

Stefano Vinci

Riflessioni sulla rivalutazione della giurisprudenza nella scienza giuridica italiana postbellica

*Considerations about the re-evaluation
of case law in postwar Italian legal science*

Invero non si può affermare di conoscere un sistema giuridico (come complesso di attività giuridiche), non si può affermare di averne «scienza» e di poterne controllare (e, se del caso, dirigere) i moti, se non se ne conosce la giurisprudenza, sia essa o meno, in quel sistema, una fonte formale di diritto, sia essa o meno un'attività creatrice di diritto.

Gino Gorla

ABSTRACT: The essay analyses the debate on legal certainty that has developed in Italy with great vivacity since the 1950s. After the fall of Fascism and the end of the Second World War, in fact, Italian legal science felt the need to reaffirm the cult of legality against the dangers arising from the uncertain application of Anglo-American case law. This theory underwent, however, in the course of the following decades, a sensitive temperament that led to consider the case law an important instrument for adapting the law to the concrete reality, which guaranteed the development of the law and prevented its obsolescence.

KEYWORDS: Case law; Italian legal science; Post-war Italy

SOMMARIO: 1. La certezza del diritto nell'Italia postbellica - 2. La critica alle teorie di Jerome Frank - 3. La ricerca di una «legalità a tutti i costi» - 4. La funzione della giurisprudenza nello sviluppo del diritto.

1. *La certezza del diritto nell'Italia postbellica*

I recenti studi sulla storia della giurisprudenza¹ hanno consentito di porre in evidenza i possibili traguardi a cui può condurre l'indagine sugli arresti giurisprudenziali² quale angolo di osservazione assolutamente privilegiato per cogliere le dinamiche di elaborazione della norma giuridica, intesa come diritto vivente e le fonti del diritto utilizzate rispetto all'edificio sistematico del diritto positivo³. Infatti, attraverso lo studio delle sentenze è possibile effettuare una efficace e concreta comprensione del diritto vivente, in una particolare epoca storica ed in un determinato contesto politico e sociale⁴.

¹ Tra i più recenti contributi in materia segnalo F. Mastroberti (cur.), *Tribunali e giurisprudenza nel Mezzogiorno. I. Le Gran Corti Civili (1817-1865): Napoli e Trani*, Napoli 2010; S. Gentile, *L'applicazione del Code de commerce in Calabria e l'emersione di un interessante tassello inedito relativo alla Commissione di Murat del 1814*, in «Historia et Ius», 5/2014, paper 5; A. Cappuccio, «L'assoluta necessità» delle eccezioni: *Gran Corti e procedure criminali tra norma e prassi nella Sicilia dei Borbone*, in F. Colao, L. Lacchè, C. Storti (curr.), *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e novecento Modelli ed esperienze tra integrazioni e conflitto*, Milano 2015, pp. 299-322; G. Pace Gravina, *Il codice insanguinato. Lo statuto penale militare per lo Regno delle Due Sicilie del 1819 e la repressione delle insurrezioni siciliani dell'Ottocento*, ivi, pp. 273-298; F. Mastroberti - S. Vinci (curr.), *Le Supreme Corti di Giustizia nella storia giuridica del Mezzogiorno*, Napoli 2015; M. Riberi, *La giustizia penale nel Piemonte napoleonico. Codici, Tribunali, Sentenze*, Torino 2016; C. Ciancio, *Il momento della morte come evento giuridico*, Bologna 2017; S. Solimano, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino 2017; P. Mastrolia, *L'ombra lunga della tradizione. Cultura giuridica e prassi matrimoniale nel Regno di Napoli (1809-1815)*, Torino 2018; S. Vinci, *La giustizia penale nelle sentenze della Cassazione napoletana (1809-1861)*, Napoli 2019.

² Sul significato dei termini «precedente» e «giurisprudenza» cfr. V. Marinelli, voce *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VI, Milano 2002, p. 871 ss.; M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2007, p. 709 ss. (anche in edizione autonoma nella collana: Università degli Studi Suor Orsola Benincasa – Lezioni Magistrali, Napoli 2007) e, da ultimo, L. Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino 2018, p. 185 ss.

³ Cfr. L. Montazel, *Entre fait et droit: histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIX^{ème} siècle*, Frankfurt am Main 1998; M. Meccarelli, *Identità e funzione delle Corti Supreme in Europa al tempo delle codificazioni*, in «Quaderni Fiorentini», n. 28 (1999), pp. 1147-1167; F. Mastroberti, *Gli avvocati e la Cassazione unica (1865-1872)*, in S. Borsacchi – G.S. Pene Vidari (curr.), *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, Bologna 2014, pp. 733-760.

⁴ Cfr. F. Mastroberti, *Le Gran Corti Civili del Regno di Napoli (1817-1865)*, in Id. (cur.), *Tribunali e giurisprudenza nel Mezzogiorno*, cit., pp. 1-97; Id., *Storia giuridica e giurisprudenza: prospettive di lavoro*, in F. Mastroberti – S. Vinci (curr.), *Le Supreme Corti di Giustizia*, cit., pp. 9-20.

Sul punto, i pionieristici studi storico-comparatistici svolti da Gino Gorla⁵ negli anni Sessanta (a cui hanno fatto seguito in Italia primi interessanti lavori su tribunali, giudici e sentenze⁶) hanno rivelato la difficoltà per il

⁵ Mi riferisco in particolare a G. Gorla, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per l'interpretazione delle sentenze*, in «Foro italiano», 1964, V, pp. 73 ss.; Id., «Ratio decidendi», principio di diritto (e «obiter dictum»): a proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell'offerta contrattuale, ivi, pp. 89 ss. (e in *Studi in onore di Antonio Segni*, II, Milano, 1967, pp. 387 ss.; Id., *Offerta «ad incertam personam» (Saggi per un nuovo tipo di nota a sentenza)*, in «Foro it.», 1965, I, pp. 433 ss.; Id., *Comunicazione e comunicabilità della scienza giuridica e della giurisprudenza italiane*, ivi, V, pp. 68 ss.; Id., *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella common law. Riflessi di tale struttura nell'interpretazione della sentenza, sui «Reports» e sui «Dissenting»*, in «Giur. it.», 1965, I, 1, cc. 1239 ss.; Id., *Note sull'interpretazione integrativa e suppletiva (in diritto e in fatto) della ratio decidendi, e sul precedente giudiziale implicito*, ivi, 1966, I, 2, pp. 563 ss.; Id., *Raccolte di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in «Quad. Foro it.», 1966-1969; Id., *I grandi tribunali italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia*, Roma 1969; Id., *L'origine e l'autorità delle raccolte di giurisprudenza*, in *Annuario di Diritto Comparato e Studi Legislativi*, vol. XLIV (1970), fasc. 1 e 2, pp. 4-23.

⁶ Cfr. U. Petronio, *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano 1972; F. de Franchis, *L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di «civil law» e di «common law» (accenni comparatistici)*, in «Contratto e impresa», 1986, pp. 91-103; G. Sbisà, *Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)*, in «Contratto e impresa», 1988, p. 519 ss.; A. Romano, *Tribunali, giudici e sentenze nel «Regnum Siciliae» (1130-1516)*, in Aa. Vv., *Judicial records, Law Reports and the Growth of Case Law*, Berlin 1989, pp. 211-301; G.P. Massetto, *Sentenza (diritto intermedio)*, in «Enc. dir.», XLI (1989), cc. 1200-1245; V. Piergiovanni, *Una raccolta di sentenze della Rota civile di Genova nel XVI secolo*, in M. Sbriccoli e A. Bettoni (curr.), *Grandi Tribunali e Rote nell'Italia di antico regime*, Milano 1993; R. Savelli, *Tribunali, «decisiones» e giuristi: una proposta di ritorno alle fonti*, in G. Chittolini, A. Molho, P. Schiera (curr.), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, Bologna 1994, pp. 397-421; M. Taruffo, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1994, pp. 19 ss.; Id., *Dimensioni del precedente giudiziario*, ivi, pp. 411-430; C.M. Moschetti, *Caso fortuito, trasporto marittimo e assicurazione nella giurisprudenza napoletana del Seicento*, Napoli 1994; M. Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1995; P. Casana Testore, *Un esempio di corte suprema nell'età del diritto comune. Il senato di Piemonte nei primi decenni di attività*, Torino 1995; F. Mancuso, *Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII note in margine a studi recenti con il testo di una sentenza del 1229*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», XLIX (1995), n. 1, pp. 285-310; M.N. Miletta, *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le «decisiones» di V. de Franchis*, Napoli 1995; Id., *Stylus iudicandi. Le raccolte di «decisiones» nel regno di Napoli in età moderna*, Napoli 1998; M. Tita, *Sentenze senza motivi. Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai dispacci del 1774*, Napoli 2000; L. Sinisi, *Giustizia e giurisprudenza nell'Italia preunitaria. Il senato di Genova*, Milano 2002; M. Meccarelli, *Le corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano 2003; Aa.Vv., *Themis. Tra le pieghe della giustizia. Percorsi storici raccolti da Aurelio Cernigliaro*, Torino 2009. Preziosi anche i contributi in materia contenuti nel vol. XL dei

giurista italiano, e soprattutto per lo storico del diritto, di muoversi in questa direzione di matrice anglosassone rispetto alla ben consolidata strada dello studio dei codici e delle leggi secondo una consuetudine tutta europea⁷.

La diffidenza ad addentrarsi in questo insidioso campo derivava – come avevano argutamente osservato Andrea Torrente e Gino Gorla negli anni Sessanta, sotto gli stimoli derivati dalla appassionata lettura delle pagine di Oliver W. Holmes e Benjamin N. Cardozo, esponenti del realismo giuridico americano⁸ – dall'incertezza del diritto, cui i diversi e difformi orientamenti della giurisprudenza potevano dar luogo⁹. Ed infatti, il problema della incertezza del diritto andava colto proprio nella mutevolezza e contingenza della giurisprudenza, come ben intuito dall'anti-formalista Jerome Frank, che nel volume *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, edito nel 1949, avrebbe affermato la teoria del *fact-skepticism* che contrapponeva le norme giuridiche alla loro concreta applicazione in sede processuale¹⁰:

For most of those decisions, resulting from idiosyncratic reactions to orally-testifying witnesses, express unique and hidden norms – individual, personal, norms – which, varying from judge to judge, lack uniformity and are therefore peculiarly subjective. It is this kind

«Quaderni fiorentini» (2011) dedicato al tema: *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*.

