

Un diritto «allo stato fluido».

Note storico-giuridiche su *aequitas* e ragionevolezza*

FERDINANDO MAZZARELLA

Quando, pertanto, rifiuto di obbedire ad una legge ingiusta, non nego affatto alla maggioranza il diritto di comandare; faccio appello soltanto dalla sovranità del popolo alla sovranità del genere umano. Vi sono alcuni che hanno osato affermare che un popolo, nelle questioni che interessano lui solo, non può mai, per definizione, uscire dai limiti della giustizia e della ragione, e quindi non si deve temere di dare tutto il potere alla maggioranza che lo rappresenta. Ma questo è un linguaggio da schiavi [A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, cap. VII, *Tirannide della maggioranza*]

1. *Storicità ed esperienza nello «stato fluido» del diritto*

Nel 1929, fra le pieghe del suo fortunato saggio su *Il diritto dei privati*, Widar Cesari-Sforza (1886-1965) distingueva due tipi di ordinamento: un primo tipo nel quale «le norme giuridiche non sono permanentemente differenziate da principi etici o, in genere, extragiuridici, e che corrispondono ad organizzazioni allo stato fluido o dif-

fuso»; un secondo tipo nel quale «le norme hanno un preciso valore giuridico, e che corrispondono ad organizzazioni specializzate, ossia allo stato solido» (pp. 29 ss.). L'azione di un'autorità, in primo luogo quella statale, avrebbe determinato una cristallizzazione dei rapporti giuridici, una trasformazione del diritto dallo «stato fluido» allo «stato solido».

Perciò – era il suggerimento del giurista emiliano – occorreva non solo valorizzare il diritto prodotto dalle organizzazioni diffuse (ordinamento dei giuochi, comunità sportive, cavalleria, etc.), ma anche impedire al diritto, una volta divenuto «solido» per l'intervento dell'autorità, di diventare granitico. Fuor di metafora, si sosteneva

* In considerazione della occasione, il cinquantenario della Corte Costituzionale, da cui hanno tratto origine le presenti *Note*, si è scelto di privilegiare il dialogo con i giuristi positivi. Perciò si è ritenuto che potesse essere utile, anche a costo di una certa sommarietà, muoversi lungo un arco temporale particolarmente ampio, al fine di offrire qualche riferimento storico che potesse contribuire a meglio comprendere il tema della ragionevolezza.

che un ordinamento, per quanto codificato potesse essere il suo diritto, mai avrebbe dovuto sottrarsi al confronto con l'esperienza, sottovalutare il *lebende Recht*, rinunciare a un'interpretazione adeguatrice.

Sotto questo profilo, l'entrata in funzione in Italia della Corte Costituzionale, nel 1956, fu l'evento che creò i presupposti per rendere effettivo e concreto anche il testo della Costituzione, per trasformare l'astrattezza della lettera costituzionale in esperienza giuridica quotidiana, in maniera tale, per dirla con Orestano (1909-1988), da ottenere un collegamento virtuoso fra «le più varie manifestazioni del 'giuridico' (fatti, situazioni, rapporti, strutture, istituzioni, produzioni normative, norme, adeguamenti spontanei o coatti e anche negazioni, attuazioni imposte e contravvenzioni, giudizi, forme coercitive di esecuzione e di repressione, e quanto altro si abbia a volere considerare ad esso riferibile e riferito; dal cosiddetto 'diritto dei privati' alle relazioni inter-ordinamentali, interne ed esterne, nella convivenza, nella pace, nei conflitti)» (Orestano 1985, p. 981).

Neppure la Carta Costituzionale, in altri termini, poteva considerarsi un punto di arrivo; era semmai, come ogni testo cartaceo, un punto di partenza, il parametro sul quale valutare la legittimità della legislazione ordinaria, ma un parametro da riempire e interpretare nel tempo in maniera conforme alle condizioni economico-sociali, alla coscienza giuridica, al patrimonio di valori spontaneamente formatosi. Una carta costituzionale – aveva già notato Santi Romano (1875-1947) – «non può avere che il compito, proprio di tutte le leggi, di raccogliere e dichiarare il diritto quale si è venuto lentamente e spontanea-

mente elaborando» e i suoi articoli vanno letti come «intestazioni di libri», in cima a «pagine bianche», da riempire con «i nostri usi e costumi politici, le nostre incipienti tradizioni, in una parola l'evolversi della nostra vita pubblica»: il diritto pubblico – e si noti qui l'assonanza con Cesarini Sforza – non può essere codificato perché è un diritto «allo stato, per dir così, fluido» (Romano, *Le prime carte*, pp. 163-165).

Nel 1959, dopo che le Corti avevano rimediato all'«ingiustizia legalizzata» delle persecuzioni razziali, anche Kaufmann vedeva nella storicità un connotato fisiologico del diritto, perché non si poteva rincorrere un diritto supertemporale, meta-storico ed eterno, ma «si consegue tuttavia ciò che si può in un luogo e momento determinato: *il diritto storicamente giusto*» (Kaufmann 1959, p. 196). Si era in piena «crisi del diritto» (Tarello 1957), in piena polemica con i dogmi legalistici, ma la Corte costituzionale italiana, proprio quello stesso anno, 1959, sentiva di dover escludere che fra i suoi compiti ci fosse quello di accertare «se la legge sia giusta, equa, opportuna, completa, tecnicamente ben fatta, etc.», inerendo, questo tipo di considerazioni, a un campo «riservato all'esclusivo apprezzamento del legislatore» (sentenza 15 luglio 1959, n. 46).

2. *Fra testo e realtà, la ragionevole mediazione della Consulta*

Tuttavia, già col passaggio da un'idea di eguaglianza formale ad una di eguaglianza sostanziale, con una valutazione sulla ragionevolezza del motivo che aveva portato il

legislatore a diversificare una fattispecie dall'altra, sorgeva legittimo il dubbio che l'esame della Corte non si esaurisse nella costituzionalità formale della legge, perché implicava valutazioni penetranti, a cominciare dalla scelta sulla *diversità* delle situazioni considerate o sulla *identità* della *ratio*, «uno scrutinio di costituzionalità più complesso e pervasivo di quello diretto a sanzionare solo le discipline internamente contraddittorie» (Scaccia 2000, p. 42). Già il collegamento fra principio di eguaglianza e parametro di ragionevolezza generava un campionario di processi argomentativi che consentivano alla Corte di sindacare la conformità di una legge rispetto al patrimonio giuridico complessivo, più o meno esplicitamente positivizzato, dell'ordinamento. Già questo bastava a sbiadire l'idea che la Corte costituzionale, ma più in generale le varie componenti di un ordinamento giuridico, si muovessero in un'ottica di tradizionale positivismo giuridico, perché la scienza giuridica e l'interpretazione giurisprudenziale erano lungi dallo svolgere una mera attività logica e perché non poteva parlarsi, per la giurisprudenza (nemmeno costituzionale), di un «atteggiamento avalutativo ... o eticamente neutrale» (Bobbio 1972, p. 106).

Col tempo, è divenuto chiaro che la Corte costituzionale non solo accerta, mediante processi di argomentazione razionale, la violazione del principio di eguaglianza, ma sanziona anche la contraddittorietà estrinseca di un provvedimento legislativo, la difformità della normativa dall'ordine costituzionale, l'ingiustificato sacrificio di un interesse. Essa dunque di volta in volta bilancia, pondera, valuta quale interesse debba essere sacrificato e quale principio ritenersi prevalente. Il che essa

fa, ovviamente, con un'adeguata argomentazione, che però si ispira non solo alla logica dimostrativa, ma anche, appunto, a criteri di ragionevolezza, perché si permea, dal momento che tiene nel dovuto conto le conseguenze dell'interpretazione, di scelte assiologiche, di «controlli di pertinenza e proporzionalità», di «valutazioni impegnative sul piano etico», di «considerazioni di "giustizia"» (Scaccia 2000, p. 20).

I principi costituzionali – è stato perfino osservato – postulerebbero una «realizzazione la più ampia possibile in relazione con le possibilità giuridiche, dunque segnatamente in relazione a principi opposti» (Alexy 2002, p. 41), perché i «Grundrechte» sarebbero norme di principio da considerare come «Optimierungsgebote», come precetti di ottimizzazione, nel senso che la loro più o meno completa realizzazione dipenderebbe dalle possibilità di fatto e di diritto in concreto esistenti (Alexy 1986, pp. 100 ss.). Le possibilità di fatto dipenderebbero a loro volta dal contesto socio-economico e dal momento storico, quelle di diritto dalla esistenza di altri principi, più o meno forti, con quelli collidenti.

La Corte costituzionale media quindi fra testi e contesti applicativi, scegliendo la soluzione più corretta «nella dialettica tra disposizioni costituzionali (assunte come norme che positivizzano valori fondamentali), disposizioni legislative, contesti» (Morrone, *Principio*, 2002, p. 287). In questo senso l'interpretazione ragionevole della legge conduce ad una verifica della sua legittimità alla luce di «elementi estrinseci alla nuda volontà legislativa» (*Ibidem*, p. 294), è una mediazione fra *lex* e *factum*, un sindacato che comprende «il giudizio di eguaglianza-ragionevolezza, il giudizio di

razionalità, il ragionevole bilanciamento di interessi» (Morrone, *Il Custode*, 2001), tre forme distinte che però – si badi bene – possono accomunarsi per l'implicazione di «scelte di valore, che comprendono processi di valutazione del diritto mediante l'argomentazione, condotta – è questo l'aspetto saliente – essenzialmente in funzione attuativo-applicativa, ossia in vista dei contesti o della realtà concreta» (Morrone, *Principio*, 2002, p. 286).

3. Ragionevolezza e interpretazione

Dinanzi a tale prospettiva, sono state sollevate «gravissime ragioni di dubbio» sulla eventualità che la Corte «possa anche sindacare la legittimità delle leggi sulla base di parametri esterni all'ordinamento», perché il suo compito sarebbe «quello di decidere alla stregua della Costituzione stessa, sia pure interpretata e reinterpretata di continuo» (Paladin 1997, p. 906). Ma è proprio questo il punto: l'interpretazione.

