

L'ETHOS DEI GIURISTI

di Ernst-Wolfgang Böckenförde

Se parliamo di ethos, si pone immediatamente la domanda: che cosa significa ethos? L'ethos non può essere messo sullo stesso piano dell'etica; tra le due parole c'è senz'altro una parentela linguistica, eppure, quanto al loro significato, sono distinte. In che cosa sta tuttavia la differenza? Può essere semplicemente ridotta alla contrapposizione tra ciò che è normativamente dovuto – l'etica – e ciò che è fattualmente vissuto – l'ethos?

1 – La parola ethos viene dai greci. In principio essa indica luoghi abitati e gli usi che vi si praticano: il modo abituale di agire, di parlare, di comportarsi, dunque gli usi e la mentalità comuni¹. L'ethos, quale espressione di questi usi e mentalità comuni, guida gli uomini, come spiega Eraclito², dà forma alle loro visioni, al pensiero e ai modi di comportarsi di questi, così come al loro *habitus* e al loro carattere. L'ethos è perciò qualificabile come modo di agire e di comportarsi concretamente determinato che scaturisce dalle condizioni di vita, dalla professione e dal lavoro pratico, dall'ambiente circostante e dalla capacità dell'uomo di agire eticamente. Tale ethos può certamente essere intessuto di elementi propri dell'etica nella misura in cui principi e istanze normative diretti a guidare i comportamenti trovano proprio nell'ethos e attraverso di esso concretizzazioni e applicazioni più puntuali³. L'ethos si lega anche alla perizia e alla consapevolezza

¹ G. FUNKE, *Ethos I*, in HWBPhil, vol. 2, col. 812; H. SEUBERT, *Polis und Nomos*, Berlin 2005, p. 75.

² DIELS-KRANZ, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, B 119; G. FUNKE, op.cit., col. 813.

³ Vedi W. KLUXEN, *Ethik und Ethos* (1978), in IDEM, *Moral, Vernunft, Natur. Beiträge zur Ethik*, Paderborn 1997, pp. 3-17.

che si ha di essa, e, in questo, manifesta anche un rapporto con *l'aretē*, con la virtù nel senso delle abilità che acquistiamo con l'apprendimento e l'abitudine⁴. [L'ethos rimane nondimeno distinto con tutta evidenza dall'etica normativa, esso appartiene all'ambito dei modi di vedere maturati con l'abitudine e ai corrispondenti adempimenti esistenziali].

2. Un ethos dei giuristi è di conseguenza condizione dell'emergere del giurista come specifica professione e categoria professionale che si occupa del diritto, che reperisce il diritto, lo pratica e lo applica, e ne è condizionata nel merito. Dove troviamo però per la prima volta la professione del giurista?

Non, come si potrebbe pensare, nell'antica Grecia. Dobbiamo ai Greci la grandiosa riflessione sul diritto che ancor oggi non cessa di esercitare la propria influenza, ovvero un'imponente filosofia del diritto, ma in Grecia non ci furono giuristi⁵. Soltanto a Roma si perviene, con la pratica del diritto romano, al giurista come tipo ben delineato di professionista nonché all'educazione di un ceto di giuristi⁶. La questione dell'ethos dei giuristi non può dunque avere inizio che tra i giuristi romani. I giuristi romani, anche per quel che concerne l'ethos giuridico, hanno esercitato una vasta influenza che eccede l'epoca imperiale; com'è noto, il diritto romano e il suo studio hanno avuto in Europa, dal Medioevo fino all'ora presente, un influsso determinante e una forza conformativa⁷. E tuttavia il giurista romano non è rimasto l'unico

⁴ H. OTTMANN, *Geschichte des politischen Denkens*, vol. 1, 1, Stuttgart-Weimar 2001, p. 16.

⁵ H. J. WOLFF, *Vorgeschichte und Entstehung des Rechtsbegriffs im frühen Griechentum*, in W. FIKENTSCHE-H. FRANKE-O. KÖHLER (a cura di), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, Freiburg-München 1980, p. 558; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, Tübingen 2006 (2 ed.), pp. 23 e s.

⁶ F. WIEACKER, *Der römische Jurist*, in IDEM, *Vom römischen Recht*, Stuttgart 1961 (2 ed.), pp. 128-160.

⁷ Vedi l'esposizione di P. KOSCHACKER, *Europa und das römische Recht*, München-Berlin 1953 (2. ed.), in particolare pp. 141-147, 212-

tipo di giurista professionista. A questi subentrarono altri giuristi non meno professionisti ossia quelli legati all'ordinamento legislativo continentale, primi fra tutti i *legisti* francesi, e i giuristi della *common law* anglo-americana. Anche qui si svilupparono concezioni peculiari e forme d'agire concretamente determinate le quali incisero a loro volta sull'ethos giuridico conformandolo. Parlare dell'ethos del giurista significa così allo stesso tempo parlare delle sue differenti manifestazioni; di volta in volta la peculiarità di queste forme di manifestazione dipende, non per ultimo, dalla conformazione e dalla particolarità del diritto con il quale i giuristi si misurano e che contribuiscono in parte a produrre. [Il diritto, lo sappiamo dalla sua storia, non ha presentato una volta per tutte la medesima conformazione, esso si palesa piuttosto in una molteplicità di forme del tutto differenti⁸].

II

Volgiamoci dunque alle principali forme significative attraverso le quali si manifesta l'ethos dei giuristi.

Ci sono in primo luogo la forma di agire e l'ethos dei giuristi romani. Come si formarono questi giuristi? Quali furono i loro compiti, le forme della loro attività e il loro modo d'agire? [In che maniera hanno contribuito allo sviluppo del diritto romano e alla formazione di un ethos giuridico? Affidiamoci alla guida di Franz Wieacker e di Wolfgang Kunkel ricorrendo alle loro ricerche sulla storia del diritto e dei giuristi romani⁹].

244; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967 (2 ed.), pp. 97-248, 430-458.

⁸ W. SEAGLE, *Weltgeschichte des Rechts*, München 1967 (3 ed.).

⁹ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. 1, München 1988, vol. 2, München 2006; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln 1967 (2 ed.).

a) I giuristi romani ebbero i propri precursori nei pontefici il cui carattere è principalmente sacrale. I pontefici erano custodi della tradizione culturale e statale accumulatasi nel tempo, dell'archiviazione dei patti politici e delle leggi oltre che dell'applicazione del calendario delle feste. Essi erano perciò detentori di quel particolare sapere che abbraccia tutti i processi giuridicamente rilevanti fatti oggetto di registrazione scritta. In virtù dell'accesso privilegiato a questo sapere, quando non addirittura del monopolio dello stesso, ebbero in aggiunta anche il compito dell'applicazione pratica di questo patrimonio di conoscenze. Il loro ambito originario fu la guida esperta e la consulenza prestata a funzionari e a privati in tutte le questioni che concernevano il rapporto dell'*urbs* e dei suoi cittadini con le divinità, come, in particolare, le orazioni, la presentazione di doni sacrificali, i rituali di espiazione. Nelle incombenze di natura prevalentemente profana, alle quali non tardò a estendersi la loro attività e che con il passare del tempo si fecero preponderanti, furono loro compiti l'interpretazione delle leggi, la concreta redazione di formule processuali così importanti per gli ordinamenti giuridici arcaici e dei rituali negoziali i quali erano modellati sull'esempio delle formule sacrificali e di preghiera, ma anche la consulenza sugli atti da osservare per scongiurare le sciagure incombenti o l'ingiustizia e i pareri sui turbamenti e sulle incertezze nei rapporti giuridici¹⁰.

I *pontifices* e i giuristi da loro dipendenti soltanto in singoli casi occuparono magistrature o furono *judices*. Essi andarono piuttosto a formare una particolare istituzione, non più privata ma pubblica, radicata nella società politica: una cerchia principalmente interna alla nobiltà che si dedicava in maniera continuativa e professionale allo specifico sapere sacrale e giuridico cui aveva accesso, e lo metteva a disposizione dei

¹⁰ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., vol. 1, § 15, pp. 310-312; W. KUNKEL, op.cit., pp. 45-49.

magistrati e del senato in forma di consigli privati (*consilium*) e di responsi (*responsum*)¹¹.