⁷ Sull'argomento rinvio ai recenti studi di M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari 2013; Id., *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna 2016; Id., *Scienza giuridica e idea di codice tra fine Ottocento e inizi Novecento*, in «Historia et Ius», 12/2017, paper 1.

⁸ Sull'argomento cfr. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962; S. Castignone (cur.), *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, Bologna 1981; W.W. Fischer, M.J. Horwitz, T. Reed, *American legal realism*, New York 1993; G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, Roma-Bari 2001, pp. 289 ss.; S. Castignone, C. Faralli, M. Ripoli (curr.), *Il diritto come profezia: il realismo americano: antologia di scritti*, Torino 2002; C. Faralli, *L'eredità del realismo giuridico americano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 36 n. 1 (2006), pp. 119-126; M.A. Rea-Frauchiger, *Der amerikanische Recht realismus: Karl N. Llewellyn, Jerome Frank, Underhill Moore*, Berlin 2006; G.E. White, *The American judicial tradition: profiles of leading American judges*, Oxford 2007; F. Todescan, *Il caso serio del diritto naturale: il problema del fondamento ultimo del diritto nel pensiero giuridico del sec. XX*, Padova 2011; F. Schauer, *Legal Realism Untamed*, in *Texas Law Review*, vol. 91 (2012-13), pp. 749-780.

⁹ G. Gorla, *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia. Introduzione*, in «Quaderni de Il foro italiano», a. LXXXXI (1966), vol. LXXXIX, cc. 5-16 e nt. 18.

¹⁰ C. Faralli, *Certezza del diritto o diritto alla certezza*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1 (1997), pp. 89-104.

of subjectivity which has been ignored by the legal thinkers who minimize the difficulties of criticism and prediction of decisions¹¹.

Secondo questa impostazione – che riprendeva dal giudice Holmes la tesi fondamentale della riduzione, senza residui, del diritto alla decisione del giudice¹² – l'attività di accertamento del fatto costituiva un elemento irrimediabile di incertezza che passava attraverso la pratica del giudizio frutto di ragionamenti non riconducibili a canoni tradizionali¹³, sui quali avevano diretta influenza le numerose peculiarità del singolo giudice, i cui atteggiamenti ed abitudini intervenivano sovente nelle decisioni. Ed infatti, osservava Frank nel volume *Law and modern mind*, edito a New York nel 1930, che: «The peculiar traits, disposition, biases and habits of the particular judge will, then, often determine what he decides to be the law»¹⁴.

Le idee estremiste di Frank – che avevano una ragione politica nella necessità di suggerire significative riforme processuali nel panorama giudiziario americano di quegli anni¹⁵ – incontrarono forti resistenze nell'Italia del dopoguerra, dove dominavano le mitizzazioni liberali della legalità e della certezza del diritto¹⁶, proprie della tradizione illuministica e risorgimentale¹⁷, anche se si facevano strada diffidenze verso lo statalismo moderno ed il monismo delle fonti, che rivendicavano il ruolo primario e creativo del giurista e del giudice¹⁸, già avvertite fin dagli anni Venti del Novecento¹⁹, quando aveva cominciato a trovare spazio l'idea di un

¹¹ J. Frank, *Courts on trial. Myth and reality in American justice*, Princeton 1949, p. 180. Secondo l'Autore la certezza del diritto doveva considerarsi un mito e la sua continua ricerca sarebbe derivata da un inconscio bisogno psicologico di ricerca dell'autorità paterna.

¹² Così N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in «Riv. int. fil. dir.», 1951, pp. 146-152 (147).

¹³ Così M. Ripoli, *L'estremismo di Jerome Frank*, in S. Castignone, C. Faralli, M. Ripoli (curr.), *Il diritto come profezia*, cit., p. 302.

¹⁴ Cfr. la recente riedizione del testo in J. Frank, *Law and modern mind*, New Brunswick - London 2009, p. 119.

¹⁵ Cfr. R.J. Glennon, *The Iconoclast as Reformer: Jerome Frank's Impact on American Law*, New York 1985.

¹⁶ Così P. Grossi, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, p. 96 e Id., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, p. 279.

¹⁷ P. Grossi, *Stile fiorentino*, cit., p. 151. Cfr. G. Tarello, *A proposito di un libro del Frank*, in «Riv. int. fil. dir.», a. XXXIV – Serie III (1957), pp. 464-467; Ripoli, *L'estremismo di Jerome Frank*, cit., p. 302.

¹⁸ P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 275 ss.

¹⁹ Osserva F. Mastroberti, *Il «culto» della sentenza tra Ottocento e Novecento: dalle raccolte*

diritto al di là della positività²⁰ nell'ambito del dibattito sulla completezza dell'ordinamento giuridico²¹, che vide protagonisti, tra gli altri, il giovane Tullio Ascarelli²², di cui si dirà appresso. Tali nuove prospettive (frutto di un'ampia discussione sul tema dell'interpretazione della legge e del ruolo del giudice avviata nel secolo precedente²³) avevano iniziato a fare breccia nel rigido tradizionalismo positivista italiano sotto l'influenza delle istanze critiche provenienti dalla scuola tedesca del diritto libero²⁴ ed avevano

di giurisprudenza alla nota a sentenza, in «Historia et Ius», 14/2018, paper 9, che di fronte alla crisi dello Stato e della legge – descritta dal Santi Romano della sua famosa prolusione pisana del 1909 (S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella R. Università di Pisa letto il 4 novembre 1909 dal prof. Santi Romano*, in «Riv. Dir. Pub.», 1910, pp. 87 e ss.) – il giudice e la giurisprudenza divennero ancora di salvezza degne della massima considerazione da parte della dottrina che, anche sotto la spinta di suggestioni provenienti d'Oltremarica e d'Oltreoceano, iniziò a rivedere alcune impostazioni, prima fra tutte quella del giudice *bouche qui prononce les paroles de la loi*. Sull'argomento cfr. S. Cassese, *Ipotesi sulla formazione de «l'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in «Quaderni fiorentini», I (1972), pp. 243-282; M. Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, ivi, XL (2011), t. 2, pp. 721-745; A. Spinosa, *«L'economia dei codici moderni». Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'Ottocento*, ivi, t. 2, p. 747-780; M. Stronati, *Un'idea di giustizia solidale. Il buon giudice Majetti e il caso della giurisprudenza «minorile» nel primo Novecento*, ivi, t. 2, pp. 813-867; P. Grossi, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in «Riv. trim. dir. pub.», n. 1, 2011, pp. 1-22; A. Romano, *Santi Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, ivi, n. 2, 2011, pp. 333-358.

²⁰ P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012, p. 18; M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, cit., pp. 432-8.

²¹ Sull'argomento rinvio a P. Costa, *L'interpretazione della legge: François Génay e la cultura giuridica fra Ottocento e Novecento*, in «Quaderni fiorentini» n. 20 (1991), pp. 367-495 (438 ss.) e C. Nitsch, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano 2012, pp. 4-20 ed all'ampia bibliografia ivi contenuta.

²² Vastissima la bibliografia sull'Autore, per la quale si rinvia al recente volume di I. Birocchi (cur.), *Non più satellite. Itinerari giuscommerciantistici tra Otto e Novecento*, Pisa 2019 ed in particolare al saggio di M. Stella Richter Jr, *Il giovane Ascarelli*, ivi, pp. 259-286 (273-276).

²³ Sull'argomento rinvio a P. Costa, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 380 ss. il quale ha messo in luce le inquietudini della scienza giuridica italiana sul complesso problema dell'interpretazione della legge tra fine Ottocento ed inizi Novecento. Cfr. G. Cazzetta, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, in «Quaderni fiorentini», 40 (2011), t. 2, pp. 781-812, il quale evidenzia un luogo comune della dottrina italiana di inizio Novecento: il rifiuto del potere creativo del giudice in nome della certezza del diritto, accompagnato dall'apertura nei confronti di una giurisprudenza (disciplinata, guidata, educata) per realizzare la necessaria evoluzione del diritto e per evitarne l'immobilità.

²⁴ Cfr. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967 (rist. 1975), pp. 201

sostenuto il ruolo creativo della giurisprudenza quale fonte del diritto²⁵, anche sulla scia dell'esperienza coloniale italiana che aveva riconosciuto un forte potere discrezionale ai magistrati, al pari dei paesi di *common law*²⁶.

Ma proprio lo spettro del giusliberismo – che evocava le immagini «ripugnanti» delle esperienze comunista sovietica e nazional socialista tedesca – aveva portato giuristi come Piero Calamandrei a difendere con particolare vigore la certezza del diritto²⁷, che sarebbe stata posta a fondamento della costruzione di una nuova democrazia post-fascista²⁸ sfociata nell'instaurazione della legalità costituzionale e nella formalizzazione del principio della sottoposizione del giudice soltanto alla legge²⁹.

ss. e F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it. U. Santarelli e S.-A. Fusco, vol. II, Milano 1980, pp. 337 ss.

²⁵ Così C. Esposito, *La validità delle leggi: studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Padova 1934; E. Enriquez, *La sentenza come fatto giuridico*, Padova 1937; F. Pergolesi, *La giurisprudenza come fonte normativa*, Torino 1937.

²⁶ L'art. 1 R.D.Lgt. 15 aprile 1917 n. 938 *col quale sono approvate le norme complementari dell'ordinamento giudiziario per la Tripolitania e per la Cirenaica* (in G.U. n.151 del 27.6.1917, poi abrogato dall'art. 1 R.D. 25 ottobre 1928 n. 3497) riconosceva al giudice libico il potere di adattare la legge alle condizioni locali, fissando con la sua decisione la norma che meglio ritenesse disciplinare il caso concreto, con l'apportare quelle modifiche alle leggi che egli, se fosse stato legislatore, avrebbe stabilito per regolare il rapporto stesso. L'ampio potere discrezionale riconosciutogli – osservava G.A. Micheli, *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto. «Case law» e «Stare decisis»*, Pavia 1938, p. 7 ss. - poneva quel giudice in una condizione simile a quella occupata dai giudici dei sistemi di *case law*, dove il diritto obiettivo era costituito dalla decisione giurisdizionale rispetto al singolo caso. Sull'argomento cfr. L. Martone, *Giustizia coloniale. Modelli e prassi penale per i sudditi d'Africa dall'età giolittiana al fascismo*, Napoli 2002, pp. 100 ss.

