

GUIDO ALPA

TRATTATO
DI
DIRITTO CIVILE

I

STORIA, FONTI,
INTERPRETAZIONE



GIUFFRÈ EDITORE

cata l'opera di Theodor Vieweg su *Topica e giurisprudenza* ⁽¹⁴⁾ sulla quale si tornerà tra poco.

Come si diceva, una accurata per molti versi straordinaria analisi del metodo si deve ad Angelo Falzea, che, nel 1975, pubblica l'*Introduzione alle scienze giuridiche*, oggi alla quinta edizione ⁽¹⁵⁾. Qui si succedono la trattazione del concetto di diritto, sulla base di una definizione assiologica, le principali concezioni del diritto, quali il giusnaturalismo, il giusformalismo, il volontarismo, lo storicismo, il sociologismo, le teorie giuridiche dell'interesse, e poi la trattazione del positivismo giuridico. Intorno agli anni Settanta Natalino Irti scrive pagine meditate sul metodo ⁽¹⁶⁾. Qui, sulla base dei riferimenti filosofici più rilevanti, egli distingue lo stile, il modello di tecnica, la scelta metodologica ⁽¹⁷⁾. Il discorso sul metodo è prospettato in senso storico, in quanto « va ribadita l'inderogabile esigenza di storicizzare il problema del metodo » ⁽¹⁸⁾. Irti poi distingue tra operazioni interpretative, metodi, metodologie, tra metodo dell'interpretazione e metodo della scienza giuridica, e teorizza il « nesso di circolarità logica », condividendo la tesi di Emilio Betti secondo la quale l'interpretazione dei testi normativi procede sempre con l'ausilio di strumenti dogmatici. Quanto alla metodologia, egli distingue tra metodologia descrittiva, storiografica, direttiva; procede poi alla periodizzazione delle scelte metodologiche proprie della letteratura giuridica italiana, dall'esegesi alla scuola storica, al metodo dogmatico di Filomusi Guelfi, di cui si è detto.

Rigore scientifico e necessità di ricerca impongono che il discorso sul metodo sia sempre tenuto presente, e sia anche suscettibile di verifiche per autori, per settori, per indirizzi. A questo punto il discorso allora può organizzarsi su due versanti: da un lato, l'analisi della storia del metodo, dall'altro, le teorie dell'interpretazione.

⁽¹⁴⁾ Apparsa in Germania nel 1953, trad. it. di G. Crifo.

⁽¹⁵⁾ *Parte I. Il concetto del diritto*, Milano, 1996.

⁽¹⁶⁾ *Introduzione allo studio del diritto privato. II. Profilo storico delle metodologie (saggi)*, Torino, 1974, p. 127 ss.

⁽¹⁷⁾ *Op. cit.*, p. 130.

⁽¹⁸⁾ *Op. cit.*, p. 134.

II. CENNI STORICI SUL METODO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 1.1. La topica e le teorie dell'argomentazione. — 1.2. La giurisprudenza dei concetti e la costruzione del « sistema ». — 1.3. La giurisprudenza degli interessi e il diritto libero. — 2. Il diritto naturale nella prospettiva storica, il diritto positivo e il diritto « puro ». — 3. Il metodo assiomatico o il diritto dei « valori », il metodo formalistico e sistematico. — 4. Il metodo giusrealistico. — 5. Il metodo normativo per principi. — 5.1. Considerazioni preliminari. — 5.2. Concetto e natura dei principi generali del diritto. — 5.3. L'importanza dei principi costituzionali positivi nella creazione giurisprudenziale. — 5.4. Tentativi di classificazione dei principi. La classificazione funzionale e comparatistica. — 5.5. (Segue) La classificazione secondo le forme di pensiero (assiomatiche, problematiche). — 5.6. La relazione tra principio, norma, fonte del diritto. — 5.7. Il ruolo della dottrina. — 6. « Diritto e letteratura ». — 6.1. Binomio, dilemma o altro? — 6.2. Alcune definizioni stipulative. — 6.3. I caratteri distintivi dei testi. — 6.4. L'interpretazione dei testi. — 6.5. Le differenze residuali. — 6.6. Tentativi di risposta. — 7. Il metodo gius-economico. — 7.1. Creazione della norma. — 7.2. Effetti economici della norma. — 7.3. Le scuole dell'analisi economica del diritto. — 7.4. L'economia normativa: la norma deve mimare il mercato. — 7.5. L'analisi economica del diritto. Un prodotto difettoso? — 8. Il metodo comparativo. — 8.1. Le ragioni della comparazione. — 8.2. Le finalità della comparazione. — 8.3. Le cause della comparazione. — 8.4. La comparazione al servizio delle scienze. — 8.5. La classificazione degli ordinamenti giuridici (sistemi e famiglie di sistemi). — 8.6. Macrocomparazione e microcomparazione. — 8.7. La comparazione e l'armonizzazione degli ordinamenti: il ricorso ai principi generali. — 8.8. La comparazione e l'unificazione del diritto europeo. — 8.9. La comparazione e la difesa dei diritti della persona. — 8.10. Comparazione e armonizzazione nell'Europa moderna. — 8.11. Nazionalismi vecchi e nuovi. — 8.12. Qualche ulteriore osservazione sul metodo comparativo. — 9. Il metodo casistico. L'analisi civilistica della giurisprudenza. — 9.1. Premessa. — 9.2. Il primo modello: interpretazione e stili. — 9.3. Il secondo modello: il ragionamento. — 9.4. Il terzo modello: la sentenza e il ruolo del precedente. — 9.5. Il quarto modello: la creatività della giurisprudenza e il diritto giurisprudenziale. — 9.6. Il quinto modello: il ruolo politico dell'interprete e le tavole di valori.

1. Premessa.

La storia del metodo è intesa, normalmente, come la storia delle tecniche con cui si è concepito, interpretato e applicato il diritto. Ciò

che qui rileva non è tanto la ricostruzione dei percorsi seguiti dalla metodologia nelle diverse epoche, quanto la rilevanza di questi metodi sulle tecniche oggi applicate. Ciascuno di essi ha lasciato tracce, ciascuno di essi costituisce un tassello fondamentale dell'attuale pluralismo metodologico.

1.1. La topica e le teorie dell'argomentazione.

Per quanto riguarda il diritto civile, la storia inizia dalle elaborazioni romane. Mentre nelle fonti pre-giustinianee non si parla di metodo, essendo il diritto per i Romani un'arte pratica, retorica da un lato, e topica, dall'altro lato, nelle fonti giustinianee si trovano alcuni indirizzi fondamentali, quali quelli relativi alla individuazione del significato dei termini giuridici, alle tecniche di risoluzione delle controversie, e alle tecniche di applicazione di enunciati generali quali le *regulae iuris* (19). Nello studio della retorica il giurista si rifaceva alla logica aristotelica, e quindi ai *Topici*, in cui si esaminano le regole della deduzione, l'arte di trarre conclusioni da enunciati verosimili. Per poter contenere il ragionamento entro limiti accettabili, cioè verificabili, si procede per *tópoi*. Per poter formulare un giudizio occorre ordinarlo secondo canoni esterni di osservazione (*tópoi*): l'esame del fatto, l'esame delle regole da applicare, la sussunzione del fatto nella regola. Nella elaborazione secolare dei *tópoi* si sono formati alcuni criteri-concetti, quali conformità alla fattispecie, colpevolezza, antigiridicità, etc. Occorre arrivare al Settecento, e a Giambattista Vico, in particolare per trovare una trattazione approfondita dei *tópoi*. La scienza del diritto, l'operare della giurisprudenza, diviene allora una scienza che controlla i passaggi logici, lo sviluppo argomentativo, per trovare la soluzione del caso. Si trasforma, in altri termini, nella « teoria dell'argomentazione ».

Il metodo topico è stato rivalutato nell'opera tradotta qualche anno fa che si deve a Theodor Vieweg (20). La sua marginalità nella nostra cultura è

(19) Sul punto v. Alpa, *I principi generali*, Milano, 1993, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

(20) *Topica e giurisprudenza*, a cura di G. Crifó, Milano, 1962 (su Vieweg v. anche Mengoni, *Diritto e valori*, cit., p. 28 ss.). Spiega G. Crifó nella pregevole introduzione che la topica, teoria dei luoghi comuni, è una tecnica della discussione, l'arte mediante la quale è possibile trovare punti di vista ed argomenti nel trattare problemi che non sono risolvibili in modo deduttivo; questo modo di ragionare

determinata dal fatto che la topica esaurisce il suo fine nel rigore logico, essendo indifferente ai valori espressi dalle norme. Movendo dal pensiero di Aristotele, Vieweg si richiama a Leibniz e a Wolff, e trova il fondamento delle regole giuridiche nella logica, nel metodo razionale e sistemático.

Alla teoria dell'argomentazione si è dedicata soprattutto la scienza giuridica tedesca. Una recente opera di Alexy, calata nel pensiero filosofico attuale, cerca di trovare risposte al problema della giustificazione degli enunciati normativi, e sviluppa una teoria dell'argomentazione giuridica, muovendo dal presupposto che il discorso giuridico è un caso particolare del discorso pratico generale. Ne deriva una tavola delle regole e delle forme del discorso giuridico che salda la prospettiva metodologica con quella ermeneutica (21).

Nella nostra esperienza recente lo studio dell'argomentazione è proprio della filosofia giuridica analitica. Giovanni Tarallo ha dedicato pagine illuminanti agli argomenti utilizzati dal giurista per persuadere il giudice e dal giudice per persuadere della bontà della motivazione della sentenza; su queste pagine si ritornerà tra poco.

1.2. La giurisprudenza dei concetti e la costruzione del « sistema ».

Si deve a Savigny l'origine della giurisprudenza dei concetti. Secondo Savigny — e poi secondo i Pandettisti — il diritto che nasce dallo « spirito del popolo » si può ridurre in formule razionali esenti da contraddizioni e riunite in forma sistemática. Per mezzo di operazioni logiche si possono ricavare dai concetti, dagli istituti, le regole per la

dialettico è tipico della retorica di Aristotele e di Cicerone, ed è divenuta nei secoli tipica del ragionamento giuridico, che non procede per sentenze apodittiche, ma, sulla base di determinate premesse (assiom) in via problematica e per tentativi giunge ad una conclusione. Merito di Vieweg è appunto quello di illustrare in poche pagine lo sviluppo storico di questa tecnica e l'aver richiamato l'attenzione sull'uso costante di questa tecnica — anche se spesso inconsapevole — nel ragionamento dei giuristi; egli indaga « non tanto la misura della influenza ed efficienza della retorica, quanto le ragioni che fondano tale fenomeno e lo rendono, appunto, un elemento strutturale di quel ragionamento (Crifó, *op. ult. cit.*, p. x).

Straordinari sono anche i lavori di Chaim Perelman, che, per la loro rilevanza, sono stati quasi tutti tradotti nella nostra lingua: v. in particolare *Logica giuridica nuova retorica* (con un utile introduzione di A. Giuliani), Milano, 1979; del medesimo A. in collaborazione con L. Olbrechts-Tyteca v. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1966 (rist. 1976), con prefazione di N. Bobbio. Sempre a Perelman (in collaborazione con P. Fontiers) si deve la raccolta di studi di AA. vari sul tema de *Les présumptions et les fictions en droit*, Bruxelles, 1974, e in collaborazione con R. van der Elst la raccolta di studi di AA. vari su *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984.

(21) *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, a cura e con uno scritto di M. La Torre e presentazione di L. Mengoni, Milano, 1998.

soluzione del caso. La regola dell'interpretazione non si desume perciò da regole imposte dal legislatore (e così doveva essere in una esperienza come quella tedesca dell'inizio dell'Ottocento, in cui si applicava il diritto romano attualizzato) bensì dalla logica sistemática.

Depurato dalle convezioni ideologiche di Savigny e della Pandettistica, arricchito dalle correnti ermeneutiche, il pensiero sistemático ha avuto grande spazio nella cultura giurídica degli anni Veneti e Trenta, ed oggi è considerato una acquisizione ormai indiscutibile.

Spetta a Luigi Mengoni il merito di aver riproposto ai civilisti l'analisi del pensiero sistemático. Mengoni precisa che vi sono, nel succedersi delle teorie nel corso dei secoli, due diversi significati di « sistema »: l'uno designa « un insieme di verità universali tra loro connesse », ed è fondato sul pensiero deduttivo e assiomatico, l'altro designa un modo scientifico di pensare mettendo le cose nuove in relazione a quelle già conosciute, rimanendo a contatto con i problemi (22). I concetti sistemáticos hanno « una funzione regolativa dell'interpretazione ai fini dell'applicazione della legge ai casi previsti »; la fattispecie normativa è infatti una connessione di concetti, e l'analisi delle norme giurídiche avviene sotto la guida delle categorie sistemáticas, applicando le quali si perviene alla « comprensione del testo come parte organica della totalità ».