Conformemente a questa funzione pubblica ci si aspettava dai giuristi imparzialità e gratuità. La loro attività era ritenuta un *officium* fondato su esperienza e autorità e al loro consiglio si ricorreva per l'autorità che ci si poteva attendere dal sapere professionale di cui erano depositari. [Così gli interessati potevano suffragare la propria azione attraverso l'altrui *auctoritas* ed evitare i pericoli di un comportamento sbagliato che incombono in un diritto fortemente formalizzato e (ancora) condizionato dal rito¹²]. I giuristi compaiono perciò come *juris consulti*, come coloro che sono interrogati sul diritto, e di qui traggono il loro nome. Tre sono i loro principali compiti: *agere*, l'assistenza prestata alle parti del processo e del negozio nell'azione pubblica affinché le medesime ricorrano alle corrette formule di azioni e pretese; *cavere*, la consulenza nel corso della formazione e della conclusione di negozi giuridici; *respondere*, la dichiarazione peritale sulla decisione di un caso giuridico concreto. Quest'ultima attività continuò a svilupparsi ininterrottamente fino alla tarda epoca imperiale¹³. In un continuo rapporto con la prassi si pervenne in questo modo a uno sviluppo armonioso e a una conformazione del diritto in definizioni, regole e figure argomentative con cui i giuristi davano prova della loro perizia. A partire dall'età imperiale si afferma anche la redazione di scritti giuridici che contribuiscono alle acquisizioni del

¹¹ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., vol. 1, § 15, p. 314; § 34, p. 552; sulla provenienza dei giuristi dalla nobiltà e, più tardi, anche dal ceto dei cavalieri W. KUNKEL, op. cit., pp. 41-44, 50 e ss.

¹² F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., vol. 1, § 34, pp. 552-555.

¹³ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., vol. 1, § 15, pp. 557-563. Sullo *ius respondendi*, il suo significato e la sua diffusione in epoca imperiale W. KUNKEL, op. cit., pp. 282-289.

dibattito tra professionisti oppure le riproducono diligentemente¹⁴.

b) Qual è l'èthos che sta alla base di questa attività e che in essa prende forma?

Il diritto era nell'antica Roma, come anche in epoca successiva, soltanto uno tra i molti modelli di comportamento che si integravano a vicenda. A causa della sua autonomia e della sua natura formale esso si opponeva all'immediata applicazione o riproduzione di valutazioni stragiuridiche nell'ordinamento delle condotte di sua pertinenza. E tuttavia, se si ebbe un margine di comunicazione tra i due ambiti, lo si deve all'opera dei giuristi¹⁵. Come illustrato da Franz Wieacker, questi, all'incirca dalla metà del II secolo a. C., divennero, tramite l'elaborazione e l'applicazione del diritto, i portatori di crescenti aspirazioni etiche, da un canto con la loro influenza nella concezione delle formule scritte e, dall'altro, garantendo la propria consulenza ai magistrati e ai giudici. Concetti come *exceptio doli*, *restitutio in integrum*, *dolo petit qui petit quod statim redditurus*, *audiatur et altera pars*, le idee di *bonus vir* e di *probo pater familias* ed anche il ricorso ai *mores* e al *mos maiorum* assunsero rilevanza giuridica ed ebbero accesso allo *ius civile*¹⁶. A ciò si aggiunsero le valutazioni *aequum*, *bonum et iustum*, *iustum* quali rappresentazioni delle concezioni romane di giustizia e contemporaneamente immagini riflesse della filosofia greca della giustizia, del *dikaion* e dell'*epeikeia*. Ne risultò così una serie di pilastri etici a sostegno dello *ius civile* per lo più rigido e formale. Ciò non avvenne tuttavia come immediata traduzione e qualificazione giuridica di concezioni etiche, sibbene tramite la creazione e la configurazione di principi, concetti e figure

¹⁴ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. 2, München 2006, p. 219. Sulla diffusione dell'insegnamento del diritto vedi W. KUNKEL, op. cit., pp. 334-345.

¹⁵ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. 1, § 30, pp. 502 e s.

¹⁶ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. 1, § 30, pp. 503 e ss.

argomentative che fanno propri alcuni contenuti etici nella prospettiva giuridica e in base ai problemi posti dal diritto. Questo processo si consolidò al termine della Repubblica con l'influsso della filosofia della Stoa e della sua dottrina del diritto naturale. [Non da ultimo l'universalizzazione del diritto naturale della *polis* con la sua trasposizione, sostenuta dalla Stoa¹⁷, alla *societas humana* rese possibili processi di recezione come quello che prese forma nello *ius gentium*, e ciò nella misura in cui il pensiero romano iniziò, nel corso dell'espansione dell'*Imperium romanum*, a concepire un ordinamento giuridico universale dell'umanità¹⁸].

L'opera secolare dei giuristi attorno al diritto e per il diritto trovò finalmente efficace espressione negli scritti e nelle massime di celebri giuristi. Esse sono raccolte nei *Digesti* del *Corpus iuris* e permettono di riconoscere, sia sotto l'aspetto del metodo che sotto quello del contenuto, ciò che sta alla base della mentalità dei giuristi romani nonché l'*ethos* che si manifesta nel loro lavoro.

Ulpiano si chiede da dove tragga origine il nome "diritto". La sua risposta è che il diritto viene così chiamato in conformità alla giustizia e che è, come egli afferma richiamandosi a Celso, un'arte ossia l'*ars boni et aequi*¹⁹. I giuristi, prosegue Ulpiano, sono al servizio della giustizia e insegnano il sapere di ciò che è buono e giusto, separando il diritto dal torto, dividendo ciò che è consentito da ciò che non lo è, e aspirando a condurre gli uomini al bene non mediante il timore della pena bensì con la promessa della ricompensa²⁰. Il contenuto essenziale del diritto e dei suoi comandi è riassunto nelle seguenti espressioni: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*²¹. La reciprocità

¹⁷ E. W. BÖCKENFÖRDE, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, cit., § 6 I, 3, pp. 134 e s., III, 2, pp. 140 e s.

¹⁸ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. 1, § 34, pp. 639 e ss.

¹⁹ *Corpus Iuris Civilis*, D I, 1.

²⁰ *Ibidem*, D I, 1, 1.

²¹ *Ibidem*, D I, 1, 10.

connaturata al diritto è così espressa: chiunque deve osservare come diritto ciò che ha stabilito essere diritto nei confronti di un altro²².

La legge non viene strumentalizzata come mezzo per la realizzazione di interessi ma è esaltata in quanto incarnazione del diritto in regole giuridiche generali²³. A completamento di tutto ciò vi sono le istruzioni per la formazione e l'interpretazione del diritto. I diritti, dice Ulpiano, non sono stabiliti per singole persone ma per la generalità, ed essi debbono essere istituiti, si afferma in Pomponio, in maniera conforme a ciò che accade nella regola e non secondo l'eccezione. Comandare, vietare, autorizzare e punire, queste espressioni fanno la loro apparizione indicando diverse modalità di efficacia delle leggi²⁴. Comprendere le leggi, sostiene Celso, non significa conoscerne le parole, bensì il senso e lo scopo; è scorretto, senza conoscere la legge nel suo complesso, giudicare o rilasciare un parere in base a una qualunque parte di essa. E, qualora il senso e lo scopo delle leggi siano applicabili a un nuovo caso, colui che ha la giurisdizione, deve procedere alla formazione di una regola analoga e solo allora pronunciare ciò che è diritto²⁵. Massime di questo tipo, nelle quali si manifesta la sostanza etica e metodologica dei *Digesti*, sono riscontrabili in gran numero. Queste massime mettono in evidenza l'ethos e i metodi dei giuristi romani. La loro influenza eccede di gran lunga la durata dell'Impero romano; infatti, dalla riscoperta del *Corpus iuris civilis* nell'XI secolo, esse e l'ethos che vi si incarna svilupparono forza capace di plasmare nuovi ordinamenti ovunque si giunse a processi di recezione del diritto romano e l'elaborazione e l'uso

²² *Corpus Iuris Civilis*, D II, Titolo: Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur.

²³ *Ibidem*, D I, 3, 2. Qui si afferma, rimandando al greco Demostene, che ogni legge è un'elargizione e un dono di Dio, una decisione di uomini saggi, uno strumento di coercizione contro il torto e un accordo comune tra cittadini in base al quale è conveniente vivere.