La Costituzione non è un *Dictatus* di proposizioni univoche, totalizzanti e monotetiche, perché contiene, come diceva Romano, un diritto «allo stato fluido», come «quelle sottili essenze, che riescono a svanire dal vaso più ermeticamente chiuso» (*Le prime carte*, p. 165). L'idea di positivizzare per intero, in una Carta costituzionale, la cifra morale di una civiltà è fallace come lo era stata la convinzione di relegare in un Codice l'intero diritto privato: è una negazione dello scorrere del tempo e della stessa storicità del diritto. E lo è ancor di più se si considera che il carattere pluralistico delle Costituzioni democratiche comprime al minimo i casi di giudizi ava-

lutativi, di giudizi cioè obbligati, meccanici, evidenti.

Sembra allora che il giurista contemporaneo continui a soffrire di un complesso di colpa nel riconoscere la portata creativa dell'attività ermeneutica, sia ancora parzialmente vittima di quella «mitologia giuridica» (Grossi 2001) che gli impedisce di affermare senza mezzi termini che mediante la ragionevolezza la Corte costituzionale, gli altri giudici e ogni altro interprete, introducono nell'ordinamento elementi di valutazione provenienti dall'esperienza, dal senso comune, da combinazioni di principi e valori costituzionali che possono cambiare nel tempo e che generano un preciso (e non unico) orientamento. Criteri sovente definiti metagiuridici o extragiuridici, ma più semplicemente criteri non legislativi, che consentono un'aderenza alla realtà – pluralista, dinamica e multiforme – di gran lunga maggiore di quella ottenuta dal legislatore contemporaneo con una legislazione tanto più alluvionale e frammentaria, quanto più ingovernabile e schizofrenica. Il giudice si presenta per quello che è, né un matematico né un pesatore, ma un «*interprete attivo* della cultura, della coscienza sociale, dei principi e dei valori del suo tempo» (Taruffo 2002, p. 154), artefice di una lettura delle norme immersa nelle cose, in un contesto storico concreto fatto di valori, prassi, linguaggio, condizioni socio-economiche, esperienza, riferimenti etici.

In antitesi ad un'idea formalistica e deduttivistica dell'interpretazione giudiziaria, ad una concezione legalistica e assolutistica del diritto, la ragionevolezza rappresenta un appiglio extralegislativo, conferma la storicità del diritto, la sua dimensione sociale, ontica e temporale. Una

dimensione che la cultura legalistica ha condannato ad uno stato di timidezza cronica, relegandola in un cantuccio dal quale operare, clandestina e silenziosa, ma che fino all'avvento, nel XIX secolo, dell'«assolutismo giuridico» panlegalista aveva occupato un posto di primo piano nei processi di produzione giuridica.

4. Aequitas, ratio e interpretatio

Nella costituzione giuridica medievale, ad esempio, la mancanza di una dimensione totalizzante e onnicomprensiva del politico aveva lasciato alle forze sociali, economiche e culturali il compito di realizzare e compiutamente sistemare l'universo giuridico (cfr. Grossi 1996). Lo «stato fluido» del diritto, la sua aderenza alla realtà e alla concretezza, era assicurato dall'azione incessante di fonti non accentrate ma diffuse, non occasionali ma costanti, a cominciare, appunto, dalla *interpretatio*. Era *interpretatio* quella offerta dalle consuetudini, era *interpretatio*, in omaggio ad una concezione del potere pubblico come *iurisdictio*, quella del *princeps*, la cui attività, difatti ritenuta giusdicente, avrebbe dovuto esaurirsi, secondo l'immagine di Cino da Pistoia (1270?-1336/1337), nel passaggio dalla «materia argentea» al «cyphus argenteus» (*de legibus et constitutionibus Principum et edictis* l. *Inter aequitatem*, C.1.14.1, fol. 25r). Era *interpretatio* quella del *iudex*, ma era *interpretatio*, soprattutto, quella dei giureconsulti, veri artefici di un diritto «iustum» perché aderente alla realtà delle cose.

In questa dimensione interpretativa, i Glossatori e i Commentatori, con il largo

impiego della categoria dell'*aequitas*, altro non facevano, in fondo, che richiamare un complesso di principi alla luce dei quali esplicitare il *ius* («iustitiae fons et origo est equitas», diceva Martino, p. 4, nota a), contribuendo in maniera determinante alla trasformazione dell'*aequitas* in *iustitia*: «differt autem aequitas a iustitia; aequitas enim in ipsis rebus percipitur que, cum descendit ex voluntate, forma accepta fit iustitia» (Irnerio, p. 1). Lungo il solco della tradizione giustiniana, l'*aequitas* galleggiava su un piano sovraordinamentale e astratto, si collocava su un piano metafisico, talvolta religioso («nihil enim aliud est equitas quam Deus»: Martino, p. 4, nota a), identificata con la *ratio naturalis*. Da qui, secondo la celebre spiegazione di San Tommaso (1225ca.-1274), la convinzione che la legge dovesse essere razionale («lex est aliquid rationis») e che tale razionalità andasse misurata in base alla conformità della *lex* a un *ius* naturale conoscibile dall'uomo attraverso l'uso della ragione:

quasi lumen rationis naturalis, quo discernimus quid sit bonum et quid malum, quod pertinet ad naturalem legem, nihil aliud est quam impressio divini luminis in nobis
[*Summa Theologiae*, 1.2, q. 91, art. 2].

Il fatto è che l'*aequitas*, proprio in forza del suo collegamento con la *ratio* (Cortese 1962, pp. 289 ss.), lungi dall'esaurirsi in un ideale astratto, forniva agli interpreti – *princeps*, *universitas*, *iudex*, *iurisperitus* – contenuti ragionevoli perché suggeriti dall'ordine sottostante: la ragionevolezza del *ius* dipendeva dalla sua corrispondenza ad un ordine, sociale e in quanto tale giuridico, che l'interprete avrebbe potuto leggere e conoscere mediante la *ratio* (Grossi, *Modernità*, 1998, pp. 449-450). Ciascun

precepto, pertanto, avrebbe dovuto presentare una *causa finalis*, meglio ancora una *ratio legis*, che, per essere tale, avrebbe dovuto riflettere la realtà delle cose, unire e realizzare sia l'*aequitas* che l'*utilitas publica* (Cortese 1992, pp. 473 ss.).

L'interprete era dunque chiamato a individuare il contenuto etico della *lex*, a ricostruire le sue finalità sociali, a prevedere le conseguenze della sua applicazione, secondo alcuni a verificare perfino che il *princeps* avesse correttamente mediato fra principi metagiuridici dell'*aequitas* e realtà da disciplinare:

conditae leges intellegendae sunt benignius, ut mens earum servetur et ne ab equitate discrepent: legitima enim precepta tunc demum a iudice admittuntur cum ad aequitatis rationem accommodantur

[*Summa Trecensis*, in Fitting, p. 16].

Tali operazioni, com'è ovvio, conferivano all'interprete una significativa licenza ermeneutica nell'adeguamento del *ius* alla realtà storica e alle mutevoli esigenze economico-sociali. Il diritto, infatti, si sarebbe determinato, a livello normativo ed applicativo, per il tramite di una interpretazione ragionevole, perché avrebbe dovuto essere conforme a *rationes* suggerite dall'ordine sottostante, a cominciare dalle logiche dell'eguaglianza: «*aequitas est rerum, id est obligationum convenientia, que in paribus causis, idest negotiis, paria iura desiderat*» (Martino, p. 4, nota a). La *ratio aequitatis* imponeva l'eguaglianza sostanziale («*dicitur equitas quia equalitas*») e l'applicazione della stessa norma ai casi uguali («*ubi eadem ratio, ibi idem ius*») o simili (*extensio de similibus ad similia*). Il conseguimento di un efficiente *ordo iuris* era così raggiunto per il tramite di una continua ela-

borazione e reinterpretazione del materiale consuetudinario e di quello legislativo in forza di *rationes* rinvenute nei testi e di precepti desunti dall'*aequitas*, dalla *ratio aequitatis*, dalla *ratio naturalis*. Con la sua *interpretatio*, impregnata di motivi razional-equitativi, la *scientia iuris* finiva così col mediare fra *auctoritas* del testo e realtà concreta, forniva schemi ordinanti ad una società in fermento, offriva nuove soluzioni normative (come quelle in materia di *societas*), piegava il diritto romano alla nuova realtà economica (come nel caso del *dominium divisum*), leggeva il *ius scriptum* alla luce delle nuove dinamiche commerciali (come nella determinazione del campo d'applicazione del divieto canonico d'usura).

5. Una minaccia per interpretatio ragionevole e «stato fluido» del diritto: la sovranità statale

Il nesso con la ragione e col diritto naturale, peraltro, avrebbe costituito, nei secoli XVI-XVIII, la chiave di volta per un'ulteriore evoluzione in senso giusrazionalistico dell'*aequitas*. Solo che quando il giusnaturalismo moderno avrebbe riconosciuto l'esistenza di un complesso di diritti soggettivi innati e attribuito al principe il potere di desumere e proteggere quei diritti, la ragionevolezza del diritto si sarebbe prestata ad esiti contrapposti, liberali ed assolutistici: ragionevole, a rigor di logica, sarebbe stata solo quella *lex* che avesse rispettato i contenuti razionali del *ius naturale*, ma *lex* sarebbe comunque stata quella che, indipendentemente dal suo contenuto, fosse stata sanzionata dalla volontà del

potere sovrano. Era un'antinomia apparentemente insanabile, che non valse tuttavia ad annullare la dimensione equitativa, a ridimensionare la pretesa di *leges* ragionevoli, a solidificare lo «stato fluido» del diritto.