1.3. La giurisprudenza degli interessi e il diritto libero.

Con l'avanzare del positivismo giurídico, l'analisi sistemática del diritto diviene analisi sistemática delle norme, cioè la connessione logica tra regole riferite a singoli istituti e la connessione logica tra le regole che compongono l'intero ordinamento. Ihering avvia la sua riflessione proprio muovendo dalle norme positive per risalire ai concetti, i quali non sono perciò preconstituiti e poi applicati alle norme, ma dalle norme traggono la loro origine e il loro significato. Poiché l'analisi logica è indifferente agli interessi incisi, questo sistema non poteva che essere astratto, e quindi richiedeva un « rovesciamento ». Occorre individuare le finalità del legislatore nella posizione della norma per risolvere il caso. Il legislatore nel porre la norma risolve conflitti di interessi; gli scopi della norma, cioè del legislatore, servono a colmare le lacune della legge; non si ricorre solo alla interpretazione teleologica per assegnare significato alla disposizione e per applicarla alla fattispe-

(22) Mengoni, *Diritto e valori*, cit., p. 92 ss.

cie; si può ricorrere anche all'interpretazione estensiva o restrittiva, alla interpretazione analogica e alle regole logiche, ma solo là dove il testo non sia sufficiente a dare la risposta desiderata. Di qui la connessione del diritto con le altre scienze sociali (sociologia, economia, politica). L'ampliamento degli orizzonti implica il superamento del testo normativo, la formulazione di giudizi che tentarono di pervenire alla soluzione « giusta », anche al di fuori del dato positivo, da cui l'interprete è libero (23).

2. Il diritto naturale nella prospettiva storica, il diritto positivo e il diritto « puro ».

L'apprezzamento dal punto di vista giusfilosofico del diritto naturale è strettamente collegato con la sua concezione relativa. Concezione che emerge con poderoso rigore nell'opera di Leo Strauss, *Diritto naturale e storia* (24), la cui vicenda nel panorama dell'epoca e nella

(23) Al riguardo v. soprattutto Lombardi Vallati, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit.

(24) Genova, 1990. Il pensiero di Strauss non è stato oggetto di studi approfonditi; fa eccezione la monografia di R. Cubeddu, *Leo Strauss e la filosofia politica moderna*, E.S.I., Napoli, 1983; tra le recensioni oltre a quelle di G. Fassò, di cui si dirà più oltre, v. E. Giancolti, alla traduzione francese del saggio sulla tirannide in *Rass. Fil.*, 1954, p. 383; Leoni, *Giudizi di valore e scienza politica. Risposta al professor Strauss*, ne *Il Politico*, 1957, I, p. 86 e sgg.; Cameluti, *L'antinomia del diritto naturale*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, IV, p. 514; G. Sasso, in *Giorn. crit. Fil. it.*, 1961, p. 51; A. Momigliano, *Ermeneutica e pensiero politico in Leo Strauss*, in *Riv. stor. it.*, 1967, p. 1164 ss.; ciò nonostante le diverse traduzioni che si sono succedute negli anni recenti (mi riferisco soprattutto ai *Penstieri su Machiavelli*, trad. it. di G. De Stefano, Milano, 1970, a *Liberalismo antico e moderno*, trad. it. di A. Antonelli e C. Geraci, Milano, 1973; a *La tirannide. Saggio sul. Gerone di Senofonte*, a cura di F. Mercadante, Milano, 1968; più recente, v. *Che cos'è la filosofia politica? Scritti su Hobbes ed altri saggi*, a cura di P.F. Taboni, Urbino, 1977; e *Scrittura e persecuzione*, a cura di G. Ferrara e F. Profili, Padova, 1990.). Di solito è assente dal dibattito culturale ed accademico, anche se oggi si riscopre il suo apporto all'ermeneutica (Taboni, *op. cit.*, p. 17 sgg; ma v. il saggio di Momigliano, cit), alla critica dello storicismo (N. Matteucci, *Alla ricerca dell'ordine politico*, Bologna, 1984, p. 20 sgg.), all'ebraismo tedesco (G. Ferrara, *Leo Strauss e i silenzi della filosofia*, introduzione a *Scrittura e persecuzione*, *op. cit.*), oltre che alla critica della filosofia politica (V. più oltre l'opinione di Viano e degli studiosi della Scuola genovese di filosofia del diritto). Qualcuno lo ha addirittura definito « uno scrittore irritante, cui si comincia a riconoscere con ritardo la statura di capostipite di una generazione di moralisti venuti dopo il diluvio ». E la sua posizione « radicale »,

traduzione italiana è emblematica dei caratteri di quei tempi e dei caratteri della nostra cultura giuridica.

La traduzione italiana del 1957 — un testo limpido, elegante e corretto, che nella riedizione è rimasto inalterato — sopraggiungeva in un momento di grande fervore intellettuale: si stava ricostruendo una cultura laica e liberale, e chi parlava di diritto naturale negli ambienti colti finiva per essere scambiato per codino o per bigotto; chi si faceva corifeo delle critiche era dalla parte avversa considerato uno stalinista e un cinico spregiatore dei valori essenziali della persona. Le divisioni erano nette e i due mondi, quello dei fautori e quello dei critici del diritto naturale, sembravano incommunicabili. Il diritto naturale era la tendenza dei pensatori cattolici; il clima politico era assai pesante; le contrapposizioni nette ed irriducibili. Era difficile poter pensare al diritto naturale in modo *laico*: positivismo e storicismo ne predicavano l'irrelevanza, l'ingenuità. Di questa sordità era ben consapevole lo stesso Strauss, che continuò a combattere questo pregiudizio per anni: la sua voce « Diritto naturale » (25) si aprì proprio con la considerazione che « il diritto

con toni iconoclastici, ha costituito un impatto « duro (...) per la cultura italiana viziata da un cattivo storicismo e da troppo sociologismo » (sono parole di N. Matteucci, *op. cit.*, p. 21; Taboni, *op. cit.*, p. 24, introduzione a *Che cos'è la filosofia politica*, paria di « levata di scudi » che sollevò un « dissenso radicale »).

È il suo rigore deduttivo, la sua attenzione filologica, la compattezza della sua architettura ideale o forse la stessa rappresentazione dei pensatori greci, medievali e moderni in una luce tagliente e fredda che alimentano queste reazioni, e che all'interno di una attenta analisi esegetica dei testi, lo rendono lontano, arrogante, talvolta apodittico.

Fu data alle stampe nel 1953, ma i suoi contenuti erano già noti perché provenivano dalle « Walgreen lectures », professate da Strauss all'Università di Chicago nel 1949. L'autore le aveva già pubblicate separatamente: il saggio sulla filosofia politica di Hobbes in *Rev. int. phil.*, 1958, p. 405 sgg.; il saggio sul diritto naturale e l'approccio storico, in *Rev. of politics*, 1950, p. 422 sgg.; il saggio su Weber in *Measure*, 1952, p. 204 sgg.; il saggio sull'origine dell'idea del diritto naturale, in *Social research*, 1952, p. 23; il saggio sulla teoria di Locke in *Phil. Rev.*, 1952, p. 475. L'opera fu subito tradotta in molte lingue e suscitò grande interesse, insieme con vivaci polemiche. In *Verità e metodo* H.G. Gadamer, trattando della concezione aristotelica del diritto naturale, ricorda la recensione di H. Kuhn, in « Zeitschrift für Politik », 1956, fasc. 4 (a cura di G. Vattimo, Milano, 1983, p. 370); R. Aron, in *Max Weber. Le savant et la politique*, Parigi, 1959, p. 31, esamina l'acuta polemica di Strauss con Weber; Kojève fa seguire il suo saggio, *Tyrannie et sagesse*, alla traduzione francese della *Tramite*, i cui contenuti sono correlati a quelli di *Diritto naturale e storia*. E consensi Strauss riceve anche da C. Schmitt, *Le categorie del « politico »*, Bologna, 1972, p. 138, n. 40; (lo stesso Strauss aveva fatto una modesta recensione del concetto dipolitico in « Arch. für Social und social Politik », 1932, p. 732).

(25) Int. Enc. of the Social Science (vol. II, p. 80, 1968), ora riprodotta in *Studies in Platonic Political Philosophy*, Univ. of Chicago Press, 1983, csp. 6.

naturale ai giorni nostri è rifiutato da quasi tutti gli studiosi della società che non siano cattolici romani ».

Allora questo assunto era attendibile anche per l'ambiente dei giuristi. Senza pretendere di dipingere in modo preciso e analitico i caratteri dell'epoca, non si deve dimenticare che l'espressione « diritto naturale » aveva fatto eco nella discussione delle norme fondamentali all'Assemblea Costituente: la nuova Costituzione, che doveva rappresentare il fondamento della nuova società democratica e pluralista, si apriva con l'art. 2, secondo il quale la Repubblica « riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo ». Come è noto le espressioni usate si prestavano (e tuttora si prestano) a questa connessione. Anzi, qualcuno ha sostenuto senza esitazioni che la norma fu pensata come un *reflexo del diritto naturale*, anche se l'espressione « diritti naturali », al pari delle espressioni « diritti imprescindibili, insopprimibili, irrinunciabili, incancellabili, fondamentali, essenziali, eterni, sacri, originari, naturali » fu scartata non perché troppo filosofica o poco giuridica, ma proprio per l'opposta ragione:

« la sottocommissione fu unanime nell'attribuire all'articolo un significato più filosofico, storico (...) che giuridico » (26).

In altri termini, non vi era dubbio che i Costituenti volessero codificare nei primi articoli della legge fondamentale principi ispirati al diritto naturale, inteso come complesso di situazioni soggettive immutabili, eterne ed insopprimibili. Ma essi ritennero di non usare l'espressione « diritti naturali » perché troppo connotata tecnicamente e giuridicamente, non perché ideologicamente troppo implicate (27).

L'anno successivo si pose all'attenzione dei giuristi il significato della « Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo » che l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite aveva adottato a Parigi il 10 dicembre 1948; e poi quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950. Anche quelle formulazioni, allora erano parse più enunciazioni di programma, più riconoscimenti universali di *principi etici* che non norme a tutti gli effetti, provviste di vincolatività, di coattività e di sanzione.

Si era anche operato un raffronto con la costituzione della Germania di Bonn, posteriore a quella italiana e, ad essa (a quanto si dice) di molto debitrice; qui l'art. 2 aveva ben altro tenore, essendo ispirato per comune opinione, al più tradizionale e spiccato diritto naturale.

Da allora anche tra i giuristi si è radicata la contrapposizione esistente tra i filosofi.

Fin dalla sua vigenza, l'art. 2 Cost. it. è suscettibile di una duplice lettura.

(26) Falzone, Palermo e Cosentino, *La Costituzione della Repubblica Italiana*, 1980, Roma, pag. 27.

(27) L'On. Dossetti propose perciò come risultato della discussione generale un documento in cui si stabiliva che una dichiarazione dei diritti dell'uomo non poteva ispirarsi ad una visione soltanto individualistica, o ad una visione totalitaria, ma doveva riconoscere « la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi bisogni; non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella » (seduta del 24 marzo 1947).

In sintesi, o è norma che « riconosce » il diritto naturale, o è norma che imprime il crisma positivo ai diritti fondamentali della persona, rilevanti in quanto posti dall'ordinamento statale. Come è ben noto ai giuristi, questa dicotomia si è perpetuata sino ad oggi.

Insomma parlare di diritto naturale in quel tempo significava schierarsi: e Strauss, ancorché laico e di matrice ebraica, fu iscritto alla schiera di coloro che muovevano un « continuo vilipendio » allo storicismo, e mostravano di essere « ignoranti e puerili ». Il giusnaturalismo di Strauss fu bollato di « ingenuo e banale » e l'A. stesso « pieno di preoccupazioni totalitarie ». Fu poi considerato « blasfemo, pieno di livore contro Kelsen » perché aveva « osato » segnalare che nella versione inglese del 1949 il giurista austriaco aveva astutamente emendato il testo dell'*Allgemeine Staatslehre* del 1925. Si trattava di un passo in cui Kelsen ammetteva che anche l'arbitrio del despota desse luogo ad un « ordine del comportamento umano » e quindi emanasse norme provviste di fondamento giuridico vincolante. I giuristi e i filosofi italiani, accitati dai bagliori dell'intelligenza e della coerenza kelseniana non vollero accorgersi di quanto fosse pericolosa una teoria che, attribuendo alla norma posta dall'autorità il crisma della legittimazione, finisse per legittimare anche la norma posta dal tiranno.

Anziché ispirata all'amore per la verità e alla correttezza filologica, quella segnalazione fu presentata come una meschina malignità destinata ad infangare la figura del filosofo e pubblicista tanto amato in Italia. Non si può dire quali fossero i motivi di quel rilievo; dopotutto, sia Strauss che Kelsen erano emigrati illustri, e già famosi, forse in competizione; certo Strauss poteva nutrire avversione verso chi con tanta perizia e tanta coerenza si era battuto contro il diritto naturale; e gli orrori del nazismo — cioè dell'apparato politico-statale più afferrato ed anti-umano, potevano anche accendere di furore l'animo del nostro; ma è innegabile che quell'emendamento non era né casuale né trascurabile. Kelsen gli rispose ⁽²⁸⁾ ribadendo la sua concezione positivista dell'ordinamento giuridico e precisando che il mutamento delle leggi generali e lo stabilirsi delle esenzioni da queste norme (immunità, privilegi) « in una autocrazia sono lasciati alla discrezione di un solo individuo, l'autocrate, la cui volontà è legge ». Cercò anche di giustificare la modificazione dei due testi, ma forse fingendo di non accorgersi della maliziosa osservazione di Strauss oppure confermandoli entrambi (come risulta anche dal passo sopra riportato) — lo fece in un modo formale: la risposta è che la « General Theory of Law and State » non è la traduzione della mia « Allgemeine Staatslehre » e che quindi non si può parlare di « omissione ». E più oltre, a proposito della nuova opera, sottolinea: « presento la democrazia e l'autocrazia come due forme di stato ugualmente legittime, e lo Stato, sia esso democratico o autocratico, come un ordinamento giuridico ».