²⁴ *Ibidem*, D I, 3, 8-7-3.

²⁵ *Ibidem*, D I, 3, 17, 24, 12.

di questo diritto divenne realtà. Simili processi si dispiegarono anche in lunghi periodi, soprattutto nel passaggio dal Medioevo all'Età moderna²⁶, e proseguono fin nell'ora presente²⁷.

2 – Troviamo un'altra manifestazione autonoma dell'ethos dei giuristi nel modo d'agire e nella mentalità professionale dei giuristi continentali europei dell'età moderna.

a) L'apparizione e la comprensione del diritto come legge sono qui caratteristiche decisive, tali da determinare ogni altro aspetto. Che il diritto appaia quasi esclusivamente nella forma delle leggi dello Stato – la legge intesa come norma generale e astratta oppure come un comando [Anordnung] -, è per noi oggi alquanto ovvio. Eppure la trasformazione del diritto in legge statale, così come in Europa ebbe luogo nell'Età moderna a partire dal tardo Medioevo, fu un processo epocale sia dal punto di vista politico che da quello giuridico. Tale processo era connesso allo sviluppo della statualità e alla formazione del potere autonomo dello Stato che andava costituendosi indipendentemente dal potere ecclesiastico e feudale, rivendicava un proprio diritto a legiferare e in ciò faceva valere la propria supremazia e la propria sovranità²⁸.

A questo processo ha contribuito in modo decisivo un nuovo tipo di giuristi, i cosiddetti *legisti*. Essi avevano studiato nelle

²⁶ Esaustivo su questo punto P. KOSCHACKER, op.cit., pp. 55-147, 212-244; F. WIEACKER, *Der römische Jurist*, cit., pp. 97-248.

²⁷ Un chiaro esempio nell'Età moderna: W. OFFENLOCH, *Erinnerung an das Recht*, Tübingen 2005, pp. 68-73.

²⁸ Sulle radici medioevali l'approfondimento di H. J. BERMAN, *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, Frankfurt am M. 1991, pp. 144-198; sulla nascita della scienza giuridica, pp. 199-271; sul diritto canonico, pp. 327-370. Su questo processo in particolare H. QUARITSCH, *Staat und Souveränität*, Frankfurt am M. 1970, pp. 138-178 e K. ROTH, *Genealogie des Staates*, Berlin 2003, pp. 480-523; in particolare sulla Francia R. HOLTZMANN, *Französische Verfassungsgeschichte*, München-Berlin 1910, pp. 241-250.

università che non avevano tardato a sorgere in seguito alla riscoperta del *Corpus iuris*. Divennero i primi portatori di una formazione non ecclesiastica e non teologica; prevalentemente di estrazione borghese operarono da consiglieri o al servizio di signori secolari, in particolare dei Re di Francia che essi sostennero nel confronto con le pretese di dominio temporale del Papa e della Chiesa e con le aspirazioni di autonomia dei signori feudali locali²⁹. Li caratterizzava uno spirito razionale e cittadino, la negazione tanto della mentalità feudale e cavalleresca quanto di quella militare e soldatesca. Raccolsero argomenti volti a sostenere e a accrescere l'autorità dei governi centrali in ascesa e non di rado mutuarono, cambiandone il significato, concetti giuridici e *topoi* romani in particolare risalenti al principato e al periodo imperiale³⁰. Con il loro modo di pensare mirarono a realizzare un ordinamento e una concettualità improntati a una razionalità giuridica borghese³¹. Max Weber ha visto in questi legisti i precorritori del razionalismo occidentale³² dal momento che essi tentarono di sostituire la legittimità religioso-carismatica, oppure fondata su consuetudini consolidate dalla tradizione, con una nuova legittimità risultante dalla calcolabilità delle norme generalmente predeterminate da un legislatore ed applicate uniformemente.

²⁹ Vedi C. SCHMITT, *Die Formung des französischen Geistes durch den Legisten* (1942), ora in IDEM, *Staat, Grossraum, Nomos*, Berlin 1995, pp. 186 e s.; P. KOSCHACKER, op. cit., pp. 77 e s., 167 e ss., 222 e s.

³⁰ Assai note le formule "Princeps legibus solutus" e "Quod principi placuit, legis habet vigorem". Sulla loro collocazione storica e il loro significato originario vedi O. BEHREND, *Princeps legibus solutus*, in R. GROTE (e altri), *Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2007, pp. 1 e ss.

³¹ C. SCHMITT, op. cit., p. 191.

³² M. WEBER, *Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft* (1922), ora in IDEM, *Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3 ed. curata da Joh. Winckelmann, Tübingen 1968, pp. 475-488, in particolare p. 481.

Questi giuristi erano dunque principalmente servitori del potere e dei potenti – cosa che spesso viene rinfacciata ai giuristi – a causa del loro modo d’agire e della loro mentalità? Erano professionisti privi di un ethos e di una tensione verso la giustizia? Sarebbe affrettato affermarlo. Ciò che li muoveva e li induceva ad argomentare, era certamente la volontà di rafforzare i diritti regi e quindi di accrescere le competenze e il potere statale. Ma che cosa v’era dietro? L’aspirazione all’ordine, alla pace e alla sicurezza nel consorzio umano. Nei secoli XIV e XV questa attività si rivolse soprattutto contro la molteplicità dei diritti feudali e dei privilegi, contro l’anarchia feudale, quindi, nel XVI secolo, contro le interminabili guerre civili causate dalle pretese politiche di esclusività da parte dei partiti religiosi contrapposti³³. Il pensiero e l’azione dei *politiques* in Francia, i quali erano per lo più giuristi, sono paradigmatici. Come già per Michel d’Hopital, il loro scopo era quello di vincere l’intolleranza dei partiti in conflitto con la forza della tolleranza ossia con il potere del monarca³⁴. In questi aspetti, se considerati in rapporto alla situazione dell’epoca, si rivela senz’altro un impegno a favore della giustizia, e certamente di quella forma universale di giustizia che precede la giustizia individuale e inerisce alla convivenza ordinata e pacifica all’interno di una comunità politica³⁵. Questo tipo di giustizia fu fatto oggetto di riflessione da parte di Tommaso d’Aquino e della Scolastica che,

³³ Riguardo a queste pretese di esclusività e alle loro conseguenze vedi J. LECLER, *Histoire de de la tolérance au siècle de la Réforme*, Paris 1955; ed. td.: *Geschichte der Religionsfreiheit im Zeitalter der Reformation*, Stuttgart 1965, vol. 2, pp. 57-197; inoltre E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in IDEM, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am M. 2006 (4 ed.), pp. 100-105.

³⁴ R. SCHNUR, *Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts*, Berlin 1966, pp. 11 e s., 16 e ss.

³⁵ Definita spesso nelle fonti *iustitia legalis* a causa del suo rapportarsi alle leggi. Più adeguata è la definizione che si va attualmente affermando “giustizia del bene comune”.

ricollegandosi ad Aristotele, ne trassero tutte le conseguenze³⁶, e divenne assolutamente attuale in mezzo agli scontri e ai rivolgimenti dei secoli XVI e XVII,. La conservazione o, più precisamente, la ricostituzione dell'ordine politico come ordine di pace appare finalità urgente. Inoltre il concetto di pace viene disgiunto dal legame con la verità religiosa e neutralizzato. La pace diventa concetto formale, non è più messa in relazione ai valori e alle convinzioni religiose ma, contrapposta alla guerra civile, assume il significato di silenzio delle armi³⁷. E tale è il compito minimo cui lo Stato deve assolvere, ossia garantire la sicurezza e l'ordine. Come può però essere fondata e ricostituita la pace? Attraverso l'unità dello Stato; il che è possibile soltanto mediante l'assoggettamento alla volontà del re quale legge suprema. "C'est la Loy, par la quelle seule nous vivons et pouvons vivre en paix". Naturalmente i *politiques* furono indicati dalla Chiesa e dai teologi come spreghatori della religione e uomini senza fede ai quali importava soltanto la politica e il potere. Essi, ciononostante, si tennero fermi alla mediazione pragmatica e cercarono così di superare le contrapposizioni con leggi neutrali e secolari e con le procedure in esse stabilite. [Non

³⁶ In merito E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, cit., pp. 255 e s. Centrale per questo tipo di giustizia è l'ordinazione al *bonum comune* inteso come il giusto che conviene alla comunità politica come complesso degli uomini uniti in essa. Si veda TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, II, II, qu. 58, artt. 5-7 dove si afferma tra l'altro (art.5): "iustitia ordinat hominem in comparatione ad alium... Uno modo, ad alium singulariter consideratum. Alio modo, ad alium in communi: secundum scilicet quod ille qui servit alicui communitati servit omnibus hominibus qui sub communitate illa continentur". E di seguito (art. 6): "iustitia legalis est specialis virtus secundum suam essentiam, secundum quod respicit commune bonum ut proprium obiectum. Et sic est in principe principaliter et quasi architectonice, in subditis autem secundario et quasi ministrative".

