

5.

LE RAGIONI PROFONDE DEL RIFIUTO DELLA TESI
IN ESAME ATTENGONO ALLA CONCEZIONE
DEL DIRITTO, AI RAPPORTI TRA ESSO E LA GIUSTIZIA,
ALLA FUNZIONE GIUDICANTE E AL COMPITO
DELLA DOTTRINA. SI CERCA, IN PARTICOLARE,
SULL'ULTIMO PUNTO, LA SPIEGAZIONE DEL FATTO,
NASCOSTO DA IDEOLOGIE, CHE LA CONSOLIDATA
ELABORAZIONE DELLA DOTTRINA
COSTITUISCE DIRITTO

Le ragioni profonde del mio dissenso dal Monateri (quelle che mi hanno indotto a sottoporre a critica il suo scritto) sono ancora da indicare. Esse coinvolgono la concezione del diritto, la funzione del giudice e il compito del giurista. Credo tuttavia sufficiente, nel presente scritto, concentrare l'attenzione su alcuni tratti dell'argomentazione dello studioso, senza pretesa di completezza, antepo-
nendo una premessa ¹⁵³.

Il Monateri, riscontrati alcuni difetti nell'interpretazione, anziché proporsi di eliminarli o almeno ridurli, propugna la rimozione della stessa interpretazione. E' forse eccessivo il paragone fra l'essenzialità di quest'ultima nel diritto e l'indispensabilità dell'acqua nella vita animale e vegetale. E' certo però che la vita concreta del diritto si regge sull'attività interpretativa. Si possono configu-

¹⁵³) Confido di potermi occupare dei tre temi indicati, tra loro strettamente connessi, in una più ampia trattazione svincolata dalla critica a tesi del Monateri.

rare (sono esistiti) sistemi giuridici senza la legge, nel senso, da tempo assunto dal segno, di posizione di norme generali ed astratte (o, in una fase primitiva, di queste stesse norme); non appaiono viceversa configurabili sistemi, nei quali, in presenza o in assenza della legge, difetti l'attività interpretativa (l'individuazione della soluzione da applicare) inerente alla funzione giudicante, necessaria per la pacifica soluzione delle immancabili controversie che si pongono tra gli appartenenti ad uno stesso gruppo¹⁵⁴.

Dalla trattazione dell'autore emerge un atteggiamento *destruens*, di cui sono componenti la scarsa considerazione – unita a insufficiente conoscenza – del patrimonio culturale della nostra tradizione, la presunzione di potersene disfare con poche battute ad effetto e l'indifferenza per le imprescindibili esigenze che mira ad appagare ed i valori su cui riposa il fenomeno giuridico.

Sono significative, nel senso indicato, le due frasi con cui lo studioso chiude la sua dissertazione in argomento e col cui esame posso entrare in *medias res*: «... non può esserci qui» (nel diritto ridotto a decisione) «nessuna 'scelta per il candore'. Il diritto è un gioco strategico tra legislatori, giudici e altri interpreti, e in questo

¹⁵⁴) La funzione giudicante è, in certo senso, l'embrione del fenomeno giuridico: senza di essa non può dirsi esistente il diritto. Anche il profilo della regola è immanente ad esso. Nella prospettiva assunta l'insopprimibile aspirazione umana all'uguaglianza pone l'esigenza dell'uniformità dei giudicati: di decisioni uguali per i casi uguali e di decisioni diverse per i casi diseguali (*in nuce* della loro rispondenza a regole e, quindi, dell'anteposizione di queste ai giudicati). Tuttavia, in un sistema ben ordinato, la tensione primordiale della funzione giudicante alla decisione del caso in conformità al *bonum et aequum* (all'idea del giusto in esso concretata) dovrebbe sempre avere il sopravvento. Intendo dire che, quando la regola generale ed astratta non assicura, nel caso concreto, l'attuazione del *bonum et aequum*, dovrebbe porvi rimedio l'organo preposto all'applicazione del diritto, così come avveniva, nel periodo di maggior fulgore dell'esperienza romana, a mezzo della *iurisdictio* del pretore.

gioco le scelte ‘candide’ sono bandite»¹⁵⁵.

In primo luogo viene reciso il nesso che lega il diritto alla giustizia, già percepito per lo meno nel Codice di Hammurabi¹⁵⁶ e oggetto, nella nostra risalente tradizione, di un approfondito riesame da parte di Ulpiano, giurista attivo sotto i Severi¹⁵⁷. Secondo questo giurista, il diritto è stato chiamato così (ha avuto il nome) dalla giustizia. Occorre sottolineare che la derivazione così affermata ha valore sostanziale, nel senso che vale non soltanto per l’esperienza romana e le altre esperienze, nella cui lingua i termini indicanti il diritto e la giustizia presentano la medesima radice (come in tedesco «Recht» e «Gerechtigkeit»), ma anche per quelle nelle cui lingue i segni corrispondenti derivano da radici diverse (come in francese: «droit» e «justice», in italiano, in inglese, etc.). E sembra da riconsiderare lo stesso facile rilievo, mosso al giureconsulto sul piano etimologico, secondo cui non è il segno *ius* che è derivato da *iustitia*, ma sono invece i segni ‘*iustus*’ (‘*iuste*’) e ‘*iustitia*’ che sono derivati da ‘*ius*’. Nel quadro di una nuova vasta ricerca etimologica il Semerano, rifiutate le derivazioni in precedenza proposte di ‘*ius, iuris*’, ne ha ravvisato la base in segni del medio babilonese (‘*wussû*’, ‘*wûsu*’), esprimenti il discernimento del bene e del male¹⁵⁸. Da parte mia, non ho gli strumenti per vaglia-

¹⁵⁵) MONATERI, «*Correct our Watches*», cit., p. 206.

¹⁵⁶) Cfr. E. SZLECHTER, *Codex Hammurabi*, Roma, 1972, *Prologo*, in particolare p. 14, ed *Epilogo*, p. 176 ss.

¹⁵⁷) Ulpiano, dal libro primo delle *Institutiones*, D. 1.1.1.pr.-1, nonché, dal libro primo delle *Regulae*, D. 1.1.10.pr. Si veda, per i profili esegetici, F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in «SDHL», LIV, 1988, p. 6 ss. e 12 ss.; da ultimo, particolarmente sul primo frammento, A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un’esegesi*, in «SDHL», LXIX, 2003, p. 3 ss.

¹⁵⁸) G. SEMERANO, *Le origini della cultura europea*, II. *Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue indoeuropee*, 2. *Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, Firenze, 1994, sv. ‘*ius, iuris*’, p. 441. La visuale colta dallo studioso nel di-

re in sé e per sé il fondamento della nuova derivazione sostenuta; posso soltanto constatare che essa si concilia coi dati che Ulpiano era oriundo di Tiro, che questa città era stata sotto il dominio babilonese e che all'esperienza babilonese risale il Codice di Hammurabi, in cui, come ho già ricordato, è chiara la connessione fra la legge (il diritto) e la giustizia. Alla luce del risultato conseguito dal Semerano, l'inesattezza dell'asserzione ulpiana si circoscrive alla vicenda del segno *ius* e dei vocaboli su di esso costruiti nella lingua latina, non toccando la fase anteriore della derivazione dello stesso segno: Ulpiano ne avrebbe tramandato, se pure senza indicare l'appoggio linguistico, l'originario collegamento con la giustizia ¹⁵⁹.

Al giurista severiano è dovuta la ridefinizione di giustizia come «ferma e duratura volontà di attribuire a ciascuno il suo diritto» ¹⁶⁰. Per quanto trascurata, l'esistenza di questa ridefinizione,

scernimento del bene dal male risale a una fase antecedente all'individuazione delle distinte sfere della religione, della morale e del diritto. In tale fase il comportamento umano nei rapporti intersoggettivi era valutato unitariamente e globalmente alla luce del primordiale criterio offerto dal senso del bene e del male.

¹⁵⁹) E' mera congettura, ma non si può escludere che il giurista conservasse il ricordo, nella lingua natia, di indicazioni concrete (ricevute ad esempio dalla madre o dal padre) su ciò che era giusto o ingiusto. Ancora oggi, nella prospettiva laica, la contrapposizione «giusto» / «non giusto» tende a coinvolgere insieme il piano del diritto e quello della morale.

