

NUMERO 3 - 2014

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

Fabrizio Marinelli

IL MUGNAIO DI *SANS-SOUCI*. LA STORIA COME METODO
NELL'INTERPRETAZIONE GIURIDICA



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	p.626
FABRIZIO MARINELLI	
<i>Il mugnaio di Sans-souci. La storia come metodo nell'interpretazione giuridica</i> . . .	p.629
GIUSEPPE CONTE	
<i>Il linguaggio giuridico forense: forma stile funzione</i>	p.647
ENRICO SCODITTI	
<i>Ontologia della motivazione semplificata</i>	p.677
LUCIANO PANZANI	
<i>Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera</i>	p.693
MASSIMO RUBINO DE RITIS	
<i>Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi tra postergazione e prededuzione del credito</i>	p.741
ANDREA MARIA AZZARO	
<i>Cessione d'azienda frazionata nel conferimento d'azienda e successiva cessione di quote nella conferitaria</i>	p.771
FRANCESCO MACARIO	
<i>Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi</i>	p.825
MARCELLO MAGGIOLO	
<i>Presupposizione e premesse del contratto</i>	p.867
FRANCESCO GAMBINO	
<i>L'usura «sopravvenuta» e l'indigenza del dato positivo</i>	p.885
JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA	
<i>Damage claims between family members in Spanish case law</i>	p.901

Il mugnaio di *Sans-souci*. La storia come metodo nell'interpretazione giuridica

Il mugnaio di *Sans-souci* evoca nell'immaginario del giurista l'esigenza di una giustizia concreta che solo il giudice può assicurare nei confronti del potere. La crisi del positivismo, inteso come prevalenza della legge su ogni altra fonte del diritto, si è consumata dopo la seconda guerra mondiale. Si è quindi sviluppato in Europa un nuovo giusnaturalismo che non è più fondato su una morale trascendente, ma sui valori che le democrazie mature hanno consegnato ai testi costituzionali. Dunque l'interpretazione della legge è oggi affidata alla capacità di leggere nella storia i valori fondanti di una comunità che si riconosce nella cultura e nella civiltà europea.

The miller of Sans-souci recalls in the jurist's imaginary the need of a concrete justice that only the judge can assure against power. The crisis of positivism, considered as the prevalence of statute over every other source of law, was consummate after the Second World War. Therefore, in Europe, a new jusnaturalism has developed; it is no more founded on a transcendent moral, but on the values that mature democracies have delivered to constitutional texts. So, the interpretation of the law is nowadays entrusted to the ability to read in the history the fundamental values of a community that recognizes itself in the European culture and civilization.

Sommario: 1. Il mugnaio di *Sans-souci* nell'immaginario del giurista. – 2. L'eredità dei codici. – 3. Il declino del positivismo. – 4. Le carte costituzionali come espressione di nuovi valori. – 5. Dal giusnaturalismo trascendente al giusnaturalismo storico. – 6. L'interpretazione della norma ed il ruolo della giurisdizione. – 7. Un nuovo diritto comune. Pluralità delle fonti ed unitarietà dell'ordinamento.

1. - Il mugnaio di *Sans-souci* nell'immaginario del giurista.

Sin troppo nota la vicenda del mugnaio di *Sans-souci*, cui l'imperatore Federico di Prussia voleva espropriare il mulino onde poter ampliare il parco della propria reggia, chiamata appunto di *Sans-souci* (senza pensieri), nei pressi di Postdam. Alle vessazioni di Federico, che indispettito dal rifiuto di vendergli il mulino minacciava di espropriarlo senza alcun indennizzo, il mugnaio rispose ricordandogli che c'era un giudice a Berlino che gli avrebbe reso giustizia. Al giorno d'oggi il problema, come è stato notato, consiste nella circostanza che, in una società ormai globalizzata, non si comprende bene chi sia il sovrano e dove siano i giudici ¹.

Tuttavia, la metafora del mugnaio di *Sans-souci* continua ad essere utilizzata, nell'immaginario del giurista ², per sottolineare sia la speranza nell'imparzialità della giustizia, sia la correlata esigenza che il potere giudiziario funga da argine alla prepotenza dei potenti ed all'arbitrio del potere, realizzando così, almeno a livello formale, quell'uguaglianza che nella seconda metà del Settecento si andava pur faticosamente affermando in Europa. La forza evocativa del richiamo al giudice di Berlino che darà giustizia al povero mugnaio resta intatta a distanza di quasi tre secoli. Quell'itinerario immaginario che inizia a Tebe con Antigone e che si

¹ Si pone la domanda S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012, 3, rinviando a S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

² Recentemente, in verità, è stata fornita una diversa interpretazione della storia da parte di U. ECO (*C'è un giudice a Roma*, in *L'Espresso*, 15 agosto 2013) il quale, basandosi su E. BROGLIO, *Il Regno di Federico di Prussia, detto il Grande*, Roma, 1880, così riassume la vicenda: «Non lontano dal celebre castello di Sans-souci a Postdam, il mugnaio Arnold non può più pagare le tasse al conte di Schmettau perché il barone von Gersdorf aveva deviato certe acque per interessi suoi e il mulino di Arnold non poteva più funzionare. Schmettau trascina Arnold davanti a un giudice locale, che condanna il mugnaio a perdere il mulino. Ma Arnold non si rassegna e riesce a portare la sua questione sino al Tribunale di Berlino. Qui all'inizio alcuni giudici si pronunciano ancora contro di lui ma alla fine Federico il Grande, esaminando gli atti e vedendo che il poveretto era vittima di una palese ingiustizia, non solo lo reintegra nei suoi diritti, ma manda in fortezza per un anno i giudici felloni».

snoda lungo tutto l'arco temporale della storia della cultura giuridica attraverso la reggia di Postdam ed il Tribunale di Norimberga, e giunge sino a noi con un significato altamente simbolico, ovvero quel perenne anelito dell'uomo alla giustizia che non smette mai di proporsi come imperativo della coscienza.

