

Torquato G. Tasso¹

Common Law e Civil Law: le convergenze parallele tra due mondi (non) comunicanti. Ricostruzione di un ardito percorso dalla Scuola del Diritto Libero alla “Natur der sache”.

ABSTRACT

This article does not intend to identify the criteria that allow communication between the two systems of Common Law and Civil Law but rather to identify if and when in the history of legal philosophical thought there were the precursors for a possible theoretical communication. This moment is identified in the theses of the School of Free Law (Freirechtsbewegung) and, subsequently, of the «Natur der sache» within which the theorists, even the most revolutionary, had found a source of inspiration precisely in the systems of Common Law.

KEYWORDS

Common Law, Civil Law, Interpretation, Natur der sache, Natural Law.

INDICE

1. Premessa. 2. Common Law e Civil Law. La tradizionale distinzione. 3. Assonanze e dissonanze. La possibile comunicazione tra i due sistemi. L’aequitas come timido tentativo teoretico di avvicinamento. 4. La Scuola del Diritto Libero. La necessaria risposta ad un mondo in evoluzione. Il crepuscolo di un’idea rivoluzionaria. 5. La Scuola del Diritto Libero e il giudice giustiziere in Oscar Bülow e Hermann Kantorowicz. 6. Un’ipotesi ricostruttiva. La “Natura della cosa”. Le teoretiche differenze con le teorie del diritto naturale. 7. La “Natura della cosa”. Lo sviluppo di un’intuizione. 8. Il movimento de la “Natura della cosa” e la naturale convergenza verso la Common Law. Le tesi di Gustav Radbruch. 9. Gustav Radbruch e l’elogio del diritto inglese. La completa adesione alla Common Law. 10. Common Law e Civil Law. Le convergenze parallele.

1. Premessa

La tradizionale distinzione, per non dire separazione, tra i sistemi giuridici di *Common Law* e *Civil Law* induce ad una riflessione. Generalmente gli studiosi di questi sistemi tendono ad evidenziarne le caratteristiche che li differenziano mentre solo una parte della dottrina si è soffermata sull’analisi dei possibili elementi che potrebbero consentirne la comunicazione.

Nel proseguo vogliamo non tanto individuare i criteri che consentano una comunicazione tra i due sistemi ma piuttosto individuare se e quando nella storia del pensiero filosofico giuridico vi siano stati i prodromi per una possibile teoretica comunicazione. Questo momento viene individuato nelle tesi della *Scuola del diritto libero* e, successivamente, del movimento della *Natur der sache* all’interno delle quali i teorici, anche più rivoluzionari, avevano trovato fonte di ispirazione proprio nei sistemi di *Common Law*. Infatti, la figura del giudice, in queste realtà, pur libera e meno vincolata dalle disposizioni di legge, per ovvie ragioni storiche e sistematiche, garantiva comunque un corretto

¹ Ricercatore universitario a tempo indeterminato presso l’Università degli Studi di Padova, Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto della Scuola di Giurisprudenza, e-mail torquato.tasso@unipd.it

COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

equilibrio delle relazioni intersoggettive e una stabilità dei giudizi che potevano essere visti come espressione di una differente ma altrettanto rilevante certezza del diritto che questo garantiva.

Approfondiremo quindi le teorie di questi movimenti che si diffusero in tutta Europa tra l'Ottocento e il Novecento e che avevano trovato nella *Common Law* la storica e concreta applicazione delle proprie tesi, tesi che non trovarono l'attenzione che, probabilmente, avrebbero meritato.

2. *Common Law* e *Civil Law*. La tradizionale distinzione.

Ricordiamo, seppur brevemente, le peculiari caratteristiche e, di riflesso, differenze tra i due sistemi. Negli ordinamenti di *Civil Law*, il diritto viene a coincidere con le disposizioni di legge, che sono intese come la diretta espressione della volontà del Sovrano, ossia dello Stato (moderno), unico ente legittimato a legiferare. Il giudice, secondo questa prospettiva, giunge alla sua finale decisione partendo dalle disposizioni normative, attraverso un'interpretazione sistematica e letterale delle stesse ed utilizzando, nel caso in cui la questione non sia regolata esplicitamente dal diritto, criteri interpretativi integrativi, quali l'analogia od il ricorso ai principi generali del diritto, applicando *sic et simpliciter* la legge al caso. E proprio grazie a questi *criteri* interpretativi, il giudice riesce *sempre* ad individuare una soluzione per il caso, qualsiasi caso, gli venga prospettato.

Questo carattere è strettamente connesso all'idea, pilastro fondamentale dei sistemi continentali del diritto, secondo la quale il giudice non può (come invece poteva fare il giudice romano) pronunciarsi con un *non liquet*, ossia non può rifiutarsi di decidere, sostenendo che non vi è una norma che regoli il caso o, comunque, che la regola individuata da applicarsi al caso non è chiara nel suo significato. Secondo questa prospettiva, il giudice, quindi, deve avere come unico punto di riferimento le disposizioni positive, che costituiscono, contemporaneamente, il suo unico limite. Per converso, nella concreta attività di interpretazione e applicazione della disposizione individuata al caso concreto che gli viene prospettato, egli non è tenuto ad adeguarsi alle decisioni rese da altri giudici in precedenti pronunce, potendo discostarsi, in virtù della sua piena autonomia, dalla loro visione interpretativa².

Il sistema di *Civil Law*, quindi, si basa su un indissolubile legame tra la legge scritta e il giudice, il quale è il necessario interprete della stessa ma della stessa è *umile servitore*³. Questi vincoli, nei sistemi di *Civil Law*, hanno certamente origini molto lontane nel tempo, risalenti alle prime codificazioni europee e da allora fanno parte della tradizione giuridica di stampo positivistico⁴.

² Sul punto si ricorda Donato Donati che affronta la questione della lacunosità dell'ordinamento, conscio che la soluzione di questo problema influenza in modo determinante la natura e i limiti della funzione giurisdizionale. L'Autore parte dalla considerazione che questa funzione, tranne che nei Paesi anglosassoni, la cui giurisprudenza di *Common Law* è basata su tradizionali regole, radicalmente diverse da quelle della giurisprudenza occidentale di matrice giuspositivistica, si regge su due principi fondamentali, l'obbligo di non denegare giustizia (il giudice deve cioè decidere ogni caso sottoposto al suo esame) e l'obbligo di fedeltà del giudice alla legge (il giudice, cioè, deve risolvere i casi sottoposti al suo esame mediante una norma di legge).

Però, perché il giudice possa adempiere ad entrambi questi obblighi, è necessario che l'ordinamento giuridico sia privo di lacune e sia in grado di offrire per ogni caso una norma da applicare. Secondo la dottrina tradizionale ogni questione giuridica sottoposta al vaglio del giudice trova nell'ambito dell'ordinamento giuridico una norma idonea a dare una soluzione al caso in quanto, se anche non esiste una norma espressa che vi dia espressa disciplina, è comunque possibile trovare (nell'ambito dell'ordinamento) una norma che, mediante l'ermeneutica giuridica, consenta la detta regolamentazione. (Donati 1910)

³ Kantorowicz 1988 [1908]: 57.

⁴ Ci riferiamo al Codice Civile Austriaco del 1812 l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie* (ABGB) che fu importato nell'allora Regno Lombardo Veneto nel 1815. Tali principi hanno trovato concreta espressione in modo così chiaro ad opera di due articoli del Code Civil francese che poi sono stati riportati in Italia dal Codice di Napoleone il Grande per il Regno d'Italia del 1806, ossia l'art. 4 e l'art. 5.

Gli ordinamenti di *Common Law*, invece, non presentano un sistema di disposizioni, generali ed astratte, raccolte in codici e, quindi, non si basano sull'idea secondo la quale il diritto coincide con la legge dello Stato; caratteristica peculiare di questi sistemi è semmai il principio giurisprudenziale dello *stare decisis*, ossia la forza vincolante del precedente giudiziario.

Nella tradizione della *Common Law*, il giudice, non essendo vincolato alla legge positiva, dispone, dunque, di un potere più ampio rispetto ai giudici dei Paesi di *Civil Law*⁵.

Va poi ricordato che nei sistemi di *Common Law* l'evoluzione interpretativa del diritto non è mai stata interrotta da una cristallizzazione storica in un codice, anche solo finalizzato alla raccolta sistematica della normativa creata attraverso le pronunce dei precedenti giudiziari e il diritto è il risultato della sedimentazione secolare di pronunce e decisioni giurisprudenziali⁶.

L'attività del giudice di *Common Law* consiste proprio in un'operazione di confronto delle questioni giuridiche che emergono da due casi, quello su cui un precedente giudice si è pronunciato e quello sul quale viene chiamato a pronunciarsi, con l'intento di individuare punti di convergenza in modo da poter estendere la *ratio decidendi* della decisione anteriore al caso a lui prospettato⁷.

Ne consegue che anche la tipologia di ragionamento seguito dai due giudici è comunque fondamentalmente diversa. Il giudice, dei sistemi occidentali, procede con un ragionamento di tipo deduttivo, in quanto i giudici, piuttosto che scoprire la *ratio decidendi* di un determinato fatto, ne cercano la soluzione all'interno del sistema di leggi scritte. Il giudice, nei sistemi di *Common Law*, invece, opera induttivamente deducendo da una pronuncia precedente la *ratio* applicativa al caso e, quindi, applicandola al caso successivo.

3. Assonanze e dissonanze. La possibile comunicazione tra i due sistemi. L'*aequitas* come timido tentativo teoretico di avvicinamento.

L'ordinamento giuridico inglese pone il sistema giudiziario, ricco di storica tradizione, al centro della sua struttura gerarchica delle fonti⁸. Tale peculiarità è, da sempre, l'elemento principalmente identificativo della diversità dell'ordinamento anglosassone dagli ordinamenti di stampo romano-germanico⁹.

Secondo alcuni, tale differenziazione troverebbe giustificazione anche dal punto di vista geografico, in quanto la conformazione insulare della Britannia, determinandone una sorta di

⁵ E questo in quanto il diritto viene a crearsi principalmente grazie ad un processo di sedimentazione di pronunce giudiziali che vengono a formare un solido precedente vincolante. Cfr. Barberis 2004: 22. Egli evidenzia come si sia parlato, sul piano della teoria generale del diritto, dell'affermarsi di una tendenza conoscitiva denominata "giusrealismo radicale", la cui tesi centrale è che "tutto il diritto sia prodotto dai giudici: tanto nel *Common Law* quanto nel *Civil Law*", e pertanto che "il legislatore si limiterebbe a produrre disposizioni, ossia una sorta di *law in books*; mentre il diritto propriamente detto, ossia il *law in action*, sarebbe prodotto dagli organi dell'applicazione".

⁶ In realtà, in tali ordinamenti non mancano del tutto atti normativi positivi e, quindi, scritti; le leggi esistono e sono denominate *Acts of Parliaments* o *Statutes*, ma sono emanate quali eccezioni rispetto al diritto di origine giurisprudenziale (*case law*) e, soprattutto, il loro numero è di gran lunga inferiore rispetto alla ipertrofica produzione normativa che caratterizza i Paesi di *Civil Law*.

Bisogna, però, anche sottolineare che la sfiducia nel diritto scritto porta a far sì che gli *Statutes* abbiano ad ogni modo una interpretazione più stretta di quella che ricevono i codici di *Civil Law*, al punto, per esempio, che non sono estensibili per analogia. Si può quindi dire che se gli *Statutes* in qualche modo pongono dei limiti alla libera interpretazione dei giudici, è altrettanto vero che gli stessi sono generalmente ben delimitati e contenuti.

⁷ Va però detto che il giudice, laddove ritenga di non condividere l'orientamento consolidato del precedente e la sua relativa *ratio*, per i più diversi motivi quali, solo a titolo di esempio, l'evoluzione storica e la sua rilevanza nel caso di specie, avrà però una alternativa, ossia quello di decidere il caso difformemente attribuendo a tale decisione il valore di precedente vincolante nei confronti del caso successivo, anche se questa decisione dovrà essere, per ovvi e comprensibili motivi, motivata e giustificata.

⁸ Antonioli Deflorian 1998.

⁹ David e Jauffret-Spinozi 2004.

COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

isolamento rispetto all'Europa continentale, avrebbe consentito e acuito le differenze anche del sistema giurisdizionale¹⁰.

In realtà, anche di recente, alcuni autori hanno cercato di individuare dei punti di convergenza tra i due mondi che appaiono così lontani, partendo dalla constatazione di alcuni fenomeni di avvicinamento relativamente nuovi.

Un elemento che sembra avvicinare i due mondi è il risultato di una più recente evoluzione della formazione giuridica dei giuristi inglesi in quanto si può riscontrare che, da una formazione squisitamente *pratica* tradizionale del giurista inglese, è iniziata da tempo una integrazione formativa di tipo universitario potremmo dire *a modo* occidentale. "Da cent'anni a questa parte [...] i giuristi inglesi frequentano sempre di più le facoltà di giurisprudenza, per imparare i principi, che oramai sono stati ridotti a sistemi in modo pienamente avvicinabile ai principi dei vari ordinamenti romanistici"¹¹.

Infine, un altro aspetto che avvicina le due realtà è dato dal ruolo, che gli ordinamenti occidentali, basati sul modello romanistico-germanico, hanno da tempo riconosciuto alla giurisprudenza nella creazione del diritto¹²: nonostante non sia considerabile alla stregua del peso riconosciuto all'interno della *Common Law*, il sistema giudiziario influenza e innova di non poco l'ordinamento giuridico nei sistemi di *Civil Law*, pur non assurgendo, va precisato, a fonte del diritto¹³. Benché il nostro sistema sia un sistema continentale (e non di *Common Law*)¹⁴, per dirla con Ronald Dworkin, si assiste ad un sempre più significativo fenomeno di "forza gravitazionale delle decisioni precedenti"¹⁵.

La possibilità di comunicazioni tra i due mondi, secondo alcuni autori, troverebbe il suo fondamento su una comune origine storica. Alcuni di questi, infatti, evidenziano come le due realtà storiche e geografiche sarebbero riconducibili ad una più ampia tradizione culturale definita "occidentale"¹⁶: infatti, entrambe le realtà hanno "conosciuto il feudalesimo; la nascita di un forte Stato Nazionale sorretto da un'economia mercantile; la rivoluzione industriale e l'evoluzione verso una concezione sociale dello Stato, il cd. welfare state"¹⁷.