³⁷ R. SCHNUR, *Die französischen Juristen*, cit., pp. 19-22, anche per il seguito.

a caso Jean Bodin, che si collocava vicino ai *politiques*, ravvisava nel diritto di legiferare il primo carattere distintivo della sovranità da lui compresa concettualmente³⁸].

b) Ciò che così veniva alla luce tra i legisti e i *politiques* aveva un valore paradigmatico; divenne un modello destinato a porsi come esempio ben oltre i confini francesi, e cioè nei territori del vecchio Impero³⁹ come in genere negli Stati dell'Europa continentale, e fece sorgere i giuristi vincolati alla legge quale forma prevalente di manifestazione del diritto, attivi soprattutto nei pubblici uffici e operanti nel ruolo di funzionari. Per loro la legge, che prende forma in regole generali, gode di grande autorità in quanto legge positiva emanata dal principe, quindi dallo Stato e successivamente dal parlamento. In essa il diritto, nelle sue funzioni fondamentali, nella garanzia della pace, della libertà nonché della giustizia distributiva, trova la propria espressione concreta in rapporto al contesto storico. L'elaborazione e la pratica del diritto si ordinano così alla fedeltà alla legge, al suo contenuto e alle decisioni assunte con essa. Nelle discipline di legge improntate ai principi di generalità ed eguaglianza appaiono garantite in forma esemplare giustizia e libertà nella misura in cui esse siano realizzabili nelle circostanze che contraddistinguono la *conditio humana*. Compito dei giuristi è perciò interpretare la legge secondo le regole di un'arte (*lege artis*) e dunque consentirne l'applicazione nella risoluzione di casi concreti da parte del giudice, nell'attuazione da parte dell'amministrazione oppure nella consulenza giuridica e nell'ausilio nelle liti per l'affermazione del diritto attraverso

³⁸ J. BODIN, *Les six livres de la République*, Paris 1583, Libro I, Cap. X: "La première marque du souverain, c'est la puissance de donner loy à tous en générale et chacun en particulier". C. SCHMITT, op. cit., cit., p. 200.

³⁹ Vedi D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, München 2005 (5 ed.), § 18; H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Karlsruhe 1966, vol. 2, pp. 363 e ss.

l'opera di un avvocato. In tutto ciò forma e procedimento acquistano contemporaneamente significato sempre maggiore, offrono protezione dall'intervento immediato del detentore del potere a coloro che si sono sottomessi al diritto; li riconoscono come soggetti di interessi e di diritto e garantiscono così una porzione di sicurezza e di libertà. [D'altro canto appare importante che gli ambiti di autonomia riconosciuti dalla legge ai singoli siano anche rispettati in quanto tali e non minimizzati facendo appello a doveri etici. Infine deve essere correttamente garantita l'attribuzione di beni e servizi e regolata dalla legge fintanto che il legislatore non preveda diversamente].

Il reperimento e l'applicazione del diritto orientati alla legge sono ulteriormente improntati alla continuità, alla chiarezza e alla prevedibilità: ciò che è stato stabilito nella legge, ha validità per tutto il tempo in cui la legge è in vigore. Il che comporta la formazione di una cultura della legislazione e dell'applicazione della legge. I giuristi non soltanto partecipano a questa cultura ma contribuiscono sostanzialmente a crearla⁴⁰; le grandi codificazioni – in Francia come in Germania – ne sono l'esempio.

Ciononostante questo ordine di idee e la prassi da esso sostenuta non escludono ogni pericolo dalla realizzazione del diritto e della giustizia. In primo luogo perché il giurista è trasformato strumentalmente in mero organo di esecuzione della legge e svanisce così ogni interrogarsi sul diritto oltre il limite della legge positiva. Non tutte le leggi presentano la qualità che ci si attende o ci si può attendere dalla conformità al modello; esse possono anche essere espressione di arbitrio o di mera imposizione.

⁴⁰ Su questo punto P. KOSCHACKER, op. cit., pp. 180-188 (“Juristenrecht und Gesetzgebung”), e la visione d'insieme delle codificazioni in Baviera, Prussia, nei Territori asburgici e in Francia in F. WIEACKAER, *Der römische Jurist*, cit., pp. 324-347. Sempre i giuristi furono qui coinvolti in maniera determinante, per lo più essi furono anche autori e redattori. Basti rammentare i nomi di von Kreittmayr, S. von Cocceij, C. G. Suarez, F. Klein e F. von Zeiller.

D'altro canto, se, come da ultimo accadde nella giurisprudenza dei concetti⁴¹, il diritto è concepito soltanto come un sistema di leggi autonomo e in sé concluso, il giurista può perdere di vista la realtà sociale che pure il diritto deve ordinare, e, in particolare, il singolo caso e la sua soluzione secondo giustizia.

Quanto al primo pericolo, questo può essere affrontato non in termini assoluti ma nella sua complessità. Ciò è avvenuto principalmente con l'inserimento di principi materiali di rango superiore all'interno dello stesso ordinamento legislativo in maniera tale che le disposizioni legislative debbano essere misurate nella loro validità ossia interpretate in base a quegli stessi principi – pensiamo, per esempio, alla predisposizione di garanzie giuridiche sostanziali da parte del *Grundgesetz*, ma anche al continuo sforzo di mediazione tra diritto e legge positiva attraverso un'interpretazione e un'applicazione di ogni singola (nuova) norma di legge che non trascurano la sistematica e la gerarchia di principi immanente all'ordinamento vigente⁴². In questo caso l'azione dell'ethos giuridico è particolarmente feconda.

Anche rispetto al secondo pericolo appare possibile e a portata di mano un rimedio. Certamente, quando il diritto esiste come sistema di un ordine legale, il suo rapporto con il caso concreto è oggetto di molteplici mediazioni. Il giudizio sul caso concreto si

⁴¹ Sulla giurisprudenza dei concetti, le sue premesse e i suoi caratteri distintivi vedi K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, München 1969 (2 ed.), pp. 17-36; G. BOEMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, vol. 2, 1, Tübingen 1951, pp. 67-89, in particolare pp. 71-75. Sulla giurisprudenza dei concetti nel diritto pubblico: P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. 1, pp. VI e s. e IX, Tübingen 1911 (4 ed.), e in merito W. PAULY, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, Tübingen 1993, pp. 186-192.

⁴² K. LARENZ, op. cit., pp. 222 e ss.; P. BADURA, *Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts*, in *Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes*, vol. X (1973), in particolare ciff. 10 e 12.

configura normalmente come un caso di semplice applicazione di regole giuridiche; esso scaturisce da queste stesse regole, in una formulazione ulteriore, sotto pressione del caso concreto. [Uno sviluppo del diritto connesso ai casi concreti, innovativo e critico, non è certamente escluso di principio, tuttavia, a causa della dipendenza del giudice dalla legge, dal vincolo che ne fonda il dominio, è possibile soltanto nell'ambito di spazi ben determinati ed è destinato a restare circondato dall'unità sistematica del diritto legislativo].