La convinzione, fin dal secolo XVI, che il diritto dovesse riflettere un ordine razionale, imponeva infatti, innanzitutto, che le sue disposizioni si impregnassero di contenuti ragionevoli. Come Hotman (1524-1590), che reclamava una compilazione del diritto nazionale francese conforme a «ratio» ed «aequitas», «rectitudo» e «iustitia», anche Donello (1527-1591) osservava come «l'*aucltoritas* del diritto, che certo risaliva alla volontà del principe, doveva sempre sostanziarsi di contenuti individuati attraverso la ragione» (Birocchi 2002, p. 33). Nella *lex*, pertanto, Donello distingueva fra *verba*, «quibus *lex* quaeque scripta est», e *sententia*, cioè la volontà del legislatore, e fra i due, secondo l'umanista, l'elemento saliente non erano i *verba*, ma la *sententia*, perché la *lex* non era «quod scriptum est, sed quod legislator voluit, quod iudicio suo probavit et recepit» (Donello, col. 94). Poiché, tuttavia, non sempre la lettera della *lex* e la sua *sententia* sarebbero stati in piena armonia, ecco emergere, al fine di accertare la reale portata della *sententia legis*, il ruolo decisivo della *interpretatio*, che avrebbe dovuto e potuto espletarsi secondo quattro criteri: «ex aliis partibus ejusdem legis; ex ratione legis; ex aequitate; ex aliis legibus» (col. 96). La *lex* avrebbe dovuto essere ragionevole («nulla *lex* est sine ratione»: col. 107) e conforme alla *ratio* individuata dal legislatore, ma l'*aequitas* avrebbe contribuito in maniera determinante alla sua *interpretatio*, a definire cioè il *ius*, perché il «*jus*

iniquum, jus non esse», essendo il *ius* «*ars aequi et boni*» (col. 106). Attraverso l'*aequitas*, quindi, l'interprete avrebbe potuto cogliere la reale portata del *ius*, dare al *ius* un'applicazione benigna e ragionevole («*aequitas in jure spectanda est: jus benigne interpretandum; aequitas ratio potior, quam stricti juris*»), interpretare la *lex* secondo principi di giustizia e di ragione, perché «*aequitas est juris scripti emendatio et quasi interpretatio legis sententiam retinens*» (col. 103). Il che non significava che l'*aequitas* fosse altro dal *ius*, che «*aequitatem a jure separet*», ma che con l'*interpretatio*, interposta «*inter aequitatem et jus*», si poteva temperare la *lex*: l'*aequitas* non era separabile dal *jus* «*sed a verbis juris*» (col. 104).

La ragione umana, nel giusnaturalismo moderno, si candidava dunque a metro di giudizio della ragionevolezza della *lex*: il «*ius naturale*» – spiegava infatti Grozio (1583-1645) – discendeva dalla «*recta ratio*», che indicava, conformemente a «*ipsa natura rationalis ac socialis*», quali atti vietare e quali prescrivere (Grozio 1759, liber I, caput I, X, 1, fol. 8). Perciò, tramite l'*aequitas*, che si desumeva «*ex naturae ipsius principiis*», avrebbe dovuto esser corretto ciò in cui la «*lex propter universalitatem deficit*»: solo per suo tramite l'uomo avrebbe potuto approssimarsi alla *ratio naturalis* e i «*vaga et lubrica hominum ingenia ad eum finem, quo vera natura ducit*» (Ibidem, Grozio 1719, caput I, 1-5).

Eppure, con l'attribuire al principe il potere sovrano di dare la legge civile, all'occorrenza limitando anche «la libertà naturale dei singoli uomini» (Hobbes, *Leviatano*, parte II, cap. XVI, p. 237), la ragionevolezza del diritto finiva col rimanere appannaggio esclusivo della volontà del legisla-

tore. Hobbes (1588-1679), infatti, condivideva l'idea che «la legge non possa essere contro la ragione», ma quando si trattava di individuare quale fosse questa ragione, egli escludeva, ovviamente, che fosse «una ragione individuale» e concludeva invece che «perciò non quella *juris prudentia*, o saggezza di giudici disordinati, ma la ragione di questo nostro uomo artificiale, che è lo stato, ed il suo comando fanno legge» (*Leviatano*, p. 239). Sarebbe stato esclusivamente il sovrano, pertanto, a infondere equità, ragionevolezza e giustizia, perché

in mezzo alle contese dei privati, per dichiarare che cosa sia equità, che cosa giustizia, che cosa virtù morale, e per renderle obbligatorie, v'è bisogno degli ordini del potere sovrano e delle punizioni da imporre ai trasgressori: i quali ordini perciò sono parte della legge civile [*Leviatano*, pp. 236-237].

L'itinerario giusnaturalistico, alle prime venature di volontarismo, virava dunque verso approdi legalistici. L'incondizionato riconoscimento al principe del potere di decifrare la natura e di farsi nunzio della ragione conduceva a risvolti positivistici, al ridimensionamento, in particolare, di ogni fonte concreta, diffusa, spontanea. L'azzeramento della *interpretatio*, della *consuetudo*, di fonti spontanee e ascendenti che rendessero equo e ragionevole il diritto, fluido e conforme all'esperienza storico-giuridica, sembrava compiuto. La *consuetudo* veniva ricondotta nell'alveo della volontà sovrana, perché «quando un lungo uso acquista l'autorità di una legge, non la lunghezza del tempo dà quell'autorità, ma il volere del sovrano, espresso col suo silenzio» (Hobbes, *Leviatano*, p. 236); l'*interpretatio* cominciava vagamente ad assumere i

caratteri di deduzione sillogistica propugnati dall'illuminismo, perché «il giudice subordinato deve avere di vista la ragione che mosse il sovrano a fare la legge, affinché la sua sentenza vi si accordi, la quale allora è la sentenza del suo sovrano: altrimenti è una sentenza sua, ed ingiusta» (Hobbes, *Leviatano*, pp. 239-240). Il potere politico abbandonava l'indifferenza per il diritto e cominciava ad appropriarsene: il diritto ontico, ascendente e consuetudinario diventava diritto formale, discendente e volitivo. La *lex* perdeva il suo carattere dichiarativo per assumere il volto autoritario della sovranità politica. Il diritto si contraeva «nella legge: un sistema di regole autoritarie, di comandi pensati e voluti astratti e inelastici, insindacabili nel loro contenuto giacché non dalla qualità di esso ma dalla qualità del soggetto legislatore traggono la propria autorità» (Grossi, *Modernità*, 1998, p. 465).

6. Resistenze della interpretatio e ragionevolezza della lex

Non tutto, però, andò come Hobbes avrebbe voluto. Il diritto, anzitutto, continuò ad essere materia di consuetudini, prassi, *interpretatio* di testi e *decisiones* di Tribunali, con comparazione di *opiniones*, *solutio* di frammenti discordanti e bilanciamento di opposti principi. La *consuetudo*, sempre più spesso messa per iscritto, rimase comunque fonte primaria, materia di *interpretatio*, di ricostruzione equitativa e ragionevole. Il potere sovrano, principe o assemblea che fosse, continuò a incontrare significative limitazioni in una lettura del diritto che si finiva col considerare ragionevole solo se e

in quanto conforme ai diritti, alle libertà e alle prerogative sanciti dalla ragione naturale, dalla costituzione materiale, dalle consuetudini fondamentali.

In Francia, quando Luigi XIII (1601-1643) e la reggente Anna d'Austria (1601-1666), e per loro Richelieu (1585-1642) prima e Mazzarino (1602-1661) dopo, ritennero di poter aumentare unilateralmente la *taille* e di governare mediante *lits de justice*, senza più convocare gli Stati generali e in spregio ad ogni prerogativa del Parlamento di Parigi, le comunità contadine si sollevarono compatte e i membri del Parlamento diedero avvio nel 1648 a quel periodo di tensione e violenza che avrebbe preso il nome di Fronda. Lo stesso sarebbe accaduto, nel 1743, con la svolta assolutistica di Luigi XV (1710-1774), che avrebbe provocato, fra la corona e i parlamenti, frizioni talmente gravi da determinare, di lì a poco, la rottura del vecchio ordine.

Per quanto provvisto di una corazza volontaristica, il potere sovrano avrebbe dovuto fare i conti non solo con i limiti discendenti dalle leggi di Dio e della natura, ma anche con una ragionevolezza del diritto che si manifestava nella *interpretatio*, da parte di quelle riottose corti giudiziarie munite di potere di rimostranza che erano i parlamenti, di un deposito di norme consuetudinarie che rappresentava una sorta di costituzione materiale del Regno di Francia. Del resto, nella stessa visione di Bodin (1529/30-1596), l'assolutezza del potere si era arrestata dinanzi alla constatazione che «tutti i principi della terra sono soggetti alle leggi di Dio e della natura, oltre che a diverse leggi umane comuni a tutti i popoli» (Bodin, vol. I, libro I, cap. VIII, p. 357).

In Inghilterra, il tentativo di Carlo I Stuart (1600-1649) di sostenere la teoria

del diritto divino, di introdurre dazi di importazione senza il consenso del Parlamento e di esercitare prerogative regali che fossero in contrasto con l'*ancient constitution*, come quella di imprigionare senza un regolare processo o di estendere il diritto di guerra ai civili, si concluse, com'è noto, con la sua decapitazione. Quarant'anni dopo, con la *Glorious Revolution*, mentre da un lato si metteva un punto alle velleità assolutistiche dei sovrani inglesi e ad ogni ipotesi di fondamento divino della regalità, dall'altro si consolidava un modello di monarchia fondato sul primato della legge parlamentare e di una costituzione non scritta. Ma il trionfo del «rule of law», che sanciva senza alcun dubbio la vittoria del parlamentarismo sul potere regio, e dunque, sotto questo profilo, di un assolutismo sull'altro, significava ancora prima il trionfo di una costituzione giuridica anti-assolutistica, fondata sulla interpretazione giurisprudenziale del diritto inglese alla luce della tradizione, della storia, del diritto naturale, della ragione. Si approdò cioè a un sistema costituzionale nel quale le Corti, con un'interpretazione ragionevole, avrebbero letto e applicato la legge secondo la tradizione del *common law*, in maniera conforme a equità, ragione e giustizia.

Nel Dialogo fra un filosofo ed uno studioso del diritto comune d'Inghilterra, scritto fra il 1665 e il 1666, Hobbes polemizzava con Sir Edward Coke (1552-1634), perché questi, come tutti i *common lawyers*, negava che il diritto si esaurisse nella legge scritta e opponeva al potere sovrano (ogni potere sovrano) il diritto fondato sulla ragione e sull'equità, tramandato dalla consuetudine ed elaborato dalle corti giudiziarie. Coke invocava espressamente l'«*aequitas*» e la «*ratio*», riteneva, anzi, che l'una

si risolvesse nell'altra e che «*nihil quod est contra rationem est licitum*», che il «common Law it self is nothing else but reason» (*Institutes*, Part I, section 138, p. 701). Ma la *ratio* cui egli alludeva – ed è questo il punto saliente – non era la semplice ragione dell'uomo comune, ma una ragione perfezionata con mezzi artificiali, «by long study, observation and experience», cioè, appunto, l'interpretazione ragionevole che i giudici realizzavano alla luce dell'*aequitas*, della *ratio*, della *consuetudo* (*ibidem*). A differenza di Hobbes, quindi, che si diceva convinto che solamente il potere sovrano, vale a dire «colui il quale ha fatto la legge, può correggerla, e perciò io affermo che l'equità corregge, non già la legge, ma solo le sentenze quando siano viziate di errore» (Hobbes, *A Dialogue*, p. 465), Coke attribuiva ai giudici il potere di correggere la legge grazie a un'interpretazione equitativa che accertasse in concreto cosa fosse ragionevole, conforme alla consuetudine e alla tradizione del *common law*, perché l'*aequitas* era la *ratio* – «perfecta» in quanto arricchita dallo studio, dall'osservazione e dall'esperienza – in virtù della quale il «bonus iudex» avrebbe dovuto e potuto interpretare la legge scritta:

aequitas est perfecta quaedam ratio, quae ius scriptum interpretatur et emendat, nulla scriptura comprehensa, sed solum in vera ratione consistens. Aequitas est quasi aequalitas. Bonus Judex secundum aequum et bonum iudicat, et aequitatem stricto juri praefert. Et jus respicit aequitatem»

[*Institutes*, Part I, section 21, fol. 24b, p. 682].