Lo stesso Oscar Bülow, con una interessante ricostruzione storica, individua una origine comune ai due sistemi, individuando una tradizione in cui anche il mondo cosiddetto occidentale ha conosciuto l'opera creativa del giudice nell'interpretazione, al *modo* anglosassone. L'attività creativa dell'"ufficio del giudice" aveva radici storiche molto profonde risalenti, infatti, alla stessa età romana; la sua prima manifestazione concreta la si può riscontrare nel cosiddetto *ius honorarium* e nello *ius praetorium*, ossia in quel diritto che emergeva dalla quotidiana applicazione ad opera dei giuristi e che si poneva a completamento del (scarso e sacro) diritto legislativo ma che, per adeguarlo alle mutate esigenze sociali, in alcuni casi giungeva a contraddirlo e violarlo¹⁸.

Sempre ricorrendo all'esperienza storica del diritto romano, vi è stato chi ha cercato di trovare quantomeno un *humus* comune, se non un punto di coincidenza tra i due sistemi, nel concetto di equità (*aequitas*) che verrebbe a caratterizzare l'opera del giudice di entrambi i sistemi. Come è stato

¹⁰ Cfr. Pollock e Maitland 1898.

¹¹ David e Jauffret-Spinosi 2004.

¹² Zaccaria 2007; Gorla 1969-1970 e id. 1990.

¹³ Più precisamente "il valore persuasivo del precedente è un dato sicuramente presente nei sistemi continentali, e la sua diversità alla luce della diversa collocazione istituzionale non deve obliterare l'utilità di sottolineare le analogie con il sistema di Common Law", Antonioli Deflorian 1998

¹⁴ In riferimento alla diversa prospettiva tra la giurisprudenza nei sistemi continentali e nei sistemi anglosassoni si rimanda a Frank 1930; Cardozo, 1961; Criscuoli 1981; Golding 1984.

¹⁵ Dworkin 1898: 4. Interessante analisi della questione della rilevanza del precedente giudiziario si trova in Vincenti 1995; Id. (a cura di) 1998. Tra gli autori che si sono occupati della questione attinente alla vincolatività effettiva o legittima del precedente si ricordano Llewellyn, 2002 [1930], Twining e Miers 1990 [1982], Galgano 1992: 30-33; Antonioli Deflorian, 1993: 133-211; Aarnio 1996: 9-18; Taruffo 1997: 783-801.

¹⁶ Vedi Cannata e Gambaro 1989

¹⁷ In questi termini, Antonioli Deflorian cit.

¹⁸ Bülow von 2001: 227. Il testo è stato tradotto da Paolo Pasqualucci che ha curato anche la postfazione. Oscar Bülow rievoca anche un altro precedente recuperandolo dalla tradizione tedesca del c.d. Collegio Giudicante.

autorevolmente sostenuto¹⁹, l'equità è qualcosa di concreto e fa riferimento al libero apprezzamento del giudice circa gli elementi della controversia, alla sua coscienza e, se ci fermassimo a questo, si potrebbe individuare una sorta di analogia tra i due mondi.

In realtà, si tratta di un timido tentativo di individuare una connessione tra i due sistemi, in quanto un'attenta ricostruzione storica dell'istituto ci fa comprendere come l'evoluzione del concetto di equità nei sistemi di *Civil Law* sia lontano dal concetto che emerge nel diritto anglosassone.

Ne è prova significativa e tangibile, l'evoluzione storica dell'idea di equità, come è emersa nel Codice Civile Napoleonico. Portalis, uno dei redattori del *code civil* francese, proponeva per la risoluzione delle possibili lacune dell'ordinamento giuridico proprio il ricorso all'equità: “*si l'on manque de la loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positive*”²⁰. Le lacune nel sistema sono inevitabili, diceva Portalis, e, quindi, è necessario ricorrere a clausole generali e rinvii a consuetudine ed equità.

Dell'originario progetto che Portalis aveva ideato, solo alcuni spunti rimasero formalizzati nella stesura del testo definitivo del Codice²¹, Portalis fu costretto a rivedere la sua posizione, e giunse ad ottenere il riconoscimento del più limitato concetto di “equità legale”, quale frutto di un'interpretazione *sistematica* delle varie norme del codice nel loro complesso.

Bobbio, sul punto, interviene per evidenziare come “eliminato l'articolo 11 del libro preliminare (che permetteva al giudice di pronunciarsi secondo equità in caso di lacune)”, l'obbligo del giudice di *ius dicere* “venne inteso in modo completamente diverso; esso cioè venne interpretato nel senso che si dovesse ricavare dalla legge stessa la norma per risolvere qualsiasi controversia”²².

Data questa evoluzione storica, Bobbio rileva anche la distinzione di significato che l'istituto può avere nel mondo di *Common Law*, ove il giudice, in mancanza, tra l'altro strutturale, di disposizioni di legge, compone la controversia in modo equitativo (in quanto, in questa prospettiva, non è importante che l'ordinamento sia completo dato che viene considerato in qualunque momento completabile), rispetto al significato che ha acquisito l'equità negli ordinamenti continentali, di origine romanistica fondata sul *Corpus Iuris*. Secondo la visione positivista del diritto, all'interno del *Corpus Iuris*, sono rinvenibili tutte le regole di cui l'interprete ha bisogno per risolvere qualsiasi questione giuridica, e questa fiducia porta a privilegiare gli istituti di autointegrazione e, per contro, a rifiutare l'equità, quale supporto dell'organo giudicante, in quanto può essere causa di incertezza e eccessiva discrezionalità (a discapito del principio cardine della certezza del diritto).

L'equità, precisa Bobbio, intesa come capacità di giudicare secondo una giustizia concreta per creare la norma più adatta alla situazione, nei sistemi occidentali di natura positivista, a differenza di quanto accade nella *Common Law*, è fonte del diritto secondaria, cioè valida soltanto se espressamente richiamata da una disposizione di legge. L'equità è applicabile dal giudice solo se la legge espressamente rinvia ad essa e, quindi, se esiste un rinvio normativo all'equità, è escluso quel dubbio che costituisce il presupposto dell'art. 12 per decidere secondo i principi generali²³.

¹⁹ Cfr. Bobbio 1966: 887-896. Sosteneva questo metodo la scuola del diritto libero o del diritto vivente. Norberto Bobbio ritiene che sia espressione di questa tendenza l'art. 1 codice civile svizzero, secondo il quale “in mancanza di una disposizione di legge applicabile, il giudice giudica in base al diritto consuetudinario e, in mancanza di una consuetudine, in base alla regole che egli stabilirebbe se fosse legislatore”.

²⁰ Portalis 1844: 12 e ss.

²¹ Più precisamente quelli che poi furono inseriti negli artt. 4 e 5 (obbligo del giudice di *ius dicere* e divieto di pronunce regolamentari a carattere generale); in questo modo si ritenne di poter evitare il rischio di una eccessiva discrezionalità affidata al giudice, che veniva vista come espressione precipua dell'arbitrio che aveva caratterizzato l'*Ancien régime*, abbattuto dalla Rivoluzione.

²² Vedi Cavanna 2005: 568-569.

²³ Frequente è il richiamo all'interpretazione equitativa nel nostro sistema sia quale canone interpretativo (al punto tale che diviene usuale *modus procedendi* del giudice di Pace in alcuni casi) sia quale espresso richiamo normativo. Cfr. a titolo di esempio Cassazione civile, sez. un., 23 settembre 2008, n. 553, D'Amelio e altro c. Nappi e altro in “Guida al diritto”, 2009, 5, p. 65; Cassazione civile, sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, Sidoti c. Cond. via Di Castro 25, Roma in “Obbligazioni e contratti”, 2006, 5, p. 415.

COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

Va detto che questa interpretazione sembra essere condivisa, attualmente, dalla dottrina maggioritaria²⁴.

4. La *Scuola del Diritto Libero*. La necessaria risposta ad un mondo in evoluzione. Il crepuscolo di un'idea rivoluzionaria.

La strutturale differenza tra la figura del giudice dei sistemi occidentali e la figura del giudice dei sistemi di *Common Law* si propose in modo alquanto rilevante alla fine dell'Ottocento, momento storico di profonde trasformazioni sociali ed economiche, dovute alla rivoluzione industriale che aveva visto il livellamento tra le diverse classi sociali, con rilevanti conseguenze anche in ambito giuridico. Il contesto sociale, proprio di una società caratterizzata da rapide trasformazioni e, soprattutto, da una continua diversificazione di gruppi e stati sociali, cominciò a rendere evidenti i limiti del concetto, tipicamente *post* codicistico, della legge positiva, con le sue caratteristiche di generalità e di astrattezza.

Alla luce di questa realtà in costante evoluzione si cominciò a mettere in dubbio anche il centrale (fino ad allora) dogma della completezza dell'ordinamento giuridico, in quanto cominciò a considerarsi un pericoloso freno alla vitale trasformazione della realtà sociale; l'esponentiale sviluppo delle attività e dei rapporti economici continuamente facevano percepire la necessità di corrispondenti nuovi istituti e nuove regolamentazioni dei rapporti giuridici. Lo strumento della legge positiva appariva sempre più uno strumento obsoleto, autentico freno dell'evoluzione in essere.

I tempi erano quindi maturi per iniziare a delineare una diversa e sempre più necessaria idea di *giudice*, in particolare nel tentativo di attribuire un nuovo ruolo a questi. Un giudice, che non doveva essere meramente e semplicemente il meccanico applicatore della legge ma divenire figura centrale del momento giuridico processuale, giudice che, nella sua attività, non si limita a ricorrere a procedimenti puramente logico-formali ma, facendosi interprete delle mutate profonde esigenze, viene a colmare le lacune che nel diritto esistono e non possono non esistere.

La *Scuola del Diritto Libero*, movimento giuridico nato e sviluppatosi in Germania, tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento, ma che ebbe un significativo successo anche in altri paesi europei, viene ad accogliere queste urgenti istanze e si pone in aperto contrasto e critica nei confronti del mito della certezza del diritto, fortemente sostenuto dal positivismo giuridico.

Tale scuola sosteneva, quindi, che il giudice aveva il compito, nel momento applicativo del giudizio, nell'ipotesi in cui il testo legislativo (c.d. norme *legislative*) non si rivelava corrispondente alle concrete esigenze del caso affrontato, di individuare e applicare le norme *extralegali* (o *extralegislative*). E questo non era solo un *potere* del giurista di ricercare liberamente il diritto e di considerare, nelle sue argomentazioni, quali fonti di produzione normativa anche fatti extralegislativi ma, questo, veniva considerato come un *dovere* dell'organo giudicante, tenuto a dare, nella concreta realtà del fatto dibattuto, giustizia.

Il Diritto libero, che trova la sua fonte nella società e che viene ricostruito dall'opera dei giudici e da questi consacrato nella propria decisione, viene a collocarsi accanto al diritto dello Stato, colmandone le inevitabili lacune e quindi integrandolo laddove si dimostri inidoneo a fornire uno strumento certo per la soluzione della controversia²⁵.

²⁴ Tra questi Rotondi 1972: 27.

²⁵ La *Scuola del Diritto Libero* viene anche denominata *Movimento del Diritto Libero* in quanto con questo si voleva indicare non tanto un gruppo ben determinato di studiosi ma una tendenza, che si sviluppò in varie e diversificate forme, tra le quali è il caso di ricordare la c.d. giurisprudenza degli interessi e la c.d. giurisprudenza sociologica, e che caratterizzò, nel periodo che va dalla fine dell'Ottocento agli inizi del Novecento, molteplici e diversi settori culturali, che vanno dall'arte alla religione, e che erano accomunati dal comune e solido intento di contrapporsi alla tradizione e al (per certi versi) conseguente, conformismo. Per una attenta analisi delle tematiche trattate, si rinvia a Fassò 2006 [2001]: 188 e ss.

5. La Scuola del Diritto Libero e il giudice *giustiziere* in Oscar Bülow e Hermann Kantorowicz.

Numerosi sono gli autori che si annoverano all'interno della *Scuola del Diritto Libero*, movimento che vede tra i suoi più significativi esponenti Oskar Bülow²⁶, Eugen Ehrlich²⁷ ed Hermann Kantorowicz²⁸. Nel suo ambito hanno rivestito un'eco forse minore, ma altrettanto teoreticamente rilevante, i movimenti della c.d. *Giurisprudenza sociologica* e della c.d. *Giurisprudenza degli interessi* e, in particolare, Rudolf Jhering²⁹ per giungere all'esperienza francese della Scuola c.d. *Scientifica* di Francois Geny. Questa significativa diffusione delle tesi del movimento è il più evidente risultato, in quel contesto storico, dell'importanza sentita e della impellente necessità di una rinnovazione e, dunque, quantomeno parziale, superamento delle tesi positivistiche.

Soffermiamoci ora a rileggere i le pagine più significative dei principali rappresentati della Scuola, soprattutto in relazione proprio alla visione innovativa e rivoluzionaria figura del giudice; questo ci consentirà di percepire, nelle tesi della Scuola, una significativa assonanza per non dire vicinanza alla realtà della *Common Law*.

Tra questi va ricordato sicuramente Oskar Bülow che, con il suo saggio “La legge e l'ufficio del giudice”³⁰, ha offerto un importante contributo al tentativo di demolizione del dogma di origine positivista, per cui il diritto è solo la volontà dello Stato racchiusa in un codice.

“La legge – dice l'Autore - non è in grado di produrre immediatamente diritto, essa è soltanto una preparazione, un tentativo per la realizzazione di un ordinamento giuridico. Ogni controversia pone in essere un problema giuridico peculiare, per il quale la legge non fornisce ancora in maniera esauriente la soluzione appropriata, che [...] neanche è possibile dedurre con l'assoluta sicurezza di una conclusione logicamente vincolante dalle disposizioni legislative”³¹.

Secondo Bülow, nella realtà del diritto, non vi è solo la legge statale ma, accanto alla legge positiva, si colloca l'istituto di quello che il filosofo definisce “l'ufficio del giudice”. L'ufficio del giudice, secondo l'Autore, consente di completare il lavoro che l'inevitabilmente limitato ordinamento giuridico statale aveva potuto solo abbozzare.

