilità che errori vengano commessi, e della necessità che vengano riparati. *Il problema di una logica, sensibile alla storia ed ai valori, si lega strettamente a quello di un'etica che orienti il ragionamento del giurista.*

Per conseguenza, l'argomentazione del giurista si preoccuperà

(4) A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 95.

soprattutto di delimitare, in negativo, il *campo di rilevanza* del proprio discorso onde escludere dalla propria traiettoria ambiti non significativi ovvero carichi di istanze assiologiche non immediatamente spendibili nell'incedere del ragionamento giuridico, specie quando esse concorrono con altre ad integrare il profilo di valore di determinate *issues* senza tuttavia poter pretendere di esaurirlo: si pensi, ad esempio, alla tesi di chi voglia sostenere che non si potrà mai consentire ad alcuna forma di suicidio assistito, neppure in casi di malattie terminali, perché la vita non appartiene al malato ma a Dio. La tesi, evidentemente, è carica di contenuti religiosi e morali e, se anche potrà essere presa in considerazione nel processo di valutazione giuridica — sia per il fatto stesso che essa è stata espressa sia per il peso che in ipotesi assuma in determinate società e nella loro storia — non potrà mai motivare da sola o in via principale — nell'ambito di un ordine giuridico pluralista — una certa opzione interpretativa senza escludere, inammissibilmente, altre tesi fondate su diverse, confliggenti, alternative assiologiche. In una logica della rilevanza è dunque centrale il *ragionamento confutatorio*, che si sforza di delimitare *in negativo* l'agibilità di certe vie dell'argomentazione: in questo modo vengono poste le regole fondamentali per determinare l'eguaglianza di coloro che partecipano al dialogo. Il terreno della discussione deve essere progressivamente ristretto eliminando via via gli argomenti che, sotto il fuoco di un argomentazione confutatoria, non resistono e debbono cedere il passo ad altri argomenti. Costante è lo sforzo non di scegliere in positivo un corno del dilemma « *ma di individuare la contraddizione tra opinioni confliggenti* » (5).

Il proposito della teoria dell'argomentazione giuliana è di evitare che, in ambiti nei quali l'opinione ha una posizione prevalente, l'esercizio della ragione si traduca in abuso. La riflessione sulle tecniche della ragione più adatte al mondo dell'esperienza giuridica conduce Giuliani verso un itinerario in cui lo studio della storia del diritto si lega strettamente alle trasformazioni delle società, dei valori in esse operanti, degli stili di pensiero e di ragionamento filosofico e

(5) A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, edito nella collana di Pubblicazioni dell'Università di Pavia, Studi nelle scienze giuridiche e sociali, XXXIX, Pavia, 1966, p. 160.

giuridico: la tesi del nostro autore è che retorica, dialettica e sofistica convergono sul terreno di una logica *more iuridico*, di una logica della controversia, di una teoria dell'argomentazione, terreno « che per secoli fu rappresentato dalla tradizione topica » (6). È necessario, preliminarmente, offrire alcune indicazioni sul rinvio che Giuliani fa a queste discipline: retorica, dialettica e sofistica sono fra loro connesse ma non si possono ignorare le differenze. Gli elementi comuni sono dati dal campo della ricerca per cui esse possono essere usate: il « *dominio dell'opinione (diritto, politica, morale), dove il ricorso a procedimenti rigorosi e dimostrativi rappresenterebbe un abuso della ragione: nei problemi pratici — relativi a valori e scelte — il consenso è l'unico criterio di una verità probabile (contrapposta alla verità necessaria delle scienze dimostrative)* » (7).

La dialettica si sforza, in ambiti in cui l'opinione è dominante, di perseguire il vero: i procedimenti sono quelli ispirati dalla figura di un giudice imparziale. La dialettica corrisponde dunque al momento del giudizio come la retorica a quello dell'invenzione, intesa come parte del discorso dedicata alla scelta, alla selezione degli argomenti. La retorica si occupa infatti delle tecniche dell'argomentazione, si ispira alla figura e al punto di vista dell'avvocato, punta sui tratti persuasivi della teoria dell'argomentazione. La sofistica, che terremo distinta dall'eristica, dalla discussione velenosa, capziosa, si occupa infine, in stretta connessione con la dialettica, della *patologia* dell'argomentazione, e le *Confutazioni sofistiche* di Aristotele ne rappre-

(6) A. GIULIANI, *Logica del diritto. b) teoria dell'argomentazione*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975, p. 14.

(7) A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.* Sulla teoria dell'argomentazione di Alessandro Giuliani v. ora G. CARCATERRA, *L'argomentazione giuridica fra retorica e logica nel pensiero di Alessandro Giuliani*, in questo volume, nonché, volendo, F. CERRONE, *Ragione dialettica e retorica nell'opera di Alessandro Giuliani*, in *Sociologia*, 2009, pp. 43 ss.; ID., *Alessandro Giuliani: la storicità del diritto fra logica ed etica*, in F. TREGGIARI (a cura di), *Giuristi dell'Università di Perugia. Contributi per il VII centenario dell'Ateneo*, Roma, Aracne, 2010, pp. 73 ss., pubblicato anche in A. CERRI, P. HÄBERLE, I.M. JARVAD, P. RIDOLA, D. SCHEFOLD, (a cura di), *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di A. A. Cervati*, II, Roma, Aracne, 2010, pp. 1 ss.; ID., *Introduzione: premesse logiche ed etiche di una comunità civica e del suo ordine giuridico*, in *Sociologia*, 2010, pp. 7 ss., spec. pp. 13 ss.

sentano un modello insuperato (8). Nella prospettiva dichiarata del nostro autore il punto di vista *logico* della dialettica è preferito rispetto a quello *persuasivo* della retorica: però, sono importanti i rapporti fra i tre capitoli della teoria dell'argomentazione, anche se quelli della retorica e della sofistica « *vengono... attratti e subordinati ad un punto di vista dialettico* » (9). L'idea di una logica non formale che possa adattarsi alle caratteristiche proprie delle scienze sociali e che Giuliani, così come Perelman, ritiene di individuare in una teoria dell'argomentazione, si presenta prima di tutto come una *logica della controversia*: in essa c'è confronto fra opinioni che si misurano fra loro e la ricerca della soluzione è perseguita attraverso la struttura controversiale del confronto stesso. Le opinioni non sono necessariamente tutte sullo stesso piano: possono darsi opinioni che vantano un collegamento con una tradizione riconosciuta (10) e che, proprio per questo, impongono a chi intenda contestarle l'onere di una confutazione argomentata. Per questa via, Giuliani intende assicurare una dialettica fra l'esigenza di accordare un certo vantaggio alle opinioni già ampiamente condivise e quella di evitare i rischi del conformismo e della pigrizia intellettuale.

La controversia fra opinioni dovrebbe avere, nell'ambito di una logica dialetticamente ispirata, certe caratteristiche. Una teoria controversiale dell'argomentazione dovrebbe cioè acquisire consapevolezza profonda proprio di tale controvertibile natura dei punti di vista sostenuti da ciascuno, consapevolezza che, mi pare, può essere intesa in primo luogo per il suo versante, diremmo, *procedimentale*,

(8) ARISTOTELE, *Soph. El.*, 165 a 25-30: « *chi conosce un qualsiasi oggetto deve evitare la menzogna rispetto a quanto egli sa, e d'altro lato deve essere in grado di smascherare chi dice il falso. Questo duplice compito consiste così nell'esser capace di dare giustificazione e nel saper farsela dare. Sarà dunque necessario, che chi vuol essere un sofista cerchi di impadronirsi del suddetto modo di discutere. Esso gli sarà invero utile, poiché una siffatta capacità lo farà apparire saggio, ed è questo appunto che egli si prefigge* ».

(9) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 15.

(10) Giuliani si collega all'insegnamento aristotelico per il quale sono verosimili le opinioni che « *appaiono accettabili a tutti, oppure alla grande maggioranza, oppure ai sapienti, e tra questi o a tutti, o alla grande maggioranza, o a quelli oltremodo noti ed illustri* »: cfr. *Top.*, 110 b 22. Giuliani legge la dialettica di Aristotele in sintonia con le ricerche di P. AUBENQUE, *Le problème de l'être chez Aristote*, Paris, Puf, 1962 (5^a ed. 2005), che aveva contestato la tradizione interpretativa che, nel quadro di una lettura sistematica, relegava la dialettica nell'angolo di una logica minore.

che allude quindi al dislocarsi del confronto in un ordine incrociato delle argomentazioni, nella struttura del rapportarsi delle opinioni che cercano il confronto perché intendono misurarsi l'una con l'altra per saggiare la propria solidità non in astratto ma nel concreto competere con una o più altre opinioni. Potremmo riassumere questo aspetto procedimentale di una teoria controversiale dell'argomentazione, per come elaborata da Giuliani, ricordando che per il nostro la « *contraddittorietà rappresenterà un aspetto costitutivo nella ricostruzione del fatto* »⁽¹¹⁾, e ciò perché i fatti non sono intesi in senso naturalistico ma come ipotesi controvertibili e controverse, intorno alle quali le parti si misurano tentando di accreditare distinte ricostruzioni e tra le quali il giudice è chiamato a scegliere. Tutto questo rinvia ad una vera e propria metodologia dell'ipotesi argomentativa, ad una logica dell'opinione: è necessaria una fiducia nella ragione umana per giungere alla verità ed è implicita una connessione fra probabilità e valore: nel campo dell'argomentazione il fatto non può mai intendersi come un dato esterno, poiché *esso coincide con il procedimento di ricerca*, che, a sua volta, si estrinseca nell'opposizione di valori⁽¹²⁾.

Per altro verso, la controvertibilità delle opinioni mette in luce anche un aspetto che diremmo *materiale*, aspetto che risiede nella consapevolezza che l'opinione — tutte le opinioni — debbono fare i conti con il proprio essere probabili. Qui la probabilità non deve essere intesa in senso moderno, e cioè in termini oggettivi, statistici, legati perciò alla frequenza delle occorrenze che confermano un certo punto di vista o che lo smentiscono, poiché si tratta invece di

(11) A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1971 (rist. inalterata dell'edizione del 1961), p. 15; Id., *Logica del diritto*, cit., p. 15.

(12) Giuliani riconduce questo ordine di riflessioni alla influenza della retorica prearistotelica che aveva intuito l'importanza del metodo dialettico (*pro e contra* di ogni questione) ma aggiunge che i presocratici non ebbero consapevolezza dei limiti della ragione nel dominio del probabile e del verosimile, che non erano ancora maturati i tempi della elaborazione di una teoria dell'errore delle argomentazioni. Queste deficienze della retorica furono interpretate come immoralità, eristica, ma non si meditò abbastanza sui valori della esperienza umana che la retorica intendeva privilegiare e sui « *limiti della ragione quando si avventura nel mondo del probabile e del verosimile* »: cfr. A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 18.

analizzare il rapporto fra una determinata ipotesi e le prove che la devono convalidare: perciò il concetto di probabilità viene analizzato « in relazione ad un evento unico, *non ad una serie di eventi* » (13). La probabilità che una certa opinione sia verosimile non è dunque legata ad una valutazione frequenziale, nella quale l'opinione medesima cerca conferme che dovrebbero derivare dalla sua idoneità e pertinenza in situazioni e circostanze variabili, sia nel tempo che nello spazio; all'opposto, qui la valutazione della verosimiglianza dell'opinione, siccome legata *ad un evento unico*, cerca un ancoraggio topico, molto sensibile alla valutazione degli elementi peristatici, circostanziali, che influenzano la peculiare configurazione di quel determinato evento; e sensibile altresì alla valutazione degli elementi *cairofici*, connessi cioè al *tempo* in cui l'evento si produce (o non si produce).

È necessario al riguardo ricordare che il conflitto delle argomentazioni, in settori dominati dall'opinione, è influenzato dalla controversia sul valore, dalla presenza cioè di orientamenti assiologici diversi a sostegno delle varie ipotesi in gioco, e che nei campi in cui il valore è dominante sarebbe un abuso della ragione non tener conto del *tempo* in cui si valuta, si sceglie, si delibera. Il tempo è qui concepito non come svolgimento lineare e continuo di istanti tutti eguali ma come composto di segmenti discontinui fra loro distinguibili non solo per aspetti quantitativi ma altresì per assorbenti profili *qualitativi*, che se rendono sempre attuale la minaccia dell'irrazionale, dell'emotivo, sono in grado di cogliere e svolgere l'intuizione della varietà per l'appunto qualitativa dei singoli frammenti del tempo (14). La considerazione della controversia sotto l'aspetto

(13) A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., p. 14.

(14) Tutta questa riflessione si associa, nella ricerca di Giuliani, soprattutto all'analisi del pensiero di Ermogene di Tarso, retore di era ellenistica (II secolo dopo Cristo). Sulla topica ermogeniana v. soprattutto A. GIULIANI, *La controversia*, cit., pp. 81 ss. In effetti nella topica ermogeniana è assai netto il primato dei problemi qualitativi: le questioni civili, che possono implicare controversie intorno al giusto, al bello e all'utile, non possono attingere un piano ontologico ed è necessaria la consapevolezza dei limiti della conoscenza umana in questo ambito: « *i valori sono confliggenti e non possiamo sperare in un ordine assoluto al di fuori del tempo* »: cfr. A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 101. È costante, in Ermogene, l'appello a *καίρος*, che implicitamente rinvia alla tradizione retorico-sofistica. Ermogene non cade però mai nell'eristica e nella sua opera è scarso

qualitativo implica la sua infungibilità, non riducibilità ad analogia controversia che appartenga alla stessa classe ed è perciò necessario tener conto di tutti gli elementi circostanziali, di tempo e di luogo: secondo Giuliani siamo qui al cospetto del fenomeno della *riduzione ad equità*, della *giustizia aderente alla natura del fatto*, del problema. La circostanza eccezionale impone la ricerca della soluzione adatta al caso. Vi è rifiuto di una giustizia astratta, geometrica nel dominio del contingente e c'è rapporto fra equità ed eccezione. La forte caratterizzazione temporale della struttura delle questioni qualitative, (in cui si controverte appunto sulla qualità da attribuire — non si nega cioè, in queste controversie, l'esistenza di un fatto ma si discute se esso sia permesso, legale, utile: si tratta insomma di determinare *quale sit*) determina alcune conseguenze:

- 1) la dialettica sembra essere metodologia di un sapere, della conoscenza delle circostanze 'rilevanti' dei fatti. Presuppone il carattere 'sociale' della ricerca, poiché nessuno possiede nella sua totalità questo sapere;
- 2) nell'applicare regole, precedenti, modelli trattiamo *come se* fossero presenti elementi distanti nel tempo;
- 3) « il primato della natura del fatto obbliga ad una ricerca del

l'interesse per il *πράξις* piuttosto, egli nutre fiducia nella ragione pratica, relativa al mondo della deliberazione, della azione, del giudizio. Per Ermogene è poi essenziale considerare le circostanze nell'applicazione delle regole, la cui interpretazione sottintende relatività ed elasticità: da questo punto di vista l'esperienza giuridica è, secondo Giuliani, del massimo interesse per il retore greco, poiché essa rinvia ad una « *fenomenologia dell'esperienza temporale* »: A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 104. Insomma, la temporalità appare qui come fattore costitutivo dell'esperienza giuridica, tanto dell'azione, orientata da interessi e protesa al risultato, azione che deve scegliere la linea difensiva; che del giudizio del giudice: sempre è necessario collocare il problema, la questione giuridica nella dinamica temporale, ove essa apparirà come rapporto, gioco di atti che si condizionano reciprocamente e interagiscono in relazione al tempo opportuno. Sulla topica ermogeniana v. anche A. GIULIANI, *La logique juridique comme théorie de la controverse (à propos du περί τῶν στάσεων d'Hermogène de Tarse)*, in *Archives de philosophie du droit*, 1966, pp. 87 ss. La dottrina di Ermogene mostra il più alto tasso di mobilità e la controversia è costruita come realtà contingente, antinomica, legata ad una topica interiormente dinamica. Però, si possono anche distinguere le questioni, individuare i punti di disaccordo e bisogna evitare la confusione di questioni diverse. Insomma, da un lato sono possibili accordi topici; dall'altro, questi accordi debbono essere rinegoziati in relazione a *καίριος*.

precedente giusto ed opportuno: *ogni regola viene trattata come se fosse un precedente giudiziario* »⁽¹⁵⁾. L'area della qualità è dunque ispirata dall'esperienza giuridica e presenta carattere confutatorio, carattere peculiare del modello giuridico di ragionamento.

Chi si accinga ad entrare nel vivo di una dialettica controversiale deve dunque sapere di non poter disporre di regole generali, chiare, certe, che consentano con facilità il passaggio dal generale al particolare; però, non intende cadere nell'abuso del linguaggio proprio della sofistica. Sono allora possibili accordi per la soluzione di conflitti in relazione a situazioni concrete (precedenti) che sono « *il sostituto di un introvabile ordine ontologico*. La qualità non permette un accordo completo su tutte le questioni al di fuori del tempo »⁽¹⁶⁾.

(15) A. GIULIANI, *La controversia*, cit., p. 115.

(16) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 122. Questa impossibilità di conseguire un accordo completo in ambiti dominati dalla dimensione qualitativa della controversia richiama alla mente le note tesi di C. R. SUNSTEIN, *Incompletely Theorized Agreements*, in *Harv. Law Rev.*, 108, 1994-1995, pp. 1733 ss. V. anche ID., *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa* (2001), trad. it., Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 71 ss., spec. 80 ss. Secondo Sunstein accordi solo parzialmente teorizzati potrebbero molto spesso essere più utili di teorie compiutamente elaborate, e ciò perché « *the relevant actors are clear on the result without being clear... on the most general theory that accounts for it* » (p. 1737). In effetti, pur escludendo che Sunstein abbia letto Giuliani, è innegabile che sia le caratteristiche della teoria dell'argomentazione giuliana, ed in particolare il suo incedere cauto, confutatorio, propenso ad investire su una logica della rilevanza e sulla struttura controversiale dell'esperienza giuridica, sia la consapevolezza, che deriva dalle suddette caratteristiche della teoria, che i problemi che si presentano al giudice nel corso di tale esperienza non agevolano operazioni deduttive che da teorie o punti di vista più generali possano condurre, volta a volta, a soluzioni particolari, in quanto non è possibile disporre, negli ambiti dominati dalla dimensione qualitativa della controversia, di regole chiare, complete, certe, sembrano suggerire una sintonia fra il punto di vista del filosofo e giurista italiano e quello del costituzionalista americano. Anche quest'ultimo condivide — polemizzando con Ronald Dworkin: v. spec. le pp. 1757 ss. — con Giuliani l'esigenza di non innalzare senza necessità il livello dell'astrazione necessaria per la decisione dei casi: secondo Sunstein « *the relevant actors seek to stay at the lowest level of abstraction necessary for the decision of the case. They hope that the reasons that have been offered are compatible with an array of deeper possible reasons, and they refuse to make a choice among those reasons if it is not necessary to do so* » (pp. 1737 s.). Resta tuttavia distante, fra i due autori, la messa a fuoco di ciò che abbiamo chiamato l'aspetto materiale della controversia fra opinioni. Per Giuliani, come sappiamo, questo aspetto è legato alla peculiare natura del probabilismo che, legata com'è non

Il fatto, insomma, corrisponde alla natura delle cose ⁽¹⁷⁾, intendendo con questa espressione la *qualità* delle cose, non la loro essenza: « *La natura del fatto è un atto di creazione umana: esso implica l'assegnazione di un valore ad una situazione* » ⁽¹⁸⁾.

Dalle considerazioni che precedono, sia pure espresse in termini molto concisi, emerge la complessità delle questioni di cui si occupa il procedere dialettico e controversiale dell'argomentazione, nella visione di Giuliani. Proprio a causa di questa complessità è però necessario, secondo il nostro autore, che il confronto delle opinioni, l'argomentare nella controversia, si ispiri ad una *logica della rilevanza o della pertinenza*: assume particolare rilievo il ragionamento confutatorio che si sforza di delimitare *in negativo* l'agibilità di certe vie dell'argomentazione, delimitando la *rilevanza* degli argomenti utili per la valutazione giuridica: in questo modo vengono poste le regole

a valutazioni o rilevazioni frequenziali ma ad un evento unico, rinvia per conseguenza all'apprezzamento di elementi peristatici e cairotici che dovranno situarsi in un contesto topico, e quindi al principio costitutivo dell'equità. La riflessione di Sunstein, invece, pur dichiarando di cercare ancoraggi distinti dalle teorie che implicano un alto livello di astrazione, tuttavia si muove pur sempre non sul terreno topico ma su quello dell'astrazione: non c'è, in Sunstein, considerazione di aspetti circostanziali e cairotici ma attenzione per livelli intermedi dell'astrazione, che siano in grado di conseguire accordi nelle società pluraliste, non solo in ambiti giuridici ma altresì politici o sociali. Accordi parzialmente teorizzati possono essere raggiunti, secondo Sunstein, su principi generali, anche se c'è disaccordo su ciò che tali principi comportano in casi particolari; ma tali accordi possono pure essere conseguiti attorno ad un « *mid-level principle* » pur nel disaccordo su « *the more general theory that accounts for it and about outcomes in particular cases* »; sia ancora possono stipularsi accordi parzialmente teorizzati « *in a third kind of phenomenon...on particular outcomes, accompanied by agreements on the low-level principles that account for them* » (pp. 1739 s.).

⁽¹⁷⁾ Sulla concezione "classica" di natura delle cose v. M. VILLEY, *Il concetto "classico" di natura delle cose*, in *Jus*, 1967, pp. 130 ss., nonché già G. RADBRUCH, *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, pp. 145 ss.

⁽¹⁸⁾ A. GIULIANI, *ibidem*. Continua Giuliani: « *Non è il risultato di una percezione sensoriale, ma di una presa di posizione a favore di un certo valore. Non esiste natura del fatto al di fuori della lotta delle parti: e pertanto ciò implica intima conoscenza del suo dinamismo. Non è insomma una ricerca che possa condursi a priori: la natura delle cose è tale in un certo contesto, in relazione alle questioni sollevate, in relazione ad un certo tipo di confutazione. I fatti sono considerati nella loro mobilità, nella loro temporalità, nel loro dinamismo. Ecco perché la natura delle cose di cui parla il dialettico, lungi dall'essere il dominio della necessità, è quello della libertà umana. Il metodo dialettico — e non la dimostrazione scientifica — ci permette la conoscenza della natura dei fatti* »: pp. 122 s.

fondamentali per determinare l'eguaglianza di coloro che partecipano al dialogo. Il terreno della discussione deve essere progressivamente ristretto eliminando via via gli argomenti che, sotto il fuoco di un'argomentazione confutatoria, non resistono e debbono cedere il passo ad altri argomenti. Costante è lo sforzo non di scegliere in positivo un corno del dilemma « *ma di individuare la contraddizione tra opinioni confliggenti* »⁽¹⁹⁾. L'impegno di coloro che competono nell'ambito di una logica controversiale — e che collaborano però, consapevolmente o non, alla realizzazione di un confronto fra argomentazioni dialetticamente ispirato — dovrebbe concentrarsi sull'esigenza di confutare l'opinione altrui mettendo progressivamente in luce le ragioni per cui certi argomenti non sarebbero spendibili o pertinenti nell'ambito della specifica controversia in questione. L'ordine del discorso giuridico è composto con la cautela di chi è consapevole della antinomicità costitutiva del conflitto fra valori. Proprio per queste ragioni, però, sarà necessario individuare e stipulare alcuni accordi *topici*, legati dunque ad elementi peristatici e cairotici determinati, tali da consentire l'accettazione e la condivisione di un comune patrimonio di regole, anche se si tratta qui di regole legate ad un luogo ed a un tempo; e tali da rendere possibile il ricorso a procedimenti di giustificazione. È dunque essenziale, nell'ordine di idee fatto valere da Giuliani, una *limitazione del campo dell'indagine*, limitazione che è intesa come rimedio contro la possibilità dell'errore, che deve sempre preoccupare il disputante e contro la quale si deve opporre, come abbiamo visto, una logica della rilevanza, concepita in termini negativi.

La valutazione giuridica presenta dunque il proprio profilo con modestia di accostamento, senza pretesa di essere depositaria di soluzioni definitive o comunque in grado di trovarle immancabilmente, ma nella consapevolezza che solo un approccio cauto potrà essere alla base del proprio metodo, un approccio che sappia tener conto di tutti gli interessi in gioco, della difficile calibratura del rapporto fra questi interessi e la dimensione assiologica che caratterizza la loro presenza nella società. Con questo non intendo ignorare il coinvolgimento del giurista nella società che lo esprime.

(19) A. GIULIANI, *La controversia*, cit., p. 160.

S'intende che egli è, come essere umano, implicato nel mondo e l'interpretazione giuridica muove dalla sua precomprensione. Ma qui compare una dimensione propriamente etica che si candida come componente profonda dell'educazione del giurista, che operi come scienziato o come pratico. È una dimensione intrinseca all'attività del giurista perché orienta l'argomentazione, preclude alcune vie, privilegia il confronto delle posizioni ed il contraddittorio delle parti, si impernia su una *struttura controversiale della questione giuridica*. È un'etica per il giurista, diremmo un'etica professionale, che però si confronta quotidianamente con le grandi questioni politiche, economiche, religiose, filosofiche — dunque anche etiche — che provengono dalla società e con i conflitti di interessi che vi sono legati. Non è dunque un'etica debole, inerme, ma è consapevole dei limiti della ragione nel dominio dell'opinione, della necessità di evitare abusi della ragione in ambiti come la politica, la morale, il diritto. Da questo punto di vista, etica e diritto si mescolano nell'esperienza giuridica, nell'attività prudentiale di apprezzamento e valutazione delle questioni: è sottinteso un investimento intellettuale sulla tradizione giuridica che si lega all'approccio topico.

2. *Principi costitutivi del diritto come costanti dell'azione umana.*

Torniamo allora ai principi costitutivi del diritto secondo Giuliani: egli avvertì, ancora giovanissimo, che il pensiero di Adam Smith poteva rappresentare una risorsa decisiva. Smith è presentato da Giuliani come portatore di uno storicismo fondato sulle *costanti della natura umana*. Non posso tornare diffusamente su questo punto ma vorrei insistere almeno su ciò, che per lo Smith di Giuliani le costanti o *natural principles* non hanno mai valore eterno o assoluto, poiché si tratta di cose umane, immerse nella dimensione del mutamento. La storia delle società umane ci mostra che gli stessi problemi si ripropongono, nel campo delle scienze morali, e l'ambizione non può allora essere quella di fissare nuovi principi innovativi, rivoluzionari, ma, osservando la concreta esperienza e realtà dei rapporti fra gli uomini, collegarsi con le riflessioni, le dottrine del passato anche remoto, che si riferiscono all'uomo ed al suo stare in società, alla natura umana come prodotto, dunque, della storia. Il

principio smithiano della *simpatia*, di una *razionalità simpatetica*, chiarirà l'ultimo Giuliani, « *presuppone il riconoscimento della funzione assiologica della ragione, ossia la facoltà di giudicare situazioni concrete. Essa rinvia a quell'ideale di 'ragionevolezza' dell'uomo prudente... è una etica sociale, che considera la giusta regola di condotta dell'individuo negli affari della vita quotidiana — come il diritto e il commercio. Essa è imparentata con il mondo della persuasione e dell'argomentazione... Se un uomo vivesse isolato dal consorzio umano — senza comunicazione e senza scambio — non sarebbe in grado di formulare giudizi morali* » (20).

Questo ragionare, è evidente, porta diritti verso l'equità, il ragionamento equitativo: « *il giudice non ha potuto mai fare a meno di agire per aggiustare e adattare fra loro casi somiglianti e dissimili, eguagliando e riducendo a unità attraverso un procedimento tipico delle scienze 'umane': la equità, ossia l'applicazione della legge al caso singolo* » (21). Ora, eguagliare e ridurre ad unità non implica, nel nostro caso, rinvio a procedimenti di tipo matematico: l'equità non è qui di tipo oggettivo ma soggettivo, attenta ai rapporti umani, attenta « *all'osservazione del modo in cui determinati rapporti della vita sociale si rivelavano al giurista* » (22). Ad esempio, un principio come quello per cui *impossibilium nulla obligatio* non è il frutto di astrazione, di un'elaborazione di un principio generale o di un canone deontologico fatta a tavolino. È invece un “teorema” concernente un aspetto “giuridico” dell'azione umana, tanto generale in quanto si riferisce « *alla natura di tutti gli uomini, di cui si ricercano alcune costanti* » (23).

Giuliani prende definitivamente congedo da ogni visione razionalistica del diritto e questo congedo si trasforma, implicitamente, in impegno di ricerca attorno alle costanti dell'agire umano, alle convinzioni, ai rapporti che hanno, storicamente, determinato certi orientamenti interpretativi invece che altri. *Il momento normativo, com'è ovvio, non è mai cancellato ma considerato in un quadro in cui non appare dominante ma coinvolto nella sfera pratica di una scienza*

(20) A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 208 s.

(21) A. GIULIANI, *Contributi*, cit., p. 196.

(22) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 197.

(23) A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

umana. La scienza del diritto deve avere queste sembianze poiché, nell'agire umano, non sempre razionale, mezzi e scopi non sono disposti in quella connessione di causa ed effetto che è propria delle scienze naturali e dunque questa scienza non può ambire a risultati certi ma solo ad una certa, variabile prevedibilità: la probabilità va riferita all'evento singolo e non « *costruita su frequenze di eventi presi in serie* » (24). Nel delineare da un lato la critica all'uso di una logica puramente inferenziale per la scienza giuridica, e dall'altro la proposta di una logica alternativa per lo studio dell'esperienza giuridica, Giuliani aveva già chiaramente messo a fuoco l'esigenza di insistere sulle *costanti dell'azione umana*.

Secondo Giuliani il positivismo giuridico, nell'opporsi alla tradizione giusnaturalista, ha in realtà travolto alcuni principi che ad essa potevano ricondursi e ne ha assorbito altri, facendoli propri. Ciò che, secondo il nostro autore, ha resistito sono i frutti più recenti del giusnaturalismo: una tendenza alla razionalizzazione, una concezione meccanica dell'attività interpretativa, l'ideale di scientificizzare il diritto, sottoponendolo alle medesime forme della logica cui sono sottoposte le scienze naturali, ecc. Resta invece travolta (ma non del tutto, come vedremo) la capacità del diritto naturale di elaborare *principi costitutivi del diritto*: se la scienza giuridica è legata alle *forme* ed alle tecniche di gestione di queste forme, non può ammettersi che essa elabori direttamente elementi materiali, contenutistici. Questa convinzione è ancora oggi molto diffusa e ritenuta quasi un'ovvietà: la politica elabora valori, o l'etica, o l'economia, ecc., *giammai il diritto*, che è strumento, come sappiamo, tecnica sociale.

Sarebbe necessario, invece, combinare « *l'esigenza di mondanità propria del positivismo con i principii costitutivi del giusnaturalismo: in particolare il collegamento dell'idea del diritto con quella dell'individuo, della sua libertà e della sua autonomia e l'idea del diritto come limite al potere politico* » (25). Non solo, secondo Giuliani, sono esistiti principi costitutivi del diritto ma essi riguardano nodi cruciali del costituzionalismo, spesso attribuiti, nella loro prima formulazione, alla elaborazione illuministica e rivoluzionaria: l'individuo, la sua

(24) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 201.

(25) A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957, p. 8.

personalità e la sua libertà; la necessità di prevedere limiti per il potere politico, principio questo che vanta un nesso diretto con il primo, contribuendo a inverarlo sul piano concettuale prima ancora che pratico. Del resto, che i principi costitutivi di un ordine giuridico possano oggi intendersi come principi di diritto costituzionale non può sorprendere: essi rappresentano le basi concettuali fondamentali della convivenza e corrispondono (o dovrebbero corrispondere) ad esigenze ed interessi profondamente avvertiti e condivisi. Questi principi però sarebbero secondo Giuliani ben più antichi e risalenti dell'illuminismo e si sarebbero fatti strada non (o almeno: non solo) attraverso le armi della politica ma per mezzo dell'elaborazione della giurisprudenza. Secondo il nostro autore, del resto, alcuni aspetti legati a questi principi non sono scomparsi con l'affermarsi del positivismo giuridico, poiché al contrario essi sono stati in grado di insinuarsi nelle elaborazioni della dogmatica giuridica, resistendo così ad una obsolescenza che la storia politica, sociale e morale avrebbe potuto accelerare.

Le riflessioni di Giuliani intorno a principi ed interpretazione del diritto sono certo molto originali e tuttavia esse incrociano quelle di autori come Zagrebelsky, Dworkin, Modugno, Alexy. In altra sede tenterò di problematizzare nei termini più ampi ed opportuni queste intersezioni fra linee di pensiero. Vorrei qui limitarmi a notare che se appaiono cospicui i punti di contatto sono anche rilevanti le differenze. Giuliani, come Zagrebelsky⁽²⁶⁾ e Dworkin⁽²⁷⁾, ad esempio, paiono condividere la convinzione che i principi del diritto rinviano ad una molteplicità di elementi culturali che sono determinanti nel corso dei processi interpretativi: si pensi

(26) G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, spec. pp. 147 ss.; ID., *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, II, 2002, pp. 865 ss.; ID., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, spec. pp. 205 ss.

(27) R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it., Bologna, Il Mulino, 1982; ID., *Questioni di principio* (1985), trad. it., Milano, Il Saggiatore, 1990; ID., *L'impero del diritto* (1986), trad. it., Milano, Il Saggiatore, 1989; ID., *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza* (2000), trad. it., Milano, Feltrinelli, 2002; ID., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico* (2006), trad. it., Milano, Feltrinelli, 2007; ID., *La giustizia in toga* (2006), trad. it., Roma-Bari, Laterza, 2010.

ai *general fundamental maxims of the common law*, di cui ragiona Dworkin, ed ai *principi e meta-principi del diritto* di cui scrive Zagrebelsky. Però, nessun giudice Hercules impegna l'orizzonte intellettuale di Giuliani per il quale, come sappiamo e vedremo ancora, specie con riferimento alla materia delle fonti del diritto, è cruciale la dialettica fra dottrina, legislazione e giurisprudenza che determinate società, in determinati periodi storici, sono in condizione di ospitare e coltivare. Del resto, i principi costitutivi di cui ragiona Giuliani non sono necessari per affrontare solo questioni costituzionali e *hard cases* poiché delicati problemi interpretativi possono insorgere anche nei *routine cases* (28). D'altra parte, se è lo stesso Zagrebelsky a sostenere che il principio giuridico è « *il medium attraverso il quale il mondo dei valori entra in quello giuridico e il mondo giuridico si apre ai valori* » (29), appaiono tuttavia nella sua riflessione esigenze di netta distinzione fra principi e valori che sembrano rinviare ad una frattura fra diritto e morale e che paiono altresì del tutto estranee alla prospettiva giuliana, nel cui solco, come si è visto, il valore è elemento determinante della valutazione giuridica ed i principi, dal loro canto, come i valori, subiscono non solo l'elaborazione più ampia di tutte le componenti delle società ma anche quella peculiare delle giurisprudenze, teoriche e pratiche. Esiste dunque, secondo Giuliani, tutta una dimensione di valore come di principio che deve essere ricondotta all'esperienza giuridica, nel senso che, storicamente, è stata questa esperienza, per via delle sue molteplici componenti, a costituirla. In altre parole, nell'ordine di idee di Giuliani, anche i valori non sono estranei all'attività del giurista, nel senso che questi partecipa alla loro elaborazione e non solamente nel senso della mediazione,

(28) Sul punto v. A. GIULIANI, *Presentazione* a P. STEIN, J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1981, pp. XVI s., in margine ad una riflessione sulla *Dworkin-Hart controversy*. V. anche S. BARTOLE, *In margine a 'Taking Rights Seriously'*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, pp. 185 ss. Osservazione analoga a quella fatta nel testo può trovarsi in A. CERRI, *Logica, argomentazione, processo: il fecondo rovello di Alessandro Giuliani*, in questo volume, *sub* § 3.

(29) V. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 225.

offerta dai principi, tra dimensione assiologica e dimensione giuridico-regolativa, come sostiene, mi pare, Zagrebelsky⁽³⁰⁾.

Molto ancora potrebbe dirsi attorno alla ricerca di Giuliani sugli aspetti costitutivi del diritto: per esempio, attorno ai suoi studi sulla scuola culta, sulla scuola sistematica, sulla pandettistica, sulla tradizione giuridica italiana più e meno recente. Vorrei solo richiamare l'attenzione, in estrema sintesi, su due punti:

a) a proposito della scuola culta e di alcuni personaggi del calibro di Bodin, Hotman, Gregorio Tolosano, gli esponenti della scuola culta, Altusio: per i giuristi umanisti, secondo Giuliani, si trattava di convertire gli ideali politici nel diritto e nell'esperienza giuridica. Qui appare in modo particolarmente limpido come tutto un complesso di idee fondamentali, legate ad ideali politici democratici, come quella di *stato di diritto*, o come il principio *nullum crimen sine lege*, si siano articolate in coincidenza con lo studio sistematico del diritto proprio dei giuristi umanisti del XVI secolo, idee che erano del resto legate agli sviluppi politici ed ideali di quel periodo.

Giuliani osserva come possa oggi essere arduo comprendere la suggestione che l'individualismo classico poteva esercitare sugli umanisti, poiché il concetto antico di libertà ci appare, generalmente, povero se paragonato con quello moderno. Si trattava nondimeno di concetto permeato di ideali politici democratici, che la teoria politica francese sviluppò, sia nel senso di libertà giuridica che di vera e propria legalità: Aristotele rappresenta, da questo punto di vista, insieme al pensiero stoico, il riferimento più significativo per indagare concetti come quello di *isonomía*, cui si collegano *generalità* e *certezza* del diritto, eguaglianza proporzionale, supremazia della legge.

Ci troviamo al cospetto di uno di quei momenti, peraltro non rari nel percorso intellettuale di Giuliani, in cui le riflessioni storico-giuridiche e filosofico-giuridiche, compenetrandosi, gettano luce sui principi fondamentali del diritto, e del diritto costituzionale in particolare: il nostro autore osserva come nel *De Republica* bodiniano « *il diritto naturale ed il diritto privato vengono considerati come*

(30) Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., spec. pp. 225 s.

un limite al potere del principe. Si vede solitamente nel Bodin il teorico della sovranità dello Stato: se ciò è vero da un lato, in quanto egli cerca di assicurare la sovranità dello Stato rispetto alle autorità esterne, non lo è dall'altro, in quanto cerca di limitarlo all'interno e la sovranità stessa è uno status legale »⁽³¹⁾. Esiste dunque, secondo Giuliani, un nesso molto stretto fra teoria dello stato e della politica e teoria giuridica di Bodin: l'idea di legalità, sviluppata sul terreno politico-costituzionale, « *si rifrange nello studio sistematico* »⁽³²⁾. Nelle opere, poi, del Tolosano e degli altri giuristi che subirono l'influsso di Bodin, si può cogliere la « *traduzione, sul piano del diritto, degli ideali politici del mondo classico* »⁽³³⁾: la *isonomía* greca viene intesa nel senso, giuridicamente rigoroso, di uguaglianza di fronte alla legge e messa in relazione con la *iustitia*, vero scopo del diritto; la *generalità* e *certezza* del diritto sono ricollegate alla limitazione dell'attività del giudice, il quale deve obbedienza alle leggi e dovrebbe limitarsi ad applicarle. In questo modo si consegue l'effetto di ottenere la protezione dell'individuo (della sua vita, della sua reputazione, dei suoi beni) dall'arbitrio del potere. Gregorio Tolosano, rinviando ancora direttamente ad Aristotele, sosteneva che il vincolo della legge opera anche nei confronti del principe che, diversamente, si trasformerebbe in tiranno. La sistematica del cinquecento non fu concepita in termini astratti, razionalistici, ma come strettamente legata alla storia e all'esigenza, diremmo oggi, della comparazione.

b) Una seconda notazione investe la tradizione giuridica italiana. Secondo Giuliani essa, che pure aveva dapprima seguito pedissequamente quella francese, si tenne poi lontana dalle posizioni della scuola esegetica: la sua sistematica si sviluppa a partire dalla codificazione ma quest'ultima non viene intesa come arbitrio del legislatore, cui corrisponde l'impoverimento di una scienza dell'interpretazione giuridica; all'opposto, principi come quello della certezza del diritto possono svilupparsi ed ispirare la sistematica dei giuristi italiani, in quanto riconosciuti sì come presenti nel codice,

⁽³¹⁾ A. GIULIANI, *Ricerche*, cit., p. 16.

⁽³²⁾ A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽³³⁾ A. GIULIANI, *ibidem*.

ma ispirati a questo da una lunga tradizione, che risale al diritto romano e che poteva essere riconosciuta come patria. Insomma “*non tutto è nel codice*”: questa concezione (ed esigenza) di certezza nei rapporti giuridici non fu accolta in Italia, dove il metodo sistematico degli studi giuridici intese sempre ricollegarsi ad un vivo senso della storia. Conseguenza ne fu che « *il principio della statualità del diritto risultò piuttosto una formula di comodo tramandata di testo in testo, anziché essere profondamente sentita* »⁽³⁴⁾. Farò due soli nomi (ma molti altri, evidentemente, potrebbero farsi): Emanuele Gianturco e Giuseppe Saredo. Per Gianturco è decisivo il valore della scienza per l’esperienza giuridica: è compito della scienza identificare i principi fondamentali « *intorno ai quali tutti si accordino* »⁽³⁵⁾ e deve essere respinta una concezione che intenda « *ricercare nel nudo testo i principii regolatori di molti istituti, aventi moltissima importanza pratica* »⁽³⁶⁾. I principi della scienza giuridica italiana non sono dunque astratti, prodotto di una filosofia e di una mente solitaria, o sia pure solo di una temperie politica, ideologica. Essi sono piuttosto da ricavare nell’interpretazione della norma ed *esprimono una razionalità che è in tale norma presupposta*, poiché quest’ultima non si riduce a forma ma esprime contenuti specifici che sono manifestazione di una comune esperienza giuridica. In questo ordine di idee, il sistema non è elaborazione tecnica che potrà essere brandita dal legislatore seguendo gli impulsi della propria politica ma ricerca di principi “*intorno ai quali tutti si accordino*”, cosicché fra principi costitutivi del diritto e sistematica giuridica continua a sussistere un nesso determinante per comprendere l’esperienza giuridica, nel senso che la sistematica assolve alla fondamentale funzione di rendere visibili i principi, di metterli in chiaro, di ricercarli, oltre la lettera e le contraddizioni della legislazione positiva.

Quanto a Giuseppe Saredo, ed in particolare al suo *Trattato delle leggi*, Giuliani ne farà, specie nel saggio sulle fonti di cui verremo tra poco ad occuparci, un interlocutore costante. Saredo rifiuta il dogma della volontà legislativa come unica norma di

⁽³⁴⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 105.

⁽³⁵⁾ E. GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, I, Napoli, Pierro, 1894², p. LI.

⁽³⁶⁾ E. GIANTURCO, *op. cit.*, p. L.

riconoscimento ⁽³⁷⁾, è convinto che la scienza giuridica sia « *storia ragionata dei fenomeni sociali* » ⁽³⁸⁾ e che sia decisivo, per il giurista, lo studio della « *fisica sociale o statistica comparata* » ⁽³⁹⁾, procede all'analisi dei difficili problemi della vigenza e della interpretazione delle leggi con profonda consapevolezza delle difficoltà: per esempio, scrive Saredo, « *per quanto paia semplice il principio della non retroattività della legge...lo studio e l'esperienza c'insegnano come sia arduo stabilirne le norme, e com'essa dia luogo, nella pratica, alle più grandi difficoltà* » ⁽⁴⁰⁾. Si pensi, ancora, alle considerazioni di Saredo a proposito dei casi in cui occorra un'insufficienza delle leggi e sia necessario il ricorso ai principi generali del diritto: sebbene egli richiami l'attenzione sulla « *severità dell'interpretazione letterale delle leggi, e sul dovere di mantenersi fedeli al testo scritto...è chiaro però che, quando sia evidente l'improprietà dell'espressione adoperata, e il senso di essa appaia manifestamente contrario al vero pensiero del legislatore, sia allora... un dovere per l'interprete di dare la preferenza a questo su quella: non enim, diceva Quintiliano, sermoni res, sed rei sermo subiectus est: e non deve dimenticarsi il precetto di Celso che prior atque potentior est quam vox, mens dicentis* » ⁽⁴¹⁾.

Questi esempi dell'attenzione di Giuliani per la riflessione filosofica e giuridica del passato sono parsi assai eloquenti: la sua ricerca sui principi costitutivi del diritto si propone di riflettere sulle complesse, ramificate genealogie di idee politiche, concetti giuridici,

⁽³⁷⁾ G. SAREDO, *Trattato delle leggi dei loro conflitti di luogo e di tempo e della loro applicazione. Commentario teorico-pratico del titolo preliminare del codice civile e delle leggi transitorie per l'attuazione dei codici vigenti*, Firenze, Pellai, 1886, per es. p. 7: « *L'idea così semplice e naturale che il legislatore riconosce e garantisce il godimento e l'esercizio dei diritti, ma non li crea, né li regala, questa idea stenta incredibilmente a penetrare nelle menti dei governanti e dei giureconsulti* ». Sull'espressione "norma di riconoscimento" v. *infra*, sub § 3.

⁽³⁸⁾ G. SAREDO, *op. cit.*, p. 20.

⁽³⁹⁾ G. SAREDO, *op. cit.*, p. 22.

⁽⁴⁰⁾ G. SAREDO, *op. cit.*, p. 274.

⁽⁴¹⁾ G. SAREDO, *op. cit.*, p. 417. Si v. ancora le affermazioni di Saredo, per cui di fronte ad una legge suscettibile di due interpretazioni, si deve preferire quella giustificata dall'*aequitas*; ovvero quella che è criterio utile e sicuro per determinare il senso della legge l'apprezzamento delle sue conseguenze e la sua valutazione in termini di ragionevolezza: p. 419.

orientamenti assiologici. Si pensi alla tradizione giuridica italiana, che il nostro esplora assai a fondo, ben oltre le scarse annotazioni ora svolte su Gianturco e Saredo: però, queste già bastano a percepire l'orientamento di studi giuliano. Da un lato, l'insistenza di Gianturco sui principi regolatori della materia, segno di una diffidenza nei confronti delle visioni statualistiche del diritto ed invece di una sintonia con una concezione sistematica che rinvia al ruolo decisivo della dottrina nell'elaborazione di principi idonei a regolare istituti cruciali per la vita di relazione degli individui; dall'altro, il netto rifiuto di Saredo di accogliere il dogma della volontà del legislatore come criterio decisivo per il giurista, al contrario, la sua visione del diritto come incrocio fra studio delle società e delle istituzioni, in chiave storica e comparativa, onde poter valutare la portata dei mutamenti nel tempo e delle variazioni nello spazio dell'esperienza giuridica, senza trascurare la complessità dei percorsi argomentativi della giurisprudenza, teorica e pratica. Può forse dirsi che Giuliani intese enfatizzare i contributi dottrinali che avevano avvalorato una visione della giuridica come scienza orientata da principi non astratti ma formati nella concretezza di un'attività diretta a regolare controversie fra interessi di individui e gruppi. Anche quando questi principi si rivolgono non a singole e circoscritte materie ma ad ambiti più vasti o all'intero ordinamento, come nel caso dei principi costituzionali, l'indagine sulla loro portata dovrebbe tener conto non delle astrazioni concettuali che ne vorrebbero imporre certe configurazioni e delimitazioni, ma degli aspetti topici, attinenti alle circostanze ed al tempo in cui i principi esigono di essere applicati. In questo ordine di idee, la portata dei principi non potrà essere definita in astratto ed una volta per tutte né ricompresa, come tale, in un quadro sistematico, ma dovrebbe essere opportunamente modulata e rinegoziata, via via, in relazione ad accordi topici.

Tutta la riflessione giuliana sui principi del diritto sembra perciò costituire basi solide per una teoria dell'interpretazione del diritto, e dell'interpretazione costituzionale, in specie. Giuliani ci ha lasciato numerose testimonianze concrete in tal senso. Tali testimonianze svolgono un ordine di idee già compiutamente elaborato dal nostro: si pensi, fra gli altri, al suo studio sulle fonti del diritto, a quello su informazione e verità, a quello sul problema della comu-

nità, agli studi, con Picardi, sulle procedure, sulla giurisdizione e a quelli sulla legislazione, nonché sui rapporti fra l'una e l'altra. Scrive Giuliani, trattando di fonti del diritto, che « *la consapevolezza della relatività delle nostre categorie ci permetterebbe di comprendere la varietà delle soluzioni — in relazione a differenti concezioni del diritto e a differenti contesti costituzionali — offerte dall'indagine storica e comparativa* » (42). L'interpretazione del diritto e delle sue norme non può farsi risalire ai « *canoni di una logica invariabile* » (43) come aveva preteso il positivismo codicistico, poiché al contrario l'individuazione delle *norme di riconoscimento* ha raccolto, secondo le concezioni della scienza del diritto che si sono succedute, eredità culturali distinte, a volte assai risalenti, come per esempio quelle riconducibili alle elaborazioni della seconda scolastica, sulle quali torneremo fra poco.

3. *Principi in materia di fonti del diritto: norme sulla produzione e norme di riconoscimento nella storia.*

È importante sottolineare la consapevolezza di Giuliani per cui, molto spesso, « *le controversie metodologiche ed i compromessi, nelle definizioni dei concetti giuridici, hanno implicazioni politico-costituzionali* » (44). Uno dei paragrafi dello studio di Giuliani sulle preleggi è intitolato *Il disordine delle fonti*. Il costituzionalista o il civilista studiosi delle fonti non ne resteranno certo sorpresi: sono ormai decenni che il quadro dei rapporti fra le fonti del diritto accresce la sua complessità fino a lambire l'incomprensibilità. Sono in crisi tutti i criteri di soluzione delle antinomie, crisi non attenuata dalla giurisprudenza costituzionale e da quella delle altre giurisdizioni; il contributo sempre più significativo, anche in questo ambito, delle giurisprudenze europee ha a sua volta alimentato questa crisi.

È possibile registrare, di fronte al disordine delle fonti ed alla

(42) A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato, 1. Premesse e disposizioni preliminari*, 2^a ed., Torino, Utet, 1999, p. 381, n. 3

(43) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 382.

(44) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 386, n. 14.

crisi dei criteri destinati alla loro ordinazione in sistema, due atteggiamenti di fondo:

a) da una parte si è cercato di puntare ancora sul sistema e sulle sue potenzialità ordinatrici. Lo sforzo si è diretto sia nel senso di agevolare una lettura delle trasformazioni delle fonti che fosse capace di ricondurre tali trasformazioni nell'alveo dei principi sistematici, mostrando così una buona tenuta di tali principi di fronte all'impatto dei cambiamenti dovuti alla prassi ed alla giurisprudenza; sia nel senso di lamentare e stigmatizzare alterazioni del tessuto concettuale del sistema, promuovendo il ritorno a condizioni non incompatibili con i criteri formali di individuazione delle fonti e con le regole costituzionali che ne delineano le reciproche relazioni; sia infine nel senso di lamentare dapprima il ritardo, poi l'abbandono — o il tradimento — di una ispirazione politico-costituzionale che proveniva dall'opera del costituente, ispirazione che avrebbe comportato « *alcune grandi riforme di struttura* »⁽⁴⁵⁾, alcune delle quali mai avviate, altre tentate ma abortite.

b) Per altro verso, si è invece insistito sulle grandi trasformazioni che prima gli anni settanta e ottanta (pluralizzazione del potere pubblico; regionalizzazione; primo impatto dei processi di integrazione europea) poi i due decenni successivi (globalizzazione ed approfondimento dell'integrazione europea; penetrazione più incisiva della giurisprudenza della corte edu) avrebbero determinato anche a carico del sistema delle fonti del diritto, mettendone in crisi tutte o quasi le capacità ordinatrici fino a renderlo in larga misura incapace di misurarsi con l'entità e profondità di tali trasformazioni. Non solo i criteri di soluzione delle antinomie non sarebbero più idonei a reggere i rapporti fra fonti ma lo stesso quadro costituzionale, nel suo complesso e con i suoi principi ispiratori, dovrebbe ormai essere profondamente rivisto; ovvero, in assenza di revisioni costituzionali incisive e registrando come velleitarie le aspirazioni verso tali riforme, si preferisce dirottare interessi ed analisi verso

⁽⁴⁵⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia. Atti del Convegno* (Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981), Milano, Giuffrè, 1982, p. 375.

l'azione di poteri, pubblici e/o privati, ritenuti capaci o in grado di orientare e governare il cambiamento.

Ebbene, la ricerca di Giuliani non può interamente annoverarsi né al primo né al secondo orientamento. Se essa coglie con attenzione interessi ed analisi espressi da studi che sono riconducibili — pur nella varietà delle sensibilità individuali — all'uno e all'altro, sia il suo *metodo* che i suoi *obiettivi* sono diversi.

Il *metodo* dell'analisi giuliana è, come sempre nella sua ricerca, intriso da profonda e radicale impostazione storica. Secondo Giuliani è necessario riflettere sul ruolo dei titoli preliminari: la loro elaborazione ha corrisposto a distinti modelli di codificazione pur « *in relazione ad identità di principi (abrogazione, irretroattività della legge, etc)* » e « *la consapevolezza della relatività delle nostre categorie ci permetterebbe di comprendere la varietà delle soluzioni — in relazione a differenti concezioni del diritto e a differenti contesti costituzionali — offerte dall'indagine storica e comparativa (dalle regulae iuris dei giuristi romani alle notae dei teologi, ai principia iuris del diritto naturale moderno, alle legal maxims dei "common lawyers" »* ⁽⁴⁶⁾. Proprio la consapevolezza della relatività delle categorie concettuali in tema di fonti suggerisce di accostare alle norme sulla produzione giuridica anche le *norme di riconoscimento*. Queste devono intendersi « *in un senso ampio* » e l'espressione « *pare efficace per il richiamo semantico alla problematica del rapporto fra conoscenza e diritto, che è stata oscurata ma non risolta da una concezione imperativistica, secondo cui la volontà del legislatore è l'unica norma di riconoscimento* » ⁽⁴⁷⁾. Nei titoli preliminari dei codici civili — che « *sono un capitolo fondamentale della storia del costituzionalismo moderno* » ⁽⁴⁸⁾ — circolano idee comuni: il primato della legge, la subordinazione del giudice funzionario al legislatore, il valore garantistico del codice civile. La volontà del legislatore assurgeva così ad « *unica norma di riconoscimento per il giudice — con l'esclusione della interpretatio dei tribunali e dei commentari della dottrina* » ⁽⁴⁹⁾. Però quest'unica norma di riconoscimento avrebbe potuto

⁽⁴⁶⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 381, n. 3.

⁽⁴⁷⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 381, n. 5.

⁽⁴⁸⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 379.

⁽⁴⁹⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 381.

avvalersi, per affermare e consolidare la certezza del proprio comando, di « *principi logici e vincolanti* » ⁽⁵⁰⁾ in materia di obbligatorietà e vigenza della legge, nel tempo e nello spazio, di interpretazione: la norma di riconoscimento fondamentale, la volontà del legislatore, avrebbe così potuto saldarsi con altre norme di riconoscimento — i principi logici suddetti — di quella medesima volontà.

Non è qui possibile seguire tutto lo svolgimento del pensiero del nostro autore e del resto la via più ovvia e più sicura per apprenderne ogni risvolto è la lettura e meditazione diretta delle sue pagine. Vorrei solo limitarmi a fissare alcuni punti salienti:

1) i principi logici in tema di irretroattività, abrogazione, ecc. raccolgono l'eredità di una dottrina dei *principia iuris* (o *leges legum*) « *elaborata dalla teologia giuridica del XVI secolo in consapevole rottura con una opposta tradizione dei principi del diritto (nel senso delle *regulae iuris*) persistente nella tradizione del nostro diritto comune* » ⁽⁵¹⁾. Affiora il nome di Francisco Suarez, giurista, teologo, filosofo che operò fra la fine del XVI e l'inizio del XVII secolo. Con Suarez, come ha scritto Michel Villey, il diritto è considerato come l'insieme delle leggi: « *tutta la giurisprudenza viene per dir così ad incatenarsi ai testi di legge* » ⁽⁵²⁾ anche se è vero che questa concezione può farsi risalire ben più indietro nel tempo, « *nell'uso comune dei giuristi, nella scolastica francescana, ed anche...nella filosofia stoica* » ⁽⁵³⁾. Con Suarez, però, essa si rafforza, si precisa, prende forma. Per lui ha importanza determinante il ragionamento deduttivo, che poi si affinerà ancora con Spinoza e con i teorici del diritto naturale moderno. Con Suarez « *si vede già come le conclusioni si ricolleghino le une alle altre deduttivamente, si completino a vicenda, costituiscano insomma un sistema* » ⁽⁵⁴⁾: la dottrina suareziana è intrisa di dogmatismo. Inoltre, le sue opere sono decisamente pedanti: « *Egli non ci fa grazia nemmeno di una sola tesi già proposta in precedenza; all'inizio di ogni corso siamo costretti a subire l'esposizione di tutte le*

⁽⁵⁰⁾ A. GIULIANI, *ibidem*.

⁽⁵¹⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 382.

⁽⁵²⁾ M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno* (1975), trad. it., Milano, Jaca Book, 1985, p. 328.

⁽⁵³⁾ M. VILLEY, *op. loc. cit.*

⁽⁵⁴⁾ M. VILLEY, *op. cit.*, p. 321.

dottrine professate anteriormente sullo stesso argomento; insomma, egli si mostra già abilissimo maestro di quel metodo detestabile, tipico delle nostre deformazioni universitarie, che consiste nell'interessarsi, più che all'argomento, a ciò che hanno scritto su di esso i baroni universitari... Il risultato è quello di rendere la scolastica tremendamente noiosa, come da allora essa non ha più cessato di essere reputata... Nel De Legibus di Suarez non sono mai riuscito a leggere un capitolo da cima a fondo » (55).

Per Suarez, dunque, la legge è solo il precetto chiaramente promulgato, sia dal legislatore umano che da quello divino e, in contrasto con l'insegnamento tomista, essa è opera principalmente della volontà, più che della ragione. Se anche la legge deve essere razionale — e allora Suarez si rivolgerà, razionalisticamente, alla ragione individuale, non a quella collettiva che può desumersi dall'osservazione della natura umana, dei gruppi sociali e delle loro abitudini, delle comunità politiche nel corso delle loro trasformazioni storiche — « solo la volontà ha la forza di condizionare la volontà dei sudditi e di rendere obbligatorio un precetto. Infatti, il fine della legge è quello di condizionare la condotta umana, di obbligarla moralmente, di costringerla; essa esercita la funzione di causa "impulsiva": lex non tantum est illuminativa sed motiva et impulsiva » (56).

Esistono allora — Giuliani sottolinea questa genealogia — radici teologico giuridiche della scienza giuridica continentale, già Carl Schmitt lo aveva notato nell'ambito della teoria del diritto pubblico (57). È questo il terreno di formazione dei *principia iuris* o *leges legum*, cioè dei principi relativi alla nascita, modificazione, applicazione ed estinzione delle norme giuridiche. La precedente tradizione delle *regulae iuris*, secondo Giuliani, deve farsi risalire all'apporto dei giuristi romani classici e poi dei glossatori. Questa tradizione troverà in G.B.Vico e nella sua filosofia una decisiva mediazione culturale che favorirà una sua diffusione nel pensiero

(55) M. VILLEY, *op. cit.*, pp. 321 s.

(56) M. VILLEY, *op. cit.*, pp. 329 s.

(57) C. SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 33 ss. Sui rapporti fra diritto privato e seconda scolastica v. i saggi raccolti in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1973.

giuridico moderno e contemporaneo. Così come nella tradizione delle *leges legum*, come abbiamo visto, la norma di riconoscimento fondamentale sarà la *volontà del legislatore*, così in quella delle *regulae iuris* la norma di riconoscimento fondamentale sarà l'*equità*: i principi del diritto nel senso delle *regulae iuris* non sono intesi come canoni immutabili di una logica invariabile ma luoghi specifici dell'argomentazione giuridica, come tali mobili, dinamici, sensibili alla considerazione delle circostanze e del tempo, concepiti essenzialmente come criteri di esclusione di soluzioni irragionevoli o ingiuste, fondati su un procedimento confutatorio e giustificativo. In questo ordine di idee non c'è fiducia in principi posti da un legislatore onnisciente ma impegno nella ricerca di soluzioni ragionevoli, fiducia nel metodo della divisione della conoscenza e quindi in una ragione non astratta, individuale, calcolante, ma pratica, diffusa, dialettica, persuasiva ⁽⁵⁸⁾.

2) I principi logici in tema di irretroattività, abrogazione, ecc., di cui si è detto sinora, subirono vicende complesse nel corso della storia: l'impostazione che possiamo trarre dalla seconda scolastica, specie da Suarez, trovava il suo centro, annota acutamente Giuliani, in un « *fenomeno, che potrebbe essere definito moralizzazione del diritto* » ⁽⁵⁹⁾. Il problema morale risiede in ciò, che « *la responsabilità individuale presuppone una norma certa, che precede la condotta umana* » ⁽⁶⁰⁾. Non è difficile comprendere, allora, che il principio di irretroattività della legge (*tempus regit actum*) assume una « *posizione dominante, in quanto regge la logica degli altri principi, configurandosi come lex legum* » ⁽⁶¹⁾. Ne deriverà una concezione meccanicistica della nascita e della morte della legge: ad esempio, già per Suarez, la legge abrogata « *mortua est et mortifera* » per effetto della *lex posterior* ⁽⁶²⁾. Il principio assume un ruolo decisivo nel governo del fenomeno abrogativo poiché offre il criterio per la soluzione delle antinomie che derivano dalla successione delle leggi nel tempo e

⁽⁵⁸⁾ V. spec. A. GIULIANI, *Logica giuridica*, cit., *passim*.

⁽⁵⁹⁾ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 384.

⁽⁶⁰⁾ A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶¹⁾ A. GIULIANI, *ibidem*.

⁽⁶²⁾ A. GIULIANI, *ibidem*.

garantisce che il mutamento del diritto derivi dalla volontà consapevole del legislatore, saldando la sua struttura logica ad evidenti implicazioni costituzionali ed è perciò considerato un *axioma* che spande, scrive Heineccius, « *luce meridiana clariora* » (63). Il principio di irretroattività, inoltre, legato originariamente, come si è visto, al tema della responsabilità morale dell'individuo, si lega altresì alla tutela dei diritti acquisiti di contenuto patrimoniale e quindi allo sfondo attinente alla struttura economica della società.

3) Giuliani segue le evoluzioni della dottrina delle *leges legum* nel passaggio al diritto naturale moderno e poi, nel XIX secolo, alla scuola storica ed alla controversia fra Thibaut e Savigny, sempre legando le controversie metodologiche attorno allo statuto dei concetti giuridici alle loro implicazioni politico-costituzionali, per giungere all'utilizzazione di tale dottrina da parte del positivismo codicistico. Da un lato quest'ultimo ha avvalorato il dogma che « *tali norme costituiscono i canoni di una logica invariabile* » (64); dall'altro, tuttavia, nell'affermare il primato della legge e la subordinazione del giudice ad essa avvalendosi delle norme di riconoscimento offerte dalla dottrina delle *leges legum*, elaborate dalla opposta tradizione giusnaturalista, ha assegnato ai principi in questione significati diversi « *a seconda dei diversi modelli costituzionali* » (65). Per esempio, se le *leges legum* si affermano senza contrasti, anche come limiti al potere del legislatore, nelle esperienze austriaca e prussiana, non altrettanto avviene in quella francese, nel corso della quale non mancarono contrasti e perplessità. In Italia, nelle esperienze preunitarie, la « *persistente conflittualità fra legislatore e giudice* » (66) ebbe effetti sull'uso (delle) e sul modo di intendere le norme di riconoscimento: la dialettica legislatore-giudice (*lex-interpretatio*) da un lato, l'idea dell'onnipotenza legislativa dall'altro, fronteggiandosi, producevano attenuazioni della rigidità ed assolutezza di un criterio come quello della *lex posterior*. Giuliani annota: « *il capitolo del diritto intertemporale — per usare un linguaggio moderno — era at-*

(63) Cit. da A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 385, n. 12.

(64) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 382.

(65) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 389.

(66) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 392.

*tratto in quello della "interpretatio", e pertanto della equità» (67). I rischi di un tale contesto politico-costituzionale potevano derivare, con il tramonto della responsabilità professionale dei giudici e con l'affermarsi di ordinamenti burocratici della magistratura, dalla prospettiva di un "governo dei giudici" irresponsabili. Però, sia la codificazione albertina che quella italiana del 1865 sancirono la subordinazione del giudice-funzionario al legislatore e la dottrina delle *leges legum* si affermò infine in Italia nei termini di un rigido positivismo, facendo valere regole di automatica applicazione che fossero le più lontane da una concezione delle norme di riconoscimento come *regulae iuris*, non rigide, meccaniche, ma legate alle « *tecniche di una ragione retorica, argomentativa, giustificativa (rationabilitas)* » (68).*

4) Nel XX secolo la contestazione delle tradizionali norme di riconoscimento è venuta sia dalle correnti antiformalistiche (ad es., F. Gény, H. Kantorowicz) che da quelle formalistiche, come è stato il caso della teoria pura del diritto. In Italia, però, solo in tempi più recenti sono penetrate e si sono diffuse riflessioni sul carattere creativo dell'attività giuridica in generale e dell'interpretazione normativa, in particolare. In termini generali, può dirsi che queste riflessioni rappresentano la reazione del positivismo giuridico all'attacco dell'antiformalismo, penetrato tardivamente in Italia soprattutto nella versione dell'"uso alternativo del diritto", sostenuta prevalentemente da esponenti del mondo giudiziario, i quali contestarono vivacemente la subordinazione del giudice funzionario al legislatore. I fattori che più hanno influito nel delineare una tale reazione sono stati la riflessione sulla Carta costituzionale e, più tardi, quella sulle fonti comunitarie ed internazionali. Quanto alla prima, se dapprima non è stata messa in discussione la sintonia delle preleggi con il modello costituzionale, successivamente, specie per merito di Crisafulli, si è disconosciuta la forza costituzionale delle preleggi (69), cara ad autorevolissima dottrina civilistica (70) e si è

(67) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 394.

(68) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 393.

(69) V. CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 937.

(70) F. SANTORO PASSARELLI, voce *Preleggi*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, Utet, 1966, p. 624 ss.

delineata una vera e propria svolta in materia di applicazione della legge, con la nota distinzione fra disposizione e norma ⁽⁷¹⁾. Inoltre, l'assolutezza e l'automaticità delle norme di riconoscimento delineate dalle preleggi è stata revocata in dubbio dall'azione delle giurisprudenze che hanno registrato l'insufficienza dei criteri formali offerti sia dalle preleggi che dalla carta costituzionale ed hanno convertito l'automaticità delle norme di riconoscimento, ad esempio, in materia di individuazione delle fonti o di abrogazione, in problemi interpretativi, sui quali torneremo fra poco. Si è così relativizzata la norma di riconoscimento della volontà del legislatore mettendo in crisi il principio gerarchico; è stata altresì allargata, nelle applicazioni giudiziarie, la normativa consuetudinaria ⁽⁷²⁾ ed è cresciuto il rilievo delle prassi giudiziarie ed amministrative ⁽⁷³⁾.

(71) V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 195 ss. V. anche A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 405, n. 20. Su questa svolta, pienamente colta e sottolineata, v. A. A. CERVATI, voce *Disposizione e norma*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, III, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 2014 ss.; ID., *Diritto vivente e costituzione vivente*, in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 62 ss.; ID., *Veio Crisafulli nella didattica e nello studio del diritto costituzionale*, Relazione al Seminario *Veio Crisafulli giudice emerito della Corte costituzionale nel centenario della nascita* (5 dicembre 2010), in corso di pubblicazione. Secondo Cervati, Crisafulli era « molto lontano dall'idea che alla "norma" debba necessariamente corrispondere l'irrigidimento dogmatico di un solo significato dato alla "disposizione" da parte della giurisprudenza »: così in *Diritto vivente*, cit., p. 64. Cervati ha insistito, del tutto opportunamente, sull'esigenza di non ridurre la distinzione crisafulliana fra disposizione e norma solo alla « meccanica giustapposizione di due concetti separati, quasi come un espediente per consentire alla corte costituzionale di pronunciarsi sull'incompatibilità con la costituzione di una certa "norma" desumibile dalla legge mediante interpretazione, senza toccare la "disposizione" ovvero per orientare l'interpretazione di una determinata proposizione legislativa al fine di adeguarla ai principi costituzionali. Nella concezione crisafulliana il rapporto tra la "disposizione", che racchiude l'espressione letterale di un precetto, così come è stata formulata dal legislatore, e i possibili contenuti normativi di essa, resta un'operazione ideale, che nulla ha di dogmatico, ma è il risultato di un'attività volta a intendere il senso della regola nel diritto vivente »: così in *Veio Crisafulli*, cit., § 4, pp. 19 s. del dattiloscritto. La distinzione fra disposizione e norma acquista il suo senso più pieno se messa in relazione con la natura dell'attività interpretativa che, « investendo i possibili contenuti delle disposizioni, può rispecchiare più scelte valutative »: cfr. *Diritto vivente*, cit., p. 65.

(72) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, pp. 408 ss.

(73) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, pp. 410 s.

Quanto alla seconda, cioè l'evoluzione della materia delle fonti comunitarie ed internazionali e la sua incidenza sul capitolo delle fonti, è noto come essa abbia stravolto i criteri di individuazione delle fonti, il principio gerarchico e quello cronologico, ridisegnando, alla luce di una mutata configurazione di rapporti fra ordinamenti, sia le norme di riconoscimento desumibili dalle preleggi che quelle derivabili dalla stessa costituzione: sul punto torneremo ancora più avanti, con riferimento al rapporto fra interpretazione comunitaria della corte di giustizia ed interpretazione della corte costituzionale italiana.