A ben vedere la storia del diritto (che cos'altro è poi il diritto se non la storia del diritto, se non l'esperienza giuridica che si è realizzata concretamente nelle diverse nazioni e nelle diverse epoche ³) può essere costruita anche come tentativo costante di limitazione di un potere, sia pubblico sia privato, per sua natura autoritario. Quando l'equilibrio medievale, dove il principe è non soltanto legislatore ma soprattutto giudice ⁴, viene spezzato dall'affermazione della legge quale unica, assoluta ed esclusiva potestà delle assemblee legislative, espressione della volontà della nazione, o almeno della maggioranza di essa, non resta che il ricorso al giudice per difendersi dagli abusi del potere. In questa prospettiva il giudice non è tanto l'esecutore delle leggi, quanto il difensore del cittadino dalla legge stessa, con un capovolgimento radicale di quanto comunemente si ritiene. Insomma, è il giudice che concretamente afferma e difende determinati diritti, diritti che non sempre il legislatore ha saputo proporre con la necessaria determinazione, e quasi mai ha saputo affermare e difendere con tempestività. Una tempestività necessaria, perché se nella storia del diritto la tempestività viene sottolineata principalmente come elemento di giudizio e di valutazione, nell'esperienza dell'uomo, del singolo uomo, solo la tempestività fa la differenza, permettendo a tali diritti di potersi iscrivere nella propria personale esistenza.

³ Su tale profilo si vedano le pagine di G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1937; sempre su tale aspetto, in Capograssi, si veda M. GALIZIA, *Esperienza giuridica libertà costituzione. Ricordi di Giuseppe Capograssi maestro di diritto e di cattolicesimo liberale*, in *Il politico*, 2003, 3, 409; P. PIOVANI, *Itinerari di Giuseppe Capograssi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1956, 4, 4; P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2006, 1, 26; F. MARINELLI, *Ricordo di Giuseppe Capograssi nel cinquantenario della morte*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 1, II.

⁴ Sul ruolo dei giudici nel medioevo cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1999, in particolare 130 ss.

2. - L'eredità dei codici.

Federico il grande, imperatore di Prussia, viene ricordato dalla storiografia giuridica non soltanto per le vere o presunte vessazioni inflitte al mugnaio di *Sans-souci*, ma soprattutto per il *Landrecht*, il proprio codice civile di metà Settecento. In verità non si tratta di un vero e proprio codice, ma di una consolidazione, ovvero una raccolta di legislazione già esistente, che non aveva alcuna pretesa di cambiare l'ordinamento civilistico, ma semmai di meglio disciplinarlo proprio al fine di conservarlo⁵. E tuttavia l'opera di Federico esprime già un'idea di razionalità intrinseca che, mutuata dall'umanesimo giuridico, sarà presente anche in tutte le successive codificazioni europee⁶.

Sarebbe un errore ritenere che i codici civili, i quali nell'Ottocento e nel Novecento hanno rappresentato il paradigma della società borghese europea, siano la più genuina espressione del positivismo. In realtà essi nascono come schietta affermazione del diritto positivo in contrapposizione alla pluralità medievale delle fonti, ma in breve tempo se ne affrancano, liberandosi di un fastidioso fardello che pur aveva segnato la loro genesi. I codici, infatti, nel momento stesso in cui entrano in vigore, iniziano ad esprimere dei valori che prescindono dal testo delle singole norme: in altre parole, realizzano un ordinamento giuridico (nel senso di dare un ordine al diritto) che si sottrae alle limitazioni cui il legislatore vuole più o meno consapevolmente piegarli⁷. Il sostanziale declino, a fine Ottocento, della scuola dell'esegesi in Francia non è altro che il fallimento del codice come espressione dell'assolutismo giuridico.

Vediamo. Il *Code civil*, monumento giuridico voluto da Napoleone al pari

⁵ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 140, rileva come «il motivo determinante, che impedisce di poter vedere nel 'Landrecht' un Codice, è che esso non solo non è una norma esclusiva, lasciando in vigore i diritti locali e cancellando unicamente il vecchio diritto comune sapienziale, ma addirittura si pone rispetto a quelli quale norma meramente sussidiaria».

⁶ Cfr. P. CARONI, *Saggi sulla storia delle codificazioni*, Milano, 1998, il quale a proposito dell'influenza dell'umanesimo giuridico sulle codificazioni successive scrive: «L'umanesimo giuridico fu una stagione breve ma intensa della scienza giuridica continentale, feconda come poche altre di intuizioni, progetti e sollecitazioni» (p. 14).