Bülow si contrappone in maniera evidente alla tradizione giuspositivista e viene a rivalutare il ruolo del giudice. Secondo il filosofo tedesco il giudice non è un mero ed impersonale esecutore o applicatore della legge perché, se così fosse, al giudice per poter giudicare sarebbe sufficiente possedere “una buona edizione dei testi legislativi, saperli leggere e riprodurre il contenuto per il caso concreto”. Con questo Bülow non ritiene che si debba rinunciare al diritto positivo; ma semplicemente sottolinea come la realtà, complessa e costantemente in evoluzione, abbia bisogno di un sistema giuridico che comporti effetti e ricadute diverse nell'ambito processuale.

Altro autorevole esponente della *Scuola del Diritto Libero*, è Hermann Kantorowicz il quale, nella sua più famosa opera, “La lotta per la scienza del diritto” (*Der Kampf um die*

²⁶ Di questo Autore è il caso di ricordare tra le varie l'opera più significativa Bülow von 1885.

²⁷ Ricordiamo, sin d'ora, del citato Autore, Ehrlich 1899 e Ehrlich 1888.

²⁸ Una delle opere che fece maggior scalpore all'epoca fu certamente Kantorowicz 1988 [1908].

²⁹ Il giurista tedesco, ultimo grande esponente della *Scuola Storica*, studiò ad Heidelberg, Göttingen, Monaco e Berlino dove ottenne il dottorato nel 1845. Si conquistò ben presto la fama di illustre romanista insegnando a Basel, Rostock, Kiel e Giessen. Nel 1868 si stabilì a Vienna. Qui nel 1872, durante la conferenza d'addio alla fine del suo insegnamento, nacque la famosa *La lotta per il diritto* (in tedesco *Der Kampf ums Recht*). È stato suggestivamente definito da Hermann Kantorowicz come “un atleta della scienza del Diritto”. Cfr. Kantorowicz 1988 [1908]: 60, nota 2.

³⁰ Di questo Autore centrale ai nostri fini è l'opera Bülow von 1885; come già ricordato il testo è stato tradotto in *La legge e l'Ufficio del giudice* in “Quaderni Fiorentini”, 2001, con traduzione e postfazione di Paolo Pasqualucci.

³¹ Bülow von 2001: 227.

COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

Rechtswissenschaft)³² sostiene che, prima ancora del diritto statale, esiste, con pari dignità e valore, il diritto libero che viene prodotto dalla delicata e complessa opera della scienza giuridica³³.

Kantorowicz è certamente più radicale di chi lo ha preceduto. Innanzitutto, l'Autore sostiene che il diritto statale è dipendente dal diritto libero, in quanto il diritto statale recepisce le idee e la produzione giuridica del diritto libero. Ogni singola pronuncia, ogni singolo atto normativo del legislatore nasce già vecchio, in quanto non fa altro che ricalcare una preesistente norma del diritto libero. Nella sua iconoclastica opera, Kantorowicz evidenzia come il giudice non è "il servo" della legge; quando il caso lo permette egli deciderà la questione secondo la chiara parola della legge ma, quando il testo normativo non si rivela sufficiente e la legge non fornisce le soluzioni richieste, allora il giudice *dovrà* decidere il caso concreto conformemente alla regola che, in base al suo libero convincimento, il legislatore avrebbe adottato qualora gli fosse capitato il caso specifico. Nel caso in cui, però, anche questo non risulti possibile, allora, il giudice sentenzierà ricorrendo alla libera dogmatica e recuperando le fonti del diritto libero.

La tesi del filosofo giunge al suo apice quando lo stesso ritiene che, in determinati casi, il giudice debba porsi quale paladino della giustizia, al punto che, nel caso in cui applicando il diritto positivo si rechi una grave ingiustizia, il giudice sarà legittimato ad agire senza seguire il dettato normativo ingiusto e, quindi, *contra legem*³⁴.

6. Un'ipotesi ricostruttiva. La "Natura della cosa". Le teoretiche differenze con le teorie del diritto naturale.

Gli spunti di riflessione offerti dalla Scuola del Diritto Libero trovarono significati sviluppi nelle teorie di un altro importante e, sotto una determinata prospettiva, rivoluzionario movimento denominato "Natura della cosa".

"Con natura della cosa³⁵ s'intende quella dottrina o quelle diverse dottrine che considerano possibile derivare dalla conoscenza dei caratteri rilevanti di alcune realtà sociali la disciplina giuridica più adatta a esse, indipendentemente da atti soggettivi di scelta. Poiché non ci si riferisce a oggetti materiali, bensì a fatti sociali (da cui l'altra formula equivalente di "natura dei fatti"), la loro natura non è data dall'essenza, ma dal complesso dei caratteri empirici presenti nei fatti sociali di un determinato tipo. Tali caratteri sono perciò rilevabili in termini descrittivi e non metaempirici (che risulterebbero "giusnaturalistici"), e nel contempo, rappresentano fonti normative per il contesto cui appartengono"³⁶.

Questa lineare definizione del movimento ci fa intuire come, nell'ambito della presente indagine, la posizione di questo movimento possa essere utile per individuare un'ulteriore assonanza da un punto di vista teoretico con le posizioni della giurisprudenza anglosassone.

Preliminarmente si deve dire che è inevitabile che la filosofia della "natura del fatto" presenti, con le teorie del diritto naturale, delle assonanze e sovrapposizioni che vanno quindi doverosamente precisate.

³² Kantorowicz 1988 [1908]: 57.

³³ Kantorowicz 1988 [1908]: 57.

³⁴ Per completezza di esposizione si richiama un altro importante scritto politico di Kantorowicz 1927 ora Kantorowicz 2000 tradotto in italiano a cura di G. Pilone Colombo.

³⁵ Avvertiamo sin d'ora che nella dottrina la denominazione del movimento su spesso tradotta in modo diverso. Così lo stesso movimento trova diverse e similari definizioni di "Natura del fatto", "Natura della cosa", "Natura delle cose". E dato che il nostro percorso utilizzerà citazioni e rimandi a filosofi diversi che hanno usato diversamente tra loro la denominazione del movimento a nostra volta useremo indifferentemente tali diverse denominazioni.

³⁶ Omaggio 2006: 7759. In relazione alla tematica citata utile sarà la lettura delle seguenti pubblicazioni italiane o traduzioni in italiano: Baratta 1959; Tammelo 1963; Fassò 1999 [1964]; Bobbio 2011 [1965]; Baratta 1968; Passerin D'Entrèves 1980 [1951]; Fassò 1994; Gentile 2005; Barberis 2004; Grossi 2006; Irti 2007.

In primis, come è stato autorevolmente sostenuto,

“le teorie del diritto naturale e della natura del fatto pretendono di dedurre il dover-essere (*Sollen*) dall’essere (*Sein*) anziché dall’esistente, e cioè dal soggetto storico (*Dasein*). E dunque sia le une che le altre sono, in quanto antistoriche, *naturalistiche*; in quanto, anziché cercare nel processo spirituale il costituirsi dell’oggettività della norma, cercano di cogliere questa oggettività come precedente e fuori del soggetto stesso, e tale quindi da costituire una *legge di natura* che esso deve riconoscere e rispettare”³⁷.

Malgrado questa evidente assonanza, la dottrina della “natura del fatto” deve essere teoreticamente comunque tenuta distinta da una visione giusnaturalistica e dalle relative dottrine³⁸. Come è stato osservato³⁹, le tesi della *Natur der Sache* si distinguono, infatti, da quelle del diritto naturale “per il loro riferimento non alla normatività di un principio superiore al fatto dell’umana convivenza e ai rapporti di vita nella loro formazione storica, ma piuttosto a quella di un principio o di un ordine inerente a questi stessi”⁴⁰.

Se per le teorie del diritto naturale la norma a cui l’ordinamento giuridico dovrebbe richiamarsi è eterna ed immutabile, al di sopra e al di là della storia, per le teorie della natura del fatto la norma va ricavata dalla natura induttivamente, e conseguentemente presenta un carattere mutevole e intrinseco alla natura e alla storicità dei rapporti umani.

Se per le teorie del diritto naturale questi è espressione di una visione squisitamente razionalistica del diritto, al punto tale che se la norma di diritto naturale è universale e, anche per questo motivo, conoscibile dalla ragione; per le teorie della natura del fatto il diritto è espressione della stessa storicità dei rapporti sociali e conseguentemente la norma che si ricava dalla natura del fatto è sempre riferita a un rapporto empirico e, quindi, presenta un carattere del tutto individuale.

Se per le teorie del diritto naturale, il criterio chiamato a ordinare le regole del diritto positivo si trova e si colloca su un piano superiore, espressione diretta di valori ultraterreni ed eterni, le teorie della natura del fatto individuano quel principio regolativo proprio all’interno dei rapporti sociali che il diritto positivo sarebbe chiamato a regolamentare.

Ne consegue, da quanto siamo venuti a dire, che le teorie del diritto naturale possono essere viste come teorie “rivoluzionarie”, in quanto contrappongono un modello ideale all’ordinamento giuridico positivo il quale è tenuto a rapportarsi alle indicazioni del modello ideale, al punto tale che in mancanza di questo adeguamento l’ordinamento considerato è di poco pregio per non dire, secondo una determinata prospettiva, illegittimo e, per questo, potrebbe essere rifiutato, in maniera appunto rivoluzionaria, dall’uomo. Invece le teorie della *Natur der Sache* possono essere considerate teorie conservatrici, che cercano nella norma espressa dall’ordinamento giuridico il rispetto e la tutela di quelle strutture sociali preesistenti all’ordinamento stesso, strutture sociali dotate di una propria autonoma e storica regolamentazione.

7. La “Natura della cosa”. Lo sviluppo di un’intuizione.

“Il problema della natura della cosa è appunto, nel momento presente nella storia dello spirito, abbastanza importante per non essere, come è stato finora, soltanto l’episodico oggetto di una sempre

³⁷ Baratta 1959: 183.

³⁸ Sul punto concorde è Patruño: 4 che lo distingue anche dal giusnaturalismo razionalistico: “Il concetto di ‘natura delle cose’ appare in quest’ottica come l’espressione di un giusnaturalismo empirico, quantomai distante, ad esempio, dall’impostazione razionalistica che caratterizzò il ‘diritto di natura’ sei-settecentesco e dal quale presero avvio le spinte alla codificazione e le teorie del contratto sociale”. Nella filosofia dell’illuminismo, infatti, il diritto naturale non nasceva dalle cose di natura, ma da uno o più principi di legislazione universale (postulati della ragione pratica), “da un ordine delle cose che soltanto l’intelletto” poteva “pensare” e “che contemporaneamente” aveva “*sotto di sé tutto il mondo sensibile*” e tutta “l’esistenza empirica” “dell’uomo e dei suoi fini”.

³⁹ Ciscato e Todescan (a cura di) 2010: 46.

⁴⁰ Baratta 1959: 184 citato anche da Ciscato e Todescan (a cura di) 2010: 46.

COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

rinnovata e sempre nuovamente dimenticata ricerca individuale, ma per diventare il tema di una assidua e comune ricerca scientifica⁴¹.

Prenderemo spunto dalle parole di Gustav Radbruch per spiegare l'originalità dell'approccio della Scuola, preoccupata di recuperare una realtà giuridica che sembrava completamente ignorata dal positivismo e dal formalismo giuridico. Va sottolineato, infatti, che, benché nel linguaggio giuridico si facesse spesso riferimento al termine "natura", una speculazione autenticamente filosofica sulla realtà giuridica naturale (nel senso della *Natur der Sache*) non era stato fino ad allora realmente mai sviluppata. Come è stato sostenuto autorevolmente⁴², le radici della problematica si possono individuare nel diritto greco e nel concetto romanistico di *rerum natura*; non può sfuggire il fatto, però, che un'analisi filosofica puntuale sulla "natura del fatto" la si ha forse proprio solo con questo movimento filosofico che si colloca tra l'800 e il '900 soprattutto in Germania, e che ebbe poi diffusione anche in Italia, grazie e soprattutto ad autori come Alessandro Baratta.

L'obiettivo primario della Scuola è la critica di alcune visioni del diritto, *in primis* il volontarismo giuridico che era caratteristico sia della filosofia di stampo positivistico che di stampo realistico.

Inoltre, il movimento sorse in aperta contraddizione e contestazione delle posizioni squisitamente formalistiche e, in particolare, contro il dilagante legalismo⁴³. Affermare, come fa la Scuola della "Natura del fatto" che una regola del diritto nasce partendo dalla natura del rapporto controverso, vuol dire che la principale fonte del diritto non è e non può essere espressione della volontà del sovrano, cosa che finirebbe per limitarne il contenuto esclusivamente all'arbitrio di questo. Natura della cosa, quindi, vuol anche dire che la legge, il diritto non è e non si può intendere come un atto di volontà (o quanto meno in modo esclusivo).

Possiamo dire con Bobbio che

"la dottrina della natura delle cose è un aspetto della rivolta sempre ricorrente dei fatti contro le leggi. In breve, essa si solleva contro il monopolio del diritto da parte della legge, e mira a promuovere una visione più ampia e più articolata delle fonti del diritto, partendo non più da un'ideologia, come quella per cui solo la volontà del legislatore è fonte di diritto, ma da una considerazione oggettiva, critica, spregiudicata dei fatti, che vede scaturire le regole giuridiche dal reale movimento degli individui e dei gruppi in una determinata società"⁴⁴.

Le tesi sostenute dalla dottrina della "Natura della cosa" circostanza di rilievo nel nostro percorso ricostruttivo, poi, si pongono in aperto contrasto con il "fanatismo" legislativo proprio del positivismo giuridico che giungeva non solo a ritenere che l'unica fonte del diritto si dovesse identificare con la legge dello Stato, ma a ritenere che l'opera del giudice si dovesse limitare ad una pedissequa applicazione del dettato legislativo, unico strumento idoneo per la regolamentazione delle relazioni intersoggettive, col conseguente l'obbligo da parte del giudice stesso di applicare una lettura quasi squisitamente letterale del testo normativo.

⁴¹ Radbruch 1941: 156.

⁴² È comunemente accettato che già nel pensiero greco il rapporto tra l'ordine del cosmo (e della natura quindi) e della *polis* (ossia politico) sia continuo e omogeneo. Lo stesso Maihofer evidenzia "l'importanza della storia bimillenaria di questo concetto che agita lo spirito occidentale fin dall'antichità (si pensi alla dottrina greca del *physei dikaion* e alla dottrina della giurisprudenza romana del *rerum natura*)". Cfr. Maihofer, 2010 [1958]: 316.