La conclusione di questo discorso ci riporta al suo punto di partenza: il disordine delle fonti. Scrive Giuliani: « *Da un lato una teoria delle fonti finirebbe per avere un carattere concettuale e classificatorio, non trovando il suo risvolto in una coerente dottrina delle norme di riconoscimento. Dall'altro lato riemergerebbero le tentazioni di una "giurisdizione senza legislazione", non estranee alla nostra storia politico-costituzionale: le regole giurisprudenziali — dettate dalla giustizia del caso singolo — potrebbero riflettere piuttosto il "sic volo" del giudice* » (74). Per queste ragioni, il disordine delle fonti deve cercare « *la sua compensazione al livello di norme di riconoscimento. Il problema è di verificare se tali norme, affidate alla empiria della giurisprudenza, siano idonee a garantire — in un ordinamento che diviene sempre più aperto, progressivo, temporale — nuovi equilibri tra volontà e ragione, tra legge e diritto, tra legislatore e giudice* » (75). La netta e profonda storicizzazione del problema delle fonti conduce Giuliani ad interrogarsi sulle opportunità di un ordinamento che, come erede di una radicale scelta politico-culturale — quella della « *alleanza della scienza con la legislazione* » (76) secondo la incisiva formulazione del nostro autore — resta privo del « *retrotterra culturale* » (77) degli ordinamenti in cui si è invece prodotto l'esito del *judge-made law*. È ancora troppo carente, in Italia, il confronto fra dottrina e giurisprudenza che avrebbe potuto assicurare « *una*

(74) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, pp. 412 s.

(75) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 413.

(76) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 414.

(77) A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

indagine pubblica, sociale, giustificativa » (78): ne consegue che le norme di riconoscimento elaborate via via dalla giurisprudenza rischiano di « *offrire la copertura a poteri legislativi, che conducono ad una confusione di poteri, e non ad una dialettica tra legislatore e giudice* » (79).

Il metodo della ricerca giuliana, come emerge da queste notazioni, è attento alle effettive trasformazioni sia delle concezioni giuridiche che delle loro cagioni politico-costituzionali, ed attento altresì alla complessità e varietà delle trasformazioni determinate dalle prassi, dalle consuetudini, dalle giurisprudenze. Vorrei insistere sulla sua profonda connotazione storica e comparativa: sono appunto l'indagine storica da un lato, quella comparativa dall'altro, che permettono al nostro di sondare le suddette trasformazioni, di metterle a fuoco, di problematizzarle, cercando le vie per un ragionato raffronto fra diverse esperienze storiche, culturali, sociali. L'esperienza giuridica esige una ricerca di questa portata, non può essere ridotta ad elaborazione concettuale solitaria, rinvia, come sappiamo, all'esercizio di una razionalità pratica, flessibile, dialettica e sempre aperta alla pluralità degli orientamenti di valore ed alla complessità degli incroci fra interessi. Sono queste attitudini e sensibilità, mi pare, che permettono a Giuliani di tratteggiare un quadro della materia delle fonti come quello ora ricordato in sintesi. Il suo *metodo*, perciò, non rifugge certo dalla elaborazione concettuale ma sa adattarla alla complessità e varietà dell'indagine, sa evitare che si irrigidisca virando verso il dogmatismo. In tal modo, non solo il nostro autore riesce a scansare l'astrazione di certe costruzioni dogmatiche ma muove le pedine delle astrazioni concepite nel passato su una scacchiera più vasta, quella di una storicizzazione della sua ricerca. Così, dottrine e giurisprudenze appaiono nella loro determinazione storico-culturale e l'esperienza giuridica acquista il respiro, ad un tempo, della ricerca storica e della meditazione filosofico-giuridica, senza mai prendere però le distanze dalla concretezza dei conflitti di interessi e valori che sono alla radice della fenomenologia giuridica.

(78) A. GIULIANI, *ibidem*.

(79) A. GIULIANI, *ibidem*.

Dicevamo, all'inizio di questo paragrafo, delle peculiarità tanto del *metodo* che degli *obiettivi* della ricerca di Giuliani: dopo aver detto del primo, è ora opportuno che qualcosa emerga anche dei secondi, specie per valutare se da essi possono trarsi ancora indicazioni utili per la materia delle fonti del diritto.

4. *Applicazione ed interpretazione della legge.*

Non è nostra intenzione sintetizzare il quadro degli *obiettivi* della ricerca giuliana: naturalmente vale, anche per essi, la solida impostazione storicizzante privilegiata dall'autore e sulla quale abbiamo già insistito. Vorrei limitarmi ad alcuni cenni.

I problemi dell'*applicazione* e dell'*interpretazione della legge* sono fra i più ardui della teoria del diritto. Dopo la promulgazione del codice del 1865 si delineò un « *contesto politico-costituzionale caratterizzato da un conflitto fra legislatore e giudice, tra lex ed interpretatio* »⁽⁸⁰⁾: ne risultò svalorizzato il ricorso all'*analogia legis* e potenziato quello diretto ai principi generali dell'ordinamento, con il corredo del ricorso ad alcuni classici percorsi argomentativi, come il criterio teleologico, l'appello alla volontà del legislatore attuale (in opposizione alla volontà della legge), l'eccezione delle conseguenze assurde o della *lex alii situs*. Come reazione a questo stato delle cose, l'"alleanza della scienza con la legislazione", cui già si è accennato, ebbe il compito consapevole di promuovere un'opposta politica del diritto che trovava il proprio epicentro in una « *logica precostituita con regole di applicazione automatica, che garantissero la volontà del legislatore come unica norma di riconoscimento per il giudice* »⁽⁸¹⁾. In epoca repubblicana, tuttavia, e specialmente a partire dagli anni settanta dello scorso secolo, si animò, come già sappiamo, un nuovo conflitto fra regole legislative e regole giurisprudenziali in materia di applicazione ed interpretazione della legge. L'inflazione legislativa contribuì ad accrescere i poteri del giudice ed il pluralismo costituzionale delle fonti, comprese quelle di diritto sovranazionale, misero in crisi la volontà del legislatore come unica norma di riconoscimen-

⁽⁸⁰⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 417.

⁽⁸¹⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 418.

to. La relativizzazione del testo che ne conseguì, operando in un contesto dove, a causa delle caratteristiche della cultura giuridica diffusa, i giudici « *esitano a dichiarare i poteri equitativi, ricorrendo ad espedienti formalistici e finzionistici, da cui non traspare la reale motivazione della decisione* »⁽⁸²⁾ ha spesso condotto a decisioni che possono, nella migliore delle ipotesi, essere apparse giuste ma non giustificate.

Giuliani sottolinea anche opportunamente come la giurisprudenza abbia ridimensionato la rigida configurazione formale e statica del ragionamento analogico elaborata in dottrina: postulare l'esistenza di una norma generale esclusiva comportava l'identificazione del ragionamento analogico con l'argomento *a contrario*⁽⁸³⁾, escludendo al contempo interpretazioni di carattere induttivo, che abilitassero a risalire da una norma particolare ad una generale. Queste indicazioni dottrinali sono state in larga misura ignorate dalla giurisprudenza che ha preferito cogliere le maggiori opportunità ermeneutiche che derivavano da soluzioni di relativizzazione del testo normativo. Inoltre, si è diffusa nella giurisprudenza una concezione induttiva dell'analogia che ha spesso dissimulato il passaggio dal testo all'equità per mezzo del ricorso a « *principi ricavati induttivamente sulla base di un testo particolare* »⁽⁸⁴⁾. Anche in questo caso Giuliani segnala i rischi che possono derivare dall'uso dell'analogia induttiva ove essa, svincolata da una reale dialettica fra dottrina e giurisprudenza, si liberi da ogni forma di ricerca e di controllo collettivo, sociale, pubblico. Anche il ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico, inoltre, ha spesso condotto a specie di antiformalismo occulto, e ciò nonostante che il legislatore del vigente codice civile avesse promosso il mutamento lessicale da "principi generali del

⁽⁸²⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, pp. 421 s.

⁽⁸³⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 428 ed ivi, nota 9, per ulteriori indicazioni di dottrina sulle varie configurazioni logiche del ragionamento analogico, imperniate rispettivamente sull'argomento *a simili* o su quello *a contrario*. Giuliani però ammonisce che si dovrebbe « *diffidare di ogni pretesa di trovare la soluzione al livello della logica, in quanto le divergenti soluzioni sono servite a dare una giustificazione ai vari rapporti tra legislazione, giurisprudenza e scienza giuridica* ». Sul punto, più diffusamente, v. ID., *Le raisonnement par analogie*, in *Rapports nationaux italiens* (X Congrès international de Droit comparé, Budapest, 1978), Milano, Giuffrè, 1978, pp. 81 ss.

⁽⁸⁴⁾ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 431.

diritto” — secondo il codice del 1865 — a “principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”. È dunque sostanzialmente fallito il tentativo di arginare la « *contaminazione tra i principi del diritto e la equità* »⁽⁸⁵⁾, specie quando, negli anni sessanta, sul valore della certezza della legge si è imposto quello della sua costituzionalità, accreditando in alcune posizioni della magistratura una « *visione sovversiva della analogia iuris, che nelle versioni radicali giustificava, sulla base dei principi della Costituzione, un sindacato costituzionale del giudice ordinario sulla legge* »⁽⁸⁶⁾. È vero però che successivamente si è tornati, da parte della giurisprudenza, a privilegiare soluzioni più equilibrate, imperniata sul ragionevole principio che, di fronte a casi dubbi, sia necessario preferire l’interpretazione conforme a costituzione e sull’idea dell’assorbimento, tendenziale anche se non esclusivo, dei principi generali dell’ordinamento giuridico nella costituzione, ed in questo senso ha pesato anche il progressivo fenomeno del collegamento del diritto interno al diritto sovranazionale. La giurisprudenza ha anche esplicitamente elaborato principi privi di aggancio testuale: si pensi al diritto alla riservatezza e a quello alla salute.

⁽⁸⁵⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 432.

⁽⁸⁶⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 434, nonché A. GIULIANI-N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, ristampa aggiornata, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 170 ss.; A. GIULIANI, *Le raisonnement par analogie*, cit., pp. 81 ss. Nel volume ora citato, scritto con Nicola Picardi, Giuliani metteva a fuoco il tema della responsabilità politica del giudice polemizzando con quella formula che « *non è una massima metafisica, ma uno strumento suscettibile di utilizzazioni opposte* ». Collegandosi alle riflessioni di Max Rheinstein (*Who Watches the Watchmen?*, in *Interpretations of Modern Legal Philosophers: Essays in Honor of Roscoe Pound*, ed. by P. Sayre, New York, Oxford University Press, 1947, pp. 589 ss.) i due autori sostenevano l’esigenza di un giudice mediatore tra conflitti che « *non impone i propri valori e neppure si limita a registrare le opinioni dei gruppi. Il grande comparatista aveva in mente il modello di un giudice garante della procedura (agganciata agli ideali isonomici della rule of law) a tutti i livelli, affinché i valori si affermino ‘correttamente’ nella società attraverso il più ampio rispetto del principio del contraddittorio. Se il giudice invece pretendesse di distinguere con infallibile sicurezza i valori che sono giusti e veri, egli sarebbe il portatore di un nuovo sistema di valori alternativi* » (p. 175), e ciò potrebbe essere funzionale ad una strategia di potere ma non ad avvalorare il rapporto fra amministrazione della giustizia ed opinione pubblica. Inoltre, se il giudice si facesse portatore di determinati valori rischierebbe, in definitiva, di mettersi, consapevolmente o non, al servizio di altri poteri, che potrebbero cercare di condizionarlo con propagande abilmente orchestrate.

5. *Interpretazione adeguatrice.*

Il ragionamento sull'applicazione ed interpretazione della legge culmina però, nella riflessione giuliana — ed in particolare nella sola seconda edizione del suo saggio, pubblicata nel 1999, quando l'autore era ormai scomparso — con il tema della *interpretazione adeguatrice*. Se il nostro autore distingue fra tre tipi di interpretazione adeguatrice — secondo costituzione, secondo diritto comunitario e secondo i principi regolatori della materia — è solo uno il termine cui tutte e tre queste forme di interpretazione possono essere ricondotte: *l'equità*, da intendersi come generale norma di riconoscimento e fattore di adeguamento del diritto nel suo complesso. Beninteso, *l'equità* non deve qui essere intesa nei termini rozzi dello « *spettro di un giudizio intuitivo svincolato da regole* »⁽⁸⁷⁾ ma nel suo stretto legame con i principi del diritto e con una tradizione che ne ha fatto uno degli aspetti costitutivi dell'esperienza giuridica e del diritto comune europeo, riconducibile da un lato a « *precise coordinate (logiche, etiche ed istituzionali), e dall'altro lato a modelli storici* »⁽⁸⁸⁾. In questo ordine di idee, *l'equità* appare, in sintonia con la tradizione dell'*equità* secondo il *mos italicus*⁽⁸⁹⁾, pervasa da un'idea fondamentale: che essa vive in simbiosi con principi, nel senso delle *regulae iuris* e che essa si sintonizza su un rapporto dialettico con il diritto stretto. Al di fuori di tale coordinate *l'equità* « *interessa l'utopia e non l'esperienza giuridica* »⁽⁹⁰⁾. Dal canto loro, le *regulae iuris* non possono identificarsi con gli assiomi del diritto naturale moderno elaborati dalla scuola sistematica e nemmeno con i principi dell'ordinamento positivo, frutto della successiva elaborazione giuspositiva: esse sono piuttosto luoghi specifici dell'argomentazione giuridica e, come tali, « *articolazioni della aequitas come fondamentale norma di riconoscimento* »⁽⁹¹⁾. La circostanza che le *regulae iuris* si esprimano come momenti di una

(87) A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 440.

(88) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 441.

(89) Sulla quale si v. il fondamentale contributo di GIULIANI, *La controversia*, cit., *passim*, secondo cui *l'equità* coincide con una logica del preferibile e con una filosofia dei valori dell'ordine isonomico.

(90) A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, p. 442.

(91) A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

filosofia dei valori dell'ordine isonomico le rende flessibili, modellabili in relazione alle circostanze ed al tempo opportuno, dunque immerse in una « *teoria dialettica dell'interpretatio* »⁽⁹²⁾ che si ancora all'interpretazione analogica imperniata sulla *similitudo rationis* e sull'eguale trattamento di situazioni simili.

È opportuno brevemente insistere su questa concezione dell'equità patrocinata da Giuliani: come già detto, siamo lontanissimi dal giudizio intuitivo affidato al giudice ed altrettanto distanti dalla prospettiva politico-costituzionale di un "governo dei giudici". Si tratta invece, come si è visto ed ancora si vedrà più avanti, di una prospettiva che intende annodare l'equità, intesa come fondamentale e generale norma di riconoscimento, ai principi ed agli itinerari argomentativi utilizzati nel corso della più recente esperienza giuridica. Questi principi e questi itinerari potrebbero cioè, secondo Giuliani, essere intesi come articolazioni più puntuali dell'equità, intesa come norma di riconoscimento. Quest'ultima è perciò destinata ad operare nell'esperienza giuridica non in modo irrelato, quasi fosse espressione di un sapere arcano o di un impeto irrazionale, ovvero di un'opzione di valore che, più o meno apertamente, afferma le proprie pretese contro e a spese di altre prospettive assiologiche; bensì nella stretta interlocuzione con il diritto stretto, con le disposizioni intese tanto nella loro letteralità quanto nei significati che derivano dalle tecniche interpretative e dalla valutazione dei principi che, volta per volta, riguardano la materia in oggetto; ed ancora, tenendo conto della specificità dei casi controversi, con il loro corredo di aspetti peculiari legati tanto alle caratteristiche del fatto, cioè ai suoi elementi circostanziali, che agli aspetti temporali, o *cairolici*, della controversia. Questa complessità della dimensione controversiale ricade sul fenomeno interpretativo: non si tratta mai, per il giurista, di limitarsi ad interpretare un testo. Questa conclusione rischierebbe di apparire semplicistica e di oscurare la ricchezza e complessità dell'esperienza giuridica, la connotazione profonda sia della controversia che dell'*interpretatio*, che si caratterizza per i suoi aspetti *qualitativi* che rinviano non ad un

(92) A. GIULIANI, *ibidem*.

sapere sistematico ma topico, capace di mantenere viva la dialettica fra diritto stretto ed equità, fra lettera e spirito della legge.

Ebbene, il fenomeno dell'interpretazione adeguatrice ha avuto l'effetto, soprattutto a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, di render familiari anche al giudice ordinario principi metagiuridici come quelli di eguaglianza e di ragionevolezza⁽⁹³⁾. Giuliani registra così alcuni *obiettivi* della propria indagine, come emergono dalla ricerca storica e dall'analisi dell'esperienza giuridica. L'interpretazione adeguatrice secondo la costituzione ha progressivamente reso il giudice ordinario partecipe del sindacato di costituzionalità se non si è addirittura risolta in una forma di sindacato diffuso. È ben noto che essa è stata incoraggiata dalla stessa corte costituzionale che ha così avvalorato l'idea che il giudice ordinario debba partecipare alla « *adeguazione delle leggi* »⁽⁹⁴⁾. In questo ordine di idee, la nozione e le ridefinizioni del diritto vivente sono andate certo nel senso di valorizzare il ruolo del giudice di legittimità e di superare l'originario conflitto fra corte di cassazione e corte costituzionale, ma soprattutto, mi pare, di enfatizzare una concezione del diritto e della legge come qualcosa di radicalmente dinamico, che muta nel tempo e mutando si trasforma nei propri contenuti. Da questo punto di vista, tutti i giudici — e non solo essi: anche le parti con i loro difensori, tutti i soggetti che prendono parte all'esperienza giuridica — partecipano alla elaborazione del diritto vivente, che non può essere inteso rigidamente come determinato dalla sola attività della cassazione⁽⁹⁵⁾. L'interpretazione adeguatrice secondo la costituzione, inoltre, ha ridotto drasticamente i margini di utilizzazione della

(93) Cfr. A. CERRI, voce *Ragionevolezza*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1994.

(94) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 445.

(95) V. A. A. CERVATI, *Diritto vivente*, cit., pp. 58 ss. Il diritto vivente considera il divenire delle regole giuridiche, mantiene aperta la « *dialettica interpretativa tra giudice comune e corte costituzionale, per cui riferirla puramente e semplicemente alla giurisprudenza "consolidata" o alla giurisprudenza di una sola corte può di fatto finire per rendere più ardua la ricerca di nuove possibilità interpretative della legge e della costituzione, riducendo la complessità della dialettica giuridica ad un semplice dialogo tra "corti supreme", e legando il giudizio di costituzionalità alla giurisprudenza di queste ultime, più che alla valutazione espressa dal giudice a quo* » (p. 60). V. altresì A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, Aracne, 2011, spec. cap. III e IV.

abrogazione implicita come « *strumento indiretto di interpretazione adeguatrice* »⁽⁹⁶⁾.

L'interpretazione comunitaria della corte di giustizia, dominata dall'esigenza di affermare il primato del diritto comunitario e la sua applicazione diretta negli ordinamenti nazionali ha, segnala Giuliani, scongiurato l'utilizzazione del principio della *lex posterior* nel conflitto fra norme comunitarie e norme statali posteriori e la stessa sottoposizione delle norme comunitarie al controllo di costituzionalità delle corti costituzionali nazionali (alterando così l'operatività dello stesso principio gerarchico), tentando di affermare valori giuridici propri di un diritto costituzionale europeo. La giurisprudenza del giudice comunitario ha poi assunto, per effetto del riconoscimento della corte costituzionale, il peso di fonte del diritto ed è cresciuta una dimensione sovranazionale di tutela dei diritti. Come già ricordato, l'incidenza di queste trasformazioni, ancora in corso, sulle norme sulla produzione giuridica e sulle norme di riconoscimento è evidente. La stessa contrapposizione fra tesi monista (propria della corte di giustizia) e tesi della separazione fra ordinamenti (propria della corte costituzionale) si è attenuata, per effetto di significative ammissioni del giudice delle leggi nel senso di considerare ammissibili parametri costituiti da norme comunitarie nei giudizi sui conflitti intersoggettivi e nei giudizi in via d'azione; negli stessi giudizi in via incidentale la corte costituzionale ha affermato che la norma legislativa che sia in contrasto con diritto comunitario non dotato di efficacia diretta nell'ordinamento interno, pur non potendo essere disapplicata dal giudice ordinario — come invece accade quando il contrasto abbia luogo con diritto comunitario dotato di efficacia diretta — potrà essere dichiarata incostituzionale dalla stessa corte, per violazione dell'art. 11 cost. ed oggi anche dell'art. 117 comma 1 cost.⁽⁹⁷⁾; ovvero, nel senso di ritenere

⁽⁹⁶⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 447.

⁽⁹⁷⁾ Cfr., da ultimo, la sent. n. 284 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 2780 ss., con ampia nota redazionale e con osservazione di A. GUZZAROTTI, *Competizione tra giudici nazionali e intervento della Corte di giustizia*, pp. 2788 ss.; e la sent. 28 del 2010, con la quale la corte costituzionale ha, per la prima volta, accolto questione di legittimità costituzionale relativa al contrasto fra una norma di diritto nazionale ed una norma comunitaria priva di effetti diretti. Anche quest'ultima sentenza può essere letta in *Giur.*

che la normativa comunitaria possa soddisfare le esigenze della riserva di legge⁽⁹⁸⁾. La corte costituzionale ha dunque abbandonato la sua tesi originaria per accogliere una concezione che fa perno sull'integrazione fra ordinamenti autonomi, meno distante da quella della corte di giustizia.

Infine, la materia del giudizio di equità e dei principi regolatori della materia: il giudizio di equità, previsto nel nostro ordinamento dal comma 2 dell'art. 113 — come modificato, da ultimo, dall'art. 1 l. 7 aprile 2003, n. 63 — e dal comma 3 dell'art. 339 cod. proc. civ., come modificato dall'art. 1 d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, non può essere arbitrario e deve trovare nei principi regolatori della materia un limite invalicabile⁽⁹⁹⁾, come stabilito dalla corte costituzionale con sent. n. 206 del 2004. I principi potranno essere desunti dalla legislazione, dalla giurisprudenza e dalla dottrina ma restano attuali le preoccupazioni di autorevole opinione⁽¹⁰⁰⁾ sulle incertezze di

cost., 2010, pp. 358 ss., con osservazione di A. CELOTTO, Venisti tandem! *La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono « cogenti e sovraordinate »*, pp. 384 ss., secondo il quale, con questa sentenza, la corte avrebbe abbandonato definitivamente la tesi della distinzione o autonomia fra ordinamenti, sia pur coordinati o comunicanti.

⁽⁹⁸⁾ V. sul punto, per tutti, A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*⁴. *Casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 85 s., con riferimento alle sentt. 399 del 1987; 384 del 1994; 383 del 1998; 102 del 2008, nonché a Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35.

⁽⁹⁹⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, pp. 452 s. Giuliani scriveva in un momento in cui era vigente la l. n. 374 del 1991 che, all'art. 21, aveva abrogato la previsione — introdotta con l. n. 399 del 1984, art. 3 — secondo cui il giudice conciliatore decide secondo equità osservando i principi regolatori della materia. La legge del 1984 aveva in tal senso modificato l'originaria previsione del codice di rito del 1942, che prevedeva solo che il giudice conciliatore dovesse decidere secondo equità tutte le cause di sua competenza. Secondo Giuliani, il venir meno del riferimento espresso ai principi regolatori della materia nella formulazione dell'art. 113 non avrebbe dovuto intendersi come rimozione del limite dei principi nel giudizio di equità necessario, giudizio da sempre ritenuto sì come libero dall'integrale ossequio delle norme di legge vigenti e tuttavia vincolato al rispetto di principi che rappresentano elementi determinanti nella configurazione di un ordinamento nel cui ambito il giudizio di equità dovrà pur sempre collocarsi. La successiva modifica del comma 3 art. 339 cod. proc. civ., introdotta nel 2006, prevede che le sentenze del giudice di pace siano appellabili solo per motivi specifici: quello della violazione delle norme sul procedimento, della violazione di norme costituzionali e comunitarie e per violazione dei principi ispiratori della materia.

⁽¹⁰⁰⁾ P. RESCIGNO, *Giudizio "necessario" di equità e "principi regolatori della materia"*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 10.

lettura dell'art. 113 cod. proc. civ. e persino, in certi casi, sugli « *orientamenti caotici* »⁽¹⁰¹⁾ della stessa corte suprema. Se anche la valutazione della giurisprudenza sulla individuazione di principi regolatori della materia ha dato adito a giudizi severi, resta però l'esigenza di chiarire che le controversie affidate al giudizio di equità non possono ascrivere al dominio della semplice intuizione e che esse debbono sottostare ad una fondamentale esigenza giuridica, quella cioè della *giustificazione*, percorrendo gli itinerari propri dell'argomentazione giuridica, compresi quelli della ragionevolezza, itinerari che saranno soggetti al controllo in sede di impugnazione. La motivazione delle sentenze equitative non dovrebbe perciò esimersi dall'indicazione delle peculiarità del caso concreto onde consentire la valutazione del giudizio in essa contenuta. Si è dunque affermato che « *l'equità moderna, non diversamente da quella antica, non è estraneità al sistema del diritto scritto ma deroga alla disposizione singola nei limiti della compatibilità col sistema* », e che anche nel giudizio di equità è necessario che « *emergano dalla motivazione sia la disciplina in iure, che in concreto va disapplicata, sia le peculiarità del caso che inducono alla deroga. Tale deroga deve essere comunque conforme al qui più volte evocato principio di ragionevolezza* »⁽¹⁰²⁾. Ancora una volta vale il riferimento alle preoccupazioni espresse da Giuliani: l'equità presuppone un'effettiva dialettica fra legislazione, giurisprudenza e dottrina e lo sviluppo di sensibilità che non possono essere affidate alla formazione del singolo ma ad un contesto comunicativo capace di rendere pubblica la ricerca della regola, di socializzare e diffondere non solo i risultati ma anche gli itinerari argomentativi che conducono alla sua individuazione, onde evitare preoccupanti confusioni di poteri.

(101) F. ROSELLI, *Note sull'impugnazione della sentenza equitativa*, in A. BIXIO, G. CRIFÒ (a cura di), *Il giurista e il diritto. Studi per Federico Spantigati*, Milano, Franco Angeli, 2010, p. 448, che lamenta varietà ed imprevedibilità dei criteri enunciati dalla corte di cassazione nel tentativo di individuare principi regolatori di materie. In argomento v. anche R. MARTINO, *Decisione equitativa ed impugnazioni*, in questo volume, anche per ampie indicazioni della giurisprudenza della cassazione cui *adde*, volendo, Cass., 25 febbraio 2011, n. 12408.

(102) F. ROSELLI, *op. cit.*, p. 450. V. anche, a commento della sent. n. 206 del 2004 della corte costituzionale e seguendo un ordine di idee radicalmente diverso da quello giuliano R. GUASTINI, *Equità e legalità*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 2243 ss.

6. *Abrogazione.*

Il criterio della *lex posterior*, legato com'era, lo si è visto, al principio della irretroattività della legge (*tempus regit actum*), aveva il compito di presidiare il fenomeno abrogativo. La *lex legum* della irretroattività — sulla quale torneremo più specificamente fra poco — aveva comportato, nell'ambito del positivismo codicistico, regole di meccanica applicazione in materia di abrogazione: la nuova legge si sostituisce alla precedente sulla base del criterio cronologico evitando così conflitti derivanti dalla successione di leggi nel tempo. Si intendeva così escludere la possibilità di ricondurre il fenomeno abrogativo all'interpretazione. Questi principi di una logica invariabile e rigida erano il risvolto di scelte politico-costituzionali che intendevano proteggere il principio della divisione dei poteri. Unica norma di riconoscimento degli effetti abrogativi di una legge doveva intendersi la volontà del legislatore, escludendo così l'operatività di altri criteri, come quello dell'abrogazione per desuetudine, dell'ordine pubblico abrogativo⁽¹⁰³⁾, dell'abrogazione determinata dalla cessazione dei motivi per cui la legge fu emanata (*cessante ratione legis cessat et ipsa lex*), cari già al diritto comune ed ancora operanti nella giurisprudenza successiva alla promulgazione del codice del 1865, che « rivendicava ampi poteri nella determinazione degli effetti abrogativi di una legge »⁽¹⁰⁴⁾. Si escludeva inoltre, come conseguenza della impostazione accolta, la reviviscenza di norme abrogate per effetto dell'abrogazione della norma abrogante — si ricordi l'adagio suareziano secondo cui la legge abrogata è morta e mortifera e non può risorgere⁽¹⁰⁵⁾ — e gli sforzi erano tutti orientati a rendere

⁽¹⁰³⁾ V. G. SAREDO, *Trattato delle leggi*, cit., p. 501.

⁽¹⁰⁴⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 460, n. 2.

⁽¹⁰⁵⁾ Sul punto v. anche G. SAREDO, *Trattato delle leggi*, cit., p. 496: « Quando una legge è morta, non si ammette facilmente la sua risurrezione: e chi l'allega deve provarla: nel dubbio, una legge abrogata si deve ritenere come abrogata per sempre ». A favore della reviviscenza si esprimeva S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, I, 1958, Milano, Giuffrè, p. 153, secondo il quale lo scopo pratico che induce il legislatore ad abrogare una norma abrogatrice non potrebbe essere altro che quello di richiamare in vita la norma abrogata. Ma la valutazione del Pugliatti era forse affetta da un eccesso di astrazione e di fiducia nella razionalità del legislatore. Peraltro, secondo l'a., la reviviscenza sarebbe determinata dalla stessa norma abrogatrice che, da un lato, determinerebbe appunto l'abrogazione e, dall'altro, assumerebbe « per relationem, il contenuto

tassativi i casi di abrogazione tacita, e strettamente delimitati ad ipotesi di contraddizione « *logica, formale, assoluta* »⁽¹⁰⁶⁾ quelli di abrogazione per incompatibilità e per nuova disciplina della materia.

Secondo Giuliani, se apparentemente la giurisprudenza non ha rimesso in discussione queste regole, anche esse hanno tuttavia subito un processo di relativizzazione, che ha messo in crisi il « *valore logico del principio della lex posterior nella teoria del diritto* »⁽¹⁰⁷⁾. Due fenomeni hanno contribuito a questo esito:

a) l'inflazione legislativa: « *il principio della lex posterior sottintende la vocazione della legge per la durata. Se il sistema è turbato da persistenti mutamenti legislativi, i confini tra fenomeno abrogativo e questioni di interpretazione diventano precari per la natura delle cose: si deve ricorrere al diritto vivente...per sapere se una norma sia o non sia abrogata* »⁽¹⁰⁸⁾. Inoltre, in molti casi, l'appello alla volontà del legislatore attuale contrapposta a quella del legislatore storico favorisce i poteri interpretativi del giudice che sono altresì alimentati dalle clausole finali di leggi che dichiarano abrogate, senza espressamente indicarle, le norme incompatibili. Il risultato che ne deriva è che l'abrogazione tacita vira verso l'abrogazione implicita, ciò che contribuisce a rendere imprecisa la distinzione fra le forme di abrogazione previste dalle preleggi: già M.S. Giannini, ricorda Giuliani, aveva compreso che le due forme di abrogazione tacita previste dall'art. 15 delle preleggi costituiscono forme meramente paradigmatiche, cioè forme logiche estreme. In concreto possono darsi tanto forme miste, quanto, soprattutto, forme intermedie, per cui non si direbbe insomma che si tratti di due forme giuridicamente determinate e che solo l'interpretazione sistematica potrà condurre a convincenti conclusioni in merito all'operatività dell'abrogazione tacita⁽¹⁰⁹⁾. La giurisprudenza, dal canto suo, ha in

normativo della norma legale precedentemente abrogata », dove appare una certa artificiosità dell'ipotesi sostenuta.

⁽¹⁰⁶⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 463.

⁽¹⁰⁷⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 464.

⁽¹⁰⁸⁾ A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁰⁹⁾ M.S. GIANNINI, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, LVI, Padova, Cedam, 1942, pp. 7 ss., spec. 17 ss. e 25 s.

più occasioni avvalorato un uso dell'abrogazione implicita per coprire soluzioni equitative, fino al punto di rendere « *l'abrogazione un caso limite di nozione confusa* »⁽¹¹⁰⁾. Per esempio, in alcuni casi i principi del diritto sono stati richiamati per fondare in via interpretativa l'abrogazione di una legge; è stata ammessa la reviviscenza di norme abrogate quando la legge abrogatrice sia stata caducata o quando tale caducazione debba ricondursi al « *riaffiorare delle finalità e dei principi direttivi che già ebbero ad informare la legge abrogata* »⁽¹¹¹⁾, e così via.

b) Il mutamento del sistema delle fonti: il criterio della *lex posterior* era destinato a sintonizzarsi con un sistema di fonti omogenee, fondato sul primato della legge ordinaria. È ben noto che l'avvento della costituzione repubblicana ha pluralizzato il sistema, rendendolo assai più complesso. Così, alcuni conflitti di norme nel tempo sono stati ricondotti non al tema del vigore ma a quello della validità ed il criterio cronologico è entrato in tensione con quello gerarchico e con quello della competenza⁽¹¹²⁾. La stessa distinzione fra sfera del vigore e sfera della validità è stata più volte problematizzata tanto che Giuliani ha potuto scrivere di una « *contaminazione* » fra i due giudizi⁽¹¹³⁾. Analoghi problemi sono sorti nel conflitto fra norme statali e norme di diritto sovranazionale.

7. Irretroattività.

Sappiamo già che il principio *tempus regit actum* aveva avuto un ruolo dominante nell'ambito delle *leges legum*, o *principia iuris*, poiché l'irretroattività della legge appariva come riflesso dell'esigenza di fondare la responsabilità individuale sulla preesistenza di una norma certa alla condotta umana. Sappiamo altresì che, oltre la sua elaborazione da parte della teologia giuridica, esso aveva poi assunto anche i risvolti assiologici dell'individualismo economico, che circo-

⁽¹¹⁰⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 466.

⁽¹¹¹⁾ A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹¹²⁾ Per tutti v. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008⁵, pp. 133 ss.: « *occorre... esser consapevoli che non esiste una linea rigida, idonea a separare abrogazione e incostituzionalità* » (p. 133).

⁽¹¹³⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 468.

lavano nella temperie culturale delle codificazioni civili. Questa dimensione di valore del principio di irretroattività non dovrebbe essere trascurata: essa rappresenta il tratto comune, secondo Giuliani, di elaborazioni dogmatiche diverse, la teoria dei diritti acquisiti, elaborata in area francese e di ispirazione esegetica, e la dottrina del fatto compiuto, concepita in area tedesca e di ispirazione sistematica. Ci sembra superfluo tornare su queste notissime dogmatiche: più utile invece insistere sui tratti comuni. Entrambe concordano sull'esigenza di garantire la « *sopravvivenza della legge antica [che] tutela l'equilibrio del contratto (anche per quanto si riferisce ai suoi effetti futuri) dal mutamento della legislazione* »⁽¹¹⁴⁾. I rapporti nati sotto la vigenza di una legge continuano ad essere regolati da questa insieme agli effetti dei rapporti medesimi che si siano prodotti successivamente, sotto la vigenza di nuova legge, la quale ultima sarà destinata a regolare i soli rapporti nuovi, nati successivamente alla sua entrata in vigore.

L'affermazione del positivismo giuridico rimise in discussione queste conclusioni. Non fu estranea a questa avversione del positivismo giuridico per il principio di irretroattività la sua dimensione di valore: l'idea che esso dovesse intendersi come principio superlegislativo si scontrava con il dogma della preminenza della volontà del legislatore, dogma che suggeriva piuttosto una « *naturale vocazione [della nuova legge] ad invadere il passato* »⁽¹¹⁵⁾. Inoltre, annota Giuliani, il formalismo giuridico aveva « *orrore per la coesistenza di norme, che pretendono di regolare la medesima fattispecie* »⁽¹¹⁶⁾. Deve inoltre tenersi conto del fatto che, mentre in Francia ed in Germania le elaborazioni dogmatiche avevano ricevuto, come già sappiamo, temperamenti, analogamente a quanto era avvenuto anche in altri ambiti della teoria delle fonti del diritto, non altrettanto può dirsi per la situazione italiana, dove la rigidità della dottrina si era accanita nel tentare di accreditare regole di diritto intertemporale del tutto automatiche e rigorosamente separate da quelle in materia di interpretazione. Mentre nella scienza giuridica europea, secondo Giuliani, non era stata esasperata l'antitesi fra retroattività

⁽¹¹⁴⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 472.

⁽¹¹⁵⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 474.

⁽¹¹⁶⁾ A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

ed interpretazione ed erano stati riconosciuti temperamenti del principio di irretroattività, che la stessa giurisprudenza poteva valutare come limiti al suddetto principio, temperamenti che potevano « *riassumersi nel riconoscimento della clausola di un ordine pubblico intertemporale* »; e la dialettica fra dottrina e giurisprudenza aveva progressivamente favorito « *il passaggio dal principio della sopravvivenza della legge antica a quello opposto dell'applicazione immediata della legge nuova* »⁽¹¹⁷⁾; non altrettanto era avvenuto in Italia dove, come sappiamo, la frattura fra dottrina e giurisprudenza e l'alleanza della prima con la legislazione perseguivano lo scopo di arginare l'*interpretatio* della giurisprudenza ed i poteri che ne derivavano. Ogni cedimento ad attenuare la frattura fra regole sugli effetti retroattivi della legge e regole sulla interpretazione avrebbe rappresentato un inammissibile cedimento all'arbitrio del giudice⁽¹¹⁸⁾. In Italia, dunque, si pretese di respingere « *ogni contaminazione tra retroattività e interpretazione* »⁽¹¹⁹⁾ onde rafforzare il principio della volontà espressa del legislatore come unica norma di riconoscimento in materia di retroattività e di scongiurare manifestazioni di retroattività implicita, affidata all'attività interpretativa della giurisprudenza. La elaborazione dogmatica della dottrina italiana mostrò dappri-

(117) A. GIULIANI, *ibidem*.

(118) Cfr. C. F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, I, Torino, Utet, 1891³, *passim* ma spec. pp. 42 ss., 124 ss., ove si afferma debba essere il « *libero ragionamento...la fonte principale di una teoria della retroattività delle leggi* » e che l'*auctoritas rerum similiter judicatarum* debba solo affiancarsi « *secondariamente, o, per meglio dire, parzialmente* » a quella fonte principale; altresì 182 ss., con particolare riferimento al concetto di diritto acquisito; E. GIANTURCO, *Sistema del diritto civile*, cit., p. 129; G. PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività e teoria generale delle persone, cose e atti giuridici*, Padova, Cedam, 1937², I, pp. 85 ss. e 215 ss.: pur insistendo nell'affermazione che il problema della retroattività o irretroattività della legge è questione di interpretazione e, per di più, di interpretazione da condursi in concreto, con riferimento a singole leggi, Pacchioni afferma poi che spetta alla scienza « *il compito di aiutare e guidare il giudice, in questa sua opera di interpretazione, chiarendo e discriminando i concetti che vengono in considerazione* »; e che dunque, per poter parlare correttamente di retroattività, cioè di « *applicabilità di una nuova legge a rapporti sorti, o comunque radicati, sotto il governo di una vecchia legge, occorre che tali rapporti non siano finiti, che non siano stati già giudicati, o transatti, o altrimenti estinti* » (p. 225); L. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, rist., Napoli, Esi, 1992, p. 102.

(119) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 476.

ma adesione per la teoria dei diritti acquisiti, poi per quella del fatto compiuto, e se quest'ultima accreditò un nuovo significato del principio di irretroattività, allontanandolo dal « *primato della sopravvivenza della legge antica* » (120), tuttavia non fu rimessa in discussione l'idea che il principio dovesse operare meccanicamente, senza lasciare al giudice margini interpretativi.

Tuttavia, quando la giurisprudenza, negli anni cinquanta dello scorso secolo, abbandonò la teoria dei diritti acquisiti per accogliere quella del fatto compiuto, ciò avvenne, spiega Giuliani, « *per motivi opposti a quelli sperati dalla dottrina: la precarietà ed elasticità del concetto ha permesso, nelle applicazioni giurisprudenziali, di privilegiare la giustizia del caso singolo sulla automaticità delle regole* » (121). È noto che il nuovo ordinamento costituzionale, che aveva costituzionalizzato il principio limitatamente alla materia penale, favorì da un lato l'individuazione di limiti ulteriori, che la corte costituzionale aveva legato all'esigenza della protezione di altri valori costituzionali; e dall'altro rese la materia più complessa, « *anche in relazione al mutamento del sistema delle fonti ed al riconoscimento di un diritto sovranazionale* » (122), come già sappiamo. Vorremmo insistere, nel ricostruire il punto di vista giuliano in materia, sulla distanza fra altre esperienze europee e quella italiana: in Francia, ad esempio, la frattura fra *situations juridiques non contractuel* e *contractuel* fu alla base della distinzione fra casi in cui doveva prevalere il principio dell'applicazione immediata della legge nuova e casi in cui, all'opposto, era confermata la prevalenza del principio della sopravvivenza della legge antica, e la dialettica fra dottrina e giurisprudenza assicurò un certo equilibrio fra i due principi, pur nella generale tendenza all'espansione del primo ai danni del secondo. In Italia, la medesima tendenza è riconoscibile negli orientamenti della giurisprudenza « *ma si manifesta in forma occulta e contraddittoria: essa rivendica ampi poteri al riparo di argomenti formali o di principi sans texte formel* » (123). Lo stesso legislatore, del resto, ha opportunisticamente puntato sul ricorso alle leggi interpretative per aggirare la

(120) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 477.

(121) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 478.

(122) A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

(123) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 479.

responsabilità dell'adozione di leggi espressamente retroattive ed ha così contribuito all'incremento del fenomeno della retroattività delle leggi, insieme alla giurisprudenza. La conseguenza è stata che la vecchia e preminente *lex legum* della irretroattività « *appare oggi una nozione confusa* » (124).

In definitiva, pur prestando formale ossequio alla regola di cui all'art. 11 preleggi, per cui solo l'*espressa* previsione legislativa può derogare al principio che la legge dispone solo per l'avvenire, la giurisprudenza ha finito per riconoscere una sorta di retroattività implicita ed ha avvalorato una mescolanza fra regole sulla interpretazione e regole sulla irretroattività. Giuliani sottolinea che, tramite il ricorso a procedimenti finzionistici, la giurisprudenza ha proceduto caso per caso, modulando volta a volta la propria decisione, a seconda della natura della controversia e della sua attitudine ad ammettere l'applicazione retroattiva della legge nuova. In alcuni casi l'accesso a soluzioni equitative, sganciate da una dialettica reale con la dottrina e dunque da un effettivo contesto giustificativo, ha fatto perno su applicazioni della dottrina del fatto compiuto, che come sappiamo lascia margini notevoli di indeterminazione: si pensi, annota Giuliani, alla relatività ed artificiosità della distinzione fra fatto generatore ed effetto o alle difficoltà che insorgono quando si affrontano questioni che riguardano fatti a formazione progressiva, o ancora alle difficoltà che nascono dal riconoscimento del rapporto esaurito. In altri casi, « *il principio della dichiarazione espressa del legislatore si è venuto erodendo a favore del principio opposto...ricorrendo ai comuni canoni di ermeneutica giuridica...L'appello alla volontà del legislatore con argomenti formali, letterali, storici occulta il potere discrezionale del giudice* » (125). La giurisprudenza ha così ammesso la derogabilità tacita del principio di irretroattività fissando « *indizi e presunzioni relativi alla natura ed alla ratio di una legge retroattiva* » (126) ma sarebbe vano pretendere di individuare regole chiare e di meccanica applicazione. In effetti, anche per la materia della retroattività, vale quanto già detto a proposito di interpretazione e di interpretazione adeguatrice, in particolare: cioè che il

(124) A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

(125) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 484.

(126) A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

ricorso alla retroattività implicita ha abbattuto la barriera fra diritto intertemporale e comuni canoni interpretativi, compresi quelli dell'interpretazione adeguatrice e che perciò la individuazione dei limiti alla retroattività delle norme si è indirizzata verso i principi di eguaglianza e ragionevolezza. Giuliani cita una profonda osservazione di Augusto Cerri, secondo cui, in questa materia « *ai problemi interpretativi classici e risalenti si sono venuti a sovrapporre quelli valorativi, ossia di rispetto anche in questo campo dei valori costituzionali* » (127).

8. *Una teoria per l'uso delle fonti.*

Come già in conclusione del ragionamento sul metodo della ricerca giuliana, dobbiamo ora tornare sul disordine delle fonti, dal quale eravamo partiti. Gli *obiettivi* dell'analisi di Giuliani potrebbero essere forse, in sintesi, così riassunti: non si tratta, secondo il nostro autore, di presentare una credibile teoria delle fonti basata sull'analisi delle norme sulle fonti, una teoria « *costruita sotto il profilo organizzativo (nel senso di un *Quellenrecht*)* » (128), ma di offrire invece una dottrina dell'*uso delle fonti*, che si proponga, come già era avvenuto per la pandettistica, « *di trarre un sistema di diritto da "tutto l'insieme che le offrono le fonti"*. *La sistematica rinvia ad una concezione, ad un tempo storica e filosofica, della scienza giuridica* » (129). Nelle *Conclusioni* del suo saggio Giuliani propone di riflettere sul rapporto fra dottrina dell'*interpretatio* dei giuristi del diritto comune ed elaborazioni pandettistiche di una "parte generale". In entrambe i casi, nonostante le rilevanti differenze, di ordine filosofico, logico e politico-costituzionale, è centrale il « *rapporto tra diritto e ragione, che è il fondamento della civiltà giuridica occidentale prima dell'età della codificazione* » (130). Tale proposta non può

(127) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 485, citando A. CERRI, *Spunti in tema di retroattività della legge*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1772.

(128) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 493.

(129) A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.* La citazione nel testo ora riportato è tratta da K. L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette* (1852), con note, appendici e confronti di F. Serafini, rist., Bologna, Forni, 1981, pp. 23 e 29.

(130) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 489.

intendersi come pretesa grossolanamente antistorica di tornare a soluzioni registrate in tempi ormai trascorsi e lontani o lontanissimi da noi. Però, quei grandi modelli della scienza giuridica europea potrebbero aiutarci a riflettere sul disordine attuale delle fonti e sulla crisi dei principi e criteri che avevano il compito di ordinarle in sistema.

La *allgemeiner Theil* della pandettistica fu recepita in Italia « *in un clima di diffidenze, sospetti, manipolazioni* »⁽¹³¹⁾ e costituisce « *un precedente immediato di molte nostre concezioni* »⁽¹³²⁾. Essa fu intesa, in un ambiente sensibile ad una visione anticodicistica ed ancora sintonizzato con i principi dello *ius commune*, come « *topica dei principi regolatori delle materie anziché come sistema* »⁽¹³³⁾ e per questa via accostata alle dottrine dell'*interpretatio* fondate sulla dialettica fra legislazione, scienza e giurisprudenza. Tale dialettica corrispondeva ad un ideale di divisione della conoscenza che era destinato ad assicurare, in distinti ordinamenti costituzionali, distinti equilibri concreti, affidati a tecniche di individuazione delle regole da applicare, tecniche che, a loro volta, erano articolazioni di una ragione pratica, giustificativa e comparativa, nel cui ambito, come già sappiamo, era determinante un procedimento confutatorio legato ad una logica della rilevanza. Giuliani ha dedicato studi importanti ad indagare le vie per il cui tramite queste dottrine dell'*interpretatio* hanno potuto sopravvivere in Italia, specie per effetto della mediazione del vichismo giuridico. Ebbene, il rifiuto di una concezione meccanicistica della legge rappresenta un importante *trait d'union* fra la visione dei glossatori e quella di Savigny: questi, nel primo volume del *Sistema*, aveva sottolineato l'esigenza di tener conto non solo delle leggi ma di tutte le fonti ed aveva sottolineato l'affinità fra il problema della « *contraddizione tra le singole parti delle fonti* » e quello della « *espressione indeterminata delle singole leggi* »⁽¹³⁴⁾. Nell'un caso come nell'altro potrebbe non essere sufficiente rivolgersi alle norme sulle fonti e contare sulla meccanica

(131) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, pp. 490 s.

(132) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 490.

(133) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 492.

(134) F. C. v. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, Torino, Utet, 1886, I, pp. 267 s.

applicazione di un criterio di soluzione delle antinomie ma sarà necessario volgere l'analisi anche alle norme di riconoscimento dottrinali e giurisprudenziali, lette nel loro rapporto « *con l'ordinamento politico, economico e sociale nel suo complesso* » (135).

Il disorientamento che deriva dal disordine delle fonti non può allora essere superato, secondo Giuliani, né con una metateoria delle fonti né con la semplice « *registrazione degli argomenti dei giudici* » (136). La prima muoverebbe sul piano extrastorico, con il rischio di trascurare od occultare i reali rapporti fra legislazione, dottrina e giurisprudenza e le specifiche condizioni sociali, etiche e culturali di una data epoca; la seconda, pur necessaria, non darebbe però risposte sul terreno della « *razionalità o della ragionevolezza della decisione* » (137). In effetti, è necessario avere consapevolezza del fatto che la crisi delle fonti è non solo crisi « *di una teoria dei principi del diritto, ma altresì crisi delle istituzioni* » (138). Oggi, di fronte alle tendenze che hanno determinato la crescita di poteri della giurisdizione — tendenze di ordine costituzionale, politico, economico — di fronte alla diffusione fra i giudici comuni del valore della costituzionalità della legge, di fronte alla estensione delle fonti non scritte, che dalla consuetudine si è diretta verso l'equità, attraverso, come si è visto, la mediazione delle norme di riconoscimento giurisprudenziali, sarebbe necessario, secondo Giuliani, dare nuova linfa al compito del giurista ed in particolare della scienza giuridica. Questa dovrebbe dismettere ogni pretesa di precettività ed orientarsi invece sempre più verso un ruolo persuasivo, critico, valutativo.

In questo ordine di idee, una dottrina dell'uso delle fonti, già propria, come ricordato, della pandettistica, potrebbe forse offrire, nella prospettiva del nostro autore, margini per una rinnovata attenzione per le norme di riconoscimento, tenendo conto della varietà e complessità delle tecniche argomentative che provengono dai giudici nazionali e da quelli sovranazionali, e tenendo conto di un'esigenza di rinnovato interesse per i principi del diritto, da intendere più in termini selettivi che precettivi, come manifestazione

(135) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 493.

(136) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 496.

(137) A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

(138) A. GIULIANI, *ibidem.*

di una ragione pratica, controversiale, destinata ad esprimersi per mezzo del contraddittorio come strumento logico di ricerca della verità. Si ricorderà, in effetti, come la logica controversiale ed argomentativa per il diritto patrocinata da Giuliani è già annuncio del suo interesse per l'etica, nei suoi rapporti con il diritto. Si rende ora necessario approfondire il nesso fra etica, diritto e ragione dal punto di vista del nostro autore. Se il diritto è opera collettiva, frutto dell'elaborazione di innumerevoli menti, se esso è dunque effetto della socialità umana; se una tradizione giuridica importante e mai assente, nel corso della storia, ha messo in evidenza una attitudine del diritto ad esprimersi secondo una logica controversiale, argomentativa, una logica cauta, come si è visto, che procede per sottrazione, eliminando via via — per mezzo di tecniche confutatorie — elementi o fattori non rilevanti o pertinenti della questione affrontata; se questa logica, che si muove sul terreno topico, è sensibile alla valutazione degli elementi circostanziali ed a *kairós* ma lo è altrettanto alla presenza di principi costitutivi del diritto ed anche ai processi di formazione di accordi ⁽¹³⁹⁾ che potranno mostrarsi rilevanti in vista della futura articolazione di nuovi principi costitutivi (poiché c'è attenzione per i processi storici di formazione dei principi e di elaborazione dei valori); allora il rapporto fra diritto ed etica non potrà essere definito una volta per tutte, poiché esso sarà oggetto di costante negoziazione nel corso dell'esperienza giuridica.

9. *Ragione controversiale ed impegno etico per la veracità.*

Se il profilo assiologico è elemento determinante dell'esperienza giuridica e se una logica *more iuridico* dovrebbe assumere carattere controversiale, argomentativo, selettivo, confutatorio, poiché si propone come strumento per dirimere questioni nelle quali il disaccordo è costitutivo ed ineliminabile, ne deriva che un'idea di ragione che intenda ispirare le tecniche argomentative di una tale logica

⁽¹³⁹⁾ Come emergono, per esempio, dalle relazioni fra giurisprudenze di distinti giudici: v. anche C. SUNSTEIN, *Incompletely Theorized Agreements*, cit., pp. 1733 ss.; ID., *A cosa servono le costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, cit., pp. 79 ss., nonché *supra*, n. 16.

dovrebbe investire sull'esperibilità di un dialogo fra soggetti, interessi, valori che si attenga ad alcune regole di *fair play*, il cui compito sia quello di evitare la contesa eristica. In altre parole, una ragione dialettica, selettiva, controversiale ha rinunciato, secondo il nostro autore, alla ricerca di una verità assoluta, nel campo delle scienze sociali, e fra queste il diritto; ma questa rinuncia implica, al tempo stesso, un impegno etico per la *veracità*, non nel senso della ricerca e della collaborazione in vista della definizione di una verità definitiva ma nel senso che ciascuno deve dire la propria verità, certamente soggettiva, in fondo coincidente con l'espressione del proprio orientamento di valore, ma proprio per questo una verità che già esclude la frode, l'inganno, la menzogna. Il confronto delle opinioni dovrebbe dunque rispettare le regole adatte al costituirsi di un ambiente propizio alla ricerca della verità, *ad eruendam veritatem*, ambiente che richiede rispetto delle regole del gioco, *fair play*, lealtà della disputa ⁽¹⁴⁰⁾.

La verità, in questo ordine di idee, non espone tanto la superficie levigata dell'inferenza logica quanto un valore assiologico poiché essa non è da intendersi, come da prospettiva scienziata, come *corrispondenza* ad un dato oggettivo o ad una dichiarazione di volontà — corrispondenza di parole con cose — ma immersa in una dimensione dello *scambio*, scambio di verità nella verità: i conflitti fra valori non sono superati o accantonati, né si pretende che la valutazione giuridica ne resti al riparo, poiché essi sono invece ineliminabili e supposti apertamente come presenti nel procedimento controversiale di ricerca. In una prospettiva scienziata invece la funzione assiologica della ragione è disconosciuta e l'intelletto « *limita la sua funzione a indicare i mezzi per conseguire i fini: interessa unicamente il risultato, l'efficienza, la prevedibilità* »; nella tradizione dialettica, all'opposto, l'intelletto « *è una ragione pratica che non si*

⁽¹⁴⁰⁾ Su questa configurazione della contesa dialettica nell'ambito dell'esperienza giuridica, che rinvia, secondo Giuliani, alla distinzione aristotelica, nell'ambito dell'intelletto pratico, fra *poiein* e *prättein*, fra arte e prudenza, v. A. GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta*, ecc., pp. 558 ss.; sul rapporto fra prudenza e metodo dialettico v. P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, Paris, Puf, 1963 (4^a ed. 2004), pp. 106 ss. Sul tema si v. anche, volendo, F. CERRONE, *Introduzione: premesse logiche ed etiche di una comunità civica e del suo ordine giuridico*, cit., pp. 7 ss., spec. pp. 19 s.

limita — come la 'Ragione' dei moderni — ad analizzare i mezzi in relazione ai fini. È una ragione intuitiva e sociale che calcola intorno ai fini e ai conflitti tra fini: perciò l'intelletto suppone un atto di fiducia nella razionalità dell'uomo per intendere le regole del vero e del giusto »⁽¹⁴¹⁾. In questo ordine di idee, il nesso fra ragione argomentativa, dialettica e verità espone una insopprimibile tendenza ad assorbire anche un rapporto con l'etica. La dialettica, secondo il nostro autore, « è in rapporto di 'connessione-distinzione' con l'etica »⁽¹⁴²⁾, nel senso che le regole della discussione e le norme della condotta convergono verso medesime finalità, quelle della tendenza alla veracità. La dialettica è orientata alla ricerca del vero e le sue regole non possono ridursi a tecniche formalizzabili poiché sono al tempo stesso regole della prassi; l'etica, a sua volta, intesa come filosofia della condotta dell'uomo nella società, assume il metodo controversiale della dialettica nella propria ricerca, esprimendo fiducia nelle tecniche di una ragione pratica, fiducia nella capacità di questa ragione di individuare le regole di condotta nell'ambito del confronto, della discussione.

Secondo Giuliani, che si ispira alla filosofia aristotelica, il senso della regola di condotta, del *nómos*, può essere colto solo se la comunicazione ed il confronto delle opinioni « *est dominé — comme celui de la justice — par la valeur de l'égalité et de la réciprocité* »⁽¹⁴³⁾. Ne deriva che tutti i problemi di cui ci siamo occupati sinora — concernenti l'individuazione, la vigenza e la validità della norma da applicare in un dato caso e concernenti altresì la considerazione dei principi che volta per volta vengono in questione, anche sotto il profilo della loro reciproca compatibilità — dovrebbero da un lato, integrando nella ricerca il problema delle norme di riconoscimento, essere impostati nei termini di una logica selettiva, controversiale, confutatoria, e dall'altro, onde non rendere velleitaria la pretesa di questa logica ad orientare in concreto l'esperienza giuridica, essere

⁽¹⁴¹⁾ A. GIULIANI, *Informazione e verità*, ecc., risp. pp. 177 e 182. Giuliani precisa che « il problema fondamentale è di assicurare eguaglianza e reciprocità nello scambio del vero »: *op. ult. cit.*, p. 180.

⁽¹⁴²⁾ A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁴³⁾ A. GIULIANI, *Droit, mouvement et reminiscence*, in *Archives de philosophie du droit*, tome 29, 1984, p. 113.

ospitati da un campo etico della comunicazione umana, da una tendenza o orientamento alla veracità, senza i quali « *n'est possible la confiance, qui est le fondement des rapports entre les individus et les groupes, de l'amitié, et même des échanges économiques* » (144). In questo ordine di idee, se non è possibile una definizione rigorosa della verità, definizione che non si ambisce a rintracciare, è però il nesso fra verità, logica ed etica, fra orientamenti di valore, regole della discussione e convergenza sulla lealtà della disputa a rappresentare il sostituto di un ordine ontologico non disponibile nel settore delle scienze sociali: « *Le problème de la vérité doit partant être récupéré au niveau de l'éthique: c'est dans l'amitié (considérée comme la justice naturelle, qui se réalise dans les associations libres), que nous pourrions trouver le lien entre la vérité dans le droit et la vérité dans la morale* » (145).

Secondo Giuliani il conflitto, la controversia, non debbono essere lasciati nella dimensione distruttiva della lotta poiché essi possono favorire la conoscenza reciproca fra i cittadini, ed il diritto, il suo modello controversiale di ragionamento, la sua esigenza di tener conto, storicamente, del movimento, del dinamismo di interessi ed orientamenti di valore, può assumere un ruolo di guida nella individuazione e giustificazione della regola di condotta. Certo, nell'esercizio del *prättein*, della valutazione prudenziale, non si danno definizioni rigorose e dovremo accontentarci di definizioni dialettiche, che non potranno essere irrigidite poiché « *Definitions, in short, are subject to revision and correction to be adapted to the case in a controversial situation* » (146). Per Giuliani la valutazione prudenziale, che rinvia alla fondamentale *regula iuris* dell'equità, implica valorizzazione di un'area del linguaggio giuridico e della ragione argomentativa che è ampiamente condivisa dai giuristi e che fa parte della loro formazione, un'area che non dovrebbe essere trascurata come terreno concreto di un sapere comune: nelle controversie giuridiche (ed in quelle filosofiche) possono apparire contesti argomentativi molto complessi rispetto ai quali è indispensabile ricorrere

(144) A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*

(145) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 115.

(146) A. GIULIANI, *The Aristotelian Theory of the Dialectical Definition*, in *Philosophy and Rhetoric*, V, fasc. 3, 1972, p. 133.

alla distinzione delle varie questioni subordinate — come quelle pregiudiziali, incidentali, ecc. Scrive Giuliani a tal proposito che « *il frazionamento delle questioni ci rende consapevoli di tutta la gamma dei conflitti: capire la loro natura rappresenta un primo passo per uscire da una situazione controversiale* » (147). Il riferimento è ad una tradizione consolidata, antica della giurisprudenza teorica e pratica, una tradizione che, da un lato, si avvicina molto alla pratica filosofica della dialettica; e che, dall'altro, si svolge in regime di contraddittorio *ad eruendam veritatem*: per evitare l'abuso è necessario tutto un lavoro di rettifica, di correzione. È allora in questo ordine di idee che « *il dovere del veriloquium ci appare... il riflesso di una concezione, secondo cui il diritto era manifestazione della verità e della comunicazione interpersonale* » (148).

Gli esiti della riflessione giulianea possono dare l'impressione di essersi troppo allontanati dai compiti di cui un giurista può ragionevolmente sentirsi gravato. Eppure, una volta ammesso che il tema del valore è determinante per il giurista e per la sua cultura, una volta respinto il dogma fondamentale del metodo giuspositivo, cioè che l'esperienza giuridica possa essere indagata per il tramite di giudizi di fatto — nel caso del diritto i fatti essendo costituiti da

(147) A. GIULIANI, *Informazione e verità*, cit., p. 185.

(148) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 186. Questo accenno al *veriloquium* rinvia evidentemente al pensiero di Vico, al quale Giuliani aveva dedicato studi importanti: v. A. GIULIANI, *La filosofia retorica di Vico e la nuova retorica*, in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche della Società nazionale di Scienze, Lettere ed Arti in Napoli*, vol. LXXXV, Napoli, 1974, pp. 142 ss.; il medesimo articolo può essere letto in lingua inglese: ID., *Vico's Rhetorical Philosophy and the New Rhetoric*, in AA.VV., *Vico's Science of Humanity*, ed. by G. TAGLIACOZZO and D. Ph. VERENE, Baltimore-London, 1974, pp. 31 ss.; nonché in lingua spagnola: ID., *La filosofía retórica de Vico y la nueva retórica*, in *Cuadernos sobre Vico* (Sevilla), n. 11/12, 1999; ID., *Intervento*, in G. CRIFÒ (a cura di), *Retorica e filosofia in Giambattista Vico*, Napoli, Guida, 1994, pp. 93 ss.; ID., *La filosofia del processo in Vico ed il suo influsso in Germania*, in *Boll. centro st. vichiani*, 1992-93, pp. 345 ss.; ID., *Il binomio retorica-procedura giudiziaria nella filosofia retorica di Giambattista Vico*, in *Studi in onore di E. Fazzalari*, I, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 69 ss.; ID., *Il modello di legislatore ragionevole. (Riflessioni sulla Filosofia italiana della legislazione)*, in M. BASCIU (a cura di), *Legislazione. Profili giuridici e politici* (Atti del XVII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Napoli, 29-31 maggio 1989), Milano, Giuffrè, 1992, pp. 13 ss.

norme valide — mai per quello di giudizi di valore ⁽¹⁴⁹⁾; una volta ammesso questo, è difficile sottrarsi, secondo Giuliani, all'esigenza di approntare mezzi di analisi adeguati: per questa ragione, mi sembra, diventa, come si è visto, decisivo, nel suo pensiero, il nesso fra una ragione dialettica, confutatoria, controversiale ed un campo etico della comunicazione umana orientato dall'esigenza della verità. Questo campo etico non è il frutto, secondo il nostro autore, dei vagheggiamenti di un filosofo-giurista inconsapevole e distaccato dalla realtà. Egli ritenne che quel campo etico dovesse investire sulla enfaticizzazione di uno scambio intersoggettivo imperniato sui valori dell'eguaglianza e della reciprocità e cercò di avvalorare questa intuizione approfondendo tratti dell'etica aristotelica, di cui propose un'originale interpretazione dialettica ⁽¹⁵⁰⁾.

10. *Giustizia come reciprocità.*

L'etica dello Stagirita, secondo il nostro, non distingue solo fra giustizia distributiva e giustizia correttiva (commutativa, nel lessico della Scolastica): la prima, che tiene conto delle differenze di merito, di qualità degli individui, nella divisione delle risorse, dei beni e degli onori; la seconda, che, a differenza della prima, attiene ai rapporti di scambio fra esseri umani e tende quindi a pareggiare vantaggi e svantaggi, come nelle obbligazioni. Questo secondo significato di giustizia allude con evidenza al ruolo del giudice, che “pareggia” le situazioni togliendo il guadagno ingiusto o restituendo quanto è stato ingiustamente sottratto, ecc., secondo la regola del *suum cuique tribuere*. Accanto a queste due concezioni di giustizia una terza deve essere accolta, contro l'opinione dominante che tendeva ad assorbirla nelle altre due. Si tratta della giustizia come contraccambio, o come reciprocità, secondo il lessico proposto dallo stesso Giuliani.

⁽¹⁴⁹⁾ Si v., volendo, F. CERRONE, *Annotazioni sul diritto alla salute fra bioetica, processo e ragionamento giuridico*, in corso di pubblicazione in *Studi in onore di Alessandro Pace*.

⁽¹⁵⁰⁾ V. Adolfo GIULIANI, *L'altro' Aristotele*, in corso di pubblicazione su *Sociologia*, 2010, pp. 125; F. CERRONE, *Introduzione*, cit., pp. 23 ss.; ID., *Ragione dialettica e retorica nell'opera di Alessandro Giuliani*, cit., pp. 43 ss., spec. 58 ss.

Giuliani nota come, nell'etica aristotelica, le passioni siano in relazione con l'etica e che, seguendo la dottrina del giusto mezzo, provare ad esempio paura, pietà, ira, ma provarle né troppo né troppo poco, « *quando si deve e nelle circostanze in cui si deve e verso le persone che si deve e in vista del fine che si deve e come si deve... è proprio della virtù* » (151). Esistono passioni costruttive, come l'ira, che ha implicazioni assiologiche: nell'ira, che è reazione « *contro il rifiuto opposto al valore della esistenza individuale, alla persona umana...[in essa] vi è una opinione immediata, anche se vaga e confusa, intorno a ciò che è giustizia* » (152). Giuliani rintraccia in queste osservazioni di Aristotele una preistoria della giustizia, intesa come bisogno istintivo dell'uomo, ma la riflessione valica questa notazione genealogica poiché è un problema di valore, che interessa l'etica, valutare il modo in cui si controlla l'ira. È proprio da questo grado zero della giustizia che Giuliani prende le mosse per l'analisi di una metafora: *dikaion antipeponthós*, giustizia come contraccambio, come reciprocità. Un contraccambio allude con evidenza ad una compensazione, già implicita nell'antica pratica del taglione. Il punto è che, secondo Giuliani, questa compensazione non dovrebbe essere intesa in termini matematici, oggettivi, quantitativi, quindi misurabili con precisione; al contrario, la giustizia del contraccambio, che Giuliani chiama *reciprocità*, affiora dall'esercizio non di una ragione formale e calcolante ma da una razionalità pratica, dialettica. La reciprocità, per il nostro autore, è « *metodo di ricerca, criterio di soluzione per tutti i problemi relativi al pareggiamento di un equilibrio: nella rettificazione di un torto, nello scambio, nella vita politica, e perfino nell'amicizia* » (153). Questa ricerca implica la considerazione di situazioni dinamiche ed è permeata da una prospettiva giuridica in quanto allo scontro violento vorrebbe sostituire un rapporto intersoggettivo di scambio nel giudizio, nel quale alla valutazione astratta deve sostituirsi l'esame del caso, al computo delle quantità l'esame del fatto nella sua configurazione qualitativa. Dare a ciascuno il suo significa arginare il desiderio antisociale di avere di più, praticando una giustizia come reciprocità che appunto vuole evitare

(151) ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, 1106 b 15-21.

(152) A. GIULIANI, *La definizione aristotelica della giustizia*, p. 65.

(153) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, pp. 85 s.

che qualcuno abbia di più o di meno. Se la vendetta è ispirata dalla passione sicché la parte lesa sarà portata ad avere di più e raramente rispetterà l'equivalenza tra danno e riparazione, allora la dottrina del giusto mezzo, legata all'imparzialità del giudice, rinvia ad una ragione che opera per via controversiale e con un metodo giuridico. In realtà, la questione non è quella di mettere a punto il calcolo adatto alla soluzione di questioni siffatte poiché non si tratta appunto di questioni di calcolo ma di valore ⁽¹⁵⁴⁾. Annota Giuliani: « *I problemi della giustizia correttiva — precisati alla luce della giustizia come reciprocità — sembrano problemi prudenziali, equitativi, qualitativi. Un criterio qualitativo di valutazione deve sostituire un metodo quantitativo, aritmetico in tutti i casi in cui riga, compasso, tariffa non si possono applicare* » ⁽¹⁵⁵⁾.

Il tema della reciprocità, sempre seguendo Aristotele, non trova spazio solo nell'ambito di problemi economico-giuridici dello scambio ed in quelli del risarcimento del danno, bensì anche in quelli della *politica* e dell'*amicizia*, cruciali per percepire e ricostruire la sensibilità politico-costituzionale del nostro autore. Ebbene, secondo Aristotele « *Uno stato non consiste solo d'una massa di uomini, bensì di uomini specificamente diversi, perché non si costituisce uno stato di elementi eguali... Gli elementi, dunque, da cui deve risultare l'unità, sono specificamente diversi. E per questo l'eguaglianza per reciprocità conserva gli stati, come s'è già detto nei trattati di etica* » ⁽¹⁵⁶⁾. La comunità politica è dunque assicurata, per Aristotele, solo dalla reciprocità, dalla cooperazione e dallo scambio (anche se inconsapevoli) di individui qualitativamente diversi. La reciprocità dovrebbe favorire la « *complementarietà dei bisogni, la divisione del lavoro, la cooperazione nella giustizia: essa permette di sostituire ad una situazione di conflitti una situazione agonistica nella partecipazione al potere* » ⁽¹⁵⁷⁾; dovrebbe altresì scongiurare la sopraffazione del più debole da parte del più forte, manifestandosi come libertà politica, come accettazione delle regole di diritto e del loro giudice;

⁽¹⁵⁴⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 90.