Peraltro anche il sistema del diritto positivo non è del tutto impermeabile alle sollecitazioni del caso concreto, anzi esso stesso consente nel proprio ambito la costruzione di varianti volte ad abbracciare la giustizia del caso singolo, l'*epeikeia*. Le clausole generali e i concetti valvola⁴³ del diritto civile e del diritto pubblico sono le porte di ingresso di questi interventi – basti qui solamente menzionare la “buona fede” (§ 242 BGB), il “buon costume” (§ 138 BGB) e l’“ordine pubblico” caratteristico del diritto di polizia. A ciò si aggiunge il principio di proporzionalità nel diritto amministrativo e nel diritto costituzionale, quale nuovo sviluppo emerso in dottrina e in giurisprudenza grazie all’opera dei giuristi⁴⁴. In questo modo è

⁴³ “Concetti valvola” sono quelli che rimandano a visioni etiche e sociali attuali e a queste nel loro mutevole contenuto riconoscono significato giuridicamente vincolante, le sanzionano giuridicamente e quindi le inseriscono nel diritto positivo. Vedi E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Bleibt die Menschenwürde unantastbar?*, in IDEM, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am M. 2006, p. 418.

⁴⁴ Fondamentale P. LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht*, Berlin 1961. Con una giurisprudenza costante il *Bundesverfassungsgericht* ha collocato originariamente il principio di proporzionalità nel diritto di polizia (cfr. DREWS-WACKE-VOGEL-MARTENS, *Gefahrgewehr*, Berlin 1974 (8 ed.), pp. 185-201), lo ha quindi elevato a principio costituzionale e, nel far ciò, ha dato particolare rilievo al cosiddetto terzo livello ossia alla proporzionalità in senso stretto. Quest’ultima non è prettamente riferita, come nel diritto di polizia, all’applicazione della legge al caso concreto, ma anche allo stesso controllo della norma di

possibile, ed è già accaduto, che il caso concreto sia elaborato secondo criteri di giustizia e che in ciò prenda forma ethos giuridico. Naturalmente anche questo lavoro comporta alcuni rischi. Esso può andare al di là dei propri confini nel momento in cui non è più concepito come strumento di integrazione destinato ad affiancare l'ordinamento legislativo, ma viene convertito in un punto di partenza per riorganizzare l'ordinamento legislativo secondo una prospettiva ritenuta (in base a quali criteri?) soggettivamente giusta. Vantaggi e svantaggi finiscono così per affiancarsi. [Ad ogni modo, come ha dimostrato Franz Wieacker⁴⁵, quest'opera ha potuto garantire a un prodotto del tardo secolo XIX come il *Bürgerliches Gesetzbuch* il collegamento con un modello sociale mutato ed è così che il suo ancoramento alla realtà sociale non è andato perduto].

3. In terzo luogo bisogna prendere in considerazione il modo di operare e l'ethos dei giuristi anglo-americani che elaborano e praticano il *case-law*.

Nel *case-law* il diritto non appare primariamente sotto forma di leggi ma ha la propria esistenza in una molteplicità di decisioni giudiziarie di casi concreti in base al *common-law* e all'*equity*⁴⁶,

legge. La proporzionalità diventa in tal modo una proporzionalità-conformità [adeguatezza] la cui funzione è quella di conseguire il bilanciamento e l'adeguata ordinazione di una pluralità spesso configgente di beni giuridici garantiti come diritti fondamentali. Vedi ultimamente BVerfG del 26 febbraio 2008 (1 BvR 1602/07; 1606/07; 1626/07), versione a stampa pp. 19-26. Cfr. anche E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, C. F. von Siemens-Stiftung, München 1990, pp. 52-54.

⁴⁵ F. WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe 1953.

⁴⁶ *Common-law* ed *equity* non si distinguono tanto per il fatto che l'*equity* è un complesso di principi equitativi distinti dal *common-law* strettamente formale, ma piuttosto perché l'*equity* rappresenta il diritto materiale che è stato sviluppato dalla giurisprudenza di un particolare

in tempi recenti anche in base agli *statutes-laws*. Queste sentenze costituiscono i casi precedentemente decisi, i *precedents*, i quali orientano in maniera determinante la decisione di nuovi casi. L'elaborazione del diritto e la sua pratica si configurano in maniera fondamentalmente diversa da quanto avviene nel diritto legislativo continentale. Mentre nel continente europeo, come s'è visto, il reperimento e l'elaborazione del diritto, realizzati da attori formati scientificamente nelle accademie, seguono modalità sistematico-deduttive e teorico-scientifiche, qui sono prevalentemente orientati all'induzione su base empirica e alla pratica forense, realizzati da una corporazione di avvocati⁴⁷ educati alla prassi giuridica, esercitati in essa ed esperti – dalla corporazione all'interno della quale sono inoltre scelti i giudici in un numero relativamente esiguo. Punto di partenza per il giurista di *common-law* non è la disposizione normativa generale della legge da applicarsi al caso concreto, bensì il caso singolo per la cui decisione bisogna reperire una giusta regola già contenuta nei casi precedentemente decisi o, in mancanza, riformularne una nuova in stretta relazione con i precedenti; l'accertamento e l'applicazione del diritto si configurano come un “reasoning from case to case”⁴⁸.

tribunale – della *Court of Chancery*. Vedi in particolare K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen 1995 (3 ed.), pp. 184-187.

⁴⁷ K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, op.cit., pp. 188 e ss., 252.

⁴⁸ Uno sguardo generale in D. BLUMENWITZ, *Eine Einführung in das anglo-amerikanische Recht*, München 1990 (4 ed.); K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, op. cit., pp. 251-270; G. RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, Heidelberg 1946, pp. 43 e ss. Rescoe Pound descrive così questa forma di pensiero: “Behind the characteristic doctrines and ideas and technics of the common lawyer there is a significant frame of mind. It is a frame of mind, which habitually looks at things in the concrete not in the abstract, which puts its face in experience rather than in abstractions. It is a frame of mind, which prefers to go forward cautiously on the basis of experience from this case or that case to the next case, as justice in each case seems to require, instead of seeking to

Questa particolare forma di pensiero giuridico e di reperimento del diritto si è sviluppata attraverso i secoli e caratterizza ancor oggi la famiglia degli ordinamenti giuridici anglosassoni che si estende fino all’Australia e all’India. Alla base di essa stanno circostanze politiche, inerenti all’organizzazione giudiziaria e di tipo storico-spirituale che qui non possono essere chiarite più da vicino⁴⁹.

Il principio in base al quale il giudice che procede è strettamente vincolato ai *precedents* a sua disposizione, soprattutto a quelli delle corti gerarchicamente sovraordinate, fa sì che da questo reperimento [Rechtsfindung] del diritto orientato al caso concreto non derivi un disordine giuridico ma, al contrario, un ordine giuridico⁵⁰. Per molto tempo anche le supreme corti sono state vincolate dai propri giudicati. Soltanto nel 1966 l’*House of Lords* rinunciò a tale atteggiamento, e lo fece adducendo una motivazione significativa che ben riflette il pensiero che le è sotteso; in essa infatti si afferma che lo “use of precedents” sarebbe “an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases” e tuttavia una “too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a

refer everything back to supposed universals” (R. POUND, *What is the Common Law*, in *The Future of the Common Law* [1937], 3, pp. 18 e ss.). M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1956 (4 ed.), p. 457, osserva che “la prassi giuridica aspirava... non a una sistematica razionale ma alla produzione di schemi di contratti e pretese utilizzabili nella pratica, orientati alle singole necessità tipicamente ricorrenti tra gli interessati... dalle cause evolutive ad essa immanenti non risulta un diritto razionalmente sistematizzato, neppure nel limitato senso di una razionalizzazione del diritto”.

⁴⁹ Indicazioni in tal senso in K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, op. cit., pp. 178-193. Inoltre K. KLUXEN, *Englische Verfassungsgeschichte*, Darmstadt 1986, pp. 15-91; J. HATSHECK, *Englische Verfassungsgeschichte bis zum Regierungsantritt der Königin Victoria*, München-Berlin 1913, pp. 121-128, 274-289.

⁵⁰ Si tratta della dottrina dello *stare decisis*, cfr. D. BLUMENWITZ, op. cit., pp. 22 e s.

particular case and also unduly restrict the proper development of the law”⁵¹.