Perciò Hobbes, preoccupato, continuava a ripetere «come la ragione del re, sia essa grande o piccola, non è altro che quella *anima legis*, quella *summa lex*, della quale

parla Sir Edward Coke, e non la ragione, la dottrina o la sapienza dei giudici» (*A Dialogue*, p. 407): perché Coke aveva, già nel 1608, esplicitamente spiegato che al re che avesse sostenuto che «he and the others had reason, as well as the Judges», occorreva replicare che

his Majesty was not learned in the Laws of his Realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his Subjects; they are not be decided by naturall reason but by the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it

[*Reports*, Part XII, *Prohibitions del Roy*, 65, p. 481].

Un secolo dopo, nei suoi *Commentaries*, anche Blackstone (1723-1780) avrebbe conciliato il primato delle *laws*, «written» come «unwritten», con un controllo di ragionevolezza (*Introduction*, §. 3, pp. 77-92). Le stesse consuetudini, sulle quali si basava la costituzione inglese, avrebbero dovuto essere ragionevoli, «reasonable», o, meglio, in negativo, «they must not be unreasonable» (p. 77). Il che significava che esse avrebbero dovuto essere comprensibili e condivisibili non già da ogni ragione umana, ma, come già Coke aveva spiegato, dalla «artificial and legal reason» (*ibidem*): una ragione completata dall'esperienza, dall'osservazione, dall'equilibrio, dallo studio. È vero che il Parlamento era sovrano e che un potere giudiziario sovraordinato a quello legislativo sarebbe stato senz'altro «subversive of all government», ma è altrettanto vero che quando un suo atto avesse condotto ad «absurd consequences, manifestly contradictory to common reason», queste avrebbero dovuto evitarsi. Perciò i giudici, dinanzi a conseguenze «out of the

general words» e «unreasonable», avrebbero dovuto riportare lo *Statute* su un binario di ragionevolezza e concludere che quelle conseguenze erano «not foreseen by the parliament, and therefore they are at liberty to expound the statute by equity». Questi erano i «several grounds of the laws of England», ma più in generale, precisava Blackstone, prima e al di sopra di tutto «equity is also frequently called in to assist, to moderate and to explain» (pp. 91-92).

Concetti ribaditi, nel 1885, da Albert Venn Dicey (1835-1922), secondo il quale l'eventualità, paventata dai costituzionalisti inglesi, che i due principi della sovranità del parlamento e del dominio del diritto (*rule of law*) stessero fra loro in un rapporto di incompatibilità, o, per dirla con lo stesso Dicey, che «siano tra loro in contrasto», si dissolveva dinanzi al ruolo centrale che assumeva l'interpretazione delle corti, perché la legge del parlamento sarebbe divenuta diritto solo quando i giudici la avessero immersa nel corpo del *common law* (Dicey, p. 343). «Il parlamento», scriveva Dicey

è il legislatore supremo, ma dal momento in cui il parlamento ha manifestato il suo volere in qualità di autorità legiferante, tale volere viene assoggettato all'interpretazione che è posta in essere dai giudici del paese, e a loro volta i giudici, che operano sotto l'influenza della mentalità del magistrato non meno che sotto quella dello spirito generale della *common law*, sono inclini a interpretare le eccezioni legislative ai principi di *common law* secondo modalità che non riscuoterebbero l'approvazione di un collegio di funzionari della Corona o delle Camere del parlamento se queste fossero invitate ad interpretare le loro stesse statuizioni

[Dicey, pp. 348-349].

Fermo restando che mai il parlamento avrebbe violato l'*ancient constitution*, anche perché «una diffusa resistenza verrebbe provocata da una condotta legislativa che, per quanto giuridicamente valida, di fatto oltrepassi il raggio di estensione del potere parlamentare» (p. 67), Dicey dunque, lungo il solco tracciato da Coke e Blackstone, confermava il principio secondo il quale le Corti avrebbero dovuto non già eseguire la volontà del legislatore, ma amalgamarla con l'antico diritto consuetudinario, e ribadiva la tradizione «per cui il fatto che una norma sia diritto in modo stabile presuppone non solo che essa sia stata approvata dal Parlamento secondo determinate modalità – che sia cioè un *Act of Parliament* – ma che sia stata anche vagliata alla luce degli *standards*, dei valori e dei principi propri del *common law*» (Santoro 2003, p. 201).

La mediazione fra legge e contesto storico, la ricerca di un diritto ragionevole, permeabile alle correnti ascensionali dell'esperienza giuridica, erano dunque caratteri presenti tanto nell'Europa continentale che in quella insulare. L'apparente aporia, nella teorica di Dicey, fra la sovranità del Parlamento e il *rule of law*, è la stessa, in fin dei conti, che affiora talvolta nelle parole di Bodin fra sovranità del principe e limiti della sovranità (su tali limiti si rinvia a Quaglion, *La sovranità*, 2004, pp. 49-65, e *I limiti della sovranità*, 1992).

Sebbene convinto che il magistrato dovesse sempre eseguire i provvedimenti del sovrano e che fosse «meglio piegarsi in atto di piena sottomissione alla maestà sovrana piuttosto che dare esempio di ribellione ai sudditi col rifiutare i mandati del sovrano» (Bodin, vol. II, libro III, cap. IV, p. 172), mai Bodin giunse infatti a identificare il *droit*, che «riguarda l'e-

quità», e la *loi*, che «non è altro che il comando del sovrano nell'esercizio del suo potere» (vol. I, libro I, cap. VIII, p. 395). Il principe avrebbe emanato la *lex*, ma il magistrato, «nell'adattarla, addolcirne il rigore o inasprirne la dolcezza secondo il bisogno, oppure supplire alla lacuna che vi è», avrebbe, con la sua *interpretatio*, contribuito a realizzare una giustizia armonica complementare (vol. III, lib. VI, cap. VI, p. 575).

La «legge senza equità» sarebbe stato «un corpo senz'anima», perché essa «non riguarda che le cose di ordine generale, mentre l'equità riguarda le circostanze particolari, che sono infinite, alle quali bisogna adattare le leggi, sia in termini di giustizia sia in materia di cose politiche, in modo tale che non ne segua alcun inconveniente né assurdità» (vol. III, lib. VI, cap. VI, pp. 577-578). Riconosciuta all'*interpretatio* una valenza correttiva e integrativa, spettante in prima battuta al *princeps* ma consustanziale anche all'attività del *iudex*, anche il *causidicus* francese doveva così fare i conti, come Budé (1468-1540), Zasius (1461-1535), Connan (1509-1551) e Cujas (1522-1590), con quella «règle Lesbienne» (Bodin, vol. III, libro VI, cap. VI, p. 570), quella flessibile misura di piombo, usata su Lesbo, che, a differenza del rigido metro, si conformava alle cose anziché forzare queste alla propria struttura: «*jus quod omnia recta et inflexibilia exigit, aequitatis regula flexibilis est, ut structurae Lesbiae regula plumbea secundum Aristotelem*» (Cujas, col. 916).

7. Una cultura legalistica con in seno i sintomi di una crisi congenita

Il sipario sulla *interpretatio*, su possibili sindacati di ragionevolezza della *lex*, su fonti extratestuali ed extrastatali di produzione del diritto, calava ufficialmente con il sistema codificatorio. La polemica illuministica contro il "dispotismo giudiziale" non si limitava a mortificare l'interpretazione, ma pretendeva, soprattutto, di fissare lo «stato fluido» del diritto nel testo della legge, eliminando quella «commoda flessibilità» che i giudici avevano fino ad allora perseguito tramite «un'equità arbitraria» (Filangieri, p. 19). «*Equità, interpretazione, arbitrio*» – sentenziava dunque Filangieri (1752-1788) – «non sono altro che voci sinonime» (Filangieri, p. 25).

Eppure, sotto questo profilo, l'archetipo di uno Stato giuridicamente totalizzante appare in crisi fin dal suo inizio, perché il secolo XIX, e ancor di più il seguente, fu attraversato da moti, sussulti e insofferenze. L'ermetismo positivistico nel quale pretese di chiudersi il sistema codificatorio dell'«assolutismo giuridico» vacillò subito, continuando ad oscillare anche in seguito, sotto i colpi, eversivi ed eretici, di giuristi decisi a fuggire le maglie asfittiche di un Codice immobile e di una legge generalizzante, statica, granitica, irragionevole nella misura in cui pretendeva di solidificare un diritto che era invece ontologicamente allo «stato fluido».

Lo stesso Portalis (1746-1807), principale artefice della fatica codicistica, aveva, presentando nel 1801 il progetto di *Code* al Consiglio di Stato, dato piena cittadinanza a «l'usage», a «la discussion des hommes instruits», a «l'arbitrage des juges», a «l'équité», quest'ultima da intendere

come «le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives» (Portalès, p. 46). «Les besoins de la société», infatti, erano così «variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout» (p. 41). Il diritto, realisticamente, mai avrebbe potuto fissarsi nella legge, che «considère les hommes en masse, jamais comme particuliers» (p. 47), richiedendo piuttosto una poliedricità tale da garantire un'incessante modellatura sulla realtà dinamica, lubrica: perciò si rendeva opportuno, da parte del giudice, il richiamo ad elementi extratestuali, il ricorso all'«*équité universelle*» o alla «*justice distributive*» (p. 46)¹.