⁴³ Vedi Patruno: 11 "Si ritiene, cioè, che l'opera del giurista possa considerarsi più scientifica, e più rispondente alle condizioni di conoscenza della società contemporanea, appellandosi alla natura dei fatti, alla forza della loro emersione spontanea dal seno degli eventi sociali. Se la società dell'informazione in cui oggi viviamo si struttura sui *data/dati*, allora il metodo giuridico dovrà, a sua volta, poggiare sulla necessità di legittimare l'idea della realtà *hic et nunc*, abbandonando ogni forma di cautela epistemologica. La via da seguire sembra, perciò, la seguente: arretramento della dogmatica giuridica (e, in genere, della riflessione sui concetti giuridici e sulla logica che li tiene in piedi) e contestuale apertura all'empiricità piena – quasi mistica – dell'*esperienza* e del mondo *sans phrase*".

⁴⁴ Cfr. Bobbio 2011 [1965]: 205.

La natura della cosa, invece, sostiene l'importanza di ricercare, nella realtà del fatto e nel suo giuridico equilibrio, il criterio interpretativo delle disposizioni normative⁴⁵. Di conseguenza la dottrina della natura del fatto si pone in aperta polemica anche nei confronti del dogmatismo giurisprudenziale, in quanto si ritiene che la giurisprudenza non sia una forma sapienziale fondata sul principio di autorità, che vede nel giudice l'espressione riflessa di quell'autorità che appartiene soltanto allo Stato ma sia l'opera prudente finalizzata alla ricerca della verità del fatto⁴⁶, proposta che evidentemente recupera la tradizione classica⁴⁷.

8. Il movimento de la "Natura della cosa" e la naturale convergenza verso la *Common Law*. Le tesi di Gustav Radbruch.

Alla luce di queste tesi risulta evidente come il movimento culturale della "Natura della cosa" fosse inevitabilmente attratto dal modo di concepire l'ordinamento giuridico e, soprattutto, dal ruolo centrale rivestito dal giudice all'interno del mondo anglosassone.

Tra i vari filosofi che hanno aderito a questa corrente di pensiero, ai fini della nostra ricerca, ci soffermeremo in particolare sul contributo offerto dagli studi di Gustav Radbruch, certamente uno dei più autorevoli filosofi della scuola⁴⁸.

Lasciamo alle parole proprio del filosofo di Lubecca il compito di indicare gli aspetti peculiari delle sue teorie, rileggendo alcune delle sue pagine:

"La natura della cosa come forma giuridica di pensiero ha molteplici funzioni: essa serve all'interpretazione della legge, alle creazioni destinate a colmare le lacune della legge e infine come pensiero direttivo per la legislazione. [...] Natura della cosa è la parola di coloro che contrappongono un monismo al dualismo dell'essere e del dover essere, della realtà e del valore; di coloro che cercano e ritrovano la ragione nelle cose; una parola in quella lotta tra due modi di pensare che divampa sempre nuovamente nella storia dello spirito"⁴⁹.

⁴⁵ In riferimento alla natura di principio giurisprudenziale che deve ispirare applicazione concreta del diritto molti sono gli autori che hanno visto in questo un principio che in qualche modo ben si adattava ai sistemi di *Common Law*. Come è stato sottolineato da Pizzorusso, il diritto comporta nella persona del giudice, o comunque dall'interprete, una particolare consapevolezza nella ricerca della norma ad applicare al caso in quanto, "esso si fonda infatti sull'individuazione e sull'affermazione della razionalità del comportamento che in tal modo si assume dover essere tenuto (e, precisamente, della maggior razionalità di tale comportamento rispetto ad altri ipotizzabili)". Cfr. Pizzorusso 2005: 52.

⁴⁶ Come è stato sottolineato da Patruño: 3 "La dottrina della 'natura delle cose vuole essere un antidoto contro il volontarismo e il legalismo propri del positivismo giuridico. Essa si propone di spiegare come gli uomini agiscano effettivamente e come essi debbano agire seguendo le elementari leggi di causa ed effetto: leggi, cioè, dotate di un'interiore 'necessità', e perciò non soggette all'arbitrarietà del diritto posto da un'autorità politica (sia essa il popolo, il legislatore o il governo)".

⁴⁷ Sul punto vedi Baratta 1959: 186. In realtà, anche questa proposta non appare del tutto innovativa. Come ha avuto modo di sottolineare Alessandro Baratta "la natura del fatto come 'topica' (*Topik*) della giurisprudenza, come procedimento che potremmo definire intuitivo - individualizzate di ritrovamento della massima di decisione (*Rechtsfindung*) a partire dalla concreta individualità del caso (fall case), risale alla giurisprudenza classica ed è un tratto caratteristico della virtù giuridica dei Romani, come una compiuta analisi della giurisprudenza romana da questo punto di vista potrebbe mostrare".

⁴⁸ Filosofo tedesco del diritto (Lubecca 1878 - Heidelberg 1949). Partecipò alla vita politica nel periodo dopo la Prima guerra mondiale e fu ministro socialista della Giustizia nel gabinetto Wirth e nel gabinetto Stresemann; ma si dedicò soprattutto agli studi e all'insegnamento di materie giuridiche e successivamente di filosofia del diritto nelle università di Heidelberg (1910), Königsberg (1914), Kiel (1919) e di nuovo (1926) Heidelberg, fino a quando nel 1933 non fu allontanato dalla cattedra per il suo atteggiamento antinazista. Influenzato dal neokantismo di Windelband e Rickert, nonché da Weber, nei suoi scritti di filosofia del diritto sottolineò costantemente la distinzione tra "essere" e "dovere", aderendo nel contempo a un relativismo assiologico.

⁴⁹ Radbruch 1941: 145.

COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

Queste poche righe sono però sufficienti a delineare i caratteri principali della tesi del filosofo di Lubeca. Secondo Radbruck, infatti, la forma giuridica di pensiero, da questi elaborata, è certamente uno strumento utile per interpretare il testo legislativo, testo che inevitabilmente per sua stessa struttura è generale ed astratto e, quindi, richiede un suo quotidiano adattamento applicativo nel momento dell'interpretazione. Tale adattamento non può essere lasciato all'arbitrio di un giudice, né può, in modo altrettanto arbitrario, essere ritenuto sempre comunque aderente al dettato della volontà del legislatore. Ciò che consente l'adeguamento del rigido testo normativo formale alla realtà pulsante della quotidianità regolata dalla norma è proprio la comprensione di quell'intrinseca giuridicità che il rapporto controverso stesso viene ad esprimere e che la teoria della natura della cosa intende individuare e utilizzare come criterio interpretativo.

Indubbiamente, però, la natura della cosa è anche utile laddove l'attività interpretativa non possa essere utilizzata in quanto non vi sia una disposizione che viene a regolamentare il caso concreto e si sia in presenza di una lacuna. In questo caso l'integrazione deve essere effettuata dall'interprete e, *in primis*, proprio dal giudice attraverso un'opera di creazione normativa, che deve essere ispirata sempre e comunque alla natura delle cose, natura che diviene in questo caso come ideale modello per la creazione della normazione stessa che è chiamata a colmare la lacuna legislativa; in questo caso la normativa così creata sarebbe perfettamente adeguata alla realtà che è chiamata a regolare⁵⁰.

Va detto che Radbruck aderisce, nei primi anni di studio, alla scuola neokantiana, e riceve da questa lo spunto per la soluzione della questione relativa alla tensione tra fatto e diritto, tra realtà empirica e valore, dualismo che viene superato con l'individuazione di un terzo genere che si colloca esattamente tra i due, punto di convergenza dei due opposti, o meglio, di quelli che erano considerati fino ad allora opposti inconciliabili. Radbruck giunge alla conclusione della sua riflessione con la formulazione della tesi del diritto come fenomeno culturale, ossia un fenomeno che non è immediatamente valore ma neppure semplicemente fatto; in quanto fenomeno culturale il diritto finisce per essere un "fatto riferito al valore"⁵¹. Dice Radbruck, infatti,

"la cultura non è puro valore; è piuttosto un miscuglio di umanità e barbarie, buon gusto e cattivo gusto, verità ed errore, ma sempre in collegamento al valore. Il 'collegamento al valore' indica la modalità che è tipica delle scienze umane"⁵².

La "natura della cosa", nell'affrontare lo storico tradizionale problema del rapporto tra *essere e dover essere*, tra *Sein e Sollen*, lo supera ritenendo che la realtà socio-giuridica sia una realtà unitaria in cui *essere e dover essere* risultano perfettamente incorporati tra di loro⁵³, in quanto non vi è nulla di sociale che non sia giuridico e non vi è nulla di giuridico che non sia sociale⁵⁴.

⁵⁰ Sul punto interessante lo spunto di Baratta 1959: 178 il quale sottolinea che "poiché la realtà concreta e sempre compiuta, le lacune esistono solo nell'astratto. Esse non fanno parte della considerazione filosofica del diritto quale concreta realtà spirituale, ma della considerazione scientifica di esso quale tessuto di norme oggettive, cioè astratte". In ogni caso, la natura della cosa deve divenire più in generale il criterio esplicativo proprio dell'attività del legislatore, in quanto questa deve essere posta in essere in costante riferimento alla realtà che viene a normare, evitando così di essere eccessivamente arbitraria e soggettiva (intendendo per soggettività quella del legislatore), nella regolamentazione del caso, ma fungendo da previsione normativa orientata rispetto a quella che, a questo punto, viene riconosciuta come una giuridicità intrinseca al rapporto regolamentato.

⁵¹ Nell'intento del filosofo tedesco, in questo modo si evita anche la possibile critica di cadere in una semplice, o meglio ancora, semplicistica soluzione di tipo sintetico.

⁵² Radbruck 1956 [1932]: 93 citato da Castrucci 1988: 488.

⁵³ Il criterio secondo quale leggere la realtà fenomenica viene individuato da Radbruck, nel concetto di Ideal Typus di weberiana memoria, in quanto il filosofo ritiene che per poter valutare i singoli fenomeni sociali si debbano individuare delle strutture costanti alla luce delle quali interpretare i fenomeni; questo vuol dire, però, recuperare i parametri "a priori" cari alla scuola neokantiana, che finiscono, in modo contraddittorio rispetto alle premesse preannunciate da Radbruck, per dover essere accettate ed individuate come presupposto della individuazione della natura delle cose.

⁵⁴ Non per nulla, si può dire che Radbruck rappresenti un importante passo in avanti rispetto al dualismo kantiano, venendo ad esprimere l'esigenza sentita in dottrina di superare questa aporetica contraddizione e contrapposizione, ma che l'opera

E questo consente di conciliare gli opposti. Radbruch, infatti, precisa che il diritto “non vuole fare violenza ai fatti con la ragione”, ma “cerca la ragione nelle cose, e la ragione è la ‘natura dei fatti’” e questo non perché si voglia “fondare conclusioni sull’aspettativa dei fatti che si devono ancora verificare; esso aspetta che questi superino per giudicare solo quando si sono verificati”⁵⁵.

Come è stato detto⁵⁶, l’opera di Radbruch si caratterizza principalmente per una visione dell’esistenza oggettiva di determinati valori, i quali diventano criterio di valutazione degli accadimenti storici.

9. Gustav Radbruch e l’*elogio* del diritto inglese. La completa adesione alla *Common Law*.

Date le premesse teoretiche appena illustrate, risulta inevitabile individuare nella posizione di Radbruch una fatale convergenza verso la tradizione giuridica anglosassone. E la naturale convergenza diviene ancora più evidente se approfondiamo le modalità con cui il filosofo tedesco è venuto a calare le sue tesi nell’ambito specifico dell’interpretazione giuridica e del ruolo del giudice. Una lettura di alcuni contributi del filosofo di Lubeca ci consentirà di comprendere la stretta connessione delle sue posizioni con le teorie della *Common Law* inglese. Secondo Radbruch, come abbiamo sottolineato, oggetto dell’analisi da parte dell’interprete deve essere la natura del rapporto controverso, nel tentativo di recuperare quella “realtà giuridica naturale ignorata dal positivismo e dal formalismo giuridico”⁵⁷. Essenziale diventa, a riguardo, il concetto di “Natura delle cose” quale criterio di adattamento della norma al caso concreto⁵⁸. L’attività interpretativa viene posta in costante riferimento alla realtà, a servizio della forza dei fatti, in funzione comunque della certezza del diritto⁵⁹.

Parafrasando un’espressione di Maihofer, possiamo affermare come un’interpretazione corretta dovrebbe adeguarsi all’elemento materiale - che in questo caso sarà la realtà fattuale - come l’idea artistica si adatta alla materia e quindi muta a seconda che si realizzi nel bronzo o nel marmo⁶⁰.

Rimane il problema di capire come concretamente sia possibile l’interpretazione attraverso il metodo della natura delle cose. Radbruch evidenzia il fatto che tale procedimento non sia un “puro

di questo filosofo finisca per essere ancora incompiuta, al punto tale da richiedere l’intervento di successivi autori, primo fra tutti il Maihofer, per completare e portare alle estreme conseguenze le premesse teoretiche del filosofo di Lubeca al quale va riconosciuto il grande merito di “aver gettato un ponte” tra essere e dover essere. In questo senso Todescan 2013 [2009]: 468.

⁵⁵ Radbruch 1962 [1958]: 8. Il diritto, quindi, è concettualmente tenuto distinto dall’attività di conferimento del valore in quanto tale, in quanto non coincide con la realtà che da un punto di vista giusnaturalistico viene definita come morale, ma si pone come elemento esteriore ed esterno rispetto a questo, dimensione giuridica alla perenne ricerca di un collegamento con l’elemento valoriale.

⁵⁶ Todescan 2013 [2009]: 467.