Se così il principio della stretta vincolatività dei precedenti diviene asse portante dell’ordinamento giuridico, esso può però anche condurre il diritto a irrigidirsi rapidamente. In quanto diritto del caso concreto il *case-law* è comunque, secondo la sua stessa natura, un diritto a reazione primaria, condizionato dalla soluzione di una controversia in corso, e non già un diritto ordinato al futuro, formulato in regole generali e finalizzato alla conformazione (e al mutamento) della realtà sociale; la certezza del diritto costituisce qui, come ha convincentemente dimostrato Gustav Radbruch⁵², lo scopo primario del diritto. Ciò comporta un fondamentale tratto conservatore, che tende alla continuità e alla stabilità. E tuttavia il diritto è preservato dall’irrigidimento attraverso lo sviluppo di specifici metodi argomentativi. Proprio in questo punto si palesa il modo in cui i giuristi elaborano il diritto e operano per esso.

La ricerca del precedente si indirizza infatti non al caso precedentemente deciso in quanto tale, bensì alla regola di diritto, alla *ratio decidendi* in base alla quale questo caso fu deciso e senza la quale sarebbe stato deciso diversamente. Le restanti argomentazioni contenute nel precedente, ma prive di significato rilevante, non sono che semplici *dicta* od *obiter dicta* che non dispiegano alcuna forza vincolante⁵³. Distinguere un’argomentazione dall’altra spesso non è facile [tanto più che il risultato di una precedente decisione non è sostenuto soltanto da una decisione ma piuttosto da un insieme di *concurring votes* combinati tra loro]. Il che dischiude margini d’azione. Ci sono

⁵¹ Comunicazione del Lord Cancelliere del 26. 7. 1966 citata in D. BLUMENWITZ, op. cit., p. 24. Fino a che punto questa attenuazione si estenda anche alle *Courts of Appeal*, è ancora questione aperta. Cfr. K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, op. cit., p. 256.

⁵² G. RADBRUCH, op. cit., pp. 50 e ss.

⁵³ Vedi D. BLUMENWITZ, op. cit., pp. 31-35; K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, op. cit., pp. 254 e s.

inoltre decisioni – non rare presso le corti di revisione - che si costruiscono su una pluralità di regole di diritto senza che risulti sin dal principio chiaro se sia di per sé una sola regola o piuttosto il loro complesso a sorreggere la decisione. Inoltre nell'individuazione del precedente rilevante non v'è alcun obbligo d'indagine d'ufficio da parte della corte. Il suo reperimento resta affidato al *procedere* avviato dal processo giudiziale, non da ultimo al talento della corte, all'azione delle parti e dei loro avvocati; proprio questi sono a tal riguardo i soggetti attivamente coinvolti nel riconoscimento e nel rinvenimento del diritto. La familiarità con i precedenti costituisce complessivamente meno una scienza che una *techné* e un'arte legata alla prassi e all'esperienza⁵⁴ – di nuovo l'*ars aequi et boni*.

Questo è un aspetto. D'altro canto c'è la necessità di giudicare con esattezza se la regola del precedente individuata possa essere realmente applicata al caso che deve essere deciso, se dunque quest'ultimo sia sufficientemente assimilabile al precedente. Qui – in vista dell'applicazione della norma – le circostanze concrete non debbono essere fissate, per astrazione, in una fattispecie, bensì raccolte con tutti i loro aspetti e analizzate complessivamente⁵⁵. In tal modo si rende possibile stabilire le differenze e riconoscere le deviazioni dal precedente in base alle quali la regola, se si vuole evitare di commettere elementare ingiustizia, è applicabile in un'altra forma oppure non lo è affatto. Ciò porta alla prassi del “distinguishing”, del distinguere e del differenziare, che è eventualmente occasione di formulare regole integrative e nuove le quali consentono al *case-law* di

⁵⁴ Cfr. FARNSWORTH, *An Introduction in the Legal System of the United States*, 1983 (ed. 2), pp. 45 e ss.; K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, op. cit., pp. 257 e s.

⁵⁵ Sul trattamento della fattispecie concreta nel diritto continentale europeo, fondamentalmente diverso e non riducibile a una matrice comune, vedi K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, op. cit., pp. 258 e s.

svilupparsi⁵⁶. Infine c'è anche la possibilità - cui in realtà si fa scarso ricorso - dell'*overruling*, ossia che una regola finora in vigore, proprio dal momento che, per esempio, si trova a produrre i suoi effetti in circostanze mutate e in presenza di nuove sfide per il diritto, venga disattesa o eliminata e sostituita con una nuova motivazione che, a sua volta, assume il carattere di una regola-precedente. [Lo *statute-law* che a partire dal secolo scorso è venuto con maggior forza alla ribalta, non ha finora prodotto alcun fondamentale disorientamento in questo sistema di reperimento concreto e di applicazione del diritto.]

b) A chi si interroga sull'*ethos* che plasma e guida l'opera del giurista di *common-law*, si può rispondere in modo chiaro e semplice; tale *ethos* è, per così dire, direttamente incorporato nel meccanismo di rinvenimento e di applicazione del diritto costruito sul caso concreto. La ricerca del caso deciso in precedenza è qualcosa di più e qualcosa di diverso dalla ricerca logico-discorsiva di una premessa maggiore che si presti alla sussunzione. Punto d'avvio è piuttosto la ricerca della regola di diritto corretta, in qualche modo equa e conforme al caso concreto. Pertanto il reperimento del caso già deciso e comparabile deve rendere possibile la corretta e giusta decisione sul caso in questione. Il modello interpretativo incorporato nel sistema: l'elaborazione della *ratio decidendi* e la sua distinzione dai *dicta*; la questione della reale comparabilità delle fattispecie; le operazioni del distinguere e del differenziare proprie del *distinguishing*, l'individuazione di somiglianze e di aspetti differenti la quale può eventualmente fare emergere regole mutate e integrative; e infine l'*overruling* il cui scopo è quello di evitare risultati insostenibili. In ogni caso si tratta ultimamente di itinerari e sentieri per venire a capo del caso concreto, per individuare una soluzione nella quale di volta in volta possono trovare concreta espressione le funzioni del diritto quale garanzia di pace, di libertà e di giustizia redistributiva. Sono queste le

⁵⁶ D. BLUMENWITZ, op. cit., pp. 37-40.

ragioni per cui questi sentieri debbono essere intrapresi. Il motivo per lo più nascosto eppure determinate che presiede al ricorso e alla ponderazione delle differenti modalità argomentative, è la ricerca di questo diritto, di ciò che è in qualche modo giusto per il caso concreto. In un certo senso si può parlare di un metodo “giusnaturalistico” del *common-law*⁵⁷, di una tendenza in sé formata a trovare diritto buono e incondizionato attraverso una dialettica razionale. Quanto allo sviluppo di questo ethos il complesso sistema di reperimento e di applicazione del *case-law* costituisce, per un verso, la solida e disciplinante struttura che sbarrava la via allo scivolamento nell’opinione e nel giudizio soggettivo sulla giustizia e, per l’altro, lo spazio aperto in cui il diritto può svilupparsi ed essere efficace.

Ora, tuttavia, il reperimento e l’applicazione del diritto orientato nel continente primariamente alla legge e i medesimi processi, che nella *common-law* si legano al caso concreto, si sono con il tempo notevolmente ravvicinati, nonostante gli opposti punti di avvio⁵⁸. Ciò è dimostrato non solo dalla progressiva accettazione del perfezionamento giurisprudenziale del diritto ma anche dall’efficacia generale delle decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti⁵⁹. Permane nondimeno la differenza degli stili di pensiero giuridico e dei metodi impiegati attraverso i quali prende forma l’opera di chi elabora e pratica il diritto.

III

Le forme dell’ethos dei giuristi qui illustrate sono, secondo la peculiarità del diritto di volta in volta considerato, senz’altro

⁵⁷ W. G. BECKER, *Das Common Law als Methode der Rechtsfindung*, in *Berliner Kundgebung 1952 des deutschen Juristentages*, Tübingen 1952, pp. 49 e s.

⁵⁸ Vedi in particolare K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *op.cit.*, pp. 262-265.