Certo Strauss non meritava le critiche feroci che uno dei più noti filosofi

⁽²⁸⁾ *Foundations of Democracy*, in *Ethics* 1955-1956, n. 1, parte II, p. 100; ora ne *La democrazia*, raccolta di saggi a cura di G. Gavazzi, Bologna, 1955 (1984), p. 351-352, nota 2), trad. it. di questo saggio di A.M. Castronuovo.

del diritto dell'epoca, Guido Fassò ⁽²⁹⁾ gli aveva rivolto; né si comprende se esse fossero dirette più alle proposte interpretative di Strauss che non al giusnaturalismo laico tout court come indirizzo di pensiero.

Fassò scriveva in quella occasione che « il giusnaturalismo laico è morto da un pezzo; i residui che ancora affiorano nel moralismo popolare e nella retorica politica americana non corrispondono neppure in America (...) a una base culturale reale (...). Quello che è unico in Italia e fuori, ed anche e soprattutto in America, è il giusnaturalismo cattolico, o comunque a base teologica (...) ». Perentorie affermazioni che sarebbero state smentite dai fatti, oltre che dalle idee: come risulta dall'imponente letteratura di cui tra poco si dirà.

In una recensione più meditata e pacata, Fassò ritornerà sull'argomento ⁽³⁰⁾ ponendosi due interrogativi che ancor oggi possono considerarsi attuali: quale sia la differenza tra « diritto naturale » e i « diritti naturali » (*natural law*, *natural rights*) e quale accezione, *sogettiva od oggettiva*, propugnasse Strauss.

Le questioni sono attuali perché, prima ancora di leggere le pagine di Fassò, mi ero accorto, nel raffronto tra versione inglese e versione italiana che Strauss è consapevole della distinzione e mi chiedevo se il traduttore si fosse mantenuto fedele all'impiego delle diverse accezioni. Compito impervio perché, come si sa, filologicamente, la lingua inglese offre al filosofo (ed al giurista) in questo caso, una varietà lessicale utile, in quanto mette a disposizione due espressioni diverse (*law*, *right*) di contro alla lingua francese (*droit*), tedesca (*Recht*) e italiana (diritto) che hanno un unico lemma e pertanto sono costrette ad aggettivarlo (diritto oggettivo, soggettivo) o a volgerlo al plurale (diritto, diritti) per rendere i due diversi significati. Si deve osservare ancora che nella lingua inglese l'espressione *right* indica anche ciò che è « giusto » (*right* contrapposto a *wrong*) sia come aggettivo sia come avverbio. Quindi nella traduzione in genere si può dare rilevanza a « ciò che è giusto per natura » (*natural right*).

Ma Strauss oltre ad essere competente, era di origine tedesca e nel trasporre *Recht* in *right* oppure in *law* non poteva ignorare la distinzione, né usare indifferentemente le due espressioni senza farlo con intenzione.

Che la distinzione tra diritto e diritti naturali (individuali) gli fosse presente, e che usasse in modo proprio *law* e *right* è fatto che si può documentare con facilità. Ad esempio, nella prefazione alla settima edizione del libro sul diritto naturale (1971) Strauss dice, quasi ripensandoci ai suoi critici: « nulla di quanto ho appreso (scil. dopo la prima edizione, ed in particolare studiando Hobbes, Locke e Vico) è riuscito a scuotere la mia inclinazione a preferire « il diritto naturale » (*natural right*) specialmente nella sua forma classica, al relativismo, al politicismo o allo storicismo imperanti. Per evitare un frequente fraintendimento, vorrei aggiungere il rilievo che l'appello ad un diritto (*law*) superiore, se questo diritto è inteso nei termini della « nostra » tradizione così come distinto dalla « natura » è storicistico nella sostanza, se non nell'intenzione. Diverso è il caso se si fa appello al diritto

⁽²⁹⁾ *Diritto naturale e storicismo*, Bologna, 1958, p. 239.

⁽³⁰⁾ *Oggettività e soggettività nel diritto naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 265.

divino (*divine law*); infatti, il diritto divino non è diritto naturale in senso oggettivo (*the natural law*) e tanto meno diritto naturale in senso soggettivo (individuale) (*let alone natural right*, ma anche: cioè ciò che è giusto per natura) » (31).

Ma non mancano altri esempi illuminanti. In questo stesso libro discutendo dell'origine dell'idea di diritto naturale Strauss osserva: « in origine la risposta ai problemi delle cose prime e della « via » giusta era data innanzi ancora che essi sorgessero: ed era data dall'autorità. Giacché l'autorità, in quanto diritto (*right*) degli esseri umani a ricevere ubbidienza, deriva principalmente dalla legge (*law*), e questa altro non è, in origine, che il costume di vita della comunità ».

E ancora, nella voce cit. sul diritto naturale, l'A. precisa: « Per diritto naturale (*natural law*) si intende la norma che stabilisce ciò che è giusto e ciò che è sbagliato e che è dotata di effettività o è valida per natura, per se stessa, perciò in ogni luogo e in ogni tempo. Il diritto (*law*) naturale è un « diritto superiore » ma non ogni diritto superiore è diritto naturale ». E più oltre egli sottolinea: « la natura fu scoperta dai Greci in contrapposizione all'arte (la conoscenza come guida della creazione degli artefici) e, soprattutto in contrapposizione a *nomos* (legge, costume, convenzione, accordo, opinione autorevole).

Alla luce del significato originario di « natura », la nozione di « diritto naturale » (*natural law*) — *nomos tés physeôs* — è una contraddizione in termini, piuttosto che un'espressione concreta. La questione fondamentale concerne di meno il diritto naturale oggettivo (*natural law*) che non il diritto naturale soggettivo (*natural right*), « cioè ciò che è per natura giusto o sbagliato » (32).

E Strauss prosegue: « il diritto (ma si potrebbe anche dire, ciò che è giusto) deriva dalla convenzione (di origine umana) o c'è qualche diritto (nel senso di ciò che è giusto) che è naturale (*physei dikaiton*)? La questione fu sollevata muovendo dall'assunto che vi sono cose buone per natura (salute, forza, intelligenza, coraggio ecc.). Il convenzionalismo (a prospettiva che ogni diritto (*right*) sia convenzionale) deriva il proprio fondamento in primo luogo dalla varietà delle nozioni di giustizia (*justice*), una varietà incompatibile con la supposta uniformità di un diritto (*right*): cioè senso di giustizia, ma anche complesso di leggi) che è naturale ». Essendo anticvenzionalista, volendo combattere il totalitarismo e la soppressione dei valori della persona, Strauss non distingue e non vuole distinguere, se non per bollarlo, il diritto naturale dal senso naturale di giustizia, o il diritto oggettivo dal diritto naturale che è in sé giusto. Proprio per questo Strauss usa indifferentemente — e intenzionalmente — in questo libro l'espressione *law* e l'espressione *right* per designare il diritto naturale; e correttamente Pierrri ha mantenuto, questa indiffe-

(31) I termini tra parentesi sono miei. R. Cubeddu osserva a questo riguardo che Strauss sottolinea come Hobbes contrappone alla *legge di natura* un « diritto di natura che consente di fondare la filosofia politica sull'uomo come individuo e non sullo Stato » (*op. cit.*, p. 223).

(32) Il corsivo è mio.

renziamento, traducendo le due espressioni *law* e *right* con l'uniformante « diritto ».

Ma proprio contro questa uniformità si scagliava Fassò: una uniformità che, a suo dire, in modo troppo semplicistico esprimeva l'esigenza « della salvaguardia della persona umana, della sottrazione dell'individuo all'arbitrio dello Stato, della rivendicazione dell'originario valore dell'uomo: in breve, della affermazione della priorità del diritto soggettivo (naturale) su quello oggettivo (positivo) ». E soggiungeva: « Penso che sia stata appunto tale esigenza ad indurre lo Strauss a riaffermare, di contro al preteso relativismo, *law*, il diritto naturale soggettivo, *right*, con tanta naturalezza e spontaneità da non rendersene forse neppure conto, dato che, come ho detto, non si trova nel suo volume uno sviluppo esplicito del motivo adombrato nel titolo ». Di qui la conclusione che « il giusnaturalismo dello Strauss non è quello cattolico, né ha comunque fondamenti o presupposti teleologici; il suo è uno degli esempi, rari anche all'estero, e che in Italia mi sembra si possano dire inesistenti, di giusnaturalismo laico, dalle premesse illuministiche, non teleologiche; anche se egli dice di sentirsi « sulla stessa nave » con i tomisti, il suo autore è il Locke, non è S. Tommaso; il testo dal quale egli prende tatticamente le mosse non è un'enciclica pontificia, ma la Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America » (33).

Fassò nega poi che sia necessario finire nella plaga del giusnaturalismo (cattolico) per farsi assertori delle libertà individuali, che possa esercitarsi un diritto (soggettivo) naturale prima di un diritto oggettivo (naturale); che nelle Scritture si possa riconoscere l'affermazione di un diritto naturale. Ed affonda la stoccata finale: « questo famoso diritto naturale oggettivo nessuno in concreto sa esattamente che cosa prescrivere, e quindi quali specifici diritti soggettivi instauri e tuteli, all'atto pratico chi lo interpreterà? » E ancora: « il diritto naturale è stato la bandiera della rivoluzione e quella della reazione, del liberalismo e della teocrazia ».

Con intenti meno polemici, con maggior riflessività e con ben altre armi si rivolge a Strauss negli stessi anni Norberto Bobbio. Due sono i saggi che qui conviene, tra gli altri, citare, proprio perché si situano nello stesso periodo (34). Si poneva così la parola fine al giusnaturalismo (salvo pochi superstiti, come Sergio Cotta e altri) a tutto vantaggio del gius-positivismo.

Nel primo saggio cit. Bobbio enumera argomentandole, talune obiezioni al diritto naturale (35). Le trascriverò senza commento: il diritto naturale è

(33) *Oggettività e soggettività del diritto naturale*, *op. cit.*, p. 265.

(34) *Ancora sul diritto naturale*, in *Riv. dir.* fil., 1956, 72, e *Alcuni argomenti contro il diritto naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, p. 253 (che nel fascicolo della rivista precede immediatamente il saggio di Fassò). Questi saggi sono riprodotti in un volume che ha avuto grande successo, *Giusnaturalismo o positivismo giuridico*, Milano, 1965, e anche grande incidenza; furono seguiti a breve distanza di tempo dal contributo di Uberto Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965.

(35) Contro le quali aveva militato Wild, *Platos Modern Enemies and the Theory of Natural Law*, U. of Chi. Press, 1953, dal cui volume Bobbio trae lo spunto delle sue confutazioni.

fondato sopra una teologia difficilmente controllabile con l'esperienza; il diritto naturale è un modello vago e indeterminato; il termine « bene » è indefinibile perché è una nozione semplice; la teoria del diritto naturale deriva da una confusione tra leggi naturali in senso descrittivo (le leggi scientifiche che derivano tali osservazioni dai fatti) e leggi naturali in senso prescrittivo (le leggi o meglio norme, che derivano dall'assunzione di certi valori); la dottrina del diritto naturale è fondamentalmente conservatrice e opposta ad ogni progresso sociale; come tale ha avuto un'influenza reazionaria nella storia. Bobbio condivide queste obiezioni e ne dà una giustificazione razionale. E conclude: « i valori non si fondano immediatamente (...) sui fatti, ma neppure i fatti derivano immediatamente dai valori »⁽³⁶⁾.

Le conclusioni del secondo saggio cit. sono ancora più drastiche (e persuasive): a) il diritto naturale non è diritto alla stessa stregua del diritto positivo, perché manca dell'attributo dell'efficacia; b) il diritto naturale non riesce a raggiungere lo scopo che viene attribuito ai sistemi giuridici positivi, perché non garantisce né la pace né la sicurezza; c) il diritto positivo ha invaso a poco a poco tutti i campi che venivano assegnati al diritto naturale; d) la nozione di « natura » è così equivoca, che sono stati considerati come naturali diritti diametralmente opposti; e) anche se l'accordo su ciò che è naturale fosse stato unanime, ne sarebbe derivato necessariamente l'accordo unanime su ciò che è giusto e ciò che è ingiusto; f) anche se l'accordo su ciò che è giusto perché naturale fosse stato unanime, ciò non implica la validità di questo accordo per il tempo presente.

Proprio in quegli anni si era tenuto un convegno⁽³⁷⁾ nel quale i due schieramenti si erano fronteggiati; e il dibattito era stato alimentato da un libro di A. Passerin d'Entrèves⁽³⁸⁾ in cui lo studioso aveva precisato come il diritto naturale rileva per la sua funzione, piuttosto che non come dottrina in se stessa.

Si parlò allora di « ordine naturale », cui si deve uniformare il diritto positivo⁽³⁹⁾ e di diritto naturale come « ordine razionale »⁽⁴⁰⁾. Il diritto naturale integrebbene il diritto positivo, anzi, ne costituirebbe un limite⁽⁴¹⁾. Lauga eco aveva avuto anche la traduzione francese del libro di H. Rommen⁽⁴²⁾.

Non si deve poi trascurare la traduzione di Otto v. Gierke⁽⁴³⁾, autore

⁽³⁶⁾ *Op. cit.*, p. 223.

⁽³⁷⁾ 1949: Diritto naturale vigente, *Atti*, Studium, 1951.

⁽³⁸⁾ *La dottrina del diritto naturale*, Milano, 1954.

⁽³⁹⁾ E. Garbagnati, *Il giudice di fronte alla legge ingiusta*, in *Ius*, 1951, p. 437.

⁽⁴⁰⁾ D. Barbero, *Rivalutazione del diritto naturale*, 1952, p. 491.

⁽⁴¹⁾ S. Lener, *La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della Chiesa*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, 1950, I, p. 345.