²⁷ Cfr. P. Grossi, *Stile fiorentino*, cit., p. 150; Id., *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 279; G. Pugliese, *Piero Calamandrei giurista storico*, in P. Barile (cur.), *Piero Calamandrei: ventidue saggi su un grande maestro*, Milano 1990, pp. 25 ss.; P. Costa, *Lo 'stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in «Quaderni fiorentini», n. 28 (1999), pp. 61-174 (156 ss.); G. Alpa, *Un atto di «fede nel diritto»*, in «Rassegna forense», n. 1/2015, pp. 237-247 (242 ss.).

²⁸ Il riferimento è a P. Calamandrei, *Costruire la democrazia (Premesse alla Costituente)*, Firenze 1945, anche in M. Cappelletti (cur.), *Opere giuridiche*, Napoli 1968, vol. III, pp. 126-214, il quale sostenne che la crisi della legalità era stata determinata dagli attacchi inferti dal nazionalsocialismo e del fascismo, che avevano rispettivamente provveduto a distruggerla e a falsificarla.

²⁹ Sull'argomento cfr. A. Guastapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria alla Costituente*, in G. Giorgini, L. Mezzetti, A. Scavone (curr.), *La Costituzione «vivente» nel cinquantesimo anniversario della sua formazione*, Milano 1999, pp. 175-190; S. Fois, *La crisi della legalità*, Milano 2010, pp. 383-485 (441 ss.); L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in «Questione giustizia», n. 4 (2016), pp. 13-32; P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma 2017, pp. 125 ss.; R. Garofoli, *Il giudice tra creatività*

2. *La critica alle teorie di Jerome Frank*

In occasione della VI riedizione nel 1949 del volume di Frank *Law and modern mind*, Norberto Bobbio, uno tra i più tenaci sostenitori della legalità del diritto, pubblicava, sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto* del 1951, una recensione dal titolo *La certezza del diritto è un mito?* Con essa, l'Autore muoveva una severa critica alle tesi «disinvolte e temerarie» sostenute dal giudice americano, che definiva «un distruttore di idee convenzionali, uno smascheratore di miti, insomma un pensatore d'avanguardia che si rivolge agli altri studiosi di diritto, salvo poche eccezioni, come a degli illusi o a menti auguste e offuscate dalla *routine*»³⁰. In particolare, il filosofo torinese metteva subito in chiaro che il postulato secondo cui il giudice fosse creatore del diritto e non semplice interprete della legge (da cui discendeva il corollario del diritto come profezia di ciò che le corti faranno effettivamente) fosse il prodotto di una mentalità giuridica formatasi a contatto con ordinamenti diversi da quelli continentali, in cui la tradizione giuridica era costituita da un diritto prevalentemente giudiziario. Partendo da questa premessa, ritenuta necessaria per una critica costruttiva, Bobbio riteneva le idee di Frank affette da un grave vizio di prospettiva che impediva di vedere il fenomeno giuridico nella sua complessità:

Si può dire, sì, che quando sorge un conflitto d'interessi il diritto è la soluzione del conflitto (e si potrà anche aggiungere che colui che è chiamato a decidere con la sua autorità la controversia sia in quel momento l'istitutore e lo stabilizzatore del diritto), ma riassumere tutto il fenomeno giuridico in quest'atto, dimenticando che oltre le controversie che richiedono una decisione, la vita di una società giuridica è costituita da un'infinità di comportamenti conformi a regole prestabilite, e che si chiamano, proprio per questa loro conformità, giuridici, è un modo unilaterale, piuttosto sbrigativo, di fare della scienza giuridica. Il realismo giuridico, da questo punto di vista, è, nella migliore delle ipotesi, un realismo a metà³¹.

Addirittura paradossale doveva poi considerarsi la tesi della demolizione del mito della certezza del diritto, costruita sulla scorta di assiomi biologici e psicologici del campo della scienza, che parificava l'atteggiamento del

interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità, in «Federalismi», n. 20 (2019), pp. 1-11.

³⁰ N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, cit., p. 147.

³¹ Ivi, p. 149.

cittadino di fronte alla legge a quello del fanciullo di fronte al padre: questo procedimento per analogia riduceva però ad un solo angolo visuale il più ampio e complicato problema della certezza del diritto, che anziché essere una «illusione di individui viziati da infantilismo inguaribile» andava vista come un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto, e che a togliere di mezzo la certezza non si libera l'umanità da una nociva illusione, ma la si priva letteralmente del sussidio e del rimedio del diritto»³². Per farla breve, agli occhi di Bobbio la teoria di Frank faceva acqua da tutte le parti, in quanto priva di quel senso storico che gli avrebbe consentito di comprendere il legame della certezza del diritto con i problemi fondamentali per la coesistenza ordinata dell'uomo, come quello della difesa contro l'arbitrio e della protezione dell'uguaglianza giuridica³³.

Qualche anno dopo, nel 1957, dalla stessa *Rivista* si levava la voce di un altro filosofo del diritto, Giovanni Tarello, il quale interveniva nella discussione sulle tesi antiformaliste del Frank, «a proposito» di un altro libro del giudice americano, *Fate and Freedom*, riedito a Boston nel 1953³⁴. La lettura del testo suggeriva al recensore di definire il contesto politico nel quale erano maturate quelle idee da parte di un magistrato e di un funzionario (Frank era stato membro della *Securities and Exchange Commission*) che aveva trovato occasione e stimolo in una particolare situazione contingente per scrivere quella speculazione su diritto e società:

E soprattutto non bisogna dimenticare come le «occasioni» degli scritti e delle battaglie del Frank siano state le scelte fondamentali che si proponevano ad una esperienza giuridico-culturale estremamente dinamica: sia che si trattasse di svuotare di significato il principio dello «stare decisis», e perciò di limitarne la portata in un momento di crisi economica, come in *Law and Modern Mind* (1930); sia che si trattasse

³² *Ibid.*

³³ Ivi, p. 151: «Non lo agita il minimo dubbio che il problema della certezza del diritto, che corrisponde al bisogno umano di fondare la coesistenza sopra un complesso di regole stabili e non caduche, durature e non provvisorie, sia un problema storico (e non banalmente psicologico), alla cui impostazione e soluzione hanno lavorato secoli di sviluppo civile dell'uomo, e che solo un'ampia ricerca storica e sociologica è in grado d'impostare nei suoi giusti termini. Ed ecco perché una cosa cosa indissolubilmente legata al diritto come la certezza, sì che non si può neppure immaginare un ordinamento giuridico senza che sussista una sia pur minima garanzia di certezza, diventa per il Frank una specie di fenomeno anormale e patologico dello sviluppo della società, da cui l'umanità dovrà essere guarita con una intensa cura di realismo».

³⁴ J. Frank, *Fate and Freedom. A Philosophy for Free Americans*, New York 1945 (2nd Ed., Boston 1953).

di fondare giuridicamente l'attività amministrativa come parallela di quella giurisdizionale, di mostrare l'imprescindibilità della macchina amministrativa, di studiarne le possibilità e le conseguenze, di studiare la possibilità di giurisdizioni amministrative, in vista dapprima della politica economica newdealistica, come in *Save America First* (1938) e più tardi delle necessità di guerra, come in *If Men Were Angels* (1942). Non diversamente nel libro in esame, in cui l'autore si propone, più pretenziosamente, di cogliere la cultura americana – cultura viene intesa come fatto sociale – nei suoi rapporti con la vita politica sociale economica americana, di costruire la prima delle sue caratteristiche peculiari come funzione della seconda: al fine di usare quest'ultima, la vita americana considerata l'oggetto da difendere, come banco di prova e come strumento di giudizio della validità delle scelte operate nell'ambito della cultura e perciò, in definitiva, al fine di stabilire le condizioni di possibilità di un mondo culturale americano che sia veramente tale³⁵.

L'inquadramento socio-politico nel quale il giudice americano aveva pubblicato le sue opere consentiva a Tarello di offrire una spiegazione a quelle teorie così estreme, che corrispondevano ad un pensiero lineare e costante consistente nella riduzione del diritto al dato umano, politico, sociologico e psicologico attuato attraverso una continua chiarificazione e demolizione di mitologie giuridiche e logiche. Infatti, il problema centrale affrontato nel volume *Fate and Freedom* si poneva in termini di critica verso quei dogmatismi (come il determinismo storico marxista e il determinismo psicologico freudiano) che nella cultura americana, dinamica ed aperta, variamente si insinuavano, minacciandone la chiusura. Per queste ragioni l'Autore si preoccupava di distruggere tutte quelle «formazioni mitologiche» che considerava concretamente dannose, con il grosso limite di non aver delimitato l'ambito culturale entro lo spazio esclusivamente americano³⁶.

³⁵ Tarello, *A proposito di un libro di Frank*, cit., p. 465.

³⁶ Ivi, p. 467: «In altri termini non è completamente chiaro se i risultati cui l'autore perviene nel combattere le sue battaglie vadano, nell'ambito del suo pensiero, intesi come validi ad ogni latitudine ovvero come non già storicamente determinati ma culturalmente circoscritti. Si tratta, ovviamente, di un problema che il Frank non solo non si pone, ma neppure concepirebbe: in questo appunto consiste il suo limite. Anche per questo limite, tuttavia, il Frank è una figura estremamente rappresentativa della cultura americana: non già nel senso banale che ripete il dilemma tra pragmatismo ed analitica da cui quella cultura è condizionata, ma nel senso che ripete la situazione di una cultura che, anche politicamente, non ha ben chiaro se la strada che batte sia esclusivamente sua, o sia la strada di tutti».

