

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

VOLUME LXVI
(2023)

Estratto



G. Giappichelli Editore

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

VOLUME LXVI
(2023)



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0506-3

ISSN 1972-8441

I contributi proposti per la pubblicazione vanno inviati, muniti di abstract in lingua inglese e parole chiave, al Direttore Responsabile via e-mail all'indirizzo: direttoreaupa@unipa.it.

La pubblicazione è subordinata alla procedura di revisione (peer review) secondo il sistema del double-blind. Ciò nel rispetto delle linee-guida delineate dal "Committee on Publication Ethics" per la pubblicazione di lavori scientifici e in adesione al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (AG, RISG, AUPA, BIDR, SDHI, IVRA, Index, Roma e America, IAH, Quaderni Lupiens di Storia e Diritto, Diritto@storia, TSDP), assunto in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere del CUN e del CNR.

Autori e Revisori sono tenuti a seguire le indicazioni contenute nel Codice etico della Rivista, consultabile sul sito <https://www.annalisediminariogiuridicoaupa.it>.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

DIRETTORE RESPONSABILE
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Christian Baldus	Heidelberg
Emmanuelle Chevreau	Paris
Tiziana Chiusi	Saarbrücken
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Carla Masi Doria	Napoli
Ferdinando Mazzarella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Bernardo Santalucia	Firenze
Emanuele Stolfi	Siena
Bernard Stolte	Groningen
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone, Giuseppe Romano
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: direttoreaupa@unipa.it

La lettera del Ministero della Pubblica Istruzione che approvò il regolamento del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo porta la data del 10 marzo 1906; il discorso inaugurale del preside prof. Alfredo Rocco – rivolto ai «carissimi giovani», studenti e studiosi della Facoltà di Giurisprudenza – fu tenuto nel marzo 1909. A norma di regolamento il Seminario era articolato in quattro sezioni (discipline storico-giuridiche, diritto pubblico, diritto privato, scienze sociali), e aveva il «fine di promuovere ricerche per parte degli studenti e laureati ... che intendessero perfezionarsi in alcuna fra le scienze professate nella Facoltà, e addestrarsi nella conoscenza dei metodi di ricerca e dell'uso delle fonti». Nel corso degli anni il Seminario andò perdendo talune delle funzioni indicate nel regolamento, fu sempre più istituto di ricerca scientifica e meno palestra di addestramento professionale dei giovani, e in punto di fatto si andò specializzando (certo per impulso di Salvatore Riccobono, divenutone presto direttore) quale centro di studi storico-giuridici. Divenne poi (dai tempi almeno della seconda guerra mondiale), in buona sostanza, Istituto di Diritto Romano.

Qualche anno dopo la sua istituzione, nel 1912, il Seminario Giuridico esprime una rivista propria: gli 'Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo'. A fondarla – e dirigerla fin quando insegnò a Palermo (1932) – fu in realtà Salvatore Riccobono. In piena aderenza agli scopi e alla struttura del Seminario la rivista ospitò per anni scritti di studiosi di tutte le discipline insegnate nella Facoltà giuridica palermitana.

È naturale però che, col passare degli anni, sui contenuti degli 'Annali' si riflettessero in qualche modo le vicende dell'istituzione di cui erano espressione; sicché divennero, definitivamente intorno agli anni '60, una rivista storico giuridica, in maggior misura di diritto romano.

INDICE DEL VOLUME

ARTICOLI

G. D'ANGELO, Note esegetiche in tema di acquisto del possesso da parte del pupillo	3
R. FIORI, Le <i>res sacrae</i> nel <i>ius divinum: consecratio, dedicatio e profanatio</i>	37
E. GIANNOZZI, La loi ' <i>Lectā</i> ' du Digeste (D. 12.1.40) aux Basiliques (Bas. 23.1.42): les destinées d'un fragment difficile de Paul	109
O. LICANDRO, Gaio, Giustiniano e i <i>dediticii</i> perduti. Indagine tra diritto e politica attraverso papiri, epigrafi, pergamene e tradizione manoscritta	151
S. LONGO, La <i>litis contestatio</i> formulare nelle <i>Institutiones</i> di Gaio	219
C. PELLOSO, Sul rapporto tra nossalità e vendetta a partire da Gai 4.75-76	265
L. PEPPE, Riflessioni intorno al <i>topos</i> della cittadinanza. L'esperienza giuridica romana	293