⁽⁴²⁾ *Le droit naturel*, Parigi, 1945 uscito in Germania nel 1936 e tradotto in Italia nel 1965; l'impostazione di Rommen era quella di un cattolico-ortodosso (così A. Ross, *Diritto e giustizia*, trad. it. di G. Gavazzi, Torino, 1965, p. 215, n. 1).

⁽⁴³⁾ *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, a cura di A. Giolitti, Torino, 1943.

curiosamente ignorato da Strauss, che di questo stesso autore ha invece ben presente *Natural Law and the theory of Society*⁽⁴⁴⁾. Il dibattito, come si vede, era acceso. E al di là degli schieramenti si procedette alla individuazione dei diversi significati di « diritto naturale », relativizzandone contenuti e accezioni⁽⁴⁵⁾ con la contrapposizione tra (diritto naturale inteso come) etica della legge ed etica della libertà⁽⁴⁶⁾. Fu proprio Piovani a sostenere che il diritto naturale era il vero « cane morto » della filosofia del diritto.

Bobbio riprendeva però il discorso, con il suo tono pacato e lineare, precisando che il giusnaturalismo non è una morale; che è una teoria della morale; che come tale è insostenibile; che ciò che conta è la sua funzione storica; che come tale è assorbito da altre correnti di pensiero, e soprattutto è superato dalle dichiarazioni dei diritti individuali nelle Costituzioni e nella Carta delle Nazioni Unite con cui « si è mosso il primo passo verso la tutela giurisdizionale interna dei diritti dei cittadini entro il proprio stato »⁽⁴⁷⁾.

A proposito di questo libro di Strauss, Bobbio scriveva: « recentemente, in occasione della traduzione del libro di Leo Strauss, *Natural Right and History*, sono apparse due stroncature del Fassò, in cui la teoria del diritto naturale è data come esaurita e se ne mostrano gli aspetti deteriori (...); l'appello al diritto naturale da parte dei giuristi ha spesso valore meramente propiziativo » (...). « Ma non sembra che i giuristi si siano lasciati travolgere dalle conseguenze cui l'ammissione di un diritto naturale, superiore al diritto positivo, dovrebbe condurre, e cioè che una norma per essere valida debba essere anche giusta. La distinzione tra diritto e morale è pur sempre dominante: e se questo è indizio di positivismismo, bisogna concludere che i giuristi continuano ad essere positivisti ».

L'influsso di Kelsen sulla filosofia del diritto italiana del tempo era preponderante. La fortuna di Kelsen nel nostro ambiente culturale era (ed è) radicata, duratura, inossidabile, e la sua critica al diritto naturale così coerente e logica (nell'ambito del suo sistema giuspositivista) da lasciare poco spazio a ritorni, anche se, del tutto originali e penetranti, all'antico.

Proprio l'inizio della *Dottrina pura del diritto*⁽⁴⁸⁾ è costituito da un ampio studio su diritto e natura, e il secondo capitolo riguarda i rapporti tra diritto e morale: vi si teorizza la separazione del diritto, inteso come ordinamento della condotta umana, per sua « natura » coercitivo dalla morale. E un amplissimo studio della storia del diritto naturale è oggetto di un suo saggio comparso nel 1960⁽⁴⁹⁾. Di Kelsen si conosceva anche *What is justice?*⁽⁵⁰⁾, in

⁽⁴⁴⁾ Cambridge 1934, citata nella prima nota della introduzione a *Diritto naturale e storia*.

⁽⁴⁵⁾ Fassò, *Che cosa intendiamo con diritto naturale?* in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 168.

⁽⁴⁶⁾ P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari, 1961.

⁽⁴⁷⁾ *Op. cit.*, p. 194.

⁽⁴⁸⁾ V. la seconda versione, a cura di M. Losano, Torino, 1966.

⁽⁴⁹⁾ F. Deuticke, *Das Problem des Gerechtigkeits*, Vienna, trad. it. a cura di M. Losano, Torino, 1975.

⁽⁵⁰⁾ Un. of California Press, 1957.

cui egli discuteva l'idea di giustizia nelle Sacre Scritture, la dottrina della giustizia di Aristotele, la teoria dinamica del diritto naturale, la teoria del diritto naturale davanti al tribunale della scienza.

Anche qui, due diverse, contrapposte linee di pensiero, quella di Strauss, situata nell'ambito della filosofia della politica e quella di Kelsen, situata nell'ambito della filosofia giuridica, destinate a procedere parallele e a non incontrarsi mai ⁽⁵¹⁾.

Non so se sono riuscito a ricreare il clima effervescente e pieno di tensioni in cui viene accolta la traduzione del libro di Strauss in Italia.

L'ésito della sua battaglia, allora, era già segnato: il libro non poteva che essere aprioristicamente criticato o aprioristicamente apprezzato; ma sempre con sospetto: nel primo caso, perché colpiva per la solidità delle argomentazioni e l'acutezza dell'esegesi; nel secondo, perché si trattava di una prospettiva laica affinata da una coscienza ebraica ⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ Alla storia del diritto naturale, o meglio, dell'idea del diritto naturale dedico attenzione anche i giuristi: mettono in evidenza la contrapposizione tra il diritto naturale « conservatore » di Eracito (il diritto positivo come emanazione di ciò che per natura è eternamente valido) e il diritto naturale come inteso dalla filosofia liberale del Seicento, rivoluzionaria o riformistica, che insiste sul conflitto tra diritto positivo e legge di natura; e attribuisce al diritto naturale la funzione politica di fornire una giustificazione, richiamandosi alla sacertà di un ordinamento più alto, per la « risoluzione delle condizioni sociali cui essa mira » (A. Ross, *Diritto e giustizia*, op. cit., p. 222). La conclusione è che la storia del diritto naturale « rivela due punti sorprendenti: l'arbitrarietà dei postulati fondamentali concernenti la natura dell'esistenza e dell'uomo; e l'arbitrarietà delle idee giuridico-morali che sono state sviluppate su questa base ». La ricerca dell'assoluto, di ciò che deve rendere il diritto qualcosa di più che una creazione dell'uomo per i giuristi è una ricerca vana: « l'esperienza mostra che le dottrine costruite dagli uomini su questo fondamento, ben lungi dall'essere eterne e immutabili, sono mutate a seconda dei tempi, dei luoghi e delle persone » (A. Ross, op. cit., p. 243). D'altra parte l'indifferenza per i diritti umani dei giuristi è proverbiale: Hägerström non se ne è mai interessato e in Svezia i diritti umani sono stati per lo più considerati come « oggetti da esporre in vetrina: ma parlarne, dal punto di vista giuridico, sembra quasi indecato », come senza troppa celia osservò un alto magistrato ad un congresso organizzato a Stoccolma sui diritti umani (la battuta è riportata da J. Sundberg, *L'irrealismo scandinavo*, in *Materiali*, 1984, p. 188).

⁽⁵²⁾ Strauss nasce infatti a Kirchhain, nell'Assia, il 20 settembre 1899; nel 1917 è militare nell'esercito tedesco; e giovanissimo comincia ad occuparsi di scienza della politica, filosofia della politica e cultura ebraica. Studia nelle Università di Marburgo, Francoforte sul Meno, Berlino e Amburgo, dove si laurea discutendo una tesi sul problema della conoscenza nel pensiero di Jacobi. Basta scorrere l'accurata rassegna bibliografica offerta da uno dei suoi più devoti cultori, Thomas L. Pangle, in appendice alla raccolta postuma di alcuni suoi saggi, *Studies in Platonic Political Philosophy*, (Univ. of Chicago Press, 1983, pag. 249 sgg., ed. 1986) per avvedersi che Strauss è un solerte, fecondo scrittore, che alterna studi sulla società a studi sulle topiche fondamentali dell'ebraismo. Già dall'inizio, quindi, il « laboratorio di pensiero » di Strauss è complesso, intrecciato di storia, filologia, religione, politica, filosofia.

Oggi più di ieri l'espressione « diritto naturale », riceve una rinnovata attenzione, sia per il moltiplicarsi delle convenzioni internazionali sui « diritti umani » sia per le aspirazioni di quanti si propongono di riformulare secondo il moderno sentire i principi di etica sui quali si regge la comunità; il diritto naturale resta una formula da decodificare, che riaccende gli animi e le polemiche: sulla giustizia, sul valore dell'uomo, sui limiti all'autorità, sul *pactum societatis*, insomma sui temi e sui valori che da Platone ad Agostino, da Tommaso a Hobbes e Grozio, da Rousseau a Kant, a Weber, fino al contemporaneo sono stati oggetto di meditazione e di discussione.

Ecco perché anche al giurista positivo interessa riprendere il discorso di Strauss.

Esso costituisce un referente fondamentale per due ragioni concorrenti: la riscoperta dell'etica politica e dell'etica della persona; l'affermarsi dei diritti umani.

In entrambi i casi la costruzione di un diritto naturale astorico (ovvero di un senso innato di giustizia) e di un fondamento positivo alla protezione della persona in quanto tale sono fattori ineliminabili del modo di sentire il diritto e la giustizia oggi, quale aspirazione ad attingere un modello di diritto razionale ed umano, rispettoso della dignità della persona e delle libertà individuali.

Nel panorama degli studi gius-filosofici il filone del diritto naturale ha

Dai primi scritti egli rilegge criticamente i grandi pensatori di origine ebraica: snudia Jacobi (1925), il conflitto di sionismo e antisemitismo (1923), Cohen e Spinoza (1924), le Sacre Scritture (1925) e soprattutto Moses Mendelssohn (1931-1932). È infatti (dal 1925 al 1932) assistente all'Accademia di studi ebraici di Berlino, e contribuisce all'edizione nazionale degli scritti filosofici di Moses Mendelssohn.

Questo amore, senza iatanza, senza preconcetti, senza complessi di superiorità, lo seguirà per tutta la vita. D'altra parte, il suo colloquio con i saggi della storia sembra un fiore che si rigenera continuamente: le pagine che dedica a Maimonide (Avviamento allo studio della « Guida degli incerti », in *Liberalismo antico e moderno*, cit., pag. 177) sono così belle da apparire quasi toccanti. Nel 1932, poco prima dell'avvento del nazismo si trasferisce dapprima in Francia come borsista della Fondazione Rockefeller; pubblica studi su di Hobbes, Maimonide, Farabi, e poi raggiunge gli Stati Uniti, infoltendo la schiera degli esuli colà rifugiati e fondando una vera e propria scuola di pensiero politico-filosofico, prima a New York, presso la New School of Social Research fino al 1949, nella quale si erano raccolti i maestri più illustri, e poi all'Università di Chicago dove insegna fino al 1968. E qui appunto approfondisce il pensiero di Socrate, Platone ed Aristotele, e ancora Hobbes, Locke e Spinoza, esercitando, lui che aveva avuto una formazione idealistica e storicistica, presto ripudiata, una incidenza profondissima sul pensiero nord-americano, tendenzialmente utilitaristico e pratico. Non cessò di dedicarsi agli studi neppure in età avanzata, come dimostra la successione dei saggi, la scoperta di Vico, il ritorno su Socrate, (come cita la prefazione a questo libro, consegnata alle stampe dal St. John's College, Annapolis, Maryland, nel 1970; una chiara ricostruzione del suo pensiero si trova nella introduzione ai saggi postumi ad opera dello stesso Pangle). Strauss non ritornerà più in Europa, e morirà nel 1973.

superato le procelle degli anni Cinquanta e Sessanta, e non si è mai disseccato⁽⁵³⁾.

È lo stesso Viano che riscopre Strauss e i suoi studi su Hobbes, indicando come proprio il nostro Autore abbia considerato per l'appunto Hobbes il vero fondatore della filosofia politica moderna, sostituendo alla nozione di « legge » la nozione di « diritto », inteso come « pretesa soggettiva ». Questa valutazione di Strauss⁽⁵⁴⁾ fu corretta — prosegue Viano — nell'edizione americana⁽⁵⁵⁾ anticipando la primogenitura a Machiavelli.

Le parole che Viano riserva a questo libro sul diritto naturale mi sembrano il migliore commento al pensiero di Strauss:

« Dopo la seconda guerra mondiale Strauss diede forma sistematica a un'interpretazione globale del pensiero politico moderno, alla quale le riflessioni su Hobbes e sul diritto naturale lo avevano condotto. La contrapposizione tra la concezione classica della legge naturale e quella moderna rimase centrale, ed egli vide nello storicismo tedesco e nel suo relativismo l'estrema espressione della crisi alla quale era giunto il soggettivismo inaugurato da Hobbes. Per Strauss il relativismo storicistico tedesco aveva infatti la stessa cultura americana, facendole perdere la fede religiosa nella legge naturale, che aveva ispirato la costituzione degli Stati Uniti; e agenti dell'infezione erano state le scienze sociali. Strauss formulava un'astiosa critica al positivismo giuridico di Kelsen, ma soprattutto conduceva un violento attacco contro Weber, che effettivamente esercitava un'influenza determinante sulle scienze

(53) L'indirizzo cattolico si articola in diverse versioni; di recente è comparsa la traduzione del libro di M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, introduzione di F. D'Agostino, Milano, 1985 che ha una intonazione dichiaratamente tomista; ed è tornato sulla storia del diritto naturale, in modo trasversale, I. Mancini, *L'ethos dell'Occidente*, Genova, 1990, che va alla ricerca delle « radici morali » del diritto, con il recupero della eticità della legge, con il superamento del divario tra etica e diritto propugnato da Grozio, Hobbes, Pufendorf e Spinoza.