Perfino Marcadé (1810-1854), che negli anni Quaranta dell'Ottocento si sarebbe dedicato alla *Explication méthodique et raisonnée du code civil*, avrebbe osservato, nel commentare l'art. 4 del *Code*, come fosse «impossibile che la legge prevegga tutti i casi che si possono presentare e che sia sempre tanto chiara da non dare mai luogo a qualche dubbio nel suo vero senso» (p. 217). Perciò il giudice avrebbe dovuto pronunziare «o con induzioni tratte dalla stessa legge, o facendo ricorso alla giurisprudenza de' tribunali, alla dottrina degli autori, alle decisioni de' romani giureconsulti», o comunque, infine, «decidendo secondo i propri lumi ed i principi della ragione e della equità» (pp. 217-218).

Ma ancor più significative, ovviamente, furono le opinioni espresse dal Savigny (1779-1861) del *Beruf*. Non solo, infatti, secondo il giurista di Francoforte era da escludere che la legge potesse seguire lo spontaneo fluire del diritto, ma andava combattuta con forza la stessa idea che il

diritto si risolvesse nella legge, o, peggio ancora, in quel codice francese che aveva cominciato «a diffondersi come un cancro» (*Beruf*, p. 93). Erano stati gli stessi Francesi a constatare come «in realtà ben pochi casi giuridici possono essere risolti direttamente in base a un passo del codice» e ad ammettere che invece «il vero fattore decisivo» nel dispiegarsi del diritto era rappresentato «da quell'elemento ignoto». Quell'«elemento ignoto», che Savigny rinveniva nella storicità del diritto, in una ragionevolezza che l'interprete avrebbe colto nella coerenza storica del fenomeno giuridico, i Francesi identificavano in «una grandezza indeterminata che può avere molti valori diversi», come l'«*équité naturelle*» la «*loi naturelle*», il «diritto romano», le «antiche *coutumes*», «*usages, exemples, décisions, jurisprudence*», «*droit commun*», «*principes généraux, maximes, doctrine, science*» (p. 139).

Più semplicemente – spiegava Savigny – l'«elemento ignoto» era la vita del popolo, da cui scaturiva un diritto «creato prima dai costumi e dalle credenze popolari, poi dalla giurisprudenza, ... sempre opera dunque di forze interiori che agiscono silenziosamente, e non dell'arbitrio di un legislatore» (p. 101). Il diritto viveva spontaneamente nel «comune convincimento del popolo», nell'«uguale sentimento di una necessità interiore che esclude ogni idea di un'origine accidentale e arbitraria» (p. 97).

La codificazione avrebbe arrestato lo scorrere del diritto, la sua stessa storicità, giacché il diritto era per sua natura, al pari della lingua e dei costumi, in perenne trasformazione, aveva una natura ontologicamente consuetudinaria. Era consuetudinario il modo in cui il diritto emanava dalla storia, ma era consuetudinario pure il

lavorio della scienza giuridica, chiamata ad elaborare i concetti e i principi viventi nella coscienza storica del popolo. La scienza giuridica era l'unico interprete capace di leggere il divenire storico, di cogliere ed elaborare il materiale giuridico esistente, con «l'obiettivo di risalire fino alla radice di ogni materiale dato, per scoprirne così il principio organico per mezzo del quale ciò che è ancora vitale deve separarsi spontaneamente da ciò che è ormai morto e appartiene solo alla storia» (*Beruf*, p. 168).

Nel *System*, sebbene riconoscesse alla legge un posto di rilievo nel sistema delle fonti, Savigny avrebbe confermato la genesi sociale del diritto, l'immanenza del «diritto positivo», distinto dal «diritto meramente positivo» o «anomalo», nella «coscienza comune del popolo», anzi nel suo spirito, nel *Volksgeist* (*System*, pp. 42-43). È vero, infatti, che il potere politico avrebbe contribuito a produrre diritto, ma è altrettanto vero che la legge, «organo del diritto del popolo» (*System*, p. 63), avrebbe dovuto essere non già una *deviazione* ma una mera *derivazione* dalla comune coscienza popolare, con la conseguenza del riconoscimento al ceto dei giuristi del potere di riportare il diritto statale alla razionalità del diritto storicamente fondato. Paradossalmente (o ambigualmente), quindi, Savigny rafforzava il primato dell'interpretazione dottrinale, alla quale riconosceva in via esclusiva la funzione di descrivere un sistema di proposizioni giuridiche partendo dal «rapporto giuridico», vale a dire da ciò che di più concreto ci fosse, e risalendo poi all'«istituto giuridico corrispondente» da collegare infine ad una regola giuridica che poteva anche (ma non necessariamente) giacere in un atto legislativo (*System*, pp. 36-45). La legislazione dunque veniva

attratta nella dimensione storicistica del diritto, sottoposta al filtro di una scienza giuridica che, ponte fra «teoria» e «pratica», avrebbe ricondotto la legge, al pari della consuetudine, a «quella razionalità storica progrediente, che è sempre stata l'ideale scientifico e pratico di Savigny» (Marini 1978, p. 191).

La legge, in ultima analisi, avrebbe dovuto essere *ragionevole* nel senso di *coerente* al divenire storico e *conforme* al diritto concretamente posto dalla realtà sociale: un diritto che era e non poteva che essere, per la sua intrinseca storicità, «allo stato fluido», giusto e ragionevole in quanto conforme alla progrediente coscienza giuridica del popolo.

8. *Voci autorevoli per un recupero della dimensione interpretativa*: «un droit naturel à contenu variable»

Se non l'allergenica insofferenza per la forma "Codice", comunque la convinzione che il diritto dovesse esprimere la mutevolezza dei tempi e riprodurre dinamicamente la storicità del suo oggetto, passò da Savigny al secondo Ottocento, quando una nuova linfa rivitalizzò fonti alternative a quella legislativa, come l'interpretazione della scienza giuridica e della giurisprudenza. Il giurista – aveva già ammonito Savigny – avrebbe dovuto possedere «una duplice attitudine»: «senso storico per cogliere acutamente ciò che è peculiare di ogni epoca» e «mente sistematica per considerare ogni concetto e ogni principio nella sua viva relazione e interazione con l'insieme, cioè nell'unico contesto reale e naturale» (*Beruf*, p. 122).

A partire dagli anni Ottanta alcune correnti "ereticali" della cultura giuridica, specialmente italiana e francese, manifestarono tutta la loro insoddisfazione per l'immobilismo codificatorio, finendo col ricercare fondazioni normative non necessariamente superiori, ma comunque alternative a quella legislativa, più profondamente radicate nel tessuto socio-economico di una realtà in trasformazione. La scienza giuridica si riappropriava, più o meno consapevolmente, di una funzione centrale, assumendo l'onere di suggerire soluzioni giuridiche ragionevoli perché congeniali alla mutevolezza dei fatti economici e sociali, e di restituire, così facendo, «fluidità» al diritto.

Era il caso di Enrico Cimbali (1855-1887), il quale, denunciata la necessità di uscire dal «pantano di una esegesi gretta-mente servile» (Cimbali 1895, p. 5), esprimeva «un desiderio profondo di novità, una smania febbrile di riforme in tutte le sfere molteplici della vita, della scienza, dell'arte», un desiderio che «pervade ed agita violentemente le fibre della società moderna», dove «tutto cade e si trasforma, a vista d'occhio, sotto il martello inesorabile della critica, sotto l'impulso irresistibile di nuovi sorgenti bisogni» (*ibidem*). Il Codice, invece, restava lì immobile, «il *Diritto civile*, immobilizzato quasi del tutto nella sua sostanza e nella sua struttura» (*ibidem*), rivendicava, in nome della «socialità» e a superamento del «periodo individualistico», l'urgenza di «intraprendere una riforma ed un mutamento profondamente radicale in tutto l'organismo e la struttura del Codice civile imperante» (*ibidem*, p. 10). Cimbali ribadiva così con forza l'idea che «se tutti i fenomeni della vita economica, sotto l'impulso rinnovatore

della macchina, del vapore, dell'elettricità, del credito, hanno subito una profonda e radicale trasformazione nei loro singoli momenti» ecco che «ne sorge spontanea ed inesorabile la conseguenza che, in perfetta rispondenza col trasformarsi delle condizioni economiche, debbano inevitabilmente trasformarsi, per fatale necessità di cose, anche le relazioni giuridiche, costituendo entrambe il doppio lato del fenomeno sociologico» (*ibidem*, p. 28). Da qui le proposte di riforma in tema di divorzio, vera «legge di alta moralità» (*ibidem*, p. 95), di ricerca della paternità naturale, giustificata dall'«obbligo imperioso» di riparare il danno arrecato (*ibidem*, p. 115), di divieto di riconoscimento dei figli adulterini e incestuosi, «misto di cinismo e d'iniquità, di assurdità e d'ingiustizia» (*ibidem*, p. 148), di successione dei figli naturali e del coniuge superstite, alla quale applicare «i principi più elementari di equità e giustizia» (*ibidem*, p. 282), di obbligazioni, «gradatamente» trasformate «nella misura costante in cui sonosi trasformate le altre manifestazioni della vita giuridica in generale» (*ibidem*, p. 317).

L'insofferenza per l'immobilismo legislativo, tanto rassicurante quanto antistorico, correva come un fremito in Emanuele Gianturco (1857-1907) e Vincenzo Simoncelli (1860-1917), che esortavano la scienza giuridica ad attuare «la felice unione della teoria colla pratica» e a «ravvivarsi a contatto di quella parte del diritto, che è ancora giovane e vigorosa» (Granturco 1881, p. 10). Esplicitamente, ormai, si rivendicava alla scienza giuridica il ruolo di escogitare, attraverso un'interpretazione ragionevole, soluzioni volte a «completare la legge, a scoprire quel ch'è latente in essa, o meglio, quel che in essa si rattrova

in potenza» (Simoncelli 1889, p. 424), perché «dentro la elasticità consentita dal letterale significato della espressione legislativa, questa può e deve modificarsi in avvenire, adattandosi alle condizioni sociali e al sentimento comune» (*ibidem*, p. 431). Sul punto si vedano almeno Alpa 2000, pp. 178-190, e Grossi, *Interpretazione*, 1998, pp. 33-68). Partire dalla legge – era il messaggio di Simoncelli – ma ricostruire il diritto ascoltando la vita reale, l'esperienza giuridica e il divenire storico, perché «la legge di uno Stato, com'è ovvio, non accoglie tutto il diritto», e «la sua interpretazione» – e qui si ha forse una delle più moderne definizioni della ragionevolezza – «non è la rivelazione della volontà del legislatore, ma è lo studio della stessa vita sociale, lo studio di quest'organo con cui la società adempie una delle sue più alte e più imprescindibili funzioni» (Simoncelli 1889, pp. 423-424).