⁵⁷ Radbruch 1941: 152. Come abbiamo già visto, la natura delle cose, secondo Radbruch, deriva da un substrato considerato come fonte materiale del diritto, anzi, da un triplice substrato dato da “i fondamenti naturali della regolamentazione giuridica, le preforme della regolamentazione giuridica e le regolamentazioni giuridiche”. Secondo Tarantino 2008: 89, nella concezione radbruchiana, il diritto non è mai posto di fronte al fatto *sic et simpliciter*, ma è sempre posto innanzi alle formazioni sociali pregiuridiche, che hanno come loro punto essenziale quelle circostanze di fatto e quelle situazioni naturali. Si tratta di uno “sforzo intellettuale che trae da circostanze di fatto l’idea di una configurazione giuridica connessa a quel fatto”, e che afferma essere il fatto il momento pregiuridico, la fonte materiale di conoscenza e quindi di interpretazione del diritto che regola quel fatto. Vedi inoltre Radbruch 1959: 102 citato da Tarantino 2008: 24-25. Radbruch intende per natura “il senso delle condizioni di vita”. Queste renderebbero possibile, se rispettate dall’interprete nel loro possibile significato, un avvicinamento tra essere e dover-essere. Vedi Radbruch 1941: 151.

⁵⁸ Sul punto vedi Mazzei e Opocher 2011.

⁵⁹ Vedi Mazzei e Opocher 2011: 8 e 9.

⁶⁰ Maihofer 2010 [1958]: 320.

COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

caso fortunato dell'intuizione⁶¹ ma sia il risultato di un metodo rigorosamente razionale⁶², che permette di "afferrare il senso dei dati di fatto sul versante dell'essere"⁶³, attraverso la ricomposizione degli elementi essenziali di un istituto giuridico⁶⁴. La natura delle cose - scrive infatti Radbruch - deve essere ricavata dagli ordinamenti costituiti, nei quali il diritto ha trovato forma in una società. Essa è appunto "il senso che abita dentro gli istituti giuridici"⁶⁵. Secondo il filosofo di Lubeca le preforme della regolamentazione giuridica, *consuetudine, usanza, costume*, sono qualcosa che il giurista, in questo caso l'interprete, deve riconoscere come punti di partenza e con cui deve avere a che fare in ogni caso. Si comprende allora come, in tale prospettiva dottrinale, il significato giuridicamente rilevante di natura delle cose con riguardo alla funzione dell'interpretazione, possa essere dedotto dall'essenza dei rapporti di vita: così la natura delle cose diventa "il senso oggettivo che trova espressione in questi rapporti di vita e soltanto in essi", E il metodo con cui si accerta la natura delle cose è interpretazione come risultato di un "metodo rigorosamente razionale".

Atteso il venir meno dell'importanza e della centralità del diritto scritto, rispetto alla molteplicità delle situazioni⁶⁶, assume allora rilevante importanza la delicata opera del giudice, che è in grado, ponendosi a stretto contatto con la realtà, di trovare il vero nelle cose, portando alla luce una ricchezza di determinazioni e di riflessi giuridici delle relazioni intersoggettive, ignoti al testo normativo, e di porre particolare attenzione all'elemento della certezza del diritto, senza che ciò comporti un cedimento o un piegarsi ad esso da parte della giustizia⁶⁷.

Per cercare di *dedurre* praticamente dalla natura la soluzione del caso concreto, attraverso l'analisi della realtà⁶⁸, si rende necessario far emergere il principio empirico di costruzione della regola, a partire dall'individuazione del problema concreto⁶⁹. Si tratterebbe, da questo punto di vista, di cogliere il principio normativo inerente agli stessi fatti sociali, tale da fungere da principio di interpretazione che consenta il completamento dell'ordinamento⁷⁰; il costante riferimento alla realtà che viene a normare eviterà di rendere arbitrario o soggettivo l'intervento del giudice.

Possiamo quindi affermare con Radbruch che "l'invenzione del diritto, in base alla natura delle cose, è invenzione del diritto concreto [...] essa può non soltanto sviluppare, da una speciale circostanza di fatto, il diritto per quel particolare caso", non regolato dalla legge, "ma costituire anche un istituto giuridico, mediante norme generali, un rapporto di vita comprensivo"⁷¹.

⁶¹ Radbruch aveva inizialmente aderito a questa concezione, nell'edizione del 1932 della *Rechtslehre*.

⁶² Cfr. Radbruch 1941: 156.

⁶³ Radbruch 1941 citato in Ciscato e Todescan (a cura di) 2010: 315 ss.

⁶⁴ Sul punto Mazzei e Opocher 2011: 3.

⁶⁵ Radbruch 1962 [1958]: cit., p. 35.

⁶⁶ Radbruch 1941: 150. Cfr. a questo proposito Tarantino 2008: 91, evidenzia però che il vero fondamento della discrasia fra essere e dover-essere nella dottrina della natura delle cose radbruchiana, si concretizza nell'aver considerato le preforme giuridiche e la loro regolamentazione come fatto giuridico solo se riconosciute o richiamate espressamente dal legislatore.

⁶⁷ In questo modo l'interpretazione eviterà di essere eccessivamente arbitraria e soggettiva.

⁶⁸ Si tratta come evidenzia Radbruch 1941: 145, di una realtà preformata in modo molteplice, di una formazione sociale piena di senso.

⁶⁹ Sul punto vedi Villey 1976.

⁷⁰ Cfr. Romano 1995: 50-51, che sottolinea come l'intima unità tra fatto e norma divenga l'oggetto della conoscenza interpretativa del giurista, che muove, dal caso concreto che ha dato luogo al conflitto o a questioni controverse, per giungere alla regola giuridica del caso concreto.

⁷¹ Radbruch 1941: 150. Cfr. inoltre Baratta 1959 cit. in Mazzei e Opocher 2011: 136, il quale sottolinea come lo svolgimento del pensiero radbruchiano sia contrassegnato dal tentativo di diminuire la distanza tra il mondo dei fatti e il mondo delle idee. Egli considera il risultato dell'operazione del pensiero, attraverso la quale viene tratta la natura del fatto, come il risultato di un procedimento razionale, oggettivo, scientifico, non arbitrario.

La normativa creata, mediante il ricorso all'interpretazione basata sulla natura delle cose⁷², diventerà allora in grado di adeguarsi alla realtà che è chiamata a regolare in quanto orientata verso una giuridicità considerata intrinseca al rapporto regolamentato⁷³.

Date queste premesse metodologiche, era naturale (per non dire inevitabile) che il filosofo di Lubeca approfondisse con illimitata adesione la realtà giuridica e giurisprudenziale del sistema anglosassone, che diviene la concreta e storica realizzazione delle sue tesi, ad ulteriore riprova della fondatezza delle stesse. Non a caso, in una significativa parte della sua riflessione, il filosofo di Lubeca dedica numerosi riferimenti alla tradizione giuridica inglese. Lo stesso, infine, dedica al tema l'opera dal titolo *Der Geist des englischen Rechts*⁷⁴ in cui esprime in maniera dettagliata i motivi e le ragioni della sua ammirazione per il sistema della *Common Law*.

Nella sua opera *Lo spirito del diritto inglese (Der Geist des englischen Rechts* appunto) il filosofo rileva, infatti, una corrispondenza tra la concezione filosofico-giuridica propria degli ordinamenti anglosassoni e il metodo della natura delle cose⁷⁵. Nel descrivere ed elogiare lo spirito del diritto inglese, Radbruch in realtà vuole rivolgersi alla Germania, in quanto auspica la ricostruzione di un nuovo spirito giuridico democratico⁷⁶ e rinnova il suo attacco contro una visione prettamente positivista che, soprattutto con l'esperienza dell'ordinamento nazionalsocialista, aveva reso la "giurisprudenza inerme" di fronte alla legge ingiusta⁷⁷.

È doveroso ribadire che, ad ogni modo, in Radbruch è sempre presente l'idea della necessità di contemperare l'esigenza della giustizia materiale con la positività del diritto, avendo ben chiaro quelli che potevano essere i pericoli di una giurisprudenza liberamente affidata ad una interpretazione puramente soggettiva del diritto naturale⁷⁸. È proprio nello spirito del diritto inglese che l'Autore trova l'ideale rifugio e soluzione a questo ventilato pericolo e trova, nella concreta e quotidiana realtà applicativa delle Corti inglesi, le risposte che consentono il superamento del contrasto tra positività e giustizia che "nel sistema giuridico continentale formano un'antinomia insuperabile"⁷⁹.

⁷² Ricordiamo come già Reinach affermava l'esistenza di dati extrapositivi, emergenti dalla realtà, o meglio, per utilizzare le sue parole, da una "formazione sociale preformata in modo molteplice", che costituiscono la base a priori di ogni diritto positivo come struttura e ordine essenziale dei concetti giuridici, e attraverso i quali integrare le eventuali lacune. Cfr. Reinach 1989 citato da Maihofer, 2011 [1965]: 66 ss. Egli parla di una realtà sociale la quale attiene ad una "possibilità più profonda" del semplice riferimento ai "molteplici stati di cose", in quanto "penetrando nell'essenza di queste entità, vediamo ciò che in esse è giuridicamente rilevante, troviamo delle leggi in modo analogo a quanto accade per l'essenza dei numeri o delle figure geometriche". Reinach ipotizza un metodo di costruzione dei concetti giuridici, avuto a riguardo la struttura ontologica dei fatti o degli atti sociali corrispondenti, che, secondo Maihofer, è in grado di offrire concetti fondati sulla struttura ontologica della vita sociale, trasformati in elementi normativi per mezzo di una riduzione normativa. Radbruch 1941: 150, prenderà le distanze dalla teoria di Reinach e da ogni analogo tentativo di "individuare e cogliere il senso di un rapporto di vita come una realtà insita in questo stesso".

⁷³ La natura diverrebbe ideale modello per la creazione della normazione stessa che è chiamata a colmare la lacuna legislativa.

⁷⁴ Radbruch 1962 [1958].

⁷⁵ Come viene evidenziato da Baratta, nell'introduzione all'opera di Radbruch *Lo spirito del diritto inglese*, diverse volte l'autore utilizza la nozione di "natura delle cose" per qualificare il pensiero giuridico inglese.

⁷⁶ Vedi Baratta 1962: X.

⁷⁷ Mazzei e Opocher 2011: 1. Come viene sottolineato da Mazzei, Radbruch "sferra un attacco diretto e frontale al positivismo giuridico, inchiodandolo alle sue responsabilità di fronte alla degenerazione autoritaria nazifascista: il positivismo, con la sua concezione che la legge è legge ha di fatto reso il ceto dei giuristi inerme contro leggi dal contenuto arbitrario e criminale".

⁷⁸ Vedi Radbruch 1962 [1958]. Baratta rileva nell'introduzione all'opera come in Radbruch fu grande la preoccupazione per la giustizia e vivo il senso della validità di un diritto "soprapositivo", quanto il riconoscimento del valore della positività e della certezza del diritto.

⁷⁹ Baratta, 1962: XII. Il diritto inglese è descritto come un esempio di superamento del contrasto tra positività e ideale di giustizia. Secondo la filosofia inglese, critica del positivismo giuridico la distinzione tra diritto e morale non può giustificare alla coscienza dei cittadini un qualsiasi ed indistinto contenuto normativo, in quanto questo deve essere costantemente alimentato e rinvigorito grazie al sentimento popolare di giustizia e continuamente monitorato, consentendo alla coscienza di valutare e giudicare il contenuto del diritto positivo, al fine di poter giungere ad una reale e concreta resistenza contro la legge ingiusta. La tesi inglese sul positivismo giuridico può trovare la sua validità solo in quella virtù dell'autocritica, esaltata da Radbruch, e, come evidenzia Baratta nell'introduzione all'opera "in quel senso di

COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

Il sistema inglese viene, infatti, proposto come modello del possibile superamento del contrasto tra essere e dover-essere, fatto e valore, giurisprudenza ed esigenza di certezza del diritto⁸⁰.

Radbruch, nella sua riflessione, si sofferma a lungo sul carattere etico del diritto inglese, sulla capacità della sua giurisprudenza di esprimere nell'interpretazione le esigenze etiche e morali proprie del popolo inglese⁸¹. Tale carattere del diritto inglese trova il suo fondamento nel sistema di *Common Law* e la caratteristica prevalenza del diritto di origine giurisprudenziale e consuetudinario⁸²; così il diritto, sedimentato nella storia e nella tradizione e autorevolmente interpretato da parte del ceto dei giuristi secondo i valori profondamente radicati nella coscienza popolare, corrisponderà "continuamente alle situazioni nuove della vita"⁸³.

Il metodo d'interpretazione del testo giuridico basato sulla natura delle cose consiste, quindi, nell'individuazione del criterio giuridico che maggiormente corrisponda alla specificità del caso. Da questo punto di vista, quindi, possiamo affermare che la *Natur der Sache* rimane strettamente connessa con il diritto casistico⁸⁴ propri degli ordinamenti giuridici di *Common Law*.

Il ritrovamento della massima di decisione, a partire dalla concreta individualità del caso era un tratto che risaliva, come già ricordato, alla virtù giuridica dei Romani⁸⁵, e che viene sapientemente ripreso dagli ordinamenti di *Common Law*.

Il *Case law*, nella lettura di Radbruch, non vuole però essere un metodo di produzione creativa del diritto, ma vuole essere un metodo di ritrovamento empirico induttivo della massima di decisione

responsabilità individuale dell'inglese nei confronti della cosa pubblica, che nulla ha a che vedere col senso cieco e fanatico dell'obbedienza al capo o con l'esaltazione dell'autorità". Assistiamo in quest'opera ad un totale rovesciamento del pensiero iniziale di Radbruch. Nelle sue prime opere (*Idea del diritto e materia del diritto, uno schizzo* 1923 *Rechtsphilosophie* 1956 e soprattutto *Natur der Sache*), Maihofer, come viene efficacemente evidenziato in Ciscato e Todescan 2010: 327, fonda la sua teoria sul dogma positivista secondo cui la natura della cosa avrebbe potuto diventare efficace solo laddove non si fosse trovata in contraddizione con lo spirito della legge; anche se la legge avesse violato ogni ragione delle cose, ogni natura del fatto, anche allora resterebbe fermo che il dover-essere che fallisce nella legge avrebbe dovuto prevalere di fronte al dover-essere realizzato nell'essere.

⁸⁰ Vedi Baratta, 1962: XII evidenzia come tale tesi sia stata portata in luce anche in Italia da Cattaneo, 1962.

⁸¹ In questo senso Baratta, 1962: XIII.

⁸² Nel sistema del *Common Law* prevale, come detto, prevale il sistema del *Judge made law* rispetto al diritto di origine legisaltiva dello *Statute law*.

⁸³ Baratta, 1962: XIII, rileva come le due proposizioni apparentemente contraddittorie del Coke "*Nihil quod est contra rationem est legitimum*" e "*Neminem oportet esse sapienterem legibus*" trovino la loro logica armonia.