3. *La ricerca di una «legalità a tutti i costi»*

Gli interventi dei due illustri filosofi, Bobbio e Tarello, per quanto di diverso taglio, testimoniavano la necessità di screditare o quantomeno isolare l'approccio realista dal contesto della cultura giuridica italiana che, già negli anni del secondo conflitto mondiale, viveva una profonda crisi del diritto, avvertita con particolare efficacia da Flavio Lopez de Oñate che nel 1942 arrivò ad inneggiare una «legalità a tutti i costi», con l'effetto di ricevere seguiti e riscontri nei lustri successivi da giuristi di primo piano come Calamandrei, Carnelutti, Capograssi e Fedele³⁷. L'Autore, infatti, aveva colto nella incertezza del diritto il fulcro della crisi dell'esperienza giuridica contemporanea³⁸ dovuta all'oscurità, lacunosità e instabilità delle norme, alla pluralità delle leggi ed alla difficoltà e lunghezza dei giudizi che «si sono già presentati in passato, in varia misura e spesso indipendentemente l'uno dall'altro, ma che in questa nostra epoca (*siamo nel 1942*) si presentano con più evidenti e salienti connotati»³⁹. In particolare, Lopez de Oñate richiamava la «scuola del diritto libero» (*Freirechtsbewegung*, a cui Frank aveva ispirato la sua polemica⁴⁰) che mirava «preterintenzionalmente a infrangere la certezza del diritto e ad annichilire di fatto il sentimento della legalità»⁴¹. Gli scritti a cui faceva richiamo il filosofo milanese – che, precisa

³⁷ F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Roma 1942. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 278 descrive la «straordinaria, esorbitante fortuna» del libro di Flavio Lopez de Oñate, sorretto «da una eccellente robustezza culturale sia sul fronte filosofico che su quello giuridico». Il culto che gli venne professato fu però eccessivo e fu in parte dovuto alla efficacia del titolo che toccò «corde sensibilissime nel cuore dei giuristi». Cfr., più di recente, Id., *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in «Giust. civ.», (2014) n. 4, pp. 921-955.

³⁸ Cfr. G. Capograssi, *Flavio Lopez de Oñate*, in F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Milano 1968, pp. 3-17 (9).

³⁹ F. Lopez de Oñate, *La certezza*, cit., ed. 1968, p. 81.

⁴⁰ N. Bobbio, *La certezza*, cit., p. 146: «L'idea non è nuova: è chiaro che il Frank si inserisce con la sua polemica nella corrente della scuola che possiamo chiamare, col nome diventato ormai d'uso comune tra i giuristi continentali, del «libero diritto», di tutti coloro che hanno sostenuto, per diverse vie e con diversi argomenti, la inadeguatezza della legge alla vita, l'impotenza delle leggi di fronte ai fatti, per concludere con la tesi del giudice creatore contro quella tradizionale del giudice-interprete». Sull'argomento rinvio a M. Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto*, cit., pp. 728 ss.

⁴¹ F. Lopez de Oñate, *La certezza*, cit., ed. 1968, p. 81. Sui rapporti tra la «Scuola del diritto libero» e il realismo giuridico americano cfr. J.E. Herget, S. Wallace, *The German Free Law Movement As The Source of American Legal Realism*, in «Virginia Law Review», 73 (1987), pp. 399 ss; K.R. Grechenig, M. Gelter, *The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism*, in «Hastings International

Bobbio, non conosceva le tesi realistiche del Frank⁴² – erano quelli di Oskar Bülow che aveva teorizzato il principio secondo cui il giudice nell’atto di giudicare fosse creatore della legge, non solo nel caso in cui questa fosse lacunosa, ma anche contro le disposizioni sancite dalla stessa, quando si fossero trovate in contrasto con il principio di giustizia⁴³.

Le idee del giurista tedesco – le cui matrici giacevano nel pensiero di Kierulff⁴⁴, Bähr⁴⁵ e Jhering⁴⁶ – erano nate sulla base della constatazione dell’insostenibilità del concetto base secondo cui tutti i giudizi del giudice fossero conformi alla norma posta dal legislatore⁴⁷: da qui discendeva la convinzione che, accanto al diritto creato dalla legge, si dovesse ammettere l’esistenza di un vero e proprio diritto di origine giudiziale, non coincidente con il diritto consuetudinario né tantomeno da esso derivato⁴⁸. Osservava Bülow nel paragrafo *Differenze tra norma posta dal legislatore e norma posta dal giudice*:

Mentre la legge è una previsione rivolta al futuro per innestarsi, il giudice si trova di fronte, per giudicarli, fatti ed azioni ben individuati, già appartenenti al passato quanto a persone, luoghi, tempi e circostanze.

and Comparative Law Review», n. 31, 1 (2008), pp 295 ss.

⁴² Nella critica al pensiero di Frank, N. Bobbio, *La certezza*, cit., pp. 150-151 scriveva tra parentesi: «Come si sarebbe adontato il povero amico Lopez de Oñate, con quel suo caratteristico atteggiamento di scherno verso le facilonerie pseudoscientifiche e la pseudocultura degli ingegni brillanti, se avesse potuto prender visione di questa tesi «realistica», che contrasta così visibilmente con quella da lui sostenuta nel suo ultimo libro, che proprio in questi giorni rileggevo, quasi a confermarmi che i problemi della storia e della civiltà umana – come sono i problemi del diritto e *in primis* quello della certezza – non sono problemi che si possano risolvere astraendoli dal vasto tessuto della storia, e facendoli oggetto di osservazioni unilaterali e improvvisate».

⁴³ O. Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Duncker & Humblot, Berlin 1885. Il testo è stato ripubblicato, in lingua originale, più volte. Le principali edizioni successive al 1885 sono ben dieci. Le più recenti sono quella riproposta dalla Bwv Berliner-Wissenschaft, nel 2003, con prefazione di J. Braun, e quella, in serie economica, recentemente fornita dalla Nabu Press, nel 2010. Non si tratta, tuttavia, della prima traduzione italiana: v. *Legge e ufficio del giudice*, cur. C. Pasqualucci, in *Quaderni fiorentini*, XXX (2001), pp. 199 ss. Cfr. il recente contributo di F. Cortese, *Gesetz und Richteramt. Invito alla lettura*, in O. von Bülow – P. Zorn, *Legge e giurisdizione*, cur. F. Cortese e A. Sandri, Seregno 2012, pp. 49-57.

⁴⁴ J.F. Kierulff, *Theorie des gemeines Civilrechts*, Altona 1839.

⁴⁵ O. Bähr, *Rechtstaat*, Kassel, Gottingen 1864, .

⁴⁶ R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Leipzig 1877, vol. I, pp. 327-333.

⁴⁷ O. Bülow, *Legge e ufficio del giudice*, in «Quaderni fiorentini», cit., p. 201.

⁴⁸ Ivi, p. 203.

Essendo rivolta al futuro, la legge calcola con i generi della possibilità effettive e contiene perciò norme condizionate ed astratte. Di contro, il giudice viene confrontato sempre da fattispecie singole e concrete e deve trovare immediatamente le sue norme. In breve: la formazione legislativa ha un campo molto più ampio di quella del giudice e agisce in modo più generale; tuttavia quest'ultima la supera perché possiede maggior certezza ed un'efficacia tanto incondizionata quanto attuale⁴⁹.

In queste parole si coglie l'impostazione di fondo del pensiero di Bülow secondo cui la legge non produrrebbe il diritto, ma lo preparerebbe solamente, lasciando invece al giudice il compito di creare diritto nella sentenza: contro queste teorie (riprese evidentemente dal realismo giuridico americano ed in particolare dalle teorie di Holmes e Frank che definivano il diritto come profezia⁵⁰) Lopez de Oñate muoveva una severa critica che metteva a nudo la «fallacia ed il sostanziale spirito d'illegalità della scuola» del libero diritto⁵¹ e ridefiniva il ruolo del giudice «custode della legge» in quanto «tutore delle disposizioni di legge che si applicano ai casi concreti sottoposti alla sua decisione»⁵².

Su queste pagine si sarebbe generato in Italia un vivace dibattito sulla certezza del diritto che, a partire da un saggio di Piero Calamandrei del 1942, sarebbe perdurato fino alla fine degli anni Sessanta⁵³, epoca in cui

⁴⁹ Ivi, p. 207.

⁵⁰ Cfr. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, Roma-Bari 2001, pp. 193-199.

⁵¹ F. Lopez de Oñate, *La certezza*, cit., ed. 1968, p. 83.

⁵² Ivi, p. 84. Osservava l'Autore: «Il presupposto speculativo erroneo della dottrina del diritto libero, che si accompagna all'errore logico sopraindicato, consiste nella dissociazione dei due termini società e Stato, per negare il termine Stato, conseguenza della negazione del valore costante della norma, il cui centro di riferimento non ha più alcuna ragione di sussistere. La giustizia diviene esigenza e pretensione *immediata* del singolo, il quale, sciolto dallo Stato in quanto si scioglie (o vorrebbe sciogliersi) dal vincolo della norma, resta isolato nella società. E al termine del processo la società non può continuare a sussistere, come pura unione di esseri isolati, cioè non legati insieme da norme, ma guidati *caso per caso*, azione per azione, da decisioni imprevedibili e pertanto sostanzialmente arbitrarie».

⁵³ Solo per citare alcuni contributi sul tema della certezza del diritto pubblicati in quegli anni, cfr. G. Capograssi, *Il problema fondamentale*, in «Iustitia» (1949), pp. 1 ss.; U. Nicolini, *Verità e certezza del diritto*, ivi, p. 41 ss.; F. Carnelutti, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in «Riv. dir. proc.», 1950, I, pp. 115 ss.; A. Levi, *La certezza del diritto in rapporto con il concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, I, Padova 1950, p. 81 ss.; S. Lener, *La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della Chiesa*, ivi, pp. 345 ss.; F. Santoro-Passarelli, *Un problema fondamentale*, in «Iustitia» (1948), p. 1 ss.; E. Favara, *Il problema della legge ingiusta*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna 1953, pp.

Guido Astuti avrebbe curato (nel 1968) la riedizione del fortunato volume del filosofo milanese, arricchito di annotazioni e postfazioni che davano atto della perdurante attualità del problema.