⁷ Si veda sul punto P. GROSSI, *Codici: Qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, 579 ss. nonché A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, 456 ss. Più recentemente, sull'idea di codice, P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013.

dell'Arco di trionfo di Parigi, che doveva tramandare le glorie militari della Francia imperiale, aveva lo scopo di sancire per sempre le glorie giuridiche della Francia della rivoluzione, patria dell'uguaglianza e della libertà. Il suo ricordo non casualmente è scolpito nel marmo che circonda la tomba di Napoleone a *Les invalides*, insieme ai nomi delle battaglie che segnarono i destini dell'Europa, tuttavia esso viene costruito quale espressione di una intrinseca razionalità, di un *esprit de géométrie* che trova i suoi fondamenti nelle pagine di Domat e Pothier, giuristi che per formazione culturale sono precedenti alla rivoluzione. Infatti saranno proprio questi autori, eredi nell'ambito del diritto civile del giusnaturalismo post rinascimentale di Grozio e Pufendorf, ad elaborare un diritto privato basato esclusivamente sulla ragione umana, ed in tal senso giusnaturalista. Giusnaturalista perché la ragione umana è comunque un valore trascendente, cui il giurista positivo non può fare a meno, si potrebbe dire naturalmente, di ispirarsi. Il che comporta che nonostante il *Code* nasca su basi culturali giusnaturaliste, esso viene proposto e si propone come la più genuina espressione del positivismo; tuttavia, già nei suoi primi commenti, l'ispirazione giusnaturalista torna ad emergere e viene avvertita come cifra di un ordinamento che si fonda – attraverso l'assemblea legislativa che la rappresenta – sulla volontà della nazione: volontà che, per definizione, non può non essere razionale⁸. L'intrinseca razionalità dell'uomo illuminista si trasferisce nella (presunta) razionalità dell'assemblea legislativa che ne è – sola ed esclusiva – espressione.

Su questi profili si gioca tutta la partita dell'interpretazione nell'Ottocento europeo, incerto tra la scuola dell'esegesi francese, che solo a fine secolo si evolve nella scuola scientifico-sociologica di Saleilles e di Gén⁹, e la scuola sistematica tedesca, che si era sviluppata sulle ceneri della scuola storica di Savigny e che nella sua maturità si sarebbe trasformata nella

⁸ Su questi aspetti cfr. F. MARINELLI, *La cultura del code civil. Un profilo storico*, Padova, 2004, nonché U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002.

⁹ Su cui si veda P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario giuridico di Raymond Saleilles*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998; su François Gén⁹ si veda AA.VV., *François Gén⁹ e la scienza giuridica del Novecento*, Milano, 2002.

Pandettistica e quindi – significativamente – nella dottrina pura del diritto di Kelsen ¹⁰.

Infatti, quando Friederich Karl von Savigny ¹¹ affronta il problema del metodo giuridico nella raccolta delle lezioni tenute a Marburgo nell'inverno del 1802 (in quella stessa università dove si era laureato solo due anni prima), egli identifica il diritto con la disciplina legislativa, collocandosi così all'interno di quel positivismo che proprio in quegli anni si andava affermando soprattutto in Francia, ma la cui eco, evidentemente, attraversava le rive del Reno. Ma allora, come mai Savigny viene considerato il fondatore della scuola storica tedesca, che si contrappone tradizionalmente alla scuola esegetica francese? La risposta non è difficile, ove si consideri che, secondo il giurista tedesco, poiché la formazione delle leggi avviene nel tempo, occorre tenerne conto nell'elaborare "il concetto di una storia del diritto, che è in connessione rigorosa con la storia dello Stato e dei popoli". In altre parole, per Savigny, il metodo storico è non soltanto la storia della legislazione, sebbene la legislazione sia l'espressione più autentica della cultura giuridica di un popolo, ma anche la storia delle tradizioni, delle consuetudini, degli usi locali, della dottrina e della giurisprudenza.

Tanto è vero che questo indirizzo non solo influenzerà fortemente Otto von Gierke ¹², esponente della scuola dei germanisti, che sempre più si allontanerà dalla dottrina sistematica tedesca, ma dimostrerà come spesso le assemblee legislative non siano all'altezza del loro alto compito e come pertanto sia onere dei giuristi, magistrati o professori che siano, ricondurre leggi disordinate e norme effimere all'interno di un ordinamento sistematico che ne garantisca la loro allocazione razionale.

Più in particolare, tornando a Savigny, egli sostiene che l'elaborazione del diritto è insieme interpretativa, storica e filosofica, dove filosofica sta, utilizzando un termine più moderno ed appropriato, per sistematica. Nelle

¹⁰ Cfr. F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari, 2009, in particolare 113 ss.

¹¹ Friederich Karl von Savigny nasce a Francoforte sul Meno il 21 febbraio 1779, e muore a Berlino il 25 ottobre 1861. In particolare sugli aspetti trattati cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, soprattutto 5 ss.

¹² Otto von Gierke (Stettino, 1841 - Berlino, 1921) fu il principale esponente del cosiddetto germanismo, una corrente di pensiero che si opponeva sia alla scuola sistematica sia alla riscoperta del diritto romano come diritto comune della Germania dell'Ottocento.

pagine del maestro tedesco, infatti, storia e sistema vanno d'accordo, perché è la storia che costruisce il sistema e questo spiega perché il metodo storico tedesco si risolve, qualche decennio dopo, proprio nella scuola sistematica e quindi nella pandettistica. Anzi, a voler guardare più lontano, le basi della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen possono – senza neanche troppa difficoltà – già individuarsi in alcune pagine del Savigny più maturo, quando la concezione sistematica ha ormai completamente eliminato dal suo pensiero ogni contaminazione dello storicismo.