¹⁶⁰) Ulp. (1 *reg.*) D. 1.1.10.pr.: '*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*'. La definizione è riprodotta in apertura delle Istituzioni giustiniane (1.1.pr.) con la sostituzione del participio '*tribuens*' al gerundio '*tribuendi*'. Lo SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., p. 15 nt. 29, corregge la scrittura ulpiana ricevuta nel Digesto sulla base della versione del manuale giustiniano, in quanto più vicina alla formulazione di *rbet. ad Her.* 3.2.3 come pure di Cic., *inv.* 2.53.160, e stilisticamente più incisiva. La differenza, a prima vista insignificante, investe in realtà il pensiero ulpiano e quello dei compilatori delle Istituzioni. Nelle due opere retoriche, nelle quali i *genera*, a cui viene ricondotta la giustizia, sono l'*aequitas* e, rispettivamente, l'*habitus a-*

nella teorizzazione di Ulpiano, è, per così dire, *in re ipsa*: essa è cioè resa evidente dal confronto della sua definizione con quelle, già menzionate, dell'*auctor ad Herennium*¹⁶¹ e di Cicerone¹⁶², nelle

nimi, si presenta congruo l'impiego del participio (nella prima la giustizia è l'*aequitas* attribuyente e, nella seconda, l'*habitus animi*, anch'esso attribuyente). Il problema è più complesso per il nuovo genere, rappresentato da *voluntas*, in cui Ulpiano sussume la giustizia. In proposito emerge una divaricazione tra la sua posizione e quella degli autori delle Istituzioni. Per questi ultimi la volontà indicata nella definizione è la volontà legislativa, perché nella loro visione, competeva esclusivamente al legislatore l'attribuzione di diritti e doveri ai consociati. In questa visione '*tribuens*' non è solo più incisivo, ma anche più adeguato di '*tribuendi*' (anzi la formulazione '*voluntas tribuens*' può dirsi la sola corretta, a lato di quella, pedestre, '*voluntas, quae tribuit*'). Ulpiano si era mosso in una prospettiva, se non antitetica, profondamente diversa. Nel suo discorso sui rapporti tra *ius* e *iustitia* egli dice che i giuristi possono essere qualificati meritatamente sacerdoti del diritto, grazie ai compiti che essi svolgono, tra i quali il primo indicato è quello di '*iustitiam colere*' («coltivare la giustizia»: l'interpretazione, pure affacciata, di '*colere*' nel senso di «venerare» trascura il dato che l'oggetto del verbo è la «giustizia» intesa come «virtù» – volontà ferma e duratura di attribuire a ciascuno il proprio diritto –, la quale non si venera, ma si coltiva, se pure non, come le barbabietole o le rose, nella terra, bensì, come le altre virtù, nell'animo umano). L'insegnamento ulpiano sui rapporti tra il diritto e la giustizia richiede ben altri approfondimenti. Tuttavia, già alla luce dei dati richiamati, si può dire, con sufficiente fondamento, che la (virtù della) giustizia, coltivata dai giuristi, non consiste nella volontà che attribuisce, ma nella volontà di attribuire a ciascuno il proprio diritto (appare anche chiara l'umana e lucida concretezza dell'insegnamento ulpiano, rivolto ad aumentare al massimo possibile l'osservanza spontanea del diritto, senza la quale – ove la stessa scenda al di sotto di una certa misura –, il diritto stesso non potrebbe sussistere). Non ho elementi per dire o negare che i compilatori delle Istituzioni abbiano tratto suggestioni, sul punto in esame, dalle definizioni di giustizia dell'*auctor ad Herennium* (Cornificio?) e di Cicerone. Risulta peraltro innegabile che essi, sostituendo, nella definizione ulpiana della medesima, '*tribuens*' a '*tribuendi*', hanno cambiato la prospettiva del giurista classico.

¹⁶¹ *Rhet. ad Her.* 3.2.3 [ed. F. Marx]: '*iustitia est aequitas ius cuique tribuens pro dignitate cuiusque*'.

¹⁶² *Inv.* 2.53.160: '*iustitia est habitus animi communi utilitate servata suam cuique tribuens dignitatem*'. Scrive lo SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., p. 14,

quali, a differenza della prima, la giustizia non era inclusa nel ge-

che «Ulpiano non cita esplicitamente Cicerone», perché «un consolidato protocollo della sua tradizione scientifica glielo impedisce, ma ne assume il pensiero come un'acquisizione ormai matura, accogliendone in pieno l'opzione giusnaturalista ...». In realtà Ulpiano, nella sua teorizzazione, fa propria, in merito al diritto, la definizione (e concezione) celsina ed elabora, in merito alla giustizia, nella prospettiva dei rapporti col diritto, una nuova definizione (e concezione) profondamente dissimile da quella di Cicerone. La sua elaborazione non può essere costretta nelle opzioni giusnaturalistiche, come in quelle di stampo positivistic. Essa si caratterizza per l'aderenza alla realtà, per l'autonomia da posizioni teoriche precostituite. In ciò stanno il suo pregio e la sua persistente validità ed a ciò sono dovute le remore a percepirne la specificità (le differenze rispetto alle vedute via via dominanti). Diversamente, ad esempio, da Tommaso d'Aquino, Ulpiano non riteneva che la legge (il diritto) sia scritta nelle cose, come, in effetti, non lo è. Così un'acqua che sgorga o scorre in un fondo privato non reca alcuna indicazione sul suo carattere pubblico o privato. Questa distinzione – a differenza di altri elementi, quali la composizione e la durezza – non è nella natura, ma dipende dai criteri scelti dall'uomo. Si può generalizzare: ogni prescrizione giuridica dipende dalla valutazione e scelta umana. Proprio l'accettazione, da parte del giurista severiano, della visione celsina del diritto come *ars*, alla quale è immanente la produzione del diritto ad opera dell'uomo, rende palese l'incompatibilità con le opzioni giusnaturalistiche, per le quali il diritto è viceversa già preformato (dalla natura, da Dio). Secondo il nostro giureconsulto soltanto il diritto comune agli uomini e agli animali (al quale è da lui riservata la denominazione di *ius naturale* e da cui discendono la *maris atque feminae coniunctio*, la *liberorum procreatio* e la loro *educatio*: D. 1.1.1.3), è ad essi insegnato dalla natura. Il diritto, come egli dice '*solis hominibus commune*' (il diritto cioè in senso proprio, secondo la visuale corrente), in quanto *ars*, è invece frutto dell'elaborazione umana, alla quale sono dovuti gli stessi supremi criteri del *bonum et aequum*, come mostra il loro accantonamento in lunghe fasi della nostra tradizione. Diversamente dalle correnti positivistiche, Ulpiano non riteneva che la posizione delle norme sia nell'esclusiva potestà (arbitrio) del legislatore; al contrario reputava anche quest'ultimo soggetto ai supremi criteri del *bonum et aequum* (nella visuale celsina dell'*ars*, recepita da Ulpiano, come una costruzione priva dell'indispensabile qualità di consentire l'attraversamento di un corso d'acqua, non può dirsi un ponte, così una norma priva degli indispensabili requisiti del *bonum et aequum* non costituisce diritto: può averne l'aspetto esteriore, ma non la sostanza).

nera *voluntas*¹⁶³. Esistono alcune coincidenze espressive e sostanziali, non prive di interesse, ma collocate in un contesto di significato diverso, con la definizione della *Rhetorica ad Herennium*¹⁶⁴. Rispetto alla definizione ciceroniana, la differenza è radicale: a prescindere dall'identità del *definiendum* e della copula ('*est*') può indicarsi, come unico elemento corrispondente, l'impiego del verbo '*tribuere*'.

La ridefinizione di giustizia è uno degli elementi portanti della teorizzazione ulpiana circa la stessa, il diritto ed i compiti del giurista. In essa è compiuta la sostituzione di «il suo diritto» al generico «il suo» del precetto morale '*suum cuique tribuere*', ancora al presente tramandato, in specie tra i filosofi, senza la percezione del fondamentale apporto recato da Ulpiano¹⁶⁵. In assenza delle determinazioni del diritto (delle scelte da esso presupposte), diventa in molti casi arbitraria, o comunque affidata alla valutazione personale, divergente da soggetto a soggetto, l'individuazione del «suo» di ciascuno. Si pensi, ad esempio, alla quantità di incertezze

¹⁶³) Nella definizione per genere e differenza specifica, il primo indica, se non, come si è ritenuto, l'essenza, il connotato fondamentale (ritenuto tale) del *definiendum*.

¹⁶⁴) Ricordo l'attribuzione a ciascuno del *ius* (nel senso di posizione giuridica soggettiva), secondo un criterio di proporzionalità (*pro dignitate cuiusque*), avente innegabili punti di contatto con quello dell'eguaglianza proporzionale, espresso da Ulpiano con '*aequum*'.

¹⁶⁵) Cfr. N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*², Torino, 1971, sv. '*Giustizia*', p. 438. Senza dubbio «il suo» dei filosofi, in quanto esprime ciò che effettivamente appartiene ad un soggetto, corrisponde in astratto a «il suo diritto» di Ulpiano. Resta però il fatto che le determinazioni concrete (regole) dalle quali risulta il suo di ciascuno non sono opera della filosofia, ma del diritto. Riferisco anche la perplessa e oscura formulazione del Progetto del «Corpus iuris Friderician», § 2, nella versione francese consultata: «Son but (della giurisprudenza, definita al § 1) c'est la Justice, qui consiste à rendre à chacun le sien, par où nous entendons ce que nos Loix reconnoissent être dû et appartenir à quelqu'un».

eliminate dall'usucapione in ordine alla proprietà delle cose. In difetto della relativa disciplina, non è configurabile la proprietà assoluta (*erga omnes*) e si profilano opzioni diverse, non prive di plausibilità, in merito all'attribuzione della cosa oggetto di controversia all'uno o all'altro dei contendenti. E l'ammissione dell'usucapione richiede altre scelte circa la durata del possesso per il suo compimento (un anno, due anni, tre, cinque, dieci, venti, trent'anni) e i requisiti dello stesso (acquisto in base a una giusta causa, buona fede, etc.)¹⁶⁶.