⁸⁴ In questo senso Radbruch 1962 [1958]. Di contro Mazzei e Opocher 2011: 3, che sostengono, invece, come non necessariamente la natura delle cose sia connesso con il diritto casistico.

⁸⁵ Baratta 1959: 186. Vedi a riguardo Sanfilippo 2002: 27, il quale mette in rilievo come i giureconsulti, attraverso il fine e profondo esame di innumerevoli casi concreti, procedono ad una completa elaborazione del sistema giuridico. Il metodo di cui essi principalmente si servono è la c.d. *interpretatio iuris*, attività caratteristica, che molto differisce dall'interpretazione del diritto compiuta dal giurista moderno. Oggi l'attività dell'interprete spesso è limitata all'esatta comprensione del contenuto e del valore della legge. Nel mondo romano, invece, interpretare significa, in certi casi, scoprire la regola giuridica dai *mores*. Rispetto ai numerosi casi per i quali mancava una norma scritta il giurista, profondo conoscitore dei *mores*, doveva egli stesso trarre ed elaborare da essi la norma giuridica, inquadrarla nel sistema, dedurne tutte le possibili conseguenze teoretiche e pratiche. Vedi inoltre Gioffredi, 1947-48 citato da Robleda 1979: 35, il quale, dopo aver affermato il carattere casistico e pratico dell'attività della giurisprudenza romana, scrive: "Ma al giurista non sfugge il principio che ne regge l'uso (la prassi in cui gli stessi si muovono), e al quale egli è immancabilmente condotto dalla loro applicazione all'infinito numero di casi pratici nel variare di circostanze particolar. Egli procede ad una ricca casistica perché il suo senso pratico trova al tempo stesso che un dato principio, anche se non esplicitamente enunciato, è presente". Possiamo affermare che esso venga tratto dalla natura delle cose. Cfr. a questo riguardo Panzarini 2009: 72 che pone in rilievo la forte connessione tra diritto e natura delle cose nell'ordinamento romano. Cfr. anche Miglietta 2012: 37. Egli rileva come il tratto principale caratterizzante l'attività della giurisprudenza romana, risiede nell'interpretazione "casistica" o "topica". Tale metodo, definito *induttivo*, opera dal particolare, ossia a partire dall'analisi del caso concreto, al generale, con la creazione della regola più adatta a disciplinare il caso stesso. L'utilizzo del metodo induttivo - spiega Miglietta- risiede nel fatto che l'ordinamento giuridico romano, nell'età classica, non abbia conosciuto il fenomeno della codificazione. Vedi Vincenti 1995. Sempre Miglietta 2012: 51, evidenzia la ricchezza dell'ordinamento romano, la quale risiede proprio nel metodo interpretativo, che "qualcosa ancora può offrire al giurista moderno".

a partire dalla natura dei fatti⁸⁶. L'attività del giudice di *Common Law*⁸⁷ consiste, infatti, in una operazione di parallelo confronto delle questioni giuridiche dei due casi, quello sul quale viene chiamato a pronunciarsi e quello precedentemente deciso da un altro giudice, con l'intento di individuare punti comuni ed estendere la *ratio decidendi* della decisione anteriore al caso successivo a lui prospettato. Ecco perché si può affermare che il giudice inglese non crea ma *scopre* il diritto, un diritto tradizionale che viene portato alla luce progressivamente, in una attenta analisi e decisione del caso concreto, ed in questo senso si trova strettamente connesso alla natura delle cose⁸⁸.

Radbruch evidenzia, inoltre, come questa attività *creativa* dei giudici inglesi, non ha mai creato problema alcuno né sotto la prospettiva del principio della certezza del diritto né sotto la prospettiva del principio della divisione dei poteri, anche perché il ceto giurisprudenziale inglese è dotato di una forte autonomia nei confronti del potere politico, ma soprattutto è latore di una tradizione secolare e, per questo, depositario dei valori etici e dei principi democratici tradizionali del popolo inglese⁸⁹.

I giudici - evidenzia Radbruch - interpretano il diritto secondo valori profondamente radicati nella coscienza popolare e "difficilmente piegabili a scopi politici contingenti" come avviene spesso nel sistema continentale⁹⁰; per questo in Inghilterra "il primato dato al valore della certezza del diritto si traduce non nel sacrificio, ma nell'affermazione del valore della giustizia"⁹¹, e rappresenta un principio capace di controllare e limitare l'arbitrio del legislatore senza giungere ad uno speculare arbitrio del giudice⁹². Per questo motivo la maggior parte dei giuristi inglesi è contraria all'idea di codificazione, di poter cristallizzare, racchiudere interi rami del diritto in codici e sono invece favorevoli ad una giurisprudenza che stabilisca il diritto in occasione del singolo caso e solo per questo e per casi simili⁹³.

⁸⁶ Sul punto Radbruch 1962 [1958]: 34 ss.

⁸⁷ Cfr. Mattei 1992: 3, secondo cui il pericolo da quale occorre guardarsi sta nell'avvicinare il *Common Law* con "mentalità statica". Il *Common Law* è, infatti, come ogni struttura giuridica, una realtà antropologica di straordinaria entità, calata in un'organizzazione giuridica dei rapporti umani che muta continuamente. Secondo Mattei, in ogni istante della storia esisterebbe un diverso *Common Law* anche se ciò non significa che siano illegittimi i tentativi di carpire determinate costanti storiche.

⁸⁸ Rilevante importanza assume inoltre, in questi ordinamenti, il ruolo dell'*equity* che, contrapposta al sistema chiuso del *Common Law*, rappresenta una molteplicità di principi giuridici correttivi e di istituti giuridici integrative garantendo la forza espansiva dello stesso diritto. Il concetto di equità, coniato da Aristotele, ha il compito di far valere la giustizia del caso singolo di fronte alle leggi. Nel diritto romano rilevante era la funzione dei pretori che concedevano a colui che cercava giustizia *actiones ex equo et bono*; nel dir inglese i cancellieri inglesi concedevano i c.d. *writs* per venire incontro agli inconvenienti del *Common law*. Sul punto P. Moro 2012: 21, secondo il quale diventerebbe necessario "ritornare alla responsabilità del giurista come soggetto che ragiona e agisce in funzione del processo". Questo, secondo Moro potrebbe divenire una soluzione all'attuale crisi del diritto, ancor oggi considerato come "puro sistema oggettivo esteriore di regole e abbandonato al tecnicismo cibernetico del potere legislativo e giudiziale". Cfr. anche Carnelutti 1958: 95 ss., sull'importanza del processo per il rilievo della realtà fattuale. Sul rapporto tra diritto giurisprudenziale e statale vedi Costa 2011: 2 ss.

⁸⁹ Cfr. sul punto Baratta 1962: XIII. Secondo Radbruch la più profonda ragione della particolarità del diritto inglese è il senso giuridico, che in questo popolo si è sviluppato con straordinaria purezza.

⁹⁰ Baratta 1962: XIII. Radbruch si sofferma sul "carattere etico del diritto inglese, sulla capacità e la consapevolezza della giurisprudenza inglese di interpretare e realizzare le esigenze etiche, la morale, il popolo inglese".

⁹¹ Il diritto inglese rappresenta un modello di superamento del contrasto tra positività e giustizia. Nell'ordinamento giuridico inglese anzi predomina lo scopo della sicurezza del diritto, cioè il diritto non viene lasciato al conflitto delle opinioni ma viene comunque stabilito autoritativamente che cosa debba avere valore di diritto e poi che questo diritto sia riconoscibile in modo univoco e certo.

⁹² Le Corti inglesi più volte sottolineano, nelle loro pronunce, quale debba essere il loro compito, quello cioè di "applicare i principi del diritto delle circostanze del caso particolare". Cfr. "The Queen vs Dudley and Stephen, Queen's Bench Division, 14 Q.b.d. 273" (1884), *Model Penal Code Annotated*, www.law-lib.ca.

⁹³ Radbruch 1962 [1958]: 8-9 e 34. Egli rileva come il metodo del *Case law*, lungi dal rappresentare un metodo di creazione del diritto da parte della giurisprudenza, vuole essere un ritrovamento empirico induttivo della massima di decisione a partire dalla natura dei fatti. Il *Case law*, poi, tratta solo di diritto in stato di contestazione, non di diritto in stato pacifico. La natura delle cose viene ricavata da dall'ordinamento costituito, nel quale il diritto ha trovato forma, "essa è appunto il senso che abita dentro gli istituti giuridici concreti". La magistratura è nel suo complesso più creativa rispetto al sistema continentale ma, rileva Radbruch, il singolo giudice "è invece più legato di quanto non avvenga nella

COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

Il diritto del caso, nel mondo anglosassone, prende il sopravvento anche sulla tentazione di eventuali codificazioni, in quanto il pensiero inglese "non vuole fare violenza con la ragione ai fatti, ma cerca la ragione nelle cose e la ragione è la natura dei fatti". A questo senso inglese dei fatti, ripugna fondare conclusioni sull'aspettativa di eventi che si devono ancora verificare, ma aspetta che essi sopraggiungano per giudicare solo quando si sono verificati. Non si fida né dell'immaginazione, né del calcolo di situazioni che si devono ancora verificare, in quanto la situazione reale è sempre del tutto diversa⁹⁴.

Lo spirito inglese, evidenzia Radbruck, "si mantiene aperto all'imperativo di ogni nuova ora, all'insegnamento di ogni situazione che si presenta e la sua forza consiste nel sapersi ogni volta correggere e modificare a seconda della situazione nuova"⁹⁵. La politica inglese, da questo punto di vista, non guarda lontano, non aspira ad una normazione generale ma è una politica del singolo caso, una giustizia concreta⁹⁶.

Come risulta evidente nei casi esaminati dalle Corti inglesi, il filosofo tedesco elogia ancora un volta i giudici perché, lungi dal creare norme disancorate dal sistema giuridico nel suo complesso, si sono sforzati di ricostruire la razionalità giuridica dei fatti, ricercando il senso che abita all'interno delle relazioni e mirando a riscoprire quella fattualità del diritto del caso concreto che nei sistemi positivistic, ancorati alla pretesa del legislatore di prevedere fatti futuri, spesso rischia di venire tralasciata⁹⁷.

Questo permette alla soluzione di non porsi come arbitraria, ma il più possibile aderente alle circostanze del caso particolare, alla materialità della vita reale e con la responsabilità della decisione presa sul momento, traducendosi cioè, in termini di effettività della tutela⁹⁸.

10. *Common Law e Civil Law*. Le convergenze parallele.

La ricostruzione che abbiamo svolto ci consente ora di trarre delle conclusioni circa il rapporto tra *Common Law* e *Civil Law* soprattutto in relazione al significativo percorso di collegamento che è venuto a delinerarsi a partire dalla *Scuola del Diritto Libero*, chiara espressione di una sentita necessità di una nuova figura di giudice, necessità che ha poi trovato un terreno fertile nel movimento della "*Natura della cosa*" e, in particolar modo, in Radbruck che è giunto ad elogiare la figura di giudice propria della tradizione anglosassone, prendendola chiaramente ad esempio da seguire.

Come abbiamo visto le tesi della *Scuola del Diritto Libero* si erano sviluppate in un'ottica antipositivista, in un momento storico nel quale veniva sentito come urgente non tanto l'abbandono del sistema formalistico ma, quantomeno, un suo adattamento al veloce mutare della realtà

giurisprudenza continentale. Il prof. Goodhart (Oxford) ha accuratamente comparato tra loro il sistema inglese dell'interpretazione giuridica e quello continentale. Nessun altro dei pretesi vantaggi del sistema casistico regge al suo esame e, in particolare, egli nega l'elasticità che viene talvolta lodata dai giuristi del continente nel *Case law* e mette in campo come unico vantaggio, come prerogativa essenziale e unico fondamento del sistema casistico, la sicurezza del diritto".

⁹⁴ Radbruck 1962 [1958]: 8, aggiunge che attorno al diritto del caso del mondo anglosassone, a poco a poco viene intessuto uno strato di precedenti giurisprudenziali vincolanti, ma lo spirito inglese non per questo si sente obbligato alla consequenzialità, a continuare in una via sbagliata solo perché la si è presa una volta.

⁹⁵ Radbruck 1962 [1958]: 8.

⁹⁶ F.W. Maitland, storico inglese del diritto, citato da Radbruck 1962 [1958]: 9, parla di "*stumbling forward in our empirical fashion, blundering in to winds*", e proprio questo "procedere in avanti a forza di inciampi" fino a giungere alla saggezza.

⁹⁷ Radbruck 1962 [1958]: 9.

⁹⁸ Radbruck 1962 [1958]: 9. La motivazione viene poi sviluppata logicamente in maniera coerente con la natura dei fatti concreti che emergono come rilevanti nel singolo caso, ricostruita all'interno dell'ordinamento giuridico costituito e appare evidente come in ogni decisione non si prescinda dal diritto, ma questo viene riconosciuto, garantendo l'equilibrio giuridico dei rapporti intersoggettivi. Inoltre, le valutazioni dei giudici appaiono logicamente coerenti con il contesto giuridico e con la costruzione affermata dalla dottrina.

quotidiana, in particolare quella economica. Evoluzione che aveva fatto sentire come urgente la necessità dell'ordinamento giuridico di seguire tempestivamente le rinnovate esigenze della società.

Secondo le tesi elaborate dalla Scuola diveniva sempre più necessario un adeguamento del sistema legislativo, per sua natura necessariamente complesso, alla sempre più veloce evoluzione dell'economia e della società di fine Ottocento. E questo ruolo non poteva che essere riconosciuto ed attribuito al giudice il quale, ora come allora, si trova quotidianamente ad essere chiamato all'applicazione del diritto positivo (e cristallizzato) alle sempre nuove e mutevoli realtà che emergono dall'evoluzione sociale.

È quindi inevitabile individuare nelle tesi della *Scuola del Diritto Libero* i prodromi di una adesione ad una realtà giurisprudenziale quale quella di *Common Law*, ove la disposizione, intesa come legge dello Stato, era sostanzialmente inesistente e grande rilievo rivestiva l'opera esperta del giudice nel ricercare il corretto riconoscimento del diritto nelle controversie, con il ricorso ai precedenti giurisprudenziali.