E, tuttavia, la metodologia storica di Savigny quale appare compiutamente nel famoso *Beruf*, ovvero nel libro *Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, che viene pubblicato nel 1814, trascende consapevolmente la mera produzione legislativa, e costruisce proprio dall'esperienza storica quel sistema che nell'elaborazione della pandettistica si pone come la massima espressione ottocentesca dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico. Sotto un profilo più genericamente culturale, lo storicismo tedesco è figlio sia dell'idealismo filosofico, sia del romanticismo letterario, e non sarà affatto casuale che lo storicismo giuridico tedesco rivaluti il diritto romano come ragione giuridica universale proprio in un'epoca in cui gli archeologi tedeschi riscoprono nella profondità della terra le grandi civiltà mediterranee. Insomma, il metodo storico si propone in Germania come antidoto al positivismo ed all'esegesi, frutti dell'astrattezza illuminista e dell'assolutismo legislativo post-rivoluzionario, ma anche in Francia esso esercita un'influenza critica sull'imperante metodo esegetico, ad opera soprattutto di una generazione di giovani giuristi riuniti intorno alla rivista *La Thémis* ed al giurista italiano Pellegrino Rossi che, dapprima esule in Francia, poi ministro di Pio IX, morirà in un attentato nel 1848¹³.

In questo quadro la civilistica italiana si muove incerta, appiattita sul metodo esegetico per evidenti consonanze francesi sino all'Unità e poco oltre, per poi convertirsi rapidamente al metodo sistematico tedesco quando la sinistra storica rompe le tradizionali alleanze e realizza una, invero

¹³ Su *La Thémis* e sulla figura di Pellegrino Rossi si veda F. MARINELLI, *La cultura del Code civil. Un profilo storico*, Padova, 2004, in particolare 127 ss. Cfr. anche P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 151.

innaturale, alleanza con la Prussia del kaiser Guglielmo e l'Austria dell'imperatore Francesco Giuseppe¹⁴. Tanto innaturale da essere poi rinnegata allo scoppio della prima guerra mondiale, quando nazionalisti ed interventisti, con cinica disinvoltura, faranno divenire gli alleati di ieri i nemici di domani.

Ma i primi decenni del Novecento sono per il giurista gli anni del positivismo giuridico, quel positivismo che si ispira ad un altro metodo, quello del positivismo scientifico, ormai affermato e consolidato. E come quest'ultimo pretende di costruire il metodo scientifico sulla base della sola conoscenza della realtà, ispirandosi al formalismo matematico, il positivismo giuridico pretende di costruire l'ordinamento sulla base del solo elemento sicuramente reale in quel luogo ed in quel tempo: la norma di legge prodotta in conformità alle proprie stesse regole. La dottrina pura del diritto di Kelsen si realizza così compiutamente e tende a marginalizzare tutte le altre espressioni giuridiche, anche quelle che per millenni avevano esercitato la loro influenza. L'assolutismo giuridico di cui ci racconta Paolo Grossi¹⁵ si realizza così definitivamente, ed il suo fascino contagia irrimediabilmente una generazione di civilisti. Ma anche questa volta, sarà una guerra a realizzare il cambiamento.

636

3. - Il declino del positivismo.

La svolta che porta al mutamento di prospettiva, e che segna l'irrimediabile declino del positivismo ha, almeno simbolicamente, un luogo ed un tempo determinato, la Firenze dei primi anni quaranta.

In un'Europa ormai rassegnata alla seconda guerra mondiale, il 21 gennaio 1940, Piero Calamandrei tiene proprio a Firenze una conferenza sul tema "Fede nel diritto"¹⁶, nella quale elogia il positivismo giuridico come unico argine alla barbarie che si andava prospettando, e critica il diritto libero in quanto espressione di dittature ideologiche quali il nazismo ed il

¹⁴ Su questo passaggio si vedano le pagine di N. IRTI, *Francesco Filomusi Guelfi e la crisi della scuola esegetica in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 379, ora in *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982, 33.

¹⁵ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., *passim*.

¹⁶ Il cui testo è stato recentemente pubblicato come P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, Roma-Bari, 2010, a cura di Silvia Calamandrei e con saggi di G. Alpa, P. Rescigno, G. Zagrebelski.

comunismo stalinista ¹⁷. Neanche due anni dopo, Calamandrei torna sull'argomento presentando, sempre a Firenze, un libro di un giovane e sfortunato giurista, Flavio Lopez de Onate, sulla certezza del diritto. Una presentazione famosa, che verrà a lungo ricordata nella letteratura giuridica successiva, sia pur con accenti divergenti rispetto a quelli che l'avevano accompagnata nel '42. Sulla pagine di Lopez intervengono, oltre a Calamandrei, anche Carnelutti, Capograssi, Fedele. Ma è Calamandrei che con il suo genuino entusiasmo esalta quella certezza del diritto in cui individua il trionfo della legalità. Tralasciando, però, ed almeno per il momento, che a volte la legalità e la giustizia non necessariamente coincidono ¹⁸.

Le due occasioni segnano, comunque, il punto più alto dell'illusione positivista italiana e, contemporaneamente, l'inizio di un declino del positivismo che negli anni successivi spazzerà via quell'illusione non soltanto dalla dottrina giuridica italiana, ma anche dal pensiero dello stesso Calamandrei. Ed insieme al positivismo giuridico la cultura filosofica italiana abbandonerà l'idealismo, che si era in parte – attraverso Giovanni Gentile – identificato con l'ideologia fascista, ed in parte rappresentava – attraverso Benedetto Croce – quell'ideologia liberale che non aveva saputo opporsi adeguatamente all'autoritarismo di Mussolini. In ogni caso, due ideologie ormai superate.