La ridefinizione di giustizia indirizza a percepire il senso dell'orgogliosa rivendicazione, fatta da Ulpiano, ai giuristi della coltivazione della '*vera philosophia*', in contrapposto a quella '*simulata*', e fornisce la chiave per l'individuazione di quest'ultima. Nel pensiero del giureconsulto la vera filosofia è quella che serve concretamente alle esigenze umane, mentre la filosofia simulata è quella che sembra servire, ma è, in realtà, ad esse inadeguata. Erano tali ai suoi occhi le massime, tramandate da filosofi e retori, '*honeste vivere*', '*alterum non laedere*', '*suum cuique tribuere*'. La prima non può trovare compiuta attuazione nel campo giuridico. Nel loro insieme

¹⁶⁶) L'appunto di vaghezza si ripropone – a me pare aggravato – nei riguardi delle altre due massime della morale, '*honeste vivere*' e '*alterum non laedere*', pure assunte come *iuris praecepta* ed attribuite a Ulpiano (1 *reg.*) in D. 1.1.10. Per '*honeste vivere*' si deve anzi rilevare, in aggiunta, l'inesattezza. Era infatti già acquisito, nell'esperienza romana, che '*non omne quod licet honestum est*' (il principio è riferito nel Digesto, 50.17.144, sotto il nome di Paolo, che peraltro esprimeva, sul punto, un principio, al suo tempo, pacifico). Con ogni verosimiglianza Ulpiano riferì le massime della morale, ma in chiave critica, vedendo in esse l'espressione della filosofia simulata da lui combattuta. I compilatori del Digesto, in adesione alle istruzioni ad essi impartite nella costituzione *Deo auctore*, capovolsero sul punto il pensiero del giurista classico, attribuendogli la nuova stesura, favorente la persuasione che il diritto, creato e interpretato dall'imperatore, al quale era riservata l'*ars iuris*, costituisse l'esplicazione degli indicati precetti di matrice filosofica.

esse lasciano rilevanti spazi di incertezza nella disciplina dei rapporti umani. La vera filosofia elaborata da Ulpiano (in generale dai giuristi) tende a rimediare alle manchevolezze rilevate. Nella sua visione la statuizione delle norme positive, alle quali sono commisurate le posizioni giuridiche soggettive, non è lasciata al libero volere (arbitrio) del legislatore, e non lo è parimenti la loro interpretazione e applicazione da parte di giuristi o giudici, secondo le rispettive competenze. Egli, oltre a ridefinire nel modo visto la giustizia, accoglie, sulle orme di Celso figlio, la definizione del diritto come *'ars boni et aequi'*: alla lettera, tecnica del buono e dell'equo, corrispondenti, nelle enunciazioni moderne, ai supremi criteri ispiratori del diritto, costituiti dalla ragionevolezza e dall'uguaglianza; *ad sensum*, alla tecnica per la produzione, interpretazione e applicazione del diritto alla stregua di tali criteri. La definizione, riferita da Ulpiano per giustificare il legame affermato tra diritto e giustizia (intesa nel senso volontaristico rilevato), mette precipuamente in luce due elementi: il diritto, nell'esperienza storica, è in tutto e per tutto opera dell'uomo; l'uomo, nel produrlo, come nell'interpretarlo e applicarlo, deve attenersi ai supremi criteri indicati. I quali, in tempi recenti, sono ripresi nelle dichiarazioni e convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo e nelle carte costituzionali di molti Paesi, sia in Europa che fuori di essa. E, nell'esperienza degli Stati Uniti d'America, è pure riemersa, in forma adattata, l'idea che una prescrizione, pur emanata con i crismi formali della produzione normativa, ma confliggente con i superiori principii del sistema, non è diritto ¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Mi riferisco alla celebre sentenza emessa agli inizi dell'Ottocento (1803, *Marbury v. Madison*) dal Chief Justice John Marshall, sulla quale si veda, con altre citazioni, F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in «SDHI», LIII, 1987, p. 52 nt. 155 (secondo BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, cit., p. 216, l'indicata sentenza e quella, dello stesso Chief Justice, *Mc Cullock v. Maryland*, sono state «fin troppo ignorate dalla dot-

Nel discorso di Ulpiano, che scrutò a fondo il fenomeno giuridico, quale prodotto umano, così com'è nella realtà, ho trovato un insegnamento lucido e penetrante, che conserva ancora oggi validità (che è tuttora utile a correggere storture presenti in concezioni giuridiche); nello scritto del Monateri, che ha buttato a mare il patrimonio sapienziale della tradizione senza sostituirlo con alcunché, non ho trovato elementi utili, ma dannosi, per la formazione di futuri giuristi.

In secondo luogo il Monateri snatura il diritto, togliendo da esso la connotazione della doverosità e dalla sua funzione la posizione di un ordine, che non può non concernere (non importa se in modo espresso o inespresso) la produzione e l'applicazione delle norme. La riduzione del diritto, per un verso, alla decisione e, per l'altro, a un gioco strategico, dal quale sono bandite le scelte candide (bando, a rigore, superfluo, in quanto l'ambito proprio dei segni «strategia» e «strategico» è quello dell'arte militare), tra legislatori, giudici e altri interpreti, esclude il dover essere, o nel senso radicale dell'eliminazione delle norme, o in quello che la loro applicazione o inapplicabilità, nelle decisioni, dipende dalla scelta strategica.

Gli uomini hanno creato il linguaggio (le molteplici lingue) per comunicare tra loro e il diritto per porre un ordine fra gli appartenenti ai vari raggruppamenti sociali (e a questi fra loro). Fin da epoca assai antica si è aspirato, come si è visto, a collegare il diritto alla giustizia (a porre diritto giusto); nell'esperienza romana è stata elaborata l'idea, non più superata, secondo cui il diritto (l'ordine da esso creato) ha la connotazione dell'uguaglianza (indicata, nel linguaggio giuridico, con l'aggettivo 'aequus' e il sostantivo 'aequitas' e, in quello letterario, anche con i segni 'aequabilis' ed 'ae-

trina italiana»). Cfr., per l'esperienza romana, Cic., *off.* 2.12.41: '*ius enim semper est quaesitum aequabile; neque aliter esset ius ...*'.

quabilitas’, esprimenti bene la modulazione dell’uguaglianza alla diversità delle situazioni)¹⁶⁸.

La visione del Monateri, rimuovendo dal diritto non solo la connotazione dell’uguaglianza, ma lo stesso dover essere e la stessa funzione ordinatrice, comporta un gravissimo regresso, che va esplicitato: attuandolo, si tornerebbe a una situazione simile a quella – se storicamente esistita – indicata con l’espressione ‘*homo homini lupus*’, sia pure nella forma modernizzata del gioco strategico fra i signori del diritto. Fortunatamente le parole dello studioso non cambiano le cose: non tolgono il fatto che i tanti uomini di buon senso e buona volontà continuano a sentire l’esigenza dell’ordine attuato col diritto e ad aspirare a renderlo più equo.

Altra cosa è la difficoltà (forse, nella condizione umana, l’impossibilità: così è stato finora), di realizzare compiutamente tale aspirazione. I romani, ai quali è dovuta la concezione del diritto, non adeguatamente riconsiderata nell’attuale scienza giuridica, come ‘*ars boni et aequi*’, ammettevano, similmente agli altri popoli dell’antichità (compresi altissimi pensatori), la più grave delle discriminazioni tra le persone umane, rappresentata dalla schiavitù, del resto persistita, in taluni ambiti, fino a tempi a noi vicini. E sono *ex adverso* un fenomeno recente le dichiarazioni internazionali dei diritti dell’uomo. Con tutto ciò l’esperienza storica evidenzia la possibilità dell’avvicinamento dei sistemi giuridici al *bonum et aequum*. Come emerge dalla stessa esperienza, esso non si consegue però con un atteggiamento nichilista, ma costruttivo.

In terzo luogo il Monateri, ponendo sullo stesso piano, nel gioco strategico delle decisioni, «legislatori, giudici e altri interpreti», passa sopra alle differenze e alla graduazione esistenti, diverse

¹⁶⁸) Già Cicerone, *top.* 2.9, definiva il *ius civile* come ‘*aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ...*’. La connotazione dell’ ‘*aequum*’ è stata poi precisata, come sappiamo, da Celso figlio, nel ‘*bonum et aequum*’.

nei vari ordinamenti, fra le rispettive funzioni e compiti. Così si riscontrano, in proposito, diversità fra ordinamenti del passato e ordinamenti del presente, fra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*, come pure, in certa misura, all'interno dei raggruppamenti proposti: ad esempio, nell'ambito dei sistemi a base legislativa, fra quello francese, tedesco, italiano, austriaco e svizzero.

Il diritto, proprio perché ha nella sua essenza, nella sua ragione di essere, la posizione di un ordine, anche relativamente alla produzione, interpretazione e applicazione delle norme, non tende a istituire conflitti, ma, come si dice, un bilanciamento o coordinamento fra i diversi poteri e funzioni: per quanto qui interessa, fra le funzioni e i compiti del legislatore, dei giudici e della dottrina (gli «altri interpreti» nella rappresentazione del Monateri). In massima parte le situazioni di conflittualità dipendono dagli uomini che gestiscono le funzioni, non da queste così come sono delineate nell'ordinamento, secondo il quale il legislatore, i giudici e gli altri interpreti concorrono tutti, ciascuno secondo la propria funzione e compito, alla corretta regolamentazione in astratto e in concreto dei rapporti umani.

Tutti i soggetti indicati, compreso il legislatore, non agiscono secondo il proprio arbitrio, ma nel quadro di principii superiori (impropriamente configurati come un ordine precostituito: il diritto naturale), i quali hanno avuto, in sede storica, la migliore esplicazione nel duplice supremo criterio del *bonum et aequum*, tradotto modernamente nella ragionevolezza e nell'uguaglianza.