NOTE

R. GOUDJIL, Le concept de sécurité juridique dans les discours juridiques impériaux byzantins (VI ^e -XII ^e siècle)	337
F. REDUZZI MEROLA, Matrimoni negati: D.16.3.27 e Papiro Cattai	361

VARIE

M. MICELI, In tema di 'interpretazione casistica' e scienza del diritto	373
---	-----

VARIE

Maria Miceli
(Università di Palermo)

In tema di ‘interpretazione casistica’
e scienza del diritto

ABSTRACT

The work constitutes a tribute to Professor Vacca, to her significant and prestigious scientific production, but also to the fundamental contribution offered to the legal community, also in carrying out important institutional tasks. The article concerns some works in which Vacca – starting from his valuable works on jurisprudence, on case method and on precedents – has proposed some interpretative lines of great interest and importance not only for their intrinsic value, but also as they are linked to issues of great importance for the current dimension of law. These are, in particular, reflections on the important and now decisive role assumed by interpreters within the multilevel legal system, on the crisis of law, due among other things to the separation between science and practice, and, finally, on analysis of the casuistic and prudential method of Roman jurisprudence as a model of science founded on the inseparable synthesis between the theoretical elaboration and the practical application of legal rules.

PAROLE CHIAVE/KEYWORDS

Metodo casistico; giurisprudenza romana; scienza e prassi giuridica; tradizione giuridica
Case method; Roman jurisprudence; science and practice of law; Legal Tradition

IN TEMA DI 'INTERPRETAZIONE CASISTICA' E SCIENZA DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il ruolo dell'interprete, la distinzione tra scienza e prassi e la crisi del diritto. – 3. Metodo casistico e sistema giuridico. – 4. La *iuris prudentia* romana come modello di 'metodo' dei percorsi dell'interpretazione. – 5. Rigore scientifico e prassi giurisprudenziale: '*reductio ad unitatem*' delle fonti e dei sistemi giuridici.

1. INTRODUZIONE.

Il lavoro nasce dal doveroso, ma soprattutto affettuoso intento di rendere omaggio alla professoressa Vacca, alla sua significativa e prestigiosa produzione scientifica, ma anche al fondamentale apporto offerto alla comunità giuridica, unitariamente considerata, anche nello svolgimento di rilevanti compiti di natura istituzionale.

L'intento è quello di esprimere profonda gratitudine per i suoi preziosi insegnamenti, che vanno ben oltre i contenuti delle sue riflessioni scientifiche, ma che costituiscono un indiscusso modello di metodo e di individuazione – al di là di steccati disciplinari e ruoli professionali – del ruolo e significato profondo del diritto e della figura del giurista.

In tal senso, vorrei prendere spunto da due lavori, legati a due Convegni interdisciplinari – connessi anche ad una mia esperienza diretta di collaborazione, che tanto ha inciso sulla mia formazione – che si ricollegano ad alcuni dei più rilevanti filoni di studio curati dalla professoressa Vacca, ma che, al tempo stesso, risultano particolarmente espressivi del prezioso contributo dato dalla stessa alla promozione di importanti dibattiti e occasioni di elevato approfondimento scientifico, non solo nell'ambito della comunità scientifica romanistica, ma nel contesto più ampio della cultura giuridica nazionale e internazionale.

Nell'ambito di questi incontri, infatti, la Vacca ha offerto al dialogo e alla discussione alcuni dei tratti più significativi della sua produzione scientifica relativi alla giurisprudenza, alla scienza giuridica, al metodo casistico, proiettandoli sapientemente in un contesto interdisciplinare, arricchito dall'apporto di autorevoli esponenti dell'accademia, non solo romanistica, ma anche della magistratura, dell'avvocatura, del notariato e di rilevanti organi istituzionali (CSM), aprendo, così, ulteriormente la riflessione scientifica alla comprensione delle problematiche più vive della società e del diritto attuale.