La irragionevolezza della legge stava nel suo immobilismo, nella sua fisiologica incapacità di assecondare i palpiti di una società in evoluzione, nel suo essere, appunto, la negazione di un diritto «allo stato fluido». L'interpretazione si candidava – anzi meglio, si confermava – strumento irrinunciabile per la costruzione di un diritto ragionevole: un diritto equilibrato, giusto, equo, al passo coi tempi, congeniale alle istanze socio-economiche. Il che valeva non solo per l'interpretazione della scienza giuridica, lettura ordinante dei fatti della vita e spinta propulsiva per le riforme, ma ancor di più per quella della giurisprudenza, quell'interpretazione ragionevole attraverso cui il giudice avrebbe trasformato la legge in diritto, perché l'avrebbe letta alla luce dei tempi, della tradizione giuridica, del senso di giustizia, di criteri

di eguaglianza, di un pur composito patrimonio di valori. Occorreva recuperare – ammesso che si fossero mai smarrite – fonti del diritto alternative, come la consuetudine e l'interpretazione, che, calate nel tessuto economico-sociale, profondamente immerse nell'esperienza giuridica quotidiana, avrebbero con la loro lettura ragionevole delle cose restituito al diritto quella dimensione fluida che gli era propria.

Per i gius-commercialisti, a contatto con la questione sociale di fine secolo e la prorompente emersione del fenomeno imprenditoriale, la percezione che la ragionevolezza del diritto passasse da uno stato necessariamente fluido fu particolarmente vivida. Vivante (1855-1944), come sottolinea da Grossi (2000, pp. 51 ss.), recuperava al quadro delle fonti gli usi e le consuetudini, riconosceva alla giurisprudenza il potere di abbeverare il diritto alla sorgente dei fatti, perché

quando il giudice è convinto, per una fitta serie di osservazioni desunte dai fatti e dalla loro funzione sociale ed economica, che una regola è conforme alla natura dell'istituto non ancora disciplinato dal diritto positivo, esso dovrà applicarla perché gli elementi essenziali e conaturali di un istituto non abbisognano di un'esplícita dichiarazione convenzionale o legale per essere riconosciuti

[Vivante 1907, pp. 91-92].

Così la scienza avrebbe preparato «anche la legge dell'avvenire, perché la prima regola di ogni costruzione giuridica è l'osservazione genuina dei fatti» (Vivante 1907, p. 93). Erano, per dirla con Kohler (1849-1919), il bisogno pratico («das praktische Bedürfnis») e il postulato etico della vita giuridica («und die ethischen Postulate des Rechtslebens») i veri simbo-

li del diritto («die Wahrzeichen des Rechts»), non l'astrazione teorica («nicht die theoretische Abstraction») (Kohler 1884, p. 79). Perciò, ovviamente, anche il giudice avrebbe dovuto, con la sua interpretazione, dare una lettura ragionevole della legge, piegarla ai contesti, ai valori e ai bisogni del tempo, talché, come notava Bosio, «è facile il deviamiento della giurisprudenza dal retto sentiero che le è dalla legge tracciato, poiché volentieri l'equità del magistrato si piega a quelle interpretazioni che tendono a rendere meno rigido, e più conforme ai bisogni della pratica, l'inopportuno rigore della legge» (Bosio 1904, p. 112).

Sarebbe stata, com'è noto, soprattutto la cultura giuridica francese a ridiscutere apertamente la visione sillogistica dell'interpretazione giurisprudenziale. In quel laboratorio sapienziale che fu la Francia di fine Ottocento primi del Novecento si sarebbe riportato l'asse dell'ordinamento «dal momento autoritativo della produzione della norma al momento vitale, esperienziale, della applicazione, cioè della recezione e compenetrazione della norma nell'organismo sociale» (Grossi, *Ripensare*, 1998, p. 191). La ragionevolezza del diritto stava nella sua idoneità a modellarsi sui fatti economici e sociali, nella capacità di stare al passo con la vita e di trasformarsi con i ritmi della quotidianità. Il diritto – nel 1899 spiegava infatti Gény (1861-1959) – doveva «rester chose vivante» e «vivre» significava «se mouvoir et se transformer»: il che, segnatamente per il diritto, implicava una «parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale» (Geny 1889, n. 185, p. 584). La legge, da sola, avrebbe potuto ben poco, se non vivificata dai fatti, dalle consuetudini, dalla riflessione scien-

tifica, dall'interpretazione di giudici chiamati a scrutare «la nature des choses objectives» e a rendere effettivo «l'équilibre des intérêts» (Geny 1889, n. 174, p. 545).

Si poteva finalmente azzardare, come aveva fatto Stammler (1865-1938) e come faceva Saleilles (1855-1912), l'esistenza di «un droit naturel à contenu variable», non astratto e immutabile ma camaleontico e mutevole, non rivelato dall'alto ma generato spontaneamente dai fatti della vita e da un ordine sociale in continua evoluzione (Saleilles 1902, p. 97). Il che, evidentemente, significava che l'interpretazione avrebbe dovuto ispirarsi a «idées de justice», «principes de raisons» e «axiomes d'équité», purché fosse chiaro che tali canoni non fluttuavano in un pianeta incontaminato, «immutabili» e «intangibili», ma si svolgevano dalle «lois positives du monde social» (*ibidem*, pp. 89-91). Solo così, infatti, il giudice, cui andava riconosciuto «un très large pouvoir d'interprétation», avrebbe potuto orientare «l'adaptation et l'évolution organiques de la loi elle-même dans le sens des nécessités juridiques et sociales qui s'imposent à la conscience collective du pays» (*ibidem*, pp. 101-102).

Il quadro delle fonti, pertanto, poteva ora decisamente ridisegnarsi. Il diritto – spiegava infatti Planiol (1853-1931) – aveva due fonti principali: la consuetudine e la legge, da cui derivavano rispettivamente il «droit coutumier» e il «droit écrit» (Planiol 1908, p. 4). Ma il «droit coutumier» avrebbe potuto essere conosciuto solo dalla «pratique judiciaire», grazie all'esperienza acquisita «dans une longue carrière de praticiens», e studiato solo dalla scienza giuridica, «dans des ouvrages purement privés», da uomini esperti, «anciens magistrats pour la plupart» (*ibidem*). Sem-

bra di sentire l'eco delle parole di Coke, quando parlava di una interpretazione basata su una ragione artificiale, che era tale perché arricchita dallo studio, dalla pratica, dall'esperienza. La giurisprudenza era ambasciatrice della consuetudine, al punto che – spiegava ancora Planiol – non era neppure pensabile che le norme consuetudinarie avessero «une valeur obligatoire, en dehors de la jurisprudence» (*ibidem*, p. 4). Anzi: la giurisprudenza rappresentava la «forma vivente» del diritto, perché con la sua interpretazione, sia «qu'elle interprète la loi, soit qu'elle statue dans le silence des lois et pour en combler les lacunes», rendeva decisioni esecutive (*ibidem*, p. 6, nota 4). Era solo questa, la «*règle appliquée*», «*la forme vivante du droit*».

La ragionevolezza del diritto, ancora una volta, passava dunque da un'interpretazione giurisprudenziale in virtù della quale rendere fluido lo stato del diritto, perché «la coutume, au sens français, est essentiellement mobile» (*ibidem*, p. 6, nota 4). Ma dire che l'interprete avrebbe letto il diritto attraverso le lenti vivificanti della prassi significava anche che lo avrebbe applicato secondo principi di giustizia, di eguaglianza, di buon senso e di ragione. Tanto che quando Planiol distingueva un «droit positif» da un «droit naturel», metteva in guardia da false concezioni del diritto naturale, fra le quali quella classica, giusnaturalistica, che lo identificava con «une loi idéale, concevable par l'intelligence et qui en serait le modèle, c'est réduire le droit naturel au sort de tout idéal» (*ibidem*, p. 2). Non era a questo diritto che poteva riconoscersi validità, ma certamente la si poteva e doveva riconoscere a quel diritto naturale inteso come «petit nombre de maximes, fondées sur l'équité et le

bon sens, qui s'imposent au législateur lui-même, et d'après lesquelles l'oeuvre législative pourra être appréciée, louée ou critiquée» (*ibidem*, pp. 2-3).

9. *L'aderenza alla realtà come autentico metro di ragionevolezza*

Il nesso fra ragionevolezza, «stato fluido» del diritto e interpretazione risulta ormai messo completamente a nudo. La ragionevolezza del diritto sta nel punto di equilibrio fra testo e contesto, fra legalità e vitalità, fra lettera della legge e coscienza sociale, fra certezza del diritto e concretezza dell'ordinamento. Il conseguimento di questo punto di equilibrio non può che passare da fonti spontanee e diffuse, a cominciare dall'interpretazione giurisprudenziale, la cui azione rende possibile la formazione di un diritto aderente al massimo grado al divenire sociale, al dispiegarsi della vita economica, al pluralistico e mutevole patrimonio etico di una collettività.

Nell'*aequitas* della dottrina giuridica medievale, nella *ratio naturalis* dei giusnaturalisti moderni, nella ragione artificiale di Coke, nello spirito popolare di Savigny, nel solidarismo di Cimbali, Gianturco e Simoncelli, nel concretismo di Saleilles, Gény e Planiol, si nasconde l'esigenza di un diritto ragionevole, tale perché conforme alle consuetudini, ai sentimenti e alle istanze di una società in divenire: un diritto «allo stato fluido», come quello di Cesari-Sforza, che assorba plasticamente i molti diritti di una società complessa e le pulsioni di un mondo rapido e vitale.