La Scuola, quindi, ha rappresentato proprio il punto di partenza di una linea ideale di collegamento tra il sistema positivistico di *Civil Law* e il sistema anglosassone di *Common Law* perché, come abbiamo visto, la sua filosofia, onde evitare di essere del tutto rivoluzionaria e per questo lontana dalla realtà giuridica del tempo, non abbandonava l'idea che la norma positiva potesse avere e, anzi, per certi versi *dovesse* avere ancora un rilievo nel sistema giuridico.

Già nelle teorie di Bülow è chiara la tesi che il diritto non può esaurirsi nel freddo dettato normativo in quanto nel momento applicativo affiora uno iato tra la disposizione generale e astratta e il caso concreto. L'autore, quindi, sostiene (alla luce di una semplice constatazione di fatto sull'incompletezza strutturale dell'ordinamento giuridico positivo) che accanto alla legge positiva acquista un ruolo centrale quell'istituto che il filosofo definisce "l'ufficio del giudice". Ed è proprio grazie a "l'ufficio del giudice", che risulta possibile "chiudere il cerchio" ossia dare completa regolamentazione alla fattispecie sottoposta alla sua valutazione, in quanto inevitabilmente il legislatore ha potuto solo abbozzare un'ipotesi di soluzione del caso che potrà invece essere definitivamente concretamente risolto solo grazie all'intervento del giudice.

"Ogni controversia - precisa Bülow - pone in essere un problema giuridico peculiare, per il quale la legge non fornisce ancora in maniera esauriente la soluzione appropriata, che [...] neanche è possibile dedurre con l'assoluta sicurezza di una conclusione logicamente vincolante dalle disposizioni legislative"⁹⁹.

La tesi di Bülow si pone, quindi, come ideale punto di partenza della nostra riflessione in riferimento al distacco da una visione esclusivamente positivistica e il necessario riconoscimento al giudice e al suo ufficio dell'opera di completamento del sistema positivo. Il giudice non è *sic et simpliciter* un mero esecutore materiale della volontà del sovrano ma ha un ruolo molto importante che si può ritenere essere per certi versi *creativo* del diritto.

Con questo Bülow non rinnega del tutto il diritto positivo, ma prende atto che la realtà, dinamica e sempre in costante trasformazione, richiede un costante adattamento normativo alle sempre nuove e mutate esigenze sociali. E questo può farlo *solo* il giudice¹⁰⁰. Per dirla con l'immagine di Bülow, all'interpretazione applicativa del diritto, sono necessari sia la "muta" parola della legge ma anche la "bocca del giudice" che rispetto alla silenziosa espressione del dettato legislativo riesce ad adattarsi al caso concreto.

La prima tappa di questo itinerario, quindi, non può che essere costituita dalla filosofia di Oscar Bülow il quale, in maniera decisa, pur non rinnegando il ruolo del legislatore, viene a spostare il baricentro della creazione del diritto verso il giudice, il cui ruolo acquista, nelle tesi del filosofo tedesco, una chiara e necessaria centralità.

⁹⁹ Bülow von 2001: 227.

¹⁰⁰ In questo senso Fassò 2006: 196 e ss.

COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

E questa tesi trova ancor maggiore sviluppo in Hermann Kantorowicz¹⁰¹, filosofo, appartenente al medesimo movimento, nato nella Polonia allora tedesca e certamente più radicale rispetto alle posizioni di Bülow. Rovesciando il paradigma tradizionale, questi sostiene che accanto al diritto di origine statale, anzi *prima* di esso, vi è il "diritto libero" che ha il medesimo valore di quello statale, viene prodotto dalla società e, in particolare, dai giudici, e vive indipendentemente dal diritto statale, al punto tale che lo stesso Kantorowicz sostiene che il diritto statale nasce e si nutre del "diritto libero".

Il problema era, secondo Kantorowicz, che il legislatore si trovava quasi inerme di fronte alla veloce evoluzione sociale e che, quindi, nel concreto momento storico, il giudice interveniva e doveva intervenire sempre più spesso a colmare le inevitabili lacune del diritto statale. Ma anche in questo caso, seppur evidentemente rivoluzionario, il filosofo tedesco non si stacca definitivamente dalla tradizione formalistica quando afferma che il giudice avrebbe dovuto decidere il caso concreto non del tutto liberamente ma individuando una regola che, in base al suo libero convincimento, il *legislatore* avrebbe adottato qualora gli fosse capitato il caso specifico. Quindi centralità dell'opera del giudice, che viene a ricucire le lacune inevitabili dell'ordinamento, ma non definitivo distacco dalla tradizione in quanto l'opera dello stesso deve formalisticamente ispirarsi a quella del legislatore statale. Se il giudice è il *legislatore* del caso concreto, questi deve comunque operare come avrebbe operato il legislatore.

La Scuola, quindi, non ritiene che si debba rinunciare al diritto positivo; ma semplicemente sottolinea come la realtà, complessa e costantemente in evoluzione, abbia bisogno di un sistema giuridico attento e tempestivo e, quindi, necessariamente più dinamico. L'importanza, pur riconosciuta alla legge, andava però rivista e la legge non doveva essere intesa come esclusiva fonte di diritto mentre, per converso, andava rivalutato il ruolo del giudice nella delicata opera di regolamentazione delle relazioni intersoggettive che, anche nelle realtà giuridiche forgiate dal formalismo giuridico, non poteva che avere natura, in qualche modo, inevitabilmente creativa.

La *Scuola del Diritto Libero* aveva quindi indicato il cammino, che già teoreticamente sembrava portare molto lontano, con una linea che si poneva come ideale punto di congiunzione tra il sistema positivisticamente occidentale e il sistema di *Common Law*. Nel momento in cui si sostiene che il diritto positivo non è l'unica ed esclusiva fonte del diritto e che il diritto positivo necessariamente viene completato dall'intervento integrativo del giudice, si sta delineando un sistema che, certamente in forme e proporzioni diverse, viene naturalmente ad ispirarsi ad un sistema di *Common Law*.

In entrambe le visioni del diritto vi è un diritto positivo. Ovviamente questa positività è (o quantomeno sembra) molto più marcata nella tradizione occidentale che in quella anglosassone, per naturali storiche ragioni. Ma in entrambe le visioni del diritto, accanto al diritto positivo, emerge come necessario il ruolo integrativo (e per questo per certi versi *creativo*) del giudice. Preso atto che, anche in un sistema occidentale positivisticamente, il ruolo del giudice è comunque necessariamente centrale, si pongono le basi per un dialogo col mondo della *Common Law*.

Ed era proprio relativamente a questa declinazione che nacquero e trovarono sviluppo le posizioni della *Natur der Sache*. Proprio Kantorowicz sembra idealmente annunciare l'arrivo del nuovo movimento, nell'*incipit* della sua opera *La lotta per la scienza del diritto*, ove presenta la propria dottrina "come una resurrezione del diritto naturale in forma cambiata". Questi aveva definito la sua opera, quindi, come un nuovo tipo (*in forma cambiata*) di diritto naturale, intendendo per esso un diritto diverso certamente da quello positivo ma anche diverso dal diritto naturale tradizionale in quanto questo *nuovo* tipo di diritto naturale nasce dalla concretezza della realtà, della storia e della società nel suo continuo e cangiante mutamento. E proprio questo spunto viene colto e sviluppato

¹⁰¹ Kantorowicz 1988 [1908]: 57. Come evidenzia Majetti, l'obiettivo evidente e palese dell'opera complessiva di Kantorowicz, era quello di combattere e abbattere il sistema preesistente, fondato sul vuoto e bieco positivismo, rappresentato dall'immagine "dell'alto funzionario governativo, [...], chiuso nella sua cella ed armato d'una finissima macchina pesante. Unico mobile, uno scrittoio sul quale è posto il Codice statale della legge" per sostituirla con una nuova idea, maggiormente aderente alle esigenze della storia, nella sua costante, irrefrenabile e imprevedibile evoluzione.

dalla *Natur der Sache* che, come abbiamo illustrato, introduce a sua volta *un nuovo tipo di diritto naturale*.

Le tesi della *Natur der Sache*, in particolare, accentuarono il tema della *Scuola del Diritto Libero* circa la centralità del ruolo del giudice nel momento applicativo del diritto e, inevitabilmente, anelarono a loro volta a seguire l'esempio dato dal sistema di *Common Law* in cui i giudici, pur maggiormente liberi e sicuramente meno vincolati da leggi positive, garantivano, grazie alla loro esperienza e alla loro adesione ai principi e ai valori tradizionali che emergevano dalla società, il riconoscimento e la tutela dei diritti dei singoli e con questo, comunque, il rispetto del fondamentale principio della certezza del diritto, centrale nelle visioni positivistiche.

Ecco perché, come avvenne esplicitamente nell'opera di Radbruch, l'attenzione rivolta dai filosofi della *Natur der Sache* alla realtà della *Common Law* divenne centrale nelle teorizzazioni della Scuola, con espressi diretti richiami *ad exemplum* e destinataria di sinceri apprezzamenti ed elogi. Il detto richiamo serviva proprio per dare la prova tangibile di come fosse possibile attribuire maggior potere interpretativo e, anche se in maniera malcelata, *creativo* al giudice, senza però infrangere uno dei pilastri sui quali era stato eretto il sistema giuridico positivisticò, ossia la certezza del diritto.

Questo è chiaramente espresso in Radbruch il quale ritrova, nella tradizione inglese, il superamento del contrasto tra positività e giustizia, antinomia insuperabile nel sistema giuridico continentale. Lo spirito inglese "ha realizzato naturalmente quello che per il sistema giuridico continentale appare a Radbruch l'auspicabile ma problematica quadratura del cerchio"¹⁰².

Anche Radbruch, infatti, da un lato riconosce la storica importanza del diritto positivo della tradizione continentale ma, per converso, riconosce anche la sua inevitabile lacunosità, con la conseguenza di dover necessariamente integrare il testo legislativo nel momento interpretativo.

Questi però, comprende anche il rilievo che possono assumere le obiezioni sollevate dai positivisti e, infatti, condivide i timori che una eccessiva libertà lasciata ai giudici possa far venir meno il principio cardine della certezza del diritto. Su questo punto, il filosofo tedesco chiarisce che l'applicazione del diritto statale al caso concreto non può essere arbitrario, ossia lasciato all'arbitrio di un giudice; ma, aggiunge, non si può neppure pensare, altrettanto arbitrariamente, che il nudo testo legislativo sia sufficiente alla regolamentazione del caso.

Radbruch, quindi, sostiene che la natura della cosa sia il *sensu oggettivo* che trova espressione nei rapporti di vita¹⁰³, a cui l'interprete deve ispirarsi ed anzi adeguarsi nella sua attività interpretati per evitare tale arbitrio.

Radbruch parte dall'idea della necessità di contemperare l'esigenza della giustizia materiale con la positività del diritto, per evitare i pericoli di una giurisprudenza libera interprete del diritto naturale¹⁰⁴ e, nello spirito del diritto inglese, rinviene il paradigma che consente la conciliazione di questi che possono sembrare opposti inconciliabili. Questo perché, come dice il filosofo tedesco, lo spirito inglese "non vuole fare violenza con la ragione ai fatti, ma cerca la ragione nelle cose e la ragione è la *natura dei fatti*". Questo passaggio è la conferma della perfetta adesione delle teorie della *Natur der Sache* allo spirito giuridico inglese.

Secondo Radbruch questo è concretamente possibile anche nei sistemi di *Civil Law* per una serie di ragioni che hanno trovato conferma negli ordinamenti anglofoni.

In primis, da un punto di vista metodologico, in quanto il procedimento, con cui si adegua la normativa al caso concreto, è e deve essere il risultato di un metodo rigorosamente razionale¹⁰⁵, che permette di "afferrare il senso dei dati di fatto sul versante dell'essere"¹⁰⁶ e, conseguentemente, evitare l'arbitrio.

¹⁰² Vedi Baratta 1962: XIII.

¹⁰³ Radbruch 1941: 153.

¹⁰⁴ Baratta 1962. Baratta rileva nell'introduzione all'opera come in Radbruch fu grande la preoccupazione per la giustizia e vivo il senso della validità di un diritto "soprapositivo", quanto il riconoscimento del valore della positività e della certezza del diritto.

¹⁰⁵ Cfr. Radbruch 1941: 156.

¹⁰⁶ Radbruch, *Natur der Sache*, citato in Ciscato e Todescan (a cura di) 2010: 315 ss.

COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

Inoltre, il rigore del metodo deve trovare applicazione su dei fondamenti, dei formanti del diritto, condivisi e fissi. L'interpretazione ad opera del giudice deve partire dalle *preforme* della regolamentazione giuridica, che sono la *consuetudine*, l'*usanza*, il *costume* e che consentono di orientare e, allo stesso tempo, vincolare l'interpretazione, come appunto avviene nei sistemi di *Common Law*.

Radbruch, inoltre, nella propria ricostruzione, si sofferma con particolare attenzione sull'eticità e l'intima moralità del sistema, elogia il carattere etico del diritto inglese, evidenziando come la giurisprudenza dei sistemi di *Common Law*, rimanendo rigorosamente ancorata alla tradizione e ai costumi del popolo inglese, venga a recuperare, nella sua opera interpretativa, le esigenze etiche e morali proprie del popolo inglese¹⁰⁷.

Altro punto fondamentale nelle tesi di Radbruch, questo diritto, stratificato nel tempo, che esprime i costumi e la tradizione del popolo inglese, riletto attraverso il prisma dell'etica e della morale del popolo, viene interpretato dai giudici, garantendone comunque l'evoluzione, in quanto attingono, nella ricostruzione e nell'adeguamento dei singoli casi, ai valori profondamente radicati nella coscienza popolare con cui si rapportano "alle situazioni nuove della vita"¹⁰⁸, anche queste sempre lette attraverso il prisma della consolidata tradizione popolare.

Interpretare per recuperare "la natura delle cose" vuol dire, quindi, individuare il criterio interpretativo che sa cogliere la specificità del caso. E per questo la *Natur der Sache* fa propria il metodo casistico¹⁰⁹, proprio degli ordinamenti giuridici di *Common Law*.

Il *Case law*, secondo Radbruch, non vuole dire, infatti, creare diritto ma ritrovare empiricamente, attraverso un processo di natura induttiva, la massima di decisione a partire dalla natura del fatto controverso¹¹⁰. Esattamente ciò che fa il giudice di *Common Law* che non crea ma *scopre* il diritto, recuperando la soluzione dalla tradizione giuridica.