⁵⁹ Cfr. K. LÖWENSTEIN, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*, 1959, pp. 525-527; W. BRUGGER, *Grundrechte und Verfassungsgerichtbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tübingen 1987, pp. 20 e s., 408 e ss.

differenti. E tuttavia esse consentono senza dubbio di interrogarsi sulla essenza di questo ethos: su ciò che, nonostante le differenti forme di manifestazione, può essere riconosciuto come una sostanza comune. Questa essenza si risolve in uno specifico orientamento all'atto di elaborare e di mettere in pratica un determinato diritto: nella ricerca cioè di ciò che qui e ora è concretamente diritto. Questo orientamento ha per scopo ciò che esclude la parzialità, il *suum cuique tribuere*, lo *audiatur et altera pars*, la chiara comprensione dei problemi e delle circostanze di fatto che di volta in volta si presentano, e il senso per la forza pacificante di procedimenti ordinati. Proprio siffatti approdi contrassegnano lo spirito del giurista, costituiscono il contenuto etico della sua professione che si palesa nella sue specifiche virtù. Così il giurista indica ai titolari del potere politico, del potere economico e anche di quello privato i confini che il diritto loro assegna, si comporta da "giurista scomodo"⁶⁰ e reca disturbo nei settori dell'immediata realizzazione degli interessi. D'altronde è cosciente del fatto che il diritto, ch'egli crea, pratica ed esegue, non instaura, finché tale rimane la *conditio humana*, alcun ordine costitutivo della perfezione, e si accontenta, invece, di un ordinamento che garantisce la convivenza pacifica e relativamente ordinata degli uomini nella condizione in cui essi realmente sono⁶¹. Ciò rimanda, per alcuni aspetti, all'*usus politicus legis* come lo intese Martin Luther⁶² il quale distingue il diritto dall'etica e li tiene in qualche misura separati. Questa disposizione e questo contegno non sono già dati dalla natura agli attori di volta in volta interessati, non sono, per così dire, sempre

⁶⁰ Vedi a riguardo E. FORSTHOFF, *Der lästige Jurist* (1955), ora in IDEM, *Der Rechtsstaat im Wandel*, 1976 (2 ed.), pp. 227 e ss.

⁶¹ A tal riguardo E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staatliches Recht und sittliche Ordnung*, in IDEM, *Staat, Nation, Europa*, 2000 (ed. 2), p. 208 (219-224).

⁶² Si vedano le recenti e dense riflessioni di A. JANSSEN, *Fragwürdiger Abschied von usus politicus legis als Grundlage evangelischen Rechts- und Staatsdenkens*, in *ZevK* 54 (2009), p. 1 (24-30) con scritti del grande studioso di Lutero Gerhard Ebeling.

presenti. Debbono essere realizzati e acquisiti con l'abitudine, attraverso un'adeguata educazione e un'applicazione pratica sorretta da una volontà a ciò ordinata. Quando tutto questo non accade, si manifestano allora lacune nel comportamento del giurista e nel suo lavoro quotidiano che portano ultimamente allo snaturamento della professione. Esempi di ciò non sono soltanto riscontrabili durante gli anni del nazionalsocialismo e del fascismo, e non solamente il turbolento secolo XX ne fornisce molteplici prove.

Naturalmente ci sono anche molti esiti positivi. Il che rende opportuna, in conclusione, una riflessione filosofica sul diritto. Qual è, questa è la domanda, il terreno in cui affonda le radici l'ethos giuridico? Che cosa produce e plasma l'ethos giuridico - pur nelle differenti forme in cui esso si manifesta? [Ci sono negli uomini una predisposizione e una facoltà che nutrono questo ethos, che rendono possibile il suo nacere e la sua formazione, che lo ravvivano e lo fanno sorgere a dispetto della brama di potere, del fanatismo e della violenza che vorrebbero negarlo e sopprimerlo?]

Nelle differenti forme di emersione dell'ethos giuridico appena descritte si evidenzia continuamente uno sforzo di rendere effettive, in mutevoli circostanze e congiunture differenti, le funzioni fondamentali del diritto - le funzioni di garanzia della pace, della libertà e della distribuzione - e di approssimarsi in tal modo a ciò che è conforme a diritto e giustizia, di far sì che *dikaion* ed *epeikeia* prendano pur parzialmente forma.

La misura e le accentuazioni di queste realizzazioni possono essere differenti, e tuttavia è possibile stabilire con certezza l'orientamento dell'operare dei giuristi e un contegno corrispondente. Perché questo risultato?

Sono manifeste nell'uomo una predisposizione ed una facoltà che, nel suo conoscere e agire, lo indirizzano, nella misura in cui egli ha a che fare con l'ambito dei rapporti umani, a interrogarsi incessantemente su che cosa sia giusto e adeguato. Questo

domandarsi e questo aspirare alla giustizia si palesano con intensità già nei bambini, per esempio quando si tratta di regole del gioco e del rispetto di esse, della divisione e della ripartizione o anche della gerarchia tra fratelli. Molto si è riflettuto nel corso della storia dell'Occidente su questa predisposizione e su questa facoltà. La filosofia della Stoa discorreva del *logos* che caratterizza specificamente l'uomo, e vide in esso la capacità della ragione di riconoscere il mondo circostante e l'ordine che lo inabitava, la legge razionale della *lex naturalis*; e comprese ciò come partecipazione, come *participatio* al *logos* divino universale⁶³. L'apostolo Paolo fece riferimento – forse appoggiandosi alla Stoa⁶⁴ non senza riformarne i significati – alla legge che è scritta nel cuore degli uomini e vincola ognuno⁶⁵. La filosofia cristiana ha apportato un ulteriore approfondimento e anche un'elevazione. La *lex naturalis* appare ora predisposizione e facoltà che è stata impressa nell'uomo – immagine di Dio - dal Creatore; essa è, come afferma Tommaso d'Aquino, nient'altro che il “segno della luce divina in noi – *impressio divini luminis*”⁶⁶. Questo tuttavia non nel senso che alcunché di definitivamente preconstituito sia in qualche modo riconosciuto dalla ragione, bensì in quello di una partecipazione (*participatio*) attiva e produttiva della ragione naturale al piano divino dell'ordine cosmico conforme alla *lex aeterna* – partecipazione che prende la forma di una forza conoscitiva infusa nella ragione stessa la quale è applicata alla comprensione del bene naturale per l'uomo e costituisce il fondamento dei giudizi pratici per l'azione etico-morale⁶⁷. In una visione successiva, ormai secolarizzata, Immanuel Kant indica nella libertà la natura e nella ragione la

⁶³ A riguardo E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, cit., pp. 137-141.

⁶⁴ M. POHLENZ, *Die Stoa* I, Göttingen 1984 (6 ed.), p. 403 e s.

⁶⁵ Rom 2,15.

⁶⁶ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae* I-II, q. 91 art. 3 resp.

⁶⁷ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, cit., pp. 235-237.

virtù dell'uomo; tale visione gli consente di porre – e di trarne le conseguenze per il diritto e la morale - giudizi *a priori* al fine di comprendere la libertà e la moralità dell'uomo le quali sono serbate empiricamente nel fatto della coscienza quale luogo della consapevolezza morale⁶⁸.

Questo fondamento antropologico dal quale si sviluppa l'ethos giuridico opera nel lavoro del giurista come un punto di riferimento etico-morale ed, insieme, un elemento di sviluppo. Naturalmente entrambi questi aspetti debbono essere resi effettivi e sviluppati mediante la formazione e l'educazione, e quindi assimilati con l'abitudine. Di qui il costituirsi di una coscienza del diritto come supporto di un'attività giuridica responsabile⁶⁹. Il fondamento di cui si è detto è in definitiva generalmente riferito alla conoscenza e all'azione etico-morale e non già immediatamente e specificamente al diritto. Quanto al diritto si aggiungono all'aspetto materialmente etico-morale – sia come integrazioni che come limiti – parecchi elementi strutturali risultanti dalla specifica funzione ordinante del diritto; essi fondano la sua autonomia non in quanto ordine costituivo della perfezione bensì in quanto ordine che garantisce la convivenza tra gli uomini⁷⁰.

Questi elementi strutturali si sono sviluppati durante i secoli in un processo non privo di oscillazioni. Essi caratterizzano la

⁶⁸ I. KANT, *Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Metaphysik der Sitten* IV; *Einleitung in die Rechtslehre* § B.