Nel diritto, ridotto a gioco strategico delle decisioni, non c'è spazio per criteri superiori: i protagonisti del gioco (legislatori, giudici e dottori) cercano di sopraffarsi gli uni agli altri al di fuori di ogni regola, secondo il proprio giudizio non soggetto a limiti e, quindi, arbitrario.

L'immagine del gioco, aggravata dall'aggettivo strategico, è negativa sotto un altro profilo. Il diritto ha ad oggetto rapporti

umani, coinvolgenti interessi economici anche vitali e legami personali profondi. Faccio alcuni esempi nell'ottica cara al mio maestro, della misura umana individuale¹⁶⁹: l'ammissione o non ammissione alla successione legittima nel patrimonio del genitore di determinate categorie di figli naturali; l'affidamento dei figli, in caso di separazione dei genitori, all'uno o all'altro di essi; il riconoscimento o non riconoscimento di un figlio naturale.

In relazione alla funzione del diritto nell'esperienza umana e, prescindendo da casi eccezionali, alle questioni in esso coinvolte, l'immagine riferita è deformante. Avrebbe giovato anche al Monasteri, com'è stato per me e per tanti altri, la meditazione dell'elogio del *ius civile* fatto da Cicerone nell'orazione *pro Caecina* (26.73-75)¹⁷⁰.

¹⁶⁹) G. GROSSO, *La misura umana individuale nel diritto*, in *Scritti storico giuridici*, I. *Storia, diritto, società*, Torino, 2000, p. 693 ss. (si veda ivi, *sub asterisco*, l'indicazione dei luoghi delle precedenti pubblicazioni. Lo scritto riproduce una lezione tenuta dal Maestro il 6.4.1962 nell'Università di Trieste, dove io ero professore straordinario. La lezione, seguita, oltre che dagli studenti, da larga parte dei professori della Facoltà giuridica triestina, suscitò interessi fuori del comune. L'insegnamento in essa concretato è rimasto, per me, un punto fermo). Mi sembra pure da ricordare la posizione di R. VON JHERING, *Der Kampf um's Recht*¹², Wien, 1895, trad. it. (cur. R. MARIANO) – *La lotta pel diritto* –, Bari, 1935, con *Avvertenza* di B. CROCE (L'*Avvertenza* inizia con la frase: «Un alto concetto informa questo scritto del Jhering: la necessità di asserire e difendere il proprio diritto ancorché con sacrificio dei propri interessi individuali»).

¹⁷⁰) Riferisco il brano, nella penetrante traduzione di M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, p. 4: «Che altro è, in realtà, il diritto civile? Qualche cosa che non è possibile piegare con l'influenza personale, né infrangere con la potenza o snaturare col danaro; qualcosa che, se verrà, non dico distrutto, ma soltanto messo da parte o custodito con scarsa cura, allora non c'è più nulla che uno possa sentirsi sicuro di ricevere un giorno dal proprio padre o di trasmettere ai figli. Che importa che tu abbia una casa o un fondo lasciato dal padre, o acquistato onestamente in altro modo, se poi è incerto che tu possa tenere stabilmente quel che ora è tuo secondo il regime giuridico del «mancipio», – ed incerto lo è, se il

Formulo qualche osservazione specifica circa il compito dei giuristi, oggetto di fraintendimento da parte del Monateri e non ben percepito, nella sua peculiarità ed effettività, in larga parte della dottrina, considerandolo per brevità nei riguardi del sistema italiano vigente ¹⁷¹. Ai giuristi non è attribuita dalla legge alcuna fun-

diritto civile non ha una sufficiente tutela e non può essere difeso per mezzo della legge pubblica contro l'influenza di qualcuno? A che serve, domando, avere un fondo, se possono essere sovvertiti o mutati, in qualche modo, quei rapporti giuridici che i nostri antenati hanno definito con precisione estrema, e che riguardano i confini, i possessi, i corsi d'acqua, i passaggi attraverso i fondi? Credetemi pure: l'eredità che, quanto ai medesimi beni, riceviamo dal diritto e dalle leggi è maggiore di quella che ci viene da coloro che quei beni ci hanno lasciati: infatti, perché io acquisti un fondo, basta il testamento di qualcuno; perché io possa tenere stabilmente quel fondo, che è diventato mio, è necessario il diritto civile. Un fondo può essere lasciato in eredità dal padre; ma l'usucapione del fondo, ossia la fine di ogni ansia o pericolo di lite, non deriva dal padre ma dalle leggi. L'acqua da condurre o da attingere, il passaggio a piedi o su una bestia da soma, o col bestiame e i carri, li acquistiamo dal padre, ma la conferma autoritativa di tutti questi rapporti ha la sua fonte nel diritto civile. Perciò, quanto avete ricevuto dagli antenati, il patrimonio pubblico del diritto, voi dovete conservarlo non meno diligentemente di quello in cui consiste la vostra «cosa» privata: non solo perché quest'ultimo sarebbe indifeso senza il diritto civile, ma perché un patrimonio si perde con il danno di una sola persona, l'ordinamento giuridico invece non si può perdere se non con il danno immenso di tutti i cittadini». Non si tratta di un discorso retorico, ma sincero e profondamente appassionato. Non vale solo per l'esperienza romana, ma anche per la nostra ed ogni altra, la considerazione che il diritto è un patrimonio pubblico tramandato dalla tradizione, la cui perdita costituirebbe un «danno immenso» per «tutti i cittadini».

¹⁷¹) La limitazione della parte finale del presente scritto, da un lato, al compito dei giuristi, dall'altro, a taluni aspetti del medesimo, non trova giustificazione sul piano teorico, nel quale l'attività interpretativa (o interpretativa elaborativa) di giuristi, giudici, funzionari e privati va considerata nel quadro complessivo della produzione, interpretazione e applicazione del diritto. La limitazione è connessa al fine essenzialmente critico al momento perseguito e ai due fatti che alla funzione dei giudici sono già dedicati alcuni rilievi e che, nel quadro considerato, il compito dei giuristi è quello di cui si

zione. Il diritto è posto dal legislatore e applicato, previa interpretazione, dal giudice. Si rileva che anche i giuristi compiono attività interpretativa della legge, alla quale peraltro non è attribuito valore giuridico, ma soltanto un'autorità di carattere morale, connessa al prestigio da essi variamente acquisito. Il compito dei giuristi non è però ridotto all'interpretazione della legge. La stessa attività interpretativa, così circoscritta, risulta amputata. Nell'esperienza romana l'*interpretatio* dei giureconsulti aveva ad oggetto il *ius*. Essa si esplicava non soltanto nell'interpretazione delle *leges* e delle fonti (atti normativi) ad esse equiparate, nonché degli editti dei magistrati giusdicenti, ma anche nella guida della recezione '*moribus*', nella creazione e armonizzazione del sistema, nell'elaborazione di concetti (ad esempio, di «dolo», «violenza», '*oportere*', '*ius in re aliena*'), nelle necessarie teorizzazioni: emerge, in via principale, l'opera volta alla elaborazione e trasmissione dell'*ars iuris*¹⁷².

ha tuttora minore consapevolezza (si veda *infra*, in questo paragrafo).

¹⁷² Ulpiano (D. 1.1.1.pr.-1), nel suo discorso sul compito dei giuristi, asserisce che essi possono dirsi meritatamente sacerdoti del diritto, in quanto coltivano la giustizia (nel senso sopra chiarito di virtù: '*constans et perpetua voluntas*') e professano l'annuncio del *bonum et aequum* (lo elaborano, lo insegnano, lo trasmettono). Nella rappresentazione ulpiana le altre attività quindi menzionate sono strumentali rispetto all'assolvimento del duplice compito indicato. L'attribuzione ai giuristi della qualifica di sacerdoti del diritto non è mera retorica, ma esprime, insieme al fuoco che animava Ulpiano, un'esigenza profonda. La consacrazione al diritto espressa da tale qualifica implica l'esclusiva dedizione allo stesso, traducendosi in un'assoluta indipendenza, nel '*bonum et aequum profiteri*', da ogni potere e pressione (anche quando il giurista, come capitò ad Ulpiano, ricopre una carica pubblica). E' esclusa, nel giureconsulto, la visione giusnaturalistica della «ricerca di un diritto fondato sulla giustizia e la verità» (come sostenuto, invece, da SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., p. 31). La giustizia, di cui Ulpiano propugna la coltivazione nei giuristi e, in generale, negli uomini, è la ferma e duratura volontà di attribuire a ciascuno il suo diritto; la verità, da lui considerata in polemica con posizioni filosofiche, è l'aderenza alla realtà; il fine ultimo assegnato ai giuristi, consacrati alla giustizia, è quello di renderlo sempre più ri-

Ancora al presente, senza le concettualizzazioni elaborate e tramandate dalla dottrina, non si percepiscono le norme giuridiche e l'adozione di una teoria piuttosto che di un'altra, comporta, se non sempre, in molti casi, soluzioni diverse. Una cartina di tornasole può vedersi, come si è già rilevato, nello studio del diritto che, nelle università e al di fuori di esse, non ha ad oggetto le sole leggi e sentenze, ma anche (anzi in prevalenza) i manuali e trattati apprestati da giuristi, sede, insieme alla restante letteratura giuridica, di tali concettualizzazioni. Se per l'apprendimento del diritto non basta lo studio di leggi e sentenze, ma occorre anche quello delle elaborazioni dottrinali, vuol dire che il diritto non è tutto contenuto nelle prime e che anche le seconde concorrono, se pur in maniera diversa da esse, a formarlo.