⁽¹⁵⁵⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 92. Si impone qui il rinvio al celebre passo di ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, 1137 b 10-35.

⁽¹⁵⁶⁾ ARISTOTELE, *Politica*, 1261 b 25-32.

⁽¹⁵⁷⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 99.

dovrebbe infine implicare l'ideale della generalità della legge e dell'eguaglianza. In effetti, sembra difficile pensare la reciprocità in termini politici se non con riferimento ad un ordine democratico fondato sul riconoscimento del principio di eguaglianza e sulla tutela di diritti fondamentali.

11. *Reciprocità, comunità civica ed ordine giuridico.*

È tuttavia con il tema della reciprocità nell'amicizia che le riflessioni su etica, giustizia e diritto giungono a lambire i grandi temi della comunità e del suo ordine. È noto che la *philia* è concetto aristotelico molto più ampio rispetto a quello moderno di amicizia tanto da includere rapporti sociali disparati, che siano ispirati, ad esempio, da moventi economici o religiosi. Nelle associazioni o società, religiose, economiche o diversamente finalizzate, che nascono e si mantengono in vita da sé, senza che si avverta come imprescindibile un elemento coercitivo che provenga dall'esterno, l'interazione fra individui e gruppi di individui svolge un ruolo decisivo non solo nel determinare conseguenze nella sfera di ciascuno ma anche sulla stessa conservazione e configurazione dell'ordine complessivo e sulla percezione che di quest'ordine hanno coloro che ne fanno parte. Da questo punto di vista, si comprenderà che difficilmente la *philia* potrà stabilirsi, diffondersi e consolidarsi fra soggetti se non sarà avvertito come determinante il tema dell'eguaglianza e della reciprocità, del giusto contraccambio: laddove ciascuno ha "il suo", se esiste cioè eguaglianza fra ciò che si dà e ciò che si riceve, è ragionevole pensare che il legame dell'amicizia si potrà rinsaldare. Certo, nella prospettiva giuliana che ci è ormai nota, questa eguaglianza non dovrebbe essere intesa in termini matematici, quantitativi. Stabilire relazioni eguali tra amici potrebbe essere molto complesso, tenendo conto delle situazioni di ineguaglianza che caratterizzano la struttura delle società e della correlativa esigenza di distinguere situazioni variamente articolate e composte, e tenendo conto della varietà delle prospettive dei soggetti, per ciascuno dei quali i valori del piacevole, del buono, dell'utile — che sono alla base della *philia* — variano (né potrebbe essere diversamente poiché i valori sono relativi e la loro configurazione controversa) così da rendere assai difficile ponderare preferenze, differen-

ze, similitudini. Tuttavia è proprio questo insieme complesso di valutazioni che si impone in una società poiché senza di esse non si consolida un legame civile, un sentimento di condivisione, una identità civica capace di svolgere, pur fra contraddizioni e conflitti, un ruolo di fondazione e conservazione dell'ordine sociale. Non solo, perciò, come già sappiamo, Giuliani tematizza un nesso decisivo fra una ragione dialettica, controversiale, confutatoria ed un'etica capace di conformare un campo della comunicazione umana richiamandolo alla pressante esigenza della veracità, nel senso che abbiamo tentato di illustrare; egli avvalora poi questo nesso, che potrà svolgersi elettivamente nell'esperienza giuridica, portandolo sul terreno di una giustizia del contraccambio, propizio alla formazione ed al consolidamento di un'idea di cittadinanza cui è affidato il ruolo cruciale di legittimare un ordine politico-costituzionale che oggi non potrà che configurarsi per i suoi tratti democratico-pluralisti.

Secondo Giuliani la reciprocità, come forma della giustizia, « non è un sistema di verità precostituite, assolute, evidenti: è una continua ricerca di accordi, di consensi ragionevoli — pur nella contestazione e nel dissenso — tra uomini eguali e liberi » (158). Secondo Giuliani la reciprocità presuppone una situazione di controversia e procede attraverso confutazioni e negazioni. Essa condiziona perciò il principio del *suum cuique*, nel senso che non sarebbe sufficiente l'azione del legislatore che, in ossequio ad una logica puramente distributiva, assegna risorse ed onori ripartendoli e conferendo il "suo" a ciascuno secondo regole precostituite e certe. Il problema sarà invece quello di evitare l'abuso evitando di dare di più o di meno di quanto spetti. Ma giustizia, eguaglianza e reciprocità non sono valori assoluti e, « in un mondo d'incertezza e di rischio bisogna ricorrere al giudice come mediatore tra conflitti » (159). La reciprocità non può avvalersi di valori assoluti e ripiega sul probabile, sulle tecniche del ragionamento probabile e sull'utilizzazione di un metodo giuridico e dialettico di ricerca basato sul contraddittorio, sul confronto delle opinioni. Aristotele aveva colto il nesso decisivo fra *philia* e *pólis*, alludendo con questo termine sia alla sua

(158) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 104.

(159) A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 105.

componente comunitaria — il legame civico che unisce una comunità civica pur nella varietà dei dissensi attorno a *issues* e dei conflitti di ordine economico, sociale, culturale — sia all'aspetto giuridico dell'ordine: « *Pare anche che l'amicizia tenga unite le città e che i legislatori si diano più preoccupazione per essa che per la giustizia. Infatti la concordia sembra essere alquanto di simile all'amicizia; ed è a questa che mirano principalmente i legislatori, e bandiscono soprattutto la discordia perché ne è nemica* »⁽¹⁶⁰⁾. Il nostro autore, leggendo lo Stagirita, fa apparire, nella connessione fra la giustizia come reciprocità e lo scenario della *pólis*, la centralità dell'identità civica, della percezione e della elaborazione della comunità civica da parte dei cittadini e di coloro che insieme ad essi la abitano. Questa consapevolezza condusse Giuliani a approfondire un impegno molto grande sul tema dell'educazione — e dell'educazione giuridica, in particolare — evidentemente nella convinzione che la percezione delle ragioni della convivenza e dei suoi valori sia cruciale per una comunità civica e per il suo ordine giuridico e che tale percezione è al centro della *paideía* del cittadino, della sua formazione come essere umano e come *civis*, della sua capacità di avviare relazioni intersoggettive con altri cittadini ed uomini, insomma del suo stare nel mondo e nella storia.

Certo, la giustizia intesa come reciprocità, l'equità, l'amicizia, il legame civico, la concordia, infine la stessa idea di ordine, e di ordine giuridico in particolare, sono tutte nozioni confuse, secondo il nostro. L'ordine, in particolare, resiste a definizioni precise che si troverebbero presto smentite dalla storia. Però, « *una comunità senza ordine si corromperebbe* »⁽¹⁶¹⁾, comunità ed ordine appaiono costantemente affiancati sia nel senso della problematica dell'ordine della comunità che in quella dell'ordine *fra* le comunità, quest'ultima determinante nell'ambito di società pluraliste. I temi della logica e dell'etica, affrontati da Giuliani nel corso delle sue ricerche, convergono verso quelli di ordine e di comunità. In effetti, come sappiamo, egli aveva insistito sui compiti del giurista alle prese con le difficoltà di un mondo in trasformazione (per esempio, con quelle che derivano dal disordine delle fonti, di cui ci siamo occupati più da vicino

⁽¹⁶⁰⁾ ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, 1155 a 25.

⁽¹⁶¹⁾ A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, cit., p. 173.

nel corso di queste pagine). Questi compiti potrebbero essere sintetizzati in cinque passaggi fondamentali:

- 1) adozione di un procedimento argomentativo cauto, confutatorio, controversiale;
- 2) valutazione delle circostanze e del tempo opportuno (*kairós*);
- 3) consapevolezza dei valori in gioco;
- 4) disponibilità al confronto, alla dialettica, rifuggendo dall'eristica;
- 5) valutazione prudenziale, equitativa.

Questi passaggi, che attengono alla forma dei processi della valutazione giuridica, rinviano ad una certa combinazione delle nozioni di ordine giuridico e di comunità. Sappiamo che Giuliani privilegia la concezione classica su quella moderna: la prima aveva puntato su un'idea di ordine giusto che si realizza nella cooperazione involontaria, nella seconda « *domina [il momento] organizzativo ed ingegneristico* »⁽¹⁶²⁾. Ebbene, Giuliani ritiene che l'idea moderna di ordine e di comunità, che egli riconduce all'opera di Altusio, non sia ormai più adatta ad affrontare le sfide delle società contemporanee. Si avvertono, secondo il suo ordine di idee, tutte le insufficienze ed i limiti di una visione che aveva puntato sul primato del tutto rispetto alle sue parti, che porterà verso il concetto di comunità organica, ed aveva altresì interpretato ed ereditato le premesse logiche della dialettica ramistica, imbevuta di un'epistemologia moderna, permeata di spirito costruttivistico e di una razionalità antiretorica, « *senza comunicazione e senza dialogo* »⁽¹⁶³⁾. La dialettica ramistica è, secondo il nostro autore, « *corruzione di quella aristotelica: non è logica della comunicazione intersoggettiva, ma una methodus logico-scientifica* »⁽¹⁶⁴⁾ che Altusio uti-

⁽¹⁶²⁾ A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 174.

⁽¹⁶³⁾ A. GIULIANI, *Il problema della comunità*, p. 89.

⁽¹⁶⁴⁾ A. GIULIANI, *op. loc. ult. cit.* Secondo Giuliani Altusio, che utilizza le tecniche della versione ramistica della dialettica, si avvale di un concetto di ordine che è incompatibile con la logica del dialogo. Se lo stato segue altre comunità dal punto di vista dell'osservazione storico-sociologica, le precede invece dal punto di vista logico-giuridico. Per conseguenza, è attaccato in Altusio il primato della *iurisdictio* sul *gubernaculum*, principio cardine del costituzionalismo medioevale. Sul rapporto fra versione classica e versione moderna di comunità nel pensiero di Giuliani v. Alessandra GIULIANI,

lizza per elaborare la propria concezione della comunità, insieme ad una versione meramente distributiva della giustizia, che respinge ogni tentazione di giustizia come reciprocità.

Giuliani è consapevole, da un lato, delle difficoltà in cui incorre una dogmatica giuridica nata sotto l'egida dello statalismo, al cospetto delle trasformazioni dovute, ad esempio, all'incedere del diritto sovranazionale, trasformazioni che rimettono in discussione le sistematiche sulle fonti ed il ruolo delle giurisdizioni; ed è altresì consapevole, dall'altro, della crisi gravissima che segna l'area della comunicazione, come sappiamo cruciale per il suo nesso con una ragione dialettica, controversiale, confutatoria. La crisi del campo della comunicazione si riflette in crisi di un'etica orientata alla verità, propizia per coltivare l'esperienza giuridica. Le maggiori difficoltà segnano in particolare il pluralismo della comunicazione che « *rischia di divenire un vuoto principio formale, svincolato dalla ricerca della verità* » (165). È necessario allora reagire e non rassegnarci « *all'idea che il dibattito è mera prova di forza, ed il diritto all'informazione autorizzazione alla menzogna* »: se così fosse, il campo dell'informazione « *non risulterà diverso da quello che il mondo greco sperimentò con l'eristica* » (166). Di fronte alle sfide della rilevanza di un diritto sovranazionale, europeo ed internazionale; della ineguaglianza non solo nella distribuzione dei beni ma nella comunicazione e nell'informazione — che si riflette anche nel processo; della emersione di inedite esigenze di tutela con l'elaborazione di nuove categorie di diritti che dovrebbero proteggere individui e gruppi dallo strapotere della tecnologia e dell'economia, Giuliani suggerisce di tornare a meditare su un'idea di ordine giuridico della comunità che proviene dalla tradizione classica. In effetti, l'articolazione del compito dei giuristi nei cinque passaggi sopra ricordati implica il riferimento ad un concetto di ordine giuridico della comunità — e fra le comunità — che si richiama alla citata tradizione classica, che potremmo riassumere nel contributo di Aristotele, Vico e Smith. Sappiamo che questa tradizione: 1)

Omaggio ad Alessandro Giuliani (configurando una idea 'classica' e una idea 'moderna' di comunità), in *Quad. fior. per la storia del pens. giur. mod.*, 29, 2000, pp. 13 ss.

(165) A. GIULIANI, *I valori del diritto in una società in trasformazione*, p. 55.

(166) A. GIULIANI, *Informazione e verità*, p. 190.

rinvia a presupposti epistemologici che possono sintetizzarsi nell'idea di ragione retorica, pratica, controversiale; 2) rinvia a presupposti etici che possono esprimersi attraverso la metafora (e l'ideale) della giustizia come reciprocità: le regole della dialettica non sono solo logiche ma anche etiche e l'errore logico è, al tempo stesso, un atto ingiusto; 3) rinvia infine a presupposti istituzionali che sono quelli della democrazia, del pluralismo della libertà politica. Da questo punto di vista, « *il conflitto è... un elemento positivo di integrazione sociale, a condizione che si passi dalla violenza al diritto, dalla eristica alla dialettica. Le interferenze tra la problematica della comunità e quella della comunicazione intersoggettiva vengono colte in quella giustizia naturale che si realizza nell'amicizia, elevata a modello dell'ordine isonomico: la soluzione giusta e ragionevole viene qui cercata al di fuori di elementi coercitivi* » (167).

La concezione giuliana dei principi costitutivi del diritto e la sua visione del nesso fra logica ed etica sollecita un'apertura della riflessione del giurista, e del costituzionalista in particolare: assistiamo, oggi, in effetti, da un lato alla moltiplicazione dei piani che, intersecandosi, danno vita al discorso costituzionale — nel senso che il diritto costituzionale statuale non esaurisce tale discorso ma lo compone insieme ad apporti che provengono da aree regionali più vaste (in Europa, soprattutto, gli sviluppi del diritto costituzionale europeo) e dal mondo intero — dall'altro, ad una rinnovata e più marcata attenzione per il diritto giurisprudenziale, specie in materia di tutela dei diritti fondamentali. Questa attenzione non dovrebbe ridursi ad elaborazione di una dogmatica giurisprudenziale, diretta alla sistematizzazione delle massime ed alla « *accurata ricostruzione della motivazione della sentenza* » (168). Si tratta invece di valorizzare il pluralismo degli apporti giurisprudenziali, specie in un'epoca in cui essi provengono da ordinamenti diversi, con dotazioni peculiari

(167) A. GIULIANI, *Il problema della comunità nella filosofia del diritto*, cit., p. 85. Giuliani cita ancora Aristotele: « *il cercare come ci si debba comportare con l'amico è cercare cosa sia la giustizia* »: *Eth. Eud.*, 1242 a 22. Esiste una naturale tendenza dell'uomo per lo scambio e per la società; la soluzione dei conflitti è affidata alla cooperazione delle parti interessate, ecc.

(168) A. A. CERVATI, *A proposito del diritto costituzionale in una prospettiva storica e comparativa*, in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., p. 15.

di linguaggio, di metodo, di analisi dei casi, in sintesi di cultura giuridica. Si tratta, ancora, di non ignorare il fondamento assiologico delle decisioni dei giudici e di indagare il rapporto fra valori ed argomenti nei ragionamenti delle corti.

Le trasformazioni che provengono dal diritto giurisprudenziale — e dal diritto in generale — devono essere problematizzate, nel senso che il mutamento deve essere studiato per comprendere le linee di tendenza, le aporie come i tratti di coerenza di giurisprudenze che non devono essere prese in considerazione per se sole ma nei rapporti che fra esse intercorrono e con le concezioni sviluppate dalle dottrine, e che rendono impervie, problematiche, le letture che tentano di interpretarle. I rapporti fra giurisprudenze non si svolgono oggi su binari prefissati ma sono in larga misura aperti al cambiamento, alla dinamica dei rapporti fra culture giuridiche, fra filosofie giudicanti diverse, fra interessi differenziati; è in questo quadro che esse tuttavia cercano anche, dialetticamente, gli itinerari per una stabilizzazione sia dei propri indirizzi che dei rapporti che li vincolano a quelli delle altre corti.

Da questo punto di vista, può essere valorizzato lo studio delle argomentazioni di ciascun giudice, non con l'obiettivo di trarre, da quelle argomentazioni, il sistema di concetti, di dogmi che dovrebbero spiegare ed illustrare la materia, ma con quello di apprezzare, nell'analisi dei casi di giurisprudenza, la dialettica fra tendenze al cambiamento ed alla differenziazione e tendenze alla stabilizzazione di principi giuridici. Si consideri che una linea argomentativa elaborata da un giudice potrà sia avere versioni o applicazioni nell'uso che il medesimo giudice ne farà nel tempo, così da consolidare alcuni aspetti dell'argomentazione e trascurare altri; sia trovare un'utilizzazione da parte di altro giudice, in un ambiente culturale ed istituzionale diverso, con esiti che saranno solo in parte analoghi a quelli maturati dalla giurisdizione che aveva inaugurato il suo uso.

Tutto questo conduce verso una critica del metodo giuridico imperniato su dati normativi e su una dogmatica giuridica orientata ad elevare a sistema i nessi individuati in via teorica fra norme e gruppi di norme e fra concetti e definizioni. Non è che il dato normativo e l'elaborazione dogmatica siano privi di interesse per il giurista: il primo tuttavia perde centralità, anche se ovviamente continua ad essere considerato nei processi di valutazione giuridica. La seconda — l'attività

di formazione dei concetti — si fa meno sensibile alle suggestioni della ricostruzione sistematica, ai tentativi di far “quadrare i conti” nel tenere insieme, con impianto coerente, non contraddittorio, le relazioni fra concetti astratti; meno sensibile alle tentazioni di individuare con definizioni precise l’esatta consistenza di istituti e concetti giuridici ed invece più attenta alle particolarità del caso concreto, alle inferenze che se ne possono ricavare, ad un’analisi topica, centrata perciò sui singoli casi giudiziari, fondata su un prudente apprezzamento degli errori in cui può incorrere il processo di valutazione giuridica quando esso si sposta verso la considerazione della concreta configurazione dei fatti, delle circostanze, che diventano elementi complessi che si mescolano (con) e orientano il giudizio in diritto.

Infine, è necessario l’affinamento delle sensibilità orientate alla valutazione degli interessi coinvolti dalle vicende giudiziarie, al quadro assiologico cui tali interessi rinviano, in alcuni casi al *páthos* con il quale il giudice edifica la propria visione dei diritti fondamentali come valori di civiltà (si pensi alla giurisprudenza della corte edu). È *l’incrocio fra interessi coinvolti via via nelle concrete controversie e valori che li sostengono o avversano il cuore della valutazione giuridica*: il giurista è impegnato nel rendersi sempre più consapevole della presenza della dimensione assiologica nei processi della valutazione giuridica e nel convertire poi questa consapevolezza in un rigoroso atto di responsabilità, quando accoglie un punto di vista rispetto ad una certa vicenda giudiziaria o nei riguardi di un indirizzo di giurisprudenza. Egli dovrà dunque sforzarsi di far corrispondere al rigore del ragionamento giuridico quello dell’assunzione etica, della dichiarata e motivata presa di posizione per una determinata tesi. Esiste insomma una responsabilità sociale che investe i giuristi, responsabilità sottolineata anche da Zagrebelsky, secondo il quale « *sarebbe... già molto se i giuristi incominciassero a rendersi conto dell’esistenza di questa loro prima responsabilità sociale che li investe, oltre che come singoli, come comunità scientifica* » (169).

(169) G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 886. V. però anche *Ritorno al diritto: i valori della convivenza. Manifesto di giuristi*, in *Ritorno al diritto*, 1, 2005, pp. 15 ss., nonché in *Giur. it.*, 2004, c. 1559 s. Il testo, che è dovuto alla penna di Federico Spantigati, è stato ampiamente discusso con gli altri firmatari del manifesto.

ANGELO ANTONIO CERVATI
GIULIANI E LO STUDIO COMPARATIVO
DEL DIRITTO COSTITUZIONALE

1. Premessa. — 2. Storicismo e immanentismo: i due storicismi. — 3. Giuliani e lo studio del diritto costituzionale in una prospettiva storica e comparativa. — 4. “Norme di riconoscimento”, antivolontarismo e mutamenti di significato del linguaggio giuridico. — 5. Comunità, nuovi diritti e esigenza di approfondire i momenti di conflitto. — 6. Il ruolo dei giuristi.

1. *Premessa.*

Alessandro Giuliani è un giurista dotato di una grande cultura storica e giuridica, in grado di riflettere con particolare profondità sulle esperienze del diritto antico e contemporaneo, un umanista attento ai conflitti e alle contraddizioni del nostro tempo, un filosofo particolarmente interessato alle prospettive di innovazione del diritto e di continuità col passato. Egli tende a recuperare i tempi lunghi della storia, stimolando il lettore a considerare la diversità dei punti di vista delle dottrine giuridiche e ponendole in relazione al mutare delle richieste provenienti dalla società e dal permanere di alcune più profonde esigenze umane. La lettura di uno scrittore che aiuta a ritrovare la capacità di riflettere sui problemi generali del diritto e della giustizia può essere particolarmente proficua in un'epoca in cui prevalgono l'uso di rapidi mezzi di informazione e l'orientamento dei giuristi verso analisi sempre più tecniche e formali della dogmatica giurisprudenziale. Il richiamo alla tradizione, ai classici del pensiero giuridico e filosofico si lega ad un'attenzione alle innovazioni costituzionali e al mutare dei principi del diritto che gli consente di insistere tanto sulla storicità delle esperienze giuridiche che sulla fallibilità delle costruzioni dei giuristi.

Per Giuliani il diritto costituisce un'esperienza storica collettiva,

nella quale i fenomeni si sviluppano sulla base di un continuo confronto di opinioni, senza che questo autorizzi il giurista ad adottare un atteggiamento di assoluto relativismo e disimpegno etico. Ciò vale specialmente nel campo del diritto costituzionale, dove il mutamento dei principi dell'ordine giuridico, dei dogmi giuridici e delle regole della convivenza impone di rivedere costantemente le coordinate in cui inquadrare i problemi presenti nell'esperienza giuridica attuale. Il giurista che si occupa di diritto costituzionale è portato a seguire con attenzione le trasformazioni dei principi del diritto, ad esaminare con particolare attenzione gli sviluppi della prassi e della giurisprudenza e ciò vale ancor più se si considera tale disciplina da un punto di vista comparativo. La vocazione teorica del diritto costituzionale è legata alla storicità della disciplina, all'esigenza di mantenere aperto il dialogo con la giurisprudenza delle corti nazionali e sovranazionali, senza ridurre però lo studio dei singoli capitoli alla considerazione della sola dimensione giurisprudenziale e argomentativa delle corti supreme, tenendo ferma l'esigenza di una cultura giuridica consapevole della mutabilità degli schemi e criteri interpretativi elaborati dalla dottrina.

Giuliani insiste particolarmente sulla considerazione che la logica giuridica non è dimostrativa, come la logica geometrica, ma persuasiva, proprio in quanto essa presuppone il riconoscimento della fallibilità del discorso giuridico, senza che questo significhi rinunciare ad una visione realistica, fondata sui fatti e sulle aspirazioni degli uomini a una comunicazione nel vero, nel rispetto di regole procedurali che sono tenute ferme pur nella coscienza della loro storicità. La concezione storicistica di Giuliani orienta la riflessione verso la considerazione delle ragioni del mutamento di significato delle espressioni giuridiche, più che verso l'irrigidimento delle connessioni logico-sistematiche tra i concetti giuridici.

Nella prospettiva dello studio del diritto come esperienza storica collettiva, uno degli elementi che merita maggiore attenzione è il linguaggio giuridico, nella sua funzione essenzialmente comunicativa che consente al giurista di avvalersi di strumenti retorici, di costruzioni argomentative, per affermare punti di vista, convinzioni

profonde, che non rinunciano a porsi a confronto con altre (1). Le espressioni del linguaggio giuridico, legislativo, giurisprudenziale, dottrinale, hanno un significato essenzialmente metaforico e presentano un grado di adeguatezza alla realtà dei fatti, un contenuto di verosimiglianza che non consente di attribuire ad esse un valore di verità assolutamente sicure in astratto, ma quello di verità probabili, che si propongono di risultare adeguate alle situazioni reali e che sono suscettibili di una valutazione storica, diretta ad approfondire le ragioni della utilizzazione di esse con riferimento ai contesti sociali. Da questo punto di vista diventano fondamentali le considerazioni di Giuliani sul linguaggio giuridico dei Greci, sulle idee di diritto, di comunità e di costituzione proprie del mondo antico, da assumere anch'esse non come assolute, quasi si trattasse di "definizioni di essenze" (2), ma come configurazioni tendenti ad esprimere significati che hanno fondamento nella prassi. La critica che Giuliani rivolge al positivismo normativo del Novecento e di parte del secolo precedente è quella di aver esaltato il profilo tecnico e imperativo del diritto concepito come regola del "dover essere", con il risultato di rendere il linguaggio giuridico sempre più formale e razionalizzato, distinto per settori di specializzazione, con l'ulteriore conseguenza che risulta spesso difficile per il giurista recuperare quegli spazi di ragionevolezza, prudenza, rilevanza, adeguatezza alle situazioni di fatto che, in relazione ai diversi contesti storici, assumono un'importanza centrale nel discorso giuridico.

Il diritto vivente, l'esperienza sulla quale i giuristi svolgono le loro considerazioni, probabili e fallibili, trae le sue fondamenta, secondo Giuliani, non dalle certezze di una sola linea argomentativa, che si ponga fuori della storia, ma dal confronto tra differenti valutazioni dei principi e delle regole dell'ordine giuridico, da immagini o metafore che si rinnovano incessantemente e non pos-

(1) Cfr. A. GIULIANI, *Droit, mouvement, reminiscence*, in *Archives de philosophie du droit*, XXIV, 1984, p. 101-116.

(2) Cfr. A. GIULIANI, *La "nuova retorica" e la logica del linguaggio normativo*, in *Riv. intern. di fil. del dir.*, 1970, p. 390. Cfr. A. GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Perugia. Nuova serie*, n. 2, Padova, 1974, p. 575. "L'idea stessa di una regola di condotta che dà luogo a diritti soggettivi appare contraddittoria: è una norma tecnica (RAVA) che indica quali mezzi dobbiamo usare per raggiungere determinati fini, scopi, interessi".

sono essere considerate come punti di arrivo dello sviluppo delle esperienze contemporanee. Giuliani dedica particolare attenzione al ruolo dei giuristi nell'elaborazione del diritto, al loro linguaggio, alla diversità delle valutazioni che ispirano i percorsi argomentativi della giurisprudenza e insiste sulla differenza tra scuole di diritto, tra diverse interpretazioni dei valori del tempo e tra funzioni evocative legate all'uso di espressioni giuridiche. Lungi dal determinare un'assoluta incertezza, tale modo di vedere consente ai giuristi, oltre che di affinare costantemente il proprio arsenale argomentativo, di risalire costantemente al fondamento storico e umano dei principi dell'ordine giuridico, al significato delle regole che investono le relazioni reciproche e il confronto tra le opinioni. Le scelte di valore che animano le esperienze giuridiche rispondono a convinzioni di contenuto etico, politico, adeguate a diversi modi di credere nel futuro dell'umanità ⁽³⁾ ed è importante per il giurista risalire ai principi costitutivi dell'ordine giuridico, cui Giuliani fa ripetutamente riferimento, pur se si guarda dal definirli nella loro essenza.

Lo studioso di diritto che voglia approfondire il significato reale dei principi dell'ordine giuridico deve, secondo Giuliani, affrontare prima di tutto una riflessione teorica che prenda le mosse dall'esame del fondamento storico del linguaggio giuridico e che abbia perciò come oggetto la dialettica tra diversi orientamenti valutativi e tenga conto delle regole della procedura e dei percorsi dell'argomentazione e dell'interpretazione. I principi dell'ordine giuridico non si lasciano "incorporare" definitivamente in un testo normativo, perché sono il frutto di un'opera che investe tutta la collettività e in particolare la comunicazione tra i giuristi, per cui, soprattutto in alcune epoche, guadagnano terreno i meccanismi della persuasione rispetto alla costruzione di un rigido sistema di concetti. Anche quando il condizionamento del diritto vivente da parte della forma

⁽³⁾ Cfr. ID., *Il problema della comunità nella filosofia del diritto*, in G. DALLE FRATTE (a cura di), *La comunità tra cultura e scienza. Il concetto di comunità nelle scienze umane*, Roma, 1993, p. 84, dove sottolinea che mentre "nella concezione classica viene privilegiato il momento dell'ordine giusto", nella concezione moderna prevale "il momento organizzativo" che accredita nello stesso tempo uno spirito costruttivistico, contrario al dialogo e orientato nel senso di affermare il primato del tutto rispetto alle parti (ID., *ivi*, p. 89), nella quale i diritti dei corpi intermedi perdono intensità, mentre i rapporti tra le diverse comunità vengono collocati in una rigida gerarchia.

di governo esistente può apparire più evidente, i principi dell'ordine giuridico hanno tuttavia per Giuliani sempre un fondamento etico, dialettico, storico e non sono retti da esigenze di un'astratta imperatività del comando proveniente dal titolare del potere normativo. Proprio per questo essi sono soggetti a mutamenti il cui significato può talora sfuggire a chi consideri la giurisprudenza e la scienza del diritto in una prospettiva meramente tecnica e formale, ma sono invece essenziali per chi si proponga di approfondire i percorsi storici del pensiero dei giuristi.

L'insistenza sul "mutamento", come carattere fondamentale delle dottrine e delle esperienze giuridiche, si traduce in una ricerca di spiegazioni, analogie, costanti, che consentono di approfondire le ragioni del divenire del diritto, le fondamenta etiche del pensiero giuridico. Il linguaggio dei giuristi si carica a ben vedere di contenuti valutativi diversi che non ostacolano la possibilità di fare riferimento alla verità dei fatti, alla ricerca delle esigenze reali in relazione alle quali prendono forma il pensiero e le argomentazioni dei giuristi. Questo richiamo alla verità, alla comunicazione sociale, alla possibilità di valutare realisticamente i percorsi del pensiero giuridico, consente a Giuliani di giungere a conclusioni che permettano di mantenere la consapevolezza del carattere fallibile e dinamico del discorso giuridico, imponendo un'analisi delle espressioni del linguaggio giuridico che ne evidenzia la funzione persuasiva. Non si tratta di carpire, attraverso un'analisi filologica sempre più settoriale ed erudita, i segreti nascosti all'interno dei termini giuridici, quanto di evidenziarne il significato retorico, mantenendo aperta in questo modo la consapevolezza del carattere metaforico del linguaggio giuridico, che non va perduto di vista per non "offuscare" la realtà dei fatti, aprendo "*la strada ai più pericolosi abusi del linguaggio*" (4).

Nel corso delle sue ricerche sui principi del diritto, Giuliani dedica particolare attenzione al diritto costituzionale contemporaneo, e alle "grandi metafore" di tale disciplina, che investono alcuni dei nodi centrali di ogni ordine giuridico (la separazione dei poteri, la *Rule of law*, l'indipendenza dei giudici, il principio di legalità e la riserva di legge) e sottolinea come il diritto rappresenti un fenomeno

(4) Id., *Il concetto classico di regola di condotta*, cit., p. 378.

essenzialmente umano non separabile dalle altre esperienze. Questo non significa che il diritto sia privo di propri principi costitutivi, di forti radici valutative e culturali, e persino di elementi costanti, che trascendono la fallibilità delle singole soluzioni giuridiche dei problemi che animano la vita del diritto. Lo storicismo di Alessandro Giuliani si sviluppa a un livello di riflessione che trascende tanto l'attualità quanto il significato sistematico delle costruzioni del pensiero giuridico e delle stesse scelte di metodo adottate dalle singole scuole giuridiche. Egli cerca nelle concezioni etiche il principio costitutivo delle diverse esperienze giuridiche, senza escludere la possibilità di risalire a elementi costanti, ad archetipi teorici. Egli rifugge dalle ideologie e guarda al pensiero giuridico come ad un oggetto da studiare nelle sue connessioni con i fatti, sottolineando le esigenze della comunicazione e la necessità di smascherare anche gli abusi, oltre che del linguaggio, anche quelli della comparazione giuridica, quando questa si trasformi in astratta contrapposizione di modelli organizzativi.

Occorre infine accennare alla italianità del pensiero di Alessandro Giuliani, alla sua attenzione ai percorsi della cultura giuridica e filosofica napoletana, italiana, europea, a partire dal pensiero degli umanisti fino agli scrittori di diritto pubblico dell'Ottocento e del Novecento. In questo quadro si colloca il suo speciale interesse per alcuni grandi Maestri, come Vico, Gravina, Genovesi, Romagnosi, Scolari, Filomusi Guelfi, nel tentativo di ricostruire le fila di un pensiero giuridico che affonda le sue radici nella cultura umanistica, giuridica e politica italiana. La consapevolezza dell'attualità di Aristotele e del pensiero greco — e non solo di quello della Grecia classica —, di quello dei giuristi romani e della tradizione giuridica italiana, accompagnano Giuliani nelle varie fasi di sviluppo della sua riflessione, che si caratterizza per la ricerca costante dei principi delle esperienze giuridiche in una continua tensione etica che anima la comunicazione tra i membri della collettività. Nei suoi scritti sono presenti numerose consonanze con il pensiero di Vico, Romagnosi, Adam Smith, Giuseppe Capograssi e Riccardo Orestano, Emilio Betti, Gino Gorla e molti altri Maestri del diritto, anche se il suo discorso valutativo segue percorsi che risentono della sua personale

educazione giuridica, filosofica ed economica e tengono conto delle esperienze politiche e umane proprie della sua generazione ⁽⁵⁾.

Giuliani è anche uno storico dell'argomentazione giuridica, uno dei filoni più rilevanti del suo pensiero, al quale avrebbe voluto dedicare uno scritto sulla "retorica giudiziaria", che si proponeva di portare avanti nel quadro delle sue ricerche sulla logica del giudice, sulla prova e sulla procedura ⁽⁶⁾. Sarebbe tuttavia riduttivo considerarlo solo come uno studioso delle grandi scuole della retorica giuridica, della teoria dell'argomentazione, dell'ermeneutica, perché il suo pensiero abbraccia una così ampia serie di problemi teorici e storici da sfuggire a qualsiasi classificazione. La lettura dei suoi scritti suscita grande interesse tra gli studiosi del processo come di tutte le regole della procedura, dalla costruzione del procedimento legislativo, alla valutazione processuale delle prove, fino alla costruzione dei canoni dell'interpretazione del diritto e dei suoi mutamenti nel corso del tempo.

L'intera concezione del diritto di Giuliani pone la comunicazione sociale al centro dell'attenzione e, in tale prospettiva, i principi costituzionali vengono presi in esame in quanto fondamento dialettico della convivenza, in grado di orientare l'interpretazione del diritto, e di costituire il nucleo centrale del processo comunicativo che alimenta la vita del diritto costituzionale: anch'essa, come quella di tutto il diritto, retta dalla diversità delle opinioni. È evidente che per Giuliani le idee di costituzione e di diritto costituzionale non possono essere quelle di chi concepisce entrambe questi concetti in termini formali, considerandoli solo come un testo normativo ed una scienza esegetica aventi come primo termine di riferimento l'immagine di un ordine piramidale delle competenze che dà fondamento all'esercizio di potestà imperative. Giuliani tende, al contrario, a svalutare i profili organizzativi del diritto costituzionale e a considerare i testi storici delle costituzioni solo come punti di appoggio per

⁽⁵⁾ Cfr. A. de NITTO, *A margine di una lettera di Giuliani a Capograssi*, in A. CERRI, P. HÄBERLE, I.M. JARVAD, P. RIDOLA, D. SCHEFOLD (a cura di), in *Il diritto fra interpretazione e storia Liber Amicorum per Angel Antonio Cervati*, tomo II, Roma 2010, p. 211 ss

⁽⁶⁾ Cfr. N. PICARDI, in AA.VV., *Per Alessandro Giuliani*, Perugia 1999, p. 120.

l'apertura di un discorso tra i giuristi che non può restare insensibile al mutamento dei valori sociali.

La costituzione non rappresenta, per Giuliani, solo un testo adottato formalmente in un momento determinato della storia nazionale, ma assume significato, in un quadro etico e razionale, caratterizzato prima di tutto dal contesto storico e collettivo in cui la dialettica costituzionale si sviluppa. L'opera di interpretazione non può che svolgersi nella consapevolezza dei termini valutativi che contrappongono le diverse letture dei testi costituzionali e che hanno radici nella storia nazionale. Il linguaggio del diritto costituzionale resta particolarmente legato alla sensibilità sociale, in relazione al consenso e ai sentimenti che determinate espressioni suscitano nell'opinione pubblica e all'intensità dei messaggi che esse sono in grado di trasmettere. Il punto irrinunciabile per lo studioso di diritto costituzionale è la attenzione costante al divenire, alla storia, alla società.

L'ultimo punto sul quale vorrei insistere in questi cenni introduttivi è l'importanza che Giuliani riconnette ad un'educazione giuridica nelle Facoltà di giurisprudenza che lasci spazio alla riflessione teorica, che non privilegi la tecnica legislativa e argomentativa a danno dello studio della storia della cultura giuridica. Egli denuncia i tentativi di indottrinamento dei giovani giuristi attraverso la diffusione di una mentalità descrittiva e classificatoria, che limita lo studio del diritto all'analisi sistematica della giurisprudenza, precludendo gli spazi per una ulteriore riflessione valutativa sui percorsi della dialettica giuridica, opponendosi agli indirizzi didattici che ostacolano l'approfondimento teorico e storico del diritto e del linguaggio giuridico.

2. *Storicismo e immanentismo: i due storicismi.*

Le considerazioni di Giuliani in tema di dogmatica giuridica e di schemi argomentativi della giurisprudenza rispondono a una visione storica dei fenomeni giuridici, ma non si ispirano per questo ad una concezione immanentista, né determinista. La sua prospettiva di riflessione muove dall'osservazione delle diverse esperienze giuridiche nelle loro componenti umane, dalla presa in esame delle diverse concezioni del mondo, credenze, valori, senza perdere di vista la

prospettiva del mutamento, ma senza neppure affidarsi esclusivamente ad essa (7). Vorrei aggiungere che egli riflette con particolare intensità sulla storia degli uomini, partendo dal mondo antico, e che si interroga sulla storia del pensiero giuridico, rifiutando la pretesa che lo studio storico e scientifico del diritto debba condurre alla formulazione di criteri di valutazione talmente rigorosi da essere riferibili a tutti i complessi problemi dell'interpretazione giuridica di ogni tempo. Non si tratta di svelare, attraverso lo studio della prassi giuridica, i principi che presiedono all'individuazione delle leggi del costituzionalismo moderno o contemporaneo, ma di aprire lo sguardo verso una riflessione sulla genesi e sulla trasformazione delle categorie giuridiche e sulle realtà istituzionali, che tenga conto dell'esigenza di non perdere di vista i profili speculativi; così come non si tratta di ancorare il discorso giuridico esclusivamente ad astratte enunciazioni dogmatiche individuate sulla base degli orientamenti accademici e giurisprudenziali del proprio tempo. Giuliani non assume il dover essere come astratto criterio di indagine, perché è convinto che le esigenze del diritto vivente non rispondano alle categorie di un metodo scientifico universale, proponibile agli studiosi di ogni epoca e di ogni Paese, ma affondino le loro radici nella storia dell'umanità, nelle esigenze degli uomini e non solo negli sviluppi istituzionali. Egli è convinto che questa considerazione non autorizzi a ridurre la riflessione del giurista ad una dimensione puramente empirica, recettiva delle acquisizioni normative e di quelle della elaborazione specialistica, ma che l'attenzione alla prassi e all'attività intellettuale dei giuristi possa lasciare ampi spazi alla riflessione speculativa. Il non immanentismo e il non determinismo di Giuliani significano, in altre parole, disponibilità a riconoscere che non tutto quello che avviene oggi nella storia delle istituzioni risponda ad un'intima razionalità, di cui sia sufficiente rintracciare le linee-guida nel pensiero dogmatico, per giungere alla piena comprensione del contesto in cui quegli orientamenti si sono sviluppati. Lo studioso di diritto non dovrebbe, in altre parole, arrestarsi alla concezione del mondo prevalente in una certa epoca, restare immamente alle opinioni dominanti tra gli specialisti delle singole materie,

(7) Cfr. A. de NITTO, *A margine di una lettera di Giuliani a Capograssi*, cit. p. 211 ss.

ma ben può interrogarsi sugli elementi costitutivi del diritto, sulle esigenze umane fondamentali, sui mutamenti che caratterizzano lo sviluppo storico dell'umanità⁽⁸⁾. Non si tratta di individuare delle leggi che trascendano la storia umana e configurino una nuova metafisica scientifica per lo studio del diritto, ma di interrogarsi sul valore degli orientamenti della dottrina e dei gruppi sociali prevalenti, sulla loro genesi e sulle loro trasformazioni, senza lasciarsi guidare solo da una formalistica adesione alla dottrina dominante nelle accademie, nella giurisprudenza, nei circoli specialistici, confermata dalle enunciazioni dei legislatori.

L'impegno realistico di Giuliani, nell'esame dei percorsi recenti e antichi del diritto pubblico, offre a chiunque segua le sue prospettive di ricerca, punti di partenza per un autentico rinnovamento dello studio del diritto, per una riflessione sul mutamento degli strumenti dogmatici e interpretativi, utilizzati dai giuristi nei diversi settori disciplinari. Giuliani è infatti un giurista innovatore nel metodo e nei contenuti e il suo contributo al diritto costituzionale è di grande importanza per il rinnovamento dello studio delle dottrine del diritto pubblico e di quello costituzionale, disciplina che risente particolarmente di un sovraccarico dogmatico e ideologico legato all'attualità. L'importanza del suo contributo deriva proprio dal fatto che esso, pur fondandosi su un attento esame della prassi, della giurisprudenza e della legislazione, non si lascia condizionare dagli strumenti concettuali elaborati dagli specialisti e dal rispetto per le posizioni ufficiali dell'intero arco delle istituzioni. Il suo storicismo critico muove da una riflessione sull'attualità, sulla dogmatica, sul linguaggio giuridico, che gli consente di guardare a più esperienze giuridiche, anche lontane nel tempo, senza irrigidire gli schemi prevalenti in uso in un solo Paese o in una singola epoca, riuscendo a tener vivi spazi di conoscenza aperta sui fenomeni giuridici e istituzionali.

Una delle caratteristiche di Giuliani è infatti quella di non perdere mai coscienza della ricchezza e della molteplicità delle posizioni della dottrina e dell'ermeneutica giurisprudenziale, nella loro storicità, e di seguire le grandi linee dello sviluppo dell'espe-

(8) A. GIULIANI, *Droit, mouvement, réminiscence*, cit., p. 101 ss.

rienza giuridica contemporanea, senza avanzare la pretesa di chiarire in modo definitivo ed esauriente tutti i profili di essa, nella loro varietà. In questo senso Giuliani è un giurista del pluralismo, un intellettuale consapevole della ricchezza del mondo valutativo per i giuristi del nostro tempo e dei limiti di ogni tecnicismo formalistico che si proponga di fissare gli sviluppi della storia umana, per quanto potenti possano essere i mezzi comunicativi di cui dispone e la quantità delle informazioni raccolte. Nel volume *“Ricerche in tema di esperienza giuridica”* ⁽⁹⁾, Giuliani afferma, parlando dell’insegnamento di Orestano, *“non possiamo servirci delle nozioni del presente come qualcosa di assoluto e di valido in tutti i tempi, ma dobbiamo...essere consapevoli della storicità del presente, oltre che della storicità del passato”* e in questa affermazione è espressa pienamente la prospettiva di uno studio del presente che mantenga viva la connessione tra il presente e il passato e che non si limiti a riflettere solo sulle elaborazioni della dottrina e degli “arresti” della giurisprudenza più recente.

Nello scritto del 1953 sui “due storicismi”, Giuliani considera i limiti del positivismo scientifico di derivazione hegeliana e savigniana, affermando che, nel corso della sviluppo di questo nuovo tipo di storicismo, si manifesta una tendenza alla *“scoperta delle leggi di evoluzione del diritto”*, irrigidendo il discorso storico sulla base di coordinate deterministiche, laddove il più antico storicismo non perseguiva il mito di individuare le leggi della storia, né di fissare un solo metodo scientifico per prevederne gli sviluppi. Egli prosegue sottolineando che *“da ciò deriva il carattere quanto mai ambiguo proprio di tale indirizzo, perché esso si interessa al tutto con pretese di completezza e scientificità”*, finendo *“per trascurare le “parti individuali che... compongono” il tutto, spostando così “l’accento dall’individuo al popolo, alla nazione alla collettività...”*. Giuliani prosegue parlando dello storicismo tedesco dell’Ottocento e della prima parte del Novecento e la sua critica si fa sempre più penetrante e dirompente, come quando osserva che allora *“lo storicismo non volle giungere a tali conseguenze — quelle di affermare “una nuova concezione sociale della giuridicità — ”* e preferì continuare a riaffermare

(9) Id., *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957, p. 189.

piuttosto le vecchie concezioni dell'ordine giuridico. Si tratta di un atto di accusa molto duro che mette in evidenza le responsabilità della dogmatica tedesca del XIX secolo per il suo progressivo appiattimento nella esaltazione della cultura borghese e del mantenimento degli equilibri sociali del tempo. Più precisamente, egli osserva che anziché denunciare la fine della antica dottrina dello Stato e dei diritti, lo storicismo tedesco, divenuto nella sostanza sempre più conservatore, preferì continuare a riaffermare le vecchie concezioni dell'ordine giuridico, con la conseguenza che *“il suo individualismo fu identico a quello del secolo precedente, d'altro canto continuò l'opera dei grandi civilisti e furono preparate le successive concezioni del normativismo giuridico”* ⁽¹⁰⁾. Secondo un'altra chiara e indicativa affermazione di Giuliani, *“ancora più significativo è il fatto che proprio nello storicismo venne aperta la strada a quella che successivamente con frase pomposa sarà chiamata la ‘parte generale del diritto’ ”* ⁽¹¹⁾, che ha dato vita a un orientamento che rappresenta, in un certo senso, la negazione stessa dello storicismo, nel momento in cui tende ad irrigidire concetti e tipologie di comandi, fissando rigidi rapporti gerarchici tra tipi di norme, enunciando astratte connessioni sistematiche ⁽¹²⁾.

In altre parole, lo storicismo giuridico, spaventato dalle conseguenze *“che lo avrebbero portato verso un impegno politico riformatore e verso una critica delle istituzioni”*, preferì allora ripiegare su un'analisi interna alla tradizione e all'individualismo borghese, orientando lo studio “scientifico” del diritto più verso quella che

⁽¹⁰⁾ ID., *I due storicismi*, in *Il politico* 1953, p. 350.

⁽¹¹⁾ ID., *loc. ult. cit.*, p. 350.

⁽¹²⁾ Egli riconosce che i titoli preliminari dei codici civili siano un capitolo fondamentale della storia del costituzionalismo moderno. Essi sono *“garanti di un patrimonio di idee, comuni alla legislazione dell'illuminismo, come a quella della rivoluzione e della stessa restaurazione”* (Cfr. ID., *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato vol. I: Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, 1999, p. 379 e s.) e si propongono di consegnare i temi della interpretazione della legge e i nuovi principi relativi al modo di concepire la legislazione e la giurisdizione all'enunciazione di nuove “norme di riconoscimento”, a nuove *leges legum*, norme sulle norme cui sia *“affidata la funzione razionalizzatrice non solo del codice civile, ma di tutto l'ordinamento”* (ID., *ivi*, p. 380 nota 3).

sarà chiamata, con infelice espressione, la “*produzione delle norme giuridiche*”, che verso una riflessione sulle dinamiche storiche e sui mutamenti di significato di principi, istituti, diritti. Le scuole di diritto hanno finito in questo modo con il prescindere da un approfondimento delle situazioni di fatto e dei relativi contesti storici, per concentrare l’attenzione su una riflessione che appiattisce le proprie prospettive teoriche sulle conclusioni della dogmatica giuridica di un determinato tempo, attribuendo ad esse un valore scientifico universale (13).

La sorprendente attualità della riflessione di Giuliani deriva dalla constatazione che egli segue il mutare delle opinioni degli uomini che vivono in diversi contesti sociali, in tutto l’arco dei problemi delle comunità in cui si sviluppano i loro rapporti reciproci. La sua lunga riflessione, documentata da molte opere, tutte connotate da un grande impegno di ricerca sui temi del diritto costituzionale, si caratterizza inoltre per non lasciare mai in secondo piano le concezioni etiche e razionali proprie delle diverse comunità umane, la considerazione dei diversi modi di concepire i rapporti giuridici, i diritti del singolo e delle collettività, le idee di legge, di giurisdizione, di giustizia (14).

(13) ID., *I due storicismi*, cit., p. 352. Tutti questi temi saranno approfonditi successivamente dalle scuole di diritto e che, “*invece di liberare*” la ricerca nell’ambito delle singole discipline giuridiche, in nome di uno studio dinamico del diritto, “*dalle istanze normative e ideologiche*”, hanno finito per sviluppare “*tali motivi razionalizzandoli nel quadro di teorie sedicenti pure ed universali: e non vi è stato nulla di più dannoso al progresso scientifico in genere che l’atteggiarsi a scienza della deontologia*”.

(14) Cfr. ID., *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 381 nota 5, dove nell’illustrare le ragioni dell’utilizzazione dell’espressione “norme di riconoscimento” piuttosto che la locuzione “fonti del diritto”, egli osserva: “*la categoria delle norme di riconoscimento viene...utilizzata in senso ampio, non coincidente con quello introdotto...dalla teoria del diritto del XX secolo (Zitelmann, Betti, Hart, Bobbio). La terminologia pare efficace per il richiamo semantico alla problematica del rapporto tra conoscenza e diritto, che è stato oscurato da una concezione imperativistica, secondo cui l’unica norma di riconoscimento è la volontà del legislatore*”; si veda in proposito anche la considerazione secondo cui “*il punto di vista dogmatico oscura la complessità del fenomeno della legislazione nell’età moderna*” (ID., *ivi*, p. 380 nota 3).

3. *Giuliani e lo studio del diritto costituzionale in una prospettiva storica e comparativa.*

Muovendo dagli indirizzi sistematici e giurisprudenziali oggi prevalenti, Giuliani sviluppa un discorso sul diritto costituzionale aperto ai nuovi temi della comunicazione sociale, al mutamento delle “norme di riconoscimento”, ai “nuovi diritti”, al ruolo della giurisdizione delle corti supreme ed esamina i nuovi contesti comunitari e nazionali, sulla base di una conoscenza dei percorsi della storia del diritto, delle istituzioni e delle dottrine giuridiche ed economiche, della crescente complessità delle soluzioni prese in esame. La principale prospettiva dalla quale egli muove è quella della comparazione, un punto di vista che gli consente di non assumere come base della propria riflessione un sistema chiuso di principi normativi, dai quali discendano come corollari una serie di altri principi e regole, retti tutti dalla coerenza logica interna al sistema. I punti di partenza della sua riflessione sul diritto costituzionale non sono i concetti più o meno tradizionali di sovranità, gerarchia delle fonti, democrazia parlamentare, imperativo costituzionale e neppure l'idea di Stato di diritto o di separazione dei poteri, ma la sua attenzione si concentra piuttosto sulla diversità delle opinioni dei giuristi, sul significato storico delle concezioni che si contrappongono nei diversi contesti giuridici, sul fondamento valutativo delle concezioni esistenti, sugli sviluppi reali della società⁽¹⁵⁾. Egli si propone di ridimensionare l'importanza dei problemi di pura organizzazione del potere, restituendo una posizione centrale alle regole della convivenza sociale, secondo una prospettiva realistica che non può non avere conse-

⁽¹⁵⁾ ID., *Il modello di legislatore ragionevole (Riflessioni sulla filosofia italiana della legislazione)*, in M. BASCIU (a cura di), *legislazione. Profili politici e giuridici*. Atti del XVII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica (Napoli - Vico Equense, 29 - 31 maggio 1989), Milano, 1989, spec. p. 14 e 15, questo scritto, ricchissimo di insegnamenti, è dedicato alla memoria di Giuseppe Capograssi e di Pietro Piovani, in esso Giuliani sottolinea decisamente “*la continuità della tradizione giuridica italiana*”. Egli chiarisce ulteriormente il suo pensiero, sull'esigenza di considerare unitariamente la legislazione (il legislatore ragionevole) e la giurisdizione (come espressione della sensibilità etica e razionale di un'epoca), affermando: “*nell'ottica delle relazioni tra logica (ed etica) da un lato e le istituzioni (sia legislative sia giudiziarie) dall'altro lato, la legislazione non appare qualcosa di arbitrario, ma di radicato nella natura delle cose*”.

guenze sull'individuazione dei principi del diritto costituzionale e amministrativo e che diverge dagli orientamenti di metodo più diffusi anche tra gli studiosi di diritto comparato contemporanei.

È particolarmente significativa l'affermazione secondo cui i rapporti tra i giudici e la legge, come quelli tra legislazione e istituzioni, dipendono dal clima etico e razionale del tempo: *“la struttura portante della legislazione è garantita dal livello di razionalità e di moralità di una certa epoca”*, cui si può ben aggiungere l'altra secondo cui, *“le istituzioni processuali e giudiziarie sono due articolazioni di uno stesso problema: la giurisdizione nei suoi rapporti con la legislazione”*. In altre parole, non si può, per Giuliani, sviluppare un discorso sulla legislazione separatamente da quello sulla giurisdizione e non è possibile comprendere i problemi del diritto processuale senza tener conto dei valori costituzionali e dei contenuti della legislazione del tempo, i quali a loro volta riflettono le concezioni etiche e politiche prevalenti. In un'epoca caratterizzata da un crescente pluralismo e dallo svilupparsi di più tipi di comunità, la diversità delle opinioni dei giuristi, lungi dal costituire un elemento di confusione, offre punti di riferimento che consentono di approfondire il significato valutativo delle diverse concezioni sistematiche del diritto, aprendo la via alla valutazione dell'adeguatezza, della ragionevolezza, della rilevanza delle soluzioni possibili, senza lasciarsi sopraffare dalla autorevolezza della fonte, né dalla sua pretesa definitività. L'attenzione ai presupposti etici delle concezioni dei giuristi impedisce di appiattare il discorso giuridico sul solo livello dogmatico e ad essa può ben associarsi una prospettiva comparativa, che contribuisce a lasciare ampi spazi alla riflessione storica e a quella speculativa.

Per Giuliani, l'idea di movimento costituisce la metafora base di una visione dei fenomeni giuridici attenta alla funzione sociale del diritto ed è appena il caso di ricordare che, quando egli parla di fondamento etico del diritto, ricollega tale presupposto *“aux mécanismes psychologiques du souvenir collectif”* ⁽¹⁶⁾. Nel saggio, pubblicato in francese nel 1984 e intitolato *“Droit, mouvement, réminiscence”*, egli in-

⁽¹⁶⁾ ID., *Droit, mouvement, réminiscence, cit.*, p. 102; cfr. anche ID., *Ricerche in tema di esperienza giuridica, cit.*, p. 156 ss., dove, a proposito della scienza del diritto concepita come *“attività astrante”*, osserva che *“queste oggettivazioni hanno oscurato il*

siste sull'importanza della memoria e della reminiscenza, osservando che si tratta di facoltà che non si prestano ad essere definite secondo schemi formali né ad essere irrigidite in sistemi o in precetti, ma di prospettive che impongono di considerare costantemente i fenomeni in esame nella loro dimensione storica e sociale (17).

In uno scritto di grande rilievo per la considerazione del diritto comune europeo, Giuliani osserva che: “*il giudizio morale — come quello giuridico — trova il suo fondamento solo nella società: è il risultato complesso di infinite attività ed opinioni individuali*” (18). In un'epoca di intenso pluralismo sociale, si impone allo studioso di diritto la necessità di fare tutti gli sforzi per andare oltre le connessioni puramente formali del discorso giuridico e per ristabilire più stretti contatti tra le varie discipline giuridiche, in modo da superare tutte le remore che si fanno discendere dalle esigenze della didattica universitaria e da quelle della specializzazione accademica.

L'insegnamento di Alessandro Giuliani è principalmente diretto, a mio avviso, a riflettere sull'impegno intellettuale dei giuristi — ai quali egli riconosce un ruolo di protagonisti nello sviluppo della storia umana — ed egli tende a ristabilire i termini di un confronto aperto, dialettico tra le diverse opinioni, mettendo in evidenza l'importanza del confronto tra scuole; l'attualità della sua prospettiva è particolarmente evidente in un'epoca in cui l'importanza dei confini nazionali della scienza giuridica tende ad attenuarsi. Egli pone in primo piano la riflessione storica sui contenuti valutativi della scienza giuridica e sottolinea l'esigenza di aprire ulteriormente le prospettive teoriche della riflessione giuridica, andando ben oltre i limiti derivanti dalle specializzazioni disciplinari, fino a risalire agli archetipi dei comportamenti individuali. Alla base della concezione di Giuliani della ricerca comparativa, si pone una riflessione realistica sulle comunità che la

problema dell'esperienza giuridica: questa non è un concetto che possa essere appreso intellettualisticamente, ma una manifestazione di vita”.

(17) ID., *Droit, mouvement, reminiscence*, cit., p. 111, “*La mémoire et la reminiscence ne peuvent pas être analysées avec une méthode scientifique comme celle des physiologues; d'un point de vue dialectique mémoire et reminiscence sont des notions confuses comme la vertu, la justice, l'amitié*”; si veda anche l'osservazione che “*mémoire et reminiscence sont liées étroitement au domaine de la sensibilité et des émotions*”.

(18) ID., *I valori del diritto comune europeo nella Jurisprudence di Adam Smith*, in *Scintillae iuris. Scritti in memoria di G. Gorla*, vol. II, Milano, 1994, p. 1084.

storia delle istituzioni presenta e un'analisi critica del discorso giuridico aperta allo studio delle relazioni sociali, alla considerazione del significato dei conflitti; in questo modo, egli resta lontano tanto dalle romantiche idealizzazioni di una parte della dottrina giuridica, quanto dalle astrazioni della modellistica comparativa e da quella che egli chiama la "*fallacia descrittivistica*".

Nella costruzione che Giuliani fa delle diverse esperienze giuridiche si rivela centrale l'attenzione che egli dedica al linguaggio, alle parole usate dai giuristi e al mutare di significato di esse nel corso del tempo, nella convinzione che, per mantenere viva l'attenzione ai fatti, occorre considerare tali mutamenti, senza perdere di vista, nel loro insieme, i percorsi del discorso giuridico in relazione ai contenuti valutativi che esso assume di volta in volta. Lo studio del linguaggio giuridico e delle metafore presenti nelle diverse concezioni dello stato di diritto, della *rule of law*, dell'*amparo*, così come l'analisi del significato delle espressioni del linguaggio giuridico degli antichi, possono contribuire a ridare un significato concreto alle dispute dei giuristi moderni, che spesso nascondono, nel loro apparente tecnicismo, nodi istituzionali che continuano a presentare alcune costanti, più facilmente individuabili dallo storico del diritto che dall'esegeta delle singole enunciazioni giurisprudenziali. Le riflessioni di Giuliani sull'eforato, sulle garanzie costituzionali nella monarchia spagnola, sulle costituzioni del secondo dopoguerra mondiale, potrebbero sembrare al non esperto frutto di incomprensibili astrazioni, se non fosse evidente la costante attenzione al profondo contenuto etico dei percorsi delle costruzioni dei giuristi, e alle stesse tecniche argomentative in quanto rivelatrici di percorsi della mente umana per risolvere problemi concreti. Il mutamento di significato del lessico giuridico costituisce un importante indice per uno studio realistico delle dinamiche sociali, per osservare più da vicino i conflitti reali, nella consapevolezza che essi non sono sempre eguali a sé stessi, ma rispecchiano mutamenti dell'opinione pubblica e orientamenti valutativi delle collettività, senza essere riducibili ad una pura concatenazione di leggi scientifiche e deontologiche.

Per Giuliani, "*le parole astratte, definite da una metafora, non possono avere un significato determinato e comunemente accettato*", le parole del linguaggio giuridico "*hanno, oltre a una funzione referenziale e descrittiva, anche una funzione emotiva*": "*il giurista dovrebbe*

far propri i risultati della moderna linguistica, nel senso di tendere a superare i limiti che gli sono imposti dalla materia oggetto della sua indagine e che in ogni caso lo obbligano a non allontanarsi dal principio della familiarità", neppure quando si occupa di diritto processuale, materia che presenta certamente un grado di astrazione più elevato. Solo facendo riferimento alle diverse culture, intendendo questo termine nel senso di *"quel milieu umano integrale, con le sue regolarità e la sua uniformità, che rappresenta sia un punto di partenza sia un punto di riferimento"* (19), sarà possibile comprendere le diverse espressioni del linguaggio giuridico e superare le difficoltà che derivano dalla astrattezza dei concetti dei giuristi, che spesso sono in grado di oscurare l'essenza dei fenomeni reali: solo in questo modo ci si rende conto di come *"dietro una facciata semantica apparentemente identica siano possibili interpretazioni differenti"* (20). L'esigenza di rispetto per l'ambiente culturale e sociale in cui si sviluppa la comunicazione giuridica vieta d'altra parte a chiunque di definire a modo suo i fenomeni giuridici, prescindendo dalle opinioni individuali espresse nelle diverse esperienze istituzionali. Per fare dei progressi nella comparazione giuridica, occorre *"umanizzare la lingua del diritto", il suo stile, liberarla dal peso e dalla mortificazione di un razionalismo sempre più astratto*", non dimenticando che *"il diritto è...risultato di un'infinità di scelte, iniziative, compromessi individuali"* (21).

Dall'esame di tutte le opere di Giuliani emerge una grande attenzione per i problemi del diritto costituzionale e delle costituzioni, per la giurisdizione costituzionale e per quella delle corti internazionali, oltre a un interesse per gli attuali sviluppi del costituzionalismo e della comparazione giuridica. Egli riflette anche sulle difficoltà della traduzione e della comunicazione giuridica, prescindendo dalle premesse valutative del linguaggio giuridico: *"soltanto la comprensione piena dei valori che usiamo in un particolare linguaggio può migliorare la nostra comprensione dei problemi della scienza giuridica"* (22). La comparazione giuridica diventa, perciò, una "ri-

(19) ID., *Contributi ad una nuova teoria del diritto*, Milano, 1954, p. 190.

(20) ID., *op. ult. cit.*, p. 192.

(21) ID., *op. ult. cit.*, p. 193.

(22) ID., *op. ult. cit.*, p. 190.

simbolizzazione, ossia una traduzione e un ripensamento in un'altra lingua e in un'altra cultura di un istituto giuridico"; egli insiste tanto sulla metafora, di origine benthamiana, della "*familiarity*" che si fonda sul valore medio delle parole e sul loro uso in un determinato ambiente sociale, quanto sull'esigenza di risalire alla considerazione dei valori che sono alla base dell'uso di certe espressioni linguistiche.

La sua indagine muove dalle ragioni della crisi del diritto contemporaneo che nasce dalla ignoranza della storia e dal mancato approfondimento dei profili teorici dell'esperienza giuridica, fenomeni questi ultimi che rischiano di "*farci cadere in un empirismo sulla cui base non è possibile fare nessuna scienza*" (23); egli si rifà all'insegnamento di Capograssi e alla denuncia da parte di questo Autore della crisi del diritto nel nostro tempo, una crisi che minaccia di travolgere l'individuo "*con la sua pretesa di farci conoscere la 'realtà' e la 'oggettività', a costo di allontanarci da quelle che sono state le forme tradizionali dell'esperienza giuridica, le quali pure furono rispettate nel secolo del razionalismo e dei lumi*" (24). Insistendo sulla pluralità dei metodi e delle opinioni, Giuliani non rinuncia al tentativo di ricondurre i comportamenti umani ad alcuni archetipi che egli, richiamando Vico, ricava dallo studio della storia e dalla riflessione filosofica e che considera fattori costitutivi delle diverse esperienze giuridiche.

Giuliani sembra ritenere che nel nostro tempo si manifesti nel diritto costituzionale, più chiaramente che in altre discipline, l'insufficienza dei metodi tradizionali di studio ad approfondire alcune grandi trasformazioni del diritto e dei rapporti sociali. La disciplina che va sotto il nome di diritto costituzionale rivela oggi una più intensa vocazione teorica, mentre, d'altra parte, anche il tema dell'interpretazione costituzionale assume una rilevanza ignota in altre epoche in cui prevalevano concezioni puramente normative della costituzione intesa esclusivamente come enunciazione di imperativi.

Lo studio comparativo del diritto costituzionale arricchisce il panorama della ricerca, consente di risalire i percorsi delle diverse esperienze istituzionali e di riflettere sui metodi di lavoro dei giuristi, nel

(23) *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 12, dove osserva "*la necessità insopprimibile per il pensiero umano di servirsi di costanti, senza le quali la scienza stessa sarebbe impossibile, perché nessuna generalizzazione è possibile fare sul terreno dell'empiria pura*".

(24) *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 24.

rispetto della peculiarità di ciascun Paese, delle culture nazionali, senza che questo significhi assoluto relativismo dei valori costituzionali. La comparazione giuridica, ove intesa non come mera giustapposizione e raffronto di astratti modelli organizzativi, lascia infatti ampio spazio alla riflessione teorica, storica e linguistica. L'opera, in più volumi, che Alessandro Giuliani ha pubblicato con Nicola Picardi sull' "Educazione giuridica", è un inno alla comparazione giuridica: in essa i modelli considerati non sono mai assunti in una visione statica e definitiva dei singoli tipi ideali, ma posti a confronto e esaminati nella prospettiva storica del mutamento, che consente di considerare sempre attuali istituti appartenenti al passato, anche più recente, perché si fonda su un esame che non è mai puramente descrittivo dei modelli istituzionali dei Paesi presi in considerazione (25).

4. *"Norme di riconoscimento", antivolontarismo e mutamenti di significato del linguaggio giuridico.*

L'antivolontarismo di Giuliani, e il mutamento di significato del linguaggio giuridico, non solo di quello normativo, costituiscono tratti comuni con il pensiero di Emilio Betti, un altro Autore che del pari fonda la propria visione dinamica del diritto su una profonda riflessione sull'ermeneutica giuridica e sullo studio del linguaggio giuridico. Sia Betti che Giuliani dedicano gran parte del loro impegno di studiosi allo studio storico della dogmatica giuridica e agli orientamenti delle scuole di diritto. Una delle prospettive comuni ad entrambi è l'attenzione alla testualità nel diritto, alla diversità delle letture dello stesso testo, alla molteplicità delle *interpretationes iuris*, con la conseguenza di svalutare il momento del comando politico, della volontà dei legislatori e di rivalutare contemporaneamente il fondamento assiologico degli orientamenti ermeneutici. La conseguenza di questo riconoscimento è che non è possibile costruire una

(25) Cfr. A. GIULIANI e N. PICARDI, *L'educazione giuridica*, opera che inizia con il volume intitolato *Modelli di Università e insegnamento del diritto*, Perugia 1975; cui fanno seguito, *Profili storici*, Perugia 1979; *La Responsabilità del giudice*, Perugia 1978; *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, diviso in tre tomi, Perugia 1981; *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, tre tomi, Napoli 1987-88; *Modelli storici della procedura continentale*, due tomi, Napoli 1994.

teoria generale delle “norme sulle norme” talmente cogente da imporsi in tutti i tempi e in tutti i luoghi, ma che si rende necessaria piuttosto una costante storicizzazione del discorso in tema di “*norme di riconoscimento*” e dei rapporti tra la legislazione e la giurisdizione nel mutare dei contesti etici e sociali. Si deve a Betti e a Giuliani, oltre che a Zitelmann, l’impiego del termine “norme di riconoscimento” nel significato che restituisce al momento del “riconoscimento” tutta la complessità dell’individuazione dei parametri di valutazione utilizzati dai giuristi, piuttosto che porre esclusivamente l’accento sulla legittimazione all’esercizio di potestà normative.

La riflessione di Giuliani sullo studio sistematico del diritto muove dall’assunzione di una posizione non autoritaria nell’individuazione di quello che egli chiama, nella consapevolezza del mutamento, il “principio costitutivo” dell’ordine giuridico (26); egli si propone di approfondire le ragioni del mutamento di significato delle espressioni testuali e degli orientamenti giurisprudenziali, piuttosto che fondare il discorso su simmetrie sistematiche rette unicamente da connessioni formali. Il linguaggio giuridico è rivelatore, per chi dedichi ad esso un rigoroso impegno di studio, del mutare della sensibilità sociale, delle sintonie che conducono a cogliere il significato valutativo delle espressioni usate dai legislatori, dalla giurisprudenza, dalla dottrina. Ne risulta una messa in discussione del diritto come scienza pura, così come delle astratte fondamenta dogmatiche di ogni sistema assoluto di concetti, di ogni concezione di teorie generali del dover essere che pretendano di trascendere le esperienze storiche. Anche le regole del processo, così come i principi del diritto costituzionale, fanno parte della storia umana e non si sviluppano secondo ordini di connessioni estranee all’esperienza culturale e sociale del tempo, alle concezioni della verità, dell’etica, del diritto, che hanno guidato le diverse fasi della storia delle società umane ed è proprio per questa ragione che lo studio

(26) Si vedano in proposito le considerazioni di F. CERRONE, *Alessandro Giuliani: la storicità del diritto fra logica ed etica*, in A. CERRI, P. HÄBERLE, I.M. JARVAD, P. RIDOLA, M. SCHEFOLD (a cura di), *Il diritto tra interpretazione e storia*, tomo II, cit., p. 25 ss.

dello sviluppo dei principi del diritto processuale può essere rivelatore di alcune dinamiche costitutive dell'ordine giuridico (27).