Il primo contributo dal titolo "*L'interpretazione casistica fra storia e comparazione giuridica*"¹ si inserisce nell'ambito del Convegno che si è tenuto nelle giornate del 21 e 22 Ottobre 2005, presso l'Università di Enna, dal titolo "*Convenzione Europea dei diritti del-*

¹ L. VACCA, *L'interpretazione casistica fra storia e comparazione giuridica*, in *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti e il ruolo del giudice. Atti del Convegno di Enna, 21-22 ottobre 2005*, in *Nuove Autonomie, Rivista di dir. pubbl.*, Anno XV, Nuova serie, 1/2006, 115 ss.

l'Uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti ed il ruolo del giudice", organizzato dal l'Università di Palermo, e in particolare dal Collegio dei Docenti del Dottorato di ricerca in Fondamenti del Diritto Europeo e metodologia comparatistica dell'Università di Palermo, e dall'Università di Enna, in collaborazione con la formazione decentrata del Consiglio Superiore della Magistratura.

Il secondo contributo è costituito dalla prefazione del Convegno "Scienza Giuridica e prassi",² che si è tenuto nelle giornate comprese tra il 26-28 novembre 2009, a Palermo, presso lo Steri – organizzato dall'ARISTEC (Associazione Internazionale per la ricerca giuridica, storica e comparatistica) e dal Centro di Eccellenza di Diritto Europeo 'G. Pugliese' di Roma Tre, di cui la Vacca era Presidente, dall'Università di Palermo, nelle sue varie componenti,³ in collaborazione con la formazione decentrata del Consiglio Superiore della Magistratura e il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Palermo.

Ebbene, ci piace ricordare i contributi in questione, non solo per il loro valore intrinseco ma anche in quanto si legano a tematiche di grande rilievo per la dimensione attuale del diritto, e, in particolare, all'importante e ormai decisivo ruolo assunto dagli interpreti nell'ambito del sistema giuridico multilivello, alla crisi del diritto, dovuta tra l'altro alla separatezza tra scienza e prassi, e, in fine, all'analisi del metodo casistico e prudenziale della giurisprudenza romana come modello di scienza fondata sull'inscindibile sintesi tra l'elaborazione teorica e l'applicazione pratica del fenomeno giuridico.

Si tratta di lavori che riassumono e esprimono non solo acute e profonde riflessioni scientifiche, frutto di anni di studio e di numerose pubblicazioni precedenti, ma anche preziose indicazioni metodologiche e di sistema per il giurista attuale.

La Vacca⁴ ritiene, infatti, che «un diritto che si sostanzia nell'individuazione scientifica della soluzione 'giusta' dei casi concreti può costituire ancora oggi una risposta sia alle istanze di 'regole e principi condivisi', che costruiscano, per via teorica e giurisprudenziale oltre che normativa, la trama portante del nuovo 'diritto europeo', sia alle istanze di 'rifondazione' della scienza giuridica, nel senso più ampio e generale, di una scienza giuridica a sua volta costituita non da un 'sistema' di concetti astratti, ma da un 'sistema prudenziale'».

2. IL RUOLO DELL'INTERPRETE, LA DISTINZIONE TRA SCIENZA E PRASSI E LA CRISI DEL DIRITTO.

Ebbene, negli scritti ricordati, la Vacca – facendo sintesi dei suoi pregevoli lavori sulla giurisprudenza, sul metodo casistico e sui precedenti⁵ – ha proposto alcune linee interpretative di grande interesse e importanza sui temi oggetto dei Convegni.

² L. VACCA (a cura di), *Scienza giuridica e prassi. Congresso internazionale Aristec (Palermo 26-28 novembre 2009)*, Napoli 2011, 6 ss.