Sul piano filosofico giuridico l'abbandono dell'idealismo e del positivismo, e le ricadute che tale abbandono produce sulla scienza giuridica italiana sono messe in evidenza soprattutto dalle pagine di Giuseppe Capograssi ¹⁹ e Salvatore Pugliatti ²⁰. Si tratta di Autori che scardinano l'ordinato sistema che i giuristi si illudevano di aver costruito, dimostrando come in relazione alla proprietà, al diritto agrario, all'idea stessa di sistema, gli istituti tradizionali non corrispondano più (ammesso che lo

¹⁷ Tale profilo è stato affrontato in F. MARINELLI, *Ricchezza del diritto libero. Rileggendo Kantowicz cento anni dopo*, L'Aquila, 2012.

¹⁸ Sulla vicenda si vedano le acutissime pagine di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, 2000, 283.

¹⁹ Su G. Capograssi mi permetto rinviare a F. MARINELLI, *Ricordo di Giuseppe Capograssi nel cinquantenario della morte*, cit.

²⁰ Su Salvatore Pugliatti si veda G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, 359.

abbiano rappresentato in passato) alla realtà ed alla natura delle cose, che è molto più complessa ed articolata di quanto lo specchio del diritto voglia far apparire.

Lo specchio del diritto, che come un romanzo riflette la realtà, e che nelle pagine del giovane Stendhal viene identificato con il codice che Napoleone aveva lasciato in legato all'Europa, si è ormai irrimediabilmente infranto. Nuovi soggetti, nuove classi sociali, nuovi diritti si affacciano impetuosi sulla scena del secondo dopoguerra.

Ed anche il metodo interpretativo del giurista prende compiuta consapevolezza dell'incapacità del positivismo giuridico di garantire libertà e giustizia. L'esempio della Germania e dell'Italia, nazioni vinte e distrutte da una catastrofe di immense proporzioni, è lì davanti agli occhi di una generazione che quella catastrofe aveva vissuto sulla propria pelle e che in qualche misura non aveva saputo evitare. I giuristi più avveduti si interrogano, sgomenti, su come proprio nella culla della civiltà sia stata possibile tanta barbarie. Ed una delle risposte non può non essere individuata nell'incapacità di interpretare liberamente i testi legislativi: il problema è antico, ed ha inciso profondamente nella storia della Chiesa e di quello che essa rappresentava nella cultura occidentale. La libertà di interpretare il testo sacro è alla base della riforma protestante, con tutte le sue implicazioni sociali, politiche ed economiche, proprio perché «è una storia affascinante quella della libertà di pensiero attraverso il faticoso e contrastato dispiegarsi della libertà di critica sui testi che l'autorità e la tradizione hanno preservato»²¹. Nulla di diverso per i giuristi, e soprattutto per i giudici, che devono esercitare la propria libertà di pensiero sui testi legislativi al solo fine di costruire una giustizia concreta, che riposa sulla loro coscienza prima ancora che sull'ordinamento. Se i funzionari, i magistrati, i militari tedeschi, non tutti e non sempre nazisti, avessero ascoltato la loro coscienza e non avessero utilizzato il comodo alibi dell'obbedienza (obbedienza ad un comando, obbedienza ad un testo), probabilmente qualche tragedia ci sarebbe stata risparmiata.

²¹ Cfr. L. CANFORA, *Filologia e libertà*, Milano, 2008, *passim*.

4. - **Le carte costituzionali come espressione di nuovi valori.**

La catastrofe della seconda guerra mondiale, ed al suo interno la realizzazione di forme di sterminio inimmaginabili, pone sia ai vincitori sia ai vinti un ineludibile interrogativo circa la possibilità di evitare che quel tragico destino possa ripetersi. L'ottimismo dei vincitori ed i sensi di colpa dei vinti spingono classi politiche ed *élites* intellettuali a cercare degli strumenti "esterni" all'ordinamento giuridico che garantiscano da un lato un futuro in cui la guerra non sia il principale modo di risolvere i conflitti tra nazioni e dall'altro la necessità che la dignità dell'uomo, di tutti gli uomini, venga affermata e salvaguardata.

Tali stati d'animo si realizzano quindi in un nuovo costituzionalismo, che esalta i valori e li pone al di sopra della legge ordinaria, quella legge che – pur essendo comunque rappresentativa della maggioranza – non era riuscita ad evitare la catastrofe. Non che il costituzionalismo avesse dato buona prova di sé nel primo dopoguerra, quando la Società delle Nazioni da un lato, e la Costituzione di Weimar dall'altro, avevano dimostrato come non sempre i grandi ideali riuscissero ad affermarsi concretamente ed a determinare un equilibrato progresso per le nazioni ed i popoli. Tuttavia, vent'anni dopo, si convenne, sia in Europa sia in Italia, di riproporre il costituzionalismo come garanzia della corrispondenza della legge ai valori che la ritrovata democrazia aveva permesso alle tre principali forze politiche italiane, liberali, cattolici e marxisti, di sintetizzare. La struttura dello stato liberale e democratico si riempie del solidarismo cristiano e dell'ugualitarismo economico marxista, fondando così la Repubblica sul valore del lavoro, che è espressione sintomatica e simbolica di tutte quelle ragioni.

Le costituzioni del Novecento si differenziano, in tal modo, da quelle dell'Ottocento: quest'ultime esprimono valori astratti perché fanno riferimento ad un uomo astratto, ad un singolo che vive in una società monoclasse. Le costituzioni del Novecento fanno invece riferimento ad uno stato che contiene in sé tutta la ricchezza di una società pluriclasse, in cui l'individuo è ormai divenuto persona.