Uno dei primi corollari dell'orientamento antivolontarista di Betti e di Giuliani è che lo studio del linguaggio giuridico non può ridursi ad un'analisi dei significati che le espressioni scelte dal legislatore avevano nelle menti dei legislatori al momento in cui i comandi normativi sono stati impartiti. La riflessione del giurista non può neppure ridursi ad una piena indifferenza rispetto ai contesti conflittuali esistenti e a una limitazione dello studio dei fenomeni alla pura dimensione politico-normativa, come non potrebbe restringersi a un'analisi della dogmatica giuridica, diretta a strumentalizzare la storia ai fini di uno uso prevalentemente tecnico di essa (28). Giuliani denuncia la "*frattura progressiva fra studio teorico e studio storico del diritto*" (29) e riafferma l'esigenza di uno studio teorico, non solo sistematico, ma anche filosofico e storico del diritto, rivolgendo la sua attenzione ad un esame dell'esperienza giuridica che non rinunci in nome delle pretese certezza tecniche e dogmatiche ad interrogarsi sui percorsi storici della mente umana (30).

Al dogma dell'"*onniscienza del legislatore*" Giuliani contrappone la diversità dei punti di vista assiologici, la possibilità di linee di pensiero non sempre univoche, la logica del preferibile tenendo conto della esistenza di prassi e di modi di argomentare che seguono ordini valutativi non coincidenti tra loro. Giuliani rifiuta uno studio del linguaggio giuridico come ricerca di significati intimamente racchiusi in concetti, che avrebbero la funzione di porre il senso di alcuni imperativi al riparo da ogni eventuale mutamento, negando rilevanza alle circostanze che nella prassi mettono in luce il contesto valutativo in cui si colloca ogni discorso giuridico. Egli insiste in particolare, inoltre, sull'impossibilità di uno studio della giurisprudenza, della legislazione e della dottrina giuridica disgiunto dalla

(27) Cfr. A. GIULIANI, voce *Prova in generale (Filosofia del diritto)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXVII, Milano 1988, p. 518 ss.

(28) ID., *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, cit., p. 169 ss., si veda anche l'affermazione che "*la storiografia giuridica deve valersi di una metodologia essenzialmente storica, se vuole rinunciare ad essere una storia di dogmatiche successive e pertanto una storia esterna del diritto*".

(29) ID., *Ricerche in tema di esperienza*, cit., p. 170.

(30) ID., *Ricerche in tema di esperienza*, cit., p. 198.

prassi perché “*il linguaggio giuridico si differenzia dalle altre forme del linguaggio prescrittivo in quanto ha una funzione essenziale per la sopravvivenza della società*” (31). Le espressioni usate dalla legge, dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel corso del tempo sono destinate a mutare di significato e pertanto al giurista si impone l’onere di riflettere sulle ragioni del loro mutamento nei diversi contesti comunicativi, in modo da non perdere di vista il fondamento etico e sociale degli orientamenti giuridici e il senso della diversità delle opinioni. L’attenzione al significato metaforico delle espressioni usate dai giuristi, all’analogia e alla concretezza del linguaggio giuridico risponde al riconoscimento della funzione dei percorsi argomentativi e dell’importanza di uno studio aperto alla considerazione della rilevanza, della ragionevolezza, dell’equità e dell’adeguatezza del discorso giuridico. Solo collocando la riflessione sull’eterogenesi dei significati, sulle elaborazioni del pensiero giuridico e sulla argomentazione nei rispettivi contesti storici ed etici, si può evitare di ricadere in un astrattismo che finisce per negare la storicità e la conflittualità del discorso giuridico.

La visione storica dei problemi che investono le diverse concezioni dei diritti conduce Giuliani a recuperare tempi lunghi nel valutare le trasformazioni che hanno investito la storia del diritto, delle regole di condotta e dei diritti della persona. La sua riflessione riguarda epoche in cui l’attenzione dei giuristi era rivolta verso il “*nomos*”, verso le idee che si riassumono spesso nel “*suum cuique tribuere*”, nelle esigenze di equità e prudenza, in contrapposizione alle regole assolute di condotta, per passare poi ad esaminare le esigenze ritenute oggi meritevoli di tutela e i “nuovi diritti”; e lo fa nella consapevolezza che le definizioni giuridiche non possono proporsi come definizioni di situazioni particolari da assumere come assolute, quasi si trattasse di “*definizioni di essenze*” (32), ma come configurazioni che, pur presentando un rilevante grado di tipicità, hanno sempre, a ben vedere, un fondamento nella prassi.

Le definizioni dei diritti legate all’illuminismo, all’affermazione

(31) ID., *La “nuova retorica” e la logica del linguaggio normativo*, cit., p. 377.

(32) Cfr. ID., *op. ult. cit.*, cit., p. 390, dove afferma anche che “*le definizioni dialettiche non sono definizioni di essenze, ma di cose che possono essere cambiate con la scelta umana*”.

di una concezione razionale delle relazioni sociali, “*al calcolo e alla misurazione dei rapporti umani*”, hanno origine da una concezione delle relazioni sociali erronea, perché fondata sulla astratta ricerca di “*modelli della condotta umana*”, cui collegare la previsione di fattispecie e di prescrizioni imperative⁽³³⁾. La scuola di Vienna ha opportunamente messo in evidenza la contraddizione presente nella dogmatica dei diritti soggettivi rispetto al rigore della astratta previsione normativa, insistendo sull'inconsistenza di una concezione che darebbe a ciascuno “il suo” sulla base di rigide regole di dovere essere, non suscettibili per definizione di adeguamento alle concrete esigenze di tutela dei singoli. Da tale concezione risulta infatti un'ipervalutazione del comando, della regola di “dover essere”, perché ad essa non si possono più contrapporre esigenze di ragionevolezza, prudenza, rilevanza e adeguatezza alle situazioni di fatto. “*L'ingresso di una ragione soggettiva e formalizzata nel dominio del diritto ha portato a un progressivo abbandono delle autentiche regole di condotta*”⁽³⁴⁾, con risultati che, per Giuliani, mostrano oggi tutta la loro insufficienza e artificialità, soprattutto rispetto ad una “crisi del diritto” che sta mettendo in evidenza i limiti della prospettiva esclusivamente tecnica e imperativistica nella considerazione dell'ordine giuridico⁽³⁵⁾. “*Il giusnaturalismo laico... ha sostituito un superiore umano a un superiore divino, ma non ha rinunciato a alcuni presupposti della tradizione teologica*”⁽³⁶⁾, con il risultato che, così come nel medioevo “*la pregiudiziale teologica*” aveva condotto a nutrire sospetti sulla capacità della mente umana di individuare in concreto “*i principi del vero e del giusto*”⁽³⁷⁾, del pari il positivismo laico ha creduto nel nostro tempo di ridurre ogni indagine sul giusto e sull'equo nelle fattispecie concrete ad un “dover essere” fondato esclusivamente sull'astratta volontà dei detentori del potere. Il positivismo razionalista, in altre parole, non ha, secondo Giuliani,

(33) Cfr. ID., *Il concetto classico di regola di condotta*, cit., p. 572 ss.

(34) Cfr. ID., *op. ult. cit.*, p. 575.

(35) Cfr. ID., *Il concetto classico*, cit., p. 575. “*L'idea stessa di una regola di condotta che dà luogo a diritti soggettivi appare contraddittoria: è una norma tecnica (Ravà) che indica quali mezzi dobbiamo usare per raggiungere determinati fini, scopi, interessi*”.

(36) Giungendo fino a fondare “*la morale unicamente sui precetti divini*”, ID., *op. ult. cit.*, p. 574.

(37) Cfr. ID., *op. ult. cit.*, p. 572.

rinunciato alla pretesa di fondare su una astratta pregiudiziale razionale l'idea del giusto e dell'equo, finendo così per giungere ad una concezione sempre più tecnica e astratta del diritto e dei rapporti sociali. In questo modo, però, non si riesce a spiegare come mai sia ammissibile un giudizio di "ragionevolezza" sulle leggi che, anche se riservato alle corti costituzionali, presenta comunque un carattere innegabilmente valutativo, dotato peraltro di forte imprevedibilità, che finisce per rivelarsi estraneo rispetto alla logica delle pure e semplici enunciazioni del legislatore, così come ad ogni concezione puramente volontaristica o normativistica del diritto.

Vi sono momenti in cui la tensione interpretativa e costruttiva delle regole giuridiche raggiunge livelli particolarmente elevati e l'intera comunità avverte più intensamente l'urgenza di partecipare al processo costitutivo di valori che rispondano alle dinamiche sociali, che siano il risultato della consapevolezza di vivere insieme relazioni sociali e esperienze istituzionali, assicurando la convivenza e il rispetto reciproco. Il diverso modo di concepire i valori condivisi e il modo in cui garantire il rispetto dei principi costituzionali nel corso dei secoli, pone problemi storici e valutativi che non possono ridursi ad esigenze di pura organizzazione istituzionale, perché la scelta in ordine al funzionamento dei congegni di garanzia presuppone valutazioni sullo sviluppo della società e sulle esigenze degli uomini ⁽³⁸⁾. Il diritto vive principalmente attraverso le controversie e i conflitti e non tollera perciò assolutismi e fondamentalismi, neppure quando le soluzioni consolidate siano costruite secondo linee dogmatiche quasi perfette dal punto di vista logico e il giurista dovrebbe essere consapevole che il fondamento di ogni discorso

⁽³⁸⁾ Cfr. ID., *Il problema della comunità nella filosofia del diritto*, cit., p. 84, dove sottolinea che mentre "nella concezione classica viene privilegiato il momento dell'ordine giusto", nella concezione moderna prevale "il momento organizzativo" che accredita nello stesso tempo uno spirito costruttivistico, contrario al dialogo e orientato nel senso di affermare il primato del tutto rispetto alle parti (ID., *ivi*, p. 89), nella quale i diritti dei corpi intermedi perdono intensità, mentre i rapporti tra le diverse comunità vengono collocate in una rigida gerarchia. La sua analisi dell'eforato in Althusius degli efori come rappresentanti della comunità e custodi delle leggi fondamentali espressione dei "valori comunitari del costituzionalismo medievale" (ID., *ivi*, p. 90 in opposizione allo "spirito costruttivistico, che è peculiare all'idea moderna di una razionalità antiretorica, senza comunicazione e senza dialogo" (ID., *ivi* p. 89), l'attenzione ai nuovi diritti.

giuridico, così come quello dell'efficacia delle decisioni, deriva soprattutto dalla forza di persuasione delle ragioni fatte valere. Il discorso giuridico presenta un alto livello di fallibilità e di approssimazione e ci si deve guardare dal pretendere che esso proceda secondo coordinate scientifiche sempre più raffinate ed in grado di assicurare l'eliminazione di ogni margine di errore: si deve invece tenere presente che è arbitrario ricondurre le conclusioni del pensiero giuridico a matrici di assoluto dover essere, precludendo lo spazio per una visione critica della storia della dogmatica del diritto. Non sarebbe neppure corretto formalizzare eccessivamente i momenti di passaggio da un modo di vedere ad un altro, contrapponendo perentoriamente ai giuristi contemporanei, autentici scienziati del diritto, che avrebbero finalmente separato le verità dogmatiche da ogni pregiudiziale etica e religiosa, i giuristi più antichi, che avrebbero invece continuato a confondere i fenomeni giuridici con la morale e con la cultura del loro tempo.

Il diritto costituzionale, in particolare, richiama l'attenzione del giurista su alcuni principi che non possono essere intesi adeguatamente se vengono isolati gli uni dagli altri e che meritano piuttosto di essere considerati nelle loro possibili connessioni, riconducendoli ai processi storici che ne hanno guidato l'affermazione e che contribuiscono a mantenerne l'attualità. In passato, i titoli preliminari dei codici civili sono stati un capitolo fondamentale della storia del costituzionalismo moderno, perché erano stati "*garanti di un patrimonio di idee, comuni alla legislazione dell'illuminismo, come a quella della rivoluzione e della stessa restaurazione*" (39). Lo studio comparativo delle disposizioni preliminari dei diversi codici civili europei conferma che il codice civile, inteso come *magna carta libertatum*, ha svolto un ruolo costituzionale persino nei Paesi che almeno apparentemente si erano discostati dal modello dello Stato monarchico dell'Ottocento e avevano preso la strada della enunciazione di carte dei diritti umani di ispirazione sociale ed egualitaria (40). Giuliani dedica poi particolare attenzione al mutare delle "norme di ricono-

(39) *Id.*, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 380.

(40) Anche, in mancanza di una esplicita formulazione di principi generali introduttivi al codice civile, le enunciazioni di questo ultimo continuano a rappresentare le "norme di riconoscimento", le *leges legum* o "norme sulle norme", cui viene "*affidata la*

scimento”, dei criteri di interpretazione della legge ed ai nuovi principi che si ricavano dal panorama delle costituzioni del secondo dopoguerra, così come al rafforzamento del ruolo delle costituzioni e dei congegni di garanzia costituzionale. Egli sottolinea la lungimiranza del testo costituzionale italiano del 1947, specialmente nella enunciazione dei principi fondamentali e delle nuove esigenze di tutela, prima che nella enunciazione della garanzia dei tradizionali diritti dell’individuo, e l’apertura verso l’integrazione tra diversi ordini giuridici — e verso una prospettiva internazionale della tutela del singolo —, segnalando come l’istituzione della giurisdizione costituzionale abbia modificato il modo di concepire i rapporti tra giudice e legislatore.

La dogmatica della abrogazione e quella della invalidità delle leggi costituiscono, per il positivismo giuridico, la città sacra sulla quale riposa ogni teoria generale del diritto dello Stato e l’idea di metterle in discussione, di storicizzarne le conclusioni e l’ambito di azione rappresentano attacchi intollerabili per ogni costruzione gradualistica delle “fonti del diritto”. Mostrando come non vi siano necessità teoriche che impongano di risolvere in termini di abrogazione o di morte della legge più antica tutti i problemi di antinomie normative, si apre la strada ad una riflessione più attenta alla dimensione interpretativa dei fenomeni della successione delle leggi nel tempo e ad una visione dinamica dei problemi della ermeneutica delle enunciazioni normative e dei vizi di incostituzionalità delle leggi (41). Lo studio del tema dei diritti quesiti nella giurisprudenza

funzione razionalizzatrice non solo del codice civile, ma di tutto l’ordinamento”; cfr. ID., *op. ult. cit., passim* e p. 380 nota 3.

(41) Con riferimento allo sviluppo della logica del controllo sulle leggi e alla distinzione della abrogazione dalla invalidità costituzionale delle leggi nei nostri tempi, Giuliani osserva che: “*i problemi posti dalla incostituzionalità sopravvenuta della norma ordinaria rispetto alla norma costituzionale, della norma statale rispetto alla norma comunitaria*” hanno dimostrato che la costruzione dogmatica dell’abrogazione, così come era stata realizzata dalla dottrina positivista, presupponeva “*un sistema omogeneo di fonti*”, e aggiunge, in sostanza, che una volta venuto meno quel sistema si è imposta una riconsiderazione di tutti i problemi di antinomia tra enunciazioni normative e dell’intero insieme delle dottrine elaborate dalla dogmatica giuridica. A questo proposito il discorso di Giuliani, sul giudizio di costituzionalità delle leggi si intreccia con l’esame critico delle dottrine in tema di abrogazione della legge che gli consente di mantenere un

rivela infatti una complessità che non lascia ricondurre le valutazioni dell'interprete a pure e semplici deduzioni da coordinate normative enunciate dal legislatore nel momento in cui ha tentato di fissare, in modo definitivo, l'estinzione di diritti pregressi e la nascita di nuove aspettative giuridiche. Le "norme di riconoscimento" di cui parla Giuliani non sono proposizioni giuridiche imperative tendenti a circoscrivere entro rigidi schemi i processi di conoscenza, ma esprimono percorsi valutativi che rispecchiano sensibilità etiche individuali e collettive e mettono in evidenza il ruolo, mai arbitrario o assolutamente discrezionale, svolto dal giurista nella comunità in cui opera. Egli sottolinea l'importanza della dimensione controversiale dell'esperienza giuridica, quella dei criteri di logica e di prudenza che guidano l'interprete e, nello stesso tempo, quella dei principi del procedimento che assumono, nella sua concezione, una funzione costitutiva rispetto all'argomentazione e allo svolgimento della dialettica processuale. Per fare solo un esempio la dottrina dei diritti quesiti, uno dei cavalli di battaglia dei giuristi dell'Ottocento e dell'inizio del Novecento, viene esaminata da Giuliani con occhio attento al mutamento di significato del contenuto delle massime giurisprudenziali, delle costruzioni sistematiche e degli orientamenti della legislazione. Attraverso uno studio critico delle massime giurisprudenziali, che mette in evidenza la componente valutativa presente anche nei percorsi argomentativi apparentemente più lineari, più sistematici e consequenziali, egli perviene, richiamando anche il pensiero di Giandomenico Romagnosi e Ferdinand Lassalle, ad evidenziare la componente equitativa presente nel riconoscimento dei diritti quesiti. L'esame della giurisprudenza e quello della legislazione confermano che l'approfondimento delle definizioni giuridiche, anche le più chiare da un punto di vista dogmatico, riguardano *"cose che possono essere cambiate con la scelta umana"* (42).

forte respiro storico nell'affrontare lo studio del tema delle c.d. "fonti del diritto" in tutta la sua complessità e d'altra di approfondire le logiche di controllo di costituzionalità delle leggi che diviene sempre più inteso e pervasivo e segue percorsi ermeneutici e argomentativi del tutto nuovi rispetto alla tradizione dogmatica dei "vizi delle leggi" (Si veda spec. Id., *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., pp. 469 ss.

(42) Cfr. A. Id., *La "nuova retorica" e la logica del linguaggio normativo*, cit., 1970, p. 390.

L'irrompere di nuovi diritti, a cominciare dalla dignità umana e dai diritti fondamentali legati allo sviluppo della persona, accanto ai tradizionali diritti che riguardano esigenze di carattere patrimoniale, il mutare dell'idea di ordine sociale, l'affermarsi di nuovi tipi di interessi diffusi e di nuove logiche argomentative nella giurisprudenza delle corti supreme e in quelle costituzionali, fanno sì che il giurista si trovi spesso "disorientato" (43), avvertendo l'insufficienza delle categorie ermeneutiche tradizionali.

5. *Comunità, nuovi diritti e esigenza di approfondire i momenti di conflitto.*

La costante battaglia di Giuliani per il confronto delle opinioni è intimamente legata al suo impegno per una concezione valutativa del diritto, non volta verso il passato, ma aperta a possibili alternative future, legata ad una visione comunitaria dei fenomeni giuridici, nella quale regole, principi, procedure ed aspettative dei membri della collettività assumono significato in un contesto sociale che muta continuamente. Giuliani è uno studioso che privilegia la prospettiva comparativa del diritto e guarda alla collettività, intesa

(43) ID., *L'idea di comunità*, p. 93. Si veda anche, con riferimento ai nuovi diritti la *Presentazione* a P. STEIN e J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981, p. XVII: Il XX secolo ci pone di fronte a una nuova classe di controversie legali legata ai problemi della comunicazione interpersonale. La struttura dei nuovi diritti "non permette una rigorosa definizione" e neppure il loro inserimento ("la sussunzione") "nella categoria dei tradizionali diritti costruiti dalla dogmatica continentale" anzi egli aggiunge "i nuovi diritti hanno in comune con quelli tradizionali soltanto il nome". Si tratta di diritti ai quali non si contrappongono obblighi quantificabili di altri soggetti e che richiedono tipi di valutazioni diverse, perché nascono e sviluppano "in una situazione antinomia" che presuppongono "un sapere dialettico e problematico". Nel suo scritto sulle Preleggi Giuliani afferma che il giurista contemporaneo "appare disorientato dai nuovi significati del termine equità, che non evoca più lo spettro di un giudizio intuitivo svincolato da regole", ma ci avverte che, per comprendere questa problematica, occorre "uscire dagli schemi creati dal positivismo codicistico per liquidare un momento costitutivo del diritto comune europeo". Egli sottolinea, in particolare, la necessità di non restare "ancorati alla rozza nozione di una giustizia del caso singolo" e insiste, anche sulla base di un esame della giurisprudenza, nell'osservazione che "il discorso sulla equità appare inseparabile da quello sui principi del diritto". *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 440.

realisticamente come una comunità di persone, come un insieme di uomini uniti dalla loro partecipazione alla vita collettiva e non come un gruppo di membri legati da un vincolo ideale di fedeltà o da un'ideologia politica comune. Egli afferma: “*la consapevolezza dei rischi delle tentazioni 'definitorie' dovrebbe portarci a problematizzare il concetto di comunità*” (44) e contrappone, a tutte le prospettive che tendano a restringerne l'immagine, quella di una collettività aperta, laica, fondata sulla tolleranza e sul rispetto reciproco. Da un punto di vista storico, è facile constatare che il concetto di ordine o di assetto sociale mutano a seconda che prevalga un'idea di una comunità essenzialmente fondata sul momento organizzativo della partecipazione sociale e su elementi coercitivi, ovvero quella che si basa sulla ricerca di una pacifica convivenza fondata su una equilibrata comunicazione reciproca (45).

Nello scritto del 1993 “*Il problema della comunità nella filosofia del diritto*” (46), Giuliani afferma che la nozione di comunità, dal punto di vista del pensiero e dell'esperienza giuridici, è in perenne situazione di movimento e che occorre riservare una grande attenzione ai conflitti realmente esistenti al fine di comprendere gli sviluppi delle dinamiche collettive, mentre esorta a diffidare dell'idea di quella parte del pensiero politico moderno “*che rinvia all'ideale utopistico di una società senza conflitti, senza procedure, senza giudici*” (47). Lo studio dei conflitti sociali fa parte della prospettiva storica che il giurista non deve abbandonare: esso aiuta a mettere a fuoco i termini delle singole controversie che animano le diverse esperienze giuridiche, restituendo il loro significato reale anche alle dispute tra giuristi apparentemente più astratte.

È indicativa l'affermazione di Giuliani secondo cui, “*la critica a determinati valori ha fatto spostare l'attenzione da ciò che è justum a ciò che è jussum,...* Infatti quando il positivismo giuridico negò il valore di regola ai principi del giusnaturalismo pensò di disfarsi dell'elemento

(44) ID., *Il problema della comunità*, p. 84.

(45) ID., *op. ult. cit.*, p. 85.

(46) ID., *op. ult. cit.*, p. 83.

(47) ID., *op. ult. cit.*, p. 83.

costitutivo del diritto" (48). Tale elemento risorge invece proprio nel pensiero positivista del Novecento, una volta che si sia preso atto che il linguaggio del diritto non è portatore di assolute verità speculative, che non è in grado di esprimere significati definitivi, se non confondendo il piano della teoria con quello storico-dogmatico, ma tende piuttosto a creare connessioni valutative e persuasive, attraverso il ricorso ad immagini, analogie e similitudini. La lettura di Giuliani suggerisce, in altre parole, soprattutto una nuova riflessione sul linguaggio giuridico, che tenga conto della comparazione, della storia, dei conflitti esistenti e che si liberi finalmente dall'idea che il fondamento del linguaggio giuridico sia da ricercare nella volontà dei detentori del potere, al momento in cui sono entrate in vigore le disposizioni normative cui si intenda fare di volta in volta riferimento.

Giuliani dedica grande attenzione allo sviluppo della dogmatica giuridica, perché è convinto che esso meriti di essere considerato come prodotto di un impegno comune di tutti i giuristi, giudici, avvocati, esperti di diritto, che, nel corso della storia, contribuiscono a dare significato alle diverse espressioni giuridiche, utilizzando nei loro discorsi concetti, più o meno astratti, che assumono rilevanza nei contesti conflittuali della stessa argomentazione giuridica (49). Il linguaggio giuridico rispecchia la sua origine dialettica e controversiale, strumentale rispetto all'esigenza di comunicare i propri punti di vista, per persuadere più interlocutori, allo scopo di assicurare la prevalenza delle soluzioni che si ritengono più convincenti e praticabili rispetto ad altre. Lo studio del linguaggio è in grado di sviluppare grandi potenzialità nell'ambito del diritto costituzionale e

(48) *Id.*, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, cit., p. 142. Giuliani insiste sulla "profonda connessione fra studio storico del diritto e studio dell'aspetto costitutivo dell'esperienza giuridica" e auspica un superamento della contrapposizione tra "le due eredità del giusnaturalismo e del positivismo giuridico", che faccia "salva del primo l'affermazione di un ineliminabile aspetto costitutivo del diritto e, del secondo, la esigenza di mondanità".

(49) Il pensiero di Giuliani non è isolato nel contesto degli studiosi italiani di diritto, ma si ricollega in qualche modo alla concezione dell'esperienza giuridica di R. ORESTANO e di G. CAPOGRASSI e fa spesso pensare alla revisione del tema delle "fonti del diritto", alla teoria dell'interpretazione di E. BETTI e agli studi di G. GORLA in tema di diritto comparato e di diritto comune europeo. Cfr. A. de NITTO, *A margine di una lettera di Giuliani a Capograssi*, cit., p. 211 ss.

pubblico in genere, perché sposta l'attenzione dal piano concettuale a quello comunicativo, consentendo di valutare, anche in una prospettiva critica, l'adeguatezza delle espressioni usate dai giuristi rispetto alle esigenze concrete. Si ampliano così gli spazi per un'opera critica che consenta di valutare realisticamente e di denunciare l'uso di espressioni fittizie, prive di rispondenza ai fatti, che rischiano di suscitare equivoci e fraintendimenti. Solo in questo modo si può pensare di svelare gli inganni che si celano dietro l'uso di tecniche linguistiche irreprensibili e individuare prospettive valutative più aperte, meno astratte, più idonee a giungere al risultato di soluzioni persuasive, adeguate alle circostanze. Non si tratta di elaborare una teoria generale del conflitto in grado di trovare la via per il superamento di situazioni di contrasto, e neppure di individuare il solo metodo scientifico adeguato ad approfondire il significato di tutti i conflitti sociali, ma di cercare di comprendere le situazioni sociali nel loro effettivo continuo movimento, senza pretese di aver imboccato la strada della autentica critica storica.

La riflessione di Giuliani sull'equità, intesa come "*logica del preferibile*", condotta anch'essa in una prospettiva storica e comparativa, presuppone un "*mettersi all'interno del dinamismo del fatto*", per cogliere le "*circostanze rilevanti*", prescindendo da una separazione tra fatto e diritto e considerando il fatto "*nelle diverse situazioni possibili*"⁽⁵⁰⁾, facendo così dell'equità quell'elemento che molto opportunamente è stato ritenuto da Perelman, la "*stampella della giustizia*"⁽⁵¹⁾. Giuliani rovescia l'affermazione corrente tra i giuristi di orientamento normativista secondo cui il giudice potrebbe solo eccezionalmente essere investito di poteri valutativi dallo stesso legislatore, per affermare che la decisione del giudice non è un puro atto di volontà e che non potrebbe essere espressione di mera discrezionalità

⁽⁵⁰⁾ A. GIULIANI, *La controversia*, cit., 179 e s., p. 190; Id., *Disposizioni sulla legge in generale*, cit., dove Giuliani segnala "il passaggio da un antiformalismo occulto ad una nuova versione, che si va realizzando all'insegna della metafora base della civiltà occidentale: la equità". Cfr. Id., *Informazione e verità nello stato contemporaneo*, in R. ORECCHIA (a cura di) *Atti del X Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica*, Milano 1976, p. 245, "Non vi è nessuna mente individuale che sia in grado di conoscere tutti gli elementi rilevanti: e la determinazione avviene correttamente in condizione di contraddittorio".

⁽⁵¹⁾ C. PERELMAN, *La giustizia*, Torino 1959, p. 61 e s.

o arbitrio, perché in ogni decisione giudiziaria non dovrebbe mancare un elemento di valutazione equitativa, ragionevole, adeguata, rilevante, rispetto alle circostanze del caso ⁽⁵²⁾. Giuliani fa appello piuttosto al fondamento dell'equità nell'insieme delle regole del vivere sociale, nel contesto del "diritto vivente", come strumento che consente di tener conto della rilevanza delle circostanze di fatto, rendendo la regola più adeguata al caso di specie.

La storicità del sistema delle garanzie costituzionali, rappresenta una delle prospettive da cui Giuliani muove nella valutazione dei diversi modelli di giurisdizione costituzionale, mettendo ogni volta in discussione non solo l'intero sistema delle "norme di riconoscimento", ma anche l'uso dei parametri interpretativi. Tali ricerche aprono la strada a uno studio critico del diritto, che non può prescindere da solidi punti di riferimento storici ed etici nella valutazione delle esperienze giuridiche, ma che soprattutto non può fare a meno di una riflessione adeguata sui presupposti speculativi o teorici che danno significato ai percorsi del pensiero giuridico. Una teoria generale dell'equità che considerasse, ad esempio, la valutazione di ragionevolezza della legge come una scelta del tutto discrezionale ed imprevedibile, senza preoccuparsi del fondamento 'oggettivo' e 'razionale' di essa, resterebbe estranea alla comprensione delle costanti e delle regolarità di molti aspetti giuridici dell'azione umana, contribuendo a esasperare quella separazione dello studio del diritto da quello della prassi e della storia delle esperienze giuridiche ⁽⁵³⁾. Egli ripropone una considerazione dell'equità come logica che consente al giurista di far ricorso ad una valutazione profondamente radicata nel costume sociale e nella vita della collettività, come criterio di orientamento nella scelta della soluzione più praticabile nella prassi, come decisione preferibile tenendo conto delle circostanze ⁽⁵⁴⁾.

6. *Il ruolo dei giuristi.*

Le tradizioni giuridiche, così come i sistemi didattici, le scuole

⁽⁵²⁾ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 452 ss.

⁽⁵³⁾ Cfr. ID., *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, cit., p. 200.

⁽⁵⁴⁾ ID., *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 441.

di diritto rispecchiano esigenze e sensibilità proprie del tempo e riflettono prospettive storiche di conoscenza giuridica proprie del Paese in cui si manifestano. L'esame delle scuole di diritto, dei modelli di educazione giuridica, dell'ordine degli studi delle Facoltà di giurisprudenza offre spazio per riflettere su scelte pedagogiche che vanno molto oltre i profili meramente organizzativi e di interpretazione delle disposizioni vigenti. In questo quadro si inseriscono le riflessioni sui "classici" del pensiero giuridico antico e moderno, con i quali Giuliani mantiene un costante colloquio, cui partecipano giuristi di differenti culture, non solo tecnici del diritto addetti, in epoche diverse, all'esercizio di analoghe funzioni. La tradizione giuridica rappresenta comunque un forte elemento di coesione tra giuristi di diverse generazioni, non solo per tener viva la memoria di situazioni pregresse, quanto soprattutto per alimentare la coscienza del mutamento e del significato di esso.

In questa visione storica e comparativa, Giuliani parla del discorso giuridico come di un elemento fondante le diverse esperienze sociali: non come di un'occasione per approfondire "genealogie" accademiche e ricerche erudite sull'influenza di una scuola di diritto rispetto all'altra, ma come di un fattore che alimenta il tessuto comunicativo e la vita stessa della collettività. Egli ci invita a tenere conto del mutare della sensibilità etica degli interlocutori, dei giuristi e degli uomini di diverse epoche storiche, muovendo dalla considerazione della diversità delle opinioni e del mutare dei percorsi dell'argomentazione giuridica come dei criteri di valutazione dei rapporti della vita. Può stupire che sulla base di tali considerazioni, Giuliani parli di certezza del diritto e di equità come dei principi costitutivi di ogni ordine giuridico, ma egli restituisce all'equità e alla certezza quelle posizioni centrali nello studio dei rapporti umani e delle esperienze giuridiche, che era stata loro contestata negli ultimi secoli, in nome di una malintesa impostazione legalitaria e volontaristica del discorso giuridico, così che l'equità e la certezza del diritto di cui parla Giuliani non hanno molto in comune con il significato attribuito a tali espressioni dal positivismo normativo ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. C. PERELMAN, *La giustizia*, Torino 1959, p. 61 e s.; A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 452 ss. dove parla di "logica del preferibile".

Nell'analisi del linguaggio giuridico, inteso come “*fondamentale veicolo del sapere collettivo*”, Giuliani sottolinea che lo studioso del diritto si trova di fronte a definizioni dialettiche, a opinioni diverse, sulla cui base “*non è possibile pervenire ad un sapere rigoroso offerto da una definizione nominale*” (56). Lo studio del linguaggio giuridico conduce verso una visione dinamica della terminologia prescrittiva, delle finzioni normative e verso un esame non solo descrittivo dei dogmi giuridici che rendono praticabili soluzioni complesse in contesti sociali caratterizzati da un grado più o meno elevato di pluralismo delle opinioni. Le considerazioni critiche di Giuliani sul pensiero di Gierke, mettono in discussione la concezione secondo cui la legge rappresenterebbe nello Stato di diritto lo strumento migliore per assicurare l'ordine sociale e l'idea stessa che spetti allo Stato assumere il ruolo di regolatore di un pluralismo distributivo (57).

Egli afferma che il diritto “*non è opera di una coscienza solitaria che può ordinare e prevedere tutto*”, sottolineando che il fenomeno giuridico “*sottintende un sapere prelogico e prefilosofico, in quanto è legato ad una coscienza sociale e intuitiva: presuppone altresì la collaborazione delle intelligenze anche lontane nel tempo*”. A questo proposito conviene insistere sulla centralità della educazione giuridica, nel pensiero di Giuliani, perché il giurista deve essere abituato a riflettere sulle ragioni del mutare dei percorsi valutativi (58), non preparato soltanto ad un uso meccanico, ad un’“applicazione” astorica di categorie tecnico-giuridiche, quasi che queste ultime rispondano solo ad esigenze sistematiche e siano rette unicamente dalla connessione tra precetti imperativi. L'educazione giuridica deve considerare i compiti del giurista dinanzi all'esigenza di far fronte ai problemi della vita sociale, il senso di responsabilità di chi è chiamato ad individuare la regola giuridica adeguata alle situazioni di fatto, alle circostanze e i problemi della comunicazione

(56) A. GIULIANI, *loc. ult. cit.*

(57) Si veda, ID., *Il problema della comunità*, cit., p. 92 ss. Secondo Giuliani, in un ordine di concetti strettamente imperativo, in cui il solo termine di riferimento fosse la volontà del legislatore, si finirebbe per eliminare il dialogo e la comunicazione, la dialettica sociale, e lo stesso riconoscimento dei diritti dei corpi intermedi diverrebbe uno strumento di conservazione dell'ordine sociale esistente. Si veda in proposito A. de NITTO, *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori*, Lecce, 2002, p. 132 ss e *passim*.

(58) A. GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta*, cit., p. 564.

sociale. Giuliani osserva a questo proposito: “*il problema della verità si impone sia nell’informazione democratica, sia nel processo: ed i giuristi trattano concetti gravidi di implicazioni logiche e filosofiche (verità, informazione, comunicazione), ma che risultano estranee alle strutture delle categorie della dogmatica giuridica in cui sono stati educati*” (59). Lo studio della nascita e dell’utilizzazione dei concetti giuridici rientra invece in un disegno di educazione giuridica costantemente attento alla prassi e alla storia sociale, ad esso si ricollega la riflessione sulle metafore del linguaggio giuridico e di quello normativo, sulle finzioni giuridiche, sui dogmi e sulla comparazione (60); in questo senso, quando si parla di Stato di diritto, di *Rule of Law*, di ricorso diretto per la tutela dei diritti fondamentali (l’“*amparo*”), l’uso di queste metafore si ricollega alla ricerca delle soluzioni più adeguate ai casi della vita e ai fenomeni del tempo presente. Egli rivolge il suo esame alla comparazione tra la concezione classica e moderna della regola giuridica, al mutare delle stesse nozioni di comunità e di comunicazione sociale. Alla base di queste riflessioni vi è la speranza di superare la crisi che ci sovrasta, che minaccia di travolgere l’individuo, attraverso la possibilità, indicata da Capograssi, del mantenimento “*delle forme fondamentali dell’esperienza giuridica*” (61).

Giuliani chiarisce a tutte lettere che una ricerca sul pensiero giuridico che metta in evidenza i profili storici ed etici del discorso giuridico non può essere confusa con una fuga verso percorsi metafisici, ma presuppone al contrario l’adozione di una prospettiva

(59) Cfr. ID., *Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, cit., p. 167: Il territorio viene elevato da categoria fisica a concetto sociale e politico: la razionalizzazione dello spazio è un elemento di razionalizzazione della comunità. L’idea di equilibrio ecologico prefigura le categorie di quei diritti che la civiltà contemporanea ha riscoperto” (diritto alla salute, diritto all’ambiente, diritto all’ornamento della città).

(60) Cfr. Alessandra GIULIANI, *Omaggio ad Alessandro Giuliani (Configurando un’idea ‘classica’ e un’idea ‘moderna’ di comunità)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXIX, Milano 2000, p. 13 ss.

(61) Cfr. A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, cit., p. 24, “*la crisi che ci sovrasta minaccia di travolgere l’individuo, per cui resta ancora un’unica speranza e cioè “il resistere delle forme fondamentali dell’esperienza giuridica” (secondo le parole di G. CAPOGRASSI, L’ambiguità del diritto contemporaneo, in AAVV. La crisi del diritto, Padova 1953, p. 44).*

aperta alla comparazione e una ricerca dei significati delle espressioni giuridiche che non si collochi fuori della storia e dei contesti sociali (62). Si tratta anche di riaffermare quell'esigenza di concretezza che caratterizza l'impegno del giurista, restituendo all'etica il primato che le spetta nel guidare la ricerca della migliore tra le soluzioni possibili.

Egli afferma molto chiaramente: *“vana sarebbe la fatica di voler continuare a scoprire le leggi dell'azione umana ricavandola da principi di carattere assoluto, perché ogni sistema ne rappresenta una soluzione molto parziale ed imperfetta”* (63). Il linguaggio del giurista non può che riflettere il mutare dei contesti e dei problemi concreti che si manifestano nelle collettività umane, perché le espressioni usate assumono una funzione evocativa e persuasiva che guida il confronto tra diversi punti di vista secondo modalità e regole che sono anch'esse soggette a processi di mutamento (64). In tali processi, che riflettono peraltro diversi punti di vista, sono presenti tuttavia, *“fatti che si ripetono”*, dal momento che *“la giuridicità ha un suo aspetto costitutivo, il quale non si disperde nel continuo evolversi di gradi e stili”* (65). I principi del diritto rappresentano *“luoghi specifici del-*

(62) Si veda anzitutto A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, cit., pag. 193 ss.: *“non dobbiamo dimenticare che il diritto è una formazione pratica, frutto di collaborazione e di cooperazione, di decisioni individuali e azioni individuali, che non sono isolate, ma reciprocamente condizionate e connesse: il momento della norma rappresenta soltanto una parte limitata del fenomeno giuridico.”* (Id., *ivi*, p. 206): Cfr. Id., *op. cit.*, cit. pag. 168 ss., dove si afferma: *“Singolare invero è il fatto che proprio attraverso una teoria razionale e geometrica come la dottrina pura del diritto si sia dischiuso un mondo quanto mai complesso quale è quello dell'azione umana. Ciononostante la 'Reine Rechtslehre' non è voluta giungere alle logiche conseguenze, preferendo invece irrigidirsi e difendere posizioni a nostro avviso superate (quali quelle della gerarchia delle norme, della norma fondamentale, etc.) che rappresentano la eredità dei sistemi giusnaturalistici”*.

(63) Id., *Contributi a una nuova teoria pura*, p. 195.

(64) Id., *Contributi a una nuova teoria pura*, p. 193 *“nelle nostre scienze a nessuno è lecito definire a modo suo, perché imporre un determinato significato, senza riferirsi alle opinioni individuali, vuol dire imporre determinati valori e determinate intenzioni”*.

(65) Id., *op. cit.*, p. 199. Più avanti, parlando dei rapporti tra orientamenti tecnici e studio del diritto, GIULIANI osserva, *“la nozione tecnica di giurisprudenza è il prodotto delle concezioni utilitaristiche e positivistiche... La concezione tecnica della giurisprudenza non è un fenomeno casuale,... ma il risultato di una lunga penetrazione ed infiltrazione di elementi tecnici nella speculazione filosofica del diritto”*. Osserva invece, a proposito del

l'argomentazione giuridica"⁽⁶⁶⁾, in quanto riflettono valutazioni fondamentali con riferimento alle situazioni proprie di ogni esperienza giuridica e la riflessione sul significato che essi assumono nelle diverse esperienze istituzionali non può limitarsi a prendere in considerazione i profili storico formali.

Il giurista non può, in altre parole, rinunciare ad una visione speculativa, teorica, con riferimento alle diverse esperienze istituzionali e storico-giuridiche, lasciandosi guidare solo dalla prospettiva sistematica, appiattendolo ogni esigenza di riflettere sui fenomeni oggetto del suo esame al livello formale e di connessione tra dogmi giuridici. La considerazione delle esperienze giuridiche non può prescindere da una riflessione sulla genesi dei principi del diritto, sulle modalità del confronto tra diversi punti di vista, sui presupposti conoscitivi delle diverse dottrine dell'interpretazione e sulle concezioni della verità, equità, ragionevolezza, rilevanza proprie del tempo. Il richiamo di Giuliani al pensiero di Filomusi Guelfi e di Capograssi è eloquente, perché si tratta di autori che non si sono fermati alla enunciazione di determinati principi, ma si sono proposti di rintracciarne il fondamento in una visione delle cose che non rifugge dall'approfondimento dei profili teorici, umani del pensiero giuridico⁽⁶⁷⁾. Giuliani afferma che *"La crisi del diritto sarà superata*

rapporto tra conoscenza storica e speculativa del diritto (Id., *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, cit., p. 199-200), *"se pure vi è molto di vero nelle concezioni che mettono in luce il lato relativo del diritto, in quanto condizionato dall'ambiente, non si può negare che esistano problemi identici... Allora il problema del valore scientifico della conoscenza 'storica' del diritto, ci rimanda ad uno studio più ampio: lo studio storico concepito come studio dell'aspetto costitutivo dell'esperienza giuridica e pertanto identificato con lo studio filosofico"*.

⁽⁶⁶⁾ Id., *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 382, nota 6, *"criteri di esclusione delle soluzioni irragionevoli e ingiuste — non hanno un carattere precettivo, ma selettivo, giustificativo, confutatorio, essi sono articolazioni di una fondamentale norme di riconoscimento: la equità"*.

⁽⁶⁷⁾ Id., *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, cit., p. 151. *"La profonda intuizione della connessione dello studio storico del diritto e studio dell'aspetto costitutivo dell'esperienza giuridica... circola in tutta l'opera del Filomusi"*, anche se egli si è limitato a mostrare *"la strada da percorrere: che la scienza del diritto è intimamente connessa con la vita, ossia con la esperienza nel suo aspetto generale: che lo studio filosofico del diritto non può condursi indipendentemente dallo studio della scienza del diritto, e che da questa esigenza nasce la enciclopedia"*, uno studio aperto *"degli aspetti costitutivi del diritto"*. Per i

se i giuristi troveranno all'interno della loro scienza principi capaci di dominare la realtà nuova, se saranno insomma capaci di piegarla sotto il punto di vista del diritto", aggiungendo il monito che *"sarebbe pericoloso ritenere che il giurista possa da solo affrontare tutta una serie di problemi e di interrogativi, legati al problema del valore e che sono di natura squisitamente speculativa"* (68).

Particolarmente significativa è la sua lettura critica del pensiero giuridico tedesco, dall'epoca del romanticismo e poi del realismo giuridico e della "giurisprudenza degli interessi" fino al pensiero austriaco e alla scuola giuridica di Vienna, le cui riflessioni sulla storicità del diritto e della "norma fondamentale" non possono essere trascurate riducendo tutto il pensiero viennese ad una banale "gerarchia delle fonti del diritto" (69). I compiti dei giuristi traggono alimento dalla dialettica delle controversie, ma richiedono imparzialità, prudenza, capacità di orientarsi secondo percorsi valutativi che presuppongono educazione giuridica e sensibilità umana, qualità che si arricchiscono solo con l'esperienza. L'impegno intellettuale del giurista, proprio in ragione del ruolo sociale di esso, non è paragonabile a quello di un tecnico che operi all'interno di un laboratorio scientifico, ignorando del tutto le contraddizioni e le

riferimento all'insegnamento capogrossiano, attraverso il quale si giunge, secondo Giuliani, alla "nozione della... finitezza" dell'individuo empirico e "della sua debolezza, del suo bisogno dell'altro (simpatia); e da questa intuizione fondamentale traggono nascita tutte le istituzioni umane "la scienza non è il punto di arrivo di una lunga evoluzione, in quanto resta legata ai valori fondamentali e costitutivi dell'esperienza giuridica", si veda Id., *op. ult. cit.* p. 163

(68) Id., *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, p. 164.

(69) È utile qui ricordare nuovamente la presentazione di A. GIULIANI alla traduzione italiana di Ch. PERELMAN, *Logica giuridica e nuova retorica*, cit., p. VI, dove sottolinea come "la nuova retorica ha sempre insistito sulla specificità della logica giuridica rispetto alla logica formale" e aggiunge che nell'antiformalismo di Perelman "è centrale la fiducia nella ragion pratica. Una tale ragione diffida di ciò che appare giusto ad un solo individuo: essa presuppone una divisione della conoscenza che si traduce in una diffidenza per l'onniscienza non solo del legislatore, ma anche del giudice". Con riferimento alla funzione persuasiva del linguaggio giuridico, si vedano le considerazioni di C. PERELMAN, *op. cit.*, §§ 51-52, a proposito della nuova retorica e dell'esigenza di considerare che l'argomentazione giuridica si rivolge ad un "uditorio" ("La nozione di uditorio è una nozione centrale nella retorica, giacché un discorso può essere efficace solo se è adeguato all'uditorio che si tratta di persuadere o convincere": *ivi*, p. 165).

tensioni presenti nella società, ma corrisponde piuttosto a quello di un attore protagonista dell'esperienza giuridica e sociale, in grado di riflettere criticamente sui propri criteri di valutazione.

Le idee storiche di costituzione e quella di costituzionalismo, che per gli specialisti dello studio di una determinata epoca della storia del diritto riguardano concetti giuridici propri di alcuni periodi della storia degli ultimi secoli, per Giuliani sono metafore suscettibili di mutare di significato nel corso del tempo. Egli parla di costituzionalismo antico, medievale, moderno, nella consapevolezza del mutare delle reciproche connessioni tra i diversi tipi di garanzia costituzionale, degli stessi rapporti tra diritto pubblico e diritto privato e della rilevanza dell'idea di costituzione. Il diritto costituzionale è investito dal mutamento dei valori sociali e dei percorsi di riconoscimento del diritto vivente e non può vivere solo attraverso una rigida dogmatizzazione dei casi pregressi né la costituzione può continuare ad essere concepita solo come un documento diretto a testimoniare una rottura con il passato. È questa la ragione per cui la costituzione viene avvertita, nel nostro tempo, come "costituzione vivente", aperta al mutamento e alle dinamiche che investono tutto l'ordine giuridico ⁽⁷⁰⁾ e non solo come un'immagine diretta ad evocare un passato glorioso o istituzioni ideali ⁽⁷¹⁾.

(70) Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, p. 141; "la Costituzione... non è solo condizionante ma viene a sua volta condizionata dalla legislazione"; cfr. ID., *loc. ult. cit.*, "la stessa Costituzione fa parte integrante del sistema normativo, anziché rimanere isolata da esso, come le stelle fisse del cielo tolemaico" (ivi, p. 141). Secondo L. PALADIN, *op. cit.*, p. 140, "la Costituzione del '47 si è rivelata — con progressiva evidenza un testo elastico e duttile: che non si risolve in un dato immutabile e immobile, atto a considerare la legislazione ordinaria in termini assolutamente costanti nel tempo, ma risente degli sviluppi che contraddistinguono la legislazione medesima".

(71) Secondo A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, p. 245, "Il positivismo giuridico ha poi esasperato il momento organizzativo del diritto, ignorando il carattere pluralistico dell'esperienza giuridica"; "Noi moderni abbiamo dissociato il diritto dal problema della verità: nella sfera di un diritto contabile i criteri saranno unicamente quelli della efficienza, della utilità, della previsione" (ID., *op. ult. cit.*, p. 245). "Nel dominio dell'opinione il consenso di un auditorio generale che si realizza nel tempo è l'unico criterio di verità, quasi il sostituto di un ordine ontologico; non è certo identica la situazione nel caso della decisione di un'assemblea".

MARIO CHIAVARIO

INDIPENDENZA E RESPONSABILITÀ DEL MAGISTRATO: IL CONTRIBUTO DEL GIULIANI “INTERDISCIPLINARE”

1. I problemi di ordinamento giudiziario: la grandezza dell’Uomo... — 2. ... e le miserie dell’odierno “quotidiano”. — 3. Il nesso tra indipendenza e responsabilità. — 4. La responsabilità penale del magistrato. — 5. La responsabilità civile. — 6. La responsabilità disciplinare e la titolarità del potere d’iniziare il relativo procedimento. — 7. La giurisdizione disciplinare. — 8. Responsabilità morale del magistrato. — 9. L’importanza della deontologia. — 10. La *vexata quaestio* della gestione dell’azione penale. — 11. I rapporti all’interno degli uffici di procura. — 12. Magistrati e mezzi di comunicazione. — 13. I magistrati e la partecipazione a dibattiti pubblici. — 14. L’imparzialità del magistrato: non un dato scontato, ma un valore da perseguire e da tutelare.

1. *I problemi di ordinamento giudiziario: la grandezza dell’Uomo...*

Sono particolarmente grato per essere stato invitato a queste giornate in ricordo e in onore di un Maestro come Alessandro Giuliani, che per me è stato anche un illustre collega e un grande amico.

So però che, oltre a dire “grazie”, devo anche chiedere scusa.

Me ne rendevo conto già nel leggere i titoli della più gran parte delle altre relazioni e degli altri interventi, le une e gli altri, in larga parte centrati proprio sulla figura di Giuliani o su aspetti particolari del suo apporto alla cultura giuridica non solo italiana. Me ne rendo ancor più conto ora, dopo aver ascoltato gli oratori di stamattina e soprattutto dopo aver sentito le parole pronunciate da Nicola Picardi, che tanto ha condiviso — in una lunga (ed eccezionalmente fruttuosa) esperienza di lavoro comune e di dialogo continuo — il percorso intellettuale e morale di Alessandro Giuliani, uomo e studioso.

Devo chiedere scusa per avere accettato imprudentemente di interloquire, e non solo di ascoltare, in un incontro come questo, e

di interloquire su un tema come quello indicato: e, questo, non solo perché avrei dovuto sentirmi oggettivamente incapace di dire granché di nuovo su un tema già amplissimamente dibattuto (anche di recente, ha fornito oggetto per vari convegni di studio, tra i quali uno svoltosi proprio qui, promosso dal Centro di studi giuridici e politici della vostra Regione e coordinato da Mauro Volpi), ma anche e soprattutto perché in quel che dirò ci sarà troppo poco di Alessandro Giuliani.

Certo, anch'io avrò modo di fare più di un riferimento a parole da lui pronunciate o scritte... e come si potrebbe non farlo se si pensa che pure questo è un tema al cui approfondimento ha dato contributi preziosi proprio Giuliani (il Giuliani "interdisciplinare"), lasciandoci pagine che al riguardo fanno riflettere ancor oggi e dedicandovi specificamente uno dei volumi collettanei da lui curati insieme a Nicola Picardi nell'ambito delle fondamentali ricerche che regalarono agli studiosi e ai pratici sull'"educazione giuridica"... Tuttavia, di fronte a una realtà tanto mutevole quale è quella che ci si presenta in questo campo, non mi sentirei di avventurarmi con sufficiente sicurezza nell'immaginare quali sarebbero state le risposte che Giuliani avrebbe dato di fronte ai problemi così come oggi si prospettano: troppo poco, infatti, in me il collega e l'amico possono trasformarsi in un interprete che possa dire di conoscere talmente a fondo il suo pensiero, da poter compiere proficuamente un'operazione del genere senza far prevalere una ridicola autoreferenzialità, magari mascherata sotto le vesti dell'omaggio o dell'approfondimento critico.

Mi limiterò pertanto, a questo proposito, a constatare — come chiunque sarebbe certamente in grado di fare — la distanza che separa l'entusiasmo disinteressato, lo scrupolo di documentazione, la riflessione profonda e il rigore argomentativo che caratterizzano l'approccio di Giuliani anche a questi problemi, dalla dilagante superficialità e dal crescente condizionamento da parte di opachi interessi e di brutali arroganze, che caratterizzano la più gran parte degli interventi (anche normativi) con cui si dice di volerli portare a soluzione.

2. ... e le miserie dell'odierno "quotidiano".

Anche per questo, non potrei nascondere che pure a me — come credo a molti, anche in questa sala — riesce davvero difficile non avvertire un crescente senso di disagio nell'accostarsi oggi a temi come questo, nel contesto di una realtà che, mentre vede la magistratura sempre più impegnata in indagini e in processi in cui vengono a nudo situazioni di desolante degenerazione della gestione della cosa pubblica e delle istituzioni politiche e amministrati, ci somministra, dal vertice stesso della politica, quasi quotidiani attacchi, ora alla magistratura nel suo insieme, ora a certe sue parti, ora a singole persone, in un vortice di atti e di parole che rivelano a dir poco insofferenza per ogni limite imposto al proprio potere, ivi compresi quelli provenienti dai più normali meccanismi di *checks and balances* nei rapporti tra le diverse istituzioni.

Tutto ciò finisce spesso con l'oscurare o col misconoscere anche problemi reali, che la "questione giustizia" nel nostro paese pur pone, e non da oggi. E così si è indotti, se non costretti, a prese di posizione che però rischiano di riflettere soltanto scelte aprioristiche di schieramento, in nome della ripulsa di quell'insofferenza e di ciò che vi sta dietro: ripulsa, beninteso, necessaria, ma sterile, se lasciata a se stessa, e addirittura controproducente se accompagnata da una sorta di rincorsa a chi è più capace di esprimere indignazione, o più ancora disprezzo, per "il nemico" e se porta a sua volta a compiere o a sollecitare atti di uso improprio o di vero e proprio abuso delle proprie competenze.

3. *Il nesso tra indipendenza e responsabilità.*

Vorrei cercare di andare un po' al di là di tutto ciò, per provare a spendere qualche parola che, pur non del tutto disattenta all'attualità, non si faccia schiacciare dal contingente.

Certo, non è dettata dal contingente la stretta connessione che si è evidenziata nel titolo, tra il problema della responsabilità del magistrato e il problema della sua indipendenza: connessione che implica di escludere, per quanto attiene alla responsabilità dei magistrati, interferenze di altri poteri. Forse, dal contingente ne viene accentuato il risalto, che comunque ha radici ben profonde.

Del resto, anche Giuliani, insieme a Picardi, sottolineava quel nesso, non senza rilevare che entrambi i concetti — quello di responsabilità e quello di indipendenza — sono “relativi” e “condizionati dal rapporto tra il potere giudiziario e gli altri poteri”.

Quanto alla Corte costituzionale, già in una sentenza di trent'anni fa (la n. 100 del 1981) affermava che, “per quanto riguarda i magistrati, il fondamento del potere disciplinare non può ricercarsi, come per gli impiegati pubblici, nel rapporto di supremazia speciale della pubblica amministrazione verso i propri dipendenti, dovendo escludersi un rapporto del genere nei riguardi dei magistrati stessi, ‘sottoposti soltanto alla legge’ *ex art. 101 Cost.*”, pur soggiungendo come debba “riconoscersi che il potere disciplinare nei loro confronti è volto a garantire — ed è rimedio insostituibile — il rispetto dell'esigenza di assicurare il regolare svolgimento della funzione giudiziaria, che è uno degli aspetti fondamentali della vita dello Stato di diritto... Onde ben può configurarsi, su tale base, indipendentemente dal detto rapporto di supremazia, un potere disciplinare fondato direttamente sulla legge e tendente alla tutela dei valori dell'ordinamento dello Stato eventualmente lesi dal comportamento del magistrato”.

4. *La responsabilità penale del magistrato.*

La responsabilità disciplinare non è, lo sappiamo, l'unica responsabilità giuridica cui va incontro il magistrato.

Poco si discute della responsabilità penale dei magistrati, anche se pure qui qualche problema si è posto e si pone se non in relazione alla garanzia dell'indipendenza in relazione alla garanzia dell'imparzialità. Questo, almeno, è quanto filtra dai successivi ritocchi alla disciplina della competenza territoriale circa i reati addebitati ai magistrati. Risalente nel tempo, certo, è la regola per cui il magistrato accusato di un reato non può essere giudicato da altri, diciamo così, stretti colleghi: quelli che lavorano nell'ambito dello stesso distretto in cui l'accusato esercita o esercitava le funzioni. E la regola è stata mantenuta nel codice vigente, provvedendosi peraltro ad escludere opportunamente che fosse la Cassazione a determinare con scelte discrezionali la competenza.

Anche il criterio fissato in origine dal codice vigente — e basato su un calcolo di distanze chilometriche tra i capoluoghi dei distretti — è poi stato cambiato, però; e si è venuto ad adottare un criterio che qualcuno chiama “circolare” e altri “a scalare” e che comunque, al di là della terminologia, è cristallino: a Perugia si giudicano i reati addebitati a magistrati romani, Firenze giudica quelli di Perugia, e così via, fino a tornare al punto di partenza, con Roma competente per i reati “napoletani”. Ed è significativa la ragione che è stata alla base dell’ulteriore mutamento: si era avuta la sensazione che il criterio precedente incentivasse operazioni di ritorsione (se un magistrato del distretto X era sotto indagine nel distretto Y, talora accadeva “stranamente” che nel primo distretto si avviassero indagini proprio contro chi in Y indagava contro quel magistrato... e viceversa).

5. *La responsabilità civile.*

Responsabilità civile. Il tema è stato oggetto di molte polemiche soprattutto negli anni attorno al referendum cui è seguita la legge del 1988, con l’introduzione della responsabilità per colpa e non più soltanto per dolo.

Alcune norme di quella legge appaiono direttamente mutate o quantomeno influenzate proprio dalle proposte di Giuliani e Picardi, formulate a conclusione di un saggio incluso nel volume citato, ed espressive di una intelligente ricerca di equilibrio tra l’esigenza di tutela dell’indipendenza e la necessità di evitare ingiustificate situazioni di privilegio.

Così — essi scrivevano — “si potrebbe stabilire che l’immunità del magistrato copra soltanto il contenuto dell’attività *stricto sensu* decisoria, cioè la fase dell’*interpretazione* del diritto e che quindi il giudice è chiamato a rispondere sia delle gravi negligenze durante la fase preparatoria sia delle macroscopiche violazioni di legge, che, come tali, si collocano appunto fuori dell’interpretazione e dell’applicazione del diritto”. Orbene, di “grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile” come fattispecie costitutiva di “colpa grave” risarcibile dal magistrato, parla appunto l’art. 2 della legge 117 del 1988, precisando tuttavia che “nell’esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l’attività di

interpretazione di norme di diritto”, come pure “quella di valutazione del fatto e delle prove”.

Dal saggio di Giuliani e Picardi è d'altronde preso il meccanismo introdotto da quella legge, della motivazione dissenziente, acquisita agli atti in busta chiusa e rivelabile soltanto in caso, appunto, di giudizio di responsabilità.

6. *La responsabilità disciplinare e la titolarità del potere d'iniziare il relativo procedimento.*

Responsabilità disciplinare. Come è noto, di recente, e in particolare con un decreto legislativo del 2006, la materia ha subito non piccole modifiche.

Dovrei lasciare a Nicola Picardi il giudizio se si possa vedere nella riforma l'inizio della fine di quella che lui e Giuliani definivano tradizionale, burocratica forma di responsabilità disciplinare, e se si possa parlare del ritorno a una forma, sia pur rinnovata, di quella responsabilità professionale, per cui essi manifestavano una netta preferenza. Io mi limito a constatare che non sono state accolte neppure certe loro proposte di riforma, che pur si collocavano all'interno del sistema, ma che sarebbero state egualmente, a mio giudizio, non poco incisive.

L'iniziativa disciplinare rimane, sia pur diversamente distribuita, all'interno del binomio ministro — procuratore generale della Cassazione, mentre Giuliani e Picardi auspicavano — auspicio, certo, non poco ardito — che essa fosse attribuita a un esterno, a una sorta di difensore civico. Ed è rimasta quella forma di responsabilità paradisciplinare che è costituita del trasferimento d'ufficio, *ex art. 2* della legge sulle guarentigie.

È stata però accolta, quantomeno in via di principio, l'istanza — per vero, largamente condivisa — di una tipizzazione degli illeciti disciplinari; e mi pare giusto riconoscerlo, senza entrare in valutazioni sulla effettiva congruità delle norme che delineano le singole fattispecie, da più partgi messa in dubbio.

Si è poi respinta — e mi sembra molto importante — ogni velleità di sottoporre a sindacato in via disciplinare l'attività interpretativa del giudice in quanto tale, pur essendosi configurata — in linea di massima, non a torto — una serie di fattispecie d'illecito che

dovrebbero servire a scoraggiare, non la libertà interpretativa ma specifiche forme di macroscopico errore o di negligenza inescusabile.

7. *La giurisdizione disciplinare.*

Non mi soffermo sul *procedimento* disciplinare, pur oggetto di incisivi interventi della Corte costituzionale e del legislatore, che vi hanno introdotto garanzie un tempo sconosciute, le quali, peraltro, più che alle problematiche dell'indipendenza e dell'imparzialità, attengono ad altri aspetti, come quelli del diritto di difesa o del principio di pubblicità.

Piuttosto, mi sembra opportuno sottolineare che in questi anni si è fatta forte la pressione per un distacco della *giurisdizione* disciplinare dal Consiglio Superiore della Magistratura. E molti riportano questo tema proprio a uno dei nodi cruciali del rapporto tra la questione della responsabilità dei magistrati e la questione della loro indipendenza.

A mio modo di vedere, quel distacco è davvero pericoloso se s'inquadra all'interno di un'operazione più complessa, destinata ad avere il suo punto forte in uno sconvolgimento — non importa se repentino o progressivo — della collocazione istituzionale del pubblico ministero, così da riportarlo, più o meno direttamente, alle dipendenze del potere politico. E il pericolo, ovviamente, si accentua quando chi ha ricevuto la titolarità di tale potere mostra di rivendicare un diritto non solo e non tanto (com'è giusto) di *governare*, quanto, piuttosto, di *comandare*.

Un passaggio di tale operazione potrebbe forse essere quello della scissione del C.S.M.: uno per i giudici, l'altro per i pubblici ministeri, di fronte alla quale manifesto anch'io forti perplessità.

Detto questo, confesso peraltro di non essere, in via di principio, entusiasta verso le giurisdizioni domestiche quando si tratta di funzioni pubbliche o di alta rilevanza pubblica (si tratti di magistrati, di avvocati, di professori o di giornalisti): dunque, anche la giurisdizione semidomestica del C.S.M. mi lascia motivi di perplessità.

Certo, mi rendo conto che, tanto più se si vuole che la responsabilità disciplinare dei magistrati diventi sempre più una responsabilità *professionale*, nella prospettiva in cui ne parlava Giuliani) il

“giudizio dei pari” ha delle ragioni particolari, in virtù della più diretta conoscenza delle dinamiche interne all’organizzazione che i colleghi normalmente hanno o dovrebbero avere. E la mia diffidenza dovrebbe comunque attenuarsi là dove il collegio giudicante in via disciplinare è, in realtà “misto”, come appunto accade nel caso dei magistrati.

Mi domando tuttavia se la necessità di tutelare il principio d’indipendenza del magistrato giunga a postulare l’intoccabilità della giurisdizione, in proposito, affidata al C.S.M., e non piuttosto, come già si è detto, l’esclusione — questa, sì — di ogni interferenza del potere politico al riguardo. In particolare, non mi sembra che sarebbe un attentato all’indipendenza dei magistrati l’abolizione di quel cumulo di funzioni che oggi si registra, per il fatto che il giudizio disciplinare è affidato ai medesimi soggetti che hanno competenza anche su tutto quanto incide sulla carriera del magistrato.

Sarei perciò favorevole a riprendere in considerazione proposte come quella dell’istituzione di un’“Alta corte disciplinare”, composta da eminenti personalità “fuori della mischia”, oppure quella, formulata nel 1997 dalla Commissione Bicamerale per le riforme istituzionali, che a sua volta prevedeva la formazione di una Corte disciplinare distinta dal C.S.M., sia pur composta, in proporzione analoga, da membri dello stesso C.S.M., cui però sarebbero tolte, in quanto componenti della Corte, le altre funzioni consiliari.

8. *Responsabilità morale del magistrato.*

Mi sembra peraltro che, in tema di rapporti tra responsabilità e indipendenza dei magistrati, il discorso non possa esaurirsi nell’ambito dei classici strumenti di accertamento di responsabilità individuali di tipo strettamente giuridico.

Non voglio qui riesumare il tema della responsabilità politica, nei termini nei quali vi si è esercitata una penetrante critica di Giuliani e Picardi, con quella loro conclusione, a dire il vero piuttosto *tranchante*, secondo cui tutte le proposte formulate al riguardo in un trentennio “si sono dovute piegare alle due alternative logicamente e storicamente configurabili: la responsabilità disciplinare o la responsabilità civile”.

Al di là di quest'affermazione ho però trovato un diverso spunto, estremamente stimolante, proprio in un altro giudizio di Alessandro Giuliani, che traggio da un suo intervento a un Convegno bolognese del 1980, a proposito di quella che egli, con formula particolarmente impegnativa, ha chiamato "responsabilità morale" del magistrato, osservando che senza di essa — la quale si manifesterebbe "soprattutto nella sua vocazione per l'imparzialità" — "ogni soluzione, ogni mutamento della normativa finiscono per risultare precari".

Ecco, una *responsabilità morale* in funzione dell'*imparzialità*.

Responsabilità morale, certo, che a sua volta ha bisogno di veder rispettata l'indipendenza del magistrato, e che d'altro canto dovrebbe essere tanto più sentita dal magistrato, quanto più ne viene tutelata l'indipendenza (per non evitare di guardare anche in casa propria, mi verrebbe in mente, *mutatis mutandis*, un'analogia con la responsabilità morale di *autenticità*, che ogni insegnante dovrebbe tanto più avvertire quanto più sia rivendicata e garantita la libertà d'insegnamento...).

9. *L'importanza della deontologia.*

Il problema, a questo punto, mi sembra dunque anche quello della ricerca, e dell'affinamento, e del rafforzamento, di strumenti che, al di fuori delle sanzioni civili e disciplinari (e aggiungerei penali), mirino a rendere da un lato più pressante, dall'altro meno esposto a indebiti condizionamenti esterni, il richiamo del magistrato a questa sua responsabilità, di ordine etico (o, se vogliamo, etico-politico), davanti alla collettività nel cui nome è chiamato ad amministrare la giustizia.

So che in proposito anche i magistrati italiani (come gli avvocati) si sono dotati di un codice deontologico, con indicazioni che in parte vanno al di là delle regole propriamente disciplinari. Qui come altrove, però, la semplice autoregolamentazione non mi sembra sufficiente, anche se è importante.

Occorrono altresì strumenti di diversa natura e di diversa fonte, che possono anche richiedere interventi normativi complessi, sebbene gli assi portanti siano forse più organizzativi che repressivi.

Anche per ragioni di tempo, farò solo un paio di esempi, senza pensare, ovviamente, di esaurire con essi una tematica che ha molti risvolti e che non si lascia facilmente incasellare in schemi rigidi.

10. *La vexata quaestio della gestione dell'azione penale.*

Un aspetto è quello della responsabilità per la gestione dell'azione penale.

A tal proposito si è assistito e si assiste a ricorrenti tentativi — più o meno mascherati — di subordinare tale gestione ai più contingenti “*diktat*” del potere politico.

Contro di essi si oppone una sacrosanta resistenza, solitamente sorretta dal richiamo al principio costituzionale di obbligatorietà, che però finisce troppo spesso con l'essere ridotto a un tabù non sempre credibile.

Fuor di dubbio è che il principio di obbligatorietà abbia avuto il merito storico — ed abbia tuttora la capacità — di fornire un efficace scudo ai magistrati contro le pressioni di potenti e prepotenti alla ricerca di impunità.

Peraltro il puro e semplice arroccamento su quel principio non riesce a nascondere una serie di problemi di non piccola mole, a cominciare da quelli generati dalla discrezionalità circa le scelte dei tempi dell'azione, di fatto non meno ampia (e anzi, persino più ampia) di quella che si registra nei Paesi dove vige il cosiddetto — e teoricamente opposto — principio di opportunità dell'azione, con ciò che ne consegue quanto a selezione tra le varie notizie di reato.

D'altronde, è innegabile che la rigidità di formulazione della regola scritta nell'art. 112 della Costituzione, in quei termini, non ha paragoni in nessun'altra tra le Costituzioni dei Paesi a noi più vicini, e pur non meno democratici del nostro, né, forse, meno del nostro sensibili per i principi di legalità e di eguaglianza tra le persone. Peraltro, quella rigidità è stata in larga parte messa in parentesi, senza grosse obiezioni, da norme processuali come quelle che consentono l'archiviazione per i reati di competenza del giudice di pace quando il fatto sia giudicato “di tenue entità” (e non mi hanno mai convinto le acrobazie, grazie alle quali tale operazione viene giustificata proprio come strada per rendere più effettivo il principio dell'art. 112, giacché, se è vero — come è vero — che così si

dovrebbero liberare più energie per perseguire, come è altamente auspicabile, i crimini più gravi, è altrettanto vero che quell'articolo non fa distinzione tra resto e reato...). In sede, poi, di ordinamento giudiziario si sono avute aperture a vere proprie selezioni "guidate" tra le notizie di reato, e sulla base di criteri assai elastici e in larga parte rimessi alla discrezionalità dei magistrati. Hanno semmai suscitato forti polemiche le iniziative di qualche procuratore della Repubblica che, specialmente in occasione dell'ultima legge di indulto, enunciava espressamente direttive selettive per l'effettuazione di indagini e per l'esercizio dell'azione penale, calibrate sulla constatazione che certi reati sarebbero comunque stati coperti dal beneficio.