³ Hanno contribuito all'organizzazione, in particolare, il Rettorato dell'Università di Palermo, la Scuola Dottorale in Diritto sovranazionale e Diritto Interno di Palermo, il Dottorato di Ricerca di Diritto Comparato, il Centro Interdipartimentale di Diritto Privato Europeo; cfr., L. VACCA (a cura di), *Scienza giuridica e prassi cit.*, 6 ss.

⁴ L. VACCA, *L'interpretazione casistica cit.*, 118-119.

⁵ L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano 1976; ID., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino 1989; ID., *Responsi dei giuristi romani e rilevanza dei precedenti*, in L. VACCA (a cura di), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti, profili storico comparatistici*, Atti del Seminario ARISTEC Perugia 1999, Torino 2000; ID., *Casistica e sistema nel diritto*

Il punto di partenza delle considerazioni svolte⁶ è costituito dal dato essenziale che i giuristi di tutti i paesi europei sono oggi impegnati in uno sforzo di riflessione sui contenuti, gli obiettivi e i metodi più idonei per conseguire, se non l’unificazione, almeno l’armonizzazione di un ordinamento giuridico transnazionale, definibile come ‘nuovo diritto europeo’.⁷ D’altronde, in questo dibattito generale si intrecciano sia questioni tecnico-politiche, relative alle fonti di produzione di questo nuovo diritto ed alla gerarchia fra esse, sia problemi teorico-metodologici, che vanno dai temi più generali, quali quelli collegati all’idea di una crisi dell’idea stessa di diritto e della tendenziale unitarietà del sapere giuridico, a problemi più specifici, quale quello del ruolo della cultura storico-giuridica nella formazione attuale del giurista, e del rapporto fra teoria e prassi, o, se si preferisce, fra ‘scopi del diritto’ e ‘scopi della tecnica’, o, peggio ancora, fra ‘cultura del sapere’ e ‘cultura del fare’.⁸

L’Autrice ricorda, in particolare, che questa divaricazione fra ‘cultura del sapere’ e ‘cultura del fare’ – che viene spesso teorizzata come auspicabile, anche nei progetti di riforma degli studi universitari – è ovviamente destinata ad accentuarsi in ossequio all’idea che una ‘tecnicizzazione’ del diritto ed una specializzazione ‘professionale’ del giurista siano istanze inarrestabili dell’attuale società di massa.

Va, infatti, considerato che il compito del giurista è oggi in un certo senso molto più complesso, in quanto egli è chiamato a riflettere su una struttura del diritto dinamica e transnazionale, quale deriva dal nuovo diritto europeo, non solo nella dimensione normativa comunitaria, ma anche nella sua forte componente giurisprudenziale. Quindi, il teorico e il pratico non sono quindi più chiamati ad interpretare e applicare norme, ma sono chiamati a interpretare il diritto nel suo insieme.⁹

Va, inoltre, preso atto della circostanza che ormai in tutti gli ordinamenti nazionali che compongono la realtà giuridica europea, la giurisprudenza – intesa qui come prodotto dell’attività giurisdizionale che si manifesta nelle singole sentenze e nel loro insieme – ha ormai assunto un ruolo dichiaratamente di ‘creazione’ del diritto, sia pure con modalità e tecniche differenziate di redazione delle sentenze,¹⁰ nonché della loro utilizzazione quali ‘precedenti’.

giurisprudenziale. Alcune riflessioni con riferimento al “metodo” dei giuristi romani, in Europa e dir. priv., 2, 2003, 325-368; ID., Cultura giuridica e unificazione del diritto europeo, in Europa e dir. priv., 1, 2004, 217-231; ID., Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche, Padova 2006; ID., L’interpretazione analogica nella giurisprudenza classica, in AA.VV., Fides humanitas ius – Studi in onore di Luigi Labruna, vol. 8, Napoli 2008. Vanno anche segnalati i significativi lavori successivi sui temi in questione: L. VACCA, Interpretazione e scientia iuris: problemi storici attuali, in Europa e dir. priv., 3, 2011, 661-679; ID., La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Seconda edizione riveduta ed ampliata, Torino 2012; ID., Interpretazione e scientia iuris: problemi storici attuali, in Diritto@Storia, X, 2011-2012; ID., Storia, comparazione e scienza giuridica, in AA.VV., Scritti di comparazione e storia giuridica, II, Ricordando Giovanni Crisculi, Torino 2013; ID., Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea, Torino 2017.