Il filone laico è affollatissimo di studi. Sono comparsi i contributi dedicati a questi problemi quasi su ogni fascicolo dei « Materiali per una storia della cultura giuridica » di Giovanni Tarello. Si pensi agli studi di R. Guastini sul pensiero di N. Bobbio in cui la riflessione sul giusnaturalismo assume una posizione centrale (« Materiali », 1979, p. 530 sgg.); agli studi di G. Rebuffa sul pensiero di Ronald Dworkin, tra costituzionalismo e giusnaturalismo (*Materiali*, 1980, p. 209); ma vedi anche *Il razionalismo e lo sviluppo dei sistemi giuridici moderni*, ivi, 1987, p. 629; ancora alle riflessioni di R. Guastini sulla metaetica di U. Scarpelli (*Materiali*, 1982, p. 545) e di S. Castignone su un Hobbes « dal volto umano » (ivi, p. 533); di P. Comanducci su Pufendorf (*Materiali*, 1983, p. 191), di P. Chiassoni sullo stato di natura come inteso da R. Nostick (*Materiali*, 1985, p. 244); di P. Becchi su diritto e natura in Hegel (*Materiali*, 1988, p. 343); di F. Viola su cinquant'anni di studi su Hobbes (*ibid.*, 1989, p. 42) e sempre su Hobbes la riflessione di D. Raphael (*Materiali*, 1989, p. 243) e di C.A. Viano (*Chi ha paura di John Locke?*, *ibid.*, 1990, p. 3).

(54) *The Political Philosophy of Hobbes. Its Basis and its Genesis*.

(55) Chicago, 1952, v. entrambe le prefazioni, con il saggio nella traduzione italiana a cura di Taboni, *op. cit.*, pp. 119 e 129.

sociali americane. Nel quadro storico disegnato da Strauss, S. Tommaso diventava una figura decisiva nella fondazione del pensiero politico moderno, anche se a Machiavelli era riservato l'onore di esserne il vero iniziatore. Ma ora Locke acquistava una posizione di grande rilievo. Questi aveva formulato una teoria della legge naturale assai vicina a quella classica e scolastica, e aveva citato molto spesso Hooker, che di quella teoria era stato importante sostenitore nella cultura anglicana ».

In fin dei conti, scrive ancora Viano, « Strauss faceva propria la contrapposizione del giusnaturalismo moderno alla concezione tradizionale della legge di natura; ma rifiutava qualsiasi tentativo di trovare una risposta ai problemi posti da questa frattura nel recupero di tradizioni storiche o in edifici artificiali. Tutto questo era storicismo dal quale, soprattutto per opera di Max Weber, derivava il peggior « nichilismo »: il fondamento della società non poteva essere ricercato appiattendosi i valori su una realtà storica data o catturandoli in prodotti di ingegneria politica o sociale ».

Perché Strauss privilegia la concezione « antica », « classica » del giusnaturalismo rispetto alla concezione moderna? La radice è nella contrapposizione fra filosofia politica e scienza politica; la filosofia politica offre un criterio per scegliere il migliore o il meno dannoso fra i regimi politici, la cui classificazione tuttora in vigore risale al pensiero antico, e soprattutto a Platone. Secondo Strauss, infatti, la scienza politica moderna risale a Machiavelli. Il criterio non è più il riconoscimento di diritti naturali, ma semplicemente quello della *virtus*, non più intesa in senso etico, ma come « energia ».

Insomma si riafferma la distinzione tra diritto e giustizia; ma nel pensiero antico il diritto deve essere intrinsecamente giusto e quindi esprimere un precetto morale.

Oggi, l'ambiente dei giuristi — ma anche dei filosofi della politica — è più « preparato » a ricevere il messaggio di Strauss. Le sue idee non sono più considerate scandalose.

Norberto Bobbio è tornato sulla distinzione fra legge naturale e legge civile in Hobbes⁽⁵⁶⁾. Anche chi segue John Rawls e il suo contrattualismo non può non misurarsi con le nuove concezioni del diritto naturale⁽⁵⁷⁾. Persino chi proviene da una formazione marxista, ancorché eterodossa, come Agnes Heller, sembra dialogare con Strauss⁽⁵⁸⁾. In apparenza, Heller considera il diritto naturale come un « espediente »; cita il Croce storicista:

« il problema del diritto naturale e dei diritti naturali è che essi non

(56) Torino, 1989, p. 111.

(57) Con Rawls ha fatto i conti anche P. Ricoeur, *Etica e conflitto dei doveri, il tragico dell'azione*, « Il Mulino », 1990, p. 368, indicando i principi di giustizia fondatore di una « vita buona ».

(58) *Oltre la giustizia*, Bologna, 1990.

esistono e non sono mai esistiti, anche se ricorriamo ad essi come se ci fossero e ci fossero sempre stati » (59); ma finisce poi per teorizzare l'esistenza di un « senso della giustizia » in ogni uomo, in ogni gruppo, in ogni cultura, e per la retitudine, nel riconoscimento di doti e talenti, nella profondità emotiva, nei legami personali, le condizioni della « vita buona ».

Una conclusione che sembra risentire proprio dell'inizio del libro di Strauss sul diritto naturale: i valori espressi nella Dichiarazione d'indipendenza nord-americana sono i diritti inalienabili della *vita, della libertà e della ricerca della felicità*. Proprio questo « pronunciamiento » è stato ripreso nella riflessione critica che l'anno scorso si è coralmente dedicata alla Rivoluzione francese (60). Anzi, proprio l'occasione del bicentenario ha riportato in auge le idee di Edmund Burke, l'« anti-rivoluzionario » illuminato, di cui Strauss indica, in chiusura del libro, l'importante ruolo nella crisi del giusnaturalismo e nel passaggio dai modelli ideali ai diritti dei singoli (61).

Nell'introduzione a *Diritto naturale e storia* Strauss spiega le ragioni della ricerca: il bisogno del diritto naturale come « metro » del diritto positivo, attraverso l'idea archetipica di « giusto » o « ingiusto », l'obbligo di mirare ad un superiore criterio, che consenta di vagliare gli ideali della nostra società come di ogni « altra »; l'opportunità di approfondire gli studi storici del diritto naturale per studiare « la storia delle idee ». Di qui la sua battaglia contro l'interpretazione storicistica e contro la distinzione weberiana di fatti e valori. Sul primo versante, Strauss osserva che non vi può essere diritto naturale « se tutto ciò che l'uomo può conoscere circa il diritto si riduce al problema del diritto »; anche l'impostazione storicistica può giungere ad ammettere che in un determinato momento l'uomo possa costruirsi una rete di principi di giustizia universali e autentici. E quanto a Weber, nella pur ampia dissertazione, colpisce una considerazione icastica: « l'interdire alla scienza sociale l'uso di giudizi di valore porterebbe a questa singolare conseguenza: che ci sarebbe permesso di descrivere fedelmente le azioni manifeste che si osservano in un campo di concentramento ma non ci sarebbe permesso parlare di crudeltà ».

Strauss trascura sia la ricostruzione storica offerta da Weber sul giusnaturalismo, sia il rilievo che il grande sociologo tedesco riconosce a questo

(59) *Op. cit.*, p. 199.

(60) Mi riferisco in particolare agli interventi di S. Rodotà e S. Veca.

(61) Il dibattito intorno al pensiero laico è oggi riassunto in due volumi che, nel caleidoscopio delle diverse interpretazioni, offrono una chiave di lettura determinante per la comprensione del ruolo dell'etica nella società contemporanea: mi riferisco ad *Etica e politica*, Parma, 1984, e ad *Etica e diritto*, Bari, 1986.

indirizzio di pensiero. In *Economia e società* (62), si può leggere: « tutti i dogmi del diritto naturale hanno influenzato, in misura più o meno rilevante, sia la legislazione che la giurisdizione ». Il che, per chi abbia sensibilità od interesse per il diritto, non è davvero poco.

Non essendo giurista, egli trascura il movimento culturale che ha portato alle codificazioni della fine del Settecento e del primo Ottocento; cita invece le due dichiarazioni dei diritti nordamericana e francese, riconoscendo soprattutto alla prima una matrice giusnaturalistica. In ogni caso, Strauss è interessato alle idee e più alle idee in sé che non al loro cammino nella storia dei popoli e dei fatti istituzionali, dai quali sono attratti invece il giurista e soprattutto il sociologo.

Scavando nelle origini del diritto naturale, Strauss trova risposte ai relativisti: la distinzione tra giusto ed ingiusto « è una mera ipotesi o convenzione umana », e non ci può essere « diritto naturale se i principi del diritto sono mutevoli ».

Ma questo non significa che il diritto naturale sia svuotato di significato: prova solo che « le diverse società hanno nozioni diverse della giustizia, o dei principi della giustizia ».

Vi è una differenza profonda tra diritto naturale classico e diritto naturale moderno: il primo identifica il diritto con la giustizia; il secondo ne accentua le differenze. Di qui la crisi del diritto naturale moderno. Il diritto naturale moderno è trattato in sé e per sé, tolto dal contenuto teleologico e dal diritto positivo; si trasforma in diritto pubblico naturale con la dottrina della sovranità di Hobbes, quella di rappresentanza di Locke, quella della volontà generale di Rousseau; è inteso come preesistente alla società civile; oggi si trasforma nei diritti dell'uomo ed è essenzialmente rivoluzionario. Kant ha trasformato il senso di giustizia e il diritto di natura (*natural right and natural law*) in ciò che è razionale, ma non più naturale; Burke, opponendosi ai principi affermati dalla Rivoluzione francese, che in certo senso costituivano la versione moderna del diritto naturale, ritorna alla concezione pre-moderna. Ma così facendo, ha preparato la strada ai diritti positivi e alla scuola storica.

Non è mio compito discutere il modo nel quale Strauss interpreta le concezioni del diritto naturale nel pensiero greco e medievale; né osservare come (essendo filosofo della politica e non giurista) abbia pressocché ignorato le fonti giusnaturalistiche del diritto romano, nelle sue diverse fasi, nella compilazione giustiniana e nelle interpretazioni medievali e moderne. Forse Strauss pensava che le citazioni delle fonti romane di Hobbes, Locke, Grozio fossero un metro orpello, un comodo schermo per mascherare idee rivoluzionarie fittiziamente ancorate alla tradizione (*vetustas pro lege semper habetur*, egli dice ad un certo punto, nel trattare l'origine dell'idea di diritto naturale).

Strauss, *en passant* accenna all'influsso dell'idea di diritto naturale sul diritto romano, manifestatosi attraverso la penetrazione dello stoicismo nelle opere di Panezio e di Cicerone. Ma forse si sarà chiesto quale rilevanza assumeva allora la teorizzazione dello *ius naturale*: e la « risposta », a quanto sembra di capire dagli attuali esecuti delle fonti, è che essa aveva più una

(62) Vol. III, Milano, 1980, p. 182.

funzione sistematica e ideale che non una funzione pratica. Il che, per la mentalità del giurista romano, che aveva eretto la casistica a sistema interpretativo, era ben poca cosa ⁽⁶⁵⁾.

Il giurista positivo, abituato per lunga data a considerare il *jus positum* come dato da interpretare, da manipolare, da criticare, da riformare, ma anche come unico enunciato autenticamente normativo, assume di solito un atteggiamento disincantato verso il diritto naturale. Ma non può che registrarne la rinascita *sub specie* di « diritti umani ».

Nella celebrazione del quarantesimo anniversario della Dichiarazione universale si è sottolineato come proprio per effetto di queste disposizioni « i diritti dell'uomo costituiscono per la prima volta oggetto di regole internazionali convenzionali » ⁽⁶⁴⁾; è però certo che « la Carta non definisce con precisione il contenuto dell'obbligo internazionale degli Stati » ⁽⁶⁵⁾. In ogni caso queste regole, come le regole della Convenzione europea, sono vero e proprio *jus cogens*, « acquisiscono nella gerarchia delle fonti del diritto il rango proprio delle norme costituzionali e possono essere abrogate soltanto da altre norme di pari forza » ⁽⁶⁶⁾.

Si discute ancora se l'art. 2 Cost. sia norma « chiusa », che rinvia ai diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione e solo ad essi o piuttosto norma aperta, che lascerà penetrare nell'ordinamento i diritti naturali ⁽⁶⁷⁾.

La giurisprudenza interpreta in modo estensivo l'art. 2 della Cost.;

⁽⁶⁴⁾ Per colmare questa lacuna sono fondamentali le pagine di R. Orestano (ora in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 132) il quale approfonisce, con l'ausilio delle fonti, la connessione tra diritto naturale e status della persona, e l'origine dell'idea di diritto soggettivo; ma la bibliografia è vastissima ed occorre menzionare, tra gli altri F. Schulz, *I principi del diritto romano*, a cura di V. Avangio-Ruiz, Firenze, 1946, p. 29; M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Torino, 1990, p. 212. Sull'idea di diritto naturale in Agostino e Tommaso e sul confronto tra le loro concezioni e lo storicismo, la filosofia di Cicerone e il *jus naturale romano* insistono anche Villey e Mancini nelle opere citate.

⁽⁶⁵⁾ F. Pocar, *ne I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, Padova, 1989.

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.*, p. 36.

⁽⁶⁷⁾ La Pergola, *ivi*, p. 41, citando P. Barile, al Convegno del 29 settembre-1 ottobre 1986 organizzato a Roma dal CED della Corte di Cassazione.

⁽⁶⁸⁾ V. Grossi, *Introduzione ad uno studio dei diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; A. Barbera, *Principi fondamentali*, sub art. 2 Cost., Bologna, 1975.

e nel diritto privato si moltiplicano le posizioni soggettive che proprio in questa norma troverebbero il loro fondamento (diritto alla vita, diritto alla riservatezza, all'identità personale, alla salute, ecc.).