A me sembra che a questo punto non dovrebbe scandalizzare l'adozione di sistemi che comportino un'esplicita assunzione di responsabilità, per cerchi concentrici, del Parlamento, del C.S.M., dei consigli giudiziari, dei responsabili degli uffici, per l'individuazione e la concretizzazione di criteri trasparenti.

Certo, nessuno dovrebbe poter dire "quest'anno la tal categoria di reati non si persegue..."; ma ci sono altri modi, meno caricaturali e meno desolanti, per disciplinare le priorità: in particolare, penso alle scelte relative alla distribuzione del personale e a quella delle risorse materiali a disposizione.

11. *I rapporti all'interno degli uffici di procura.*

Il discorso, d'altronde, si collega a quello dei rapporti tra i capi degli uffici (in particolare di procura) e gli altri membri dell'ufficio.

Le riforme recenti hanno accentuato, da vari punti di vista, i poteri dei "capi". Per certi versi era necessario, specialmente in relazione a situazioni nelle quali il rischio del "fai da te" veniva a compromettere pesantemente, questo sì, l'eguaglianza tra i cittadini sottoposti a procedimenti giudiziari.

Ma l'operazione mi sembra globalmente accettabile, sia in termini di efficienza della giustizia, sia in termini di responsabilizzazione e insieme di rispetto di tutte le personalità e di tutte le professionalità, soltanto se nel quadro di una valorizzazione delle occasioni di dialogo e nel coinvolgimento di tutti nell'elaborazione di "linee — guida" comuni, tra il titolare e gli altri componenti dell'ufficio. Altra

cosa è se tutto si svolge nel segno del più puro autoritarismo, con direttive — non previamente elaborate e discusse insieme — che si risolvano in ingiustificate imposizioni di una volontà che sostanzialmente sconfini nell'arbitrio, anche se formalmente contenute nei limiti della legge...

Non c'è niente — mi pare — di... sessantottesco in questi rilievi, a meno di accusare di “sessantottismo” lo stesso Capo dello Stato, che, in occasione di una recente Assemblea plenaria del Consiglio superiore della magistratura, ricordava come proprio il Consiglio, in una sua formale risoluzione del 2007, avesse “condivisibilmente rilevato la opportunità che, nello svolgimento delle loro prerogative organizzative, i Procuratori coinvolgano preventivamente tutti i magistrati dell'ufficio”, giacché — proseguiva il Presidente Napolitano — “una gestione trasparente ed efficiente è in effetti assicurata dalla sinergia tra il ‘capo’ e i suoi sostituti, purché non la si intenda in chiave di condizionamento delle potestà di organizzazione che spettano esclusivamente al primo”, ma realizzi “un corretto ed efficace sistema di rapporti all'interno delle Procure”, il quale “implica un livello elevato di professionalità e di cultura organizzativa, e una corrispondente assunzione di responsabilità, da parte dei capi degli uffici, su cui il Consiglio Superiore della Magistratura è chiamato a intervenire esercitando una funzione di stimolo e di vigilanza”

D'altro canto, se guardiamo alle responsabilità della magistratura verso la collettività, mi sembra significativo quel che leggo in un volumetto scritto da due magistrati, Paolo Borgna e Marcello Maddalena (a quanto ne so, di non identico orientamento “associativo” ma, entrambi, sicuramente non accusabili di servilismo verso il potere politico di qualunque colore): dare alle relazioni annuali dei procuratori generali anche il significato e la portata di relazioni programmatiche, da sottoporre a pubblica discussione e in particolare alla valutazione dei consigli regionali, e poi, in caso di valutazione dissenziente, del C.S.M., sino al punto — dice Maddalena — che, in caso di dissenso, il C.S.M. dovrebbe valutare l'opportunità che l'allenatore lasci la panchina”...

Proposta ardita, e certamente opinabile; ma, in ogni caso, un sintomo dell'insufficienza della difesa dello *status quo*, sia pur come mezzo per contrastare inammissibili pretese della politica.

12. *Magistrati e mezzi di comunicazione.*

Altro problema cruciale è quello dei rapporti tra i magistrati e i mezzi di comunicazione, sia per quanto concerne i singoli procedimenti nei quali i primi sono impegnati, sia a più ampio raggio.

Di questi tempi il problema è esploso soprattutto in relazione e in reazione al disegno di legge che, partito da una conclamata volontà di riformare la disciplina delle intercettazioni nel segno della tutela della *privacy*, è poi andato ben oltre, da vari punti di vista, così da far insorgere tanto il mondo della magistratura quanto quello del giornalismo e dell'editoria, per il numero e il contenuto dei limiti che vi si scorgono, da un lato al potere-dovere dei magistrati di indagare, dall'altro al diritto-dovere dei *media* di informare, e per gli eccessi di repressione che ne vengono, anche nei confronti di comportamenti neppur lesivi di interessi costituzionalmente o legislativamente protetti.

Pure qui, però, più di un problema emerge anche dalla situazione dell'oggi.

Io, quando si parla di queste cose, trovo sempre dei punti di riferimento essenziali in alcune sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: quella del "caso Sunday Times", quella del "caso Allenet de Ribemont — de Broglie"; quella del "caso Craxi".

La prima è quella che nel 1979 addebitò al Regno Unito una lesione della libertà di informazione per aver applicato in modo inaccettabilmente eccessivo il tradizionale (e, in generale, benemerito) istituto del "*contempt of court*", sottoponendo a inibizioni e sequestri un giornale "colpevole" di una campagna di stampa a sostegno dell'azione giudiziaria intentata dai parenti delle vittime della tragedia del talidomide e a sollecitazione di un giudizio rapido ed equo.

La seconda — solo apparentemente di segno contrario — è quella che verso la fine degli anni novanta ebbe a condannare la Francia, in nome della presunzione d'innocenza, per un'intervista al telegiornale della sera, resa dal Ministro della giustizia insieme al Capo della polizia e in cui, senza alcuna riserva, una persona di fama più che dubbia (ma poi, nella specie, prosciolta nel prosieguo dell'istruttoria) veniva individuata, con nome e cognome, quale

autrice dell'omicidio di una nota personalità della politica e della finanza.

La terza è quella del 2001, a carico dell'Italia, ritenuta responsabile della mancata effettuazione di congrui accertamenti al fine di individuare le responsabilità della divulgazione dei risultati di intercettazioni, contenenti particolari del tutto irrilevanti per l'indagine nel corso della quale le intercettazioni erano state disposte.

In effetti, non è facile armonizzare le molteplici esigenze che in rapporto a questa tematica si intrecciano e talora si contrappongono, pur ricollegandosi tutte, almeno in parte, a principi e valori costituzionali: trasparenza dell'amministrazione della giustizia, diritto — dovere di informazione, libertà di manifestazione del pensiero, imparzialità del giudice, riservatezza della persona, presunzione d'innocenza...

Un'analisi richiederebbe da sola ben più di una relazione. Qui mi limito a ribadire come trovi anch'io inaccettabili la più gran parte delle regole delineate nella legge *in fieri*, che in nome dell'esigenza di reprimere le fughe di notizie in realtà giungerebbero a impedire alla stampa di svolgere quella funzione di "cane da guardia della democrazia" che anche la Corte europea, nella sentenza *Sunday Times*, le ha riconosciuto, e come d'altra parte ritenga necessarie sia la fine dell'anarchia nei canali di comunicazione tra giustizia e stampa con riferimento ai singoli procedimenti in corso, sia una maggior prudenza quanto ai contenuti di tali comunicazioni.

Di qui, a mio giudizio, l'improcrastinabilità della costituzione di "uffici stampa" responsabilizzati, all'interno degli uffici di procura, attraverso i quali canalizzare tutte le comunicazioni dei magistrati con la stampa, e la conseguente, severa repressione delle "confidenze" sussurrate senza assunzioni di paternità. Insieme, vorrei che non restasse al livello di vuota esercitazione retorica l'esigenza di un esercizio da parte di tutti (magistrati e poliziotti ma anche, per converso, difensori e consulenti di parte) del più rigoroso autocontrollo verbale per evitare che un indagato diventi inequivocabilmente, per tutti, un colpevole, ma anche per evitare che un giudice o un pubblico ministero sia impunemente indicato come una sorta di *killer* impunito.

13. *I magistrati e la partecipazione a dibattiti pubblici.*

Non meno delicata mi pare d'altronde — sotto il profilo della responsabilità morale — la questione della partecipazione del magistrato a dibattiti pubblici.

Tale partecipazione, divenuta ormai abituale in ogni sorta di interviste o *talk show*, viene spesso giustificata nella frequenza degli attacchi e delle vere e proprie ingiurie cui — praticamente senza limiti e senza freni — l'intera magistratura o questa o quella sua componente vengono pubblicamente sottoposti, e alla quale si accennava all'inizio.

Ribadito il giudizio totalmente negativo su quegli attacchi, di fronte ai quali è difficile mantenere l'equilibrio necessario per concentrare le reazioni nelle sedi proprie e ai livelli adeguati, resta in me, ugualmente, un senso di disagio, non solo quando, più o meno indotto da un attacco specifico oppure invitato in uno dei salotti televisivi con maggiore "*audience*", un magistrato viene a parlare di procedimenti giudiziari, sia pure a lui non affidati, o comunque quando, per ciò che in una qualunque sede "pubblica" un magistrato dice, egli si viene a collocare — quantomeno oggettivamente — come collaterale o come avversario di qualcuno, in un dibattito che vede schierati, magari in quella stessa trasmissione ma comunque nel Paese, esponenti di questa o quella appartenenza partitica.

Intendiamoci. Non mi propongo affatto come ideale il magistrato che vive (o crede di vivere) nella torre d'avorio, senza opinioni in campo etico o politico. Del resto, si sa che spesso i meno imparziali e i più carichi di pregiudizi sono proprio i magistrati sedicenti "apolitici". E poi, è pur vero che, di divieto in divieto, si rischia di finire con l'inibire ai magistrati persino di portare contributi preziosi alla cultura giuridica o all'elaborazione delle leggi..

Però mi sembra che quantomeno un rigoroso *self-restraint* in queste sortite pubbliche s'imporrebbe ben di più di quanto non accada. Anche perché la libertà di manifestazione del pensiero, che certamente, in via di principio, spetta anche ai magistrati, non può avere per loro — così come, e sia pur in diversa misura, per altri titolari di funzioni pubbliche — la stessa estensione che per il comune cittadino, il quale è privo (a differenza, non dimentichiamolo, del magistrato) dei poteri tangibili che sono simbolicamente

espressi dall'immagine della spada e della bilancia. Ce lo ricordava, se ce ne fosse stato bisogno, quella stessa sentenza costituzionale che citavo all'inizio.

14. *L'imparzialità del magistrato: non un dato scontato, ma un valore da perseguire e da tutelare.*

E mi domando poi se sia né più né meno che un'... appropriazione indebita il richiamare anche a questo proposito quel monito di Alessandro Giuliani sulla responsabilità morale collegata all'imparzialità, che a sua volta già ho ricordato.

Imparzialità, direi io, nei confronti delle parti di ogni singolo procedimento attuale o potenziale. Imparzialità, che non significa l'identica cosa per il giudice e per il pubblico ministero, pur sempre, a sua volta, "parte"; ma, appunto, "parte" pubblica, da non lasciarsi trascinare in risse personali, sia pur soltanto verbali. Ma imparzialità — e, questo, credo valga allo stesso modo per giudici e pubblici ministeri — anche rispetto al confronto che deve esserci tra le forze politiche e tra esse e il paese.

Per molti sono cose ovvie, ma... Mi domando: lo sono davvero sempre? E comunque lo sono per i tanti innamorati, per altri versi, degli imperativi "senza se e senza ma"?

VITTOR IVO COMPARATO
IL REGOLO LESBIO TRA VOLONTÀ E RAGIONE:
DA CONNAN A MURATORI

In una relazione intitolata *Le raisonnement par analogie*, presentata al X congresso internazionale di diritto comparato (Budapest, 1978), Alessandro Giuliani osservava, a proposito della giurisprudenza equitativa delle grandi corti nei secoli dell'età moderna:

L'équilibre entre l'équité et le *ius scriptum*, assuré par la conception médiévale du droit [...] s'était brisé en faveur de l'équité. Les Grands Tribunaux prétendaient être les oracles d'une équité, qui était devenue une justice distributive et politique [...]. Les Grand Tribunaux — en tant que juges d'équité — partagent avec les souverains d'une fonction législative... (1).

Proprio all'apice della 'gestione giudiziaria' della giustizia, nell'età della venalità degli uffici e del primato della giurisprudenza decisionista e consiliare, molte voci si erano levate — alcune celebri come quella di Rabelais — per criticare l'arbitrio esercitato di fatto dai magistrati in nome dell'equità. Giuliani citava il giurista piemontese Richeri (1774) a proposito del clima settecentesco, in cui andava affermandosi una sempre maggiore diffidenza verso il principio di equità e una sempre più netta richiesta di codificazione. Evocava così il ruolo fondamentale che il dibattito giuridico-filosofico sull'*aequitas* aveva esercitato in età moderna, prima nell'implicito confronto tra volontà del legislatore e libertà di interpretazione del magistrato, poi, dopo i primi tentativi di codificazione, nel passaggio verso il primato del legislatore e il moderno statuto del giudice come giudice-funzionario.

(1) A. GIULIANI, *Le raisonnement par analogie*, in *Rapports nationaux italiens au X^e Congrès International de Droit comparé. Budapest 1978*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 87.

Il seminario internazionale sull'educazione giuridica, che Giuliani insieme a Nicola Picardi hanno progettato come un vero e proprio monumento di riflessione concettuale, ma anche storica, segue, mi sembra, da presso, il disegno storico che dalla formazione antica e medievale dell'uomo di legge passa attraverso le principali fasi della modernità: dal magistrato al pubblico funzionario al legislatore.

Non vi è dubbio che, in età moderna, le strategie concettuali per definire il delicato rapporto tra legge ed equità si possano ricondurre a strategie politiche. Nel dibattito relativo, che implicava nei fatti il rapporto che intercorreva tra legislatore e magistrato, molto venne usata, esplicitamente o implicitamente, la metafora del regolo Lesbio. Con essa si mirava, in effetti, o a difendere la situazione esistente, o a ricostituire un nuovo equilibrio, o, invece, a volgerlo verso il primato della legge scritta. L'interpretazione della 'figura' del regolo Lesbio, che essendo di piombo si adattava alla forma della pietra, a differenza del canone di Policleto che si basava su proporzioni fisse, si prestava, paradossalmente, a diventare altrettanto flessibile del regolo a cui si riferisce.

Quando Aristotele la adottò il suo problema era se il giusto e l'*epieikés* (ciò che è conveniente) fossero tra loro estranei, o fossero la stessa cosa, o se il secondo fosse superiore al primo ⁽²⁾. Si trattava di una delle declinazioni della critica aristotelica all'idea platonica del Bene come categoria universale, da cui avrebbero dovuto discendere tutti gli altri molteplici beni esistenti ⁽³⁾. Così come il bene in sé, anche il giusto in sé nell'*Etica Nicomachea* non può avere una definizione universale « se non in relazione ad altro » [V,1, 1129b]. Ad esempio, si può definire giusto sia ciò che è rispettoso della legge sia ciò che è equo. « Perciò ciò che è giusto sarà quel che è legale, e quel ch'è imparziale » [1129a]. Ciò che è legale lo chiamiamo giusto in relazione ai comportamenti stabiliti dal potere legislativo nell'interesse comune e degli stessi capi. Che sia una virtù « sommamente perfetta » lo dice il fatto che essa è, tra le virtù, quella che concerne essenzialmente gli altri. Il giusto, come le altre virtù, sta nel mezzo e

(2) ARISTOTELE, *Et. Nic.*, V, 10, 1137b (ed. Bari, Laterza, 1979).

(3) Cfr. P. CAMPEGGIANI, *La nozione di epieikeia in Aristotele: il giudice e la norma*, in *Il Pensiero Politico*, XLII (2009), p. 292.

può essere identificato attraverso la proporzione geometrica: a sta a b come b sta a Υ dove b è termine intermedio tra i due estremi della proporzione. Insomma, nella giustizia distributiva, si può dire che « la proporzione è un medio e il giusto proporzione » [1131b].

Ma l'altra specie di giustizia, quella regolatrice delle relazioni sociali, consiste nel ristabilire l'equità in una proporzione aritmetica violata, ed è ciò che il giudice imparziale si sforza di fare per rimediare ad una iniquità [1132a-b]. Questo tipo di giustizia presuppone la misurabilità del valore e del disvalore, si basa sullo scambio e sulla vita in società. Questo « giusto » che Aristotele definisce « civile » è a sua volta o il risultato della natura o della legge. Solo in teoria si può definire il primo caso « universale », giacché la natura non è uguale dovunque; tanto meno lo può essere quello che deriva dalla legge o convenzione, giacché le norme di giustizia umane « non sono le stesse ovunque, perché neppure i governi sono gli stessi » [1135a]. Per definire poi un atto come ingiusto occorre introdurre la categoria della intenzionalità e della volontarietà. Un atto può essere obbiettivamente ingiusto in quanto provoca un danno a qualcuno, ma non si può sempre definire « ingiusto » chi lo compie inconsapevole o costretto.

In questa umana difficoltà a definire in senso apodittico e universale il giusto e l'ingiusto, giunge a proposito appunto il « conveniente », l'*epieikés*. Per Aristotele il giusto e il conveniente sono la stessa cosa, anche se non secondo la legge. Ma l'*epieikés* è in definitiva superiore, perché il giusto secondo la legge è tale solo nel campo della generalità, come è necessario e inevitabile che sia, mentre il conveniente è un correttivo della legge, interviene dove il legislatore ha omesso od errato, « e ciò [lo] direbbe anche il legislatore stesso se fosse presente colà, e, se avesse previsto la cosa, l'avrebbe regolata nella legge » [1137b]. Non si può includere ogni cosa in una legge fissa. Inoltre, l'uomo *epieikés* è colui che cerca di individuare quale sia « il giusto migliore » e perciò « non è rigido nella legge in ciò che porta al peggio, bensì incline a mitigare, anche se può invocare l'aiuto della legge » [1137b] (4). Le leggi vengono *prima*, ma il magistrato deve *poi* applicarle al caso concreto. Per far

(4) CAMPEGGIANI, *La nozione di epieikeia in Aristotele*, cit., pp. 3-4, 9.

questo deve, quindi, valutarle. Il giudice può limitarsi ad una semplice *interpretatio*, ovvero, in caso di lacuna, invocare la supposta volontà del legislatore (chiedendosi che cosa avrebbe deciso se si fosse trovato dinanzi al caso non previsto), o infine, in caso di antinomia o di fattispecie del tutto ignorata, spingersi sino a regolarsi sulla base di norme etiche e non giuridiche, e quindi diventare lui stesso legislatore del caso concreto. Secondo Campeggiani (che identifica la forma del regolo di Lesbo in modo diverso rispetto alle immagini correnti) ⁽⁵⁾ Aristotele, elaborando la nozione di *epiēikeia*, aveva ad essa affidato il compito fondamentale della realizzazione pratica della giustizia, riconoscendo « l'utilità e opportunità di quell'operazione di ermeneutica giudiziaria, da svolgersi nel rispetto dei principi di giustizia custoditi nei *nomoi*, che Platone invece aveva negato ai suoi giudici » ⁽⁶⁾. Dinanzi all'insufficienza obbiettiva della legge a tener conto della complessità dei casi umani, solo il giudice risultava in grado di valutare circostanze, intenzionalità, personalità e situazioni, alla luce delle quali Aristotele aveva relativizzato la propria nozione di giustizia.

La fonte aristotelica, mi sembra, contiene *in nuce* le varianti principali del dibattito che nel periodo medievale e moderno ebbe come oggetto l'equità e la metafora che spesso la rappresentava: una teoria delle legislazione come costruzione variabile nella tipologia, ma caratterizzata dalla razionalità; una nozione di giustizia come misura, una teoria della responsabilità individuale graduata secondo il grado di intenzionalità, una funzione del giudice come mediatore tra il valore etico contenuto nella legislazione e la natura del fatto. Il regolo di Lesbo dunque recava con sé, accanto al carattere della flessibilità, quello dell'indeterminatezza, perché la « misura » in cui l'*aequitas* si concreta è un'operazione logicamente situata nell'ultima fase, quando il caso pratico viene sottoposto al giudizio.

In età moderna la questione diventò di pressante attualità dal momento in cui la *iurisdictio*, da arbitrato tra due interessi in

⁽⁵⁾ Ivi, pp. 293-97: il regolo avrebbe potuto essere uno strumento a segmenti mobili e non un'asta flessibile.

⁽⁶⁾ Ivi, p. 300.

conflitto, regolato dai principi della dialettica processuale (7). mutò il proprio statuto, trovandosi all'interno dell'universo giuridico-politico caratterizzato dalla teoria della sovranità e della legge come prerogativa esclusiva del potere sovrano (8). La Francia del '500 è stata il terreno più fertile e allo stesso tempo più controverso del dibattito, date le condizioni di fatto in cui si trovavano i rapporti tra assolutismo monarchico e corpi giudiziari (9). La legislazione regia rimaneva solo una parte delle fonti del diritto applicate nei tribunali e il potere reale dei sovrani era sempre condizionato dall'esistenza di corpi intermedi, città, gruppi sociali, organi giudiziari dotati di larghe autonomie (10). Occorre perciò tener presente che se il tema dell'equità era un *topos* ordinariamente evocato in qualsiasi trattato giuridico, di orientamento filologico, istituzionalistico, o pratico, i giuristi di età moderna avevano ben presente la portata politica della scelta per una interpretazione larga o ristretta del regolo di Lesbo. In questa sede si vorrebbe focalizzare l'attenzione sulle strategie argomentative e su come esse riflettevano le condizioni obbiettive in cui andava svolgendosi in età moderna la dialettica tra legge e giustizia, potere sovrano e corpi giudiziari.

Un riferimento diretto all'aristotelica *epiēkeia* si trova nel capitolo XI del libro I dei *Commentarii iuris civilis* di François Connan (1533), rivisitato e tradotto recentemente da Dominique Gaurier (11). Connan, che era stato allievo di Alciato all'università di

(7) Sul sistema giuridico medievale: P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995; D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, Il Mulino, 2004.

(8) Le interpretazioni storiografiche di tale congiuntura sono discusse da D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 45 e ss.

(9) Cfr. R. DOUCET, *Les institutions de la France au XVIe siècle*, vol. I, Paris, Picard, 1948, capp. 6-8.

(10) Cfr. F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, C.N.R.S., 1984, livre II "Le développement du pouvoir royal et l'équilibre monarchique (XIVe-XVIIIe siècles)".

(11) FRANCISCI CONNANI Parisiensis, consiliarii regii, ac supplicum libellorum in Regia Magistris, *Commentariorum iuris civilis libri X*, Lugduni, apud heredes Iacobi Iunctae, 1566, lib. I, cap. XI. Questo capitolo è stato tradotto e commentato da D. GAURIER, *Regards croisés français et anglais sur l'équité au XVIe siècle. François de Connan et Christopher Saint-German*, in *Les Chroniques de l'OMIJ - 5*, Limoges, Pulim, 2010, pp. 130-188 (testo: 150-174).

Bourges, era un *maître des requêtes*, quindi un magistrato e come tale un naturale rappresentante del primato dell'*aequitas*, ma allo stesso tempo si trovava al servizio di Francesco I, un sovrano geloso delle proprie prerogative, come dimostra la letteratura assolutistica del suo tempo⁽¹²⁾. Anche Connan, d'altra parte, sia per formazione che per professione, era un legista al servizio della monarchia. Per lui dunque l'equità del giudice doveva limitarsi sostanzialmente ai primi due casi di Aristotele: l'interpretazione della legge e la ricerca della effettiva volontà del legislatore⁽¹³⁾. La strategia concettuale del giurista francese mira, infatti, a neutralizzare il possibile conflitto tra legge ed equità. Per lui l'*aequitas* regge l'intero ordinamento giuridico, in quanto sia la legge sia il decreto del giudice incarnano il principio equitativo, che è tale perché rinvia in entrambi i casi alle norme del diritto naturale e delle genti. Non si può verificare, quindi, un conflitto sostanziale. Quando il giudice interpreta o colma una lacuna della legge non può che fare riferimento allo stesso orizzonte normativo che deve ispirare la legislazione, un orizzonte insieme razionale e giusto. Anche se si volgono verso il medesimo fine, l'equità non è però l'espressione diretta del diritto naturale, che è una fonte normativa del diritto non scritto:

Aequitatis enim hoc unum et solum negotium est, legum scripturarum voluntates et quasi cogitationes omnes et sensus bene nosse, eosque pro sua bonitate adducere ad naturalem rationem. Quod facere non potest, si a se et sola consistet, nec ad alicuius scripturam legis accomodetur. Lex igitur et aequitas in iis sunt, quae cum aliquo conferuntur: nec ulla aequitas est, quae non sit alicuius legis aequitas: et lex nulla quae non alicuius aequitatis, ut sic dicam, lex sit...⁽¹⁴⁾.

Per questo, aggiunge Connan, Aristotele nel libro I della *Reto-*

(12) Sul tema: E. SCIACCA, *Le radici teoriche dell'assolutismo nel pensiero politico francese del primo Cinquecento. 1498-1519*, Milano, Giuffrè, 1975. Per Seyssel, invece, i parlamenti in Francia sono stati istituiti espressamente per costituire un freno e limitare il potere dei re: CL. DE SEYSEL, *La monarchie de France* (1515), ed. a cura di J. Poujol, Paris, Librairie d'Argences, 1961, pp. 117-18.

(13) CONNAN, *Commentariorum iuris civilis libri X*, cit., lib. I, cap. XI, 6, p. 48a.

(14) IVI, I, 11, 5, p. 46b. Cfr. GAURIER, *Regards croisés français et anglais sur l'équité*, cit., p. 158.

rica distingue l'equità come somma virtù dall'equità che Ulpiano chiama « civile », che è appunto l'interpretazione o la supplenza in caso di lacuna della legge. Ma può il giudice arrogarsi il potere di applicare direttamente alla legge la propria nozione di ciò che è giusto ed equo? Per Connan il giudice deve comunque rivolgersi al legislatore, cioè al principe, per accertarne la volontà autentica: « Adeundus est princeps qui eam interpretetur, et nova lege voluntatem suam declaret, si opus est... » (15). L'equità è spesso confusa con la clemenza. Anche in questo caso si può incorrere nel rischio che il magistrato a cui si attribuisca un eccesso di potere equitativo entri nella sfera che Connan considera di esclusiva pertinenza del principe, come sostenevano del resto tutti i teorici delle prerogative della sovranità (16). L'equità è rivolta ad attenuare la rigidità della legge; la clemenza è un intervento diretto sul diritto, e non è concessa al giudice, ma è nelle mani di chi ha ricevuto il danno, o esercitata solo dal principe, o dal suo equivalente, cioè il Senato. Di qui la necessità per Connan di distinguere benignità da clemenza, conservando alla giustizia quell'elemento di equità — il temperamento della legge — che veniva in età medievale e moderna sistematicamente rappresentato dal ginocchio nudo o protruso delle immagini della giustizia (17).

Connan consacra dunque l'equità come principio universale, mentre nella sua applicazione mira a ridurre l'arbitrio dei giudici entro stretti confini, sia in termini di imparzialità, che in termini di subordinazione alla legge. L'interpretazione dell'*epiēikeia* aristotelica era nel suo caso restrittiva, anche se, stante la pluralità delle fonti normative, il suo sovrano era costretto, nella realtà, a farsi, più che legislatore, supremo interprete delle leggi. La portata dell'equità giudiziaria veniva limitata sia dal fatto di escludere la sua dipendenza da una fonte normativa 'altra' (il diritto naturale) rispetto alla legge positiva, sia dalla sua restrizione al solo confronto con le leggi scritte.

(15) CONNAN, *Commentariorum iuris civilis*, cit., I, 11, 7, p. 48b.

(16) Ivi, I, 11, 9, p. 49b. Cfr. A. LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*, Paris, 1907, pp. 154-55.

(17) Cfr. M. SBRICCOLI, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal Medioevo all'età moderna*, in *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 92-95.

Del resto, anche nell'esame del rapporto tra legge e consuetudine Connan aveva seguito nel capitolo X un'analoga cauta procedura: grande considerazione per questa legge non scritta « moribus constituta », ma anche decisa affermazione che « adversus leges scriptas nunquam valet consuetudo » (18).

Il testo di Connan rappresenta bene la difficoltà dei giuristi al servizio di una monarchia, che era già nelle intenzioni assoluta, di salvaguardare il potere delle magistrature centrali, come i parlamenti, ma di giustificarlo senza ammettere qualche forma di dualismo. Non vi è dubbio che la legge per Connan sia l'espressione di una volontà sovrana: sul piano della volontà non può quindi né essere affiancata né contrastata. Che dire allora dei poteri dei parlamenti in Francia?

Quell'accenno al Senato era evidentemente un'eco dell'autoconsiderazione dei magistrati del parlamento di Parigi e degli altri parlamenti provinciali, che miravano ad assimilare la propria funzione a quella del Senato romano (19). I magistrati delle corti sovrane, sostiene Connan, giudicano in ultima istanza e sempre in nome del re, come se egli stesso avesse emesso la sentenza su consiglio dei senatori. Lo fanno quindi secondo la loro equità, ma non possono sopprimere, correggere o diminuire la legge (20).

L'esempio più chiaro di come il presupposto assolutistico fosse costretto a venire a patti con l'effettiva libertà del magistrato nella gestione dell'*officium iudicis* è quello di Jean Bodin. Bodin riprende nella *République* la metafora aristotelica del « regolo lesbio », nel capitolo V del libro III, « Del potere che i magistrati hanno sui privati » (21). Il discorso bodiniano è tutto orientato — sulla falsariga della disputa tra Lotario ed Azone sul potere del magistrato — verso il proposito di dimostrare che, mentre nella teoria di Lotario (che è anche quella di Alciato, e poi di Connan e di Du Moulin) e nella

(18) F. CONNAN, *Commentariorum*, cit., I, 10, 9, p. 43a. D'altra parte in Francia la redazione scritta delle consuetudini le aveva elevate al livello di leggi. Sul rapporto tra legge e consuetudine cfr. CH. ZENDRI, *Pierre Grégoire tra leges e mores. Ricerche sulla pubblicistica francese del tardo Cinquecento*, Bologna, Monduzzi, 2007.

(19) Cfr. GAURIER, *Regards croisés français et anglais sur l'équité*, cit., p. 136.

(20) CONNAN, *Commentariorum*, cit., I, 11, 10, p. 49b.

(21) J. BODIN, *I sei libri dello stato*, a cura di M. Isnardi Parente e D. Quaglioni, Torino, Utet, 1964-1997, 3 voll.

prassi romana il giudizio del magistrato era del tutto sottomesso alle leggi, nella pratica a lui contemporanea « non vi è stato in cui le pene non siano lasciate all'arbitrio e al potere del magistrato; in quasi tutte le cause civili, tutti gli interessi sono arbitrari » (22). Per Bodin il magistrato giudica secondo la legge, se c'è, ma in pratica secondo l'equità, cioè seguendo il proprio scrupolo e coscienza. In questo consiste il regolo lesbio: nella necessità degli stati moderni di lasciare ai magistrati l'arbitrio di aggravare o alleggerire le pene secondo le circostanze (Bodin ragiona sempre dal punto di vista del giudice penale), per l'impossibilità di determinare per legge la varietà infinita delle cause, dei tempi, delle circostanze. I magistrati hanno quindi, per delega, una parte dell'*imperium* che è prerogativa del sovrano (23).

Nella *Iuris universi distributio*, Bodin era, in effetti, in pieno accordo con Connan sul fatto che « Aequitas ius est arbitrio statuentis permissum, velut principis leges emendantis, et legibus solventis, magistratus, quum leges supplet, vel eas moderatur » (24). Ma l'estremo volontarismo del giurista angevino (25) non gli consentiva illusori propositi di tenere i magistrati sotto i vincoli della legge. Difatti, il potere ricevuto da parte del sovrano viene comunque per via gerarchica da Dio ed è soggetto essenzialmente alle leggi di Dio. *Decretum*, cioè espressione della pura volontà, è ogni decisione del sovrano e, di riflesso, anche quella del magistrato nella sfera amplissima dello *iudicis officium*, cioè della decisione di come applicare la legge. Il potere del sovrano si riduce in concreto al potere di scegliere i magistrati. Il potere di questi ultimi è sostanzialmente quello di legislatori del caso concreto.

Il riferimento al regolo di Lesbo ritorna nel capitolo VI del libro VI della *République*, dove il giurista francese si confronta con l'*Etica*

(22) BODIN, *I sei libri*, cit., vol. II, libro III, cap. 5, p. 192.

(23) Sui poteri dei magistrati in Bodin rinvio a V. I. COMPARATO, *Note sulla teoria della funzione pubblica in Bodin*, in *L'educazione giuridica*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, IV, *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, t. II, Perugia, Libreria editrice universitaria, 1981, pp. 3-15.

(24) J. BODIN, *Iuris universi distributio*, ed. a cura di C. Pedrazza Cordero, Rovereto, Osiride, 1999, p. 68.

(25) M. ISNARDI PARENTE, *Il volontarismo di Jean Bodin: Maimonide o Duns Scoto?*, in *Il Pensiero politico*, IV (1971), pp. 21-45.

aristotelica sul piano molto più vasto dell'applicazione delle proporzioni numeriche alla politica. In questa sede, Bodin considera la proporzione geometrica della giustizia distributiva di Aristotele come il connotato della forma di governo aristocratica e interpreta la proporzione aritmetica come il modello implicito della forma democratica. Il flessibile regolo di Lesbo rappresenta per lui l'arbitrio, perché « non può essere che la legge resti legge se con essa si giuoca come se fosse di cera » (26). La rigidità del regolo di Policletto (nell'edizione 1586 corregge il regolo in « canone », giacché Policletto era scultore e non architetto) è il simbolo della volontà di eguaglianza democratica, dello *ius strictum*, della inesorabile applicazione della legge.

Come è ben noto, per il Bodin del 1576 l'ideale politico del « governo giusto » non si può descrivere con le proporzioni geometriche o aritmetiche, ma con la proporzione armonica, che rappresenta l'accordo tra legge, equità, esecuzione della legge e ufficio del magistrato. Si è verificato nel suo pensiero un netto distacco dai dibattiti eruditi. La storia lo allontana dai modelli romanistici, tanto quanto il presente avvicina e subordina per lui la vita del diritto alle prevalenti necessità della politica. Ha scritto Diego Quagliani:

La stessa comparazione storica non tende più a vedere il presente nella 'radiografia concettuale' del passato, proposto come 'norma' per l'azione politica; essa serve invece a relativizzare globalmente l'esperienza politica, traendo sì insegnamento dal 'corso' delle cose, ma soprattutto traendone giustificazione per la costruzione di una scienza politica che s'impenna sullo studio della diversa 'natura' dei popoli, alla quale le forme del potere devono adattarsi; di qui una fondamentale istanza di positivizzazione del diritto civile, identificato con il complesso dei comandi sanzionati del sovrano, specchio e riflesso di una volontà divina assolutamente libera (27).

Il 'modello' bodiniano potrebbe essere definito un sistema gerarchizzato di poteri pubblici, orientato verso il mantenimento dell'armonia sociale. In questo sistema il ruolo delle grandi corti non

(26) BODIN, *I sei libri*, cit., vol. III, libro VI, cap. VI, p. 570.

(27) D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura giuridica e politica dell'età moderna*, Padova, CEDAM, 1992, p. 8.

è autonomo dal potere sovrano, ma rimane fortemente discrezionale nella propria sfera.

La questione del rapporto tra magistrati e sovrano è trattata specificamente da Bodin nel capitolo IV del libro III, sotto il titolo significativo « Dell'obbedienza che il magistrato deve alle leggi e al principe sovrano » (28). Si tratta, non a caso, di un capitolo molto analitico e pieno di distinguo, perché nel magistrato il giurista angevino vedeva contemporaneamente, in linea di principio, il dovere dell'obbedienza (« essendo l'obbedienza il primo e fondamentale dovere del magistrato ») (29), e sul piano pratico la sua effettiva funzione di rendere una giustizia non solo tecnica, ma etica e politica, quale è « comandare ai sudditi, difendere gli umili, tener testa ai grandi, fare a tutti giustizia » (30). Viene così introdotta da Bodin nell'antico dibattito, al di là della scelta tra l'imperio giustiniano della legge e la libertà del giudice, la questione della ragionevolezza della volontà legiferante e la possibilità (eventualmente il dovere) del magistrato di verificare la violazione delle norme limitatrici della sovranità: le leggi di Dio e della natura. Erano temi molto delicati e difficili da risolvere nell'età delle guerre di religione e della venalità degli uffici. I monarchi praticavano disinvoltamente la cosiddetta « justice retenue », abusavano del potere di grazia e abbondavano di editti chiamati *pour cause* « édits boursiers ». E Bodin doveva far coesistere, in generale, il potere « sovrano » con il « governo giusto ». Questo fondamento della « république » era un'impresa che rendeva i magistrati corresponsabili con il sovrano del « droit gouvernement », sia sotto il profilo dell'opportunità che il principe non esercitasse direttamente la giustizia, sia sotto quello del doveroso controllo della « ragionevolezza » degli editti regi. Si trattava dei poteri di rimostranza e di interinazione delle corti sovrane. Bodin affolla di dubbi e circonda di limiti l'eventuale opposizione dei magistrati alle ingiustizie patenti, non tacendo affatto le ragioni politiche che lo ispirano: il prestigio del principe, il cattivo esempio della disobbedienza, i rischi per la stabilità dello stato. Mostra di accettare solo il controllo preventivo; intende

(28) BODIN, *I sei libri*, cit., vol. II, libro III, cap. IV, pp. 144-73.

(29) *Ivi*, p. 144.

(30) *Ibidem*.

l'opposizione della magistratura come un fatto collettivo e non individuale; ammette infine l'unico gesto di opposizione possibile in regime assolutistico, la rinuncia all'ufficio, come rimedio estremo, destinato peraltro a ricondurre il sovrano sui propri passi.

Il ruolo « senatorio » delle corti supreme si basava dunque, per Bodin, su quella competenza di natura etica, chiamata equità, che ha come riferimento il diritto di Dio e della natura. La certezza che tale divisione dei compiti fosse solo una contrastata aspirazione era ben presente nei giuristi francesi. Ad esempio, tanto maggiore era il senso della dignità del magistrato, tanto più forte era la deprecazione per la venalità delle cariche giudiziarie. Troviamo questa condanna in Loyseau, il quale pure si proponeva la sistemazione teorica del « *droit des offices* » dopo la istituzionalizzazione formale della venalità con la legge Paulet. Scriveva Loyseau — altro giurista influente sul piano europeo — che niente impediva in termini giuridici al sovrano qualsivoglia vendita e resignazione d'ufficio, salvo il fatto che gravava sulla sua coscienza la responsabilità di affidare la giustizia non alle persone virtuose, ma ai maggiori offerenti, con la conseguenza « *que la iustice est souvent iniustement renduë, qu'elle est tousiours trop cher venduë* » ⁽³¹⁾.

Malgrado ciò, la dignità senatoria delle corti di ultimo appello è una forma di autorappresentazione costante nell'ambito degli stati monarchici di età moderna ⁽³²⁾. I Senati di Milano e di Torino, istituiti sul modello dei parlamenti francesi, ne avevano anche il nome. La Rota romana, benché non potesse ambire al livello senatorio, che era occupato dal Sacro Collegio cardinalizio, esercitava una funzione guida nei confronti delle rote periferiche ed era un

⁽³¹⁾ CH. LOYSEAU, *Oeuvres*, I, *Du droit des offices*, Genève, Philippe Albert, 1620, lib. IV, cap. 6, p. 652. Faceva così eco alla pur ambigua posizione di Bodin, che aveva scritto in III, 5 a proposito dei Romani: « È anche vero che allora le cariche si davano ai più meritevoli, non ai maggiori offerenti » (vol. II, libro III, cap. V, p. 204). Ma nel cap. IV del libro IV il giurista angevino, dopo averne oggettivamente descritto tutti gli inconvenienti (compresa la venalità e l'ereditarietà) aveva preso posizione a favore della perpetuità degli ufficiali (vol. II, libro IV, cap. IV, p. 494).

⁽³²⁾ Nella copia dell'edizione di Loyseau consultata figura l'*ex libris* del proprietario: « *ex libris guillelmi de Sautoreau senatoris regii in Senatu delphinatus* » (cioè il Parlement de Dauphiné a Grénoble).

primario punto di riferimento per la giurisprudenza italiana⁽³³⁾. Il tribunale attorno al quale fu particolarmente forte in Italia l'aura di tempio della conoscenza e della giustizia fu il Sacro Regio Consiglio del Regno di Napoli, istituito in età aragonese e in età spagnola assunto al vertice della propria fama di tribunale la cui autorità « atterrava ogni giurista »⁽³⁴⁾. Naturalmente questa immagine si alimentava con la deferenza prestata alla corte da ricorrenti e loro avvocati, da editori di *Decisiones* e di *Consilia*. L'espressione di « dii terreni » attribuita ai magistrati, segnalata da Francesco D'Andrea alla fine del Seicento come cosa del passato⁽³⁵⁾, lascia intravedere però, dietro l'esagerazione verbale, sia un giudizio (fondato) sul loro potere effettivo in un regno periferico con una debole autorità viceregia⁽³⁶⁾, sia il sottostante, più tardi esplicito, scetticismo circa il loro vero disinteresse nello svolgere il sacro compito di sacerdoti della giustizia.

Sulla funzione delle grandi corti nell'età del diritto comune la ricostruzione più simpatetica rimane quella di Gino Gorla⁽³⁷⁾. Il punto centrale della sua argomentazione ruota appunto attorno al ruolo dell'*interpretatio* nei processi di unificazione giuridica di cui esse erano state le portatrici. A loro si devono per Gorla tre fondamentali tappe: l'eliminazione del particolarismo delle giurisdizioni e la loro subordinazione allo *stylus iudicandi* centrale; il valore

(33) G. ERMINI, *La giurisprudenza della Rota Romana come fattore costitutivo dello "Ius Commune"*, in *Raccolta di studi in onore di Francesco Scaduto*, Firenze, Cepu, 1936. Sulla Rota e le sue prerogative: D. BERNINI, *Il tribunale della S. Rota Romana*, Roma, Bernabò, 1717 (reprint: Bologna, Forni, 2001, a cura di P. Maffei).

(34) P. L. ROVITO, *La giustizia possibile. Regole di buon governo di Carlo Tapia per il conte di Lemos*, in *Archivio storico del Sannio*, I (1990), n. 1-2, p. 100. Sul Sacro Regio Consiglio: N. TOPPI, *De origine omnium tribunalium nunc in castro Capuano fidelissimae Civitatis Neapolis existentium*, Neapolis, typis Jo. F. Pacii, 1659, vol. II.

(35) F. D'ANDREA, *Avvertimenti ai nipoti*, a cura di I. Ascione, Napoli, Jovene, 1990, p. 154.

(36) I. ASCIONE, *Togati e classe dirigente*, in F. D'ANDREA, *Avvertimenti*, cit., pp. 44-45.

(37) G. GORLA, *I tribunali supremi degli stati italiani preunitari quali fattori della unificazione del diritto nello stato e della sua uniformazione fra stati*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 543-617. Per una analisi specifica cfr. la raccolta a cura di M. SBRICCOLI e A. BETTONI, *Grandi tribunali e rote nell'Italia di antico regime*, Milano, Giuffrè, 1993.

“relativamente” vincolante dei precedenti dei tribunali supremi in quanto riconosciuto dall’ordinamento dei singoli stati; la funzione istituzionale di unificazione del diritto negli stati e fra stati diversi *sub specie interpretationis* ⁽³⁸⁾. Viene così a profilarsi, non solo l’indubitabile egemonia di *decisiones*, *consilia* e *allegationes* riferibili ai tribunali supremi nella produzione giuridica di età moderna ⁽³⁹⁾, ma in qualche modo anche il loro ruolo di edificazione del diritto pubblico degli stati. Naturalmente sorge a questo proposito anche in Italia il problema dei rapporti tra tribunali supremi e principe, che erano complessi ⁽⁴⁰⁾ (e sovente tortuosi, a causa della venalità inconfessata, ma frequente, anche delle più alte cariche giurisdizionali). In linea di massima, la giurisprudenza evitava di sollevare la questione della concorrenza tra poteri di grado istituzionalmente diseguale.

Seguendo il filo delle sistemazioni teoriche che si proponevano di dare una giustificazione generale alla coesistenza dei poteri dei corpi giudiziari con il potere supremo dei sovrani, occorre ricordare che le alternative erano quelle di insistere sulla insostituibile funzione dell’alta magistratura come vertice di un sapere tecnico-giuridico, ovvero puntare direttamente sulla funzione politica dei magistrati come consiglieri del principe, o, infine, considerare il sapere giuridico a tal punto eminente sugli altri da attribuire a chi ne era il depositario la funzione primaria di consigliere del sovrano. Quest’ultima è, ad esempio la strada intrapresa da uno storico e giurista napoletano come Francesco De Pietri nei *Festivarum lectionum libri III* del 1622, commentando la l. I *de legibus* del Digesto. Il principe « non sine prudentum consilium legem condit », e poiché « nulum... in terris numen augustius, ac Divinius iurisconsulto, qui spectata sit probitate, et eruditione », « sanctissimos... iurisconsultos, ac celsissimos tanti Principes non ut socios modo, sed un patres, et maiores suspiciebant, colebant, iureque optimo venerabantur » ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ GORLA, *I tribunali supremi*, cit., pp. 589-99.

⁽³⁹⁾ Sulle *decisiones* dei tribunali supremi napoletani, soprattutto il Sacro Regio Consiglio, si veda M. N. MILETTI, *Stylus iudicandi. Le raccolte di “decisiones” del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli, Jovene, 1998.

⁽⁴⁰⁾ GORLA, *I tribunali supremi*, cit., p. 614.

⁽⁴¹⁾ F. DE PIETRI, *Festivarum lectionum libri III*, Napoli, Scoriggio, 1622, pp. 18-19.

Il giurista, per interpretare le norme del diritto di natura e delle genti deve essere, per De Pietri, anche filosofo e per questo si candida ad assumere la tutela del principe in materia di giustizia. Più tardi, Gravina avrebbe scritto che la funzione del magistrato postula la sapienza e una filosofia morale:

Publica voluntas legibus concredita, non modum ministrum postulat, cujus voce civibus expromatur, quod munus est Magistratum: sed, praeter legem, ipsa Magistratum auctoritas comitem, atque adjutricem flagitat sapientiam: quae, pro re nata, ei subveniat, indicetque quorum, et quousque sententia legis ratione ducta procurrat; unde deflectat; quo diffundatur; denique quando extendenda sit, aut retrahenda: quod moralis philosophiae praeceptis, et dialecticorum regulis expeditur ⁽⁴²⁾.

Nel passo di Gravina il regolo di Lesbo continua ad allungarsi o a contrarsi, ma seguendo a sua volta una regola logica e morale, che per Gravina non è flessibile come sostenevano i probabilisti.

La richiesta di erudizione contenuta nel passo di De Pietri discende dalla tradizione del cultismo giuridico, di cui l'Italia, non solo per l'origine alcianiana, ma per la larga circolazione dei testi francesi di Budé, Douaren, Cujas, Dumoulin, Hotman, Godefroy, si può dire sia stata terreno privilegiato ⁽⁴³⁾. La richiesta di probità morale del magistrato è un *leit-motif* della ricorrente critica al modo usuale di rendere giustizia, di interpretare la funzione del giurista, di piegare sistematicamente il diritto agli interessi privati.

Potremmo concludere che, nella realtà degli stati d'*ancien régime*, non aveva trionfato affatto la bodiniana giustizia armonica, ma proprio il regolo di Lesbo, nella sua accezione più ampia.

La critica della giustizia (e della giurisprudenza decisionistica e consiliare) ricorre frequentemente nelle cronache cinque-seicentesche, soprattutto in Italia. Ci si limita a ricordare, in questa sede, i quattro testi commentati da Rovito nella sua edizione della rela-

⁽⁴²⁾ G. V. GRAVINA, *Originum iuris civilis libri tres et de Imperio liber singularis* (1708), Venetiis, Bortoli, 1752, p. 29.

⁽⁴³⁾ Sui quali si rinvia ai classici D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, Giuffrè, 195. V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano, Giuffrè, 1962 e R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1963.

zione di Carlo Tapia presentata nel 1610 al nuovo viceré di Napoli conte di Lemos ⁽⁴⁴⁾. Sono testi prevalentemente provenienti dal ceto nobiliare, tanto più avverso al potere dei togati quanto più nel regno di Napoli, a partire dal viceregnato del duca di Toledo, l'impianto burocratico si era fortemente rafforzato. Sul Sacro Regio Consiglio l'autore dell'anonimo *Breve compendio* (1579) scriveva che esso « a chi toglie la robba, a chi la vita, a chi dà perpetue relegationi, a chi gli essilij, perché così pare al Sacro Consiglio, poco curando le leggi e le proprie decisioni. Che quando si mirasse bene alle loro decisioni et alli loro decreti, se ne troverebbero a centinaia contrarij l'un l'altro, senza dubio alcuno, onde sono obligati alli interessi delle parti » ⁽⁴⁵⁾. L'anonimo critico metteva in dubbio proprio i due pilastri dell'immagine pubblica dei magistrati delle corti supreme: la coerenza giuridica e il disinteresse. Lo stesso Tapia, facendo egli stesso parte del Consiglio, non poteva essere così astioso; eppure, nella *Instrucción para el buen gobierno de Nápoles* si dilunga in una minuta proposta di riforma del metodo di lavoro del Consiglio stesso, che dimostra quanto fosse convinto che questi non funzionasse affatto bene. Tra l'altro era da tempo impegnato nella compilazione delle infinite norme che costituivano lo *ius regni* e puntava sulla legislazione per la riforma della giustizia ⁽⁴⁶⁾. Nelle più tarde *Decisiones* (1626), ormai integrato nel sistema giuridico-politico che reggeva il Regno, la sua bilancia finì per pendere dalla parte dei magistrati: « Solo loro, in quanto “mediatores inter reges et populos[...] Sacerdotes Sacrificii Iustitiae et pars corporis Principis”, erano legittimati a valutare la rispondenza della *potestas* sovrana al dettame della *lex* » ⁽⁴⁷⁾.

In concreto, la stessa vicenda del Tapia testimonia la resistenza dei magistrati dinanzi al controllo da parte del potere sovrano. La burocrazia centrale spagnola utilizzava dei commissari, chiamati « visitatori generali » per raccogliere ricorsi e lamentele e porre sotto inchiesta i togati. La storia delle « visite » nel XVII secolo dimostra quanto difficile fosse il loro compito e quanto scarsi risultati produ-

⁽⁴⁴⁾ P. L. ROVITO, *La giustizia possibile*, cit., pp. 9-131.

⁽⁴⁵⁾ Ivi, p. 100.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, pp. 48-52: *L'utopia legislativa*.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 61.

cesse ⁽⁴⁸⁾. D'altra parte, lo strumento originario di controllo che consisteva nel « sindacato » degli ufficiali, per quanto ribadito in una prammatica di Carlo V, andò rapidamente riducendosi ad una pura finzione ⁽⁴⁹⁾.

Se il controllo sui magistrati non poteva essere efficace, sia per la loro inamovibilità in Francia, sia per l'inefficienza del controllo centrale nei regni ispanici, la soluzione alla crisi dell'equità, incrinata dalla doppia immagine dell'arbitrio del magistrato e della ignoranza e disinvoltura del giurista pratico, venne cercata sul cadere del secolo in quello che si potrebbe definire un nuovo modello di educazione giuridica.

L'accesso alle magistrature doveva seguire, come ribadisce quasi in ogni pagina Francesco D'Andrea negli *Avvertimenti ai nipoti* (1695), la pratica dell'avvocatura e non quella degli uffici. Ma l'avvocatura era, per il giurista napoletano, la via del successo solo se il soggetto — che fosse nobile di seggio, fuori seggio, o civile — conseguiva le conoscenze e la virtù che fanno la reputazione. Lui stesso forniva l'esempio di quell'apertura verso le scienze, la filosofia e la scienza giuridica moderna che erano il segno distintivo (e il vanto) di un nuovo ceto dirigente; un ceto identificato con il nome di "ceto civile" da Salvo Mastellone ⁽⁵⁰⁾, in pratica guidato da persone di alta formazione giuridica e filosofica. Veniva così a profilarsi, nelle pagine di D'Andrea, l'indicazione di un diverso *cursus honorum*, che segnava intanto un distacco dal comune stile avvocatesco, e nello stesso tempo prospettava come meta desiderabile — e possibile nella Napoli del suo tempo — l'esercizio del potere, passando dall'avvocatura all'alta magistratura del Sacro Regio Consiglio e della Sommaria e da questa al Consiglio Collaterale. Il modello rimaneva quello francese, benché in Francia i togati (D'Andrea ne era consapevole) avessero raggiunto, con la ereditarietà degli uffici, lo *status* di un quarto ordine del regno inaccessibile

⁽⁴⁸⁾ P. L. ROVITO, *Respubblica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento*, Napoli, Jovene, 1981, cap. II.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 234, ma si veda l'intero cap. III.

⁽⁵⁰⁾ S. MASTELLONE, *Francesco d'Andrea politico e giurista (1648-1698). L'ascesa del ceto civile*, Firenze, Olschki, 1969.

a chi non ne facesse già parte ⁽⁵¹⁾. Ma d'Andrea scriveva egualmente per i nipoti che dovevano mettersi in testa « che la lor casa sia casa senatoria, come s'usa in Francia... e che, come s'è formata colla toga, colla toga s'abbia da perpetuare... » ⁽⁵²⁾.

Nella spinta riformatrice che coinvolgeva a Napoli scienza, filosofia e diritto, il sapere giuridico risulta profondamente partecipe e coinvolto ⁽⁵³⁾. Se si leggono da questo punto di vista le orazioni inaugurali di Vico e di Gravina, rispettivamente nelle università di Napoli e di Roma, si coglie in modo evidente che il progetto educativo si era notevolmente allargato, sino ad abbracciare, con Vico, l'obbiettivo di una sapienza universale che sapesse arrivare, attraverso la storia e la filologia, alla radice del diritto: l'equità, o diritto naturale, cui si affianca la variabile « equità civile » nel corso storico delle nazioni. In ultima analisi, la giurisprudenza è, per il filosofo, scienza politica:

Quid enim quaeso est, summos magistratus de vestra eruditione, o pulcherrima spei adolescentes, nisi re ipsa profiteri vos praecipua curam esse reipublicae, ut postea eiusdem tutelam cum Principe sapienter geratis? ⁽⁵⁴⁾

e, in particolare, scienza della legislazione. Non a caso, nella II delle *Orazioni inaugurali* del 1701 e nel *De nostri temporis studiorum ratione* del 1708 fa l'elogio di Accursio, il quale aveva avuto il grande merito di costituire, con la glossa, un nuovo edificio giuridico adatto ai tempi moderni sui testi del diritto antico ⁽⁵⁵⁾. Vico appare piuttosto tiepido sulla funzione del cultismo giuridico ⁽⁵⁶⁾. Nel giudizio storico sullo sviluppo del diritto comune, riecheggiano,

⁽⁵¹⁾ F. D'ANDREA, *Avvertimenti ai nipoti*, cit., p. 144.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 273.

⁽⁵³⁾ Su questo aspetto si rinvia agli studi di R. Ajello, in particolare: *Cartesianismo e cultura oltremontana al tempo dell'Istoria civile*, in *Pietro Giannone e il suo tempo. Atti del convegno di studi nel tricentenario della nascita*, Napoli, Iovene, 1980, pp. 3-181.

⁽⁵⁴⁾ G. B. VICO, *De studiorum finibus... orationes*, in *Opere filosofiche*, a cura di P. Cristofolini, Firenze, Sansoni, 1971, *Oratio IV*, p. 749.

⁽⁵⁵⁾ G. B. VICO, *Oratio II*, p. 739; Id., *De nostri temporis studiorum ratione*, in *Opere filosofiche*, cit., p. 835.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 837.

invece, le citate pagine della *République* dove Bodin aveva anticipato più o meno la stessa realistica conclusione: «...iurisprudencia privatarum duntaxat rerum notitia evasit, nec ulterius scientia iusti; ut hodie verba legum tenere iurisprudencis non sit. Et quia aequitas naturalis in iudiciis potentissima facta est, eloquentia forensis prorsus obmutuit »⁽⁵⁷⁾.

Ac proinde olim paucae leges, innumera privilegia; hodie leges ita minutae, ut innumera privilegia esse videantur. Igitur merito prius erat scientia iusti: hodie est ars aequi; hoc est prius universalis et rigida: hodie particularis et flexilis; nam scientiae severae, nec quicquam declinant, artes autem commodae et morigerae sunt. Indidem prius facta aequa iniusta erant, nisi ad ius fictionibus traherentur: hodie iura iniusta sunt, nisi benigna interpretatione ad facta accommodentur. Itaque olim tota iurisprudenciae laus erat, ut commentis quibusdam facta aequa evaderent legibus quoque iusta: hodie, ut leges iustae benignis interpretationibus sint, etiam factis aequae. Unde iurisprudencis olim ex instituto tuebantur verba: hodie ex instituto defendunt mentem; et in quaestionibus legitimis iurisconsulti olim verba, oratores mentem legum patrocinebantur: hodie iurisconsulti oratorum funguntur munere. Et quia leges certae, facta infinita, et ius ad leges, facta ad aequum spectant; olim pauci, hodie innumeri de iure libri. Et in summa, mutata iurisprudenciae arcano cum mutata republica, mutatae leges, mutata iurisprudencia, iurisconsulti alii, alii oratores, alii magistratus, alia iudicia; et nos nova arte et novo librorum genere supra Graecos et priscos Romanos aucti sumus⁽⁵⁸⁾.

Di questa realtà si colgono per Vico vantaggi e svantaggi: un vantaggio è che i giureconsulti moderni agiscono con maggiore benignità nei riguardi dei privati; uno svantaggio rispetto ai romani antichi è che l'attenersi al diritto stretto ridondava per loro in maggiore utilità per la repubblica⁽⁵⁹⁾. Di conseguenza, quando oggi è necessario emanare o interpretare le leggi per uno stato, il giurista dovrà sapersi orientare su quei precetti dell'equità civile (cioè il diritto positivo di ogni stato) che sono più vicini all'equità naturale (cioè al diritto delle genti), guardando in primo luogo all'utilità pubblica. Farà in modo di confrontare la storia del principato

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 831.

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 833.

romano con le necessità di una monarchia moderna e discernere tra le disposizioni del diritto romano quelle che giovino alla nuova realtà politica, o almeno non la danneggino, respingere le altre ⁽⁶⁰⁾.

Si tratta di una teoria dell'interpretazione amplissima, affidata al giurista nella sua veste di giudice e di magistrato, che ha un fine politico, una « giusta ragion di stato », scrive Vico, e come limite solo la conoscenza storico-filologica del diritto romano e delle sue logiche di sviluppo ⁽⁶¹⁾. Tutto ciò dà luogo ad una prassi fondata interamente sul confronto giudiziario tra l'utilità pubblica e l'utilità privata, purché compatibile con la prima.

Quid est iustitia? constans communis utilitatis cura. Quid iurisprudentia? optimi regni notitia. Quid ius? ars tuendae publicae utilitatis. Quid ius sive iustum? utile. Quid ius naturale? utile cuiusque. Quid ius gentium? utile nationum. Quid ius civile? utile civitatis. Qui fontes iuris? et cur ius naturae natum? ut homo quoquo modo vivat. Cur ius gentium introductum? ut homo tuto et facile vivat. Cur ius civile constitutum? ut homo feliciter beateque vivat. Quae summa lex, quam semper in aliis interpretandis sequi debemus? regni amplitudo, principis salus, gloria utriusque ⁽⁶²⁾.

Sul maestoso edificio dello *ius civile* adattato ai tempi moderni riposa per Vico la pubblica felicità. Di questa sono interpreti i giudici, che rappresentano nella dialettica privato/pubblico, la parte pubblica. Con la loro dottrina « cum maximo reipublicae bono philosophia iuris, nempe doctrina civilis, iterum cum iurisprudentia coniungetur » ⁽⁶³⁾. Vico riconosce che nel Sacro Regio Consiglio vi sono uomini in grado di anteporre l'equità civile a quella privata, ma pensa che sarebbe bene inserire la norma nella costituzione del regno per assicurarne la perennità ⁽⁶⁴⁾. Pensa anche che sarebbe

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 837.

⁽⁶¹⁾ Tra i numerosi interventi di Alessandro Giuliani sulla filosofia logico-giuridica di Vico mi limito a citare *La filosofia del processo in Vico e il suo influsso in Germania*, in *Bollettino del Centro di studi vichiani*, XXII-XXIII (1992-93), pp. 345-367.

⁽⁶²⁾ VICO, *De nostri temporis studiorum ratione*, cit., p. 837.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 839.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 841.

bene orientare l'educazione pubblica nelle università verso un unico sistema disciplinare ⁽⁶⁵⁾.

Pressoché nello stesso anno, Paolo Mattia Doria andava anche lui cercando un modello pedagogico per formare quel tipo di figura pubblica che potremmo definire del magistrato-filosofo. Il filosofo genovese trapiantato a Napoli pubblica nel 1709 *La vita civile, con un trattato dell'educazione del principe*. La sua ispirazione è platonica e il suo modello di filosofia civile si basa non sul diritto, ma sulla « virtù » romana. Il problema, per Doria, è che l'inevitabile corruzione dei costumi si manifesta sotto l'aspetto giuridico con la moltiplicazione e l'inosservanza delle leggi, l'ignoranza dei giudici, la frequenza delle liti e delle calunnie. Per rimediare a questi inconvenienti, « non vi è altro modo, che fare dotti gli amministratori e custodi » delle leggi. Accade infatti che i ministri « non sapendo penetrare nell'intima ragione delle cose, vorrebbero per ogni caso ritrovare una legge espressa: e sono come un viandante, che cammina al bujo, e non avendo niuna idea della strada, che fa, cerca ad ogni passo ove debba porre il piede. Così dunque il ministro deve essere legislatore, acciocché in tutti i casi particolari senza bisogno di particolare legge sappia giudicare sulla norma degli universali e della ragione » ⁽⁶⁶⁾. Viene naturale al 'metafisico' Doria ricorrere non ad un qualunque modello di educazione giuridica, ma a quello mitico dei mandarini di Cocincina, i quali, dopo aver studiato per cinque anni le leggi, danno un primo esame, lavorano e studiano altri cinque anni, si presentano nuovamente all'esame, e compiono altri cinque anni di noviziato prima dell'esame finale di ammissione al mandarinato, con il quale devono dimostrare di conoscere non solo le leggi, ma la scienza dello stato e di poter essere così loro stessi legislatori ⁽⁶⁷⁾.

L'aspirazione ad un essenziale nuovo percorso formativo dell'uomo pubblico era comune a Vico e Doria. Quest'ultimo era però assai più critico della giurisprudenza ordinaria, e la « ragione » doriana era un'alternativa alla confusione dell'amministrazione della

⁽⁶⁵⁾ Ivi, p. 851.

⁽⁶⁶⁾ P. M. DORIA, *La vita civile... con un trattato dell'educazione del principe*, ed. di Napoli, Vocola, 1629, parte II, cap. 2, p. 309.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, pp. 305-6.

giustizia, mentre la « sapienza » vichiana si presentava come una consapevole gestione equitativa della nuova realtà giuridica. In entrambi i casi era però nell'educazione del giudice che si riponeva la garanzia, rispettivamente, del rimedio alla corruzione dei costumi e del bene comune.

Sempre negli stessi anni, e con un analogo proposito, si aggiunge alle voci di Vico e di Doria, quella di un giurista di professione (ma professore e non magistrato) come Gian Vincenzo Gravina. La sua opera fondamentale, *Originum iuris civilis libri tres*, venne edita a Lipsia nel 1708 e divenne un testo di riferimento in area europea. Di lui vi sono poi *Opuscula*, *Orationes*, prolusioni ai corsi di diritto civile alla Sapienza, in cui si avverte uno spostamento sensibile dell'accento dalla centralità del magistrato alla centralità della legge. Già nella dedica a Innocenzo XII degli *Opuscula* (1696), l'autore lodava il papa napoletano per aver distribuito le dignità secondo il criterio della virtù e non per denaro o per grazia, restaurando in tal modo « prisca fori majestas, et judiciorum severitas » (68). Nella stesura delle leggi per la costituzione dell'accademia dell'Arcadia, il modello usato dal Gravina è quello delle XII tavole. Per lui, infatti, nella genesi delle società viene prima di tutto il legislatore, che pone in forma normativa una filosofia civile, attinta da una sapienza filosofica generale. Il legislatore adatta le norme alla natura delle città ed alle circostanze dei tempi. In qualsiasi regime politico, egli interpreta una « publica potestas », di cui i magistrati sono solo gli interpreti e i custodi:

Suprema vero potestas, sive in populo, sive in optimatibus, sive in principe, sive pro sua cujusque portione consistat in omnibus, explicatur per magistratus et iudices, adhibitis in consilium jurisconsultis, qui sunt legum voces, et Juris custodes, atque Justitiae sacerdotes (69).

L'ideale del Gravina non è distante da quello intellettualistico doriano. Egli affida ai sapienti il compito di illuminare le masse incolte sulla *ratio* delle norme e di vegliare affinché gli interessi

(68) G. V. GRAVINA, *Opuscula*, Roma, 1696, Lettera dedicatoria, non numerata.

(69) G. V. GRAVINA, *Specimen prisca juris ad Casparem Carpineum Cardinalem*, in *Opera*, Venetiis, Piteri, 1739, p. 552.

individuali non ledano i diritti altrui e il bene pubblico. L'istanza razionale prevale, loro tramite, sulle passioni. Questa istanza si oggettiva nella legge e viene poi amministrata da un ceto di sapienti-prudenti. Il compito di tutori del bene pubblico spetta loro in quanto interpreti della *scientia*, laddove la moltitudine segue l'*opinio*.

Nella orazione inaugurale del corso di diritto civile alla Sapienza (1701), Gravina dimostra come questa *scientia iuris* fosse rinata con Alciato, Cujas, Hotman e gli altri giuristi del *mos gallicus*, il quali avevano riscoperto l'eloquenza ciceroniana ed anche la filosofia morale più adatta alla giurisprudenza, lo stoicismo. Gli stoici, infatti, « cuncta ponebant in sola virtute » e ciò molto conveniva « gravitati civilis doctrinae » (70). L'edificio graviniano aveva bisogno di un'etica filosofica rigoristica, giacché le scaturigini del diritto erano per lui ben distanti dall'utilitarismo, derivando la loro stessa concepibilità da una istanza precedente, l'*honestas*, che è un principio morale (71).

La giurisprudenza continua, per Gravina, a svolgere nel tempo il compito che la filosofia civile aveva assolto nella originaria formulazione delle leggi. Il rigido modello graviniano, che tende ad immobilizzare la legislazione per la sua natura di atto originario, regolatore dei rapporti politici e sociali per opera di una *publica voluntas* (difficilmente ripetibile al di fuori di decisive circostanze storiche), si rende flessibile valorizzando la giurisprudenza. Ma la giurisprudenza non è, per Gravina, un accumulo di interpretazioni sofistiche, bensì scienza morale-razionale, quale scaturiva dal suo mentalismo filosofico (72). In definitiva, il giurista era assai vicino alla tradizione repubblicana del governo della legge (73): per i sovrani del

(70) *Ibidem*.

(71) M. CAPURSO, *Accentramento e costituzionalismo. Il pensiero italiano del primo Settecento di fronte al problema dell'organizzazione dello Stato*, Napoli, Pironti, 1959, p. 181 prende in considerazione una tendenza neostoica in Gravina, ma la storiografia prevalente insiste piuttosto sul platonismo: cfr. N. BADALONI, *Introduzione a G. B. Vico*, Milano, Feltrinelli, 1962, p. 247. Su Gravina giurista: C. GHISALBERTI, *Gian Vincenzo Gravina giurista e storico*, Milano, Giuffrè, 1962 e F. LOMONACO, *Le Orationes di G. Gravina: scienza, sapienza e diritto*, Napoli, La Città del Sole, 1997.

(72) N. BADALONI, *Introduzione a G. B. Vico*, cit., p. 255 e ss.

(73) Cfr. M. CAPURSO, *Accentramento*, cit., p. 192.

suo tempo prospettava un ruolo di principi-funzionari, custodi delle leggi e capaci di scegliere austeri amministratori del diritto.

Dinanzi alla universale percezione della necessità di una riforma, Gravina rappresenta la tendenza a vedere nel diritto romano classico l'archetipo della *scientia iuris*, e nei magistrati gli interpreti dello spirito delle leggi, non dei nuovi legislatori. Quanto più in alto veniva, però, collocato il prestigio dei *sapienti-prudenti*, tanto più era destinata a risaltare la loro idealizzata distanza dal confuso teatro delle *opiniones*, dove, nella realtà, si recitava l'ordinario andamento della giustizia, con i conflitti di interesse appoggiati da avvocati e giudici sulle *auctoritates* più convenienti.