⁶⁹ Ernst FORSTHOFF sostiene a tal riguardo che la norma non è l'ultima parola del giurista, che “quest'ultima parola è detta nell'attuazione della norma che sappiamo essere un procedimento complesso”. Così in occasione di una fiaccolata in suo onore il 19 gennaio 1967; vedi *Nachrichten für die Studenten der Ruperto Carola Heidelberg*, nr. 64 del 16 febbraio 1967, p. 7; inoltre anche *Rhein-Neckar-Zeitung* del 21-22 gennaio 1967.

⁷⁰ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Überlegungen zu einer Theologie des modernen säkulären Rechts*, in IDEM, *Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit*, Münster 2007 (2 ed.), pp. 413 e s.

tradizione e la cultura giuridica e hanno anche aggiunto al concetto di giustizia nuovi aspetti che si manifestano soprattutto nella *iustitia legalis*, nella giustizia inerente al bene comune⁷¹. Tali elementi non sono esterni rispetto alla sostanza etico morale del diritto bensì vi sono inseriti. Spetta all'ethos dei giuristi conservare questi elementi strutturali e svilupparli nel tempo. Alla base di ciò sta una visione sostanziale che è necessario mettere in luce, e cioè che il diritto non può essere compreso soltanto come il lato esteriore dell'etica e della morale relativo all'ambito dei rapporti interpersonali, come invece appare evidente nella prospettiva di un concetto genuinamente etico di diritto quale fu sostenuto dalla tradizionale dottrina cattolica del diritto naturale⁷², né come mero prodotto di politica, potere e funzionalità razionale. Il diritto inteso come diritto vigente di un ordine sociale con il quale il giurista ha a che fare è piuttosto secondo la propria essenza, per dirla con una formula del sociologo e scienziato della politica francese Julien Freund, una mediazione (dialettica) tra etica normativa presente e politica⁷³. E' ciò che ho espressamente sostenuto all'inizio della mia carriera accademica e che oggi vorrei ribadire con maggior forza. Ma che cosa significa?

Non si tratta qui della mediazione tra l'etica come scienza dell'agire bene e la politica, bensì della mediazione tra un'etica normativa che pretende di essere obbligatoria, e la politica. E non di una qualsiasi etica normativa lasciata alla libera scelta, bensì dell'etica presente, come canone di una società e, in particolare,

⁷¹ Vedi per esempio TOMMASO D'AQUINO come in nota 36 e anche nel trattato *De lege humana* (*Summa Theologiae* I-II, q. 96, art. 2) dove l'ordinazione al *bonum commune* nel contesto della *conditio humana* svolge un ruolo fondamentale. In merito anche E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 254-256, 244-247.

⁷² E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Überlegungen zu einer Theologie des modernen sekulären Rechts*, cit., pp. 396 e s.

⁷³ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, in IDEM, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am M. 2006 (4 ed), pp. 36 e ss.

di una comunità politica. Di quale tipo di etica normativa si tratti, se sia unitaria oppure differenziata e plurale, può stabilirsi soltanto concretamente, con riguardo a una società o a una comunità politica determinata, dipende dalla coscienza e dalle convinzioni dei consociati e, non da ultimo, è mediata all'interno di una cultura individuata. Questa etica normativa può, nella sostanza, corrispondere a canoni giusnaturalistici, essere con essi coerente, ma non è necessario che sia così; può non raggiungerli, addirittura rinnegarli ed essere in tal senso deficitaria.

Che cosa rimane del ruolo e del significato del diritto naturale? Il suo significato non va in alcun modo perduto, e il diritto naturale conserva il ruolo che gli conviene. Ciò appare con evidenza se si riconosce che il diritto naturale non può, come invece un tempo si è sostenuto, essere inteso e assunto nel senso di un dualismo giuridico, come un diritto vigente e applicabile, quasi un secondo tipo di diritto positivo⁷⁴. Una simile comprensione è stata spesso occasione di fraintendimenti e di riprovazioni. Il diritto naturale non possiede infatti il carattere proprio del diritto positivo vigente, mentre rappresenta un'etica giuridica normativa ed esercita in quanto tale la propria funzione⁷⁵. Ed è perciò idoneo e destinato a operare sotto tre aspetti⁷⁶: in primo luogo nel senso

⁷⁴ Ultimamente sul punto A. HOLLERBACH, *Naturrecht, Rechtlich*, in IDEM, *Katholizismus und Jurisprudenz*, Paderborn 2004, p. 199 (202).

⁷⁵ Già JOH. MESSNER nel 1950 definì "Das Naturrecht" la sua opera *Handbuch der Gesellschafts-, Staats- und Wirtschaftsethik*. Nei tempi più recenti una conferma è rinvenibile nella discussione tra Jürgen Habermas e il Cardinal Ratzinger alla *Katholische Akademie* in Baviera nel 2004. In questa occasione il Cardinal Ratzinger si è espresso nei seguenti termini: "Il diritto naturale è rimasto – in particolare nella Chiesa cattolica – la figura argomentativa con la quale nel dialogo con la società secolarizzata e con le altre comunità di fede ci si appella alla ragione comune e si cercano le basi per un accordo sui principi etici del diritto in una società pluralistica secolarizzata"; vedi J. CARD. RATZINGER, *Werte in Zeiten des Umbruchs*, Freiburg 2005, p. 35.

⁷⁶ Vedi A. HOLLERBACH, op. cit., p. 202.

del riconoscimento e della legittimazione del diritto positivo quando quest'ultimo corrisponda nella sostanza ai principi del diritto naturale e li traduca adeguatamente; in secondo luogo come criterio per le riforme e gli interventi migliorativi del diritto positivo dal momento e nella misura in cui sorgano e si manifestino in esso insufficienze rispetto al diritto naturale; in terzo luogo come istanza attraverso la quale il diritto positivo viene messo in discussione ed esaminato nella sua legittimità nel momento in cui quest'ultimo contraddica le pretese elementari del diritto naturale; ciò può spingersi fino al rifiuto della lealtà e persino alla resistenza nei confronti dello Stato.

Il modo in cui il contenuto del diritto positivo è plasmato dal diritto naturale; il modo in cui, per così dire, il diritto positivo abita nel diritto naturale, dipende dalla misura in cui il diritto naturale aderisce all'etica normativa presente in una comunità politica, divenendo questa stessa etica. Naturalmente ciò non si realizza da sé ma ha bisogno dell'attività e dell'opera di persuasione dei cultori e dei difensori del diritto naturale nel discorso pubblico come nel processo politico. Le possibilità sono tanto maggiori quanto più si riesce a tradurre i contenuti e le sollecitazioni del diritto naturale in linguaggio secolare e quindi sottoporli al criterio della generalizzabilità⁷⁷. Qualora questa

⁷⁷ Così Jürgen Habermas ritiene ragionevole e necessario per la stabilizzazione dell'ordinamento liberale che le tradizioni religiose siano rese (possano essere) in tal modo proficue per la società secolare; vedi J. HABERMAS, *Religion in der Öffentlichkeit. Cognitive Voraussetzungen für den "öffentlichen Vernunftgebrauch" religiöser und säkularer Bürger*, in IDEM, *Zwischen Naturalismus und Religion*, Frankfurt am M. 2005, pp. 119-154 (25-146); IDEM, *Die öffentliche Stimme der Religion. Säkularer Staat und Glaubenspluralismus*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik* 52 (2007), pp. 1441-1446. Il criterio della generalizzabilità sta in ciò, che ognuno di coloro che sono capaci dell'uso della propria ragione, debba potere essere pensato come assenziente, e perciò che egli sia soggetto soltanto a leggi alle quali ha potuto dare, e ha dato, il proprio assenso; cfr. I. KANT,

mediazione nel diritto vigente abbia successo, spetta al giurista soggetto a questo diritto tenerne conto in maniera positiva e produttiva. Non per questo il giurista si fa “parte” e rappresentante di interessi particolari. Rimane invece fedele al proprio compito e al proprio ethos nel momento in cui riconosce quella specifica funzione di mediazione (dialettica) tra politica ed etica normativa del presente che è propria del diritto. Così facendo il giurista difende il diritto stesso e, attraverso questa mediazione, lo attua nel suo lavoro quotidiano.

Metaphysik der Sitten, Parte II, 46, e IDEM, *Vom ewigen Frieden*, § 2, art. 1.