Ma questo passaggio non basta ancora. Se la Costituzione realizza tale progetto sotto il profilo ideale, occorrerà attendere ancora ben dieci anni perché la Corte costituzionale renda vincolante, e quindi concreta, la

corrispondenza tra leggi e valori costituzionali. Qualche decennio ancora e l'interpretazione costituzionalmente orientata²² si proporrà quale utile strumento per avvicinare ancora di più, e più in fretta, il diritto vivente al precetto costituzionale.

5. - Dal giusnaturalismo trascendente al giusnaturalismo storico.

L'esame della storia del pensiero giuridico evidenzia, d'altro lato, come la tradizione giusnaturalistica si presenti attraverso tre periodi storici nettamente differenziati. Nel periodo medievale essa discende soprattutto dal pensiero cristiano, che aveva una elaborata concezione trascendente della morale cui ancorare i propri valori. Tuttavia già l'umanesimo giuridico aveva superato tale impostazione, abbandonando il riferimento trascendente, ed ancorando il giusnaturalismo ad un criterio genericamente razionale, spesso qualificato attraverso il sintagma "natura delle cose".

In questa direzione il diritto naturale si fonda su una ragione universale connaturata all'uomo, mentre il giusnaturalismo cristiano affondava, ed affonda, le proprie radici in una morale rivelata, positivamente espressa e custodita nelle Scritture.

Negli anni del positivismo imperante, quindi, il giusnaturalismo è ovviamente assai poco apprezzato perché inteso come qualcosa che interrompe, o almeno condiziona, il vincolo tra il cittadino e lo Stato: ed infatti il giusnaturalismo si limita ad esprimere un anelito di giustizia concreta che emerge solo occasionalmente e molto cautamente nel compattissimo panorama dominato dall'assolutismo giuridico. Alcune figure se ne discostano, come il *bon juge* Paul Magnaud²³, magistrato a Chateau-Thierry, ma resta comunque un'eccezione.

Infine il giusnaturalismo, abbandonata la morale trascendente ed il riferimento alla ragione umana, si affida alla storia, e si pone come espressione di valori concreti, incarnati nella storia attuale di una nazione, di un

²² Sull'interpretazione costituzionalmente orientata e sul suo valore politico si veda F. POLITI, *Diritto pubblico*, 3ª ed., Torino, 2013, particolarmente 21 ss., nonché A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 35 ss.

²³ Le sentenze del giudice Paul Magnaud vennero pubblicate a S. Maria Capua Vetere nel 1901 a cura di Raffaele Majetti, con il titolo *Le sentenze del Presidente Magnaud, riunite e commentate da Enrico Leyret, tradotte e annotate dall'avv. R.M.*

popolo, di una cultura. In questo senso il giusnaturalismo, secondo una moderna visione elaborata da Rudolf Stammler²⁴, che per primo e compiutamente ha elaborato tale teoria, coniuga valori assoluti in un contesto storico, e tenta di rendere attuali e concreti i valori eterni collegandoli ad un dato tempo e ad un dato spazio: insomma, qui e ora. Probabilmente proprio perché Stammler non è un giusnaturalista nel senso proprio del termine, il suo pensiero è riuscito ad imporsi anche in ambienti tradizionalmente restii ad abbandonare il positivismo.

6. - L'interpretazione della norma ed il ruolo della giurisdizione.

Il diffondersi delle costituzioni, e dei valori in esse contenute, porta con sé il dilatarsi delle giurisdizioni. Quando si parla di giurisdizione bisogna intendersi. Non si tratta soltanto della sentenza, ma dell'insieme delle forze che hanno portato alla sentenza, e quindi l'attività degli avvocati e della dottrina. Di questo insieme la sentenza è solo l'esito ultimo²⁵.

Le grandi scuole di pensiero che avevano caratterizzato due secoli, la scuola esegetica francese e la scuola sistematica tedesca sono ormai null'altro che dei relitti. Il realismo americano stenta ad affermarsi nel contesto di *Civil Law*. Dunque, anche nell'interpretazione giuridica si afferma un metodo storico basato sui valori non più trascendenti ma ancorati alla realtà. E la realtà, nel suo divenire, non è altro che la storia.

Non sembrano riflessioni senza senso, inutili per il giurista positivo che due secoli dopo Savigny ritiene di non aver più nulla da imparare da quelle esperienze, vivendo ormai in ordinamenti giuridici ritenuti pienamente maturi e complessivamente moderni. Anche questa è una forma di provincialismo, solo che si tratta di un provincialismo storico invece che geografico. Ed infatti il provincialismo storico è quello del giurista positivo, del tecnico della giurisdizione, sia esso giudice o avvocato o professore, il quale ritiene di poter tranquillamente prescindere dall'esperienza giu-

²⁴ Rudolf Stammler (Alsfeld, Assia, 1856 - Wernigerode, Sassonia, 1938) è un giurista tedesco di derivazione neokantiana il quale aspirava ad indicare in ogni forma di diritto positivo l'immanenza di un diritto "giusto". La sua opera principale è *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, del 1896.

²⁵ Cfr. in argomento P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, 83 ss.

ridica che lo ha preceduto. Non è a questo operatore del diritto che mi rivolgo, non è all'accurato estensore di sentenze, non è al vivace compilatore di comparse, non è all'acuto autore di monografie che le mie parole si indirizzano.