Si diceva prima di tutto Calamandrei, che dalle pagine della *Rivista di diritto commerciale* aveva definito «consolante» la difesa della legalità operata dal Lopez de Oñate, il quale «con tanto calore di convinzione e con tanta serietà di studio» aveva strenuamente difeso la «crisi della fiducia della legge»⁵⁴, che si traduceva nell'oscuramento della funzione sociale del diritto. Infatti, spiegava il giurista fiorentino che l'abolizione della forma della legalità in favore della giustizia del caso singolo avrebbe significato «inquietudine ed incertezza, timore di arbitrio, sete di privilegio, rissa perpetua e perpetua schiavitù»⁵⁵. Occorreva, pertanto, affrontare e combattere due ordini di minacce contro la certezza del diritto: quelle «di fatto», che avevano origine nella molteplicità ed instabilità delle leggi (ipertrofia, distrofia o addirittura atrofia delle leggi⁵⁶) e di «teoria» che derivavano dall'opera distruttiva di una

201 ss.; A. Groppali, *Il diritto naturale e la Corte costituzionale*, in «Riv. int. fil. dir.» (1953), pp. 38 ss.; A. Ravà, *Crisi del diritto e crisi mondiale*, in *La crisi del diritto*, Padova 1953, p. 56; T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in «Il diritto dell'economia» (1955), pp. 1179 ss.; Id., *Certeza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, ivi (1956), pp. 1238 ss.; E. Allorio, *La certezza del diritto dell'economia*, ivi, pp. 1198 ss.; M. Longo, *Certeza del diritto*, in «Nov. Dig. It.», III, 1959, pp. 124 ss.; G. Tedeschi, *L'insufficienza della norma e la fedeltà dell'interprete (Riflessioni sul pensiero di Tullio Ascarelli)*, in «Riv. dir. civ.» (1962), pp. 536 ss.; A. Baratta, *Responsabilità civile e certezza del diritto*, in «Riv. int. fil. dir.» (1965), pp. 28 ss.; L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 567 ss.; R. Odorisio, *Il giudice e la legge: mito e realtà*, in «La Magistratura» (1967), XXI, n. 6-9; E. Moriondo, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari 1967.

⁵⁴ P. Calamandrei, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in «Riv. dir. comm.», a. XL (1942), n. 11/12, I, pp. 341-357; ripubblicato in *Studi sul processo civile*, V, Padova 1947, pp. 91-111; in appendice nella riedizione del volume di Lopez de Oñate del 1968, cit., pp. 168-190 ed ora in *Opere giuridiche – Volume I: Problemi generali del diritto e del processo*, Roma 2019, pp. 504-522. Osservava l'Autore (Ivi, p. 505): «Non si tratta della sfiducia in un dato sistema di leggi, che sia insieme, come avveniva alla vigilia della rivoluzione francese, speranza e professione di fede in altre leggi destinate a prendere il posto di quelle invecchiate; si tratta di una sfiducia molto più torbida e distruttiva, che attacca, con lo stesso corrosivo scetticismo, indipendentemente dal contenuto delle leggi, il principio stesso della legalità, cioè proprio lo strumento logico che la civiltà occidentale ha inventato da millenni per esprimere il diritto in forma generale ed astratta».

⁵⁵ Ivi, p. 506. Per queste ragioni, «il sistema del «diritto libero», in realtà, non merita questa sua denominazione se non per ironia: perché esso è negazione insieme di ogni diritto e di ogni libertà».

⁵⁶ Riprendendo la definizione di F. Carnelutti, *Discorsi intorno al diritto*, Padova 1937, pp. 137-138 che aveva utilizzato l'espressione «ipertrofia» per definire l'enorme numero delle leggi ed il loro progressivo aumento, P. Calamandrei, *La certezza*, cit., p. 507 insisteva sul problema della «affannosa legiferazione a getto continuo, che spesso si risolve in una

parte della dottrina che avrebbe potuto «cancellare così nelle coscienze l'idea stessa del diritto»⁵⁷:

Occorre quindi nella dottrina un vigilante senso di responsabilità: non dimenticare mai, nel formular le teorie, la ripercussione che esse possono avere sulla pratica del diritto; non dimenticare mai, nel costruire sistemi, ch'essi non sono destinati ad appagar l'occhio e il gusto della simmetria, ma solo ad agevolare l'applicazione delle leggi ai casi concreti; e se a questo non devono servire, è meglio non costruirli. I giuristi non possono permettersi il lusso della fantasia: se un biologo o un fisico, formulando un'ipotesi ardita che non ha alcuna base sperimentale, tenta di fondar su di essa la spiegazione di un certo ordine di fenomeni naturali, la natura non si commuove per questo, e imperturbabile continua a conformarsi alle sue leggi, che la volontà umana non può né modificare né trasgredire. Ma le leggi che studiano i giuristi non sono, come le cosiddette leggi naturali, descrizioni generalizzate di ciò che è, ossia di ciò che per essere non ha bisogno di volontaria obbedienza: sono, al contrario, comandi generalizzati, e come tali in concreto trasgredibili, volti a ciò che si vorrebbe che fosse nell'avvenire; sicché quando i giuristi dissertano su queste leggi e sul modo di trasgredirle, essi vengono implicitamente a svalutarle o a rafforzarle nelle coscienze di coloro che dovranno all'occorrenza osservarle, e le loro teorie sono sempre, anche se inconsapevolmente, suggerimenti pratici sulla condotta che gli uomini dovranno tenere nell'avvenire di fronte alle leggi⁵⁸.

La lotta contro queste forme di sabotaggio del diritto, ovviamente riferite alle correnti di matrice tedesca, si concretizzò nel rimarcare la preferenza verso ordinamenti *certi* rispetto a quelli considerati *fluidi*⁵⁹. Calamandrei osservava, infatti, nel 1955 che il giudice italiano si poneva dinanzi ad un

legiferazione *a vuoto* (per l'impossibilità in cui si trovano gli stessi giudici e avvocati di apprendere bene una legge prima che sia sopraggiunta quella che l'abolisce o la modifica), che contribuiva a distruggere nelle coscienze il senso del diritto. Continuando con l'utilizzo di vocaboli da patologi, l'Autore arrivava a parlare di «distrofia» o «atrofia» delle leggi, molte delle quali erano destinate a rimanere lettera morta, «poiché più non arriva a nutrirle non diciamo il consenso, ma neanche la semplice *opinio iuris*».

⁵⁷ Ivi, p. 508.

⁵⁸ Ivi, p. 510.

⁵⁹ M. Corsale, *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*, in F. Lopez de Oñate, *La certezza*, cit., ed. 1968, pp. 287-308 (301).

caso da risolvere in modo diverso, quasi «capovolto», da quello seguito dai giudici inglesi e americani che, per quanto vincolati all'osservanza delle leggi e dei precedenti giudiziari, conservavano larghissimi poteri equitativi, tali da permettergli sempre, in caso di conflitto tra legge e coscienza, di «sacrificare la prima per mettere in pace la seconda»⁶⁰. Nel sistema italiano, invece, era la legge a stabilire in anticipo, in maniera generale ed ipotetica, come devono essere decisi tutti gli «svariatissimi» casi che potranno sorgere in avvenire:

Nella legge c'è tutto: tutto è previsto in anticipo. L'ordinamento giuridico (si dice) non ha lacune. Il sistema giuridico è come un immenso casellario, in cui ogni casella contiene la previsione di un certo tipo di fattispecie: il lavoro del giudice consiste soprattutto nella qualificazione dei fatti accertati, cioè nel ricercare quale sia tra le migliaia di fattispecie previste dalla legge quella a cui corrisponde la fattispecie accertata. Una volta trovata questa coincidenza, il giudice non deve fare altro che aprire la cassetta individuata nel casellario (cioè l'articolo del codice che dà al caso), e ci trova lì dentro, come una ricetta, la soluzione bell'e pronta. Questo è il famoso meccanismo logico per il quale ogni sentenza si può schematizzare in un sillogismo: la premessa maggiore è la legge, la premessa minore è il fatto: basta che il fatto coincida con la previsione della legge, perché la conclusione venga fuori da sé⁶¹.

Solo nel caso in cui il giudice non avesse trovato nessuna «casella» disponibile per risolvere il caso concreto, Calamandrei gli riconosceva la possibilità di aggiungerne una supplementare, precisando però che questo lavoro doveva essere considerato «non come opera di creazione, ma come opera di interpretazione», cioè come ricerca nella legge generale ed astratta di «qualche cosa che c'è già per volontà del legislatore, e che si tratta non di creare ex novo, ma di scoprire e di riconoscere»⁶². Al magistrato spettava,

⁶⁰ P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in «Riv. trim. dir. e proc. civile», a. IX (1955), pp. 252-272 (257): «[...] la soluzione di ogni caso è cercata, più che in criteri generali, nella equità che meglio si attaglia alle circostanze concrete: più che nella logica astratta, in quelle valutazioni sociologiche di moralità e di convenienza economica, che scaturiscono dal costume di una certa società, e che in ogni vicenda umana scoprono un caso imprevedibile e irripetibile, un *unicum* vivente, per il quale occorre una *lex specialis*, fatta su misura e non creata in anticipo».

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Ivi, p. 258: «La nostra giurisprudenza è essenzialmente concettuale: la applicazione della legge al caso pratico è prima di tutto interpretazione della legge, ossia scoperta dentro la

quindi, il compito di districare i fili della legge, con la sua pazienza e precisione, nella ricerca della relazione che passa tra il fatto e il precetto giuridico⁶³, «lecitamente spaziando entro l'ambito che la legge gli lascia»⁶⁴. Questa decisione, «nata dalla coscienza sulla misura di quel caso singolo», doveva considerarsi una «scoperta individuale fatta dal sentimento» che avrebbe dovuto valere esclusivamente per quel caso di specie: pertanto doveva ritenersi un errore dare eccessivo ossequio alle «massime» (definite «costruzioni logiche» che venivano riportate nei massimari separate dai fatti su cui si fondavano), le quali, create una prima volta «per servir l'equità», potevano diventare «idoli spietati di cui l'equità diventa la vittima»⁶⁵. L'utilizzo del precedente veniva, quindi, sempre visto con diffidenza dal giurista fiorentino, il quale temeva che le massime finissero per costituire vincoli più stretti e rigorosi di quelli posti dalla legge a discapito dello strumento della logica giuridica, che avrebbe consentito ai giudici di rinnovare il mondo del diritto attraverso l'interpretazione evolutiva, l'analogia e i principi generali: si sarebbe così realizzata una fattiva cooperazione tra poteri, necessaria in un regime democratico, che non poteva esservi durante il fascismo, quando i magistrati, soverchiati dalla «schiacciante onnipotenza del legislatore unico» si limitavano ad applicare le leggi, senza nulla aggiungere e senza nulla togliere, «per lasciarne a lui solo tutta la responsabilità, specialmente quando si trattava di leggi infami, come quelle della persecuzione razziale»⁶⁶. I giudici, insomma, avrebbero potuto e dovuto attuare la Costituzione nelle loro sentenze adeguando il diritto alla realtà dei rapporti umani⁶⁷.

norma giuridica, che ha per definizione forma e valore di massima (cioè di proposizione generale ed astratta), di altre norme più sottili e circostanziate, ma anch'esse formulate a somiglianza della norma da cui derivano, come massime generali ed astratte».