Il dato è intuito, ma non esplicitato, dai fautori della teoria dell'ordinamento giuridico, secondo i quali il diritto consta bensì di norme, ma non solo di esse. Altri studiosi hanno quindi annoverato la dottrina tra le fonti del diritto¹⁷³. Anch'essi tuttavia non sono andati molto al di là dell'enunciazione e, in ogni caso, non hanno fornito una spiegazione soddisfacente del loro assunto. Se-

sponente al *bonum et aequum* (VAN CAENEGEM, *I signori*, cit., p. 136, rileva che «è innegabile che i giuristi siano spesso stati servi e strumenti del potere, qualunque esso fosse, ma» che «questo non significa che si debbano dimenticare quegli altri che hanno seguito la loro coscienza e le loro idee, indipendentemente da, o perfino contro, chi governava il mondo, e» che «la scienza giuridica deve molto a loro». Il passo conclude il paragrafo – del capitolo IV – intitolato *I professori di diritto servono chi è al potere*).

¹⁷³ Si vedano, per tutti, VAN CAENEGEM, *I signori*, cit., in particolare p. 50 ss. e p. 61 ss. (il quale rileva la grande differenza esistita tra l'Inghilterra e il Continente, nel senso che, mentre nella prima la scienza giuridica ha sempre avuto un ruolo marginale, nel secondo la sua influenza è stata della massima importanza, concretandosi nella creazione di vaste e fondamentali sezioni del diritto), R. SACCO, *Dottrina (fonte del diritto)*, cit., p. 214, e MONATERI, *La dottrina*, in ALPA, GUARNERI, MONATERI, PASCUZZI, SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, II. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, cit., p. 423 ss.

condo il Sacco la dottrina è una fonte indiretta e, secondo Monateri, una fonte non scritta.

Il primo chiarisce che essa influenza sia la produzione che l'applicazione del diritto. Ciò che influenza, se pure concorre alla formazione del fenomeno influenzato, è peraltro esterno ad esso. In effetti il Sacco amplia previamente la comune nozione di fonte del diritto, quale fatto normativo (produttore norme)¹⁷⁴, talora affiancando e talora sostituendo ad essa quella più elastica di «formante». La produzione e l'applicazione del diritto non sono influenzate soltanto dall'elaborazione dottrinale, ma altresì da svariati altri fattori: ad esempio da istanze economiche e sociologiche, come (forse di più) da posizioni ideologiche (talora veri e propri *idola*)¹⁷⁵.

Al Monateri si può obiettare che la fonte non scritta del diritto è costituita, a partire dall'esperienza romana (dall'elaborazione di Ulpiano), dalla formazione consuetudinaria, a cui non è ri-

¹⁷⁴) Lo studioso (*op. ult. cit.*, p. 215) scrive che la «parola fonte del diritto ... può anche estendersi per comprendere tutti gli organi i quali di fatto condizionano l'applicazione del diritto». L'imbarazzo è reso palese dall'impiego, improprio, del segno «organi»: almeno negli attuali ordinamenti, non solo di *common law*, ma anche di *civil law*, non appare attribuibile alla dottrina il ruolo di «organo».

¹⁷⁵) Forse il MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 423 nt. 1, ha avvertito l'esigenza di giustificare la limitazione dell'influenza sulla produzione e applicazione del diritto alla sola dottrina giuridica, scrivendo che gli stessi «discorsi dei filosofi del diritto non sono dottrina, perché non sono fruibili dai giuristi». E' sufficiente, per la confutazione, addurre, come esempio, la teoria di Norberto Bobbio sulla inconfigurabilità o inutilizzabilità della distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva. Nella misura in cui viene accolta, essa ha una ricaduta pratica, in quanto implica l'esclusione dell'interpretazione estensiva delle norme penali, indipendentemente dall'individuazione di altri argomenti nello stesso senso, a mio avviso anche più stringenti. Cfr. GALLO, *Norme penali*, cit., p. 1 ss.

conducibile la dottrina ¹⁷⁶, la quale, sia o non sia considerata fonte del diritto, da quando si è diffusa la scrittura, si è espressa e si esprime, nella nostra tradizione, a mezzo di essa ¹⁷⁷. La considerazione della dottrina come fonte non scritta è dovuta a confusione. Tuttavia l'elaborazione dei giuristi diventa diritto in connessione con la formazione consuetudinaria.

Il fenomeno, ben presente ai giuristi romani e teorizzato in particolare da Giuliano, è persistito nella realtà ¹⁷⁸, benché ignorato nella rappresentazione della dottrina ¹⁷⁹, in quanto contrastante con le ideologie dominanti: col diritto quale si vuole (si vorrebbe) che sia, ma non è. Occorre risalire al tempo in cui era riconosciuta, oltre che operante, la recezione 'moribus' ¹⁸⁰. Secondo la teorizzazione di Giuliano ¹⁸¹, il popolo, detentore del potere sovrano,

¹⁷⁶) In senso analogo si esprime SACCO, *Il diritto non scritto*, cit., p. 5 ss. e 43 ss. Diversamente da altri autori, i quali, sulla scia delle Istituzioni giustiniane, identificano il diritto non scritto con la consuetudine, lo studioso (*op. ult. cit.*, p. 68) ammette l'esistenza di «diritto non scritto ... non consuetudinario»; tuttavia non include in esso la dottrina.

¹⁷⁷) Nell'esperienza romana, sotto il dominato, le opere dei giuristi classici, dette 'iura', affiancavano le *leges* come fonti scritte. La distinzione è ancora alla base del *corpus iuris* giustiniano, formato da due compilazioni di *iura* (Digesto e Istituzioni) e da una di *leges* (Codice), alle quali si aggiunsero le nuove leggi (*novellae constitutiones*) via via emanate. Tuttavia, nel disegno dell'imperatore, anche i *iura*, in quanto oggetto dell'attività compilatoria da lui ordinata e ricondotta a se stesso, rientravano nelle *leges*.

¹⁷⁸) Anche il SACCO, *Il diritto non scritto*, cit., p. 50 ss., parla (se pure, a mio avviso, in un quadro inadeguato: cfr. *infra*, in questo paragrafo) di «sopravvivenza dell'elemento non scritto nel diritto codificato».

¹⁷⁹) Nell'esperienza romana mancava una formulazione a livello legislativo delle fonti del diritto. I relativi elenchi, a noi pervenuti, sono dovuti a giuristi.

¹⁸⁰) Si veda, in particolare su di essa, GALLO, *Interpretazione*, cit., p. 81 ss.

¹⁸¹) Tramandata in D. 1.3.32, su cui si veda F. GALLO, *La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1,3,32: teoria giuliana o manipolazione postclassica?*, in «BIDR.», XCIV-XCV, 1991-1992, p. 1 ss. [= *Opuscula selecta*, cit., p. 777 ss.].

creava diritto sia col voto nelle assemblee popolari, approvando la proposta del magistrato competente, sia col comportamento (*‘rebus ipsis et factis’*), applicando la proposta elaborata dal giurista¹⁸². Come la proposta del magistrato era un elemento della formazione del diritto *‘legibus’*, così lo era quella del giurista nella formazione *‘moribus’*¹⁸³. La proposta del giurista, accettata dagli altri giuristi e generalmente applicata dai consociati, dava luogo a diritto pacifico. Se l'accettazione e l'applicazione erano parziali, si formava *ius controversum*. Se, infine, la proposta del giurista restava senza seguito (come si dice nelle fonti, *‘non optinebat’*), non si formava nuovo diritto.

La produzione del diritto *‘moribus’*, rispondente alla visione repubblicana, non era in linea con lo sviluppo del principato. Già Augusto inferse ad essa un primo colpo con l'introduzione del *‘ius respondendi ex auctoritate principis’*, concesso dall'imperatore a giuristi di sua fiducia. La creazione del diritto da parte del popolo era vista dagli imperatori come un ostacolo al loro potere, se pure, formalmente, lo ricevevano da esso mediante la *‘lex de imperio’*¹⁸⁴. Adriano portò a compimento la sovrapposizione dei pareri dei giuristi autorizzati dall'imperatore a *‘iura condere’*¹⁸⁵ sulla recezione

¹⁸²) Essa veniva applicata, all'occorrenza, dai singoli cittadini. Peraltrò anche il voto, nelle assemblee popolari, veniva espresso singolarmente dai partecipanti, se pure contestualmente nell'assemblea. La partecipazione alla produzione del diritto *‘moribus’* non era limitata ai componenti delle diverse assemblee, ma estesa a tutti i cittadini (*in primis* alle donne) a cui venne riconosciuta capacità di agire.

¹⁸³) Si trattava del modo ordinario di produzione del diritto, a cui sono, ad esempio, dovuti, tra le nuove figure di atti, il *testamentum per aes et libram* e l'*acceptilatio*, e, tra le nuove figure di diritti reali, le servitù prediali e l'usufrutto. Cfr. GALLO, *Interpretazione*, cit., p. 92 ss.

¹⁸⁴) Il punto di vista, da parte dei detentori di diritto o di fatto del potere, non è cambiato molto nello sviluppo successivo.