Le mie parole si rivolgono, al contrario, a chi crede che il giurista sia sempre e comunque un interprete critico della realtà sociale, economica ed umana, ed in questo quadro la ben nota polemica tra Savigny e Thibaut sull'utilità dei codici appare ancora pienamente attuale proprio perché mette in discussione l'ambivalente rapporto tra legislazione e giurisdizione, tra la cristallizzazione legislativa della norma ed un diritto vivente che si afferma e si trasforma nelle aule di giustizia. Una dialettica, questa, che valeva allora, nella Germania dell'Ottocento, così come vale ancor oggi.

Se torniamo al nostro Calamandrei, che avevamo lasciato in una Firenze ancora piegata sotto la morsa del regime ma non per questo doma, occorre sottolineare come la dottrina successiva abbia profondamente contestualizzato il suo positivismo, riducendone la portata in un quadro storico che, una volta concluso, ha permesso anche al maestro fiorentino di superare posizioni strettamente positivistiche²⁶. La fine della guerra e la consapevolezza della immane tragedia che si era consumata porta quindi gli stati europei alla valorizzazione delle costituzioni, quali custodi di valori fondamentali (nel senso che su di esse si fonda l'accettazione di un cammino comune) cui la legge ordinaria deve necessariamente conformarsi. E proprio alla Costituzione italiana, ed ai suoi valori fondanti, Calamandrei apporterà un contributo altamente significativo. Ma la conformazione della legge ai valori costituzionali deve essere sostanziale e non meramente formale, come ha avuto modo di sottolineare il presidente della Corte costituzionale, Franco Gallo, richiamando le difficoltà che la Corte incontra nel dialogo con il suo interlocutore più naturale, e cioè il legislatore²⁷. Gli inviti della Corte a modificare norme sicuramente non in linea con i principi costituzionali sono stati negli ultimi anni ampiamente disattesi da un legislatore che con una certa benevolenza si potrebbe definire quanto

²⁶ In questo senso concordano gli interventi contenuti nel volume *Fede nel diritto*, cit., i quali tendono a ridimensionare il positivismo di Calamandrei.

²⁷ F. GALLO, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale* tenuta nella riunione straordinaria del 12 aprile 2013 alla presenza del Presidente della Repubblica.

meno disattento. Con la conseguenza della “sempre più marcata tendenza a trasferire in sede giurisdizionale decisioni politiche complesse e difficili bilanciamenti di interessi”. Non si tratta di un fenomeno nuovo, si pensi alla lotta al terrorismo, ai conflitti in tema di lavoro, alle controversie in tema di locazioni o di contratti agrari, che il legislatore negli anni settanta ha sostanzialmente delegato alla giurisdizione.

Questo fenomeno, peraltro non solo italiano, investe profondamente la funzione giurisdizionale ed in particolare il ruolo delle corti supreme, quelle cioè che elaborano principi²⁸, e che sono chiamate a decisioni in passato riservate in via esclusiva al legislatore. Si pensi, sol per fare un esempio, al caso dell’ILVA di Taranto, in cui il rapporto tra legislazione e giurisdizione si è manifestato in tutta la sua dirompenente tragicità.

Si diceva, dunque, del ruolo delle costituzioni quali custodi di valori storicamente espressi. Le costituzioni moderne, come si è visto, sono ben distinte e diverse da quelle dell’Ottocento. Se queste proponevano una società monoclasse, tutelavano solo la borghesia, si disinteressavano dei corpi intermedi, limitandosi ad individuare i mobili confini delle libertà individuali, le costituzioni moderne, quelle del secondo Novecento, non sono soltanto documenti che stabiliscono i limiti del potere, ma sono soprattutto un grande progetto di convivenza civile basato sui principi della solidarietà e della libertà. Principi che non possono essere applicati solo nelle camere legislative o nelle aule di giustizia, ma che devono divenire cultura, abitudine al dialogo, senso comune, scelta di civiltà²⁹.

Il diritto vivente, quindi, interpreta in tal modo la storia, se ne fa espressione e ne propone i valori in una dimensione contemporanea, che lega l’astrattezza della norma alla concretezza del giudizio e che dunque si propone come esperienza giuridica, un’esperienza il cui senso è proprio quello di essere nella storia, di essere profondamente incarnato nella storia dei popoli, dei territori, degli uomini e delle donne che quotidianamente lavorano, soffrono, pensano, insomma vivono ed insieme anelano ad una sempre maggior giustizia.

²⁸ Si veda in argomento R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1998.

²⁹ Così si esprime, ancora F. Gallo, nel testo citato alla nota 25.

7. - Un nuovo diritto comune. Pluralità delle fonti e unitarietà dell'ordinamento.

Si giunge così all'oggi, ad un oggi segnato dal primato dell'economia, dalla globalizzazione ³⁰, dalla crisi dell'Unione europea e del concetto stesso di Europa. La norma troppo spesso non esprime più alcun valore, ed i valori che emergono nella coscienza comune non trovano nelle norme, sempre più numerose, stratificate e moltiplicate, il loro riferimento.

E tuttavia le conclusioni del discorso svolto non possono che essere fondate sulla circostanza che, seppur esiste una innegabile pluralità delle fonti, questa pluralità non incrina l'unitarietà dell'ordinamento, ma anzi lo arricchisce e lo valorizza ³¹.