⁶³ In tale ottica, i repertori di giurisprudenza avrebbero costituito un utile strumento rivelatore di «massime buone per l'avvenire», su cui giudici ed avvocati si sarebbero adagiati per trovare in esse le caselle in cui collocare i loro problemi.

⁶⁴ Ivi, p. 261.

⁶⁵ Ivi, p. 264.

⁶⁶ Ivi, p. 267: «Ma in un regime di libertà, nell'interno di una Costituzione in cui il potere giudiziario è un potere autonomo posto sullo stesso piano del legislativo, questo atteggiamento agnostico della giurisprudenza, questa specie di ironico gusto, che si intravede tra le righe di certe sentenze, di mettere in evidenza la manchevolezza delle leggi e di far ricadere tutte le colpe sull'inerzia del legislatore che non provvede, non corrisponde più ai doveri costituzionali dell'ordine giudiziario, il quale per accorgersi della Costituzione e delle mete che essa segna, non ha più bisogno di passare attraverso il tramite del legislatore».

⁶⁷ Osserva B. Sordi, *Una giustizia facile, pronta, imparziale: le aporie fondative del pouvoir judiciaire*, in D. Pulitanò – G. Chiodi (curr.), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano 2013, pp. 1-17 (16) che nell'Ottocento sarebbe risorto un diritto giurisprudenziale

Benché sostenitore della c.d. «giurisprudenza concettuale» piuttosto che di quella «creativa» che distruggeva la certezza del diritto e metteva in pericolo, attraverso l'arbitrio del giudice, il «bene supremo della libertà»⁶⁸, Calamandrei aveva operato un netto «ripensamento» del concetto stesso di legalità⁶⁹, riconoscendo ai tribunali una importante funzione di adeguamento della norma al caso concreto, pur nei limiti dei canoni interpretativi stabiliti dalla legge⁷⁰.

4. La funzione della giurisprudenza nello sviluppo del diritto

A rompere definitivamente gli argini di questa impostazione tradizionale furono invece Tullio Ascarelli⁷¹ e Luigi Lombardi⁷², i quali considerarono

che «rigidamente pilotato dalle Corti di giurisprudenza, riprenderà a scorrere sotto le vesti, apparentemente immacolate, dell'assolutismo giuridico dell'età dei codici, in un fitto dialogo tra legislatori, giudici e giuristi, scandito ora da tensioni, ora da sinergie». Cfr. G. Cazzetta, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, cit., pp. 781-812; P. Costa, *Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un castello dei destini incrociati?*, ivi, pp. 1-17; M. Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, cit., pp. 721-745; M. Sabbioneti, *Le metamorfosi dell'illecito civile: interpretazione e creazione del diritto nella giurisprudenza della Cour de Cassation tra Ottocento e Novecento*, cit., pp. 397-467; A. Spinosa, «*L'economia dei codici moderni*», cit., pp. 747-780.

⁶⁸ P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza*, cit., p. 259. Evidente è il riferimento dell'Autore alle teorie del Frank nel passo in cui scrive: «Non sarò certo io a sottovalutare l'esigenza della certezza del diritto (anche se vi è stato recentemente qualcuno che l'ha definito come un mito) e ad augurarmi che si rinunci alle gloriose tradizioni del *mos italicus iura docendi*, fondato soprattutto sulla logica, cioè sulla ragione».

⁶⁹ Osserva P. Grossi, *Stile fiorentino*, cit., pp. 159-168 che pur rimanendo indiscussa la scelta legalitaria di Calamandrei, prende corpo in lui una distinzione tra la legalità in senso formale ed in senso sostanziale, che consente di accogliere finanche l'interpretazione evolutiva, precedentemente ritenuta inammissibile. Cfr. N. Trocker, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. Barile (cur.), *Piero Calamandrei*, cit., pp. 101-128 (112).

⁷⁰ Questa impostazione tradizionale era seguita, in termini più rigorosi, da N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino 1961; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1965.

⁷¹ T. Ascarelli, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, cit., anche in Id., *Problemi giuridici*, I, Milano 1959, pp. 113-136.

⁷² L. Lombardi, *Saggio*, cit. Secondo l'Autore, il ruolo fondamentale della giurisprudenza, intesa sia nel senso dottrinale del giurista sia in quello applicativo del giudice, s'impone nei nostri sistemi giuridici per l'incompletezza del diritto positivo nei confronti della regolamentazione del caso concreto, che è la destinazione ultima del diritto e la sua stessa ragion d'essere. Il ricorso ad una logica deduttiva puramente neutrale non risolve questi problemi e, dunque, bisogna

la problematica ricerca della certezza come compito della scienza e dei concreti operatori giuridici, chiamati a svolgere una importante funzione di adattamento delle norme alla mutevole realtà ed alle esigenze sociali, salva restando l'unità e la coerenza del sistema⁷³. In questo senso veniva riconosciuto un indiscutibile ruolo del giudice creatore/interprete⁷⁴ che nell'ambito della sua attività applicativa era chiamato a rinnovare la norma quale «strumento di un perenne sviluppo del diritto»⁷⁵. In tal senso, la creatività dell'interpretazione non metteva in pericolo la certezza del diritto, garantita dall'armonia del sistema, ma addirittura la rafforzava, in quanto attraverso questo procedimento se ne impediva l'obsolescenza e si evitava il rischio della sua inefficacia:

La conciliazione tra questa immanente esigenza di costanza e questa pur necessaria mutevolezza della norma, il superamento di un'antinomia che è insita nella stessa pretesa di applicazione della norma, è data, ancor prima che dal mutamento che *lato sensu* possiamo dire legislativo del diritto, dalla stessa tecnica dell'interpretazione. Questa obbedisce a quella che potremo dire una logica della continuità, nel suo sforzo di conciliare costanza di valutazione e reale sviluppo, secondo una argomentabile continuità. Sempre invero il diritto si deve adeguare a

riconoscere un compito in qualche modo «creativo» della giurisprudenza. Cfr. M. Barberis, *Il miglior diritto possibile. Lombardi Vallauri e il diritto giurisprudenziale*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, vol. I, San Giuliano Milanese (Mi) 2016, pp. 73-86; F. Viola, *Dalla filosofia del diritto alla filosofia per il diritto*, cit., vol. II, pp. 1517-1531 (1529).

⁷³ M. Corsale, *Il problema*, cit., pp. 306-8.

⁷⁴ L. Lombardi, *Saggio*, cit., p. 372: «la giurisprudenza non si limita ad offrire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma contribuisce alla stessa formazione del diritto, è sempre creativa; visto dal lato opposto: il diritto è sempre (anche) giurisprudenziale».

⁷⁵ T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in Id., *Problemi giuridici*, I, cit., pp. 69-111 (74-75): «Il diritto di ogni momento è in realtà tale, quale interpretato e applicato; l'applicazione trova la sua giustificazione nell'interpretazione e ogni interpretazione visualizza una applicazione (al caso o a una classe di casi) e si armonizza con questa, sì che alla contrapposizione tra una normativa e una sua interpretazione dobbiamo sostituire la considerazione di un procedimento di posizione della normativa, partendo da un dato ed attraverso una interpretazione a sua volta giustificatrice di una applicazione [...]. È appunto questo procedimento che assicura la conciliazione tra una continua creazione di diritto e una necessaria continuità e così permette l'applicazione del diritto, superando l'antinomia tra la necessità di risolvere qualunque caso e la fissità e tipicità di qualunque formulazione. Ed interprete è ogni consociato ai fini dell'applicazione e disapplicazione è chiamato insieme ad interpretare, sì che male si ridurrebbe l'opera dell'interpretazione a quella sola che «professionalmente» si chiama tale. L'interpretazione si svolge nell'opera del giudice e in quella dello studioso come in quella del mercante e tutti concorrono nella continua posizione del diritto».

una mutevole realtà con un processo che insieme investe la disciplina dettata e le categorie con le quali questa si esprime e si elabora (se pur vuol porsi questa distinzione). La stessa prassi è strumento di questa continua adeguazione attraverso quei procedimenti indiretti grazie ai quali vecchi istituti vengono utilizzati per nuove funzioni, conciliando una continuità strutturale che è garanzia di certezza con una innovazione funzionale⁷⁶.

Su tali basi, Ascarelli riconosceva alla giurisprudenza (intesa quale scienza giuridica⁷⁷) una importante funzione nello sviluppo del diritto, consistente nello studio della realtà in funzione normativa e in vista dell'azione «del cittadino nella sua pratica attività, come di quella del giudice nel condannare o assolvere o di quella dello studioso nel formulare anch'egli condanne o assoluzioni, se pure per casi solo visualizzati»⁷⁸.

Tale posizione veniva condivisa da Andrea Torrente il quale, in uno scritto del 1962, dedicato agli studi in memoria di Ascarelli, affrontava il problema del rapporto tra giudice e diritto quale «prosecuzione delle ricerche per le vie che egli ha additato»⁷⁹. Punto di partenza della riflessione del magistrato napoletano era costituita dal parallelismo del pensiero del compianto Maestro con quello di Benjamin Cardozo (i cui scritti erano stati tradotti in italiano da Vincenzo Gueli ed editi nel 1961⁸⁰) che si condensava nell'affermazione secondo cui il diritto doveva essere stabile, senza tuttavia

⁷⁶ T. Ascarelli, *Certezza del diritto*, cit., pp. 113-114.