La ragionevolezza del diritto, in questo senso, non è altro che l'esito di un proces-

so interpretativo che in una realtà storica può essere valorizzato o mortificato ma che è comunque presente in quanto ontologicamente connaturato all'idea stessa di diritto: l'interpretazione come lettura ragionevole di un testo, cioè come mediazione fra il testo ed una realtà che è in continuo divenire, intrisa di storicità, di fatti economici e sociali, di valori (da ponderare) e senso di giustizia (principi da bilanciare). Fra Otto e Novecento, molto prima dunque della «crisi del diritto» conseguente alle tragedie del secondo conflitto mondiale, questa dimensione interpretativa, come si è visto, riaffiora dall'oblio cui l'aveva costretta il legalismo statualistico, fino a ritrovare cittadinanza, sotto molteplici forme e intessuta di diverse ideologie, fra le voci di costituzionalisti come Romano e Mortati, di filosofi come Capograssi, di penalisti come Maggiore, di civilisti come Cesarini Sforza e Vassalli, di commercialisti come Mossa e Ascarelli.

Pur concependo ogni eventuale limite della funzione legislativa come mera «autolimitazione» ed escludendo che ai giudici potesse spettare «qualsiasi controllo sulla legittimità sostanziale delle leggi», Romano guardava infatti con timore ogni possibile «immobilizzazione» o «cristallizzazione» del diritto, facendo della «elasticità» una delle parole chiave del suo lessico giuridico (Romano 1902, pp. 131-132). Nel prendere posizione sulla modificabilità ordinaria dello Statuto, il giurista palermitano riteneva che in effetti *stricto iure* esso era dal legislatore senz'altro modificabile. E però «ogni volta che siffatta opinione si enuncia, e nella dottrina e nella pratica parlamentare, si sente il bisogno di aggiungere che a tali modificazioni si deve procedere solo quando esse sono rese

inevitabili e dai mutati bisogni e da una matura e ben accertata opinione pubblica». Il che sarebbe non un limite giuridico ma solo un precetto di buona politica, se non fosse che l'insistenza con cui quella riserva veniva ripetuta faceva sorgere «spontaneo il dubbio se in essa non si celi un principio, che non è solo di convenienza, ma che, bene sviscerato e, soprattutto, formulato convenientemente, acquista natura e sostanza di un principio giuridico, nel senso più vero della parola».

Un vero e proprio limite giuridico per il legislatore, dunque, non contemplato da alcuna disposizione di legge, ma promanante da una regola avvertita come «giusta» innanzitutto dalla prassi: dalla dottrina, dalla giurisprudenza, dalla pratica parlamentare.

Un limite giuridico derivante dalla consuetudine, che a differenza della giustizia, che è un limite «non giuridico», costituisce un limite «per sua natura giuridico», ma che, come la giustizia, è «costituita sempre da norme di giustizia che son venute acquistando un maggior grado di consistenza e di oggettivazione». La «giustizia ragione» – come la chiamava Romano – usciva dunque dalla porta per rientrare dalla finestra. Il «diritto scritto» era dalla consuetudine «dominato, quasi penetrato». Tanto che c'erano anche «certi principi giuridici», come quello della irretroattività della legge, che erano «così fondamentali – siano scritti o non scritti, poco importa – che non è possibile non vincolino il legislatore», e avrebbe sbagliato chi avesse pensato trattarsi di «norme di giustizia, non di diritto», perché se il Parlamento avesse violato quei principi esso avrebbe esorbitato «da limiti, che non possono non definirsi giuridici» (Romano 1902, pp. 141-149).

La legge, anche quella costituzionale, avrebbe quindi dovuto confrontarsi con la prassi, con la consuetudine, con la vita. L'interprete, con il suo metro flessibile, avrebbe cucito la legge addosso al corpo vivente della società, creando un diritto ragionevole in quanto conforme al tessuto sociale, alla situazione economica, al senso di giustizia. Non era dalla norma – spiegava Maggiore (1882-1954) rifacendosi a Jhering (1818-1892) – che doveva «trarsi tutta la vita del diritto, come il ragno trae da sé la sua tela», né poteva davvero sostenersi che «il lavoro d'interpretazione giudiziaria» fosse «né più né meno che un'applicazione della norma obiettiva al caso concreto» (Maggiore 1926, p. 368). Sull'onda del «diritto libero» di Adickes, Kantorowicz, Ehrlich, Bülow, e del «metodo storico evolutivo» di Gény e Saleilles, Maggiore sottolineava invece, sia pur nell'ottica della sua ideologia antidemocratica e antiparlamentare, il «momento di creazione» che viveva anche nella «sentenza più ortodossa e nell'esegesi più pedissequa», per poi invitare a riflettere su «quella giurisprudenza, che, in omaggio all'equità, tende o contrae fino all'inverosimile il senso della legge per dare una disciplina giuridica a rapporti sociali di nuova formazione» (*ibidem*, p. 374). La giurisprudenza era un'«arte», perché «il suo procedere non consiste in un semplice prendere atto dei dati esteriori, bensì in un fare, in un costruire, in un creare: e nel creare c'è sempre più del semplice conoscere come apprendimento di un oggetto estraneo: c'è in gioco l'intuizione, l'invenzione, la fantasia» (*ibidem*, p. 376).

Ecco, di nuovo, l'idea di un diritto che rifletta, assecondandoli, i cambiamenti della società, dell'economia, della giustizia.

«Interpretare una legge» – proseguiva infatti Maggiore – «significa negare la sua generalità, disciogliere la sua fissità, creare una posizione nuova del giusto che superi e neghi la pura legge, di quanto il concreto supera l'astratto, e il particolare l'universale» (*ibidem*, p. 382). La ragionevolezza del diritto passava dall'interpretazione, perché è l'interprete che «estende e amplifica, fecondandola, la vita del diritto» e «se la giurisprudenza e la scienza sono possibili, è perché lo scienziato elaborando, e il giudice applicando il diritto positivo, lo vivificano, lo fecondano, lo sviluppano» (*ibidem*, p. 381). Perciò, gridava allarmato Maggiore: «fate che la scienza e l'interpretazione giudiziaria null'altro siano che una combinazione o un gioco di schemi astratti senza riferimento alla realtà concreta, e la vita del diritto sarà spenta» (*ibidem*).

La ragionevolezza del diritto presupponeva quindi uno «stato fluido», affinché l'interpretazione equitativa ne determinasse un contenuto aderente alla realtà storico-sociale. Ove per «equità» doveva intendersi, come spiegava Ascarelli (1903-1959), non già la «giustizia del caso concreto», ma l'«esigenza di adeguamento ad una realtà sociale mutata, esigenza che si esprime nell'elaborazione di nuove norme, vuoi, ovviamente, attraverso l'opera riformatrice del legislatore, vuoi però anche attraverso una loro peculiare elaborazione attraverso fonti specializzate come appunto con lo *ius honorarium* e con l'*equity*» (Ascarelli 1954, p. 487, nota 4). Nell'interpretazione, «in ogni interpretazione giuridica e non in una peculiare e occasionale interpretazione che a quella si possa contrapporre», si materializzava lo sviluppo del diritto e si realizzava «l'attuale socialità

della norma quale che ne sia la fonte». Ed era proprio perché l'interpretazione andava considerata «frutto di esperienze e valutazioni, tradizioni e speranze, esigenze e ideali», che il diritto trovava in essa il migliore canale della sua attuazione storico-sociale, la fonte più affidabile della sua ragionevolezza: «perciò appunto lo sviluppo di un diritto attraverso la sua interpretazione è fenomeno costante e necessario» (*ibidem*, pp. 490-494).

10. *L'interpretazione fra «stato fluido» e diritto ragionevole*

Si può, quindi, gettare la maschera: la Corte costituzionale, come ogni altro interprete, compie un giudizio di equità, assicura una interpretazione della Costituzione, e con essa degli atti normativi ordinari, che sia al passo con i tempi. Nella cornice dei principi costituzionali – espliciti, manifesti, inespresi o presupposti – la Consulta opta per la prevalenza di un principio rispetto all'altro, secondo quel che giudica conforme al contesto storico concreto. Il che non esclude, com'è già successo, che in una valutazione futura la stessa Corte non possa, a Costituzione invariata, ritenere, altrettanto legittimamente, l'inverso (si pensi alle pronunce sulla successione legittima tra fratelli naturali o sulla tutela penale del sentimento religioso).

Senza bisogno di evocare un immutabile «ordine naturale dell'umana società», come quello che nel 1951 ripropose Garbagnati (1913-1998), o di farsi proseliti di un «culto della verità» e di un'idea di Costituzione come «razionalizzazione giuridico-politica di talune verità o, *melius*, di

alcuni valori transeporali o sovrastorici» (Spadaio 1994, pp. 444-457), può affermarsi che la ragionevolezza serve tanto alla Corte costituzionale quanto ad ogni altro soggetto dell'ordinamento per adeguare il diritto vigente all'esperienza, ad una società in evoluzione, alle nuove esigenze economiche e sociali, al patrimonio di valori che una civiltà giuridica va negli anni spontaneamente elaborando.

I modi argomentativi della ragionevolezza non sono nulla di sovversivo, nulla di diverso dai modelli concettuali di un'interpretazione giudiziaria antiformalista, dato che «nella tradizionale teoria dell'interpretazione della legge è costantemente presente l'esigenza di un ragionevole bilanciamento degli interessi contrapposti» (Bin 2002, p. 63). Sotto questo profilo, anzi, non è solo la Corte costituzionale, ma ogni altro operatore del diritto, giudice, giurista, notaio e avvocato, che concorre diffusamente, attraverso l'interpretazione, a conformare il diritto al contesto socio-economico e a un senso di giustizia che risulta in costante divenire: un diritto, appunto, «allo stato fluido».

Come avventata fu la concezione del Codice quale strumento tecnico per sovrapporre una volta per tutte lo scorrere del tempo, così lo sarebbe l'idea di una Costituzione fossilizzata nei suoi lemmi, nei suoi articoli, nei suoi commi. Con le Costituzioni del XX secolo si è giunti ad una «positivizzazione» al massimo livello dell'ordinamento giuridico di molti contenuti «moralistici» affermati dal diritto naturale» (Zagrebelsky 1992, p. 158), ma questo non ha impedito che i giudici continuassero, immergendo i testi nella storicità concreta, a proporre un «diritto vivente». Il principio applicato alla realtà, variopinta, mute-

vole e concreta, assume infatti, per un verso, nuovi significati, e conferisce ai fatti, per altro verso, una configurazione giuridica cui il diritto non può restare indifferente: «il “diritto vivente” cioè il diritto che effettivamente vige non è quello scritto nei testi, ma quello che si determina dall’impatto tra la norma in astratto e le condizioni reali del suo funzionamento» (*ibidem*, p. 167).