In questo senso si deve convenire che la soluzione proposta, e cioè quella del metodo storico, sia una soluzione ragionevole ed efficiente; certo, essa non conduce all'affermazione della certezza del diritto, ma anzi ne svela le contraddizioni e gli inganni che nella lunga storia degli ordinamenti europei si sono sempre manifestati. La certezza del diritto è soltanto un mito, e come tutti i miti è destinato ad infrangersi sulle spiagge di una cultura giuridica moderna in profonda trasformazione. Oggi le fonti sono necessariamente pluralistiche, perché pluralistica è la società che viviamo, pluralistica la legislazione, pluralistica la scienza giuridica, pluralistici i tribunali. Significativamente Sabino Cassese ha parlato di *Tribunali di Babele* ³² proprio per sottolineare la difficile unitarietà della giurisdizione in un contesto europeo plurale; un contesto che però non ha mai dimenticato la necessità di dialogare e di confrontarsi, avvertendo i diversi apporti delle culture nazionali come un arricchimento che, in un movimento circolare, permette l'elaborazione di tali principi da parte dei giudici europei e quindi il loro recupero da parte delle singole giurisdizioni. Mi si consen-

³⁰ Sulla globalizzazione cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; A.-J. ARNAUD, *Governanti senza frontiere. Tra mondializzazione e post-mondializzazione*, trad. it. a cura di F. CAROCCIA, Napoli, 2010.

³¹ In questo senso vedi, ampiamente, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 159 ss.

³² S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, cit., in cui si evidenzia sia il possibile conflitto tra giurisdizioni nazionali ed europee, sia la positiva evoluzione che tali conflitti generano all'interno dell'ordinamento.

tano due esempi concreti: il primo riguarda il principio di proporzionalità, che i tribunali italiani fanno derivare dalla giurisprudenza delle corti europee, ma che in realtà si trova già limpidamente espresso nelle pagine di un giurista milanese dei primi decenni dell'Ottocento, Giandomenico Romagnosi, uno dei fondatori del diritto amministrativo moderno³³. Il secondo esempio riguarda la regola "possesso vale titolo", di cui recentemente è stato riproposto il fondamento nelle tradizioni della Francia settentrionale e sono stati ricostruiti i passaggi che attraverso il *Code civil* l'hanno condotta in Italia, dove ha trovato la sua applicazione più radicale³⁴.

Quindi sono proprio i tribunali e le corti europee a dimostrare come i vari saperi giuridici nazionali possano unirsi in un nuovo diritto comune, comune come quel diritto che per tanti secoli ha accomunato le nazioni europee attraverso un sapere giuridico universale che affondava le proprie radici nel diritto romano attualizzato dai glossatori bolognesi, nelle tradizioni del mondo agricolo, nelle leggi dei singoli comuni quali espressioni di autonomia ed indipendenza, nel diritto canonico, nella *lex mercatoria* che realizzava *ante litteram* un mercato globalizzato. Un nuovo diritto comune perché comune a tutti i cittadini dell'unione europea, una realtà, quest'ultima, voluta dai nostri maestri i quali, pur tra evidenti problemi e rilevanti difficoltà, sono riusciti ad immaginare e costruire una realtà veramente innovativa, lungimirante, unitaria, stimolante. Una realtà in cui gli ideali di libertà e di pace si incarnano nel diritto e quest'ultimo viene realizzato affermandone la sua aderenza alla storia. Una storia che, come è stato sottolineato da quel grande studioso che era Ernst Bloch, contiene ancora una significativa "eccedenza". Si tratta di una eccedenza del passato che spiega ancora i suoi effetti nel futuro in quanto «Oltre a ciò che del passato è finito c'è un'eccedenza non ancora esaurita di futuro nel passato»³⁵. Insomma, la nostra eredità storico-giuridica non ha ancora smesso

³³ Sul tema cfr. V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, in particolare 85 ss. Più in generale su Romagnosi si veda L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, I, Milano, 1984 e II, Milano, 1987.

³⁴ M.C. CERVALE, *La regola possesso vale titolo*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 4, 1029.

³⁵ E. BLOCH, *Experimentum mundi. Frage, Kategorien des Herausbringens, Praxis*, Suhrkamp-Verlag, 1975, trad. it., *Experimentum mundi. La domanda centrale, le categorie del portar-fuori, la prassi*, Brescia, 1980, citato in C. AUGIAS, *Il disagio della libertà*, Milano, 2012, 80.

di sviluppare i suoi effetti, ed alcuni profili che sembravano dimenticati continuano ad incidere sul diritto attuale. Si pensi a quella dimensione solidale che aveva caratterizzato in passato gli assetti fondiari collettivi, e che si può ritrovare oggi nel dibattito sui beni comuni ³⁶.

In conclusione si può affermare che ad una sempre maggiore pluralità delle fonti si contrappone una significativa unitarietà dell'ordinamento, unitarietà che è costruita dalla giurisdizione e dalla dottrina, intesa come sistema che raccorda insieme tutte le componenti che danno vita alla giurisprudenza, e di cui la decisione concreta non è che il profilo ultimo. Nulla di diverso, mi sembra, da quella che era stata l'esperienza del diritto europeo tra Cinquecento e Seicento: l'umanesimo giuridico, una stagione ricca di suggestioni, in cui il potere legislativo ed il potere giudiziario coesistevano armoniosamente nell'affermazione concreta della giustizia perché i parlamenti ed i monarchi non impersonavano uno stato, ed un diritto, astratto e distante, ma erano insieme legislatori e giudici, interpreti consapevoli della società e della sua storia. Un umanesimo giuridico che il diritto moderno, ormai profondamente radicato nell'Europa e significativamente protesosi alla tutela dei diritti, dovrebbe recuperare non tanto come necessità o peggio ancora come moda, quanto come ragione fondante del proprio essere.

³⁶ Cfr. in argomento F. MARINELLI, *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 2, 406.