⁷⁷ L'Autore usava come sinonimi i termini «scienza giuridica» e «giurisprudenza», in quanto rifiutava la contrapposizione tra scienza giuridica e interpretazione: «la prima non è che un momento della seconda e non si contrappone a questa; la seconda a sua volta comprende la prima che pur sempre si coordina con l'interpretazione e l'applicazione di un determinato ordinamento giuridico». Ivi, p. 135, nt 19.

⁷⁸ Ivi, p. 135. «È appunto perciò che la storia delle dottrine confluisce nella storia del diritto, che l'interpretazione è a sua volta continuo strumento di sviluppo e di adeguazione di qualunque *corpus juris*, il quale non può intendersi o applicarsi, non può esistere e operare, fuori della sua interpretazione e applicazione». Cfr. P. Costa, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 484 ss.

⁷⁹ A. Torrente, *Il giudice e il diritto*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», a. XVI (1962), pp. 1261-1273. L'Autore orgogliosamente riconosceva la coincidenza del suo pensiero con quello ben più approfondito dell'Ascarelli, peraltro rilevata da quest'ultimo in *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 84 nt. 15, in cui richiamava «il profondo saggio del Torrente negli *Studi in onore di Eula*».

⁸⁰ B.N. Cardozo, *Il giudice e il diritto*, intr. e trad. it. V. Gueli, Firenze 1961. Da questa raccolta di saggi Torrente mutuava il titolo per il suo articolo dedicato alla memoria di Ascarelli.

poter restare fermo⁸¹. Da ciò scaturiva il principio dell'interpretazione creativa del diritto, che poteva ben essere applicato anche in sistemi giuridici diversi (e non esclusivamente in quello americano del *judge made law*)⁸² comunque basati sul diritto certo che negli ordinamenti continentali era rappresentato dai codici e in quelli anglosassoni dal precedente giudiziario, per cui «la problematica che il Cardozo traeva dalla viva esperienza non concerneva la libertà creativa del giudice anglosassone nel campo in cui – per l'assenza di *statute law* o di precedenti – egli è per definizione libero, ma attiene proprio all'ipotesi in cui il precedente esiste, con carattere di assoluta identità, o è estensibile in via analogica a casi simili»⁸³. Quando i principi desunti dal precedente non funzionano bene, dando luogo a conseguenze che nella valutazione sociale appaiono ingiuste, il giudice avrebbe avuto il compito di adattare il diritto al caso concreto: analoga situazione si sarebbe venuta a creare anche nei sistemi continentali nel caso di legge «muta», dove il giudice non poteva sfuggire al compito di adattare la norma giuridica all'ambiente sociale ed economico giuridico in cui viveva⁸⁴. In tale ottica, Andrea Torrente descriveva l'opera coraggiosa della giurisprudenza italiana che aveva saputo rispondere a numerose istanze scaturenti dalle esigenze del diritto vivente in molteplici settori dell'attività commerciale, come in materia del riconoscimento della qualità del socio di una società irregolare, di cessione o di affitto di azienda⁸⁵ o di arbitrato irrituale⁸⁶: si trattava di un progresso giudiziario che era avvenuto lentamente, attraverso un processo di «erosione» piuttosto che di «avulsione», operato dal giudice che non abdicava all'imperativo categorico dell'ossequio alla legge, ma reagiva con la

⁸¹ Ivi, p. 156.

⁸² Ancora una volta Torrente richiamava il più volte citato saggio di Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 87.

⁸³ A. Torrente, *Il giudice e il diritto*, cit., p. 1263: «Prendendo in considerazione la seconda ipotesi, che è ovviamente la più interessante, ogni decisione per il giudice anglosassone ha un potere generatore: essa procrea a sua propria immagine; ogni precedente ha una forza direttiva per i casi futuri di natura uguale o simile. Lo *stare decisis* è la regola di lavoro quotidiano di quel giudice, non molto più che un lavoro di ricerca e di confronto. Ma il Cardozo si ribella all'idea che a questo ed a questo soltanto si riduca l'opera del giudice».

⁸⁴ Ivi, p. 1264.

⁸⁵ Ivi, pp. 1267-1268.

⁸⁶ Quest'ultimo, in particolare, aveva trovato cittadinanza nel nostro ordinamento grazie alla «complicità necessaria della giurisprudenza» che – a partire da una lontana sentenza della Cassazione di Torino del 27 dicembre 1904 n. 230 – aveva esteso l'ambito di applicazione dell'istituto anche nel caso di attribuzione agli arbitri del potere di decidere secondo le norme di diritto. Ivi, p. 1269.

sua sensibilità e la sua cultura, «recepando e riflettendo le idee, le concezioni ed anche [...] le contraddizioni del suo tempo»⁸⁷.

L'idea del Torrente sulla necessità di aprire una finestra «all'aria fresca e vivificante della realtà»⁸⁸, in gran parte mutuata dal Cardozo, avrebbe avuto una forte influenza sul pensiero di Gino Gorla, il quale, sul percorso avviato dal magistrato napoletano, avrebbe portato avanti un programma di studio promosso dal Consiglio Nazionale delle Ricerche, recante il titolo: *Mezzi di informazione sulla giurisprudenza. – Interpretazione e sistemazione della stessa. – Problemi connessi concernenti la struttura della sentenza, l'organizzazione e l'amministrazione della giustizia*⁸⁹: l'obiettivo era quello di affrontare il problema della certezza del diritto e della giurisprudenza, partendo dalla conoscibilità di quest'ultima.

Secondo Gorla, era infatti necessario porre mano ad un ordinato ed efficiente sistema di mezzi di informazione (repertori, raccolte o *reports*) fondato su una accurata interpretazione e sintesi (anche storica) delle sentenze che, secondo gli insegnamenti di Cardozo e Torrente (fra i quali Gorla vedeva una «certa congenialità»), avrebbe consentito ai magistrati di «fare» il diritto presente e futuro interpretando il diritto preesistente⁹⁰, per cui «l'interpretazione evolutiva, nella dialettica fra certezza e moto, rappresenta il potere e la missione del giudice»⁹¹.

⁸⁷ Ivi, p. 1273: «Il compito non è semplice; a ben riflettere, è tremendo, irto di responsabilità. È tuttavia una responsabilità e un impegno che il giudice, a prescindere da altri doveri, ha comune con tutti gli uomini di cultura: il dovere di riflettere il proprio tempo e di contribuire al moto ideale della vita e della storia».

⁸⁸ Ivi, p. 1271.

⁸⁹ G. Gorla, *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia. Introduzione. §1. Dedicata*, in «Quaderni de Il Foro Italiano», a. LXXXI (1966), vol. LXXXIX, cc. 5-7.

⁹⁰ Osserva M. Ascheri, *I grandi tribunali e la ricerca di Gino Gorla*, in *Grandi tribunali e Rote*, cit., pp. XI-XXXIII (XXII): «È per questa strada che Gorla, da un lato ha seriamente richiamato ad una nuova responsabilità nella preparazione delle raccolte di giurisprudenza attuali, difettose sia nei massimari che nell'esposizione dei fatti e quindi fonti di innumerevoli equivoci e anche di errori nella prassi forense; dall'altro, ha esortato a rivedere le opinioni correnti sull'Ottocento giuridico, a sfatare la grande illusione codificatoria, a studiare in concreto l'attività delle corti e la dottrina ad esse collegata [...] e ha insistito sull'esigenza di uniformità e stabilità della giurisprudenza, sia dei tribunali supremi (e specialmente della Cassazione, divenuta unica nel 1924), sia dei giudici di precedenti istanze, facendo salvi solo i mutamenti per gravi motivi». Cfr. G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, pp. 303 ss.

⁹¹ G. Gorla, *Raccolta di saggi*, cit., c. 6: osservava l'Autore che il *Manuale di diritto privato* di Torrente si distingueva dagli altri del genere, in quanto attraeva l'attenzione dello studente sulla giurisprudenza e poneva il problema della giurisprudenza e del precedente.

L'urgenza di avviare ricerche di questo genere in Italia era stata segnalata già nel 1966 dalle pagine dello *Stanford Law Review* da John Henry Merryman⁹², il quale – sulla base delle intuizioni di Calamandrei e Ascarelli⁹³ – aveva evidenziato l'importante funzione creativa della giurisprudenza, il cui ruolo era profondamente mutato a seguito della caduta del fascismo e della nascita della Costituzione e della Corte Costituzionale⁹⁴. Nel terzo saggio della serie dedicata all'*Italian style (Interpretation)*, il professore americano rilevava che, sebbene fosse radicata storicamente l'idea della certezza del diritto (dettato dalla completezza e coerenza dei codici) e della diffidenza verso il potere dei giudici nell'ambito dell'attività processuale (la cui immagine era quella di «slot machine» giudiziaria meccanizzata ed automatizzata⁹⁵), nella pratica i tribunali svolgevano un concreto ed importante ruolo nel processo evolutivo del diritto:

Likewise, the dogma that the code is complete (no lacunae) and coherent (no conflicting provisions) fails to survive even a cursory glance at the jurisprudence. The books are full of decisions in which the court has had to fill gaps in the legislative scheme and reconcile apparently conflicting statutes. The claim of legislative prescience becomes nonsense in view of the constant appearance of new problems, clearly unforeseen by the legislature, demanding judicial solution. Although the text of the statute remains unchanged, its meaning in application often changes in response to new social pressures. The ideal of certainty in the law becomes an illusion in the face of the uncertainty that exists in fact, where determination of the

⁹² Si tratta di una serie di tre saggi sull'*Italian Style*, con i sottotitoli «Dottrina», «Fonti» e «Interpretazione», pubblicati nei fascicoli della *Stanford Law Review*, vol. 18 (1966), e riediti nella traduzione italiana a cura di D. Corapi e G. Marziale sulla «Riv. trim. dir. e proc. civ.», a XX (1966), pp. 1169-1216. Con qualche modifica i testi avrebbero fatto parte del volume Aa.Vv., *Italian Legal System: an introduction*, cur. M. Cappelletti, J.M. Perillo e J.H. Merryman, Stanford 1967.