¹⁸⁵) Sono le parole usate nelle Istituzioni di Gaio (1.7) e ripetute in

'*moribus*'. Negli elenchi delle fonti i '*mores*' vennero così sostituiti dai '*responsa prudentium*'. Nel periodo dei Severi, in connessione con la concessione della cittadinanza ai sudditi dell'impero, la formazione consuetudinaria, nella nuova figura della '*consuetudo*', venne nuovamente inclusa tra le fonti del diritto¹⁸⁶. L'inclusione non fu dovuta a un intervento di tipo legislativo, ma all'elaborazione giurisprudenziale. La teorizzazione, in proposito, basata sulla recezione dall'esperienza greca della distinzione tra diritto scritto e non scritto, è attribuita, nelle fonti, a Ulpiano¹⁸⁷.

La *consuetudo*, in conformità alle sue precedenti applicazioni¹⁸⁸ e all'esigenza a cui è connesso il suo riconoscimento nel diritto romano, fu configurata come fonte di rango inferiore alla legge. La sua identificazione col diritto non scritto rende palese il distacco dall'elaborazione dei *prudentes*. L'unico requisito richiesto da Ulpiano, per la sua esistenza, è il carattere duraturo (espresso con l'aggettivo '*diuturnus*' o '*longus*') dei comportamenti in cui essa si concreta¹⁸⁹. Emergono evidenti le differenze tra questa nuova

quelle giustinianee (1.2.8). Giustiniano, nel § 4 della costituzione *Deo auctore* (con cui dispose la compilazione del Digesto) parla di '*auctoritas conscribendarum interpretandarumque legum*', accordata dai *sacratissimi principes ad antiqui prudentes*.

¹⁸⁶ Il riconoscimento della *consuetudo* nel diritto romano consentì la conservazione, in esso, nel rango alla stessa attribuito di fonte suppletiva e subordinata rispetto alla legge, dei residui dei diritti locali esistenti, nell'Impero, fino alla concessione della cittadinanza. Si veda F. GALLO, *Le consuetudini locali nell'esperienza romana prima e dopo la concessione della 'civitas romana' ai peregrini*, in «Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica, Atti congresso intern. Società it. storia del diritto (Torino, 19-21 novembre 1998)», Roma, 2001, in particolare p. 318 s.

¹⁸⁷ D. 1.1.6. Cfr. *Iust. inst.* 1.2.3-10.

¹⁸⁸ Cfr. GALLO, *Le consuetudini locali*, cit., p. 309 ss.

¹⁸⁹ D. 1.3.33. Cfr. *ep. Ulp.* 1.4 e *Iust. inst.* 1.2.10. La diuturnità o durevolezza è stata precisata, in una diffusa rappresentazione moderna, nel duplice requisito della costanza e uniformità. Ssi vedano rilievi critici *infra*, nt. 191.

figura di formazione consuetudinaria e quella più antica, rappresentata dalla recezione ‘*moribus*’, la quale aveva rango eguale alla legge, si svolgeva sotto la guida (le indicazioni) dei giureconsulti e trovava giustificazione nel *consensus populi*¹⁹⁰ (espresso *rebus ipsis et factis* dai *cives*, agenti *uti singuli*, che lo componevano)¹⁹¹.

¹⁹⁰ Si veda, in specie, tra le fonti giuridiche – oltre a Giuliano D. 1.3.32 – Gai., *inst.* 3.82.

¹⁹¹ La *consuetudo* non può considerarsi una riviviscenza della recezione ‘*moribus*’. Tra esse non solo è mancata continuità storica (cfr. F. GALLO, *Tra la recezione moribus e la consuetudo: la fase dell’assenza della formazione consuetudinaria dagli elenchi delle fonti del diritto*, in «La codificazione del diritto dall’antico al moderno, Incontri di studi [Napoli, gennaio-novembre 1996]» [cur. E. DOVERE], Napoli, 1998, p. 245 ss.), ma, al di là del dato che entrambe sono fonti extraautoritative, non esistono coincidenze tra i relativi connotati. Sul piano della concezione e della rappresentazione la coincidenza non esiste neppure nell’elemento materiale costituito dal comportamento dei consociati. Le concezioni moderne, di cui ho conoscenza, si muovono ancora (non importa se senza consapevolezza) nella visuale dei compilatori delle Istituzioni giustinianee (1.2.9), i quali elaborarono, per la *consuetudo*, il requisito del ‘*consensus utentium*’, in sostituzione di quello del ‘*consensus populi*’, che era stato proprio della recezione ‘*moribus*’. Gli utenti usano qualcosa che già esiste; nella consuetudine il consenso degli utenti ha ad oggetto la regola consuetudinaria già esistente. Come si vede, viene nascosta la fase della formazione, contrastante con l’idea centrale, ispiratrice della compilazione, secondo cui l’imperatore è il solo creatore e interprete del diritto. Si vuole (si vorrebbe) che il diritto sia creato e interpretato dal solo imperatore e si rimuovono, nella rappresentazione, gli elementi della realtà non coerenti con questa visione. La fase della formazione continua ad essere trascurata nelle definizioni correnti della consuetudine. Non possono dirsi esistenti, in ordine ad essa, né il requisito della costanza e uniformità del comportamento, né quello dell’ ‘*opinio iuris ac necessitatis*’ (in un primo tempo solo ‘*iuris*’). Certamente questi requisiti erano, ad esempio, esistenti, al tempo di Gaio, nel *testamentum per aes et libram*, che era stato introdotto ‘*moribus*’ in sostituzione delle più antiche forme testamentarie (*calatis comitiis* e *in procinctu*), le quali erano parallelamente cadute in desuetudine. Lo stesso non può dirsi, però, per la fase originaria (in generale della relativa formazione), come emerge, per l’esperienza romana, (cfr. Gai., *inst.* 2.102), dal caso di colui che, sentendosi vicino alla morte e non potendo fare testamento nelle forme riconosciute

Sotto il dominato cessò l'attribuzione a giuristi del *ius respondendi* e la produzione e interpretazione del diritto si evolsero nella linea della concentrazione nella carica imperiale, come fu poi enunciato con piena consapevolezza da Giustiniano.

La vicenda delineata non è estranea alla nostra attuale esperienza, in quanto ne costituì, per aspetti fondamentali, il *'principium'* nel senso pregnante gaiano¹⁹². Le concezioni dominanti in tema di produzione, interpretazione e applicazione del diritto continuano ad essere da essa dipendenti. In particolare l'elaborazione dottrinale e la formazione consuetudinaria continuano ad essere considerate, a livello rappresentativo, come fenomeni distinti. Alla loro separazione è connessa storicamente la loro *deminutio*: la riduzione della formazione consuetudinaria a fonte sottordinata alla legge e l'espunzione dell'elaborazione dottrinale dal circuito della produzione del diritto. E' stato determinante per lo sviluppo successivo il consolidamento della separazione nelle riforme che accompagnarono e qualificarono la compilazione giustiniana. In

(davanti ai comizi curiati o all'esercito schierato per la battaglia), si rivolse, per avere un rimedio a un giurista e, seguendone l'indicazione, pose in essere, per la prima volta, una *mancipatio familiae* (mancipazione del patrimonio a un amico incaricato di distribuirlo secondo le proprie indicazioni): egli fece – ed è da escludere che non ne avesse coscienza – qualcosa di nuovo (si può ancora notare che le antiche forme testamentarie coesistero, fino alla loro caduta in desuetudine, con la *mancipatio familiae* e, quindi, col *testamentum per aes et libram* da essa sviluppatosi). Per l'esperienza a noi vicina può richiamarsi la serie dei nuovi tipi negoziali, via via riconosciuti e poi trattati anche nei manuali istituzionali (*leasing, franchising, factoring*, etc.), in merito ai quali si ripropongono osservazioni analoghe (in essi può vedersi la prova della persistenza della produzione extraautoritativa del diritto e del legame tra l'elaborazione dottrinale – di esperti di diritto – e la formazione consuetudinaria).

¹⁹² F. GALLO, *La storia in Gaio*, in «Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese (4-5 maggio 1978) in onore di Silvio Romano», Milano, 1981, p. 90 ss.

merito al ruolo della dottrina, di cui mi occupo qui specificamente¹⁹³, emergono questi elementi: l'elaborazione che era stata compiuta dai giuristi classici, rivista e armonizzata (se pure in modo del tutto non rispondente al proposito) dai commissari giustiniani, venne sussunta nella legge (nella quale era concentrata la produzione autoritativa del diritto) e ritenuta tale: come ho già rilevato, erano infatti legge sia i brani delle costituzioni imperiali ricevuti nel *Codex* sia i frammenti dei suddetti giuristi inseriti nei *Digesta* ed il testo delle *Institutiones*; l'*ars iuris*, prima compito dei giuristi, venne trasferita e riservata alla carica imperiale.

Sono da sottolineare alcuni risvolti. Per l'apprendimento del diritto nelle apposite scuole, risultava così sufficiente, come disposto da Giustiniano, l'insegnamento e lo studio della compilazione, dato che in essa era recepita l'elaborazione dei giuristi classici, riveduta dai commissari giustiniani. I professori di diritto dovevano limitarsi a insegnare il contenuto della compilazione tanto sotto il profilo normativo che dottrinale, senza poter aggiungere nulla di proprio e senza potersi servire di altre opere. Anche i giudici erano rigidamente vincolati al dettato normativo e dottrinale della compilazione: in presenza di casi dubbi o di ritenuti vuoti legislativi, dovevano, come si è mostrato, chiedere l'intervento imperia-

¹⁹³) In ordine alla formazione consuetudinaria, si vedano rilievi *supra*, nt. 191. Merita attenzione la conclusione a cui è pervenuto SACCO, *Il diritto non scritto*, cit., p. 78: «La direttiva, che cercavamo, capace di legittimare la costituzione e lo *ius non scriptum*, e di spartire gli spazi tra l'autorità della legge e l'autorità della consuetudine, sarebbe allora da trovare – anzi è da trovare – nel riconoscimento tacito, che ha la stessa natura di quella *opinio* in cui si identifica il diritto non scritto. La consuetudine ha pertanto una legittimazione originaria. Il diritto scritto ha una legittimazione derivata». Appare ripresa, se pure con fraintendimenti (quale l'identificazione tra '*opinio*' e '*consensus*') e senza averne la consapevolezza, la teoria giuliana sul '*tacitus consensus*' (inteso come '*voluntas*') dei cittadini quale fondamento della recezione '*moribus*'?

le. Le future modifiche, sia normative che dottrinali, erano riservate all'imperatore, il quale vi provvedeva con l'emanazione di nuove leggi (*novellae constitutiones*).