Come è noto, nel tentativo di contrastare il particolarismo giurisdizionale e l'occasionalità delle *interpretationes*, il ruolo maggiore era esercitato dalle raccolte di *Decisiones* dei tribunali supremi (74). Dinanzi alla obbiettiva insufficienza di queste nell'unificazione del diritto, era nato, come ricorda Gorla, un primo movimento di pensiero tendente ad ottenere, sui casi dubbi e sulla procedura, una pronuncia autentica da parte del principe, una sorta di codice dell'interpretazione (75). Era una prima manifestazione di quell'esigenza di razionalità e certezza del diritto che non poteva più essere affidata alla competizione tra grandi tribunali basata sul prestigio delle loro pronunzie. Chi rimase fortemente ancorato al ruolo dei tribunali supremi, come la Rota romana, fu invece Giambattista De Luca, avvocato di professione, laureato a Napoli, ma cresciuto soprattutto nella pratica del foro che esercitò per trent'anni tra Napoli e Roma (76). Fu creato cardinale nel 1681. Nel *Theatrum veritatis et iustitiae* (15 volumi editi tra il 1669 e il 1673) raccolse oltre 2500 pareri resi come consulente. Ambiva dunque lui stesso, in qualità di giurisperito, a perpetuare la funzione di supplenza legislativa della giurisprudenza forense, giacché per lui lo *stylus iudi-*

(74) GORLA, *I tribunali supremi*, cit., p. 574 e ss.

(75) Ivi, p. 579.

(76) Sul De Luca si rinvia al volume di A. LAURO, *Il cardinale Giovan Battista De Luca. Diritto e riforme nello Stato della Chiesa (1676-1683)*, Napoli, Jovene, 1991 e a A. DANI, *Un'immagine secentesca del diritto comune. La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Giovanni Battista De Luca*, Bologna, Monduzzi, 2008.

candi dei grandi tribunali « *speciem legis habet* » (77). Allo scopo di razionalizzare il diritto, attraverso la strada della sistematizzazione dei suoi *loci* fondamentali, De Luca pubblicò un'opera innovativa e popolare, *Il dottor volgare* in quindici libri (1673), in cui riassumeva la sua opera principale (78). Come ha notato Aldo Mazzacane, vi si « affermava una visione della giurisprudenza non come scienza di veri, bensì come arte del “probabile” e del “praticabile”,... perché profondamente convinta della relatività delle norme nello spazio e nel tempo, rivolta ad un largo pubblico di amministratori e di governanti, di “principi, signori e magistrati”. Un'arte, dunque, nutrita di sensibilità storica e politica, fornita di un rinnovato e solido impianto teorico e dottrinale, orientata sulla “pratica” e ad essa diretta » (79).

De Luca nel *Proemio* si pone una domanda essenziale per il tema che qui ci interessa: « se la legge sia effetto della ragione o della volontà » (80). È una questione da teologi — scrive il pratico giurista — che ha rilievo nel foro interno. Nel foro esterno, cioè nei fatti, la legge è legge, anche se appare dura e irragionevole. Quindi, potremmo concludere, nel foro esterno è effetto della volontà. Ora, il giudice a cui è affidato dalla legge l'arbitrio sulla decisione dei casi dubbiosi (praticamente dei casi concreti), si suppone che sia un « uomo buono, savio, et intero », imparziale, guidato dagli esempi di casi seguiti, e capace di comportarsi in modo tale « che niuna parte vi abbia l'operazione della propria volontà » (81). Quindi, in ultima

(77) G.B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, lib. XV, Venetiis, per P. Balleonium, 1706, pars I, *De iudiciis*, 35, n. 79, p. 120. Cfr. GORLA, *I tribunali supremi*, cit., p. 579.

(78) G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale, e municipale... di Giovan Battista De Luca Autore del Teatro della Verità, e Giustizia, con l'istess'ordine del detto Teatro. Opera dedicata dall'Autore alli Principi, et alle Republiche dell'istessa Italia, come indirizzata al benefizio, e buon governo de' popoli a loro soggetti*, Roma, G. Corvo, 1673.

(79) A. MAZZACANE, *De Luca Giambattista*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. XXXVIII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1990, p. 344.

(80) DE LUCA, *Il dottor volgare*, cit., *Proemio*, cap. V, pp. 15-16. È riassunto qui quanto scritto in *Theatrum*, cit., *De iudiciis*, 35, n. 82, p. 121.

(81) DE LUCA, *Il dottor volgare*, cit., lib. XV, cap. IV, nn. 6-7. Le virtù del giudice, conferma De Luca nel trattatello *Dello stile legale*, sono « l'integrità, la forza, la dottrina, la prudenza, et il buon giudizio raffinato dalla pratica, e dalla sperienza, sicché

analisi, il giudice rappresenta la ragione: una ragione probabile, confortata essenzialmente dalla continuità dei precedenti legali. In questa sostanziale ripresa del primato aristotelico dell'*epieikés* è insita la fiducia che la scelta di una buona educazione del giurista da un punto di vista sia tecnico che morale fosse sufficiente per la buona amministrazione della giustizia. E che comunque non ve ne fosse un'altra praticabile, in quanto le leggi romane risultavano superate e le normative moderne occupavano una parte assai piccola del sistema giuridico del diritto comune.

De Luca rappresentava, alla fine del secolo XVII, l'apogeo della razionalità pensabile appunto in quel « sistema », se tale si può definire: un sapere pratico, una vera « arte », ma senza certezze, perché affidata alla fragile coerenza umana: « Stante l'accennata varietà d'ingegni — scrive nel Proemio del *Dottor volgare* — la pratica frequentemente insegna, che l'evento riesce molto diverso in quel che bene e male gli Avvocati presagiscono. Ed anche perché i medesimi tribunali grandi ritrattano quel che hanno deciso: dal che si pruova, che ne gli articoli Legali non si dà verità certa e determinata, e massimamente in materie conjetturali e arbitrarie: poiché le cose totalmente chiare rare volte cadono sotto le dispute de gli Avvocati” (82). In verità, era proprio il permanere di questa arbitrarietà che motivava i nuovi filosofi del diritto a cercare un terreno di maggiore certezza e razionalità nella sfera normativa, piuttosto che nella prassi giudiziaria.

Giovanni Tarello ha indicato in tre filoni principali la manifestazione di razionalismo giuridico che si affacciò in Europa tra sei e settecento, ispirando poi le codificazioni settecentesche: il filone del giusnaturalismo pufendorfiano, soprattutto attraverso i traduttori e divulgatori come Barbeyrac, Eneccius, e Burlamaqui; le opere giuridiche di Leibniz, che penetrarono nella cultura giuridica attraverso l'opera di Wolff; il razionalismo di Domat e Pothier, di

tutte queste virtù siano bene unite assieme, non bastandone alcune senza tal'unione dell'altre... »: *Dello stile legale*, in *Theatrum*, ed. cit., appendice al libro XV, p. 162.

(82) Proemio, cap. IX, p. 116. Cfr. *Theatrum*, cit., *De iudiciis*, 35, nn. 89 e 90, pp. 121-122: il giudice non può che tentare una « bona navigatio » tra tante diversità di casi, circostanze, leggi e soprattutto « ob adeo magnam, et multiplicem dominiorum et principatum diversitatem, quae inter Christianos viget ».

derivazione romanistica ⁽⁸³⁾. Il razionalismo era già nella cultura filosofica continentale e la ricerca di codificazione della sfera giuridica era parte di un processo di semplificazione, su base logica, di tutto l'universo stratificato di tradizioni, credenze, condizioni sociali, istituzioni, norme, proprie di quello che sarebbe stato definito *ancien régime*. Dalla legislazione ci si attendeva che la legge fosse « espressione di una ragione che i diritti storici non esprimevano », che il giudice fosse subordinato alla legge, che il legislativo fosse definitivamente separato dal giudiziario ⁽⁸⁴⁾.

Questo processo andava configurando ciò che Paolo Grossi ha definito « assolutismo giuridico », sul quale si è discusso e si discute come carattere della modernità continentale che avrebbe potuto avere come alternativa una diversa genealogia, dal diritto medievale alla *common law* ⁽⁸⁵⁾. Questo era anche l'argomento di cui spesso si parlava con Alessandro Giuliani, argomento che sul piano filosofico rimane appassionante. Sul piano storico, questo rapido tragitto sull'equità e la flessibile metafora che la rappresenta, non può non concludersi con le ragioni critiche di cui il Muratori, quando dedica nel 1742 a papa Lambertini il suo *Dei difetti della giurisprudenza*, si fa il radicale portavoce. Radicale perché, senza ancora arrivare all'assoluto primato della legge, Muratori nega alla giurisprudenza lo statuto di « scienza » e tende a confinarla dalla parte della « opinione ». Teologi morali, medici e legisti si distinguono per le loro « infinite discordie, e contrarietà » ⁽⁸⁶⁾. I teologi morali hanno, almeno, dalla loro la sacra Scrittura o i dogmi della Chiesa, mentre la giurisprudenza ha finito per lasciar da parte e quasi ignorare le leggi, per precipitarsi in un sapere pieno di opinioni, « cioè colmo di confusione » ⁽⁸⁷⁾. Per lui, dunque, la razionalità e quindi la Giustizia

⁽⁸³⁾ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, pp. 35-36 e cap. III, pp. 97-189.

⁽⁸⁴⁾ Ivi, p. 37.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 13-31.

⁽⁸⁶⁾ L. A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia, G. Pasquali, 1743, p. 13. Per la bibliografia sull'opera giuridica del Muratori si rinvia a *I difetti della giurisprudenza ieri e oggi. Giornata di studi L. A. Muratori*. Atti del convegno di Vignola, Milano, Giuffrè, 2002.

⁽⁸⁷⁾ MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, p. 16.

risiedono nella legge, giacché l'opinione comune è incerta e variabile. Citando qua e là, per lo più ironicamente, « il gran panegirista della scienza legale » Giambattista De Luca ⁽⁸⁸⁾, Muratori si schiera in realtà dalla parte opposta.

Senza citare esplicitamente la metafora del regolo lesbio, il bibliotecario modenese non esita ad attaccare direttamente l'*epieikeia* aristotelica e quindi la prevalenza del conveniente sul giusto. Tutto il capitolo XIII è una disquisizione sull'equità, vista come una inevitabile competenza del giudice, ma vista anche con diffidenza, perché facile ad essere tramutata in arbitrio ⁽⁸⁹⁾. Citando un passo del prolifico decisionista Stefano Graziani, Muratori scrive: quando le leggi sono chiare « non dicitur Aequitas, tanquam sit ex motu et affectione animi contra Jus scriptum; ideo non est sequenda, imo per Judices evitanda. Alioquin nihil esset certum ac perpetuum in Jure nostro, quibuslibet detorquentibus causarum status ad quamlibet imaginariam et abusivam Aequitatem, quae non adjuncta Legibus non est curanda, et secundum ea non posse judicari dicunt omnes in l. placuit, ff. de judiciis ». ⁽⁹⁰⁾ Muratori pensa all'equità come a uno strumento riparatore e moderatore ⁽⁹¹⁾, non come ad un sostituto della legge, sia essa naturale o civile: altrimenti « i Giudici si attribuiranno un'autorità, che è riservata al solo Principe, cioè quella di fare e di disfare le leggi... » ⁽⁹²⁾. Ai principi, infatti, Muratori indica la strada « di determinar quello che da qui innanzi debbano seguitar i Giudici senza che possano sentenziare differentemente, né ad arbitrio loro » ⁽⁹³⁾. Che fare quando la legge stessa attribuisce ai giudici la facoltà di usare il proprio arbitrio? Allora vuol dire che la legge fa appello alla « prudenza » del giudice, quindi alla « retta

⁽⁸⁸⁾ Ivi, p. 52. Tarello considera Muratori ancora all'interno del mondo giurisprudenziale del De Luca; Grossi lo annovera invece tra i precursori della codificazione. Sulla polemica che seguì, specie da parte dei giuristi napoletani, la pubblicazione dell'operetta muratoriana cfr. R. DE MAIO, *Muratori e il Regno di Napoli. Amicizie fortuna e polemiche*, in *La fortuna di Ludovico Antonio Muratori. Atti del convegno di Modena, 1972*, Firenze, Olschki, 1975, pp. 101-4

⁽⁸⁹⁾ L. A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, cit., p. 130.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, p. 132.

⁽⁹¹⁾ Ivi, p. 131.

⁽⁹²⁾ Ivi, p. 132.

⁽⁹³⁾ Ivi, p. 107.

ragione », e perciò, nella decisione dei casi dubbi, il giudice si atterrà al criterio dell'opinione più probabile ⁽⁹⁴⁾.

La logica del probabiliorismo muratoriano non va considerata come una variante del probabilismo, ma come una tappa utile nel cammino verso l'affrancamento dall'incertezza e dall'arbitrio: è un altro vincolo alla « volontà » del giudice e un'approssimazione ulteriore verso la « ragione » legislatrice. Per Muratori la ragione risiede nella natura e nella teologia; la volontà nel detentore della sovranità, che, peraltro, è vincolato dall'obbiettivo naturale, politico e religioso della « pubblica felicità » ⁽⁹⁵⁾. Quindi anche la volontà, e di conseguenza l'intero universo giuridico, deve per lui conformarsi alla ragione.

Dal punto di vista teorico si è compiuto, rispetto a Connan, un'inversione del principio dominante (ragione *versus* equità), ma nella realtà è stato confermato il comune obbiettivo del pensiero moderno: far coincidere volontà e ragione.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 128.

⁽⁹⁵⁾ Nella *Pubblica felicità oggetto dei buoni principi* del 1749 Muratori ritorna sulla giurisprudenza come parte del suo complesso di idee riformatrici: cfr. capp. IX e X (ediz. Napoli, Migliaccio, 1761, pp. 46-67).

NICOLÒ LIPARI

NORME DI RICONOSCIMENTO E TEORIA DELLE FONTI
IN ALESSANDRO GIULIANI

Riacostarsi, con la sensibilità e la cultura proprie di un giurista positivo, alla produzione scientifica di Alessandro Giuliani significa, nel segno di una rinnovata ammirazione per la sua attività di studioso, coltivare la nostalgia per quello che avrebbe potuto essere (e non è stato, nell'ultimo cinquantennio, almeno in Italia, salvo poche ed individuate eccezioni) il rapporto tra filosofia del diritto e scienza giuridica. Se, come ammoniva Opocher ⁽¹⁾, il compito fondamentale della filosofia del diritto è cogliere il riflesso dell'intera vita della coscienza nella immediata fenomenologia dell'esperienza giuridica con tutta la sua problematicità, aiutando le nuove generazioni a capire che il valere del diritto come valore e quindi la possibilità di intenderlo come oggetto di riflessione va essenzialmente colto nella sua irriducibilità alla mera exteriorità normativa, allora è necessario che il filosofo non si perda lungo tragitti che il giurista avverte come del tutto estranei, per giunta occultandosi dietro un linguaggio gergale, ma si misuri direttamente con questa exteriorità. Non è senza significato il fatto che, nel ricordo di Giuliani, si siano mobilitati tanti giuristi positivi. Mi domando quanti filosofi del diritto oggi abbiano consapevolezza delle tecniche argomentative utilizzate nelle sentenze o degli indirizzi giurisprudenziali come quella che ha avuto Giuliani; quanti conoscano gli scritti dei giuristi positivi e siano in grado di dialogare con loro come ha fatto Giuliani senza mai tentare vie di fuga lungo la tangente di astrazioni, tanto meno utili quanto più sofisticate e linguisticamente ambigue. Non a caso, nel contesto di una sua riflessione sulla teoria dell'argomenta-

(1) OPOCHER, *Filosofia del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, spec. p. 530 s.

zione, Giuliani osserva ⁽²⁾ che nel territorio del diritto (come del resto in quello della politica e della morale), per la soluzione dei problemi pratici, necessariamente relativi a valori e scelte, il consenso è l'unico criterio di una verità probabile (contrapposta alla verità necessaria delle scienze dimostrative). Perfettamente consapevole della profonda interferenza fra fenomeno linguistico e giuridico ⁽³⁾, egli non dimentica mai, nell'analisi dei testi normativi, il rapporto tra il carattere metaforico del linguaggio e la sua funzione prescrittiva rivalutizzando la topica richiamata attraverso l'attualizzazione che ne ha fatto Perelman nel suo celebre trattato sull'argomentazione ⁽⁴⁾ e riaffermando una concezione antiformalistica della logica giuridica che rivaluta il primato del 'problema' e del 'caso' sul 'sistema' ⁽⁵⁾.

Consapevole della difficile stagione che sta vivendo la scienza del diritto che le tentazioni del nichilismo giuridico vorrebbero ridurre a semplice ratifica di cadenze di segno meramente procedimentale sottraendole a quella verifica di contenuto che è l'unico strumento possibile per svincolare, nel segno della ragione, il diritto dalla logica primordiale dei rapporti di forza, vorrei limitarmi a qualche breve notazione a margine delle riflessioni che Giuliani ha compiuto intorno alle norme delle preleggi in tema di fonti del diritto ⁽⁶⁾. Il tema delle fonti, al quale di recente ho dedicato una mia personale attenzione ⁽⁷⁾, assume nella difficile stagione di passaggio che stiamo vivendo, un ruolo cruciale proprio perchè costituisce la spia di quella rivoluzione che ha condotto la riflessione dei giuristi positivi da un lato a superare i confini della c.d. dimensione statualistica, dall'altro a scoprire la realtà di una sistematica giuridica

⁽²⁾ Cfr. GIULIANI, *Logica (teoria dell'argomentazione)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, 1975, p. 14.

⁽³⁾ Cfr. GIULIANI, *Nouvelle rhétorique e logique du langage normatif*, in *Logique et Analyse*, 1970, XLIX-L, p. 65.

⁽⁴⁾ PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1966 (con prefazione di BOBBIO).

⁽⁵⁾ Cfr. GIULIANI, *Logica (teoria dell'argomentazione)*, cit., p. 22.

⁽⁶⁾ GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, I, Torino, 1982, pp. 177-270.

⁽⁷⁾ Cfr. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008.

intesa non più come presupposto ma semmai come risultato del procedimento ricostruttivo (8).

Il fatto che la riflessione di Giuliani si inserisca all'interno di un "Trattato di diritto privato" ed assuma a suo punto di riferimento un preciso testo legislativo (gli artt. da 1 a 15 delle disposizioni sulla legge in generale) propone innanzitutto un non consueto approccio del filosofo, che solitamente considera gli enunciati normativi come un oggetto che non gli appartiene. Approccio tanto più sofisticato in un momento in cui, essendosi rotta la tranquilla prospettiva di un quadro sistematico definito a priori, l'interprete si trova di fronte alla difficoltà — preventiva rispetto al concreto svolgimento del procedimento interpretativo — di definire la disciplina da utilizzare. Segnalo che le pagine alle quali mi riferisco sono ormai vecchie di quasi trent'anni, un tempo enorme nella accelerazione dei meccanismi di elaborazione delle categorie concettuali che la scienza giuridica ha attraversato a cavallo del nuovo millennio, proprio in un momento in cui la filosofia del postmoderno tendeva a negare il presupposto stesso della tradizionale teoria delle fonti disarticolandone la vincolatività da ogni previo riferimento all'autorità di un soggetto legittimato a rendere l'enunciato (9). Le parole con le quali Giuliani conclude la sua riflessione (10), invitando a riscoprire la vocazione storica e filosofica della scienza giuridica in una rinnovata dialettica tra legge e diritto, tra *ius scriptum* e *ius non scriptum*, tra legislatore e giudice, assumono ai nostri occhi quasi il valore di una profezia e aiutano a riaffermare il nostro ruolo di giuristi in una stagione in cui esso viene negato, tutto riducendosi alla ratifica dei rapporti di forza nell'insistito richiamo al preteso assorbente valore del principio di maggioranza (11). Mi sono anzi do-

(8) Per una applicazione particolare cfr. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, II, Milano, 2008, spec. p. 1654 ss.

(9) Cfr., ad esempio, LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Milano, 1985, p. 22. Più in generale, sull'autorità e la legittimazione come entità postsoggettiva, cfr. VATTIMO, *La fine della modernità. Nichilismo ed ermeneutica nella cultura postmoderna*, Milano, 1985, p. 15 ss. e *passim*.

(10) "La dottrina della conoscenza non è monopolio dei filosofi": GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 270.

(11) Significative al riguardo le riflessioni di GALGANO, *La forza del numero e la legge di ragione*, Bologna, 2007.

mandato che cosa ci fosse di diverso nelle modalità di approccio alla riflessione e nelle cadenze del suo svolgimento tra il ragionamento di Giuliani e il mio quando, ciascuno portando su di sé il peso di una etichetta classificatoria, abbiamo affrontato il tema delle fonti del diritto. Forse i giuristi dovrebbero prendere consapevolezza del necessario entroterra filosofico dei loro ragionamenti, così come i filosofi dovrebbero capire che nessuna ricostruzione concettuale del diritto è possibile senza muovere dalla realtà degli enunciati normativi e dai modi concreti in cui l'esperienza giuridica si viene articolando e svolgendo.

Il filo rosso del suo ragionamento si coglie nell'insistito richiamo alle norme di riconoscimento della volontà del legislatore ⁽¹²⁾. Tali norme, che la tradizione vorrebbe distinte dalle norme sulle fonti ⁽¹³⁾, tendono nell'esperienza contemporanea ad identificarsi con queste ultime. Secondo Giuliani le norme di riconoscimento non sono riconducibili ai canoni di una logica invariabile secondo i paradigmi del positivismo codicistico che utilizzava il principio della *lex posterior*, ma hanno finito, più o meno consapevolmente, per raccogliere "l'eredità della dottrina dei *principia iuris*" ⁽¹⁴⁾, con la conseguenza che "i principi del diritto sono elevati a fonti del diritto" ⁽¹⁵⁾. Senza possibilità di affrontare qui una tematica per altri versi sconfinata, l'alternativa tra quella che definirei la cultura degli atti di posizione e quella degli atti di riconoscimento conduce la prima al buco nero del nichilismo giuridico mentre apre alla seconda la dottrina che oggi diciamo del diritto vivente, cioè di un diritto che non si risolve nella silenziosa insignificanza di un enunciato, ma lo riempie di contenuti nella inesauribile e storicamente variabile dialettica tra testo e contesto.

Giuliani è consapevole che il modello italiano è "caratterizzato

⁽¹²⁾ GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 179.

⁽¹³⁾ GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 267.

⁽¹⁴⁾ GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 179.

⁽¹⁵⁾ Significativo, a questo proposito, l'accostamento che GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 267, nt. 22, fa dell'art. 11 del *Titulo preliminar* del *Codigo civil* spagnolo (1974), che elenca fra le fonti del diritto la legge, gli usi e i principî generali, con l'osservazione di MODUGNO, *Ordinamento giuridico, dottrina*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, p. 731, secondo il quale "i principi generali più che alle norme si avvicinano alle fonti normative".

dalla persistente conflittualità tra legislatore e giudice” (16), eppure arriva a riconoscere l’inevitabilità di ammettere “norme di riconoscimento giurisprudenziale” (17), attribuendo anche alla dottrina un inalienabile ruolo in questo raccordo, un ruolo persuasivo critico valutativo (18). Egli non manca di osservare che, grazie agli sforzi compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza (19), il processo applicativo del diritto si risolverà nella “ricerca di una soluzione giusta e ragionevole” perchè questa corrisponde alle istanze di una ragione pratica sociale giustificativa (20). Rileggendo oggi le sue pagine, a distanza di più di un quarto di secolo, si nota la preveggenza sensibilità con cui avverte come il controllo di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale — allora molto più sfumato di quanto non accada oggi, quando è ormai diventato il *leit-motiv* della maggior parte delle sue pronunce — “appaia destinato ad influenzare l’attività e il ragionamento della giurisprudenza ordinaria” (21). È proprio dal raccordo tra dottrina e giurisprudenza che potrà nascere, a suo giudizio, quel dialogo corretto tra legislatore e giudice che solo gli strumenti della razionalità consentono di articolare. Parole davvero precorritrici per noi ormai immersi in una drammatica crisi di rapporto tra una legislazione spesso solo motivata da una volontà di imporre al di là di ogni profilo di condivisione e una giurisdizione alla disperata ricerca di strumenti idonei a realizzare forme di composizione tra modelli astratti e rapporti concreti.

Ciascuno di noi è abituato a leggere la produzione altrui attraverso il filtro della propria sensibilità per non dire delle chiavi di precomprensione con le quali è solito rapportarsi all’esperienza ed è quindi indubbio che altrettanto abbia fatto io quando, occupandomi delle fonti del diritto, mi sono confrontato con lo scritto di Giuliani in maniera più attenta ed analitica di quanto non avessi fatto nel momento in cui il Trattato diretto da Rescigno è apparso sul mercato.

(16) GIULIANI, *op. cit.*, p. 189.

(17) GIULIANI, *op. cit.*, p. 266.

(18) GIULIANI, *op. loc. ult. citt.*

(19) E gli è prezioso, a questo riguardo, il raccordo con PERELMAN, *Logica giuridica-nuova retorica*, a cura di CRIFÒ, Milano, 1979, p. 212.

(20) Cfr. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 266, nt. 21.

(21) GIULIANI, *op. loc. ult. citt.*

Vorrei tuttavia ribadire che nel mio colloquio con lui attraverso le vie segrete del segno apposto con una matita a margine del libro non ho mai avuto la sensazione di dialogare con il cultore di una disciplina diversa dalla mia, con il quale fosse necessario per intendersi l'intermediazione di un filtro decodificatore per me dei suoi schemi concettuali, per lui delle mie categorie classificatorie. In una stagione in cui anche il rapporto più banale e consueto ha bisogno spesso di una sorta di traduttore semantico e valoriale per ricondurre ad un comune denominatore di linguaggio i due interlocutori, mi è sembrato significativo constatare che non ci fosse fra di noi alcuna barriera di incomunicabilità legata a dogmatismi di collocazione culturale o accademica. Basterebbe pensare al modo come Giuliani affronta l'interpretazione dell'art. 1 delle preleggi, quello che nell'impostazione tradizionale veniva letto come riassuntivo delle fonti del diritto e della loro gerarchia, e che egli designa a paradigma di come le preleggi abbiano finito per assumere un valore residuale in quanto norme sulle fonti declassando la volontà del legislatore a una fra le tante norme di riconoscimento che il giudice deve aver presente per rendere la sua decisione⁽²²⁾. Tenendosi rigorosamente in equilibrio tra il rigore delle sue ricostruzioni e la necessità di acquisire quegli elementi necessari di conoscenza che trae da una attenta analisi della giurisprudenza condotta con sicurezza quasi avvocatessa, egli verifica, all'interno della riflessione sulle fonti, quanto aveva osservato in altro luogo quando aveva detto che, in una prospettiva dialettica, la questione filosofica non appare costitutivamente diversa dalla controversia giuridica⁽²³⁾, in quanto la ricerca filosofica non rinuncia a quello strumento tipico della conoscenza giuridica che è la testimonianza⁽²⁴⁾, nella specie offerta soprattutto dalle decisioni giurisprudenziali, con le quali, a differenza della massima parte dei filosofi del diritto, aveva una dimestichezza assoluta cementata dalle raffinate ricerche condotte in coppia con Nicola Picardi⁽²⁵⁾. Non sfugge alla sua analisi il capovolgi-

(22) Cfr. GIULIANI, *op. cit.*, p. 203.

(23) Cfr. GIULIANI, *Controversia giuridica e questione filosofica*, in *Jus*, 1966, p. 307 ss.

(24) V. anche GIULIANI, *Dialogo e interpretazione nell'esperienza giuridica*, in GIULIANI-PALAZZO-FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, p. 3 ss.

(25) Dalla consapevolezza dell'importanza del momento giurisprudenziale sono nate le ricerche sul rapporto tra applicazione della legge e responsabilità del giudice sulle

mento della soluzione riduzionistica secondo la quale una gerarchia normativa assorbe — ed al limite elimina — il problema delle norme di riconoscimento ⁽²⁶⁾. Proprio nel momento in cui si acquisisce consapevolezza del declino della legge, cioè del fatto che essa, al di là dell'utopia di stampo positivistico, non copre l'area del diritto, “il disordine delle fonti — per la natura delle cose — non può non trovare la sua compensazione al livello delle norme di riconoscimento” ⁽²⁷⁾. Ma ciò apre quel problema enorme, col quale tuttora ci misuriamo, se cioè “tali norme, affidate alla empiria della giurisprudenza, siano idonee a garantire — in un ordinamento che diviene sempre più aperto progressivo temporale — nuovi equilibri tra volontà e ragione, tra legge e diritto, tra legislatore e giudice” ⁽²⁸⁾. Giuliani paventa che, in luogo di una dialettica tra legislatore e giudice, si possa arrivare ad una confusione dei poteri, che è, a ben vedere, il problema di fondo del nostro tempo, nel continuo rimpallo di responsabilità tra potere politico e magistratura ⁽²⁹⁾.

Alla luce delle diverse chiavi di lettura che ci sono state offerte dall'esperienza di questi ultimi anni possiamo intendere quanto siano precorritrici le parole di Giuliani quando osserva che “la crisi di una teoria delle fonti non è soltanto crisi di una teoria dei principî del diritto, ma altresì crisi delle istituzioni” ⁽³⁰⁾. Il superamento dei paradigmi proprî della scuola storica, il riconoscimento del nuovo ruolo attribuito al giudice quale interprete dei valori collettivi e quale garante degli interessi diffusi, la consapevolezza che lo stesso profilo di costituzionalità della legge non può facilmente coniugarsi con il principio della certezza del diritto nel senso del positivismo ottocentesco ⁽³¹⁾ lo induce — accogliendo le suggestioni di una dottrina civilistica sempre meno rassegnata a ritenere che il progres-

quali cfr. GIULIANI-PICARDI, *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*, in *L'educazione del giurista*, a cura degli stessi, III, Perugia-Firenze, 1978; Id., *La responsabilità del giudice: dallo Stato liberale allo Stato fascista*, *ibidem*.

⁽²⁶⁾ Cfr. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 208.

⁽²⁷⁾ GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 209.

⁽²⁸⁾ GIULIANI, *op. loc. ult. cit.*, p. 189.

⁽²⁹⁾ Cfr. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, p. 479 ss.

⁽³⁰⁾ GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 264.

⁽³¹⁾ GIULIANI, *op. cit.*, p. 265.

so del diritto sia condizionato dall'arbitrio del legislatore ⁽³²⁾ — a dare rilievo persino alla rubrica dell'art. 1 delle preleggi significativamente intitolato "Individuazione delle fonti". Giuliani lascia intendere che l'evoluzione storica e culturale che ha accompagnato la vicenda di questo enunciato ha condotto a spostarne il significato dal territorio dei principî precettivi a quello dei principî selettivi. Che è poi la consapevolezza che oggi accompagna l'attività di ogni magistrato, ormai divenuto cosciente che il primo momento del processo applicativo che gli compete riguarda la determinazione e quindi l'individuazione dell'enunciato cui riferire l'attività interpretativa. Confesso che mi ha colpito la sensibilità con cui Giuliani raccoglie gli spunti di una dottrina civilistica che, al momento in cui fu formulata, non si sottrasse alle diffidenze dei chierici e mi ha richiamato la preziosità di alcuni colloqui con lui dove la ricchezza degli stimoli che ti offriva era inversamente proporzionale alla semplicità e alla modestia con cui venivano formulati.

Nel momento in cui la teoria delle fonti sembra aver esaurito la sua parabola e "la vita della legge [per dirla con le parole di Paolo Grossi] (ossia il suo entrare e permanere in contatto coi fatti) conta forse più della volontà inserita in un testo cartaceo da un Giove onnipotente, magari cento anni prima; e contano la scienza e la prassi che esprimono quella vita e costituiscono la preziosa cerniera fra testo ed esperienza, che arrivano a garantire la ritrovata storicità del diritto" ⁽³³⁾, la riflessione di Giuliani ci ritorna preziosa e illuminante nel suo continuo trascorrere dalle ricostruzioni storiche alle consapevolezze della scienza specialistica, dalle articolazioni della giurisprudenza alle finezze della logica. Per chi come me ha di recente ripercorso il medesimo tragitto teorico il riconoscimento di un debito di questa portata e di questa natura equivale a deporre un piccolo fiore, non artificiale né appassito, sulla sua cattedra perugina.

⁽³²⁾ Significative mi sembrano le citazioni che si leggono in GIULIANI, *op. cit.*, p. 269 nt. 27.

⁽³³⁾ GROSSI, *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*. Quaderni di diritto privato europeo, Incontro di studio del 4 dicembre 2007, Bari, 2009, p. 43 ss.

MASSIMO LUCIANI
TEORIA E DOMMATICA DELLE FONTI
IN ALESSANDRO GIULIANI

Ha osservato giustamente Nicola Picardi, in un suo noto, affettuoso e scientificamente impegnato ricordo di Alessandro Giuliani, che anche le ricerche sulla legge e sulle fonti in generale costituivano, nell'impianto complessivo del pensiero di questi, "uno sviluppo delle riflessioni sul giudice". In effetti, è proprio così. Non mi sembra che in Giuliani si possa registrare lo sforzo dell'indagine su un possibile "in sé" della legge, perché la legge era da lui concepita come il *medium* del rapporto che inevitabilmente doveva e deve instaurarsi fra il legislatore e il giudice: fra chi pone (anzi, significativamente chiosa Picardi, chi "tenta di porre") le regole e chi deve interpretarle ed applicarle. Quel che interessava, dunque, non erano le questioni classiche della legge e delle fonti: non il rapporto tra legge e sovranità; non la questione del pregio specifico delle fonti di derivazione dalla rappresentanza (non quindi, la questione della riserva di legge); non l'ordinamento delle fonti in sistema secondo una griglia di principi ordinatori capaci di risolvere le antinomie. Non troveremo, dunque, una *dommatica* delle fonti nell'opera di Giuliani; troveremo — però — una loro *teoria*, ed è per questo che il titolo del mio intervento è quello che si legge nell'indice di questo volume.

Già la scelta di non elaborare una dommatica, in realtà, è un elemento di una teoria delle fonti e rimanda al convincimento che la legge (alla quale fonte soltanto, per semplicità, è qui bene riferirsi) sia questione che non può essere trattata prescindendo da ciò che le sta fuori, e cioè dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Talvolta questo convincimento è manifestato in modo radicale, estremo, come quando si afferma che "il linguaggio legislativo presuppone quello della scienza e della giurisprudenza". Talaltra, anche a brevissima distanza, lo è in forma più moderata, come quando si scrive che "esiste

interazione tra il linguaggio del legislatore e quello della dottrina della giurisprudenza”. E si tratta di un convincimento ben fondato e che, specie quando è espresso nella forma più prudente che ora ho riportato, mi sembra particolarmente condivisibile.

A ben vedere, che quella del giudice sia interpretazione *per* l'applicazione è cosa ormai nota e acquisita alla consapevolezza del pensiero giuridico. Molto meno lo è che la stessa legislazione sia legislazione *per* l'interpretazione e — quindi — *per* l'applicazione. Credo che un grande merito di Giuliani sia stato proprio l'aver mostrato che la *legislatio* e la *iurisdictio* sono elementi di un processo di decisione sociale che — pur nelle differenze funzionali delle due attività — possiede una sua unitarietà, sicché può produrre risultati apprezzabili solo a condizione che chi sta a monte non dimentichi che quanto fa è destinato a ripercuotersi a valle, e che chi sta a valle non dimentichi che quanto fa lo fa perché a monte esiste un *volutus legislativo* da condurre ad effetto. Non si tratta, dunque, soltanto della constatazione (per altro opportunamente registrata da Francesco Cerrone in un bel saggio sul Nostro) che il diritto è il prodotto di apporti multipli — del legislatore, cioè, ma anche dei giudici, così come degli stessi poteri privati o della dottrina —, ma della ricostruzione unitaria del fenomeno giuridico, nella sua prospettiva dinamica (e cioè della *nomopoiesi*).

Certo, la premessa può essere suscettibile degli svolgimenti più vari. Per Giuliani furono quelli della teoria dell'argomentazione e della riscoperta della topica, ma non credo (e non paia provocatorio) che con quella promessa sarebbero state incompatibili posizioni molto diverse, come quella di Bobbio (il cui positivismo non era certo inconsapevole del fatto che l'interpretazione non è mai riproduzione, ma è svolgimento della previsione normativa recata dalle fonti, legislative e non). Peraltro, questa astratta compatibilità ha dei chiari limiti concreti e comincia e finisce qui, perché è inevitabile che in quel processo sociale che è la *legislatio/iurisdictio* si finisca per assegnare il primato o alla prima delle due azioni — a quella del legislatore — o alla seconda — a quella del giudice. E non v'è bisogno di esplicitare per quale soluzione propendessero le due posizioni paradigmatiche di Bobbio e di Giuliani (ricordo solo le attente notazioni di Cervati — nel *Biografico* — sulle riflessioni di Giuliani quanto alla pretesa — da lui

giustificata e che, confesso, mi lascia invece assai più tiepido — di un nuovo protagonismo del giudice).

Ma restiamo, appunto, a quest'ultimo. Gli altri elementi della sua teoria delle fonti, e in particolare della legislazione, li troviamo innanzitutto nel noto *Commento alle Preleggi*, apparso nel *Trattato* diretto da Pietro Rescigno. Qui, mi sembra, almeno nella prospettiva che ho scelto di assumere, acquistano un rilievo particolare le considerazioni sull'abrogazione e quelle sulla retroattività. Si badi: è evidente che, considerate le coordinate teoriche generali del pensiero di Giuliani, elementi essenziali della sua teoria delle fonti si trovano anche nella dottrina dell'interpretazione: penso, in particolare, all'inquadramento del fenomeno dell'analogia tra l'interpretazione e l'equità, che ha problematizzato la tradizionale discussione fra chi nega la distinguibilità di interpretazione estensiva ed analogia e chi (come la Cassazione francese, nelle *Observations al projet del Code civil*, sulle quali di recente ha richiamato l'attenzione Ugo Petronio) sostiene che l'analogia non abbia nulla a che vedere con l'interpretazione. È evidente, ripeto, ma è proprio nelle pagine sull'abrogazione e in quella sulle retroattività che, a mio parere, le fonti sono trattate nella prospettiva più sistematica.

L'abrogazione, dunque. La critica al “dogma volontaristico” è serrata, soprattutto per quanto riguarda le conseguenze ch'esso ha determinato, sterilizzando l'antico principio *cessante ratione legis cessat et ipsa lex*, limitando al massimo l'ipotesi della reviviscenza, sollecitando la costruzione dell'abrogazione espressa come il vero “modello” di abrogazione. Altrettanto serrata, però, è la dimostrazione che il lavoro giurisprudenziale ha determinato “una generale tendenza di relativizzazione” delle regole legislative sulla successione delle fonti nel tempo.

Secondo Giuliani, questa tendenza alla relativizzazione non è imputabile esclusivamente ad una strategia della giurisprudenza, ma va ascritta anche alle scelte (in genere inconsapevoli delle proprie conseguenze) dello stesso legislatore e in particolare alla sovrapproduzione normativa: “l'inflazione legislativa estende le situazioni di dubbio, e rende precaria l'automaticità delle regole relative all'abrogazione tacita”, si scrive nel *Commento alle Preleggi*, e questa osservazione conferma pienamente quella che — come si diceva in apertura — a me appare una ricostruzione unitaria del processo di

legislatio e di *iuridictio*. Così, talune soluzioni giurisprudenziali “scandalose” — dice lo stesso Giuliani — dal punto di vista dei principi tradizionali non vanno lette come il frutto del libero movimento della giurisprudenza, ma vanno intese come una reazione che lo stesso legislatore — in genere, ripeto, inconsapevole — ha finito per implicitamente sollecitare. Del resto, lo stesso impetuoso sviluppo di un pluralismo nel sistema delle fonti, che era sconosciuto al passato, ha determinato una profonda trasformazione nei processi di ordinazione delle fonti in sistema: il fenomeno dell'appannamento del criterio cronologico e del successo di altri criteri (gerarchico e della competenza), già finemente analizzato da Vezio Crisafulli, è puntualmente registrato anche da Giuliani.

La retroattività, infine. Anche qui l'assetto delle fonti è legato strettamente a vicende più generali, che di molto lo trascendono. Così, il *favor* per la legge più risalente è ritenuto imputabile alle esigenze di un'economia di mercato nella quale gli operatori privati debbono poter contare su elementi di “calcolo” stabili e sicuri (aggiungo che, peraltro, le medesime esigenze hanno anche un fondamento democratico, perché affidamento dai cittadini e certezza del diritto si radicano pure nell'idea della consensualità e consapevolezza del *pactum unionis*). Parimenti, il *favor* per la legge più recente è ritenuto imputabile alla diffidenza (anzi, all'“orrore”, dice Giuliani) del positivismo per la coesistenza di più norme relative alla medesima fattispecie, coesistenza inevitabile se i fatti passati si consegnano alla disciplina della legge previgente e solo i fatti presenti e futuri sono affidati alla disciplina della legge nuova.

Come si vede, anche in questa prospettiva il sistema delle fonti non costituisce una *a priori*, che gli operatori del diritto si trovano di fronte preconfezionato, bell'e pronto, ma è il risultato — se mai riuscirà ad essere sistema — del continuo confronto e intreccio fra spinte (scelte) sociali, spinte (scelte) legislativa, spinte (scelte) giurisprudenziali e dottrinali.

Una volta di più, la natura unitaria del processo di *legislatio* e di *iuridictio* fa dello studio dell'una o dell'altra soltanto di queste due attività una prospettiva parziale di approccio ad un fenomeno che, seppur riguardato da angolazioni diverse, resta il medesimo. Il tentativo teorico di Alessandro Giuliani è stato, mi pare, proprio quello di sfuggire alle parzialità di queste prospettive.

NICOLA PICARDI

PLURALITÀ DI GIURISDIZIONI
NELL'ETÀ DELLA GLOBALIZZAZIONE (*)

I. ALLE ORIGINI DELLA GIURISDIZIONE STATUALE. — 1. Premessa. — 2. La giurisdizione come emanazione della sovranità. — 3. La natura extrastatuale della giurisdizione nell'ideologia medioevale. — 4. Alle origini della giurisdizione statale: sovranità e giurisdizione. — II. IL MONOPOLIO STATUALE DELLA GIURISDIZIONE E LA SUA CRISI. — 5. Premessa. — 6. La crisi del monopolio statale della giurisdizione: il mutamento dei presupposti. — 7. *Segue*: la proliferazione delle Corti. — 8. *Segue*. La struttura multilivello ed il carattere transnazionale della giurisdizione. — III. ALLA RICERCA DI NUOVI ASSETTI DELLA GIUSTIZIA. — 9. Premessa. — 10. Pluralità degli ordinamenti giuridici e pluralità degli ordinamenti giurisdizionali. — 11. Il problema delle relazioni fra diversi ordinamenti. — 12. “*Jus cogens*” ed immunità giurisdizionale degli Stati. — 13. La sentenza della Corte Internazionale di Giustizia.

I.

ALLE ORIGINI DELLA GIURISDIZIONE STATUALE.

1. *Premessa*.

Giustizia e giurisdizione — suo principale cardine istituzionale, nella tradizione occidentale — sono «nozioni confuse», non sono «né del tutto chiare né del tutto oscure» ⁽¹⁾: esse hanno assunto, nel tempo e nello spazio, valenze e significati diversi. Ripercorrendone la

(*) Il presente scritto costituisce la rielaborazione, l'integrazione e l'aggiornamento della relazione tenuta a Verona, il 25 settembre 2009, nel XXVII Convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, che aveva come titolo *la crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle Corti* ed è stato, ora pubblicato in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del predetto convegno, Bonomia University Press, 2011, pp. 5 ss.

(1) A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano 1997, pp. 42, 47 e 48.

storia, ci troviamo in presenza di definizioni solo parziali ed approssimative, che riflettono un particolare aspetto dei problemi considerati; saremmo, pertanto, propensi a riconoscere loro solo un valore relativo.

Al di là della lunga serie di concezioni assolutistiche (o, se si preferisce trascendentali ⁽²⁾ anche le più sofisticate ⁽³⁾), giustizia e giurisdizione rappresentano il risultato concreto della ragione pratica e delle circostanze particolari nelle quali esse operano in ogni comunità umana ⁽⁴⁾.

Per cogliere il senso delle profonde trasformazioni che nella nostra epoca si sono prodotte al riguardo, occorre, quindi ripensare i problemi utilizzando dialetticamente, anche e soprattutto il metodo storico e comparativo ⁽⁵⁾, metodo che ci permette di penetrare, pur nella loro relatività, le ragioni del dibattito che oggi si viene svolgendo; di interpretare i dati ora reperibili nell'ottica dei loro presupposti culturali e di intravedere, così, un'evoluzione che, più indici, ci indicano ancora in corso.

2. *La giurisdizione come emanazione della sovranità.*

In alcuni recenti saggi ⁽⁶⁾ abbiamo tentato di ricostruire la lunga

⁽²⁾ Cfr., da ultimo, AMARTYA SEN, *The Idea of Justice*, Peuguins Books Ltd. U.K., 2009, trad. it. di L. Vanni, Milano, ed. Mondadori, 2010, pp. 21 ss. e 110 ss. (le ulteriori citazioni vanno riferite all'edizione italiana).

⁽³⁾ Ci riferiamo alla nota concezione della *giustizia come equità* di J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), trad. it. di U. Santini, Milano, ed. Feltrinelli, 2008, il quale, pur muovendo da un punto di vista assolutistico della giustizia (p. 18), struttura la sua teoria nei c.d. *principi di giustizia* nei quali trova largo spazio il concetto di ragionevolezza (p. 38). In particolare, egli ritiene che le istituzioni di giustizia, e quindi la giurisdizione, trovano la propria legittimazione, non nel consenso delle parti (è la risalente tematica del contratto sociale che Rawls revisiona e riformula), ma nel fatto che esse sono accettabili dal punto di vista di una *persona ragionevole*, che le identifica come istituzioni eque e ne riconosce quindi la legittimità. Da questo punto di vista Jhon Rawls può essere considerato il punto di passaggio da una concezione assolutistica ad una concezione relativistica e dialettica della giustizia.

⁽⁴⁾ Cfr., da ultimo, AMARTYA SEN, *op. cit.*, pp. 20 ss. e 31.

⁽⁵⁾ A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico*, cit., pp. 3 ss.

⁽⁶⁾ N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, pp. 165 ss.; ID., *Il sistema giudiziario inglese tra continuità ed innovazione*, in *Studi in onore di Severino Caprioli* (in corso di pubblicazione) e in *Il giusto processo civile*, 2007, pp. 609 ss.; ID.,

evoluzione che è sfociata nella concezione classica della giurisdizione. In particolare abbiamo sottolineato come la cultura giuridica continentale (7) del XIX e del XX secolo abbia considerato la giurisdizione come uno degli attributi essenziali della sovranità ed abbia ricostruito un sistema giurisdizionale nettamente orientato su principi pubblicistici, basato sullo statualismo della giustizia e della sua organizzazione, nonché sul legalismo della procedura.

Nell'economia della presente indagine appare sufficiente ricordare le più autorevoli definizioni ottocentesche, tratte, rispettivamente, dai quattro ordinamenti continentali più rappresentativi.

Nell'*area culturale tedesca* — in cui si è prolungata più a lungo la coesistenza fra le giurisdizioni dell'Impero e quelle dello Stato — Adolf Wach, alla fine del XIX secolo, sentiva ancora la necessità di precisare che gli Stati hanno “una giurisdizione *propria*, non derivata dall'Impero.... I loro tribunali non giudicano in nome dell'Impero.... La giurisdizione statale è legata all'organizzazione nazionale dei

Extraestatalidad de la jurisdicción, in *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, a cura del Consejo General del Poder Judicial, Tomo II, Madrid 2008, pp. 167; ID., *Il giudice secondo l'ideologia medioevale*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino 2008, I pp. 437 ss. (v. anche già in *Riv. dr. proc.*, 2007, pp. 1475 ss., edizione alla quale si intendono riferite le successive citazioni); ID., *Giurisdizione e sovranità: alle origini della giurisdizione statale*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicendamento giuridico internazionale*, omaggio ad Aldo Attardi, Tomo I, Padova 2009, pp. 1 ss. (v. già anche in *Riv. trim. dr. proc. civ.* 2007, pp. 685 ss., edizione alla quale si intendono riferite le successive citazioni) ed ID., *Le juge naturel, principe fondamental en Europe*, in *Revue Internationale de droit comparé* 2010, pp. 27 ss. (le successive citazioni si intendono riferite a questa edizione), nonché in E. MARKEL (a cura di), *Human Rights and the Judiciary*, Belo Horizonte, ed. Del Rey, 2010, pp. 133 ss. (per una versione in italiano di questo lavoro cfr., del resto, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, in corso di pubblicazione, e già in *Diritto e Società* 2008, pp. 513 ss., I).

(7) Discorso diverso richiede, invece, la giurisdizione nei sistemi di *common law*. Essa si colloca, infatti, al di fuori e al disopra dello Stato. Il potere giurisdizionale non appartiene a giudici funzionari dello Stato. Il diritto viene continuamente riformulato ed adattato da giudici giuristi, considerati quali autonomi depositari e interpreti del diritto nazionale (*commom law*), che hanno il compito di garantire la libertà e gli interessi dei privati anche nei confronti dello Stato (cfr. N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 78; ID., *Il sistema giudiziario inglese tra continuità ed innovazione*, cit., p. 632, ed ivi i relativi riferimenti bibliografici).

tribunali” (8) e Georg Jellinek precisava: “le leggi e le decisioni giudiziarie sono sempre atti dell’*imperium*” (9).

In Francia, il decano Jean Baptiste Eugène Garsonnet scriveva: “due poteri dirigono le società moderne, il potere legislativo ed il potere esecutivo.... L’autorità giudiziaria non è un terzo potere... rientra necessariamente nel potere esecutivo.... Il popolo è la fonte di tutti i poteri... la giustizia è resa in suo nome dai giudici delegati... non si può negare loro il titolo di agenti del potere esecutivo” (10).

In Spagna, Magin Fabrega y Cortés puntualizzava: “il potere è unico, perché corrisponde all’unità dello Stato, le funzioni, gli organi per realizzarle, sono molteplici, e si prestano ad una classificazione... in potere legislativo, esecutivo e giudiziario, per questo i diversi organi del potere si denominano a loro volta poteri” (11).

In Italia, Giuseppe Chiovenda ha insegnato che “l’esercizio del potere giurisdizionale si considera esclusivamente come *compito essenziale* della sovranità”, “sovranità e giurisdizione risiedendo esclusivamente nello Stato” (12).

Questi insegnamenti, espressioni del clima culturale che li ha generati ed in cui si inseriscono perfettamente, risultano ancora oggi ampiamente condivisi (13).

In altri termini, fra il XIX ed il XX secolo, si è consolidata l’idea

(8) A. WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig 1885, p. 310.

(9) G. JELLINEK in riferimento al II Reich o alla Repubblica di Weimar, precisava che le decisioni giudiziarie sono sempre atti della sovranità nazionale (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed., Bad Omburg v.d. Höle, Berlin, Zürich 1921. Di tale opera vi è una traduzione italiana di M. Petroziello, con introduzione generale di V.E. Orlando, dal titolo *Le dottrine generali del diritto dello Stato*, Milano 1949, p. 173).

(10) E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, T. 1 (1892), 3ª ed., in collaborazione con Ch. CESAR-BRU, Paris 1912, nn. 1 e 4, pp. 3 e 12.

(11) M. FABREGA Y CORTES, *Lecciones de procedimientos judiciales*, 3ª ed., Barcelona 1928, p. 9.

(12) G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, (1906), 3ª ed., Napoli 1923, pp. 102 e 292.

(13) Cfr., per tutti, in Germania, BAUR/GRUNSKY, *Zivilprozessrecht*, 8ª ed., Berlin 1994, pp. 6 ss.; in Francia, R. PERROT, *Institutions judiciaires* (1983), 14ª ed., Paris 2010 nn. 60 ss, pp. 59 ss.; in Spagna, V. FAIREN GUILLEN, *Doctrina General del Derecho procesal*, Barcelona 1990, p. 101 e, in Italia, E. FAZZALARI, *La giurisdizione internazionale nell’era della globalizzazione*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, I, Milano 2005, pp. 455 ss.

secondo cui, come lo Stato rappresenta un'entità, così anche il "potere" ⁽¹⁴⁾ va considerato come entità unica e indifferenziata, derivata dalla sovranità nazionale. Ma il potere viene distribuito fra i diversi segmenti dell'apparato statale e si scompone in funzioni. Le funzioni, e gli organi che attuano la sovranità, sono, a loro volta, diverse e si articolano, per lo più, nella triplice classificazione: legislazione, amministrazione e giurisdizione.

Una volta radicata la convinzione che la giurisdizione è una funzione statale e che il giudice è uno degli organi che esercitano il "potere" dello Stato, attuando la sovranità, i diversi organi del "potere" statale sono stati, a loro volta, denominati "poteri", finendo così col configurare, quanto meno, un potere legislativo, un potere amministrativo (o governativo) ed un potere giudiziario. Fra i tre poteri si è cercato, poi, di stabilire una specie di gerarchia interna, innescando così un processo di declassamento del potere giudiziario.

Durante il XIX ed il XX secolo, per lo più, si è continuato infatti a definire il giudiziario come potere autonomo: il "terzo potere". Ma, a ben vedere, ormai era solo suggestione di una terminologia risalente.

Nella tradizione giuridica continentale la magistratura non costituiva più una di quelle sedi che detengono ed esercitano il "potere", nel senso weberiano di dominio (*Herrschaft*), come era avvenuto, ad esempio, in Francia durante l'*Ancien Régime* ⁽¹⁵⁾. È stato giustamente osservato che "contrariamente alle apparenze, il potere giudiziario è stato stroncato dalla Rivoluzione francese e più ancora dalle strutture napoleoniche" ⁽¹⁶⁾.

In definitiva, nell'area culturale euro-continentale, fra l'800 ed il

⁽¹⁴⁾ V., per tutti, B. BARNES, *The nature of Power*, Cambridge 1988, trad. it. L. Cecchini, Bologna 1995, pp. 17 ss.

⁽¹⁵⁾ A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, (1987), Milano 1995 §§ 4, 24, 25, 27, 43, 44, 49, 50, 52, 53, 54 e 56 ed ivi le relative fonti.

⁽¹⁶⁾ R. PERROT, *Institutions judiciaires*, cit., n. 56, p. 54. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari, dall'assolutismo francese all'Italia repubblicana*, Roma 2009, pp. 30 ss. ricostruisce il dibattito che si svolse alla Costituente fra coloro che qualificavano la giustizia come *potere giudiziario* (che prevalsero ancora nella Costituzione del 1791, tit. I, cap. V) e coloro che propugnarono la qualifica di *ordine giudiziario* (che doveva successivamente imporsi in Francia: v. *retro* testo e nota 10).

'900, è stato ritenuto principio incontestabile che la giurisdizione sia l'emanazione della sovranità e che l'amministrazione della giustizia costituisca monopolio esclusivo dello Stato. Abbiamo, però, l'impressione che si tratti soltanto di un'idea storicamente relativa, ormai superata nell'esperienza giuridica contemporanea.

3. *La natura extrastatuale della giurisdizione nell'ideologia medioevale.*

Nel diritto comune, elemento fondamentale della storia giuridica europea ⁽¹⁷⁾, si era venuto configurando una complessa trama di giurisdizioni (feudali, vescovili, comunali, signorili, delle arti e corporazioni, delle Università, consolati del mare e, in genere, giurisdizioni varie, riconducibili a corpi intermedi) che, in linea di principio, era riconducibile ancora alle somme autorità: l'Imperatore ed il Papa; ma in pratica non era monopolizzato, in tutte le sue articolazioni, da un'unica formazione politica ⁽¹⁸⁾.

La giurisdizione non poteva essere più considerata una funzione dell'Impero o del Papato, ma neppure dello Stato che, all'epoca, non esisteva. Eravamo in presenza di un *diritto senza Stato* ⁽¹⁹⁾ o, meglio, di un *pluralismo giuridico*, ossia alla coesistenza di diversi ordinamenti giuridici e di differenti giurisdizioni, ciascuno riconducibile a

⁽¹⁷⁾ Secondo la nota concezione di F. CALASSO, *Il problema storico del diritto comune e i suoi riflessi metodologici nella storiografia giuridica europea*, in *Rév. intern. des droit de l'antiquité*, 1948, pp. 441 ss. (successivamente, nel volume dello stesso A., *Storicità del diritto*, Milano 1966), sulla quale, da ultimi, cfr. M. BELLOMO, *Medioevo edito e inedito*, II; *Scienza del diritto e società medioevale*, Roma 1997, pp. 149 ss.; M. CARAVALE, *Alle origini del diritto europeo: ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna 2005 e E. CONTE, *Diritto comune*, Bologna 2009, pp. 27 ss.

⁽¹⁸⁾ N. PICARDI, *La giurisdizione*, cit., pp. 19 ss. ed ivi i necessari riferimenti bibliografici.

⁽¹⁹⁾ Paolo GROSSI, *Un diritto senza Stato. La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medioevale* (1996), ora nel volume *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, nonché, da ultimo, sempre dello stesso A., *L'Europa del diritto* (2007), Roma-Bari 2009, pp. 11 ss., spec. p. 15 e *Novecento giuridico: un secolo post-moderno*, in «Lezioni magistrali». Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, Napoli 2011, p. 17, ora nel volume *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012, p. 5 ss.

distinti gruppi sociali, anche se tutti insistevano su un territorio soggetto ad una stessa autorità politica. In un'epoca nella quale la legislazione era ancora silente, il potere veniva ripartito — come ha insegnato Mc Ilwain — fra istituzioni di governo (*gubernaculum*) e istituzioni di garanzia (*iurisdictio*) (20). Per delega o per consuetudine, ovvero addirittura *sine titulo*, si era venuta così formando una classe di giudici — e in genere di giuristi — che aveva finito per contrapporsi ai governanti ed a costituirsi quale garante di *iura et libertates*. Una volta delineata la separazione fra *iurisdictio* e *gubernaculum*, fra diritto e politica, il ruolo del giudice non poteva essere quello di un funzionario del governo condizionato da vincoli burocratici (21). Il suo ruolo rifletteva una concezione del diritto come sapere universale, comune. Il diritto era costituito da un « tessuto di regole non scritte », che nascevano in una comunità ed erano vincolanti, in quanto esprimevano i relativi valori fondamentali (22). L'ordinamento giuridico rappresentava il risultato di un lento progressivo lavoro di razionalizzazione dei precedenti da parte dei giudici e della dottrina. Esso tendeva all'organizzazione del consenso, non alla manifestazione della volontà di un sovrano.

L'attività del giudice assumeva un carattere professionale, al pari di quello del medico. Le cognizioni di entrambi rappresentavano il risultato critico delle passate esperienze, sulle cui basi venivano formulate, rispettivamente, nuove sentenze o nuove diagnosi. Non è senza significato la ricorrente equiparazione fra attività del giudice ed attività del medico in punto di responsabilità: *quare medicus in plus obligatur quam index?* Si domandava Giovanni Bassiano (23).

La procedura — o, per usare la terminologia dell'epoca, *l'ordo iudiciarius* — quale strumento operativo del giudice veniva confezionato dagli stessi giudici ed avvocati, con la collaborazione della dottrina e tradotta nella *prassi*, detta anche *stylus* o *consuetudo*

(20) Cfr. C.H. MC ILWAIN, *Constitutionalism: Ancien and Modern*, New York, 1947 (trad. it. Venezia 1956 p. 87 ss., nonché Bologna 1990) e, su di esso, A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 25, nonché P. COLOMBO, *Governo*, Bologna 2003, pp. 17 ss.; L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano 2005, p. 67 e P.P. PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna 2007 p. 253 ss.

(21) N. PICARDI, *Il giudice secondo l'ideologia medioevale*, cit., p. 1485.

(22) Paolo GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 25.

(23) A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., pp. 23 ss.

curiae. Essa era considerata un capitolo della dialettica e dell'etica. Con la sua base sapienziale, l'*ordo iudiciarius* preesisteva al potere politico, non era posta da esso. Era considerata proiezione di valori e principi di giustizia naturale, connessi all'idea della parità dei contendenti: l'*ordo iudiciarius* come *ordine isonomico* (24). Conseguentemente veniva riconosciuta alla procedura funzione di garanzia e natura originaria: nessuno, neppure il papa, avrebbe potuto prescindere dall'*ordo iudiciarius*. L'intervento del principe, o comunque di una volontà esterna, avrebbe rappresentato non l'*ordo*, ma la *perversio ordinis* (25).

Pur consapevoli del rischio implicito nell'utilizzo di parametri concettuali attuali per descrivere esperienze del passato, potremmo dire che la giurisdizione all'epoca del diritto comune aveva natura originaria e in certo senso extrastatuale.

4. *Alle origini della giurisdizione statale: sovranità e giurisdizione.*

Con l'età moderna centrali divennero i concetti di Stato e di sovranità (26). Soprattutto a partire da Jean Bodin la sovranità venne definita come potere supremo ed originario, perpetuo ed incondizionato, uno ed indivisibile, imprescrittibile ed illimitato. La sovranità divenne così il potere ultimo che, come tale, evita il rischio di una regressione all'infinito alla ricerca del principio su cui si fonda lo Stato. In altri termini, Bodin considera la sovranità il pilastro su cui regge lo Stato e, senza il quale, non vi è Stato (27).

La teoria della sovranità ebbe una rapida diffusione in Europa e trovò, nell'area culturale tedesca (28), occasioni particolari di approfondimento e di sviluppo. In Germania, accanto all'Impero (*Reich*) coesistevano, infatti, Stati territoriali, feudi, province, città, domini, corporazioni, enti tutti dotati, per lo più, di sostanziale

(24) A. GIULIANI, L'« *ordo iudiciarius* » medioevale (Riflessioni su un modello puro di *ordine isonomico*), in *Riv. dr. proc.* 1988, pp. 583 ss.

(25) N. PICARDI, *La giurisdizione*, cit., p. 35.

(26) N. PICARDI, *La giurisdizione*, cit., pp. 82 ss. e 91 ss. ed *ivi* i necessari riferimenti bibliografici.

(27) « Le fondement principal de toute République » scrive J. BODIN, *Six livres de la République*, ristampa anastatica, Halen 1977, Liv. I, Chap. VIII.

(28) D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Bari-Roma 2004, p. 71.

indipendenza. Si trattava di un coacervo di entità diverse che comportavano una frammentazione territoriale, sociale e confessionale. I rapporti fra queste differenti realtà costituivano, quindi, un nodo centrale della politica tedesca del XVII secolo ⁽²⁹⁾.

I problemi erano, poi, destinati a divenire più attuali, e più acuti, alla conclusione della guerra dei trenta anni, con la necessità di una ricostruzione politico-costituzionale dei nuovi assetti risultanti dalle paci di Westfalia. Si trattava, in particolare, di stabilire se la sovranità andava riconosciuta all'Impero ovvero agli Stati (nazionali o territoriali), ovvero ancora ad altre entità indipendenti e, conseguentemente, di stabilire il rapporto fra sovranità e potere giurisdizionale. In altri saggi ⁽³⁰⁾ abbiamo già tentato di individuare le principali tendenze che si andarono delineando nella dottrina tedesca del XVII secolo e le polemiche relative. Nell'economia di questo lavoro appare sufficiente ricordare che va ascritto a merito di Samuele Pufendorf la ricostruzione in forma sistematica della nuova realtà politico-costituzionale. Egli sostenne, da un lato, che la sovranità non costituiva più il potere supremo dell'Impero, ridotto ormai ad « irregolare aliquod corpus et monstro simile » ⁽³¹⁾, dall'altro, con la formula « iudiciaria potestas pars summi imperii » ⁽³²⁾ teorizzò l'autonomia e l'autosufficienza dei sistemi giudiziari propri dei singoli Stati, che erano divenuti gli unici

⁽²⁹⁾ Cfr., per tutti, M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal medioevo alla rivoluzione francese*, Milano 1951, pp. 222 ss. e M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland*, I, *Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600-1800*, München 1988, trad. it. di C. Ricco, Milano 2008, pp. 123 ss. ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici (le ulteriori citazioni vanno riferite all'edizione italiana).

⁽³⁰⁾ Cfr. A. GIULIANI e N. PICARDI, *La normativa processuale nel Codex legum svecicarum fra 'ordo iudiciarius' e 'processus'* in *Symbolae Vitoldo Broniewicz dedicatae*, Lodz 1998, pp. 124 ss. e in *Prefazione al Codex legum svecicarum (1734)*, vol. II dei "Testi e documenti per la storia del processo" a cura di N. PICARDI e A. GIULIANI, Milano 1996, pp. XIV ss., nonché, successivamente, N. PICARDI, *La giurisdizione*, cit., pp. 96 ss.. Per ulteriori notizie, ma in una prospettiva parzialmente diversa, v. anche M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland*, I, cit., pp. 273 ss.

⁽³¹⁾ SEVERINUS DE MONZANBANO (S. PUFENDORF), *De Statu Imperii Germanici ad Lelium fratrem dominum trezolani*, Genevae 1667, ried. in « *Klassiker der Politik* », Berlin 1932, VI, 9.

⁽³²⁾ S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, Londini Scanorum 1672, ried. in *Classics International law*, New York-London 1964, VII, C. 4 § 4.

titolari della sovranità (*imperium*) e, pertanto, della giurisdizione. Dall'extrastatalità si passa alla statualità della giurisdizione.

II.

IL MONOPOLIO STATUALE DELLA GIURISDIZIONE E LA SUA CRISI

5. *Premessa.*

La nuova concezione secondo cui giurisdizione e sovranità sono connesse in modo inseparabile rappresenta, peraltro, solo l'inizio di un lungo e controverso processo storico⁽³³⁾. Mutamenti del genere si realizzano con gradualità e attraverso una serie di passaggi intermedi.

Con l'approssimazione inevitabile nel disegno complessivo dei grandi movimenti culturali che si sono sviluppati fra il XVII e il XIX secolo, può intravedersi una duplice linea evolutiva.

In una prima fase, la giurisdizione nell'antico regime era estremamente frammentata in una serie di organi di diversa origine e di differente autorità che esercitavano funzioni giudiziarie, in via esclusiva e in via cumulativa, con funzioni politiche, consultive o amministrative⁽³⁴⁾. Ad esempio, a Napoli, ancora agli inizi del XIX secolo, erano insediati 114 organi investiti di poteri giurisdizionali, alcuni dei quali godevano della c.d. *abdicativa* o *privativa* nei confronti di qualsiasi altra magistratura⁽³⁵⁾.

L'istituzione, o la ricostituzione, nei singoli Stati di Tribunali supremi (Rote, Senati, Regi Consigli, Consulte ecc.) contribuì alla unificazione del diritto nell'ambito dello Stato e, in qualche misura, anche all'armonizzazione fra diversi Stati⁽³⁶⁾, ma non valse ad

⁽³³⁾ Cfr. i relativi riferimenti bibliografici in N. PICARDI, *La giurisdizione*, cit., pp. 105 ss. note 1-6.

⁽³⁴⁾ G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno in Italia*, I, Torino 1967, pp. 97 ss. e G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova 1970-1971, p. 61.

⁽³⁵⁾ Cfr. A. DE MARTINO, *Antico regime e rivoluzione nel Regno di Napoli*, Napoli 1972, p. 83.

⁽³⁶⁾ G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati preunitari italiani quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, in *La formazione*

eliminare il particolarismo delle giurisdizioni, complicato ulteriormente dal sistema delle immunità e dei privilegi del foro. La frammentazione, a sua volta, non poteva non incentivare conflitti di giurisdizione e/o di competenza e, quindi, incertezze nel riparto del potere giurisdizionale. A volte la confusione era, inoltre, accresciuta dal frequente uso improprio della ricsuzione (37).

In una seconda fase, sotto l'influsso dell'illuminismo maturò, invece, il progetto di fare della giustizia un sistema "sicuro ed ordinato". Occorrerà, però, attendere la Rivoluzione francese e la legislazione napoleonica perché venga affermato un nuovo modello organizzativo: il monopolio statale della giurisdizione.

I difetti della giustizia dell'*Ancien Régime* erano stati, innanzitutto, amplificati e volgarizzati nei *cabiers de doléance* (38). Infatti, sui temi qui in esame, dai *cabiers* emerge, da un lato, la richiesta generalizzata di sopprimere le forme di giustizia feudali o municipali a vantaggio della sola giurisdizione che si ricollega alla sovranità nazionale, quella del re (39); dall'altro, la richiesta, altrettanto generalizzata, di abolire le commissioni straordinarie, le avocazioni e, in genere, gli strumenti tipici della *justice retenue* da parte del re (40).

Aboliti i privilegi di classe e di ceto, con la legislazione rivolu-

storica del diritto moderno in Europa, Olschki ed. Firenze 1977, I, pp. 447 ss., successivamente, parzialmente riprodotto nel volume dello stesso A., *Diritto comparato e diritto europeo*, Milano 1981, pp. 543 ss., nonché, insieme ad altri saggi dello stesso A., con il titolo *Introduzione allo studio dei tribunali italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX*, in N. PICARDI e A. GIULIANI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario. I: Documentazione storica*, Rimini 1985, pp. 328 ss. Su tali studi cfr. ora soprattutto M. ASCHERI, *I grandi tribunali e la ricerca di Gino Gorla*, in M. SBRICCOLI e A. BETTONI, *Grandi tribunali e Rote nell'Italia di Antico Regime*, Milano 1993, pp. XI ss.

(37) P.L. ROVITO, *Respubblica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del seicento*, Napoli 1981, pp. 289 ss.

(38) Cfr. in *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, sous la direction de J. MADIVAL et de E. LAURENT, 1^a série, 1787-1789, *états généraux*, 6 voll. Paris 1868. Un significativo riassunto, con il titolo *Résumé des cahiers sur la réforme judiciaire établi par la chancellerie* è pubblicato nell'allegato IV a E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la Révolution*, vol. I, Paris 1901, p. 489 ss.

(39) Cfr., per tutti, F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution* (1948), Paris 1988, §§ 386 ss. pp. 516 ss.