Questa attività, secondo alcuni, *creativa* dei giudici inglesi, questa *libertà* lasciata ai giudici in realtà non è tale, in quanto realizza comunque, e in questo sussiste la particolarità della loro interpretazione, la certezza del diritto. I giudici di *Common Law*, infatti, sono fortemente autonomi nei confronti del potere politico e quindi non sono condizionabili dal potere costituito e, allo stesso tempo, sono custodi di una tradizione secolare e, in questo, depositari dei valori e dei principi propri della tradizione¹¹¹ a cui, *per primi*, rimangono rigorosamente ancorati.

La completa argomentazione del filosofo tedesco diviene il vero manifesto di adesione della Scuola allo spirito del diritto inglese. La Scuola confidava che si potesse seguire l'esempio della *Common Law* in cui i giudici, non vincolati da leggi positive, finivano per sembrare sotto certi aspetti più vincolati dei giudici di *Civil Law* in quanto interpreti fedeli della tradizione giuridica anglosassone così come si era cristallizzata a seguito di secolari sedimentazioni delle pronunce dei giudici che le avevano preceduti. I giuristi appartenenti alla *Natur der Sache* volevano dimostrare come il riconoscimento al giudice di una maggiore libertà, sul presupposto di una responsabilizzazione istituzionale della sua figura, avrebbe consentito un'evoluzione del diritto nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Un'ultima conclusiva riflessione connessa alle considerazioni svolte e che spiega anche la fondatezza della tesi della Scuola circa la compatibilità dei due sistemi di *Common Law* e *Civil Law*, da sempre ritenuti invece lontani e inconciliabili. Si può dire che i due sistemi, in realtà, nel momento interpretativo siano molto più simili di quanto sia stato sino ad ora ritenuto e, per certi versi, siano

¹⁰⁷ In questo senso Baratta 1962: XIII.

¹⁰⁸ Baratta, 1962: XIII, rileva come le due proposizioni apparentemente contraddittorie del Coke "*Nihil quod est contra rationem est legitimum*" e "*Neminem oportet esse sapientiores legibus*" trovino la loro logica armonia.

¹⁰⁹ In questo senso Radbruch 1962 [1958]. Di contro Mazzei e Opocher 2011: 3, che sostiene, invece, come non necessariamente la natura delle cose sia connesso con il diritto casistico.

¹¹⁰ Sul punto Radbruch 1962 [1958]: 34 ss.

¹¹¹ Cfr. sul punto Baratta 1962: XIII. Secondo Radbruch la più profonda ragione della particolarità del diritto inglese è il senso giuridico, che in questo popolo si è sviluppato con straordinaria purezza.

speculari e simmetrici tra loro. Una analisi non superficiale delle due realtà giuridiche disvela come, in entrambi i sistemi, il giudice non viene ritenuto assolutamente libero nel suo operare ma è sempre e comunque vincolato ad un ordinamento giuridico preesistente. Gli studiosi occidentali sostengono che il giudice di *Common Law* è libero nella sua opera interpretativa ma questo, come abbiamo visto, è una opinione infondata.

La vera differenza, quindi, tra i due sistemi, pur strutturalmente diversi, non risiede in realtà in una diversa visione dell'opera dei giudici, in quanto in entrambe le realtà, al loro interno, si individuano dei limiti considerati quasi *invalidabili* per l'attività del giudice. La differenza, quindi, a ben vedere, non consiste nell'esistenza o meno di vincoli all'attività del giudice, come erroneamente si continua a ritenere, vincoli che invece sussistono in entrambi gli ordinamenti, ma riguarda piuttosto la *tipologia* di questi limiti invalidabili. Infatti, in un sistema di *Common Law* il limite posto corrisponde al diritto consuetudinario, alla tradizione sedimentata nel tempo e quotidianamente (ri)conosciuta come tale dal giudice, custode della tradizione e dei valori etici di un popolo, mentre in un sistema di *Civil Law* il limite posto corrisponde all'ordinamento giuridico positivo, frutto di un intervento legislativo del sovrano. Ma, in entrambi i casi, un limite vi è ed è avvertito dagli stessi giudici come un limite *invalidabile*.

Questo ci viene confermato dallo stesso Radbruch che, consapevole di ciò, nel momento in cui valuta l'opera interpretativa dei giudici nel mondo anglosassone, riconosce come vi sia una (a)simmetrica visione della stessa e, infatti, evidenzia come “la valutazione del metodo inglese dell'interpretazione giuridica è assai controversa: mentre i giuristi inglesi rilevano per lo più la sua rigidità, i critici stranieri sono soliti spesso lodare la sua elasticità”¹¹². Questo a riprova del fatto che la diversa visione dell'intervento interpretativo del giudice nei due sistemi non è reale ma il frutto di un pregiudizio ideologico, frutto di una non completa conoscenza dell'esperienza giuridica e che, in realtà, i due sistemi possono avvicinarsi. I due sistemi, che la tradizione ci disegna come due mondi paralleli, in realtà possono convergere e il percorso tracciato dalla *Scuola del Diritto Libero* prima e dal movimento della *Natur der sache* poi lo conferma.

BIBLIOGRAFIA

Aarnio A. 1996, “I precedenti e la loro validità”, *Ragion pratica*, 6: 9-18.

Antoniolli Deflorian L. 1993, “Il precedente come fonte diritto: l'esperienza inglese”, *Rivista di Diritto Civile*, 1: 133-211.

Antoniolli Deflorian L. 1998, “Il ruolo del precedente giudiziale nel Common Law inglese” in Vincenti U. (a cura di), *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione Europea*, Padova: Cedam.

Baratta A. 1959, “Natura del fatto e diritto naturale”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 36: 177-228.

Baratta A. 1962, “Introduzione” in Radbruch G. 1962 [1958], *Lo spirito del diritto inglese*, trad. a cura di Baratta A., Milano: Giuffrè.

Baratta A. 1968, *Natura del fatto e giustizia materiale (Certeza e verità nel diritto)*, Milano: Giuffrè.

Barberis M. 2004, “Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione” in Comanducci P. e Guastini R. (a cura di) *Analisi e diritto*, 2004, Torino: Giappichelli: 1-21.

Bobbio N. 2011 [1965], “La natura delle cose” in Bobbio N. 2011 [1965], *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma-Bari: Laterza.

Bobbio N., 1966, s.v. “Principi generali del diritto”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIII: 887-896.

Bülow von O. 1885, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig: Duncker & Humblot.

¹¹² Vedi Radbruch 1962 [1958]: 35.

COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

- Bülow von O. 2001 [1885], "Legge e ufficio del giudice", trad. e postfazione di P. Pasqualucci, *Quaderni fiorentini*, 30: 199-254.
- Cannata C.A. Gambaro A. 1989 [1976], *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, IV ed., Torino: Giappichelli.
- Cardoso B. 1961 [1921] *Il giudice e il diritto*, trad. a cura di Gueli V., Firenze: La Nuova Italia.
- Carnelutti F. 1958, *Diritto e processo*, Napoli: Ed. Morano.
- Castrucci E. 1988, "Rileggendo Radbruck", *Quaderni Fiorentini*, 17: 487-498.
- Cattaneo M. A. 1962, *Il positivismo giuridico inglese*, Milano: Giuffrè.
- Cavanna A. 2005, *Storia del diritto moderno in Europa*, (II), Milano: Giuffrè.
- Ciscato C. Todescan F. (a cura di) 2010, *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, Padova: Cedam.
- Costa P. 2011, "Giudici, giuristi (e legislatori): un "castello dei destini incorociati"?", *Quaderni fiorentini*, 15: 1-18.
- Criscuoli G. 1981, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano: Giuffrè.
- David R. Jauffret-Spinosi C. 2004, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova: Cedam.
- Donati D. 1910, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano: SEL.
- Dworkin R. 1989, *L'impero del diritto*, Milano: Il Saggiatore.
- Ehrlich E. 1888, "Über Lücken im Rechte", *Juristische Blätter*, 17: 447-630.
- Ehrlich E. 1899, *Das zwingende und nicht zwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch*, Jena: G. Fisher.
- Fassò G. 1999 [1964], *La legge della ragione*, Faralli C., Pattaro E., Zucchini G. (ried. a cura di), Milano: Giuffrè.
- Fassò G. 2006 [2001], *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, Vol. III, Roma Bari: Laterza.
- Frank J. N. 1930, *Law and The Modern Mind*, New York: Brentano's.
- G. Radbruck, 1956 [1932], *Rechtsphilosophie*, Lipsia: Koehler.
- Galgano F. 1992, "Il precedente giudiziario in "Civil Law"" in Galgano F. 1992, *Atlante diritto privato comparato*, Bologna: Zanichelli: 30-33.
- Gentile F. 2005, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova: Cedam.
- Gioffredi C. 1947-1948, *Ius lex Praetor, forme storiche e valori dommatici in SDHI*, Roma: Apollinaris.
- Golding M. 1984, *Legal Reasoning*, New York: A.A. Knopf.
- Gorla G. 1969-1970, "Il valore del precedente giudiziale e le "autorità" dei dottori in Italia (e altrove) fra i secoli XVII e XX", *Quaderni del foro it.* 1969-1970.
- Gorla G. 1990, voce "Precedente giudiziale", *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIII, Roma: Treccani.
- Grossi P. 2006, *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano: Giuffrè.
- Irti N. 2007, "L'immagine della natura nel diritto contemporaneo" in Irti N. 2007, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari: Laterza.
- Kantorowicz H. 1906, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Winter.
- Kantorowicz H. 1927, *Kaiser Friedrich der Zweite*, Stuttgart, Klett-Cotta.
- Kantorowicz H. 1988 [1908], *La lotta per la scienza del diritto*, trad. a cura di Majetti R., Milano, Forni.
- Kantorowicz H. 2000, *Federico II imperatore*, trad. a cura di Pilone Colombo, Milano, Garzanti.
- Llewellyn K. N. 2002 [1930], "Il sistema dei precedenti" in Castignone S., Faralli C. e Ripoli M. (a cura di) 2002, *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, Giappichelli: 253-268.
- Maihofer W. 1958, "Die Natur der Sache", *Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie*: 145-174.
- Maihofer W. 2010 [1958], "La natura della cosa", trad. a cura di Berno G. e Mazzei A. in Ciscato C. e Todescan F. (a cura di), *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, Padova: Cedam: 315-351.

Maihofer W. 2011 [1965], *Diritto e natura delle cose nella filosofia del diritto tedesca*, trad. a cura di Todescan F. in Mazzei A. e Opocher T. 2011, *Fondazione ontologica del diritto e “natura della cosa”*, Padova: Cedam.

Mattei U. 1992, *Common Law*, Torino: Utet.

Mazzei A. e Opocher T. 2011, *Fondazione ontologica del diritto e «natura della cosa»*, Padova: Cedam.

Miglietta M. 2012, “‘Determinare infine la regola attraverso la quale stabilire ciò che è vero e ciò che è falso’. I giuristi romani e la formazione della regula iuris” in Moro P. (a cura di) 2012, *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano: Franco Angeli.

Moro P. 2012, “Il diritto come processo. Una prospettiva critica per il giurista contemporaneo” in Moro P. (a cura di) 2012, *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano: Franco Angeli.

Omaggio V. 2006, s.v. “Natura della cosa”, *Enciclopedia filosofica*, VIII, Milano, Bompiani: 7751-7752.

Panzarini G. 2009, *Il diritto naturale quale fonte del diritto*, Padova: Cedam.

Passerin D’Entrèves A. 1980 [1951], *La dottrina del diritto naturale*, trad. a cura di V. Frosini, Milano: Edizioni di Comunità.

Patrino L., “La “natura delle cose”” in *Frammenti di un Dizionario per il Giurista*, Dipartimento Scienze Giuridiche, Università di Torino, available at www.dircost.uni-to.it, p. 3.

Pizzorusso A. 2005, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino: Giappichelli.

Pollock F. –Maitland F. W. 1898, *History of English Law*, Cambridge: Cambridge at the University Press.

Portalis J.E.M. 1844, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, Paris: Joubert.

Radbruch G. 2012 [1923], “Idea del diritto e materia del diritto. Uno schizzo”, trad. a cura di Berno G., Mazzei A. in *Fondazione ontologica del diritto e “natura della cosa”*, Mazzei A. e Opocher T. (a cura di), Padova: Cedam.

Radbruch G. 1941, “La natura delle cose come forma giuridica di pensiero”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 21: 145-156.

Radbruch G. 1958, *Der Geist des englischen Rechts*, Gottingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Radbruch G. 1959, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, trad. a cura di Pasini D. e Agnesotti C. A., Torino: Giappichelli.

Radbruch G. 1962 [1958], *Lo spirito del diritto inglese*, trad. a cura di Baratta A., Milano: Giuffrè.

Reinach A. 1990 [1989], *I fondamenti a priori del diritto civile*, trad. a cura di Falcioni D., Milano: Giuffrè.

Reinach A. 2007 [1953], *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, Saarbrücken: Verlag VDM Müller.

Robleda O. 1979, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Roma: Pontificia Univ. Gregoriana.

Romano G. 1995, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli: ESI.

Rotondi M. 1972, “L’equità e i principi generali diritto” in *Studi diritto comparato e teoria generale*, Padova: Cedam.

Sanfilippo C. 2002, *Istituzioni di diritto romano*, Soveria Mannelli (CZ): Rubbettino.

Tammelo I. 1963, “La natura dei fatti come topos giuridico”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 11: 655-683.

Tarantino A. 2008, *La problematica moderna della natura delle cose*, Milano: Giuffrè.

Taruffo M. 1997, “Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria” in L. Gianformaggio e M. Jori (a cura di) 1997, *Scritti per Umberto Scarpelli*, Milano: Giuffrè: 783-801.

Todescan F. 2013 [2009], *Compendio di storia di filosofia del diritto*, Padova: Cedam.

Twining W. e Miers D. 1990 [1982], *Come far cose con regole*, trad. a cura di C. Garbarino, Milano, Giuffrè.

COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.**RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".**

Villey M. 1976, *De l'indicatif juridique* in *Critique de la pensée juridique moderne*, Parigi: Dalloz.

Vincenti U. (a cura di) 1998, *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova: Cedam.

Vincenti U. 1995, *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana*, Padova: Cleup.

Zaccaria G. 2007 *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Napoli: Editoriale Scientifica.