Il problema è diventato pressante con l'acuirsi del dibattito sulla bio-etica: i « diritti » dell'embrione, del feto, del malato fisico e del malato di mente, la conservazione del patrimonio genetico, il *living will* e il diritto a non essere oggetto di accanimenti terapeutici, e finanche i diritti degli animali e dell'ambiente sono le nuove immagini dei diritti dell'uomo, la versione moderna del diritto naturale.

In fin dei conti il giurista positivo reagisce alle aggressioni della società moderna con diversi espedienti e con tecniche formali, come è sua abitudine fare: moltiplicando le figure dei diritti soggettivi, tagliando in modo orizzontale, secondo i bisogni e le diverse caratterizzazioni sociali le situazioni della persona (le categorie sociali, i consumatori, i risparmiatori, gli emarginati), conferendo alle corti sovranazionali autorità diretta nell'ordinamento interno attribuendo all'interpretazione una carica additiva che viene alimentata di volta in volta dalla c.d. Costituzione materiale, dalla « coscienza sociale » e finanche dall'equità. Il fatto che si sia formata un'opinione, accreditata dalle corti internazionali secondo la quale i diritti inviolabili, se formulati in modo sufficientemente preciso, sono validi e immediatamente tutelabili anche dinanzi al giudice nazionale, è emblematico dell'ansia di proteggere l'individuo e spia della nuova versione del giusnaturalismo. Certo, si passa attraverso il riconoscimento formale, attraverso enunciati normativi e provvedimenti giuridici. Ma il risultato è questo.

Il diritto positivo non è sempre sufficiente a soddisfare l'esigenza di giustizia: l'effettività delle norme è chiaro indice dello scacco che talvolta esse registrano. Le sacche di schiavitù ancora esistenti, la violenza sessuale, la tortura, le persecuzioni razziali sono segno che i modelli del diritto positivo sono ancora distanti dagli ideali che si ipostatizzano nell'espressione « diritto naturale ». D'altra parte il diritto naturale non è una panacea. Il diritto naturale, immaginario o reale che sia, storicizzato e ideologizzato, continua però a costituire un referente, un'aspirazione, un fine.

La profezia di Piovanini non si è avverata; anzi sembra che il diritto naturale abbia sconfitto la storia: realizzato, decodificato, svuotato nei contenuti, ha continuato il suo cammino passando indenne attraverso due millenni di riflessioni di filosofi, di ideologi e di giuristi.

E sta conoscendo una nuova stagione, che succede a quella dei diritti umani: si è trasformato in un'arma di difesa dell'ambiente contro le aggressioni dell'uomo. Dall'universo antropocentrico qualcuno lo ha trasportato in un universo geocentrico e ha teorizzato il diritto naturale come complesso dei diritti della natura, alla sopravvivenza e alla conservazione delle risorse, rivendicati contro l'opera distruttiva dell'uomo. Gli animali, le piante, gli stessi minerali hanno il loro « diritto naturale ». P. Singer ne parla nella sua *Etica*

pratica (68); e H. Jonas teorizza l'etica della responsabilità (dell'uomo) verso la natura (69). La letteratura in materia sta diventando imponente (70). Accanto alla bio-etica si è poi aperto un fronte del tutto nuovo, l'etica degli affari, in cui si cerca di codificare regole di comportamento dell'*homo oeconomicus* (71).

Insomma, per dirla con Weber, (72) « è difficile pensare che l'influenza latente di inconfessati assiomi giusnaturalistici sulla prassi giuridica possa venir eliminata completamente ».

3. Il metodo assiomatico o il diritto dei « valori », il metodo formalistico e sistematico.

La giurisprudenza degli interessi e la scuola del diritto libero non hanno avuto fortuna in Italia all'epoca in cui si radicarono in altre esperienze, poiché si può rinvenire qualche traccia metodologica di questi indirizzi solo a partire dagli anni sessanta del Novecento.

a) La giurisprudenza dei valori.

Anche la giurisprudenza dei valori, in un imperante clima formalista, ha avuto poco spazio nella nostra cultura. Tuttavia, ai valori — in particolare ai valori costituzionali (politici e giuridici insieme) — ci si deve rifare per apprezzare le tecniche interpretative oggi praticate dai civilisti.

Per i civilisti che non accettano il diritto naturale, i valori sono solo quelli riconosciuti nelle tavole della legge fondamentale, la Costituzione. La legge diviene quindi una « concretizzazione di valutazioni generali » (73). La giurisprudenza dei valori, in questo senso, è una giurisprudenza normativa di valori in quanto i valori non sono estrinseci al sistema giuridico, ma da esso derivano. Nella individuazione dei valori e nella loro applicazione interpretativa il giurista non può prescindere dall'arbitrio: il problema allora diviene quello della costru-

(68) Napoli, 1989.

(69) *Il principio responsabilità*, Torino, 1990.

(70) Per l'esperienza italiana, v. *I diritti degli animali*, a cura di S. Castignone e L. Battaglia, Centro di Bioetica di Genova, 1986; per l'esperienza francese, *L'homme, la nature et le droit*, a cura di B. Edelman e M.A. Hermütte; per l'esperienza inglese, S. Barolommei, *Etica e ambiente*, Milano, 1989.

(71) Come precisa G. Borrie, *Law and Morality in the Market Place*, J. of Bus. Law, 1987, p. 433.

(72) *Economia e società*, cit., p. 184.

(73) H.M. Pawlowski, *Introduzione alla metodologia giuridica*, cit., p. 119.

zione di limiti all'arbitrio dell'interprete. I valori soggettivi dell'interprete debbono cedere ai valori sociali, cioè ai valori riconosciuti dalla maggioranza dei cittadini. Di qui allora il conflitto tra l'orientamento della maggioranza e le richieste della minoranza, tra la collettività e l'individuo.

Oggi nella nostra esperienza è ancora prevalente il metodo formalista.

È appena il caso di sottolineare che con questo termine, talvolta usato in senso spregiativo, si allude al formalismo interpretativo che è il complesso dei metodi che « nel ricavare da una norma un significato ai fini della soluzione di un problema giuridico si affidano ad elementi che si assumono essere intrinseci alla norma (o al sistema di norme) in questione trascurando fattori storici, teleologici, economici, ambientali o, in una parola, fattori (che si assumono) intrinseci » (74). Compito del giurista è dunque quello di enucleare i significati impliciti nelle norme.

I due metodi di cui si è parlato, quello esegetico e quello pandettistico, finiscono così — semplificando il discorso — per convergere: quello esegetico perché ricerca nella disposizione (cioè nel diritto positivo) il significato intrinseco della norma che l'interprete deve esplicitare; quello pandettistico perché ricerca nei concetti ordinanti del diritto il sistema: la coerenza interna di concetti, istituti e quindi regole.

A questo indirizzo si sono opposti via via la giurisprudenza degli interessi, il diritto libero, l'ermetica, il realismo giuridico, il pragmatismo, l'analisi economica del diritto etc.

La concezione del diritto come sistema porta alla dogmatica, nel nostro caso alla dogmatica giuridica, che non ha più come un tempo la pretesa di considerare il diritto come un grande sistema autosufficiente, ma continua non solo a prevalere nella nostra cultura, ma anche a svolgere un ruolo essenziale nella ricerca giuridica. I concetti sistematici, ha scritto uno dei massimi esponenti di questo indirizzo, Luigi Mengoni, « hanno una funzione regolativa dell'interpretazione ai fini dell'applicazione della legge ai casi previsti, tenuto presente che, essendo il giudizio un rapporto tra concetti, sotto una fattispecie normativa, costituita da una connessione di concetti (normativi), si sussumono non tanto dai fatti, quanto concetti (rappresentativi) di fatti » (75). In tal modo si soddisferebbero due esigenze fondamentali, l'una riguar-

(74) Tarello, *op. cit.*, 577.

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

dante la eguale applicazione della legge (che discende dalla applicazione dei medesimi concetti alle fattispecie), l'altra riguardante la certezza del diritto (che discende dalla prevedibilità delle decisioni raggiunte con quel metodo).

La concezione dogmatica del diritto non è però sufficiente a soddisfare le esigenze epistemologiche e pratiche oggi poste dal diritto: essa deve tener conto dei valori che stanno alla base delle disposizioni e della loro interpretazione. I valori contenuti nelle tavole costituzionali che risultano fondative dell'intero ordinamento (76).

L'indirizzo formalista — sistematico è quello praticato dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza e non è quindi il caso di spendervi troppe parole per farlo meglio conoscere. Si riprenderà però il discorso a proposito della metodologia di analisi della giurisprudenza.

4. Il metodo giusrealistico.

Altre tecniche di lettura dei fenomeni giuridici appaiono ricche di suggestioni di utili indicazioni per meglio comprendere la realtà del fenomeno « diritto ».

La concezione formalista non può circoscrivere l'orizzonte del sapere giuridico. Vi sono altre dimensioni da considerare.

Il diritto è, *in primis*, un fatto politico: se ordinamento significa complesso di regole di comportamento, ciò presuppone l'esistenza di una aggregazione sociale e l'esigenza, per tale aggregazione, di darsi delle regole. Per lungo tempo si è ritenuto indiscutibile che questa esigenza fosse connaturale alla stessa esistenza di una società, secondo l'antico broccardo « *ubi societas, ibi ius* ». La storia di Robinson Crusoe è emblematica al riguardo.

Il diritto quindi è un fenomeno sociale, che si esprime nella realtà e deve essere apprezzato con metodi realistici.

La concezione giusrealista del diritto nasce all'inizio di questo secolo e deve essere distinta nella versione scandinava e in quella nord-americana.

(i) La versione scandinava.

La prima risale a diversi autori, tra i quali, Axel Hägerström, Kari

(76) V. Mengoni, *op. cit.*, 97.

Olivecrona, Alf Ross. Il primo muove dalla distinzione tra diritto e magia (fenomeni indistinti nei primordi delle società occidentali). Nella psiche umana, nei comportamenti collettivi, diritto e magia continuano ad influenzarsi reciprocamente: il diritto è ciò che l'immaginario collettivo qualifica come complesso di regole di comportamento; i singoli osservano tali regole convinti che il diritto sia qualcosa di reale, oggettivo, esterno da sé. Il contenuto delle norme viene definito da Olivecrona come un insieme di rappresentazioni di azioni immaginarie da parte di persone determinate, come i giudici, che si rappresentano situazioni immaginarie; applicare il diritto significa quindi riguardare quelle situazioni immaginarie come modelli di condotta per valutare i comportamenti reali; la funzione delle norme è di contribuire alla rappresentazione delle situazioni in cui le azioni desiderate devono essere compiute. Pertanto, le norme non sono comandi e non esprimono la volontà di un mitico legislatore, ma sono imperativi che per convenzione si ritengono vincolanti. Allo stesso modo, i diritti delle persone esistono soltanto nella immaginazione delle persone, nel tempo e nello spazio, in quanto nozioni elaborate dalla mente umana.

Secondo Ross un sistema giuridico razionale è un insieme di regole che determinano le condizioni alle quali la forza fisica sarà esercitata nei confronti di una persona; esso predispone l'autorità cui spetta fare uso della forza; insomma è l'insieme delle regole per l'organizzazione ed il funzionamento dell'apparato coercitivo dello Stato.

(ii) La versione nord-americana.

Un po' più distanti dai modelli concettuali con cui siamo abituati a riflettere sono i giusrealisti nord-americani, che non si possono neppure considerare appartenenti ad una scuola vera e propria. Tuttavia essi presentano alcuni punti in comune, che, muovendo dalla concezione del diritto tipica dei paesi di *common law* come diritto fondato sui precedenti giurisprudenziali, si possono identificare (a detta di Karl Llewellyn) nella concezione del diritto come: processo in continuo movimento inteso non come un fine in sé ma come un mezzo per realizzare scopi sociali; come un sistema meno veloce di quello che domina una società, cosicché è necessario verificare ad ogni momento la corrispondenza del secondo al primo sistema. Jerome N. Frank definisce perciò il diritto come l'insieme delle concrete e specifiche decisioni passate e delle congetture su concrete e specifiche decisioni future: come un sistema di cui è necessario valutare gli effetti.

(iii) *La versione italiana.*

La scienza del diritto diviene in tal modo una scienza sociale: è palese in ciò la concezione sociologica del diritto propria di Max Weber e di Eugen Ehrlich.

Dal punto di vista funzionale, il diritto può essere descritto, secondo Giovanni Tarello, come: l'insieme delle regole che disciplinano in ciascuna società individuata la repressione dei comportamenti socialmente pericolosi; la istituzione e la assegnazione dei poteri pubblici; la allocazione a individui e collettività di beni e servizi. La prima delle funzioni corrisponde esattamente alla concezione giuspositivista; la seconda alla concezione giusrealistica; la terza è propria delle letture sociologiche del diritto, e, in quanto si ricollega anche ai meccanismi economici, è propria della analisi economica del diritto (77).

(iv) *Diritto e sistemi di allocazione del potere e delle risorse.*

In questo senso si possono distinguere sistemi di allocazione generali e sistemi di allocazione non generali. Questi ultimi interessano di meno perché riguardano il caso, il bisogno, il desiderio.

Tra i primi troviamo il sistema di allocazione fondato sugli *status*, tipicamente feudale e tramandatosi fino all'*Ancien Régime*; successivamente, in epoca liberista, il sistema di allocazione è identificato con il mercato: il mercato riflette la libertà economica individuale, l'incremento di produzione di beni, la concorrenza leale quali meccanismi motori di sussistenza e sviluppo del benessere collettivo.