⁶ L. VACCA, *L’interpretazione casistica* cit., 115-116.

⁷ L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo* cit., 53 ss. e i contributi citati ivi; L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano 2005, 62 ss.; 124 ss.; G. ALPA, M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano 2005, 8 ss.; 29 ss.

⁸ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2005, 101 ss.

⁹ L. VACCA (a cura di), *Scienza giuridica e prassi* cit., 8.

¹⁰ A. CANNATA, A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, 4 ed., II, *Dal Medioevo all’epoca contemporanea*, Torino, 110 ss.

Tuttavia, in conseguenza di tali trasformazioni, i due formanti ‘interpretativi’ – dottrina e giurisprudenza – sembrano far riferimento, nei paesi continentali, a diversi ‘diritti’, ciascuno dei quali assolutamente autonomo ed autoreferenziale.

Infatti, a fronte del superamento definitivo dell’idea, propria del positivismo giuridico, del giudice ‘bouche de la loi’, e della rivalutazione dell’interpretazione del giudice come interpretazione ‘creatrice di diritto’, va considerato che uno degli elementi più evidenti della manifestazione dell’attuale ‘crisi del diritto’, è la divaricazione, progressivamente sempre più accentuata, fra diritto c.d. ‘colto’, considerato ormai patrimonio esclusivo della dottrina universitaria (e che continua ad essere oggetto di un insegnamento teorico astratto, collegato a ricerche ‘scientifiche’ spesso condotte e conosciute solo all’interno dello stesso mondo accademico nazionale, come dimostra la circostanza che in tutti gli Autori europei sono diventate sempre più rare le citazioni di autori stranieri), e ‘diritto della pratica’, applicato nelle aule dei tribunali e negli studi degli avvocati, diritto che ‘vive’ e si evolve senza tener in alcun conto le dotte teorie formulate dalla dottrina.¹¹

Inoltre, continua la Vacca,¹² «la scienza giuridica si è arricchita di uno strumentario molto più ampio, che deriva dalla comparazione giuridica e dall’analisi degli ordinamenti sia storici sia contemporanei, che le permette di acquistare consapevolezza dei ‘flussi’ (l’espressione è di Maurizio Lupoi) e ‘modelli’ che sono intervenuti a intervengono nell’esperienza giuridica, ampliandone e modificandone continuamente la struttura e i contenuti».

Peraltro – a parere dell’A.¹³ – la stessa dimensione ‘europea’ dell’analisi e dell’applicazione del diritto spesso consiste o nella pura ‘descrizione’ delle norme di diritto comunitario e delle sue applicazioni giurisprudenziali, ovvero in un confronto ‘esteriore’ fra le soluzioni normative o giurisprudenziali utilizzate nei diversi paesi, che si traducono spesso in fenomeni di ‘trapianti e flussi giuridici’ di istituti che dovrebbero diventare ‘comuni’ a diversi ordinamenti, ma in realtà sono recepiti e applicati in modi differenti, in quanto non ‘metabolizzati’ dalla attività ‘scientifica’ di una giurisprudenza e di una dottrina unitaria.