La sussunzione, ad opera di Giustiniano, dell'elaborazione giuridica nella legge non fu che un'esplicazione della riconduzione ad essa del diritto, nel quale tale elaborazione era già ritenuta ricompresa, come risulta in particolare dalla definizione dello stesso come *'ars boni et aequi'*: tale sussunzione fu, in altri termini, lo strumento, con cui egli attuò la riserva alla carica imperiale dell'*ars iuris*, comprensiva della produzione normativa e dell'*interpretatio*, nel senso ampio sopraddetto dell'interpretazione della norma (come si dice abitualmente, della legge) e dell'elaborazione del diritto. Persisteva la percezione, perduta successivamente, che le concettualizzazioni, in campo giuridico, non sono estranee al diritto, ma ne fanno parte.

Nel disegno giustiniano, rivolto al suo tempo e ad ogni età futura, si colgono due scopi: sottrarre l'*ars iuris* ai giuristi e riservarla all'imperatore. Com'è noto, il secondo scopo non trovò, nelle epoche future, la realizzazione voluta da Giustiniano. Viceversa, per quanto attiene al primo scopo, la riforma da lui attuata ha lasciato, nella posteriore tradizione, tracce rilevanti, in genere non percepite: la dottrina non si è più riappropriata compiutamente, per quanto ad essa compete, dell'*ars iuris*; l'elaborazione concettuale del diritto continua ad essere ritenuta, in contrasto con la realtà, al di fuori di esso.

Con le codificazioni moderne, si è verificata una saldatura tra il codice e le norme poste dalla legge e, con il consolidarsi delle vedute positivistiche, il diritto è stato identificato con le norme. L'elaborazione dottrinale, tolta dal diritto e disgiunta dall'interpretazione, è stata confinata in una sorta di limbo. L'adesione

all'ideologia ha condotto a passare sopra alla realtà. Ho già ricordato¹⁹⁴ l'opinione secondo cui i codici sono una raccolta di norme e solo di norme, mentre è certissimo che tutti i codici civili, ai quali si è rivolta la mia considerazione, contengono pure, in misura più o meno ampia, concettualizzazioni.

Elementi specifici, sul tema considerato, sono offerti dalla materia dell'interpretazione. Poco dopo l'entrata in vigore del «BGB.», lo Zitelmann, nel suo discorso sulle lacune nel diritto, ha rilevato, in adesione alle vedute positivistiche che, per l'ammissione dell'analogia in un dato ordinamento, occorre la presenza in esso di una norma che dichiari «che è diritto ciò che è contenuto nella legge con certe modificazioni (estensioni e limitazioni) ottenute a mezzo dell'analogia e così via»¹⁹⁵. Peraltro, come sappiamo, una norma siffatta è assente dal «BGB.». Lo Zitelmann ha aggirato l'ostacolo, affermando che molti fra i più importanti principi, fra i quali quello prescrivente l'analogia, valgono come norme giuridiche senza essere scritti, in quanto sono di per se stessi evidenti (o si intendono da sé: l'espressione tedesca è «gelten als selbstverständlich») ¹⁹⁶. Non esiste, tuttavia, l'autoevidenza dei meccanismi dell'analogia distinta in analogia *legis* e analogia *iuris*. A tale autoevidenza non ha veramente creduto neppure lo Zitelmann, che ha dedicato il discorso inaugurale del suo rettorato nell'Università di Bonn, alle lacune nel diritto, proponendo, fra l'altro, la sottile e discutibile distinzione fra lacune improprie e lacune proprie ¹⁹⁷. Si può ancora osservare che, nella dottrina italiana, in cor-

¹⁹⁴) Cfr. *supra*, § 3 e nt. 86.

¹⁹⁵) E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, p. 26.

¹⁹⁶) ZITELMANN, *loc. cit.*

¹⁹⁷) Se ne veda la disamina in E. BETTI, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann*, in *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti* (cur. G. CRIFÓ), Milano, 1991, p. 30 ss. Torna da ultimo sul problema (a mio avviso in modo piuttosto superficiale) FRACANZANI, *Analogia*, cit., p. 87 s.

relazione con la diversa situazione codicistica (con la previsione, nelle preleggi, dell'interpretazione analogica), è stata sostenuta, in contrasto con lo Zitelmann, l'inammissibilità dell'analogia, in assenza di una dichiarazione di volontà del legislatore, che ne stabilisca l'ammissione ¹⁹⁸.

L'impiego dell'analogia, nell'ordinamento tedesco e in quello italiano, non è chiarito né dalla tesi dello Zitelmann né da quella contraria sostenuta dal Donati nella dottrina italiana.

La verità è che le regole, recepite in taluni codici e non recepite in altri, nelle quali si esplica l'analogia (in generale l'interpretazione) sono frutto dell'elaborazione dottrinale, non estranea al fe-

¹⁹⁸ Cfr. D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, p. 44 ss., in opposizione all'opinione da lui detta tradizionale. Lo studioso pervenne (p. 50 s.) alla conclusione, secondo cui, «perché l'analogia sia ammissibile, è necessario che nell'ordinamento giuridico esista una norma generale del contenuto che di sopra si è detto» (vale a dire una norma, «che ... ammessa la dichiararsi»), osservando, nella nt. 1, che l'opposta posizione sostenuta dallo Zitelmann e altri scrittori tedeschi «non è esente dal sospetto di essere influenzata dalle particolari condizioni del diritto tedesco, nel quale manca una disposizione corrispondente a quella dell'art. 3 delle disposizioni preliminari al ... codice civile» del 1865 (norma «che era stata bensì inserita nel progetto preliminare del codice civile dell'Impero ..., ma fu soppressa dalla seconda commissione di revisione, che la ritenne inutile, in base appunto al concetto che la norma da esso sanzionata ... si intendeva da sé»). Il rilievo è ripreso sinteticamente da FRACANZANI, *Analogia*, cit., p. 213 s., il quale richiama, quindi, come fondamento dell'analogia, la «razionalità», implicante, a suo parere, l'approdo «a qualcosa di simile al diritto naturale come elemento in grado di autorizzare questo genere di interpretazione». Le confusioni sono molte. Neppure questo autore distingue fra doverosità e facoltà dell'analogia. Sia l'una che l'altra, negli ordinamenti in cui sono contemplate, devono ovviamente rispondere, come ogni altro elemento degli stessi, alla razionalità (ai supremi criteri della ragionevolezza e dell'uguaglianza). L'introduzione dell'una o dell'altra nei singoli ordinamenti è peraltro sempre dovuta alla scelta e opera umana (nel sistema tedesco essa è dovuta alla dottrina: deriva, più precisamente, da un meccanismo simile, se pure non percepito, alla recezione *'moribus'* dell'esperienza romana).

nomeno giuridico, ma parte di esso¹⁹⁹. Si pensi alla massa di nozioni non esplicitate in tutto o in parte nella legge, quali quelle di «persona», «dolo», «condizione», «diritto reale», «obbligazione», «prestazione», etc., ed a quelle stesse di «diritto», di «norma giuridica», di «sistema» e «ordinamento». Anche le singole norme non sono, in genere, comprensibili senza il possesso delle nozioni elaborate e tramandate dalla dottrina. Si prenda ad esempio l'art. 1346 del codice civile italiano: «L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile». E' chiaro a tutti che le nozioni di oggetto del contratto e di possibilità, liceità, determinatezza e determinabilità dello stesso non si apprendono dal codice, ma dai testi dei giuristi. Quanto al contratto, si può fare riferimento alla nozione enunciata nel precedente art. 1321, peraltro mediante una definizione non rispettosa delle regole diairetiche²⁰⁰ e in ogni modo non bastate a fornirne una rappresentazione adeguata senza gli apporti della dottrina²⁰¹.

Gli elementi richiamati, per quanto in modo assai sommario e parziale, pongono la questione, pressoché ignorata, dei rapporti esistenti, nel fenomeno giuridico, tra la produzione normativa e l'elaborazione dottrinale, questione da affrontare al di fuori di

¹⁹⁹) Ciò è riconosciuto, in fatto, anche dallo Zitelmann, quando scrive che molti fra i più importanti principii del diritto valgono, nello stesso, senza essere scritti.

²⁰⁰) Cfr. F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in «Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea, Atti convegno di diritto romano (Siena 14-15 aprile 1969)» (cur. N. BELLOCCI), Napoli, 1991, p. 73 ss., e *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in «Roma e America. Diritto romano comune», VII, 1999, p. 51 ss.