I sistemi di allocazione richiamano la problematica della « giusta » distribuzione e quindi il rapporto tra diritto e giustizia: tema oggi particolarmente vivo, come risulta dall'interesse suscitato dalle opere di Rawls, Nozick, Dworkin, Walzer, Ackerman, Sen.

Dovendosi considerare il diritto fatto per l'uomo e non l'uomo per il diritto, occorre menzionare due altre funzioni: la tutela della persona (intesa nel senso di tutela dei diritti fondamentali) e la promozione sociale. A questi valori si ispira il moderno diritto privato.

(77) Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1963; Castignone, *Diritto, linguaggio, realtà*, Torino, 1996; Pattaro, *Introduzione al corso di filosofia del diritto*, Bologna, 1987; e i saggi sotto il titolo *Contributi al realismo giuridico*, a cura di Pattaro, Milano, 1982.

5. Il metodo normativo per principi.

Josef Esser pubblica nel 1956 a Tubinga (78) un'imponente opera su « principio e norma nella formazione giurisprudenziale del diritto privato » (79). L'opera è divisa in cinque parti: principi e teorie giuridiche generali, e forme che essi assumono nel diritto privato; i principi nel diritto e loro distinti tipi; tentativi di classificazione e definizione; ruolo dei principi giuridici nella costruzione del diritto privato codificato e nella *judgemade law*; formulazione dei principi giuridici generali da parte del giudice continentale; importanza nel futuro dei principi universali del diritto nelle istituzioni giuridiche sovranazionali.

5.1. *Considerazioni preliminari.*

Lo scopo di Esser enunciato in apertura (cap. 1), consiste nel dare significato e razionalità d'uso ai concetti generali per loro natura vaghi e suscettibili di ogni sorta di abuso (o arbitrio) interpretativo. In altri termini, Esser muove dalla considerazione che il giurista continentale, posto di fronte al problema dell'interpretazione e dell'adattamento di una normativa spesso risalente, è incapace ideologicamente di dare fondamento e limiti all'autorità giuridica del suo « atto di creazione »; una semplice rilevanza dell'impiego dei principi generali lascia trasparire la presenza di principi aventi diversi significati e funzioni di principi didascalici: si registrano principi costruttivi, idee dominanti in un sistema giuridico nazionale, di principi astratti, principi che si ricavano come ratio dei fondamenti del diritto vigente, principi introdotti dalla tradizione, di principi introdotti dalla prassi, principi considerati vincolanti dal sistema politico, principi sostanziali e principi euristici o tecnici, finalmente principi « supremi » che per definizione informano il diritto nella sua « totalità ». Ne risulta che:

(i) non è possibile dare una risposta unitaria alla natura di questi principi; sicché alla fine del secolo scorso, poco prima della redazione del codice civile tedesco la Corte Suprema (Reichsgericht) aveva rilevato che « al legislatore non si può chiedere di esporre tutti i principi generali in articoli di tale chiarezza che da essi possano derivarsi, per semplice deduzione, le conseguenze applicabili a tutti i casi pratici che ricadano sotto la loro operatività » (80);

(ii) il problema del significato e del ruolo dei principi si registra in tutti i sistemi giuridici di cultura affine;

(78) Ed. Mohr-Siebeck.

(79) *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*; v. la versione spagnola a cura di E. Valenti Fioi, ed. Bosch, Barcellona, 1961.

(80) RG I.ZS 2.2.1889, RGZ 24, 50.

(iii) i principi trovano diversa collocazione in un sistema « funzionale », piuttosto che non in un sistema « dottrinale » o teorico;

(iv) se si parla di « sistema », si presuppone che i principi siano inscrivibili in uno schema di logica gerarchica, in cui i principi siano espressi secondo una scala assiologica, e siano riducibili ad un comune minimo denominatore di assiomi universalmente utilizzabili e ricavabili per via di deduzione.

In realtà, questo modo di concepire il sistema viene costruito *more geometrico* sulla base di una concezione delle fonti ormai interessato da una profonda crisi, perché non tiene conto del potere creativo della giurisprudenza (ed. giurisprudenza di principi). Già il Duden⁽⁸¹⁾ aveva messo in luce che molte sono le regole di creazione giurisprudenziale in materia di causalità, di presunzione di colpa, di responsabilità per rischio d'impresa e per attività personali, di doveri generati di protezione, etc.

L'attività del giudice, spesso intrisa di convinzioni tratte dalla terra incognita del diritto naturale, o dalla « coscienza giuridica », è fertile: al punto che negli anni Cinquanta, di fronte alla posizione intransigente e sbrigativa di Nipperdey, volta ad escludere la giurisprudenza dal novero delle fonti del diritto⁽⁸²⁾ si erano sollevate forti critiche⁽⁸³⁾; di qui l'esigenza di compiere una ricerca sul laboratorio giurisprudenziale assistita da rigore scientifico.

Esser sottolinea (nel cap. II) che la giurisprudenza costituisce il terreno naturale dei principi generali: gli studi di comparazione del diritto hanno infatti mostrato come la giurisprudenza continentale esprima una forza creatrice in cui i *principia iuris* assolvono il ruolo di « guide » per la creazione del diritto da parte del giudice: ciò obbliga il giurista a riflettere sulla duplice funzione dei principi nel processo creativo e nella costruzione di « sistemi » giuridici. Il Boehmer ha parlato, a questo proposito, dei principi generali nella prospettiva della creazione giurisprudenziale del diritto *praeter legem* e della interpretazione correttiva del diritto⁽⁸⁴⁾ in una concezione della legge e del potere giudiziario sviluppata a partire dalla realtà del diritto. Egualmente è accaduto in *common law*, ove Roscoe Pound ha distinto la *law in books* dalla *law in action* e questo spunto è stato sviluppato ulteriormente dall'indirizzo giusrealistico (ad es., da parte di Karl Llewellyn), dall'indirizzo sociologico (da parte di Eugen Ehrlich), dall'indirizzo analitico. La prospettiva empirica del *common lawyer* ha agevolato la considerazione della costruzione del diritto positivo attraverso le regole giurisprudenziali, e la considerazione del diritto come « il complesso dei pronostici sul modo in cui agiranno i tribunali »⁽⁸⁵⁾.

(81) *Haftung fuer Schädigung durch Sachen*, Rel. al II Congresso int. di dir. comp. dell'Åja, 1937, p. 216 ss.

(82) V. il commentario al B.G.B. di Enneccerus-Nipperdey, par. 42, I, 1, p. 168, ed. 1952.

(83) Less, *Vom Wesen und Wert des Richterrechts*, 1954.

(84) *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, Tübinga, 1950-1952.

(85) Holland, *Collected Legal Papers*, 1921, p. 173.

In questa prospettiva, appare chiaro come già da più di un secolo divergano le concezioni del diritto quali professate dalla Scuola storica, in cui la giurisprudenza è considerata una appendice deformante della legge, e quelle professate dai *common lawyers* e di poi da alcuni giuristi continentali dell'inizio di questo secolo, secondo cui la giurisprudenza è considerata una fonte funzionalmente normale e necessaria per la creazione di precetti giuridici generali. Correttamente il giurista spagnolo Herzog⁽⁸⁶⁾ ha distinto, seguendo Gény, tra il « potere pretorio » del giudice nel senso antico di potere supplementivo o correttivo del diritto sostanziale, e « forza normativa » di tutta la giurisprudenza giudiziale, che non ha nulla a che vedere con il diritto consuetudinario giurisprudenziale (prassi giuridica). Si è in altri termini registrato un regresso della interpretazione concettuale deduttiva⁽⁸⁷⁾.

Esser dimostra (nel cap. III) come l'indagine comparatistica sia di estrema utilità per chiarire significato e ruolo dei principi del diritto. Si aprono così tre diverse prospettive di indagine:

(i) i principi giuridici nella costruzione degli ordinamenti di diritto privato;

(ii) l'evoluzione dei principi giuridici ad opera dell'attività giudiziale;

(iii) lo spazio dei principi giuridici nei sistemi distinti, quale base della comparazione.

5.2. Concetto e natura dei principi generali del diritto.

Svolte queste osservazioni generali, Esser dà di piglio alla costruzione teorico-sistemica dei principi, e appunto (nel cap. IV) elabora nozioni preliminari su « concetto » e « natura » dei principi. Questa operazione di nazionalizzazione e sistemazione dei principi si contrappone alla concezione sociologico-realistica, propria dei *common lawyers*, che non ne avvertono la necessità. Considerando i principi come espressione di idee naturali, quali imperativi morali, di cui non è necessario decodificare la forza vincolante attraverso le forme storicamente da essi assunte. Non si tratta, avverte Esser, di negare ai principi (le norme che « stanno dietro le altre norme ») il ruolo di « guide » del giurista nell'interpretazione e nella applicazione del diritto, cioè nella risoluzione di casi pratici, ma piuttosto di capire come avviene il processo di positivizzazione e di efficacia normalizzante dei principi. In altri termini, è pure possibile una concezione ontologica del diritto che

(86) *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne*, Quad. 6, *Etudes de dr. priv. e sp.*, Inst. dr. comp. Toulouse, 1942, seguito da Puig Brutau, *La jurisprudence como fuente del derecho*, Barcellona, s.a., ma 1951 o 1952.

(87) Ascarelli, *L'idea del codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, ora in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, pp. 41 ss., 59 ss.

si basi su valori universali⁽⁸⁸⁾; ma non è possibile negare che tali valori siano esposti alla mutevolezza storica.

Per questo Esser distingue tra principi di diritto vigente e principi che diventano generali perché ripetutamente applicati da una giurisprudenza uniforme riguardo alla soluzione di casi simili.

In prospettiva di comparazione, si distinguono: sistemi « chiusi » come vengono presentati i sistemi codificati, e sistemi « aperti », come vengono presentati gli ordinamenti di common law⁽⁸⁹⁾. Occorre però diffidare dalle generalizzazioni: un sistema chiuso può essere problematico, e quindi aperto, e un sistema aperto può non essere suscettibile di evoluzione e non è necessariamente « progressivo ». Il sistema chiuso procede secondo la logica aristotelica: il principio si ricava per deduzione, o per *topoi* della giustizia materiale. Tuttavia, il sistema chiuso è aperto là dove il legislatore costruisce regole contenenti clausole generali, norme in bianco, istituti di creazione recente. Si possono così distinguere:

- (i) principi assiomatici (ad es. libertà contrattuale, oppure relatività del vincolo obbligatorio);
- (ii) principi problematici, o idee basiche nel senso retorico (ad es., l'arricchimento, oppure l'affidamento);
- (iii) principi dogmatici, o meglio, dogmatizzati (ad es., la distinzione tra negozi causali e negozi astratti, oppure l'accessorietà delle garanzie).

In tal modo, molti *topoi* moderni si sono trasformati in elementi concettuali di un complesso deduttivo che funziona logicamente: ciò vale, ad es., nel diritto tedesco per il « rischio d'impresa », per la « violazione positiva del contratto », per la « base negoziale »; per il diritto anglosassone, per concetti storici quali *torts* e *negligence*, *mistake* e *misrepresentation*, etc. E vi sono affinità sistematiche: si consideri, nel diritto tedesco, la sequenza « base negoziale-dissenso-errore nella dichiarazione »; e l'affinità tra la *frustration* nel common law e la teoria della impossibilità-base negoziale, oppure tra la *consideration* e il sinallagma-causa, tra la *nuisance* e la responsabilità da fatto illecito e i rapporti di buon vicinato. Esser precisa, procedendo per approssimazioni successive, che:

⁽⁸⁸⁾ Valori giuridici supremi: così Coing, *Die oberste Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts*, 1947.

⁽⁸⁹⁾ Così Schulz, *Principi del diritto romano*, 1934, trad. it. Arangio Ruiz, Firenze, 1946.

(i) non esiste una gerarchia di principi, come per contro sostiene Simonius⁽⁹⁰⁾;

(ii) il principio non è un precetto giuridico, né una norma nel senso tecnico tradizionale, perché non esprime un comando;

(iii) l'opera della giurisprudenza trasforma i principi pre-positivi in principi e istituti di diritto positivo; nella *case law* il principio non fa parte dell'autorità del precedente, non forma parte della regola vincolante, ma dirige la ratio decidendi. Il lavoro giurisprudenziale rinnova continuamente l'osmosi tra valori etici sostanziali (valori del diritto naturale) in valori formali o istituzionali del diritto.

Di qui la classificazione dei principi, a seconda della loro origine, in:

- (i) principi etici (ad es., autonomia contrattuale, buona fede, etc.);
- (ii) principi logici (pubblicità, numerus clausus);
- (iii) principi dogmatici o tecnici;
- (iv) principi di politica del diritto.

5.3. L'importanza dei principi costituzionali positivi nella creazione giurisprudenziale.

La modernità della prospettiva di Esser si rivela anche nell'impiego che l'A. fa dell'interpretazione costituzionale, a pochi anni dalla approvazione della Legge fondamentale: la sua ricerca è del 1956, la costituzione tedesca è del 1949; modernità tanto più rimarchevole in quanto il ricorso alla normativa costituzionale da parte dei privatisti italiani prende corpo solo alla fine degli anni Sessanta.

Esser ha chiara la distinzione tra positivismo giuridico e positivismo sociologico: pur apprezzando i risultati del realismo giuridico, non apprezza il suo « behaviorismo » giudiziale. Considerando la funzione dei principi, egli distingue ancora tra (i) principi « immanenti » (che i giusnaturalisti vogliono intravedere nelle disposizioni fondamentali di un ordinamento) e (ii) principi « informativi » (che sono guide per l'interprete).