⁹³ L'esposizione della teoria del Merryman riprendeva a piene mani gli scritti di Tullio Ascarelli e di Piero Calamandrei, che venivano ampiamente citati dal professore americano, il quale rilevava la particolare vicinanza di quelle idee con quei «common places» del realismo giuridico americano che riconoscevano ai giudici un coscienzioso impiego del loro potere creativo. J.H. Merryman, *The Italian Style III: Interpretation*, in «Stanford Law Review», vol. 18, n. 4 (feb. 1966), pp. 583-611 (598-604).

⁹⁴ Cfr. S. Cassese, *Itinerario di un amministrativista*, in «Quaderni fiorentini», n. 39 (2010), pp. 528-554 (548).

⁹⁵ J.H. Merryman, *The Italian Style III*, cit., p. 588: «The net image of the judicial process is one of something mechanical and automatic, of slot machine jurisprudence. Applying juridical logic – the way of legal thinking supplied by the folklore – the judge is driven inexorably to the proper decision».

rights of parties frequently must await the results of litigation⁹⁶.

La travolgente evidenza del fatto che i giudici si trovavano di fronte alla necessità di effettuare una indispensabile attività interpretativa, colmando lacune e risolvendo conflitti negli schemi legislativi esistenti, rendeva loro il compito di adattare la legge alle mutevoli condizioni del diritto⁹⁷. In tale ottica, assumeva un ruolo importante anche il precedente giudiziario, spesso citato nelle successive sentenze a tal punto da costituire una prassi che somigliava molto all'applicazione del principio dello *stare decisis*⁹⁸, formalmente escluso in Italia:

Finally and most important of all, Italian courts regularly cite and apply *massime* and decisions (of lower courts, as well as of the Supreme Court of Cassation) in their opinions. The practice is widespread. Whatever the folklore may say about the value of precedent, the fact is that courts do not act very differently toward reported decisions (and *massime* from them) in Italy than they do in the United States. When an Italian judge cites a prior decision, he presumably thinks that it is relevant in some way to decision of the case before him. It is true that, as the Italian discussions of precedent uniformly point out, he is not formally bound by the prior decision. He is, however, affected to some extent by it. To that extent the prior decision is, in realistic if not in formal terms, a precedent⁹⁹.

In questo modo, quindi, ogni decisione rappresentava un precedente che rafforzava il potere creativo dei giudici, per cui sarebbe stata necessaria una maggiore cura nel pubblicare sentenze per esteso piuttosto che brevi *abstracts* della Cassazione, avulsi dal fatto e dal ragionamento della Corte («*massime*» raccolte in «general repository» detti «*massimari*»), onde evitare che quei principi potessero essere applicati a casi completamente differenti

⁹⁶ Ivi, p. 590.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Sull'argomento cfr. R. Cross – J.W. Harris, *Precedent in English Law*, IV ed., Oxford 1991; N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008; V. Varano – V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, V. ed. Torino 2014; L. Passanante, *Il precedente impossibile*, cit., pp. 191 ss.

⁹⁹ Ivi, pp. 605-606. Tali affermazioni costituivano una sintesi delle teorie di Calamandrei, Torrente e Gorla. Sul punto cfr. anche i recenti studi di M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli 2007, pp. 7-8 e E. Follieri, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in «Dir. proc. amm.», fasc. 4 (2012), p. 1237 ss. che hanno messo in luce come il riferimento al precedente sia ormai presente in tutti i sistemi di *civil law*.

da quelli per i quali erano sorti¹⁰⁰.

Le vivaci riflessioni del Merryman prendevano atto della circostanza secondo cui in Italia la scienza giuridica non fosse ancora pienamente consapevole di quanto stesse accadendo: infatti, tale coscienza veniva riscontrata soltanto in pochi autori, mentre, per il resto, si continuava a ritenere il lavoro del giudice come quello di un mero applicatore o ingegnere, escludendo la sua funzione «creativa» in virtù dell'attribuzione esclusiva della funzione normativa al potere legislativo, quale garanzia della certezza del diritto che vietava al giudice di porre norme in via autonoma. Tutto questo non poteva che «spaventare» la scienza giuridica italiana, forse perché «ancora troppo affascinata – scriveva Sabino Cassese nel 1966, in una recensione ai saggi del Merryman – dall'ideale dei legisti, della possibilità di una legislazione onnipresente, o perché troppo fiduciosa nella possibilità di creazione «dottrinale» di norme o perché non ancora pienamente consapevole dei gravi problemi di riempimento di vuoti legislativi che si pongono al giudice»¹⁰¹. Questi presupposti non avrebbero reso i giuristi italiani all'altezza del compito loro prospettato di cominciare ad identificare dei criteri per l'operazione interpretativa da sanzionare poi legislativamente. Ma soprattutto – e questo era il problema di fondo che rilevava l'illustre amministrativista – vi era il profondo dubbio che potesse nutrirsi altrettanta fiducia nel «judge made law» in una società ed in un ordinamento giuridico come quello italiano, in quanto il sistema del precedente prospettato dal Merryman trovava legittimazione in una società pluralista – come quella americana – con pluralità di centri decisionali a controllo popolare e con potestà normativa, nella quale una lunga tradizione giurisprudenziale e dottrinale aveva permesso l'identificazione di criteri interpretativi estremamente raffinati¹⁰².

¹⁰⁰ Ivi, p. 592. Sul punto cfr. anche G. Gorla, *Le raccolte di giurisprudenza e le tecniche di interpretazione delle sentenze*, in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, pp. 303-329 (307-9). Secondo l'Autore «una sentenza di cui non si conosca, o si conosca male, il fatto, è una sentenza mutilata»: ponendo a raffronto le raccolte di giurisprudenza dei paesi di *common law* con quelle italiane, rilevava che queste ultime spesso non riferivano il fatto, in luogo del quale si trovava un *omissis*, ma solo la motivazione in diritto della sentenza.

¹⁰¹ S. Cassese, *John Henry Merryman, The Italian Style, Doctrine, Law, Interpretation*, in «Riv. trim. dir. pub.», a. XVI (1966), pp. 419-425 (424).

¹⁰² *Ibid.* L'Autore faceva riferimento alla varietà di applicazioni del principio di «due process of law» e di «substantive due process of law». Sull'argomento cfr. J.A. Jolowicz, *Too many precedents?*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, vol. I, Milano 1994, pp. 281 ss.; P.G. Monateri, *Il precedente in Inghilterra*, in L. Vacca (cur.), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC – Perugia*,

Queste paure del contagio della «malattia americana» – ovvero del fenomeno dell’appropriazione da parte dei giudici dell’autorità appartenente al popolo ed ai suoi rappresentanti eletti¹⁰³ – avrebbero costituito le ragioni del freno agli studi sulla giurisprudenza (contro qualsiasi attribuzione di valore alla sentenza al di fuori del caso per il quale era stata emessa) ai quali Gino Gorla, richiamando espressamente l’invito formulato dal collega d’Oltreoceano, aveva auspicato la dedizione da parte delle «prossime due generazioni di giuristi»¹⁰⁴.

Più che un auspicio si era trattato di un vero e proprio vaticinio, se si considera che oggi il campo della giurisprudenza storica risulta essere ampiamente battuto, determinando un netto cambio di registro rispetto al passato, quando l’attenzione della storiografia giuridica risultava concentrata principalmente al fenomeno della crisi della legge e dei codici¹⁰⁵ piuttosto che allo studio delle sentenze dei tribunali, straordinario strumento di osservazione per verificare la concreta efficacia delle riforme, le «disonomie» sul piano sociale e la portata degli indirizzi promossi dalle corti supreme di giustizia, la cui funzione fortemente creativa ha costituito storicamente il frutto dell’idea di un legislatore assolutista che lottava contro le tradizioni regionali e di ceto d’*Ancien régime*¹⁰⁶.

Tale prospettiva rappresenta oggi, quindi, un efficace punto di osservazione per lo studio della storia del diritto che - secondo una felice intuizione di Gorla¹⁰⁷ - deve essere indirizzato non solo alle leggi, ai codici ed alle opere dei giuristi, ma anche e soprattutto alle sentenze,

25-26 giugno 1999, Torino 2000, p. 103 ss.

¹⁰³ Riprendo un’espressione utilizzata da R.H. Bork, *Il giudice sovrano*, cur. S. Sileoni, Macerata 2004, p. 7. Secondo l’Autore, «una simile patologia si manifesta non appena i giudici si trovano in condizioni tali da ricevere o da attribuirsi il potere di calpestare le decisioni prese da altri organi dello Stato: il potere del controllo giurisdizionale di costituzionalità».

¹⁰⁴ G. Gorla, *Raccolta*, cit., c. 8.

¹⁰⁵ Cfr. F. Mastroberti, *Storia giuridica*, cit., p. 17. Secondo l’Autore, le due principali linee della storiografia giuridica degli ultimi trent’anni hanno proposto da un lato l’idea della attualità del diritto, esaltando il ruolo del giurista quale interprete del continuo movimento del diritto e dall’altro l’analisi degli aspetti socio istituzionali e politici connessi alla cronica debolezza del potere politico e legislativo in Italia, indagandone profondamente le ragioni storiche antiche e recenti.

¹⁰⁶ M. Ascheri, *Sul «problema cassazione»: un punto di vista «storico»*, in *Scintillae iuris*, cit., pp. 145-154 (152): «Insomma, d’un politico che non può fidarsi del policentrismo giudiziario, che può significare rivolta di giudici conservatori all’attivismo sfrenato e profondamente riformatore del potere politico».

¹⁰⁷ G. Gorla, *Le raccolte di giurisprudenza*, cit., p. 303.

quali strumenti di rinnovamento quotidiano che hanno contribuito ad adeguare il diritto alla realtà sociale, ad uniformarlo nei tribunali periferici e a garantirgli, attraverso le raccolte, una efficacia transazionale. Si tratta di studi certamente non semplici, che passano attraverso la difficile ricerca archivistica, necessaria quantomeno per i periodi non coperti dai repertori ufficiali o dalle collezioni private, e che consentono di individuare – secondo l'impostazione offerta da John P. Dawson nel 1968 – «le fonti da cui il diritto stesso è stato ricavato, l'autorità di altre personalità intermedie, i metodi d'istruzione e di selezione dei giuristi»¹⁰⁸.

¹⁰⁸ J.P. Dawson, *Gli oracoli del diritto*, cur. R. Giurato, Napoli 2014, p. 8.