²⁰¹) Per quanto il tema sia trascurato, è certo che i concetti elaborati dalla dottrina concorrono, insieme alle norme, ad indirizzare la soluzione dei casi (e, prima ancora, il comportamento, in campo giuridico, di privati e funzionari). Si può dire, in generale, che essi concorrono con le norme alla configurazione del diritto in vigore.

condizionamenti ideologici sulla base dei dati offerti dall'esperienza del passato e del presente. Come ho già detto, dedico qui ad essa solo pochi cenni, circoscritti al tema dell'interpretazione, tenendo presente la distinzione tra ordinamenti che la disciplinano e ordinamenti che non la disciplinano ²⁰².

Nel secondo gruppo di ordinamenti vigono e si applicano le regole ermeneutiche elaborate dalla dottrina, quali risultano dai rapporti tra tale elaborazione e l'applicazione pratica ad opera di giudici, di funzionari e anche di privati ²⁰³. Si tace sulla loro fonte, che non può però sicuramente essere ravvisata nella loro autoevidenza, per due ragioni concomitanti: da un lato l'autoevidenza non risulta annoverata, nella nostra tradizione, tra le fonti del diritto, né potrebbe esserlo, in quanto attiene alla norma già esistente, non al relativo processo di formazione; dall'altro lato, per fare un esempio, il principio secondo cui si deve restituire la cosa ricevuta in prestito, benché percepito dalla generalità dei consociati, mentre le regole sull'analogia lo sono soltanto dagli addetti ai lavori, risulta disciplinato anche nei codici che, viceversa, come quello tedesco ²⁰⁴, non dispongono alcunché sull'interpretazione,

²⁰²) Il problema rientra tra quelli che andrebbero affrontati in un tentativo di rifondazione della scienza giuridica sui dati della realtà, anziché su travisanti opzioni ideologiche di stampo positivistico o giusnaturalistico o su posizioni nichiliste.

²⁰³) Di per sé sola l'elaborazione della dottrina non costituisce diritto. Lo costituisce se e nella misura in cui viene recepita e applicata dagli altri giuristi, dai privati, dai funzionari, dai giudici. Già nell'esperienza romana, in relazione alla recezione *'moribus'*, si erano individuate, come si è accennato, tre diverse situazioni: l'elaborazione del giurista non ha alcun seguito (non entra nel circuito della produzione del diritto); ha seguito parziale, in concomitanza con altre soluzioni (si formano aree di *ius controversum*); viene generalmente accolta e applicata dai consociati (diventa diritto pacifico, com'è accaduto, ad esempio, per il testamento librale). Le tre situazioni, per quanto trascurate, continuano a presentarsi, *mutatis mutandis*, nell'esperienza attuale.

²⁰⁴) Nel quale sono dedicati al mutuo i §§ 607-610. Il principio richia-

compresa quella volta alla colmatatura dei vuoti legislativi. Per altro verso, l'asserita autoevidenza sottintende la consapevolezza che la disciplina dell'interpretazione, se pure non posta dal legislatore, costituisce diritto vigente ²⁰⁵.

Stante il dato che il diritto, nella storia umana, non si produce da solo, bensì è posto, interpretato e applicato dall'uomo, l'esistenza di diritto – come si è detto, anche al di fuori della disciplina dell'interpretazione – non stabilito dalle fonti riconosciute, pone allo studioso l'esigenza di individuarne e teorizzarne la fonte. Sulla base di dati sopra messi in luce è possibile fin d'ora indicare tale fonte nell'elaborazione della dottrina congiunta alla formazione consuetudinaria. La teorizzazione in proposito è ovviamente da elaborare.

Negli ordinamenti che disciplinano l'attività interpretativa il legislatore recepisce la relativa disciplina elaborata dalla dottrina, scegliendo tra i diversi orientamenti e apportando, ove del caso, modifiche. Come le altre norme, anche le determinazioni legislative in campo ermeneutico formano oggetto dell'elaborazione dottrinale in concorso con l'applicazione pratica ²⁰⁶.

Pure negli ordinamenti in questione si formano, ad opera dell'elaborazione dottrinale col concorso indicato, nella materia ermeneutica (come al di fuori di essa), punti o ambiti di diritto controverso. Un esempio può vedersi, per il nostro diritto, nel-

mato nel testo è enunciato nel § 607. Per il comodato si veda il § 604.

²⁰⁵) Pure nell'imbarazzo enunciativo e con l'omissione della ricerca della fonte, si riconosce l'esistenza di diritto non stabilito autoritativamente (dagli organi dello Stato a cui è attribuito il potere normativo).

²⁰⁶) Nel rispetto dei supremi principii della ragionevolezza e dell'egualianza, il legislatore può sempre modificare le regole e le concettualizzazioni elaborate dalla dottrina, la quale è viceversa soggetta alle determinazioni stabilite dallo stesso, in quanto siano congruenti (e continui ad esserlo nei confronti dei mutamenti della realtà economica e sociale) con tali supremi principii.

l'ammissione e, rispettivamente, nell'esclusione dell'interpretazione estensiva come figura distinta dall'analogia ²⁰⁷.

L'ammissione dell'interpretazione estensiva, non menzionata nella disciplina dell'attività ermeneutica disposta nelle preleggi, assume rilievo concreto nei riguardi delle norme penali ed eccezionali, per le quali è riconosciuto, in giurisprudenza e in dottrina, il divieto dell'analogia, ma non quello di tale interpretazione ²⁰⁸. Di

²⁰⁷) Rinverdisce da ultimo la distinzione, trascurando peraltro profili esegetici e precetti costituzionali, FRACANZANI, *Analogia*, cit.: si veda la conclusione enunciata al termine del lavoro, p. 289; sui predetti profili e precetti trascurati dall'autore si veda GALLO, *Norme penali*, cit., in particolare p. 13 ss. La distinzione è pure riproposta da BELVEDERE, *Interpretazione estensiva*, cit., p. 557 ss., il quale, tuttavia, in chiusura del lavoro (p. 577), toglie ad essa rilievo «al fine pratico dell'aggiramento dei limiti stabiliti, per il ricorso all'analogia, dall'art. 14 Preleggi». A suo parere, infatti, il «criterio politico-costituzionale», che sorregge tale articolo, «vale indifferentemente per tutte le operazioni estensive» considerate, «a prescindere da una loro più precisa caratterizzazione, sul piano teorico, come interventi interpretativi od analogici», in quanto l'articolo in oggetto «si riferisce ad un risultato – l'applicazione delle leggi oltre i casi e i tempi in essa considerati – che può essere realizzato anche a seguito di una interpretazione estensiva». E, in aggiunta, si domanda: «del resto, anche se, viceversa, ritenessimo focalizzato sull'analogia il divieto dell'art. 14, perché mai non potremmo applicare analogicamente una disposizione in tema di analogia?» (a mio avviso, stante il tenore della disciplina dell'interpretazione nelle preleggi, la domanda potrebbe porsi soltanto nei riguardi dell'art. 13 – per quanto si reputi ancora in vigore –, disponente l'«esclusione dell'applicazione analogica delle norme corporative»). Neppure il Belvedere si è posto il problema dell'inattendibilità, alla luce dei supremi criteri della ragionevolezza e uguaglianza, della comune sottoposizione al divieto di estensione del dettato normativo sia delle norme penali che di quelle eccezionali. Per una proposta di soluzione, su base esegetico sistematica (anche sulla scorta dei predetti criteri, posti in cima all'ordinamento), devo rinviare ancora una volta a GALLO, *Norme penali*, cit., p. 1 ss.

²⁰⁸) Per le altre norme, per le quali è prescritta, all'occorrenza, l'analogia, è ovviamente riconosciuta, in quanto si ritenga da essa distinta, l'interpretazione estensiva, spesso configurata da coloro che l'hanno ammes-

fronte al tenore dell'art. 14 delle preleggi, prescrivente, per le norme penali ed eccezionali, il divieto di ogni estensione del dettato legislativo²⁰⁹, il riconoscimento, per esse, dell'interpretazione estensiva si presenta addirittura, tenuto conto delle implicazioni pratiche che ne sono state tratte, come un'interpretazione *contra legem*. E' palese comunque che l'ammissione e rispettivamente il rifiuto della distinzione tra analogia e interpretazione estensiva hanno rappresentato, nella nostra esperienza, indirizzi diversi, portatori di decisioni contrastanti nella soluzione dei casi (particolarmente rilevanti nella materia penale)²¹⁰, vale a dire di diritto controverso.

Inoltre, anche nei codici che disciplinano l'interpretazione, la disciplina disposta riguarda la sola interpretazione della legge. Pure in questi codici, quindi, l'interpretazione del diritto – oggi purtroppo in massima parte inesplorata – rimane appannaggio della dottrina.

sa come un'estensione minore (la differenza non riguarderebbe invece, secondo BELVEDERE, *op. ult. cit.*, p. 575 ss., il profilo dell'estensione).

²⁰⁹) La formulazione appare univoca: le norme in questione «non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

²¹⁰) Fa eccezione, per le ragioni dette, il Belvedere. Il partito migliore sembra peraltro quello di non elaborare una figura (interpretazione estensiva) e una conseguente distinzione (tra essa e l'analogia), non contemplate, da un lato, nella disciplina dell'attività ermeneutica e non occorrenti, dall'altro, alla sua interpretazione (anzi portatrici per essa di imbarazzo: come si è visto, il Belvedere, dopo aver riproposto la distinzione indicata tra analogia e interpretazione estensiva, mira a neutralizzarne gli effetti).