E sottolinea che:

— tra i principi, pur di diversa origine e funzione, vi è una tensione polare, sicché principi-valori si trasformano in principi-dogmi o strumenti tecnici, e così via;

⁽⁹⁰⁾ Ueber Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts. Festgabe der ZSR '100 Jahre Schweizerisches Recht, 1952, p. 240.

- i principi possono esprimere valori antinomici;
- i principi possono non essere scritti.

5.4. Tentativi di classificazione dei principi. La classificazione funzionale e comparatistica.

A questo punto Esser, che già ha anticipato alcuni raggruppamenti dei principi, si propone di individuarne una classificazione razionale. Egli perciò distingue: (i) principi istituzionalmente efficaci, che sono i principi che si sono materializzati in istituti positivamente riconosciuti, come il principio di arricchimento, la responsabilità per colpa, l'obbligo di collaborazione, l'inversione dell'onere della prova; (ii) principi costruttivi, che servono per la formazione di nuove regole giudiziali nel traffico giuridico; si tratta di principi informativi, o guide, come l'abuso del diritto, possesso vale titolo, il rischio nella responsabilità civile. Questa distinzione può essere formulata anche in altri termini e cioè in: (iii) principi del diritto (in senso sostanziale) e principi giuridici (od orientativi).

Esser ci avverte dei rischi in cui può incorrere l'interprete che ragioni in termini assiomatici, e cioè di ritenere che ad ogni norma corrisponda un principio, che sia principio solo quello che emerge dal testo normativo, che ogni principio abbia un ambito di operatività ben circoscritto. La realtà smentisce questi assunti, perché le massime possono avere natura logica (*in rem transferre potest quam ipse non habeat genera non pereunt*), oppure riflettere sentimenti di equità (*ubi evolutum, ibi onus*), oppure avere funzione curistica, di sistemazione scientifica o giudiziale (*condictio*).

Anche se i principi non si possono considerare « regole giuridiche » in senso proprio, tuttavia essi costituiscono, come ratio legis, un diritto positivo possibile.

Esser apprezza perciò la classificazione assai simile di Sverduti⁽⁹¹⁾ che distingue: principi scientifici, principi normativi, principi informativi, regole dell'arte, assiomi di logica, massime e regulae iuris; apprezza altresì la classificazione di Pound⁽⁹²⁾, in rules (o regole di diritto in senso stretto, cioè normative), principles (o principi di diritto materiale, o patterns), legal conceptions (o concetti giuridici), doctrines, standards, e tuttavia rileva che questa distinzione non è generalizzabile a tutti i sistemi giuridici, essendo condizionata dalla struttura tipica del common law; critica invece la classificazione di Hedemann⁽⁹³⁾, che isola regole aderenti ad un supposto di fatto, clausole generali e principi giuridici.

(91) *L'individuo nel diritto internazionale*, 1950.

(92) *Philosophy of Law*, 1943.

(93) *Die Flucht in die Generalklauseln*, 1933, p. 53.

5.5. (Segue): La classificazione secondo le forme di pensiero (assiomatiche, problematiche).

È su questo piano — precisa Esser nel cap. VII — che si possono distinguere i principi « del diritto », tanto formale quanto sostanziale, dai principi « giuridici », che sono i principi di applicazione tecnica (technè, ars legis). L'indirizzo storico vede nei principi la base per la nascita stessa del diritto oggettivo a partire dalla esperienza giurisprudenziale; la concezione sociologica vede nelle regole applicate l'espressione di una tecnica processuale, un fattore di carattere costitutivo che si concreta nella creazione di regole oggettive, di disposizioni positive soggette al mutamento. Ancora differente è la distinzione tra principi di giustizia e principi giuridici⁽⁹⁴⁾. Tuttavia, quest'ultima classificazione si riferisce ad un problema affatto diverso, perché investe i rapporti tra diritto e giustizia; qui invece, Esser sottolinea che sia i principi di diritto sia i principi della tecnica applicativa debbono considerarsi unitariamente, come principi generali di egual valore e di eguale dignità. Anche i principi tecnici sono principi di diritto, né più né meno immanenti e genuini come i principi espressi da un codice civile. In altri termini i principi tecnici, interpretativi, anche se si presentano come regole di routine, create dai pratici, sono sempre principi di diritto. Si deve cioè abbandonare il pregiudizio secondo il quale solo le norme sono regole di condotta e non anche principi per la elaborazione e la creazione del diritto. Sono principi interpretativi universalmente riconosciuti:

il principio di rispetto del testo; il principio della remissione alla volontà delle parti; il principio della interpretazione secondo lo scopo (della legge, del contratto, dello statuto); il principio di indipendenza e unità, con le possibilità e i limiti della interpretazione sistematica; il principio di integrazione del testo mediante il ricorso ai principi generalmente riconosciuti, agli usi del traffico giuridico, alla buona fede; il principio del rispetto dei diritti quesiti.

5.6. La relazione tra principio, norma, fonte del diritto.

I principi del diritto sono regole di diritto positivo o solo guide interpretative? Si deve a Vittorio Scialoja il primato della qualificazione dei principi di diritto come norme di diritto positivo⁽⁹⁵⁾; Esser osserva che i principi del diritto esplicano sia l'una sia l'altra funzione: sono regole di diritto positivo, ancorché non siano regole precise e indipendenti, sia le concezioni, giuridiche generali, sia le *ratioes legis*, sia i principi di valore e costruttivi di un sistema, sia i principi di etica e di giustizia; ma sono anche principi informatori degli organi che creano il diritto. E perciò sono anche fonti del diritto, perché appartengono al

(94) Del Vecchio, *Ann. Phil. dr.*, 1934, p. 20.

(95) Camerino, 1880.

corpus iuris. Se per fonte del diritto si intende il processo di positivizzazione di una regola, essi sono più esattamente fonti di cognizione del diritto.

A questo punto, diviene necessaria una precisazione sul modo di essere dei principi negli ordinamenti codificati e negli ordinamenti non codificati.

Negli ordinamenti codificati (cap. IX) i principi acquistano, agli occhi del legislatore e dell'interprete che si fa mero esegeta, un ruolo marginale: il sistema giuridico è concepito come un sistema costruito con procedimenti deduttivi sulle regole di codice; tipica di questo atteggiamento è l'ostilità nei confronti dell'attività interpretativa del giudice. I principi sono considerati strumento complementare, per colmare le lacune dell'ordinamento; perciò lo stesso legislatore si preoccupa di disciplinarli ⁽⁹⁶⁾.

Questo modo di intendere i principi trascura sia il ruolo della giurisprudenza, che crea regole proprie, sia la gerarchia e la molteplicità dei fattori che entrano nel corpus iuris (capp. X-XIII).

Ma la seconda breccia nel sistema deduttivo è data dalla presenza nel testo normativo di clausole generali, di norme in bianco e di standards. Solo la casistica ci dice che cosa è il diritto. Sono innumerevoli gli esempi (che lo stesso Esser porta, nei diversi ordinamenti) di creazione giudiziale di principi e regole, come l'arricchimento, il patrimonio separato, etc. Nei sistemi di *common law* i principi sono principi di protezione giuridica, pratici, sviluppati induttivamente dalla soluzione del caso e del problema, e concretati in massime e dottrine secondo lo stile della tecnica retorica ⁽⁹⁷⁾. Mancano quindi principi costruttivi e nessi concettuali nel senso assiomatico: il sistema giuridico è aperto, come quello proprio dei Romani. I *principles* del *common law* assolvono perciò ad una triplice funzione:

(i) sono punto di partenza del ragionamento giuridico, che è necessariamente problematico, e sono *topoi* nel senso della casistica retorica;

(ii) sono la regola del caso concreto;

(iii) sono la ricapitolazione di natura euristica della *ratio iuris*, cioè la constatazione del diritto positivo.

⁽⁹⁶⁾ Par. 7 A.B.G.B., art. 15 cod. civ. albertino, art. 3 cod. civ. it. del 1865, art. 6 del cod. civ. spagnolo, art. 3 cod. civ. giapponese, art. 565, 1135, 1854 code civil.

⁽⁹⁷⁾ Jolowicz, *Roman Regulae and English Maxims*, ne *L'Europa e il diritto romano*, vol. I, Milano, 1953, p. 213 ss.

Vi è un punto di contatto tra sistema problematico e sistema assiomatico: il principio domina l'interpretazione della norma e della *rule*, ossia orienta la preselezione e il riconoscimento dei fatti giuridicamente rilevanti nella situazione data, e la tradizione del precedente. Anche in *common law* — sottolinea Esser — i principi non sono solo guide, ma sono parte costituente del diritto positivo.

Allo stesso modo, sia nel modello di sistema assiomatico sia nel modello di sistema problematico la regola in quanto tale non è una « disposizione indipendente » dell'ordinamento, bensì il suo contenuto normativo è sempre fissato dai principi dell'ordinamento generale e dalla giurisprudenza.

Anche nei sistemi chiusi rileva la creazione giudiziale del diritto, a dispetto della concezione tradizionale secondo la quale il giudice non crea ma applica una regola già esistente: non è possibile distinguere i principi di interpretazione applicativa dai principi generali: anche nel procedimento di sussunzione si presuppone sempre una precomprensione della norma; la legge positiva esige un lavoro complementare della giurisprudenza che parte dai principi; la giurisprudenza assolve il compito di dar forma alla regola. Vi è dunque una correlazione stretta tra principio di un sistema assiomatico e precedente di un sistema problematico.

Contro i giusrealisti, che considerano la casistica come un « puntiglioso decisionista » Esser osserva che la casistica è data dal distacco frammentario di regolarità costanti che il caso consente di conoscere; la legge è solo un documento il cui contenuto è conoscibile attraverso la casistica.

Vi è quindi una evoluzione parallela dei sistemi chiusi e dei sistemi aperti, verso il riconoscimento del pluralismo delle fonti (cap. XIV).

5.7. Il ruolo della dottrina.

In questo processo che ruolo svolge la dottrina? Esser (nel cap. XV) precisa che anche la dottrina esprime una forza legislativa: però essa non si esplica nella creazione diretta degli elementi di un ordinamento, bensì si limita ad offrire al legislatore e al giudice gli elementi formativi di norme, di principi, di concetti, di categorie e idee sistematiche e di metodo (c.d. *leges artis*): funzione assolta sia nei sistemi continentali sia nei sistemi di *common law*. La dottrina costruisce quel che la concezione tradizionale definisce il « substrato del diritto »: ma sarebbe grave errore ritenere che il substrato non sia, esso stesso, diritto. La dottrina non è solo un fattore di realizzazione di principi e norme latenti: con le sue teorie, con i suoi concetti e con il suo metodo la dottrina offre l'inquadramento delle idee e del modo di pensare nella pratica.

Inoltre, la dottrina crea il « sistema », con il coordinamento degli istituti e con i suoi concetti dogmatici. Ma gli istituti e i concetti sono relativi, storicamente e geograficamente.

I principi del diritto non si possono codificare, né sono immutabili, né possono isolarsi in principi supremi, né si possono sublimare. Si possono però individuare principi comuni ai diversi ordinamenti (cap. XVI-XVII). Ne sono esempio i principi del diritto internazionale privato e i principi applicati dalle corti arbitrali internazionali (e il tentativo di codificazione dei principi del commercio internazionale compiuto dall'Unidroit proprio nel 1994-1995 ne è piena prova).

Il diritto comparato serve perciò ad identificare principi comuni o universali, isolati secondo la loro funzione (con i metodi della interpretazione teleologica). La comparazione registra le affinità: non è necessario che si tratti di affinità di struttura, ma è necessario che si tratti di affinità di scopi, cioè di affinità funzionali (cap. XVIII); anche le categorie concettuali possono essere diverse; ciò che rileva è registrare, là dove sia possibile, concezioni identiche occultate dall'eterogeneità delle forme mentali. Le concezioni giuridiche generali, in un diritto universale, sono prive di struttura positiva, ma costituiscono l'essenza, la differenza essenziale, la comparabilità di istituti di diversa origine e configurazione.

Questa continuità si registra soprattutto nei postulati etico-giuridici: la diffusione della teoria dell'abuso del diritto, della mora accipiendi, della esigibilità del sacrificio ne sono espressione. Allo stesso modo, il principio dell'affidamento, i limiti di ordine pubblico all'autonomia contrattuale, l'attuazione del rigore della certezza giuridica da parte della buona fede, indicano, nel campo contrattuale, linee convergenti nei diversi sistemi. Non ci si deve quindi sorprendere del fatto che si possa parlare di principi universali conosciuti dalle nazioni civili. Queste concezioni giuridiche parallele, che evolvono nel tempo, sono le linee della costruzione dei diritti privati nazionali che diventeranno, grazie al coordinamento delle giurisprudenze nazionali, e allo sviluppo di una giurisprudenza fondata su leggi sovranazionali, il corpus di un diritto universale.

6. « Diritto e letteratura ».

6.1. *Binomio, dilemma o altro?*

I titoli come i nomi, sono premonitori: non solo creano aspettative nel lettore o nell'ascoltatore, ma sono il frutto delle scelte dell'ordine del discorso. Ora, se si sceglie di giustapporre il diritto alla letteratura, così facendo si lascia trasparire una concezione di fondo, secondo la quale per l'appunto il diritto e letteratura sono due entità (nozioni, categorie) tra loro distinguibili; questa distinzione è accolta acriticamente dai più, e sembra così appartenere al senso comune. Ma alla contrapposizione si può pervenire quale risultato di un processo co-