(40) Art. 27 del *Résumé*, Allegato IV a E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la dévolution*, cit., pp. 489 ss.

zionaria e poi definitivamente con quella napoleonica ⁽⁴¹⁾, si provvede, invece, a smantellare, nell'Europa continentale ⁽⁴²⁾, la pluralità delle giurisdizioni e ad affermare l'unicità e la statualità della giurisdizione ⁽⁴³⁾. Emblematica resta la formula adottata dalla legge napoletana del 2 agosto 1806 ⁽⁴⁴⁾ che, all'art. 3, stabiliva: "tutte le giurisdizioni baronali... sono reintegrate alla sovranità dalle quali saranno inseparabili". In altri termini, lo Stato ormai rivendica il monopolio della giurisdizione, non ammettendo più che istituti o persone diverse possano istituire giudici.

L'assioma della giurisdizione quale emanazione della sovranità era, poi, destinato a saldarsi, da un lato, con il principio della *statualità della procedura*, e, dall'altro, con la concezione del *giudice funzionario dello Stato*. In effetti, se la giurisdizione è esercizio di un potere sovrano, lo Stato può investirne solo un giudice suo funzionario che, come tale, spende l'autorità dello stesso Stato ⁽⁴⁵⁾. In

(41) Art. 20 del *Résumé* cit., p. 492 ed, in tema, anche R. AUBIN, *L'organisation judiciaire d'après les cahiers de 1798*, Paris 1928, p. 19.

(42) Quanto all'Italia, per la diffusione dell'ideologia rivoluzionaria negli Stati preunitari, cfr. la documentazione raccolta nel volume *Legislazione processuale delle repubbliche giacobine in Italia (1796-1799)*, con *Introduzione* di C. CARCERERI DE PRATI, nella citata collana "Testi e documenti per la storia del processo", 2/V, Milano 2004.

(43) R. BORDEAUX, *Philosophie de la procédure civile. Mémoire sur la réformation de la Justice*, Evreux 1857, p. 128.

(44) Già ricordata da Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 3^a ed., Napoli 1923, p. 292 n. 1. Sull'abolizione delle giurisdizioni baronali nello Stato pontificio e l'opera del Cardinal Ercole Consalvi cfr., U. PETRONIO e N. PICARDI, *Prefazione al Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI, 1834*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, cit., 2/X, Milano 2004, pp. XXII ss.

(45) A. GIULIANI e N. PICARDI (a cura), *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, in *L'Educazione giuridica IV*, tre tomi, Perugia 1981 e, in particolare, A. GIULIANI, *Dialectical Mind versus Bureaucratic Mind*, nel 3^o tomo, pp. 515 ss.; N. PICARDI, *Il giudice ordinario (Le variabili nella tradizione del diritto comune europeo)*, in *Riv. dir. proc.* 1985, pp. 758 ss. e in *Studi in onore di E. Allorio*, vol. I, Milano 1989, spec. pp. 713 ss.; A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., §§ 4, 6, 7, 12, 13, 14, 16, 24, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 49, 50, 52, 53, 54 e 56; I.I.D.D., *Prefazione al Codex legum svecicarum (1734)*, cit., pp. XIX ss.; H. MOHNHAUPT, *Introduzione al Codex Fridericianus Marchicus*, T. I, in *Testi e documenti per la storia del processo*, cit., III, Milano 2000, pp. XXXII ss.; W. OGRIS e OBERHAMMER, *Introduzione al Regolamento giudiziario di Giuseppe II (1781)*, ivi, IV, Milano 1999, p. XXXII, (e N. PICARDI, *Prefazione* allo stesso volume, pp. XVI ss.), nonché W.H. RECHBERGER e G.E. KODEX,

secondo luogo, poiché si tratta di un'attività pubblica, il sistema giurisdizionale assume un carattere gerarchico, precostituito e controllato esclusivamente dallo Stato. Conseguentemente, anche la disciplina del singolo processo viene ricompresa nell'ambito del diritto pubblico ⁽⁴⁶⁾ e le è attribuito un carattere rigidamente statutale. Il giudice funzionario, in definitiva, è tenuto a rispettare le regole di procedura fissate dal sovrano legislatore (*lex fori*), che, a partire sempre dall'epoca moderna ⁽⁴⁷⁾ aveva iniziato a riservare a sé anche il *monopolio della legislazione processuale*.

Si sono venuti così costituendo tanti autonomi ed indipendenti sistemi giurisdizionali quanti sono gli Stati nazionali o territoriali. Il coordinamento fra i diversi sistemi non poteva non realizzarsi su base territoriale: ogni Stato deve riconoscere gli altri Stati come sovrani, entro i limiti dei rispettivi territori. *Sovranità, territorio e giurisdizione* sono divenute, così, tre nozioni che si sono intersecate ed hanno interagito con la conseguente coincidenza fra ambito della

Introduzione all'Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe (1895), *ivi*, VIII, Milano 2004, pp. XXVII ss.

⁽⁴⁶⁾ C. CONSOLO, *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore. Introduzione all'Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe*, cit., p. LVII.

Sulla concezione pubblicistica del processo civile e le possibili involuzioni autoritarie cfr., da ultimo, F. CIPRIANI, *Alla scoperta di Enrico Redenti (e alle origini del codice di procedura civile)*, nel volume dello stesso A., *Scritti in onore dei Patres*, Milano 2006, spec. pp. 362-363 (lo scritto è anche pubblicato in *Riv. trim. dr. proc. civ.* 2006, pp. 75 ss.) e ID., *Dalla svolta autoritaria di De Francisci al Codice Grandi*, nel volume dello stesso A., *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti, leggende interpretazioni documenti*, Napoli 2007, pp. 92 ss., nonché, in una prospettiva comparatistica, L. CORREIA DE MENDOZA, *Virus autoritario e processo civile*, in *Giusto proc. civ.* 2008, pp. 115 ss.

⁽⁴⁷⁾ A. GIULIANI e N. PICARDI (a cura), *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, in *L'Educazione giuridica V*, tre tomi, Napoli 1988 e, in particolare, N. PICARDI, *Les racines historiques et logiques du code de procedure civile*, nel 1° tomo, pp. 241 ss. ed in *Festschrift für G. Mitsopoulos*, Athen 1993, pp. 1015 ss.; ID., *Codice di procedura civile (presupposti storici e logici)*, in *Digesto*, IV ed., vol. II, Torino 1989, pp. 457 ss., nonché ID., *Introduzione al Code Louis*, T. I, in *Testi e documenti*, cit., I, spec. pp. XLVIII ss., ove il *Code Louis* viene considerato il momento di passaggio dalle consolidazioni alle codificazioni delle procedure.

sovranità ed ambito della giurisdizione: *la giurisdizione tanto si estende quanto la sovranità stessa* ⁽⁴⁸⁾.

Per evitare l'isolamento e soddisfare le esigenze legate al commercio e al traffico internazionale, allo Stato non rimaneva che ricorrere allo strumento convenzionale. Nel XX secolo si è, infatti, registrato un ricorso sempre più accentuato alle convenzioni internazionali, prima bilaterali e poi anche multilaterali, in tema di procedura civile ed assistenza giudiziaria. Le convenzioni presuppongono, appunto, sistemi interni chiusi, di stampo nazionalistico ed operano una parziale limitazione della sovranità, e quindi della giurisdizione, solo a condizione di reciprocità. Conseguentemente, nell'ottica della sovranità, lo Stato moderno è diventato autoreferenziale: non ha accettato limiti diversi da quelli che esso stesso si è imposto.

In definitiva, l'indagine storica e comparativa conferma la relatività del concetto di giurisdizione: una serie di circostanze storiche hanno comportato che dal XVII al XX secolo lo Stato moderno si sia arrogato il monopolio della giurisdizione; ma il potere giurisdizionale storicamente preesisteva e non si risolveva necessariamente in una funzione dello Stato ⁽⁴⁹⁾.

6. *La crisi del monopolio statale della giurisdizione: il mutamento dei presupposti.*

Una volta stabilito la relatività dei concetti di giustizia e di giurisdizione, la loro attuale delimitazione non può non basarsi sulla concreta esperienza giuridica e, quindi, sulla realtà del nostro tempo ⁽⁵⁰⁾.

Nella seconda metà del XX secolo si sono, innanzitutto, registrate in Europa continentale profonde evoluzioni. Oggi ⁽⁵¹⁾, come

⁽⁴⁸⁾ Sull'origine ed il significato di tale affermazione v. R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transazionali*, Padova 2000, pp. 11 ss.

⁽⁴⁹⁾ SERRA, *Jurisdicción*, in *Estudios de derecho procesal*, Barcelona 1969, già ricordato da MONTERO AROCA in J. MONTERO AROCA, M. ORTELLS RAMOS e J.L. GOMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, I, Barcelona 1989, pp. 49-50 e 61.

⁽⁵⁰⁾ Così già J. MONTERO AROCA, *op. ult. cit.*, p. 50.

⁽⁵¹⁾ Nel 1949 Filippo VASSALLI, in un noto scritto (*Extrastatalità del diritto civile*, ora in *Scritti giuridici* dello stesso A., vol. III-2, Milano 1960 pp. 753 ss.), già osservava che l'«ultima grande guerra ha preparato il superamento dello Stato nazionale e il

è noto, è in discussione anche il primo presupposto della nostra problematica: la stessa concezione della sovranità statale ⁽⁵²⁾, nell'accezione che risale, come si è visto, alla formazione dello Stato moderno. Si pone, infatti, il problema di fondo: a chi va attribuita la titolarità della sovranità? Si è, anzi, sostenuto che la sovranità si sarebbe desubiettivizzata; i valori fondamentali si sarebbero svincolati dallo Stato e dalla sua sovranità ed avrebbero acquistato forza e validità oggettiva nella coscienza dei *popoli* ⁽⁵³⁾ o meglio nella *comunità* ⁽⁵⁴⁾. Anticipata o confermata dalla prassi, è, comunque, ormai diffusa l'idea della crisi della sovranità statale ⁽⁵⁵⁾. Non è più possibile sostenere che lo Stato sia fonte prima, unica ed ultima del diritto, in quanto non riconoscerebbe poteri superiori e troverebbe, solo in se stesso, la propria legittimazione. Conseguentemente, si è, quindi, verificato uno stravolgimento del sistema delle fonti ⁽⁵⁶⁾ e la

superamento della sovranità statale » (p. 754), giungendo alla conclusione secondo cui ormai « la sovranità statale è un nome senza contenuto » (p. 761). Va, però, anche ricordato che Santi ROMANO precedentemente nel 1909 aveva intitolato la sua prolusione pisana *Lo Stato moderno e la sua crisi* (ora nel volume dello stesso A., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano 1969, spec. pp. 9 ss.).

⁽⁵²⁾ N. MAC CORMICK, *Questioning Sovereignty, Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 1999, trad. it. A. Torre, Bologna 2003, spec. pp. 43 ss., nonché, sulla letteratura italiana, cfr., per tutti, C.A. JEMOLO, *La crisi dello Stato moderno*, con prefazione di N. IRTI ed introduzione di F. Margiotta Broglio, Bari 1991, spec. pp. 41 ss.; E. CANNIZZARO, *Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità*, in *Quaderni Fiorentini*, 2002, pp. 245 ss.; N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Diritto e Società*, 2009, pp. 465 ss. spec. pp. 467 ss. e 478 ss. e Paolo GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubblico* 2011, fasc. 1, ora nel volume dello stesso A., *Introduzione al novecento giuridico*, op. cit., pp. 41 ss.

⁽⁵³⁾ G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dr. cost.* 1996, pp. 55 ss. e, da ultimo, N. IRTI, *Tramonto della sovranità*, cit., p. 466.

⁽⁵⁴⁾ N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., pp. 184 ss. ed ivi anche la distinzione fra nazione, popolo e comunità. Su quest'ultimo concetto, cfr., da ultimo, Paolo GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 223 ss.

⁽⁵⁵⁾ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dr. cost.*, 1996, pp. 124 ss.

⁽⁵⁶⁾ Pierfrancesco GROSSI, *Premesse per uno studio sistematico delle fonti del diritto*, Torino 2008, *passim*.

previsione del c.d. costituzionalismo multilivello ⁽⁵⁷⁾. In un *milieu* multilivello ben si inquadra, come meglio si vedrà, il fenomeno della moltiplicazione delle istanze di protezione dei diritti e, quindi, delle giurisdizioni. Ne consegue che la giurisdizione oggi si estende al di là della sovranità statale o, meglio, « oltre lo Stato » ⁽⁵⁸⁾.

Sovranità, territorio e giurisdizione non rappresentano più i punti di riferimento sui quali ha lavorato la giurisprudenza teorica e quella pratica nel XIX e nel XX secolo. L'esperienza giuridica contemporanea, a nostro avviso ⁽⁵⁹⁾, pone in dubbio che il potere giudiziario possa essere ancora oggi inquadrato fra i poteri dello Stato. Al momento non mancano, infatti, indizi — se si vuole frammentari, ma certamente significativi — di una crisi del monopolio statale della giurisdizione e di una operazione di sganciamento del giudice dallo Stato.

7. Segue: la proliferazione delle Corti.

Sconvolti i parametri sui quali la cultura giuridica e politica aveva costruito il principio della giurisdizione quale emanazione della sovranità, va costatato, in via preliminare, come — al di là dei 192 sistemi giudiziari, che, pur nella loro diversità, restano legati agli Stati attualmente esistenti — nel globo attualmente agiscono un numero considerevole di Corti o Tribunali ultra o extrastatali ed un

⁽⁵⁷⁾ I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution — Making Revisited*, in *CML Rev.* 36 (1999), pp. 703 ss.

⁽⁵⁸⁾ S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino 2009, pp. 137 ss.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. N. PICARDI, *Juge, État et Communauté*, in *Nouveaux Juges, nouveaux pouvoir? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris 1996, pp. 351 ss., spec. pp. 358 ss.; ID., *Alle radici del conflitto tra magistratura e politica*, in *Il giusto processo*, 2002, pp. 9 ss.; ID., *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano 2005, I, pp. 1179 ss. spec. § 9 (saggio già pubblicato in *Riv. trim. dr. proc. civ.* 2004, pp. 41 ss. e, successivamente, tradotto in portoghese nel nostro volume, *Jurisdição e Processo*, Rio de Janeiro 2008, pp. 1 ss.); ID., *La giurisdizione*, cit., pp. 174 ss.; ID., *Extraestatalidad de la Jurisdicción*, pp. 167 ss. ed ID., *Manuale del processo civile*, 2^a ed., Milano 2010, §§ 8 e 9.

La tesi della crisi del monopolio statale della giurisdizione è oggi sostenuta anche da G. VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dr. proc.* 2003, pp. 379 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, I, Bologna 2010, pp. 28-29.

numero ancora maggiore di arbitrati amministrati, detti anche istituzionali (*institutional arbitration*) o, comunque, di organismi paragiurisdizionali, che operano anche in un quadro transazionale ⁽⁶⁰⁾.

Si è tentato una loro prima classificazione, redigendo anche una tavola sinottica ⁽⁶¹⁾. È stata, inoltre, evidenziata una progressiva proliferazione di questi organismi di garanzia ⁽⁶²⁾. Ai fini di questa indagine sembra, peraltro, sufficiente segnalare solo alcuni esempi emblematici di giurisdizioni o paragiurisdizioni non riconducibili alla sovranità statale e le cui decisioni hanno un'efficacia diffusa e territorialmente non limitata.

È, innanzitutto, d'obbligo il riferimento alle *giurisdizioni europee istituite a Lussemburgo* ⁽⁶³⁾. L'Unione europea non è uno Stato, né essa è dotata di sovranità, quasi fosse una sorta di federazione o confederazione ⁽⁶⁴⁾. Ricondurre i poteri esercitati dai suoi giudici ad una pretesa sovranità europea — almeno al momento — sarebbe una finzione. Si tratta di un sistema giurisdizionale che si è sviluppato ed ha oggi conseguito una complessa articolazione (i Tribunali specializzati, il Tribunale e la Corte di giustizia) ed una piena effettività ⁽⁶⁵⁾. Voler ricercare il fondamento delle relative sentenze in una cessione *pro-quota* delle diverse sovranità statali, operata a suo tempo con i trattati istitutivi, prima delle Comunità, poi dell'Unione

⁽⁶⁰⁾ F. POCAR, *The Proliferation of International Courts and Tribunals: A Necessity in the Current International Community*, in J.I.C.J., 2004, pp. 304 ss.

⁽⁶¹⁾ Cfr. Cesare P.R. ROMANO, *The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle*, in 31, N.Y.U.J. *Int'L L & Poli*, 1999, pp. 709 ss. ed Id., *Project on International Courts and Tribunals* (PICT), Center on International Cooperation, New York University, in www.pict-pict.org enumera e raggruppa oggi in 15 sottogruppi ben 125 giurisdizioni o paragiurisdizioni di cui 98 attualmente operanti. Nel prosieguo di questa indagine forniremo, peraltro, altri esempi che potrebbero integrare ulteriormente la predetta tavola.

⁽⁶²⁾ Y. SHANY, *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, Oxford Univ. Press, 2007, *passim*.

⁽⁶³⁾ Cfr., per tutti, P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano 2005 con ampia bibliografia.

⁽⁶⁴⁾ N. MAC CORMIK, *Questioning Sovereignty*, op.cit., p. 261.

⁽⁶⁵⁾ Cfr., per tutti, in generale L. DANIELE, *Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Digesto della "discipline pubblicistiche"*, III, Torino 1989, pp. 225 ss. e J.H.H. WEILER, *La Corte europea di giustizia e il potere giudiziario 'après Nice'*, in B. BEUTLER ed altri, *L'Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna 2001, pp. 227 ss. e 373 ss.

Europea, rappresenterebbe una ricostruzione puramente astratta e formale. Nella stessa ottica di Lussemburgo, altrettanto significativi appaiono, del resto, anche i più recenti modelli americani, quali il *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, con sede in Quito (Ecuador) ⁽⁶⁶⁾, ed il *Tribunal Permanente de Revision del Mercosur*, con sede in Asunción (Paraguay) ⁽⁶⁷⁾.

Ancora più difficile è, poi, stabilire un collegamento con qualche forma di sovranità (sia pure soltanto potenziale) della *Corte Europea dei diritti dell'uomo* ⁽⁶⁸⁾, c.d. *Corte di Strasburgo*, istituita dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Trattato di Roma del 1950). Lo stesso è a dirsi — fuori del contesto europeo — per le altre *Corti regionali dei diritti umani* ⁽⁶⁹⁾, fra le quali particolare rilevanza ⁽⁷⁰⁾ assume la *Corte interamericana de Derechos Humanos* di San José del Costa Rica ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁶⁾ Il Tribunale Andino, attualmente regolato dal *Protocolo de Cochabamba* del 1996, ha la funzione di assicurare la risoluzione delle controversie nell'ambito della Comunità degli Stati andini (Bolivia, Colombia, Ecuador e Perù), nonché, l'uniforme interpretazione del *Tratado de Cartagena* del 1969, istitutivo della Comunidad Andina, e successive integrazioni. In tema cfr., per tutti, F.J. SÁNCHEZ CHACON, *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: estructura y competencias*, in *Aldea Mundo. Revista sobre fronteras y integración*, 1999, pp. 38 ss.

⁽⁶⁷⁾ Il Tribunale del Mercosur, regolato dal *Protocolo de Olivos* del 2002, ha la funzione di assicurare la soluzione delle controversie nell'ambito degli Stati aderenti (Argentina, Brasile, Paraguay ed Uruguay) e l'uniforme interpretazione del *Tratado de Asunción* del 1991, istitutivo del Mercosur. In tema cfr., per tutti, G.M. MARCHESINI, *Soluciones de controversias en el Mercosur y en el derecho comparado*, in *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, 2000, n. 33, pp. 56 ss. e U. ZAMBRANO, *Diritti fondamentali, Trattato di Lisbona e l'esperienza del Mercosur*, in *Studi in onore di M. ACONE*, Napoli 2010, I, pp. 285 ss. spec. pp. 294 ss.

⁽⁶⁸⁾ Cfr., per tutti, J.P. MARGUÉNAUD, *La Cour Européenne des droits de l'homme*, Paris 2002.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. M.V. DANKWA, *Rapport général de la Conférence sur les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme en Afrique, Amérique et en Europe, tenue en juin 1992 à Strasbourg*, in *Human rights law journal*, 1992, p. 314 ss. e, da ultimo, D. PARAM CUMA RASW, *Human Rights and the Judiciary*, in E. MARKEL (a cura di), *Human Rights and the Judiciary*, cit., pp. 39 ss.

⁽⁷⁰⁾ Quanto al sistema di protezione giudiziaria dei diritti dell'uomo nel continente africano, giova ricordare che — accanto alla apposita *Commissione*, organo amministrativo specializzato che opera dal 1987 — l'Organizzazione dell'Unità Africana (O.U.A.), con il *Trattato di Onagadongon* del 10 giugno 1998, ha creato la *Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli* (J.L. ATANGA AMOUGOU, *Avancées et limites du système africain des*

Non vanno, comunque, neppure dimenticate alcune giurisdizioni storiche non statuali, ma tuttora dotate di effettività. Nessuna forma di sovranità può scorgersi a fondamento delle sentenze emanate dal sistema di giustizia dell'ordinamento canonico, che, come si è già accennato, conserva una dimensione universale ⁽⁷²⁾, anche nella sua attuale articolazione in *Tribunale supremo della Segnatura Apostolica*, *Rota Romana* (nonché *Rota Madrilena* e *Rota Ungherese*) e *Tribunali diocesani* ⁽⁷³⁾. Si aggiungano i *Tribunali magistrali* del Sovrano Militare Ordine di Malta che, pur essendo emanazione di un ente al quale è riconosciuta la sovranità giuridica internazionale ⁽⁷⁴⁾, sono giurisdizioni senza territorio.

Particolare rilevanza oggi assumono, comunque, altre giurisdizioni istituite in forma stabile per la risoluzione delle controversie internazionali ⁽⁷⁵⁾. Il principale organo giurisdizionale è rappresentato dalla *Corte internazionale di giustizia dell'Aja*, deputata a diri-

droits de l'homme: la naissance de Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, in *Rev. droits fondamentaux*, 2003, n. 3), la quale è in funzione a partire dal 2004. Sull'evoluzione ed i limiti di tale Corte cfr., da ultimo, I.C. FATOUMATA DIAKITE, *Justice et droits de l'homme en Afrique*, in E. MARKEL (a cura di), *Human Rights and the Judiciary*, cit., pp. 221 spec. 230 ss.

⁽⁷¹⁾ Disciplinata attualmente dal Regolamento del 1997 sulla base della *Convención Americana sobre Derechos Humanos* del 1969, ma entrata in vigore nel 1978. Non aderiscono, tuttora, Canada ed U.S.A. In tema cfr., per tutti, J.C. HITTERS, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1991; C. AYALA CORAO, *El sistema interamericano de promoción y protección del los derechos humanos*, Mexico 1999, pp. 99 ss.; J.M. PASQUALUCCI, *The Practice and Procedure of the Inter-american Court of Human Right*, Cambridge 2003, nonché, da ultimi, P. TANZARELLA, *Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani nella prassi della Corte di San José*, in *I diritti dell'uomo*, 2010, pp. 12 ss. e S. BENETI, *Duración del proceso y Derecho Humanos en America latina*, in E. MARKEL (a cura di), *Human Rights and the Judiciary*, cit., pp. 311 ss.

⁽⁷²⁾ Il sistema di giustizia del diritto canonico non va, peraltro, confuso con quello dello Stato Città del Vaticano, Stato autonomo, pur se di limitate dimensioni territoriali. Cfr. N. PICARDI, *Lo Stato Vaticano e la sua giustizia*, Bari 2009.

⁽⁷³⁾ Cfr., per tutti, P.A. BONNET, *I tribunali nella loro diversità di grado e di specie*, nel volume dello stesso A., *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell'uomo. Studi sul processo canonico*. Torino 1998 pp. 60 ss.

⁽⁷⁴⁾ In tema, cfr. F. GAZZONI, *L'Ordine di Malta*, Milano, 1979, pp. 12 ss., 40 ss. e 66 ss.; ID., *Fini e conformazione dell'ordine di Malta*, in *Giust. Civ.*, 1992, I, p. 391.

⁽⁷⁵⁾ T. TREVES, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*. Milano, 1999, pp. 37 ss. e P. SANDS, R. MACKENZIE e Y. SHANY, *Manual on International Courts and Tribunals*, London 1999.

mere controversie tra Stati ed avente natura arbitrale ⁽⁷⁶⁾. Vanno, poi, ricordati i tribunali amministrativi internazionali ⁽⁷⁷⁾ e, in particolare, il *Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite*, al quale è demandata la risoluzione delle controversie tra i relativi dipendenti e l'ONU ⁽⁷⁸⁾ ed il corrispondente *Tribunale amministrativo della Banca mondiale* ⁽⁷⁹⁾. Più significativi ancora appaiono, poi, il *Tribunale internazionale del diritto del mare* ⁽⁸⁰⁾ e, soprattutto, il *Tribunale arbitrale ICSID* per la soluzione delle controversie in materia di investimenti fra Stati e cittadini di altri Stati ⁽⁸¹⁾ che ha acquistato una notevole effettività, anche perché prevede la possibilità di impugnare lodo solo avanti ad un tribunale arbitrale, sempre ICSID, *ad hoc* ⁽⁸²⁾, con esclusione di ogni impugnativa avanti ad organi giudiziari statuali. Non men rilevanti sono i metodi di risoluzione delle controversie previste dall'*Organizzazione Mondiale del Com-*

⁽⁷⁶⁾ U. VILLANI, *Arbitrato fra Stati*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche I*, Torino 1987 spec. § 4 pp. 346 ss.; P. BENVENUTI, *Corte Internazionale di giustizia*, ivi, III, Torino 1989, pp. 241 ss. e S. MARCHISIO, *United Nations Organization (O.N.U.)*, ivi, XV, Torino 1999, §§ 75 e 76, pp. 555 ss.

⁽⁷⁷⁾ S. MARCHISIO, *Tribunali amministrativi internazionali*, in *Enc. Dir.*, Vol. XLV, Milano, 1992.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. già lo studio di A.M. DEL VECCHIO, *Il Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite*, Milano, 1972.

⁽⁷⁹⁾ MERON, *World Bank Administrative Tribunal*, in *Encyclopedie of Public International Law*, V, 1983, pp. 400 ss.

⁽⁸⁰⁾ La *Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare* (UNCLOS), firmata a Montego Bay, nel 1982 all'art. 287, offre agli Stati membri, per la verità, la possibilità di scegliere fra tre diverse procedure: il ricorso al Tribunale internazionale del mare, il ricorso alla Corte Internazionale di giustizia e la costituzione di un collegio arbitrale cfr. A.O. ADEDE, *The System for Settlement of Disputes under the United Nations Convention of the Law of the Sea*, Dordrecht 1987, nonché, nella letteratura italiana, T. TREVES, *Le controversie internazionali*, cit., pp. 102 ss. e A. CANNONE, *Il Tribunale internazionale del diritto del mare*, Bari, 1991.

⁽⁸¹⁾ Istituito con la *Convenzione di Washington del 1965* alla quale hanno aderito più di un centinaio di Stati. Cfr., per tutti, C.H. SCHREUER, *The ICSID Convention. A Commentary*, 2^a ed., Cambridge University Press, 2009.

⁽⁸²⁾ Cfr. l'art. 51 che rinvia agli artt. 37 ss. della predetta *Convenzione di Washington*.

mercio (più nota con l'acronimo inglese W.T.O.)⁽⁸³⁾, nel cui ambito è stato istituito, ancora una volta, un organo di appello⁽⁸⁴⁾. Vanno, inoltre, anche ricordate le giurisdizioni sportive⁽⁸⁵⁾, che, sul piano internazionale, trovano l'espressione più significativa nel *Tribunale Arbitrale dello Sport di Losanna*⁽⁸⁶⁾. Alla loro base non v'è certamente alcuna sovranità, si tratta piuttosto di forme di "giustizia arbitrale". Del resto, noti sono i mutamenti registrati fra giurisdizioni statuali ed arbitrato (sia esso domestico⁽⁸⁷⁾ o estero⁽⁸⁸⁾), a tutto vantaggio di quest'ultimo che assume sempre più forme istituzionalizzate ed esibisce una accentuata tendenza alla *denazionalizzazione*⁽⁸⁹⁾.

Anche nel campo penale si sono, del resto, moltiplicate forme di giurisdizioni non riconducibili alla sovranità nazionale⁽⁹⁰⁾. A parte le esperienze, ormai storiche del dopoguerra (i tribunali di Norimberga⁽⁹¹⁾ e di Tokio⁽⁹²⁾), vanno, innanzitutto, ricordati diversi *tribunali penali temporanei*, specialmente quelli istituiti per la repres-

⁽⁸³⁾ Istituita nel 1994 con il *Marrakech Agreement Establishing the World Organisation*. In tema, cfr., per tutti, A. VON BOGDANDY, *Law and Policy of the World Trade Organisation. Text, Cases and Materials*, Cambridge Univ. Press, 2005.

⁽⁸⁴⁾ Sovrintendono, infatti, alla procedura tre organi distinti: il *Dispute Settlement Body*, il *Panel*, l'*Appellate Body*. In tema cfr., nella letteratura italiana, M. VELLANO, *L'organo di appello dell'O.M.C.*, Napoli 2001 e P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del commercio*, Padova 2002.

⁽⁸⁵⁾ Cfr., per tutti, il classico studio di F.P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano 1975, nonché L. FUMAGALLI, *La risoluzione delle controversie sportive: metodi giurisdizionali, arbitrati ed alternativi di composizione*, in *Riv. dir. sportivo*; V. VIGORITI, *L'arbitrato del lavoro nel calcio*, Milano, 2004 e A. MERONE, *Il tribunale Arbitrale dello sport*, Torino 2009.

⁽⁸⁶⁾ A. MERONE, *Il Tribunale arbitrale dello Sport*, Torino 2009.

⁽⁸⁷⁾ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova 2000, spec. pp. 19 ss. e G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2004, pp. 1 ss.

⁽⁸⁸⁾ A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova 1999, pp. 1 ss.

⁽⁸⁹⁾ A. BRIGUGLIO, cit., pp. 14 ss. e 50 ss.

⁽⁹⁰⁾ Cfr., da ultimo, F. POCAR, *The Right to Be Tried by an Independent and Impartial Judge: Specific Features of International Criminal Tribunals*, in E. MARKEL (a cura di), *Human Rights and the Judiciary*, cit., pp. 180 ss.

⁽⁹¹⁾ H. DONNEDIEU de VABRES, *Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international*, in *Recueil des cours de l'Académie des Droit International* 1947, tomo I, vol. 70, pp. 477 ss. In tema cfr., da ultimo, P. SANDS (a cura), *From*

sione dei crimini commessi in Sierra Leone ⁽⁹³⁾, nell'ex Jugoslavia ⁽⁹⁴⁾ ed in Ruanda ⁽⁹⁵⁾ e, soprattutto, la *Corte penale internazionale* permanente, istituita all'Aja con il Trattato di Roma del 1998 ⁽⁹⁶⁾, munita, a presidio della propria indipendenza, della personalità giuridica internazionale.

Non meno significativi sono, poi, i fenomeni di *delocalizzazione* della giurisdizione dei tribunali statuali, che si vanno accentuando soprattutto in tempi recenti. Pur con le peculiarità proprie dei differenti ordinamenti penal-processualistici nazionali ⁽⁹⁷⁾, numerose sono le ipotesi di esercizio della giurisdizione penale da parte di tribunali nazionali per condotte criminose verificatesi all'estero, in connessione con missioni militari. Valga, per tutti, il noto caso Calipari.

Emblematici restano, poi, i fenomeni di *delocalizzazione* della giurisdizione nel Regno Unito e in Spagna per i noti fatti cileni ed argentini. Nel Regno Unito, la *House of Lord* venne, infatti, chiamata a concedere o meno l'estradizione del generale Pinochet in Spagna (e, poi, in altri Stati europei), in cui era stato avviato un procedimento penale a suo carico per i delitti di genocidio e tortura. Si trattava di una questione complessa, in quanto venivano in discussione principi configgenti: da un lato, il principio di sovranità e di

Nuremburg to the Hague: the Future of International Criminal Justice, Cambridge Univ. Press, 2003.

⁽⁹²⁾ B.V.A. ROELING e F. RUETER, *The Tokio Jugement*, 2 voll., Amsterdam 1977.

⁽⁹³⁾ F. POCAR, *The Right*, cit., pp. 180 e 181.

⁽⁹⁴⁾ V. MORRIS e M.P. SCHARF, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Irvington on Hudson, N.Y., Transnational Publishers 1995 e F. LATTANZI, *La primazia del Tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia sulle giurisdizioni interne*, in *Riv. dr. internazionale* 2000, p. 597 ss.

⁽⁹⁵⁾ V. MORRIS e M.P. SCHARF, *The international Criminal Tribunal for Rwanda*, Irvington on Hudson, N.Y., Transnational Publishers 1998.

⁽⁹⁶⁾ Il trattato è stato sottoscritto, ma tuttora non ratificato, fra gli altri da Israele, Russia ed U.S.A., mentre la Cina non l'ha neppure sottoscritto. Sulla Corte Internazionale cfr., per tutti, A. CASSESE, P. GAETA e J. JONES, *The Rome Statute for International Criminal Court. A Commentary*, 3 voll., Oxford 2002 e A. CASSESE, M. CHIAVARIO e G. DE FRANCESCO, *Problemi giuridici attuali della giustizia penale internazionale*, Torino 2005.

⁽⁹⁷⁾ Cfr., per tutti, M. CHIAVARIO ed altri, *Procedure penali d'Europa*, 2^a ed., Padova 2001, spec. pp. 39 ss.

parità fra gli Stati; dall'altro, l'esigenza di tutela internazionale nei casi di delitti contro l'umanità ⁽⁹⁸⁾.

Da ultimo, va ricordata l'estensione della giurisdizione dei tribunali dello Stato Città del Vaticano per quanto riguarda alcune tipologie di reati commessi all'estero ⁽⁹⁹⁾.

Quantomeno nell'ambito europeo, oggi si vanno, comunque, moltiplicando forme di collaborazione internazionale ⁽¹⁰⁰⁾. Si pensi, in particolare, al mandato d'arresto europeo, al mandato europeo per lo scambio delle prove ed al sistema di informazione *Schengen* di seconda generazione (Sis II), che allarga i suoi confini alla cooperazione giudiziaria penale. In tali contesti si sono iniziate, anzi, a prospettare, in alcuni settori, forme di giurisdizione penale universale.

D'altra parte. La Corte costituzionale italiana ha avuto modo di constatare, in via generale, "una imponente tendenza alla *delocalizzazione* della giurisdizione" ⁽¹⁰¹⁾. La verità è che la giurisdizione insegue il fenomeno della globalizzazione, provocando anche ipotesi di *deterritorializzazione* del potere giudiziario.

⁽⁹⁸⁾ P. SANDS, *After Pinochet: the Proper Relationship between National and International Court*, in *Liber Amicorum for Prof. Georges Abi Saab*, Martinus Nijhoff, 2001, pp. 699 ss.

⁽⁹⁹⁾ Con la lettera *d* del *Motu proprio* « Per la prevenzione ed il contrasto » del 30 dicembre 2010, Benedetto XVI ha, infatti, attribuito alla giustizia vaticana la *giurisdizione penale* per i reati di riciclaggio di proventi illegali e di finanziamento del terrorismo nei confronti di soggetti ed enti anche non concernenti lo Stato Vaticano e ad esso esterni, ma dipendenti dalla Santa Sede, che, come è noto, è munita di una distinta personalità giuridica internazionale (cfr. N. PICARDI, *Relazione del Promotore di Giustizia per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2011*, Città del Vaticano 2011, pp. 64 ss. e 72 ss., nonché lo stesso *Motu proprio*, *ivi*, nell'Appendice, doc. n. 5).

Del resto, con *Motu proprio* « Venti anni or sono » del 7 luglio 2009, ai tribunali vaticani era stata già attribuita la *giurisdizione civile* nelle controversie di lavoro dei dipendenti da enti, anche diversi dallo Stato Vaticano, purchè gestiti direttamente dalla Santa Sede. Cfr. N. PICARDI, *op. ult. cit.*, pp. 59 ss. e 84 ss.; *Id.*, *Il collegio di conciliazione ed arbitrato dell'ufficio del lavoro della sede apostolica in Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, p. 623.

⁽¹⁰⁰⁾ A. GAITO (a cura), *Procedura penale e garanzie europee*, Torino 2006.

⁽¹⁰¹⁾ C. Cost. 18 ottobre 2000 n. 428, in *Corr. Giur.* 2001, pp. 506 ss., con nota di M. MARINELLI, ma in tema cfr. già ampiamente P. BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano 1997, pp. 115 ss. e R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, cit., pp. 8 ss.

In definitiva, l'esperienza giuridica contemporanea è caratterizzata da una proliferazione di giurisdizioni: ai sistemi giurisdizionali statuali, oggi divenuti intercomunicanti e tendenzialmente fungibili⁽¹⁰²⁾, si sono sovrapposti corti e tribunali extra o ultrastatali. Si è venuta così creando una stratificazione di forme di giustizia, collocate a diversi livelli.

8. Segue. *La struttura multilivello ed il carattere transnazionale della giurisdizione.*

Nel diritto comune l'organizzazione giudiziaria in Europa era bicipede e faceva capo, rispettivamente, ai giudici ordinari, l'imperatore ed il papa (e, poi, ai relativi grandi tribunali: il *Reichskammergericht* e la *Rota romana*), ai quali, in via di principio, si ricollegavano — in un rapporto di superiorità e di correlativa subordinazione, che si andò progressivamente attenuando — le giurisdizioni inferiori⁽¹⁰³⁾.

A partire dall'età moderna, la Comunità internazionale è divenuta, invece, una società di Stati a carattere paritario e, conseguentemente, l'organizzazione della giustizia si è trasformata. A parte le Corti europee, o di altre formazioni ultrastatali, alla *Corte internazionale di giustizia dell'Aja* sono ormai affiancati numerosi organi giurisdizionali o paragiurisdizionali internazionali. Si tratta di Tribunali che — seppure posti a livelli diversi — presentano un carattere paritario, sono specializzati ed equiordinati⁽¹⁰⁴⁾. Non sono, infatti, previste impugnazioni delle loro decisioni davanti ad organi superiori.

Alla proliferazione delle Corti internazionali corrisponde, poi, la frammentazione del diritto internazionale che ormai risulta compo-

⁽¹⁰²⁾ R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie transazionali*, cit., pp. 188 ss. e P. BIAVATI, *Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari*, in *Riv. trim. dr. proc. civ.* 2009, pp. 523 ss. spec. pp. 537 ss.

⁽¹⁰³⁾ N. PICARDI, *Il giudice ordinario (Le variabili nella tradizione del diritto comune europeo)*, cit., pp. 762 ss., pp. 781 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Y. SHANY, *Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, op. loc. cit.

sto da tutta una serie di regimi normativi settoriali e separati ⁽¹⁰⁵⁾. Si è già scritto che il diritto internazionale è una tela di Penelope, che si ricomincia a tessere *ex novo* ad ogni accordo normativo ⁽¹⁰⁶⁾ ed — aggiungiamo noi — anche ad ogni accordo che si limita ad istituire o rinviare ad un nuovo tribunale internazionale.

A parte le organizzazioni giudiziarie dei singoli Stati, l'attuale assetto della giustizia extra o ultrastatuale è stato, quindi, emblematicamente definito un sistema anarchico ⁽¹⁰⁷⁾ o, se si preferisce, un insieme di tribunali di Babele ⁽¹⁰⁸⁾. Siamo, in effetti, in presenza di una pluralità di giurisdizioni e paragiurisdizioni statuali, europee ed internazionali, collocate a diversi livelli, ma non tutte collegate e coordinate fra loro ⁽¹⁰⁹⁾.

La situazione è, peraltro, ancora più complicata, perché le controversie ai giorni nostri, vanno assumendo, sempre in maggior misura, carattere transnazionale ⁽¹¹⁰⁾, nel senso che non si esauriscono nell'ambito puramente nazionale, o meglio statale, ma neppure nel contesto europeo o nel tradizionale quadro delle controversie internazionali. Esse esibiscono, per lo più, una dimensione trasversale e finiscono spesso per coinvolgere, contemporaneamente o successivamente, diverse istanze giurisdizionali, come nei casi sui quali ci soffermeremo nell'ultima parte di questo saggio.

⁽¹⁰⁵⁾ T. TREVES, *Fragmentation of International Law: the Judicial Perspective*, in *Comunicazione e studi*, 2008, pp. 42 ss. In senso critico cfr., peraltro, B. CONFORTI, *Unité et fragmentation du droit international: glissez, mortels, n'appuyez pas!*, in *Revue Général du Droit International Public* 2007, III, n. 1, pp. 5 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), 2^a ed., Firenze 1946, p. 64.

⁽¹⁰⁷⁾ Cesare P.R. ROMANO, *Project on International Courts and Tribunals*, op. loco cit., e già I.I. BULL, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, London 1977.

⁽¹⁰⁸⁾ Il presidente della Corte internazionale di giustizia Rosalyn HIGGINS, nelle sue riflessioni sull'attuale proliferazione delle Corti, si domanda se ci troviamo in presenza di una babele di decisioni giudiziarie (*A Babel of Juridicoles Voices? Ruminations from the Bench*, in *International and Comparative Law Quarterly* 2006, pp. 791 ss.), espressione efficacemente ripresa, da ultimo, da S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, cit., pp. 7 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Y. SHANY, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Court*, Oxford Univ. Press, 2007.

⁽¹¹⁰⁾ R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, cit., pp. 2 ss. e M. TARUFFO, *Note sulla dimensione transnazionale delle controversie civili*, in *Riv. trim. dr. proc. civ.* 2001, pp. 1055 ss.

Ne consegue che le misure adottate a livello del singolo Stato, senza coordinamento né cooperazione extra ed ultrastatuale, finirebbero per avere effetti molto limitati.

III.

ALLA RICERCA DI NUOVI ASSETTI DELLA GIUSTIZIA.

9. *Premessa.*

Dalla indagine finora svolta sembra, quindi, emergere che la cultura giuridica dei nostri giorni non possa più riconoscersi nelle concezioni tradizionali che si erano andate consolidando, soprattutto fra la fine del XIX secolo e la prima metà del XX secolo. La giurisdizione oggi non appare più una funzione esclusiva dello Stato e gli organi cui è demandata la tutela giurisdizionale non sono sempre qualificabili quali organi dello Stato. Correlativamente, l'esperienza giuridica contemporanea sembra aver ormai superato sia il principio del monopolio statale dell'organizzazione giudiziaria e della disciplina processuale ⁽¹¹¹⁾, sia l'idea del giudice funzionario dello Stato ⁽¹¹²⁾.

In altra sede ⁽¹¹³⁾ abbiamo tentato di ricollegare la giurisdizione — intesa come potere indipendente, diffuso e professionale — non allo Stato, ma alla Comunità di riferimento. Nell'economia di questo saggio vorremmo ora limitarci ad abbozzare soltanto ad un ulteriore aspetto ⁽¹¹⁴⁾ che più indici ci indicano di pressante attualità: la ricerca di nuovi assetti dell'organizzazione della giustizia.

⁽¹¹¹⁾ Con riferimento al nostro ordinamento, vanno, infatti, distinte *fonti dello Stato*, soprattutto il vigente codice di procedura civile, da altre *fonti di diritto processuale che comunque vigono nello Stato*, ad iniziare dai regolamenti comunitari (cfr. N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., §§ 3 e 4).

⁽¹¹²⁾ Cfr., *retro*, § 5 e nota n. 43.

⁽¹¹³⁾ N. PICARDI, *La giurisdizione*, cit., pp. 185 ss; Id., *Manuale*, cit., §§ 10, 11 e 12.

⁽¹¹⁴⁾ È appena il caso di osservare che la stessa presenza di una molteplicità di giudici, di origine e di culture differenti, oggi pone, ai futuri studiosi, anche tutta un'altra serie di problemi basilari: dalla ideologia del giudice alla sua formazione e alla sua professionalità.

10. *Pluralità degli ordinamenti giuridici e pluralità degli ordinamenti giurisdizionali.*

Come è noto, Santi Romano formulò, nel 1918, il *principio della pluralità degli ordinamenti giuridici* ⁽¹¹⁵⁾. Lo Stato è un ordinamento originario, ma nella sua sfera hanno spesso valore non solo le norme emanate direttamente da esso, ma anche da norme che derivano da altri ordinamenti che sono, rispetto allo Stato, anche essi originari. Romano si riferisce, in particolare, alla Comunità internazionale, agli Stati stranieri ed alla Chiesa. Questi ordinamenti non hanno, però, direttamente efficacia, in sé e per sé, nell'interno dello Stato, ma solo e nei limiti in cui le leggi dello Stato gliela attribuiscono ⁽¹¹⁶⁾.

Il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici ha trovato piena conferma e rapida espansione nella successiva esperienza giuridica. Si è parlato di una pluralità di « ordinamenti giuridici, statuali o non statuali, quante sono le Società » ⁽¹¹⁷⁾; l'ordinamento giuridico è stato ricollegato alla Società civile, o meglio alla Comunità, liberata dallo Stato; si è andata diffondendo una cultura che subordina lo Stato al diritto e si è finito per parlare di un "diritto senza Stato" ⁽¹¹⁸⁾.

Nella nostra epoca alla pluralità degli ordinamenti giuridici si è affiancata — anche e soprattutto — la *pluralità degli ordinamenti giudiziari* a seguito della straordinaria proliferazione delle Corti, *ultra* ed *extrastatali*, i cui poteri giurisdizionali, a volte, sono addirittura limitati — almeno in linea di principio — al solo trattato che le istituisce. Siamo, quindi, in presenza, nel contempo, di tribunali specializzati e di ordinamenti giuridici transnazionali a carattere settoriale. Ad es., sono stati già ricordati il Tribunale internazionale del mare, quanto al *diritto internazionale del ma-*

⁽¹¹⁵⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 104 ss. Sul quale cfr., da ultimo, Paolo GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, op. cit., pp. 43 ss. e 62 ss.

⁽¹¹⁶⁾ S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova 1933, p. 307.

⁽¹¹⁷⁾ E. FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova 1984, p. 114.

⁽¹¹⁸⁾ L. COHEN-TANUGI, *Le Droit sans l'État* (1985), 3^a ed. con prefazione di S. HOFFMANN, Puf, Paris 2007, pp. 13 ss. Del resto, si è già ricordato come Paolo GROSSI, con riguardo all'ordinamento giuridico medioevale, abbia parlato di *Un diritto senza Stato* (v., retro, nota 19).

re ⁽¹¹⁹⁾; la complessa giurisdizione istituita nel quadro dell'organizzazione mondiale del commercio (W.T.O.), in ordine alla c.d. *lex mercatoria* ⁽¹²⁰⁾, nonché il Tribunale arbitrale dello sport (T.A.S.), con riferimento alla c.d. *lex sportiva* ⁽¹²¹⁾.

11. *Il problema delle relazioni fra diversi ordinamenti.*

Santi Romano faceva, però, notare che lo svolgimento e la riprova del principio della pluralità degli ordinamenti richiede un'indagine delle « varie relazioni che possono intercedere fra i diversi ordinamenti giuridici » e ne disegnò, anzi, uno schema ⁽¹²²⁾, costruito, ovviamente, sulla normativa statuale ed extrastatale all'epoca vigente.

Oggi la realtà è in evoluzione.

Da un lato, gli ordinamenti giuridici statuali mantengono ancora una loro autonomia e, non ammettendo lacune ⁽¹²³⁾, ricorrono a proprie regole di complemento ⁽¹²⁴⁾. Ad es., in Italia, l'art. 12 delle *disposizioni sulla legge in generale* stabilisce che, se manchi una precisa disposizione, il giudice fa ricorso all'*analogia* e, in ultima istanza, ai « *principi generali* dell'ordinamento giuridico dello Stato ». Tuttavia, i nostri ordinamenti oggi si aprono agli ordinamenti *ultra* ed *extrastatali*. Ad es., l'art. 10 della nostra Cost. stabilisce che « l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute » e l'art. 11 dispone che « l'Italia... consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle *limitazioni di sovranità* necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni ».

⁽¹¹⁹⁾ T. TREVES, *Le controversie internazionali*, cit., pp. 102 ss.

⁽¹²⁰⁾ M.J. BONEL, *Lex mercatoria*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. comm.*, IX, Torino 1993, pp. 10 ss.; R. MONACO, *Note sulla qualificazione della "Lex mercatoria"*, in *Studi in memoria di G. Gorla*, II, Milano 1994, pp. 1249 ss. e F. GALGANO, *Lex mercatoria*, ult. ed., Bologna 2010.

⁽¹²¹⁾ A. MERONE, *Il Tribunale Arbitrale dello Sport*, cit., cap. V.

⁽¹²²⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 138 ss. e 141 ss.

⁽¹²³⁾ Cfr., per tutti, G. CARCATERA, *Analogia I. Teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Roma 1988, spec. pp. 6 ss.

⁽¹²⁴⁾ Cfr., per tutti, E. FAZZALARI, *Ordinamento giuridico I*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Roma 1990, pp. 4 ss. e R. GUASTINI, *Ordinamento giuridico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino 1995, pp. 419 ss.

Dall'altro, le giurisdizioni statuali tuttora conservano, pur nelle loro diversità, un carattere originario ed unitario con una struttura giudiziaria c.d. piramidale, cioè, se non gerarchica, almeno a più gradi. Pur ormai tendenzialmente interdipendenti le giurisdizioni statuali, peraltro, sono per lo più poste su un piano di equivalenza ⁽¹²⁵⁾ e, quindi, in un rapporto orizzontale di pari ordinazione ⁽¹²⁶⁾.

Alcuni ordinamenti e le relative giurisdizioni, pur non essendo subordinati, sono, peraltro, oggi coordinati, ed a volte parzialmente subordinati, ad ordinamenti e giurisdizioni ultrastatali. Ci si riferisce ovviamente all'esperienza europea, ma abbiamo già ricordato anche taluni interessanti modelli organizzativi extraeuropei. In questi casi si pone, in una dimensione verticale, il problema dei rapporti fra il sistema giurisdizionale statale e quello della relativa organizzazione ultrastatale. Pur nell'ambito del c.d. principio dell'autonomia processuale degli Stati membri ⁽¹²⁷⁾, non mancano alcune normative di coordinamento. Conseguentemente alle fonti normative processuali statuali finiscono per sovrapporsi fonti normative ultrastatali.

A titolo di esempio, si tenga presente l'art. 4, lett. i) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea del 2010 (Tr.F.U.E.) il quale precisa che la giustizia rientra nel novero delle materie a competenza concorrente, nelle quali, quindi, possono legiferare sia l'Unione che gli Stati membri, ma l'art. 81 §§ 1 e 3 dello stesso Trattato specifica che l'Unione, per quanto concerne la giustizia civile, può disciplinare solo le controversie « con implicazioni trans-

⁽¹²⁵⁾ R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, Padova 2000, pp. 400 ss. e 529.

⁽¹²⁶⁾ G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo fra le Corti, Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010, pp. 10 e 11.

⁽¹²⁷⁾ Cfr., per tutti, E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritti dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, pp. 447 ss. e di D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri: Paradise Lost? Studi sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino 2009.

nazionali », ponendo così un argine ad una più intensa armonizzazione processuale degli Stati membri ⁽¹²⁸⁾.

Si aggiunga che un coordinamento di particolare rilevanza fra giurisdizioni statuali e giurisdizione europea è realizzato dal vigente art. 267 Tr.F.U.E. il quale disciplina il *rinvio pregiudiziale* (*olim* la pregiudiziale comunitaria) ⁽¹²⁹⁾, per cui il giudice statale è divenuto il « primo motore » di un importante meccanismo per l'applicazione del diritto europeo negli Stati membri, trasformando il territorio dell'Unione in uno « spazio giuridico senza frontiere » ⁽¹³⁰⁾.

Particolare rilevanza assume, poi, il c.d. *diritto europeo derivato*, tutta una serie di fonti di origine europee, soprattutto *regolamenti* e *direttive* ⁽¹³¹⁾, con una duplice funzione: da un lato ed a livello verticale, attribuire alla giurisdizione degli Stati membri il compito di strumento di attuazione del diritto europeo; d'altro lato, assicurare, a livello orizzontale, una qualche forma di armonizzazione dei sistemi giurisdizionali statuali ⁽¹³²⁾. Si tratta, però, di una regolamentazione ancora settoriale che lascia aperti problemi di notevole rilievo.

Il coordinamento diventa ancora più problematico, qualora ci si sposti sul piano internazionale, o, se si preferisce, su quello della globalizzazione. Santi Romano già considerava il diritto statale come ordinamento presupposto del diritto internazionale: « la comunità internazionale ha per presupposto gli Stati che ne fanno

⁽¹²⁸⁾ P. BIAVATI, *Il futuro del diritto processuale di origine europea*, in *Riv. trim. dr. proc. civ.* 2010, pp. 863 e 872.

⁽¹²⁹⁾ A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova 1996, G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano 2003 e, da ultimo, P. BIAVATI, *Pregiudizialità comunitaria*, in *Il diritto Enc. giur.*, Milano, 2007, vol. XI, pp. 314 ss.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. già la celebre sentenza della Corte di Giustizia Europea (C.G.E.) del 9 marzo 1978, c. 106/77, *Sinmental*, in *Racc.* 629. Cfr., da ultimo, R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali*, op. cit., pp. 270 ss.

⁽¹³¹⁾ Cfr., per tutti, P. BIAVATI e M.A. LUPOI, *Regole europee e giustizia civile*, Bologna 2008, pp. 9 ss.

⁽¹³²⁾ P. BIAVATI, *Il futuro del diritto processuale di origine europea*, cit., p. 872 osserva, peraltro, come, in questi ultimi tempi, il nocciolo della legislazione europea si va spostando dall'armonizzazione delle norme all'armonizzazione degli effetti. Sulla problematica dell'armonizzazione delle norme e per gli studi relativi, cfr., da ultimo, sempre P. BIAVATI, *op. ult. cit.*, p. 866 e nota 12.

parte, il che vuol dire che il diritto internazionale presuppone il diritto statale » (133). Ne consegue che entrambi i tipi di giurisdizioni, statuali ed internazionali, vengono chiamate ad applicare un misto di diritto statale ed internazionale (134).

Il riordinamento fra i diversi ordini di giurisdizioni viene, pertanto, demandato, innanzitutto, alle normative dei singoli Stati, quali, ad es., la nostra legge n. 218 del 1995. Ma già abbiamo evidenziato come le misure unilaterali, senza cooperazione ultrastatale, hanno scarsa effettività. Quanto, in particolare, alle norme italiane di diritto processuale internazionale, è stato, inoltre, precisato che esse « non esauriscono il panorama della materia, ma, in certo qual modo, ne governano la porzione quantitativamente più modesta » (135).

Centrale diventa, pertanto, il coordinamento delle differenti giurisdizioni in via pattizia. Ma si tratta, per lo più, di convenzioni internazionali settoriali, che oggi generalmente rinviano a differenti tribunali internazionali, specializzati ed equiordinati. Non essendo, pertanto, previsto alcun ordine gerarchico fra le varie istanze e in carenza di una Corte regolatrice, possono verificarsi conflitti di giurisdizione di difficile soluzione. Emblematico è il caso *Swordfish* (136), concernente una controversia fra la Comunità europea e lo Stato del Cile (137).

Altra possibile fonte di coordinamento è rappresentata dalle

(133) S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 147.

(134) G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo delle Corti*, cit., p. 34.

(135) P. BIAVATI, *Deroghe alla giurisdizione statale*, cit., p. 534.

(136) Già illustrato da T. TREVES, *Fragmentation of International Law: the Judicial Perspective*, cit., pp. 42 ss. e S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, cit., pp. 31 ss.

(137) All'origine della controversia era la consuetudine delle navi spagnole di praticare la pesca del pesce spada nella fascia di alto mare adiacente le coste del Cile. Questo Stato, al fine di evitare il depauperamento del proprio patrimonio ittico, adottò misure di dissuasione, quale la chiusura dei propri porti alle predette navi spagnole per le necessarie operazioni di appoggio. Ne nacquero due procedure giudiziarie. La Comunità Europea, nel 2000, denunciò la violazione da parte del Cile delle regole sulla libertà di commercio (accordi GATT) e chiese la costituzione di un *panel* nell'ambito della procedura WTO (v., *retro*, nn. 83 e 84). Il Cile lamentò, invece, la violazione della Convenzione sul diritto del mare e, conseguentemente, provvide ad adire il Tribunale internazionale del diritto del mare (v., *retro*, § 7 e n. 80). Le due procedure sono state successivamente sospese a seguito di un accordo preliminare e la costituzione di una

consuetudini internazionali. Ma i criteri relativi hanno un carattere subordinato e cedevole. Si pensi alla consolidata regola della *domestic jurisdiction* dello Stato: una serie di materie rimangono estranee al diritto internazionale consuetudinario, ma anche pattizio⁽¹³⁸⁾, in quanto restano dominio riservato (*domaine réservé*), ovvero competenza interna dello Stato. È stato, però, constatato⁽¹³⁹⁾ che questa regola, ai nostri giorni, si è andata progressivamente erodendo, fino a perdere il suo significato⁽¹⁴⁰⁾.

12. “Jus cogens” ed immunità giurisdizionale degli Stati.

In presenza di una molteplicità di giudici di diversa origine e di differenti culture non possono non verificarsi ipotesi di conflitti, di sovrapposizioni e di concorrenze, ma anche di convergenze, fra le sentenze emanate da differenti conti. Per maggiore concretezza, vorrei ricordare a me stesso, come solevano dire i vecchi avvocati, alcuni *leading cases* che hanno ad oggetto i rapporti tra il principio dell'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile ed i diritti umani fondamentali, le regole c.d. di ‘*jus cogens*’⁽¹⁴¹⁾.

commissione di cooperazione bilaterale, sotto la cui direzione è stato, infine, raggiunto un accordo definitivo, che ha chiuso la controversia.

⁽¹³⁸⁾ Si veda, ad es., l'art. 27 § 7 della Carta ONU che prevede che «nessuna disposizione del presente Statuto autorizza l'ONU ad intervenire in questioni che appartengono essenzialmente alla competenza interna di uno Stato». Tuttavia, il successivo art. 39 autorizza il Consiglio di Sicurezza ad intervenire in casi determinati fra i quali i conflitti fra Stati.

⁽¹³⁹⁾ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 4ª ed., Napoli 1992, pp. 232-233.

⁽¹⁴⁰⁾ B. CONFORTI, cit., p. 233, peraltro, precisa che tale erosione riguarderebbe il diritto convenzionale, ma che la «nozione di *domestic jurisdiction* può essere ancora utilizzata con riguardo al diritto consuetudinario». A nostro avviso, dall'esame della più recente giurisprudenza, come meglio si vedrà, si dovrebbe, invece, dedurre che la tesi del dominio riservato ha perduto significato anche nel diritto internazionale consuetudinario, quanto meno per ciò che concerne i diritti fondamentali.

⁽¹⁴¹⁾ C. CONSOLO, “*Jus cogens*” e “*rationes*” dell'immunità giurisdizionale civile degli Stati esteri e loro funzionari: tortuosità finemente argomentative (inglesi) in materia di “tortura governativa” (saudita), nel volume *Il diritto processuale civile nell'avvicendamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, T. I, Padova 2009, pp. 307 ss. e N. PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle Corti*, op. cit., pp. 39 ss.

Punto di partenza può essere considerato il complesso *caso Voiotia* che si presta ad essere scisso in tre diverse fasi.

A seguito del massacro compiuto, a Distomo, in Beozia da parte dalle forze di occupazione naziste, gli eredi delle vittime hanno promosso un'azione di risarcimento danni avanti ai tribunali greci (causa: *Prefettura di Voiotia c. Repubblica federale di Germania*). La prima fase della procedura si è conclusa con la sentenza della Corte Suprema greca (Areopago) 4 maggio 2000, n. 11 che ha condannato la Germania al pagamento di 28 milioni di euro in favore degli attori, a titolo di riparazione dei danni morali e materiali loro arrecati ⁽¹⁴²⁾.

Si tratta di una decisione che introduce due nuove regole. Innanzitutto, essa pone un'eccezione al principio consuetudinario ⁽¹⁴³⁾ dell'immunità degli Stati per le loro attività che rientrano nell'ambito delle loro sovranità (*acta iure imperii*): gli Stati esteri non possono — secondo l'opinione classica — essere convenuti avanti ad un giudice civile di altro Stato anche in sede cautelare ed esecutiva, in base all'antica regola *par in parem non habet iurisdictionem* ⁽¹⁴⁴⁾. Tale regola, nella specie, è stata, però, disapplicata dall'Areopago in presenza di violazioni dei diritti umani, quali i crimini di guerra (c.d. *tort exception*). In secondo luogo, la Corte Suprema greca ha ritenuto la imprescrittibilità dell'azione civile, al pari dell'azione penale ⁽¹⁴⁵⁾.

Si trattava di una sentenza innovativa, non solo nel contesto

⁽¹⁴²⁾ Pubblicata in *American Journal of International Law* 2001, pp. 198 ss. ed in *Riv. Dr. internazionale* 2002, pp. 688 ss. con nota di N. RONZITTI, *Azioni belliche e risarcimento del danno*.

⁽¹⁴³⁾ In effetti, la *Convenzione dell'ONU del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni* non è entrata ancora in vigore (cfr. N. RONZITTI e VENTURINI, *La Convenzione dell'ONU del 17 gennaio 2005* nel volume degli stessi, *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, Padova 2008, pp. 1 ss.) e la *Convenzione europea di Basilea sull'immunità degli Stati del 6 maggio 1972* non è stata ratificata dalla Grecia e dall'Italia.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr., per tutti, LUZZATTO e QUIEROLO, *Sovranità territoriale, "jurisdiction" e regole di immunità* in CARBONE, LUZZATTO e SANTA MARAI (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, 3^a ed., Torino 2006, pp. 203 ss.

⁽¹⁴⁵⁾ La *Convenzione di New York del 26 novembre 1968* sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, peraltro, non è stata ratificata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, mentre la *Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1974* sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra è stata

europeo ⁽¹⁴⁶⁾. Vero è che, nel 2002, in Francia si registrò il *caso Boucheron*, che, per fatti analoghi ⁽¹⁴⁷⁾ in primo grado sfociò nella condanna della Germania da parte del *Conseil de prud'homme* di Fontainebleau ⁽¹⁴⁸⁾, ma, successivamente, ad opera prima della C. di appello di Parigi e poi dalla Cassazione, venne dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice francese, riconoscendo l'immunità della giurisdizione allo Stato tedesco ⁽¹⁴⁹⁾. La tesi classica era stata, del resto, di recente recepita anche nella nota sentenza della Camera dei Lords del 24 marzo 1999, a proposito del celebre *caso Pinochet* ⁽¹⁵⁰⁾.

In questo quadro si innesta la seconda fase del *caso Voiotia*. Passato in giudicato la condanna dello Stato tedesco, gli attori hanno iniziato il processo esecutivo, procedendo al pignoramento della sede di Atene del *Goethe - Institut*. Lo Stato tedesco si è opposto rilevando che non era stato concesso (né verrà concesso in seguito) l'autorizzazione governativa prevista dall'art. 923 del codice di rito ellenico, per procedere all'esecuzione forzata su beni dello Stato ubicati in Grecia. È sorta, pertanto, autonoma controversia che ha

ratificata solo dal Belgio, Paesi Bassi e Romania. Si aggiunga, inoltre, che le due Convenzioni riguardano il settore penale, non l'azione civile.

⁽¹⁴⁶⁾ Negli USA si era, peraltro, registrata la condanna dello Stato tedesco da parte della *District Court for the District of Colombia* con la sentenza 23 dicembre 1992 nella causa *Princz v. Federal Republic of Germany*, in *International Legal Reports* 1996, pp. 568 ss. Si trattava di un caso in cui il Princz, cittadino USA di razza ebraica, chiedeva il risarcimento dei danni per essere stato arrestato dalle SS. naziste nel 1942, internato nei campi di Auschwitz e Dachau e, poi, costretto ai lavori forzati presso industrie belliche tedesche. Peraltro, in grado di appello, la *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, con la sentenza 1 luglio 1994 in *International Legal Reports* 1996, pp. 604 ss., ha, invece, accordato l'immunità allo Stato tedesco. In tema cfr., per tutti, GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Riv. dr. intern.* 2004, pp. 655 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ Boucheron, come Princz (v. nota precedente), nel 1944 venne, infatti, arrestato ed avviato ai lavori forzati.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. la sentenza 5 febbraio 2002 già ricordata da P.L. SIMONE, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione civile e violazione di norme imperative del diritto internazionale. Considerazione in margine al caso Ferrini*, in *Riv. dr. proc.* 2006, pp. 546 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. Corte d'Appello di Parigi 9 settembre 2002 già citata da P.L. SIMONE, cit., p. 550, successivamente confermata dalla Cassazione, 1 camera civile, 16 dicembre 2003.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr., per tutti, DE SENA, *Immunità di ex Capi di Stato e violazioni individuali del divieto di tortura: sulla sentenza del 24 marzo 1999 della Camera dei Lords nel caso Pinochet*, in *Riv. dr. intern.* 1999, pp. 933 ss. e C. CONSOLO, *Jus cogens*, cit., pp. 343 ss.

avuto per oggetto la legittimità dell'autorizzazione governativa alla luce dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, controversia che si è conclusa con la sentenza della Corte di Cassazione greca del 28 giugno 2002 nn. 36 e 37 ⁽¹⁵¹⁾ che hanno stabilito che l'autorizzazione ministeriale non inficerebbe il diritto a una protezione effettiva e che, d'altra parte, l'autorizzazione era dettata al fine di evitare le controversie tra Stati e di favorire le relazioni internazionali ⁽¹⁵²⁾. Il successivo ricorso dei parenti della vittima alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo venne, poi, dichiarato irricevibile ⁽¹⁵³⁾ e venne rigettata dal *Bundesgerichtshof* anche l'azione di risarcimento proposta direttamente in Germania ⁽¹⁵⁴⁾. A questo punto la vicenda sembrava chiusa ⁽¹⁵⁵⁾.

Nel frattempo, però, l'orientamento generale in ordine all'immunità giurisdizionale degli Stati esteri cominciava a mutare. L'origine del nuovo orientamento, probabilmente, rimonta al celebre *caso Al-Adsani*. Era questi un pilota militare kuwaitiano, che godeva anche della cittadinanza britannica. Nel 1991 egli aveva partecipato alla guerra contro l'Iraq, venne arrestato dalle autorità del Kuwait e, in carcere, venne sottoposto a torture. Adita la Corte Europea dei

⁽¹⁵¹⁾ Cfr., per tutti, N. RONZITTI, *Compensation for Violations of the Law of War and Individual Claims*, in *Italian Yearbook of International Law* 2002, p. 41 e C. CONSOLO, *Jus cogens*, cit., pp. 313 ss.

⁽¹⁵²⁾ Autorizzazione, che esisteva anche in Italia, ma era stata, invece, dichiarata incostituzionale da Corte Cost. 15 luglio 1992 n. 329, Soc. Condor e altro c. Ministero di Grazia e Giustizia.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. L'ordinanza 12 dicembre 2002 emanata nella procedura *Kalogeropoulos ed altri c. Germania e Grecia* in *Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasburg 2000, X e, su di essa, per tutti, GIANNELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati*, cit., pp. 657 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. la sentenza 26 giugno 2003 del *Bundesgerichtshof*, in *International Legal Materials* 2003, pp. 1030 ss. sulle quali cfr., per tutti, GIANNELLI, cit., pp. 658 ss. e C. CONSOLO, *Jus cogens*, cit., p. 313 n. 1.

⁽¹⁵⁵⁾ Anzi, la Corte Suprema Speciale greca, adita dalla Corte di Cassazione, in un caso analogo, con sentenza 17 settembre 2002, a maggioranza, ha abbandonato il principio affermato nel *caso Voiotia*, riconoscendo allo Stato tedesco l'immunità dalla giurisdizione civile cfr. la decisione, con nota di M. PANEZI, *Sovereign immunity and violation of jus cogens norms*, in *Revue hellénique de droit International* 2003, pp. 199 ss.

diritti dell'Uomo, la CEDU, con la sentenza 21 novembre 2001 ⁽¹⁵⁶⁾, a maggioranza (nove voti contro otto), ebbe a confermare la tesi tradizionale, riconoscendo allo Stato, e ai suoi agenti, l'immunità giurisdizionale, anche nell'ipotesi di tortura. Il caso è stato ampiamente divulgato non per la decisione come tale, ma, soprattutto, per la nitida opinione dissenziente sottoscritta da sette degli otto giudici dissenzienti: « En admettant que la règle prohibant la torture est une règle de *jus cogens*, la majorité reconnaît que cette règle est hiérarchiquement supérieure à toute autre règle du droit international, générale ou particulière, coutumière ou conventionnelle, sauf bien sûr les autres normes de *jus cogens*. Une règle de *jus cogens* a en effet cette caractéristique essentielle que, en tant que source du droit dans l'ordre juridique international vu sous l'angle vertical, elle est supérieure à toute autre règle n'ayant pas la même qualité. En cas de conflit entre une norme de *jus cogens* et toute autre règle du droit international, la première l'emporte. Du fait de cette primauté, la règle en cause est nulle et non avenue ou, en tout cas, ne déploie pas d'effets juridiques qui se heurtent à la teneur de la règle impérative ». In altri termini ci troviamo, in questo caso, in presenza di due regole; l'una, la regola che proibisce la tortura, che è un principio di *ius cogens*, come tale, gerarchicamente superiore ad ogni altra regola di diritto internazionale, generale o particolare, consuetudinario o convenzionale, salvo che su altre norme di *ius cogens*; l'altra, la regola di origine consuetudinaria che garantisce agli Stati l'immunità per la loro attività che rientrano nell'ambito della sovranità. In caso di conflitto fra una norma di *ius cogens*, quale la proibizione della tortura, ed altre norme di diritto internazionale, quale l'immunità degli Stati, prevarrà, pertanto, la prima.