Perciò, nel giudizio di legittimità della legge, ma più in generale nella interpretazione di una norma, entrano giuocoforza scelte valutative ed apprezzamenti di valore che consentono al legislatore, all’interprete, al pratico e al cittadino, di trovare un ragionevole punto di equilibrio nella combinazione dei principi, di ravvisare, nella legge, nella sentenza, nel contratto, un accettabile armistizio fra gli interessi in conflitto. «Questo» – ha osservato Zagrebelsky (*ibidem*, p. 170) – «spiega “il cammino” storico che le Costituzioni sono in grado di percorrere, pur restando immutate nella loro formulazione testuale». Questo – si può ancora osservare – spiega perché l’interpretazione renda possibile quello «stato fluido» da cui scaturisce, giorno dopo giorno, un diritto effettivamente ragionevole.

Bibliografia

- Aa. Vv., *Ragionevolezza e interpretazione*, in «Ars Interpretandi», 7, Padova, Cedam, 2002;
- Alexy (Robert), *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in Aa. Vv., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di La Torre (Massimo) e Spadaro (Antonino), Torino, Giappichelli, 2002, pp. 27-44;
- *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986;
- Alpa (Guido), *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000;
- Ascarelli (Tullio), *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in «Rivista del diritto commerciale», 1954, ora in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 481-519;
- *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952;
- Bin (Roberto), *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in Aa. Vv., *La ragionevolezza nel diritto*, cit., pp. 59-83;
- Birocchi (Italo), *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002;
- Blackstone (William), *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, 1765, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1979;
- Bobbio (Norberto), *Aspetti del positivismo giuridico*, in Idem, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1972², pp. 101-126;
- Bodin (Jean), *I sei libri dello Stato*, vol. I, a cura di Isnardi Parente (Margherita), Torino, Utet, 1964, rist. 1988; vol. II, a cura di Isnardi Parente (Margherita) e Quagliani (Diego), Torino, Utet, 1988; vol. III, a cura di Isnardi Parente (Margherita) e Quagliani (Diego), Torino, Utet, 1997;
- Bosio (Edoardo), *Trattato dei marchi e segni distintivi di fabbrica secondo la Legge italiana e il Diritto internazionale. Della contraffazione e della concorrenza sleale*, Torino, Utet, 1904;
- Broggini (Gerardo), *Aspetti storici e comparatistici*, in Aa. Vv., *L’equità*, Atti del Convegno di studi di Lecce (9-11 novembre 1973), Milano, Giuffrè, 1975, pp. 17-45;
- Caprioli (Severino), *Tre capitoli intorno alla nozione di «regula iuris» nel pensiero dei glossatori*, in «Annali di storia del diritto», V-VI (1961-1962), pp. 231-266;
- Cesarini Sforza (Widar), *Il diritto dei privati*, 1929, ed. Milano, Giuffrè, 1963;
- Cimbali (Enrico), *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Torino, Utet, 1895³;
- Cino da Pistoia, *Lectura super Codice*, Francoforti ad Moenum, 1578, rist. anast. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1998, tomo I;
- Coke (Edward), *Reports*, in Sheppard (Steve), *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, vol. I, Indianapolis, Liberty Fund, 2003;
- *Institutes*, in Sheppard (Steve), *The Selected*, cit., vol. II;
- Cortese (Ennio), *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1962;
- *Tra glossa, commento e umanesimo*, in «Studi senesi», CIV (III serie, XLI), 1992, pp. 458-503;
- Cujas (Jacques), *Recitationes solennes ad librum secundum Quae-stionum Pauli*, in *Opera omnia*, tomus V, Neapoli, 1722;
- Dicey (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915⁸ (trad. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, Il Mulino, 2003);

- Donello (Ugo), *Commentarii de jure civili*, in Idem, *Opera omnia*, Florentiae, 1840, tomus I, liber I, cap. XIII;
- Fassò (Guido), *Storia della filosofia del diritto*, II, *L'età moderna*, Bologna, Il Mulino, 1968;
- *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1972, pp. 897-952;
- Filangieri (Gaetano), *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, 1774, ed. Palermo, Tipografia di Francesco Abbate, 1815, pp. 1-52;
- Fitting (Hermann), *Summa Codicis des Imerius*, Berlin, Guttentag, 1894;
- Frosini (Vittorio), *L'equità nella teoria generale del diritto*, in Aa. Vv., *L'equità*, cit., pp. 3-16;
- Carbagnati (Edoardo), *Il giudice di fronte alla legge ingiusta*, in «Jus», 1951, pp. 431-450;
- Gény (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Marescq & C^{ie}, 1899;
- Gianturco (Emanuele), *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, 1881, in Idem, *Opere giuridiche*, vol. I, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1947, pp. 3-12;
- Grossi (Paolo), *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995;
- *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 25, 1996, pp. 267-284, ora in Idem, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 275-292;
- *Interpretazione ed esegesi. (Anno 1890 - Polacco versus Simoncelli)*, in *Assolutismo giuridico*, cit., pp. 33-68;
- *Modernità politica e ordine giuridico*, in *Assolutismo giuridico*, cit., pp. 443-469;
- *Ripensare Gény*, in *Assolutismo giuridico*, cit., pp. 143-192;
- *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000;
- *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001;
- Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005;
- Crozio (Ugo), *De aequitate, indulgentia et facilitate*, s.l., 1719;
- *De iure belli ac pacis libri tres*, Lausannae, 1759;
- Guastini (Riccardo), *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in «Ragion pratica», 11, 1998, pp. 185-206;
- Hobbes (Thomas), *Leviatano*, ed. Roma-Bari, Laterza, 1974;
- *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, in *Opere politiche*, a cura di Bobbio (Norberto), vol. I, Torino, Utet, 1971, pp. 391-558;
- Hotman (François), *Antitribonianus sive dissertatio de studio legum*, Pisis, 1785;
- Irnerio, *gl. iustitia in D.1.1.1. de iustitia et iure l. Iuri operam*, in Besta (Enrico), *L'opera d'Irnerio (Contributo alla storia del diritto italiano)*, II, *Glosse inedite d'Irnerio al Digestum vetus*, Torino, Loescher, 1896;
- Kaufmann (Arthur), *Diritto naturale e storicità*, in «Jus», 1959, pp. 178-196;
- Kohler (Josef), *Das Recht des Markenschutzes*, Würzburg, Stahel, 1884;
- Maggiore (Giuseppe), *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, in «RIFD», 6, 1926, pp. 364-386;
- Marcadé (Victor-Napoléon), *Explication méthodique et raisonnée du code civil* (trad. it. *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone*, vol. I, Napoli-Parigi, 1871³, per opera e studio di G. Golia);
- Marini (Giuliano), *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, Guida Editori, 1978;
- Martino, *Exordium Institutionum*, in Irnerio, *Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici, aliorumve*, in Palmieri (Giovanni Battista), *Scripta anecdota glossatorum*, vol. I, Bologna, Typis societatis Azzoguidianae, 1913;
- Meijers (Eduard Maurits), *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, in «Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis», XVII (1941), ora in Idem, *Etudes d'histoire du droit*, tomo IV, *Le droit roman au moyen âge*, Leyde, 1966, pp. 142-156;
- Morrone (Andrea), *Il Custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001;
- *Principio di ragionevolezza e definizione di «diritto»*, in Aa. Vv., *La ragionevolezza nel diritto*, cit., pp. 285-300;
- Orestano (Riccardo), *Le nozioni di ordinamento giuridico e di esperienza giuridica nella scienza del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1985, pp. 959-1000;
- Paladin (Livio), *Ragionevolezza (principio di)*, in «Enciclopedia del diritto», *Aggiornamento*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 899-911;
- Paradisi (Bruno), *Diritto canonico e tendenze di scuola*, in *Studi medievali. Per la storia della cultura in Italia nel Duecento e nel Trecento. Omaggio a Dante nel VII centenario della nascita*, 6, 2, 1965, ora in *Studi sul Medioevo giuridico*, vol. II, Roma 1987, pp. 525-656;
- Planiol (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, tome I, Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1908⁵;
- Portalis (Jean-Étienne-Marie), *Discours préliminaire*, in *Naissance du code civil. Travaux préparatoires du Code civil, extraits choisis et présentés par Ewald (François)*, Paris, Flammarion, 2004, pp. 35-90;
- Quagliani (Diego), *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, Cedam, 1992;
- *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 49-65;
- Romano (Santi), *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in «Archivio di diritto pubblico», 1902, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 117-150;
- *Le prime carte costituzionali*, Discorso inaugurale dell'anno accademico 1906-1907 nella Regia Università di Modena, ora in *Lo Stato moderno*, cit., pp. 163-165;

- Saleilles (Raymond), *École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, in «Revue trimestrielle de droit civil», 1, 1902, pp. 80-112;
- Santoro (Emilio), *Rule of law e "libertà degli inglesi". L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di Costa (Pietro) e Zolo (Daniolo), Milano, Feltrinelli, 2003;
- Savigny (Friedrich Karl von), *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814 (trad. it. *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in *La polemica sulla codificazione*, a cura di Marini (Giuliano), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992);
- *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Berlin, 1840 (trad. it. di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Utet, 1886);
- Scaccia (Gino), *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000;
- Silli (Paolo), *Equità (storia del diritto)*, in «Digesto delle Discipline Privatistiche», Sezione civile, vol. VII, Torino, Utet, 1991, pp. 477-498;
- Simoncelli (Vincenzo), *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Discorso letto per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1889-1890 nell'Università di Camerino il 17 novembre 1889, in *Idem, Scritti giuridici*, vol. I, Roma, Soc. ed. del «Foro italiano», 1938, pp. 415-441;
- Spadaro (Antonino), *Contributo per una teoria della costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, Giuffrè, 1994;
- Tarello (Giovanni), *Sul problema della crisi del diritto*, Giappichelli, Torino, 1957;
- *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980;
- Taruffo (Michele), *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002;
- Vallejo (Jesus), *Ruda equidad, ley consumada. Concepcion de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1992;
- Vivante (Cesare), *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, *I commercianti*, Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1907³;
- Zagrebelsky (Gustavo), *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

¹ Nel progetto originario del *Code*, in sintonia con le concezioni di Portalis, un *Libro preliminare* prevedeva, all'art. 11 del titolo V, che il giudice sarebbe stato «ministro d'equità», da intendersi come ritorno alla legge naturale e agli usi. L'articolo, però, non venne mai accolto.