Questa opinione dissenziente, come a volte accade, era destinata a prevalere. Rovesciando il precedente della Cassazione francese

⁽¹⁵⁶⁾ Pubblicata in *Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg 2001-XI, *Int'l Lis* 2002, 2, 91 ed in *Riv. dir. Int.* 2002, pp. 404 ss.. Su di essa, per tutti, BIANCHI, *L'immunità des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du droit International*, in *Rev. gén. dr. int. publ.* 2004, pp. 76 ss.; GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati*, cit., pp. 653 ss.; SIMONE, *Immunità degli Stati*, cit., pp. 535 ss. e C. CONSOLO, *Jus cogens*, cit., pp. 329 ss.

esattamente in termini (*caso Boucheron*), le Sez. Un. della nostra Cassazione, con la sentenza 11 marzo 2004, n. 5044 *caso Ferrini* ⁽¹⁵⁷⁾, seguito da ben 12 analoghe ordinanze tutte del 29 maggio 2008 ⁽¹⁵⁸⁾

⁽¹⁵⁷⁾ La sentenza Ferrini ha avuto ampia diffusione. In Italia, è stato, fra l'altro, pubblicata in *Giust. Civ.* 2004, I, pp. 1191 ss. con nota di BARTTA, *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*, ivi, pp. 1200 ss.; in *Riv. dir. int.* 2004, pp. 539 ss. con nota di GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, ivi, pp. 643 ss.; in *Guida al diritto*, 14, 2004, pp. 34 ss. con nota di RONZITTI, *Un cambio di orientamento della Cassazione che favorisce i risarcimenti delle vittime*, ivi, pp. 38 ss.; in *Diritto e giurisprudenza* 2004, pp. 505 ss. con nota di SICO, *Sulla immunità dalla giurisdizione italiana della Repubblica Federale di Germania in rapporto alle conseguenze patrimoniali di atti compiuti dalle forze armate tedesche in Italia nell'anno 1944*. A tale sentenza sono stati, inoltre, dedicati diversi scritti, fra i quali, da ultimi, P.L. SIMONE, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione civile e violazione di norme imperative del diritto internazionale. Considerazioni in margine al caso Ferrini*, in *Riv. dir. proc.* 2006, pp. 527 ss.; N. RONZITTI, *Azioni individuali per violazione da parte dello Stato estero di norme imperative del diritto internazionale: un punto fermo nella giurisprudenza italiana*, in VENTURINI, BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber F. Pocar*, Milano 2009, pp. 789 ss. OS; G. SERRANO', *Immunità degli Stati stranieri e crimini internazionali nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.* 2009, p. 617 e C. CONSOLO, *Jus cogens*, cit., pp. 313 ss..

Per ulteriori pubblicazioni fuori d'Italia sull'orientamento della nostra Cassazione cfr., per tutti, IOVANE, *The Ferrini Judgment of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Court to Claims of Reparations for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights*, in *It. Yearb. Int. Law* 2004, pp. 165 ss.; P. DE SENA e F. DE VITTOR, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in *Eur. Jour. Int. Law* 2005, pp. 89 ss.; GATTINI, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, in *Jour. Int. Crim. Just.* 2005, pp. 224 ss.; FOSCARRELLI, *Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: the Ferrini Decision*, in *Int. Comp. Law, Quarterly*, 2005, pp. 951 ss.

Articolate e sottili sono, infine, le *opinions* su questi temi svolte, nel 2006, dai *Lords of Appeal* dell'*House of Lord* negli appelli riuniti *Jones Mitchell* ed altri v. *Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya A. S. Sandiya* (the Kingdom of Saudi Arabia), (2006) UKHL, particolarmente alle pp. 11 e 29. Su tali *opinions* cfr., ampiamente, C. CONSOLO, *Jus cogens*, cit., pp. 332 ss.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr., per tutti, Sez. Un. n. 14199/2008 in *Riv. dr. int. Priv. e proc.* 2009, pp. 425 ss.; n. 14209/2008 in *Riv. dr. intern.* 2008, p. 896 e Sez. Un. n. 14201/2008 in *Riv. dr. int. Priv. e proc.* 2009, pp. 651 ss., in *Guida al diritto* 2008, p. 52 con nota di CASTELLANETA; ed in *Resp. civ. e prev.* 2008, pp. 2255 ss. con nota di PERSANO, nonchè, fra le altre, soprattutto le ordinanze 14199/2008; 14205/2008; 14206/2008; 14210/2008 e 14211/2008 e su di esse cfr. N. RONZITTI, *Azioni individuali*, cit., pp. 789 ss. e G. SERRANO, *Immunità*, cit., pp. 605 ss.

hanno inaugurato un importante filone giurisprudenziale con il quale hanno negato l'immunità allo Stato tedesco in altre tante vicende pendenti avanti a diversi tribunali italiani, da Bari a Torino. Dialogando criticamente con le altre Corti europee e con alcune Corti americane, la Cassazione ha constatato, infatti, che « il principio consuetudinario di immunità della giurisdizione dello Stato straniero... coesiste..., nell'ordinamento internazionale, con l'altro parallelo principio, di pari portata generale, per cui i crimini internazionali... minano le fondamenta stesse della coesistenza tra i popoli »⁽¹⁵⁹⁾. La nostra Suprema Corte pervenuta, quindi, alla seguente decisione: « l'innegabile "autonomia" tra i riferiti principi —... entrambi automaticamente recepiti dal nostro ordinamento... [(ex)] art. 10 Cost. — nel momento in cui vengono..., contemporaneamente ed antagonisticamente, in rilievo, non può altrimenti risolversi... che, sul piano sistematico, dando la prevalenza alle norme di rango più elevato (secondo il criterio già prospettato dai giudici di minoranza della... CEDU 21 novembre 2001 [caso Al-Adsani]) »⁽¹⁶⁰⁾.

Il nuovo orientamento della Cassazione italiana non poteva non avere ripercussioni anche in altri ordinamenti. Innanzitutto, esso ha consentito che si aprisse la terza fase del *caso Voiotia*. In forza della citata sentenza della Aereoporto greco che aveva condannato lo Stato tedesco anche al pagamento delle spese del giudizio i parenti delle vittime hanno iscritto, in Italia, ipoteca giudiziale sulla Villa Vigoni, di proprietà della repubblica federale di Germania, centro culturale italo-tedesco sul lago di Como. Nel giudizio che ne è seguito, la Germania ha proposto regolamento di giurisdizione. La Cassazione, a Sez. Un., con ordinanza 29 maggio 2008 n. 14201 già cit., ha, peraltro, disconosciuto allo Stato tedesco l'immunità dalla giurisdizione civile.

13. *La sentenza della Corte Internazionale di Giustizia.*

Nel 2008 la vicenda giudiziaria in esame sembrava ormai pervenuta ad una fase risolutiva. Pur in presenza di contrastanti decisioni da parte di Corti supreme equiordinate (in quanto apparte-

⁽¹⁵⁹⁾ Sez. Un. 28 maggio 2008 n. 14120.

⁽¹⁶⁰⁾ *Ibidem.*

menti a Stati differenti dell'Unione Europea: da un lato, Grecia ed Italia; dall'altro, Germania), era stata aperta la possibilità di far valere un titolo esecutivo giudiziario greco per iniziare un processo esecutivo in Italia sulla Villa Vigoni, di proprietà dello Stato tedesco.

A questo punto, la Germania spostò, però, la controversia su altro livello, mutando anche le parti in giudizio: non più le vittime dei crimini di guerra contro lo Stato tedesco, ma lo Stato tedesco contro lo Stato italiano. La Repubblica federale tedesca presentò, infatti, a L'Aja un ricorso avanti alla *Corte Internazionale di Giustizia* avverso la Repubblica italiana, lamentando che quest'ultima avesse violato i suoi obblighi giuridici internazionali, non rispettando l'immunità giurisdizionale riconosciuta alla Germania dal diritto internazionale; autorizzando l'esecuzione forzata sulla Villa Vigoni di sua proprietà, ed, infine, dichiarando esecutive sul territorio italiano decisioni giudiziarie greche, che non avevano, anche esse, rispettato l'immunità giurisdizionale della Germania.

A sua volta, la Repubblica italiana si costituì in giudizio chiedendo, non solo il rigetto della domanda proposta dalla Germania, ma presentando anche una domanda riconvenzionale nella quale sostenne che la controparte avesse violato l'obbligo internazionale di risarcire i danni alle vittime dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, perpetrati dal III° Reich ⁽¹⁶¹⁾. In effetti per tali fatti, all'epoca, pendevano in Italia una serie di processi di risarcimento danni avanti a 24 Tribunali e 2 Corti di Appello ⁽¹⁶²⁾. Comunque, la Repubblica italiana emanò un decreto legge ⁽¹⁶³⁾ con il quale sospese l'efficacia dei titoli esecutivi, in attesa dell'accertamento dell'immunità giurisdizionale degli Stati esteri in caso di violazioni di regole di *jus cogens*.

⁽¹⁶¹⁾ Si tratta di quattro gruppi di vittime civili: arrestati in Italia ed inviati ai lavori forzati in Germania; militari privati dello *status* di prigionieri di guerra ed avviati ai lavori forzati; vittime dei massacri in Italia ed, infine, cittadini greci che, nella qualità di eredi delle vittime, hanno chiesto il riconoscimento della più volte citata sentenza della Corte Suprema greca emanata nel caso *Voiotia* cfr. SPARANO, *Immunità degli Stati*, cit., p. 604 n. 2.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. FRANZINA, *Norme sull'efficacia delle decisioni straniere e immunità degli Stati dalla giurisdizione civile, in caso di violazioni gravi di diritti dell'uomo*, in *Dir. um. dr. int.* 2008, pp. 638 ss.

⁽¹⁶³⁾ D.l. 28 aprile 2010 n. 63.

La Corte, con ordinanza del 6 luglio 2010 ⁽¹⁶⁴⁾, dichiarò irricevibile la domanda riconvenzionale proposta dall'Italia ⁽¹⁶⁵⁾ ed ordinò la prosecuzione della procedura.

Il 13 gennaio 2011 la Repubblica greca intervenne in giudizio, in via adesiva rispetto alla posizione processuale italiana.

A seguito della trattazione scritta e dalle udienze pubbliche tenute dal 12 al 16 settembre 2011, la Corte ha, infine, emanato la sentenza del 3 febbraio 2012 la quale — questa volta con tre giudici dissenzienti ⁽¹⁶⁶⁾ — ha stabilito che la Repubblica italiana ha violato l'obbligo di rispettare l'immunità giurisdizionale della Repubblica Federale tedesca.

Il punto centrale della causa era ovviamente rappresentato dalla relazione tra le regole di *jus cogens* e la regola consuetudinaria dell'immunità giurisdizionale dello Stato. Secondo la Corte non v'è alcun contrasto fra queste due regole, in quanto riguardano questio-

⁽¹⁶⁴⁾ *Court International de Justice, Ordonnance du 6 juillet 2010*, R.G. 143, www.Icj-iic.org.

⁽¹⁶⁵⁾ L'art. 8 del Regolamento di procedura della Corte stabilisce che la proposizione di una domanda riconvenzionale è subordinata a due condizioni: 1) l'oggetto della domanda riconvenzionale rientri nella competenza della Corte; 2) sussista una connessione diretta con l'oggetto della domanda di controparte. La Corte ha ritenuto che, nella specie, non sussisteva il primo requisito, in quanto il 6 giugno 1961 era stato stipulato un accordo fra la Germania e l'Italia, in forza del quale la prima aveva versato delle indennità all'Italia (art. 1) e quest'ultima aveva dichiarato che, in tal modo, veniva « regolata » ogni pretesa nei confronti della Germania da parte sia della Repubblica che delle *persone fisiche o giuridiche italiane*, per fatti risalenti al periodo della guerra (art. 2). Ne ha dedotto la Corte di non aver competenza *ratione temporis*, in quanto l'Italia faceva valere fatti o situazioni anteriori al 1961 (§§ 23-31). Ha ritenuto, quindi, assorbito l'esame della seconda condizione della riconvenzionale.

Va, però, sottolineato che il giudice Antonio Augusto *Conçado Trinidad*, unico dissenziente, nella sua opinione contraria, ha fatto rilevare che la Corte, esaminando l'accordo del 1961 che aveva « regolato » ogni pretesa relativa alla riparazione dei danni di guerra, aveva concentrato la sua attenzione sulla rinuncia, ma, in tal modo, aveva omesso di considerare l'incidenza dello *jus cogens*, che, come tale, priva la rinuncia di ogni effetto giuridico (§§ X e XI). Il Giudice *Conçado Trinidad* ha, inoltre, sottolineato che i veri titolari dei diritti fatti valere erano gli individui, vittime dei crimini di guerra, e che la Corte, dichiarando irricevibile la riconvenzionale, rischiava di sacrificare gli individui rispetto alla volontà degli Stati (§ XII).

⁽¹⁶⁶⁾ Oltre *Conçado Trinidad*, i giudici Abdulqawi A. *Ysuf* e Giorgio *Gaja* (giudice *ad hoc*).

ni diverse. L'immunità dello Stato ha « natura processuale » e, come tale, si limita a determinare se i tribunali di uno Stato sono legittimati ad esercitare le loro funzioni riguardo ad altro Stato. Nulla hanno a che vedere con la valutazione di liceità o illiceità della violazione di una regola di *jus cogens* (§ 92). Né la situazione cambierebbe qualora l'accento si spostasse sull'obbligo dello Stato di riparare il pregiudizio provocato ai singoli individui dal fatto illecito originario. Una decisione tendente a riconoscere l'immunità ad uno Stato non sarebbe in conflitto con tale obbligo.

Al § 93 la sentenza, inoltre, rileva che durante un secolo la quasi totalità dei trattati di pace stipulati alla fine dei conflitti armati ha optato o per la rinuncia al versamento di qualsiasi indennità da parte degli Stati oppure al versamento di una somma forfetaria, a titolo di compensazione. In considerazione di tali consuetudini, è difficile — sempre secondo la Corte — configurare, in diritto internazionale, una regola che impone un indennizzo completo per ciascuna delle vittime, senza deroga alcuna. In altri termini, « una regola di *jus cogens* è una regola che non soffre alcuna deroga, ma le regole che determinano la portata e l'estensione della giurisdizione, come le condizioni nelle quali tale giurisdizione può essere esercitata, non derogano alle regole di natura sostanziale che hanno valore di *jus cogens* (§ 95) » ⁽¹⁶⁷⁾.

Una prima lettura di questa sentenza dà la sensazione che sia ancora una meta molto lontana la celebre costatazione di Gerhard Östreich secondo la quale « oggi l'indirizzo prevalente pone l'uomo accanto e al di sopra dello Stato sovrano: e da titolare di diritti umani trasforma in soggetto di diritto internazionale » ⁽¹⁶⁸⁾. La Corte

⁽¹⁶⁷⁾ La Corte, a sostegno della propria tesi, nei §§ 95 e 96 richiama anche alcune decisioni giurisprudenziali, fra le quali il caso *Al-Adsani* (omettendo, peraltro, ogni considerazione sulle opinioni degli otto giudici dissenzienti e la loro influenza nei successivi orientamenti giurisprudenziali, cfr., *retro*, § 12) ed i casi *Jones, Mitchell ed altri* (v., *retro*, nota 157, in fine), a proposito dei quali C. CONSOLO, *Jus cogens*, pp. 307 ss. e 314 ha parlato, quanto allo Stato, di « torture governative gestite » e, quanto alla sentenza, di « tortuosità finemente argomentative ».

⁽¹⁶⁸⁾ G. ÖSTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali* (1978) (traduzione italiana a cura di GOZZI), Roma-Bari, 2001, p. 140.

Internazionale di Giustizia, invero, adotta ancora oggi l'ottica degli Stati, rischiando, così, di sacrificare gli individui ⁽¹⁶⁹⁾.

In un successivo approfondimento, la sentenza della Corte sembra, comunque, rappresentare uno dei primi tentativi ⁽¹⁷⁰⁾ — forse ancora inadeguato — di coordinare la molteplicità delle giurisdizioni. Jürgen Habermas ha chiarito che i giudici non sono solo i destinatari delle norme, ma, a volte, anche gli autori di esse ⁽¹⁷¹⁾. In difetto, oppure in caso di insufficienza di regolamentazione dei rispettivi ambiti di giurisdizione, oggi le Corti divergono, concordano o, comunque, dialogano fra di loro. Siamo agli inizi di un nuovo assetto della giustizia?

⁽¹⁶⁹⁾ Come ha già osservato, nelle sue opinioni dissenzienti, il giudice Conçado Trindade v., *retro*, note 165 e 166.

⁽¹⁷⁰⁾ Nell'ambito europeo di particolare interesse sono i lavori per equilibrare, alla luce dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, le competenze della Corte di giustizia di Lussemburgo con quelle della Corte di Strasburgo. Cfr., da ultimo, F. POCAR, *Diritti umani: la difficile ricerca di equilibrio tra le giurisdizioni delle Corti Internazionali*, in "Guida al diritto" 2011, n. 44, pp. 9 ss.

⁽¹⁷¹⁾ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, (traduzione it. a cura di CEPPA), Milano 1996, pp. 143 ss. e 556 ss.

FERDINANDO TREGGIARI
L'EDUCAZIONE AL DIRITTO

1. "L'educazione giuridica". — 2. Retorica, *ars disputandi* e insegnamento del diritto. — 3. *Legal education* e metodo casistico.

1. "L'educazione giuridica".

L'impresa scientifica ed editoriale intitolata all'*Educazione giuridica*, sviluppatasi per oltre un ventennio con l'impegno di una larga comunità di studiosi, fu inaugurata da Alessandro Giuliani e Nicola Picardi con i due tomi dedicati all'università: ai differenti modelli di insegnamento del diritto, alla loro storia, al raggio europeo ed extra-europeo della loro diffusione, alla loro inevitabile ibridazione ⁽¹⁾. Non è un caso, anche se potrebbe apparire ovvio, che l'avvio di una ricerca così intitolata fosse consacrato alla storia, all'attualità e alle prospettive della didattica giuridica. L'interesse per questo oggetto, indicato dai due curatori come spia delle concezioni del diritto che sottendono la scelta di determinate tecniche d'insegnamento e ne guidano l'evolu-

⁽¹⁾ La ricerca collettiva finanziata dal Consiglio Nazionale delle Ricerche aveva preso avvio nel 1972. Nella Facoltà di Giurisprudenza di Perugia si era svolto, nell'ottobre dell'anno successivo, il primo Seminario sull'educazione giuridica, i cui atti furono pubblicati nel 1975 (Università degli Studi di Perugia, Consiglio Nazionale delle Ricerche, *L'educazione giuridica*, I: *Modelli di università e progetti di riforma*, Libreria Universitaria, Perugia 1975). Nel 1979 uscì il tomo II: *Profili storici*. La seconda edizione di entrambi i volumi è stata recentemente curata da N. Picardi e R. Martino (*L'educazione giuridica*, I. *Modelli di università e progetti di riforma*; II, *L'educazione giuridica da Giustiniano a Mao. Profili storici e comparativi*, Bari, Cacucci, 2008). Nel 1978 era uscito il volume su *La responsabilità del giudice*, nel 1981 verranno pubblicati i tre tomi su *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, nel 1987-88 i tre tomi su *Modelli di legislatore e scienza della legislazione* (1987-88); la collana si chiuse nel 1994 con i due tomi sui *Modelli storici della procedura continentale*.

zione, risaliva, in realtà, almeno per Alessandro Giuliani, a molti anni prima. Dopo le ricerche su Adam Smith e i *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, pubblicati nella prima metà degli anni '50, e prima degli studi sulla prova, che datano ai primi anni '60, Giuliani aveva affiancato alle *Ricerche in tema di esperienza giuridica* la sua prima incursione nel campo dei metodi di istruzione. Nello stesso anno di pubblicazione delle *Ricerche* (1957) era infatti apparso, sia in italiano sia in spagnolo, l'articolo *Sistematica e "Case-method" come metodi di istruzione giuridica*. Cinque anni dopo, nel 1962, aveva pubblicato nella "Juridical Review" l'articolo *The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading* (poi ripubblicato nel 1979 nel secondo tomo dell'*Educazione giuridica*), dedicato all'intreccio tra la tradizione topico-retorica medievale e il suo *pendant* didattico, l'*ars disputandi*. Al primo tomo (1975) dell'*Educazione giuridica* Giuliani affiderà infine il saggio *Observations on Legal Education in Antiformalistic Trends*, in cui viene messo a fuoco il nesso, che nelle tradizioni europea e nordamericana lega i differenti metodi di istruzione alle rispettive ideologie giuridiche e in cui vengono anche prefigurate le linee-guida di un nuovo modello dialettico di educazione del giurista (2).

(2) Questi i dati bibliografici delle opere citate nel testo: A. GIULIANI, *Adamo Smith teorico della scienza politica*, Industria Grafica Ponzio, Pavia 1952; ID., *Attualità di Adamo Smith*, in *Il Politico*, 17 (1952), pp. 59-66; ID., *Adamo Smith filosofo del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 31 (1954), pp. 505-538; ID., *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Pavia, Università degli Studi di Pavia, 1953 (Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Politiche, n. 1) e Milano, Giuffrè, 1954; ID., *Il concetto classico di prova: la prova come "argumentum"*, in *Jus*, n. s., 11 (1960), pp. 425-444; ID., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1961; ID., *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1957; ID., *Sistematica e "Case-Method" come metodi di istruzione giuridica*, in *Jus*, n. s., 8 (1957), pp. 319-325, pubblicato in spagnolo in *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, 1957, pp. 755-761; ID., *The Influence of Rethoric on the Law of Evidence and Pleading*, in *The Juridical Review*, 1962, pp. 216-251 (poi in *L'educazione giuridica*, II, cit., pp. 217-250); ID., *Observations on Legal Education in Antiformalistic Trends*, in *L'educazione giuridica*, I, cit., pp. 79-98. Le opere di Alessandro Giuliani sono state ordinate nella *Bibliografia* curata da N. Picardi, A.O. Comez e F. Treggiari e pubblicata sia in *Per Alessandro Giuliani*, a cura di F. Treggiari, Perugia, Università degli Studi di Perugia, 1999, pp. 123-139, sia in *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, I, a cura di N. Picardi, B. Sassani, F. Treggiari, Edizioni Napoli, Scientifiche Italiane, 2001, pp. XXV-XXXIX.

Nell'articolo del 1957 sui metodi di istruzione del diritto riverberava certamente la riflessione di Riccardo Orestano sullo studio storico del diritto come « un susseguirsi di metodi [...] legati al mutare [...] delle concezioni intorno al diritto »⁽³⁾. Ma l'orizzonte della prima indagine di Giuliani — subito al passo con la nuova frontiera della comparazione giuridica — si allargava significativamente dalla 'esperienza' alle 'esperienze' della civiltà giuridica. La sua attenzione si dirigeva in particolare verso il mondo anglo-americano, su cui pochi anni prima Gino Gorla aveva aperto una importante finestra. Quel mondo offriva a Giuliani la conferma di un'idea di fondo: che le svolte della storia del diritto sono conseguenza non dell'affermazione di dottrine filosofiche, bensì del rinnovamento dei metodi di istruzione. Ciò che era avvenuto nella seconda metà dell'Ottocento negli Stati Uniti con la affermazione del *case-method* — di cui gli era chiarissima la valenza (riduttivamente) sistematica e « normativa » e la sostanziale estraneità alla tradizione della *common law* —⁽⁴⁾, era avvenuto ad ogni cesura d'epoca della civiltà giuridica: « tutta la storia del diritto continentale è storia di rinnovamento dei metodi di istruzione », scrive⁽⁵⁾. Con rapide incursioni e paralleli tra le grandi epoche del diritto Giuliani indicava le svolte storiche propiziate dalle novità della didattica giuridica. L'insegnamento casistico dei glossatori, strutturato in rapporto costante con l'osservanza del testo legislativo, gli suggeriva « molte affinità col metodo langdelliano ». La reazione dei

(3) A. GIULIANI, *Sistematica e "Case-Method"*, cit., p. 321. Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, ristampa della seconda edizione [la prima è del 1953], Giappichelli, Torino 1963, pp. 317 ss.; ID., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 316 ss. Dell'intervento di Riccardo Orestano al Seminario perugino del 1973 era stato pubblicato un efficace riassunto: ID., *Sulla didattica giuridica in Italia tra il XIX e il XX secolo*, in *L'educazione giuridica*, I, cit., pp. 135-146.

(4) A. GIULIANI, *Sistematica e "Case-Method"*, cit., p. 320. Sull'evoluzione del modello americano di *legal education* e sul metodo d'insegnamento introdotto da Christopher C. Langdell nel 1870 mi permetto di rinviare a F. TREGGIARI, *'Pericle e l'idraulico'. La formazione e la professione del giurista nelle giurisdizioni anglofone*, in *Osservatorio sulla formazione giuridica 2006*, a cura di O. Roselli, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2007, pp. 149-195, spec. pp. 175 ss. (da questo saggio riprenderò più avanti altri spunti).

(5) A. GIULIANI, *Sistematica e "Case-Method"*, cit., p. 321.

culti al metodo tradizionale e la nuova considerazione umanistica dei problemi dell'insegnamento del diritto gli proponevano « impressionanti analogie » con la concezione del giurista come *social scientist* maturata in America nella prima metà del Novecento sul terreno della reazione realistica al *case-method*. L'idea che ogni nuova concezione del diritto e dei compiti della scienza giuridica fosse stata sospinta dall'introduzione di tecniche d'insegnamento era certamente non nuova — la storiografia sul « rinascimento » medievale del XII secolo aveva già messo bene in risalto la genesi 'didattica' della cultura giuridica e indicato l'università come campo di nascita della scienza — (6); ma questa idea diveniva tanto forte in Giuliani da fargli prefigurare come possibile lo scenario dell'unificazione del diritto solo « nella misura in cui, su scala europea o su scala mondiale », si fossero unificati i metodi di istruzione giuridica » (7).

2. *Retorica, ars disputandi e insegnamento del diritto.*

Nella visione di Giuliani la riflessione sul metodo degli studi legali si legava all'analisi della struttura delle istituzioni giuridiche e in particolare — seguendo un'intuizione che feconderà l'intera sua ricerca — di quelle giudiziarie.

Nella « prospettiva processuale del diritto » (8), che Giuliani fa propria, il metodo formativo del giurista suppone che il diritto non preceda il sorgere del problema da regolamentare, ma sia tutt'uno

(6) C. HASKINS, *The Renaissance of the Twelfth Century*, Cambridge (Mass.) 1927, trad. it. *La rinascita del XII secolo*, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 165 ss.; F. POLLOCK-F.W. MAITLAND, *The History of English Law*, I, Cambridge, Cambridge University Press, 1952², pp. 111 ss.; F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, I. *Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 346 s., nt. 1. Su questa scia v. oggi H.J. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London 1983, pp. 120 ss. (trad. it. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 137 ss.).

(7) A. GIULIANI, *Sistematica e "Case-Method"*, cit., p. 325.

(8) F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, Cedam, 1991; F. GENTILE, *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica*, in P. Perlingieri (a cura di), *Soggetti e norma, individuo e società*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1987, pp. 141-152.

con esso ⁽⁹⁾. E se il processo, in una tale prospettiva, non è solo un procedimento che muove da una controversia per approdare ad un giudizio, ma è il centro stesso dell'esperienza giuridica, esso rappresenta anche il più valido ed efficace parametro educativo.

Nello studio del 1962 (*The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, riproposto nel 1979 nel secondo volume dell'*Educazione giuridica*), lo sguardo all'esperienza giuridica del XII secolo, caratterizzata dal fecondo intreccio con la retorica e dominata dalla logica della controversia (fulcro dei libri del 1961 e del 1966) ⁽¹⁰⁾, aveva consentito a Giuliani di mettere in luce il parallelismo tra le tecniche dell'insegnamento universitario (la dialettica come *ars disputandi*, espressa nelle forme del ragionamento brocardo e della *quaestio*) ⁽¹¹⁾ e la logica del processo giudiziario. Questa associazione gli aveva fatto apparire il processo romano-canonico « come un'applicazione della dialettica nota come *ars opponendi et respondendi* » già diffusa nella scuola ⁽¹²⁾, sollecitandolo poi a ricercare in altre esperienze della storia la replica di quel modello. Analoga, ad esempio, giudicava Giuliani la tecnica di ragionamento dialettico, che gli *Inns* londinesi avevano praticato lungo l'età tardo-medievale e moderna nell'insegnamento del diritto e nella formazio-

⁽⁹⁾ M. COSSUTTA, *Metodo formativo e metodo giuridico. Due campi a confronto per mezzo di nove domande*, in P. Moro (a cura di), *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2011, p. 50.

⁽¹⁰⁾ A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit.; ID., *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, Tipografia del libro, 1966 (p. 131 s.: « Nessun pensiero è forse così profondamente imbevuto di un *esprit de controverse* come quello medioevale; il settore del controverso pare coincidere con quello del probabile: dove esiste un conflitto di opinioni, di testimonianze, di autorità »; p. 162: « La logica dei giuristi medioevali ha carattere 'confutatorio', ed è essenzialmente *logica della controversia*: sotto tale profilo, quei giuristi meriterebbero un posto nella storia della dialettica medioevale, che è una logica *more juridico* »). A questi temi è dedicata parte dell'ampio studio di F. CERRONE, *Alessandro Giuliani: la storicità del diritto fra logica ed etica*, in *Giuristi dell'Università di Perugia. Contributi per il VII centenario dell'Ateneo*, a cura di F. Treggiari, Roma, Aracne, 2010, pp. 73-196, spec. 155 ss.

⁽¹¹⁾ Per una sintesi e per rinvii bibliografici cfr. F. TREGGIARI, *La vera philosophia dei giuristi medievali*, in *Presenze filosofiche in Umbria*, II, a cura di A. Pieretti, Milano, Mimesis, 2011, pp. 11-26 (di cui riprendo qui alcune parti).

⁽¹²⁾ A. GIULIANI, *The Influence of Rhetoric*, cit., p. 228 [1979] (traduzione mia).

ne dei *common lawyers* ⁽¹³⁾ e che la « science of pleading », ossia la dottrina relativa al punto di fatto rilevante da sottoporre alla giuria, aveva tenuto in seguito viva.

L'intuizione del confronto tra le tecniche didattico-disputatorie dei giuristi medievali e la pedagogia giuridica caratteristica del mondo di *common law* non era neanche essa nuova. Un celebre scritto di Hermann Kantorowitz del 1939 dedicato alle *quaestiones disputatae* dei maestri bolognesi aveva esordito proprio con l'evocazione delle *moot courts* inglesi come « equivalente moderno » delle *quaestiones disputatae* dei maestri bolognesi ⁽¹⁴⁾. Ma se il paragone tra le due esperienze didattiche poteva dirsi intuitivo, il fondamento della sua plausibilità, a partire proprio dal 'paradigma processuale' che le accomuna, andrebbe piuttosto ricercato mettendo in rilievo le peculiarità delle rispettive esperienze storiche, a partire proprio dalle differenze più evidenti.

Una prima peculiarità delle scuole giuridiche medievali è questa: che in quelle scuole l'arte della discussione giudiziaria delle questioni e dei casi era legata all'esegesi, all'interpretazione e all'applicazione pratica di testi legislativi antichi: dei *Libri legales*, messi in vigore da Giustiniano più di cinque secoli prima della loro riscoperta e del loro integrale impiego, avvenuti a partire dall'XI secolo. All'interno della compilazione giustiniana, peraltro, era stato dato titolo di legge a scritture risalenti anche a secoli precedenti, sicché alla fine dell'XI secolo nella scuola giuridica di Bologna testi vecchi anche di mille anni venivano studiati per essere applicati alla vita quotidiana del Medioevo. In questo senso, anche se potrebbe apparire un paradosso, è stato ben scritto che il rinascimento romanistico fu « una manifestazione di realismo » ⁽¹⁵⁾. Cosa si vuol dire? Che nell'esperienza giuridica continentale (e italiana in particolare) l'uso della logica e il metodo del contraddittorio delle opposte ragioni

⁽¹³⁾ A. GIULIANI, *The Influence of Rhetoric*, cit., p. 237 s. e note. In tema, J.H. BAKER, *Legal education in London 1250-1850*, Selden Society, London 2007 e, per altri riferimenti, F. TREGGIARI, 'Pericle e l'idraulico', cit., pp. 152 s. e 168 ss.

⁽¹⁴⁾ H. KANTOROWITZ, *The Quaestiones Disputatae of the Glossators* [1939], in Id., *Rechtshistorische Schriften*, Karlsruhe, Müller 1971, pp. 137 e 167.

⁽¹⁵⁾ V. PIANO MORTARI, *Lineamenti della dogmatica giuridica medievale*, in *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, Jovene, 1976, p. 16.

argomentative erano in primo luogo necessari al programma di restituire vigore e dare applicazione e attualità al corpo di norme generato dalla civiltà romana. Non solo quell'uso e quel metodo furono necessari, ma riuscirono talmente congeniali da fare per i secoli successivi del diritto giustiniano la nota comune e dominante di gran parte degli ordinamenti giuridici del continente europeo.

Il dinamismo dell'esperienza pratica del diritto, da un lato, e l'autorità intangibile del testo legislativo antico, dall'altro, furono i poli che attrassero e portarono a maturazione la logica specifica (e pratica) del giurista: una logica tesa a ricercare la corrispondenza tra la miriade di fattispecie della prassi e il numero chiuso (ma potenzialmente espandibile per via logica e interpretativa) delle previsioni consacrate nei testi giustiniani. Una logica, di fatto, finalizzata a dare disciplina a fattispecie non testualmente disciplinate nel *corpus iuris* ⁽¹⁶⁾. Con questa nota caratterizzante: che nella riflessione scientifica e nella pratica d'insegnamento dei giuristi medievali la *similitudo rationis*, primo e istintivo criterio logico di collegamento tra il caso disciplinato dalla legge e il caso nuovo, non muoveva, come oggi, dall'identità di *ratio* tra la fattispecie prevista e quella non prevista dalla norma, ma rimaneva, come osservò Giuliani, « sul terreno del probabile, dove nessuna conclusione è certa, rigorosa », costituendo « lo strumento logico indispensabile per la soluzione del problema nuovo » attraverso « un'attività "critica" di comparazione e di selezione » ⁽¹⁷⁾.

Ma se per costruire l'ordine giuridico sui testi legislativi antichi occorreva certamente un metodo logico idoneo a chiarire e coordinare fra loro i complessi passi normativi ⁽¹⁸⁾, a riempirne le lacune, a scioglierne le antinomie interne (conseguenza, come s'è detto, del fatto che quei testi avevano raccolto e livellato sotto l'indifferenziato

⁽¹⁶⁾ S. CAPRIOLI, *Modi arguendi. Testi per lo studio della retorica nel sistema del diritto comune*, Spoleto, Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 2006, pp. 10, 12, 22; ID., *Per uno schedario di glosse preaccursiane. Struttura e tradizione della prima esegesi giuridica bolognese*, in *Per Francesco Calasso. Studi degli allievi*, Roma, Bulzoni, 1978, p. 101 s.; M. BELLOMO, *Il testo per interpretare il testo*, in ID., *Medioevo edito e inedito*, II. *Scienza del diritto e società medievale*, Roma 1997, p. 35 s.

⁽¹⁷⁾ A. GIULIANI, *La controversia*, cit., p. 175 s.

⁽¹⁸⁾ M. BELLOMO, *Una nuova figura di intellettuale: il giurista* [1993], in ID., *Medioevo edito e inedito*, II, cit., p. 13 s.

titolo di *lex* norme fra loro molto diverse per fonte, cronologia e spessore casistico) ⁽¹⁹⁾ e a far crescere il numero delle previsioni normative in corrispondenza con le esigenze della pratica, quel metodo non avrebbe potuto sorgere e affinarsi se non in un contesto pedagogico, scientifico e organizzativo appropriato. Fu infatti l'università, laboriosa officina della nuova epoca, a far maturare le tecniche della nuova scienza del diritto; non viceversa ⁽²⁰⁾. Fu l'esercizio dialettico sui *casus* compiuto nelle aule universitarie, fu la didattica partecipativa promossa da una scienza giuridica impegnata « problematicamente », fu la palestra della scuola a fornire al giovane giurista l'abito mentale che avrebbe in seguito trovato nel mondo della pratica e dei tribunali la sua più efficace proiezione.

Il laboratorio della specifica logica pratica del giurista fu dunque lo *Studium*. A far lievitare questa logica soccorreva certamente la matrice formativa del giurista medievale, reviviscenza, per non pochi aspetti, del metodo educativo classico degli studi liberali ⁽²¹⁾, che i giuristi del nuovo millennio apprendevano nel trivio. Fin dagli esordi della scuola bolognese, com'è noto, lo studio delle leggi era preceduto da un *cursus* nelle discipline del trivio (grammatica, retorica, dialettica) e forse anche in quelle del quadrivio (musica, aritmetica, geometria ed astrologia). Nella trama delle *septem artes liberales*, classificate a partire dall'VIII secolo nei due gruppi delle *artes sermocinales* (trivio) e delle *artes reales* (quadrivio), la cultura altomedievale aveva compendiato enciclopedicamente il sapere, affermando una concezione unitaria (a partire dall'indistinzione di *scientia* e *ars*), che si sarebbe infranta solo sul finire del XII secolo, all'impatto con la conoscenza diretta dei testi aristotelici. In questa concezione enciclopedica del sapere il diritto non aveva un posto autonomo: in quanto *interpretatio verborum* veniva fatto rientrare, come arte logica, appunto nel trivio, nel quale veniva insegnato come

⁽¹⁹⁾ Cfr. V. PIANO MORTARI, *Cultura medievale e principio sistematico nella dottrina esegetica accursiana* [1965], in ID., *Dogmatica e interpretazione*, cit., pp. 95-151, spec. pp. 102 ss.

⁽²⁰⁾ H.J. BERNAM, *Diritto e rivoluzione*, cit., pp. 137 ss. (p. 154).

⁽²¹⁾ Così detti perché « degni di un uomo libero »: L.A. SENECA, *Lettere morali a Lucilio*, XI, 88 (ed. a cura di F. Solinas, Mondadori, Milano 2007, p. 316, cit. da P. MORO, *Educazione retorica e formazione forense*, in *Educazione forense*, cit., p. 19).

parte e completamento della retorica. Avrebbe conquistato il suo ruolo autonomo solo con il rinnovamento inneriano e l'avvio dello studio e dell'insegnamento specialistico dei libri di leggi giustiniane.

Le arti liberali costituivano dunque certamente il fondo culturale delle prime generazioni di giuristi fiorite dalla svolta bolognese. Da questa matrice culturale i giuristi selezionavano gusti e tecniche differenti, ponendo l'accento ora sull'aspetto 'grammaticale' del commento al passo normativo, ravvisabile nell'eleganza della lingua latina e nella forma dialogica del discorso, ora su quello 'retorico', più stretto sulla razionalità e lo stile dell'argomentazione ⁽²²⁾. Ma se pure la letteratura giuridica tra XI e XII secolo denuncia indubbie relazioni tra le *artes liberales* e il diritto ⁽²³⁾, la logica che i glossatori della scuola di Bologna danno prova di possedere risulta molto più robusta del poco che essi avevano potuto apprendere nelle scuole di arti liberali, orientate più all'affinamento delle tecniche retoriche (l'*ars dictaminis*, l'oratoria, le tecniche di confezione degli atti notarili) che all'insegnamento della logica ⁽²⁴⁾. I glossatori applicano le figure dialettiche, i modi di argomentare, i sillogismi, conoscono le *quatuor causae* aristoteliche e se ne servono, in particolare, per identificare la *ratio* della legge con la sua *causa finalis* e attribuire per questa via alla norma romana un significato 'utile', attuale. Alla comprensione razionale dei testi giustiniane e alla conciliazione delle loro contraddizioni interne approdano attraverso un congeniale procedimento dialettico, che denuncia tutta la vitalità euristica e formativa dello 'spirito di controversia': il metodo di scoprire la verità per mezzo delle obiezioni, *per contraria et oppositiones*. Ogni problema interpretativo, ogni caso incerto veniva da loro affrontato mettendo a confronto le soluzioni opposte. L'argomentazione brocardica — ossia l'impostazione del problema attraverso l'illustrazione di serie di fonti normative contrapposte (si è suggestivamente

⁽²²⁾ E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, Il Cigno, 2000, pp. 276 ss.

⁽²³⁾ B. BRUGI, *Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto*, in ID., *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Nuovi saggi*, Torino, Utet, 1921, p. 29.

⁽²⁴⁾ A. PADOVANI, *Perché chiedi il mio nome? Dio natura e diritto nel secolo XII*, rist. emendata, Giappichelli, Torino 1997, p. 257 s.; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, trad. it. Milano, Giuffrè, 1980, I, pp. 59, 64 ss.

ritenuto che il termine *brocardum* discenda proprio da una corruzione delle parole *pro-contra* (25) — mirando ad ordinare attorno a singoli principi di diritto i testi giustiniani contraddittori, puntava sul ragionamento e sull'argomentazione anziché sulla memoria, addestrava lo studente ad enucleare dalla norma il principio generale e a discuterne la validità opponendo gli argomenti normativi ad esso favorevoli e quelli contrari. Un esercizio mentale, che nello sforzo di ordinare razionalmente le fonti antiche, si proiettava efficacemente sulle abilità necessarie alla futura professione legale.

Questo bagaglio logico era in buona misura proprio del giurista (26). Non era mutuato per via diretta dalle dottrine dei filosofi, non era un mero erudito riporto di modelli antichi, ma era sollecitato e necessitato dalla specifica complessità del mestiere di giurista: era *topica more legistarum demonstrata* (27). Lo strumentario logico serviva al giurista per dominare un universo di precetti non tutti rispondenti ai medesimi principi; precetti che avrebbero portato il giudice a decisioni discordi su fattispecie solo astrattamente simili, cioè solo apparentemente rispondenti alla medesima *ratio* (28) e che perciò il giurista era indotto a studiare (e ad insegnare) non isolatamente, ma nello specchio di altri precetti. Le 'armi' della logica

(25) E. CORTESE, *Le grandi linee*, cit., p. 298; P. WEIMAR, *Argumenta brocardica*, in *Studia Gratiana*, 14 (*Collectanea Stephan Kuttner*) (1967), pp. 91-123; ID., *Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts der Glossatorenzeit*, in *Ius Commune*, 2 (1969), p. 60 s. Sulla duplice accezione di *brocardum*, come regola generale e come punto d'incontro di opinioni contrarie e discutibili, cfr. B. BRUGI, *Dalla interpretazione della legge*, cit., p. 48; A. PADOVANI, *Modernità degli antichi. Breviario di argomentazione forense*, Bologna, Bononia University Press, 2006, pp. 128 ss. (p. 131: « Se è vero che ogni massima [...] può essere usata in un contesto dialettico a fini argomentativi, non si può dimenticare che molte di esse sussistono incatenate al loro antidoto e procedono abbinate come un parto gemellare [...]. Proprio la struttura dialettica (*pro e contra*) che costituisce il brocardo ripropone il carattere probabilistico del sapere e della prassi giuridica »).

(26) F. CALASSO, *Bartolo da Sassoferrato* [1964], in *Annali di storia del diritto*, 9 (1965), p. 515.

(27) S. CAPRIOLI, *Modi arguendi*, cit., pp. 6, 18 s. Per F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, I, cit., p. 72, « il contenuto tutto particolare dei testi di cui si faceva l'esegesi spinse assai per tempo i Glossatori ad affrontare la problematica specialistica ch'è propria dei giuristi; sicché [...] la perdurante utilizzazione degli schemi formali derivati dalla Scolastica perde gran parte del suo interesse ».

(28) F. CALASSO, *Bartolo da Sassoferrato*, cit., p. 511.

servivano al giurista per risolvere il caso pratico che non trovava puntuale corrispondenza nelle norme di legge, per ricercare il precetto oltre le previsioni espresse, rendendo necessaria l'attività di *interpretatio* ⁽²⁹⁾ finalizzata a trovare nell'insieme del *corpus* la disciplina del caso non previsto. Lo strumentario dialettico e il contraddittorio delle opposte ragioni servivano alla ricerca della soluzione pratica del caso dubbio o controverso, scelta tra il numero delle opinioni plausibili.

Si comprende in questo quadro l'importanza del contesto didattico. È qui che ha la sua origine e la sua prima sperimentazione, oltre all'argomentazione brocardica, il fortunato genere della *quaestio* ⁽³⁰⁾. La *quaestio* è l'analisi del caso dubbio o controverso finalizzata ad ottenere una *solutio*, che, non essendo predeterminata nel *casus legis*, doveva essere ricercata *argumentis* (e che, essendo solo la risposta più verosimile e convincente al dubbio, assumeva valore di verità solo probabile, *sine praeiudicio melioris sententiae*) ⁽³¹⁾. Il *casus* oggetto della *quaestio* poteva essere rappresentato da testi giustiniani discordanti, e in tal caso la *quaestio* aveva finalità esegetiche e sistematiche delle *leges* (ed era detta perciò *legitima*); o vertere su fattispecie concrete (ed era perciò *de facto*). La *disputatio* delle *quaestiones* nelle aule universitarie accresceva poi la sua effi-

⁽²⁹⁾ Su cui v. S. CAPRIOLI, *Lineamenti dell'interpretazione*, Guardigli, San Marino 2008 (riproduzione, arricchita di un'introduzione e di un'appendice di testi, della voce *Interpretazione nel diritto medievale e moderno* pubblicata nel *Digesto IV edizione*, X Civile, Torino, Utet, 1993, pp. 13-25).

⁽³⁰⁾ H. KANTOROWICZ, *The Quaestiones Disputatae of the Glossators*, cit.; M. BELLOMO, Legere, repetere, disputare. *Introduzione ad una ricerca sulle "quaestiones" civilistiche*, in *Aspetti dell'insegnamento giuridico nelle Università medievali. Le "quaestiones disputatae"*, I, Parallelo 38, Reggio Calabria 1974, pp. 13-81 (ora in Id., *Medioevo edito e inedito*, I, Roma, Scholae, Universitates, Studia, Il Cigno, 1997, pp. 51-97); A. ERRERA, *La "quaestio" medievale e i glossatori bolognesi*, in *Studi senesi*, 108 (1996), pp. 490-530; Id., *Forme letterarie e metodologie didattiche nella scuola bolognese dei glossatori civilisti: tra evoluzione ed innovazione*, in F. LIOTTA (a cura di), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, Bologna, Monduzzi, 1999, pp. 77 ss.; Id., *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 27-29.

⁽³¹⁾ Sulla dialettica come «logica della controversia» e del «probabile»: A. GIULIANI, *La controversia*, cit., capp. II e III; A. ERRERA, *Lineamenti di epistemologia*, cit., pp. 58 s., 98 s.

cacia pedagogica quando s'incentrava sulle cosiddette *quaestiones ex facto emergentes* ⁽³²⁾, cioè su casi tratti dalla prassi quotidiana, che davano occasione di combinare sistematicamente le norme giustiniane con le altre norme vigenti nell'ordinamento considerato (statuti, consuetudini, capitoli barbarici, costituzioni di imperatori e canoni della Chiesa), mettendo lo studente in contatto con l'universo pluralistico delle fonti e stabilendo un solido ponte di collegamento tra il mondo universitario e quello della prassi e dei tribunali.

Le procedure logico-dialettiche (l'*oppositio contrariorum*, gli *argumenta* brocardici, la discussione di *quaestiones*) affinate nella scuola e messe al servizio della conoscenza e della applicazione pratica del diritto, sarebbero filtrate — attraverso il canale del *consilium sapientis* ⁽³³⁾ e più in generale grazie alla rilevanza tecnica e politica delle funzioni riconosciute al ceto dei giuristi in seno alla collettività urbana ⁽³⁴⁾ — nell'orbita del processo amministrato dalle curie forestiere e cittadine dei comuni duecenteschi ⁽³⁵⁾, nell'orbita cioè dell'ordine giudiziario pubblico destinato a prendere il sopravvento sulle altre forme di giustizia e di composizione ereditate dall'età precedente e a distinguersene sensibilmente proprio per aver assimilato l'*ars opponendi et respondendi* e averla tradotta in nuovi canoni processuali: il principio del contraddittorio, il principio

⁽³²⁾ Sulla differenza tra *quaestio ex facto emergens*, *quaestio facti* e *quaestio de facto*: M. BELLOMO, "Factum" e "ius". Itinerari di ricerca tra le certezze e i dubbi del pensiero giuridico medievale [1996], in ID., *Medioevo edito e inedito*, II, cit., pp. 65 ss.

⁽³³⁾ Su cui: M. ASCHERI, "Consilium sapientis", perizia medica e "res iudicata": diritto dei "dottori" e istituzioni comunali, in *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law*, (Salamanca, 21-25 September 1976), edd. S. Kuttner-K. Pennington, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1980, pp. 533-579 (558 ss.); *Consilia im späten Mittelalter. Zum historischen Aussagewert einer Quellengattung*, a cura di I. Baumgärtner, Singmaringen, Thorbecke 1995; *Legal Consulting in the Civil Law Tradition*, ed. by M. Ascheri, I. Baumgärtner, J. Kirshner, Berkley, University of California, 1999.

⁽³⁴⁾ Su questi temi v. S. MENZINGER, *Giuristi e politica nei Comuni di Popolo. Siena, Perugia e Bologna, tre governi a confronto*, Roma, Viella, 2006.

⁽³⁵⁾ Studiato da M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia. Conflitti, reati e processi nella seconda metà del secolo XIII*, Perugia, Deputazione di Storia Patria per l'Umbria, 1991, p. IX.

dispositivo, il principio dell'onere della prova, il principio della scala di probabilità e della selezione della probabilità migliore ⁽³⁶⁾.

3. Legal education e *metodo casistico*.

Se l'applicazione ricreatrice delle *leggi scritte antiche* è stato il punto di partenza del rinascimento giuridico medievale; e se l'invenzione dell'*università* (e la sua capillare diffusione nel continente europeo tra medioevo ed età moderna) è stato il contesto che ne ha favorito lo sviluppo, ebbene entrambe queste caratteristiche non trovano riscontro nella storia del diritto e delle istituzioni giuridiche d'oltre Manica. Altre radici ha avuto lì l'affermazione del paradigma processuale nell'educazione del giurista.

Il *mooting*, ossia l'esercitazione didattica competitiva in forma di processo simulato, basata sull'antagonismo di controparti che dibattono il caso pratico dinanzi ad una finta corte (una tecnica ancora oggi in uso nelle *law schools*) ⁽³⁷⁾, ebbe origine circa cinque secoli fa

⁽³⁶⁾ F. CERRONE, *Alessandro Giuliani: la storicità del diritto fra logica ed etica*, cit., pp. 160 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. J. SNAPE and G. WATT, *How to Moot: a Student Guide to Mooting*, Oxford University Press, Oxford 2004. *Moot* è una questione di diritto posta attraverso un caso ipotetico, dibattuta in contraddittorio e sottoposta al giudizio di un finto tribunale. I partecipanti al *moot* (*mooters*) sono di norma cinque. Due di questi rappresentano una parte, due l'altra. Il quinto partecipante interviene come *moot judge*, finto giudice. Le due coppie di partecipanti, che incarnano l'una (*Appellant*) e l'altra parte (*Respondent*) della controversia, compongono i due *moot teams*. *Appellant* e *Respondent* sono di norma quattro studenti di legge, mentre il quinto elemento, il *moot judge*, è di norma un 'lawyer' esperto: potrà essere un membro dello staff della *law school* che ha organizzato il *moot*, uno studente già laureato, un avvocato o, eccezionalmente, un vero giudice. Talvolta, oltre a questi cinque soggetti, prendono parte al *mooting* anche altre figure: il *court clerk*, l'*amicus curiae* e il *master/mistress of moots*. Durante il *moot*, le 'parti' devono argomentare sul caso controverso in un modo (*moot presentation* o *moot performance*) che riproduca il più fedelmente possibile l'argomentazione legale che nella realtà quotidiana l'avvocato svolge davanti alla corte giudicante. Simile al *moot court* è il *mock trial* (un altro degli 'Advocacy Skills'), anch'esso un'esercitazione competitiva in forma di processo, ma intesa solo a verificare le prove del caso fittizio discusso dinanzi alla finta corte, cioè solo a stabilire i fatti di causa, laddove un *moot* presuppone che la prova sia stata già accertata e i fatti di causa già determinati, concentrandosi l'esperimento didattico sulla questione di diritto. Sono molte oggi le *law schools* inglesi che organizzano *moot courts*. La United Kingdom Environmental Law Association organizza ogni anno

negli Inns di Londra ⁽³⁸⁾ proprio in un'epoca in cui non esistevano ancora o erano molto scarsi i materiali giuridici a stampa e contavano dunque molto le opinioni orali dei giudici e degli avvocati. In questo quadro (è stato stimato da John Baker che ancora nel 1600, ossia più di un secolo dopo l'avvento della stampa in Inghilterra, circolassero nell'isola appena cento libri di diritto) la didattica giuridica modellata sul processo rivestiva un ruolo importante nel sistema educativo gestito dai quattro Inns of Court e dai nove Inns of Chancery e finalizzato alla preparazione dei giovani ai ruoli professionali di avvocato e di giudice.

Il cuore di questo sistema educativo era costituito da lezioni (*readings*, così detti perché tenuti dai *readers*, i membri più anziani degli Inns) e da discussioni orali. La mancanza di testi giuridici scritti — ma, più a monte, l'inesistenza per molti secoli in Inghilterra di una rete di centri accademici (Oxford esisteva dalla fine del XII secolo, Cambridge era stata fondata nel 1209, ma una scienza universitaria per la *common law* non si formerà nell'isola prima della seconda metà del XIX secolo) ⁽³⁹⁾ — premiava fatalmente l'educazione orale e l'attitudine seminariale. In questo contesto nacquero le 'moot courts', inscenate nelle grandi aule degli Inns londinesi. I *Benchers of the Inn* (i *barristers* con almeno dieci anni di anzianità) o gli *Utter Barristers* (i *barristers* appena 'chiamati al Bar' dopo il compimento del periodo di addestramento professionale) facevano da giudici; due *Inner Barristers* (i tirocinanti *barristers* che stavano ancora compiendo i sette anni di training propedeutico alla 'chia-

addirittura una competizione nazionale di *mooting*. Vengono organizzate anche gare internazionali sia tra le università del Commonwealth sia — avendo questa tecnica didattica preso piede anche nei paesi di *civil law*, come Germania e Francia — tra quelle della Comunità Europea.

⁽³⁸⁾ Cfr. W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, London, Methuen/Sweet & Maxwell, 1964: vol. 2, pp. 506 ss.; vol. 6, pp. 481 ss.; vol. 12, pp. 86 ss.; S.E. THORNE, *Readings and Moots at the Inns of Court in the Fifteenth Century*, 71 London, Selden Society, 1952, vol. 1; J.H. BAKER (ed.), *Readings and Moots at the Inns of Court in the Fifteenth Century*, 105 London, Selden Society, 1989, vol. 2; ID., *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, London 1990³, pp. 182 ss.; A. BRAUN, *Giudici e Accademia nell'esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 43-63; U. MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, Torino, Utet, 1992 pp. 49-56.

⁽³⁹⁾ Su questi temi v. A. BRAUN, *Giudici e Accademia nell'esperienza inglese*, cit.; F. TREGGIARI, *Pericle e l'idraulico*, cit., pp. 152 ss.

mata al Bar', ossia alla nomina a *barrister*) e due *Utter Barristers* rappresentavano le parti in causa. La raccolta di *moots e readers' cases* del XIV-XV curata nel 1989 da John Baker contiene un interessante campionario di queste sedute didattiche, nelle quali i casi ipotetici da risolvere venivano introdotti da curiosi e accattivanti titoli di fantasia, descritti succintamente nel fatto e infine conclusi dalla formula law-french '*Ceux que droit*' (equivalente del nostro '*quid iuris*').

Il primo confronto tra la tradizione romanistica e l'esperienza della *common law*, che aveva interessato Alessandro Giuliani, riguardava però la contemporaneità. Il modello inglese e americano di educazione del giurista acquistava intanto importanza ai suoi occhi per il persistente ruolo di primo piano che il tema della *legal education* godeva nella letteratura giuridica dell'area di *common law* (40). Un'importanza testimoniata sia dalla diffusione di prestigiose riviste (in particolare, il "Journal of Legal Education", la rivista che l'*Association of American Law Schools*, costituita nel 1900, pubblica ormai da più di 70 anni), sia, più in generale, dall'attenzione crescente che la letteratura anglofona dedicava in quegli anni alla formazione accademica e professionale del *lawyer* e che sarebbe giunta sino alla proposta d'inserire la *legal education and training* come materia autonoma dei piani di studio dei corsi di laurea di legge inglesi, accanto al *land law* (41).

Da circa mezzo secolo, inoltre, la formazione scientifica e professionale del giurista è oggetto in Inghilterra di periodici *reports* delle commissioni consultive del Lord Cancelliere (dal 1996 opera a Londra un organismo permanente, l'*Advisory Committee on Legal Education and Conduct*, deputato a monitorare il sistema della formazione giuridica nel Regno e a suggerire riforme di *curricula* accademici e del *training* forense) (42). Nel 1971, due anni prima del primo Seminario perugino (1973) sull'*Educazione giuridica*, era stato pubblicato nel Regno Unito l'*Ormrod Report*, il primo importante rapporto istituzionale sulla *legal education* inglese, frutto del lavoro

(40) Cfr. la Prefazione a *L'educazione giuridica*, I, cit., p. V.

(41) A. BRADNEY, *The Rise and Rise of legal Education*, in *Web Journal of Current Legal Issues*, 1997.

(42) F. TREGGIARI, '*Pericle e l'idraulico*', cit., pp. 166 ss.

di una commissione costituita quattro anni prima. Pur occupandosi prevalentemente della preparazione alla pratica professionale, nel tentativo di favorire un sistema unificato di *legal education and training*, quel rapporto aveva prodotto incisive conseguenze anche sul ruolo e sul sistema delle *law schools* universitarie inglesi, in particolare esentandole dalla responsabilità della formazione professionale (una competizione su questo piano sarebbe risultata impari rispetto alla secolare tradizione delle scuole professionali dei *barriers* e dei *solicitors*), ma valorizzando i *curricula* universitari ai fini del tirocinio e dell'accesso alla professione ⁽⁴³⁾.

Ben al corrente di quanto succedeva oltre Manica, Alessandro Giuliani se ne faceva in quegli anni provvidenziale divulgatore ⁽⁴⁴⁾. Ma più ambiziosamente il progetto dell'*Educazione giuridica* puntava a riattivare, almeno nel giro accademico, il circuito della riflessione sui temi della formazione giuridica muovendo dal recupero del senso storico e filosofico dei problemi dell'insegnamento, dall'auspicio di una riforma delle strutture educative, dalla consapevolezza che l'educazione al diritto non può ridursi a tecniche avulse dai valori. In questa prospettiva era utile osservare l'esperienza del diritto al di là dei confini nazionali ed era fatale l'incontro con il mondo di *common law*. 'Educazione giuridica', del resto, traduceva fedelmente (e volutamente) la fortunata espressione anglofona.

In un raggio di ricerca così ampio — che premeva sui limiti di un dibattito filosofico ancora dominato dalle coordinate formalismo/antiformalismo —, l'oggetto pedagogico che si poneva curiosamente al crocevia di esperienze storiche e di ideologie anche opposte del diritto, mostrando tutta la sua vischiosa essenza, era il metodo casistico. Alla multivalenza di questo metodo d'istruzione

⁽⁴³⁾ F. TREGGIARI, *Pericle e l'idraulico*, cit., pp. 159 ss.

⁽⁴⁴⁾ Nei suoi scritti è ad esempio citato Laurence C.B. Gower (1913-1997), che era stato membro della Commissione Ormrod, ma ancor prima autore nel 1950 di una rivisitazione critica dell'*English Legal Training* (L.C.B. GOWER, *English Legal Training. A Critical Survey*, in *The Modern Law Review*, 13 (1950), pp. 137-171), matrice (si parla non a caso di 'Gower model', esportato in numerose giurisdizioni del *Commonwealth*) dell'attuale assetto della *legal education* in Inghilterra, co-gestito dalle due corporazioni professionali e dalle università, ma con sensibile, tradizionale preponderanza delle prime, vere padrone della formazione del giurista nel Regno Unito.

sono dedicate le *Observations on Legal Education in Antiformalistic Trends* (1975), uno degli scritti brevi più istruttivi di Giuliani.

In queste pagine si pone in primo luogo in luce, appunto, come il metodo casistico possa essere messo ugualmente al servizio di una concezione ‘topico-problematica’ come di una concezione ‘sistemati-codogmatica’ del diritto — essendo, in fondo, ogni scienza del diritto « basata su tecniche per la soluzione di casi »⁽⁴⁵⁾ —. Questa varianza del metodo casistico si era manifestata per Giuliani già nell’esperienza delle scuole medievali di diritto, in particolare nel passaggio dall’indirizzo ‘topico’ dei glossatori (che consideravano il caso una questione retorica e conseguentemente il *Corpus iuris* un repertorio di problemi) a quello ‘sistematico’ dei commentatori (dai quali il caso, a suo giudizio, era invece messo al servizio della logica formale, rispetto ad un *Corpus iuris* inteso ora come testo normativo). Su questa seconda scia aveva preso poi corpo (Giuliani ne individua una matrice teorica nella *Nova Methodus* di Leibniz) quel modello a due fasi, teorica e pratica, dell’educazione del giurista, che avrebbe trovato piena realizzazione nel modello humboldtiano di università (e che, al contrario, ha sempre stentato ad affermarsi nel Regno Unito). Nella fase teorica di questo modello educativo, che la pandettistica tedesca aveva intensamente applicato alla didattica universitaria del diritto, il caso pratico, depotenziato di tutta la sua carica problematica, di tutta la sua aporeticità, veniva ridotto a veicolo per la memorizzazione dei principi giuridici, nel presupposto che tali principi contenessero in anticipo la soluzione di tutti i possibili casi della vita. Nella prima metà dell’Ottocento la scienza giuridica tedesca aveva affinato l’approccio sistematico al metodo casistico inaugurando il genere letterario del libro di casi, impiegato nei corsi universitari a complemento, o a dir meglio, a servizio del manuale istituzionale⁽⁴⁶⁾. Il libro di casi aveva poi mi-

⁽⁴⁵⁾ A. GIULIANI, *Observations on Legal Education*, cit., p. 80 (traduzione mia).

⁽⁴⁶⁾ A. GIULIANI, *Observations on Legal Education*, cit., pp. 83 ss.; F. TREGGIARI, *Itinerari della casistica. La Crestomazia di Emanuele Gianturco fra modelli illustri e nuove istanze*, Lettura a E. Gianturco, *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico* (1884), Forni, Sala Bolognese 1989, pp. V-XLVI; ID., *Sistematica e metodo del caso come tecniche complementari d’istruzione giuridica: maestri tedeschi ed epigoni italiani dell’Ottocento*, in *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, I, cit., pp. 431-457; ID., *Der Einfluss des deutschen Unterrichtsmodells auf die italienische Rechtskultur: Die Fallrechtsmethode*, in *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen*

grato dalla Germania in America del Nord, dando lì vita pochi anni dopo al (paradosso del) *case-method* langdelliano, poco più che metodo pandettistico applicato al diritto statunitense e, per questa sua vocazione formalistica, travolto in seguito dall'impetuosa reazione della giurisprudenza sociologica e del realismo giuridico americano contro il divorzio tra *law in books* e *law in action* ⁽⁴⁷⁾. Anche l'esperienza americana testimoniava dunque a Giuliani come il confronto tra le diverse concezioni del diritto si fosse svolto sempre sul terreno della didattica, confermando il legame permanente tra educazione e diritto.

Storico e filosofo del diritto, Giuliani era anche una mente sensibile ai problemi attuali, etici prima ancora che tecnici, dell'educare. È vero, afferma, che la giurisprudenza è una scienza pratica; « ma il termine 'pratica' deve essere compreso nel suo significato classico. 'Praxis' presuppone un uso della ragione, che concerne non solo i mezzi, ma i fini e i valori, e i conflitti tra essi ». La dialettica come teoria dell'argomentazione, la logica della controversia e l'arte delle distinzioni devono servire soprattutto a formare nel giovane la capacità di ragionare correttamente e criticamente « attorno a ciò che è giusto e ingiusto, che è ben più importante dell'imparare nozioni tecniche e positive ». « Nel mondo contemporaneo, dominato dal pluralismo dei valori — conclude — abbiamo bisogno [...] di una nuova filosofia dell'educazione giuridica » ⁽⁴⁸⁾.

Sono passati diversi decenni e di una nuova pedagogia giuridica, in queste nostre università dal volto sfigurato, non si vedono ancora i tratti. La lezione appassionata e sapiente di Alessandro Giuliani ci invita però a non disperare.

Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, hrsg. von R. Schulze, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pp. 131-167.

⁽⁴⁷⁾ F. TREGGIARI *'Pericle e l'idraulico'*, cit., p. 182 s.

⁽⁴⁸⁾ A. GIULIANI, *Observations on Legal Education*, cit., pp. 93, 91, 90, 95 (traduzione mia).

INDICE

<i>Premessa</i>	v
---------------------------	---

IN APERTURA

PAOLO GROSSI	3
NICOLA PICARDI	11
FRANCESCO DE SANCTIS	17
PIETRO RESCIGNO	21

FILOSOFIA, ESPERIENZE GIURIDICHE E COMPARAZIONE

SIMONA ANDRINI, <i>Informazione e comunicazione in Alessandro Giuliani</i>	31
MARIA CAMPOLUNGH, <i>Giuliani, Orestano, l'esperienza giuridica</i>	43
PAOLO CAPPELLINI, <i>L'ermeneutica sulla luna. Ovvero come sta cambiando il nostro concetto di interpretazione</i>	71
ANTONELLO CIERVO, <i>Alessandro Giuliani e Bruno Leoni: "un aspro e doloroso conflitto" metodologico</i>	93
PIERLUIGI CIOCCA, <i>Della concorrenza: Adam Smith e Alessandro Giuliani</i>	119
GIULIANO CRIFÒ, <i>Il Vico di Alessandro Giuliani</i>	131
ACHILLE DE NITTO, <i>Ancora su scienza e tecnica nella giurisprudenza</i>	141
ADOLFO GIULIANI, <i>Aprire le porte del diritto. Brevi riflessioni sul lascito intellettuale di Alessandro Giuliani (1925-1997)</i>	163
GIOVANNI MARINI, <i>Alessandro Giuliani: l'eredità del realismo giuridico nordamericano e l'"anxiety of influence"</i>	183
FRANCESCO RICCOBONO, <i>Per una nuova teoria pura del diritto. Note di lettura sulla prima opera di Alessandro Giuliani</i>	229

LUIGI MOCCIA, <i>Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale</i>	247
SIMONA C. SAGNOTTI, <i>Ragionando con Giuliani</i>	273
BRUNO SASSANI, <i>Alessandro Giuliani e la filosofia della non-filosofia (Jurisprudence rests not on pure reason)</i>	281
ALBERTO VESPAZIANI, <i>Alessandro Giuliani interprete del benthamismo e del realismo</i>	291

ARGOMENTAZIONE, RETORICA, PROCESSO

ANDREA BIXIO, <i>Retorica e dialettica nell'opera di Alessandro Giuliani</i>	315
GAETANO CARCATERRA, <i>L'argomentazione giuridica fra retorica e logica nel pensiero di Alessandro Giuliani</i>	339
BRUNO CAVALLONE, <i>Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)</i>	355
AUGUSTO CERRI, <i>Logica, argomentazione, processo: il secondo rovello di Alessandro Giuliani</i>	373
VICTOR CRESCENZI, <i>L'ordine isonomico e il problema della struttura della prova: la prova per documenti</i>	393
PAOLO DI LUCIA, <i>Praxeologia del linguaggio normativo in Alessandro Giuliani</i>	431
ANGELO DONDI, <i>Comparazione e diritto delle prove in Alessandro Giuliani. Lo sguardo originale di un grande teorico del diritto</i>	441
PAOLO FERRUA, <i>L'oralità della prova nel quadro delle garanzie costituzionali: giurisprudenza delle Corti europee e fraintendimenti della Corte costituzionale</i>	453
CARLO FIORIO, <i>La prova nuova nel processo penale</i>	485
ALARICO MARIANI MARINI, <i>Teoria dell'argomentazione e argomentazione forense</i>	497
ROBERTO MARTINO, <i>Decisione equitativa ed impugnazioni</i>	501
DIEGO QUAGLIONI, « <i>Probo a probe</i> ». <i>Prova e controversia: dall'ordo iudiciarius al processo</i>	537
GIORGIO REPETTO, <i>Per un'ermeneutica della rilevanza. La teoria dell'argomentazione di Alessandro Giuliani e il suo contributo allo studio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	553

GIURISTI, GIURISDIZIONE E LEGISLAZIONE
TRA DOGMATICA ED ETICA

CARLO CALVIERI, <i>La responsabilità del giudice tra esercizio del potere giudiziario e ruolo "politico"-costituzionale</i>	583
FRANCESCO CERRONE, <i>Appunti intorno ad interpretazione e principi (con particolare riferimento alle fonti del diritto) nel pensiero di Alessandro Giuliani</i>	617
ANGELO ANTONIO CERVATI, <i>Giuliani e lo studio comparativo del diritto costituzionale</i>	687
MARIO CHIAVARIO, <i>Indipendenza e responsabilità del magistrato: il contributo del Giuliani "interdisciplinare"</i>	727
VITTOR IVO COMPARATO, <i>Il regolo lesbio tra volontà e ragione: da Connan a Muratori</i>	743
NICOLÒ LIPARI, <i>Norme di riconoscimento e teoria delle fonti in Alessandro Giuliani</i>	773
MASSIMO LUCIANI, <i>Teoria e dogmatica delle fonti in Alessandro Giuliani</i>	781
NICOLA PICARDI, <i>Pluralità di giurisdizioni nell'età della globalizzazione</i>	785
FERDINANDO TREGGIARI, <i>L'educazione al diritto</i>	827