La crisi del diritto, così, se da un lato può essere considerata crisi della giurisprudenza e dell’amministrazione della giustizia, da altro lato viene ad essere crisi della ‘scienza del diritto’, nel senso di crisi del prestigio e della credibilità della dottrina, la cui elaborazione non sembra più in grado di dare sostegno teorico alla prassi, e tanto meno di essere di sostegno al legislatore orientandone le scelte normative.¹⁴

3. METODO CASISTICO E SISTEMA GIURIDICO.

In tale contesto, l’elemento di maggiore interesse delle riflessioni dell’Autrice è rappresentato dall’attenzione riservata ai percorsi e ai criteri dell’interpretazione, assumendo co-

¹¹ L. VACCA, *L’interpretazione casistica* cit., 117. L’A., infatti, ritiene significativo che il F. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, I, Torino 1886, *Prefazione*, 11 ss. – sebbene in altro contesto e in un altro momento di crisi del ‘diritto’, che si rivelava inadeguato a dare una risposta a esigenze di strutture giuridiche ‘nuove’, unitarie e razionali – segnalasse che ‘il vizio capitale delle nostre attuali condizioni giuridiche consiste in una sempre più marcata separazione della teoria e della pratica, ...che invece si trovava presso i giuristi romani ancora schietta, viva, efficacissima’.

¹² L. VACCA (a cura di), *Scienza e prassi* cit., 8.

¹³ L. VACCA, *L’interpretazione casistica* cit., 118.

¹⁴ V. L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in IVRA, LII, 2001 (pubbl. 2005), 131 ss., ora anche in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica, Saggi*, Padova 2005, 140.

me riferimento l'esperienza romana, e, in particolare la struttura e il metodo dell'"interpretazione casistica" dei giuristi romani,¹⁵ che costituisce, a tal proposito, «...esempio di un metodo che può permettere la 'costruzione' di un 'sistema' in cui 'sapienza' pratica e 'sapienza scientifica' intesa come capacità di formulare le 'regole' e di interpretarle anche con riferimento ai singoli casi concreti, mantenendo la coerenza razionale ai principi che informano di sé l'ordinamento».

Si tratta di un metodo di «costruzione casistica del sistema mediante regole prudenziali»¹⁶ che ha trovato compiuta espressione nel pensiero della giurisprudenza romana classica, e chi si evince emblematicamente dal famoso testo di Paolo che definisce il procedimento di formazione della 'regola casistica' e la sua 'funzione':

D.50,17,1 (Paul. 16 ad Plautium): *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.*

Il senso profondo del brano si riassume, a parere della Vacca, nelle parole di Cannata:¹⁷ «Dicendosi 'non ex regula ius— sed ex iure regula' si afferma che il principio dell'operazione decisionale giuridica non deve essere in un dettame astratto, come potrebbe essere una regola legislativa o interpretativa, ma nella realizzazione pratica del diritto, cioè nelle soluzioni pratiche già raggiunte. In altre parole: il criterio per la soluzione di un caso non deve essere cercato come criterio; quel che si deve avere presente non è un repertorio di criteri dettati come tali; la soluzione giusta di un caso si trae dal caso stesso, e quando la si è tratta, le si deve dare forma di regola, sicché quando si applicherà ancora questa regola si applicherà ancora la soluzione giusta del caso ...».

Così, continua l'Autrice,¹⁸ «l'utilità della regola sta nel fatto che permette una rappresentazione sintetica dei criteri razionali di soluzione sino a quel momento individuati, raccordando in un'unica massima un insieme di soluzioni; il suo rischio sta in una possibile utilizzazione generalizzata, che non tenga conto della struttura specifica del caso da risolvere. La 'regola casistica', e, più in generale l'"interpretazione casistica" proposta nelle opere dei giuristi romani risultano come si è visto molto differenti – nel procedimento della loro formazione e nel procedimento della successiva utilizzazione – non solo ovviamente da una 'norma casistica' contenuta in un codice, ma anche da una massima giurisprudenziale in un sistema di Civil Law. Ciò perché le regole casistiche dei giuristi romani sono il risultato di una *scientia iuris* unitaria, capace di 'organizzare' le soluzioni pratiche in un sistema razionale coerente: *ius est ars boni et aequi* dice il giurista Celso».

¹⁵ L. VACCA, *L'interpretazione casistica* cit., 118. Sul punto si rinvia a L. VACCA, *I precedenti e i responsi* cit., 37 ss.

¹⁶ Il riferimento esplicito è a L. VACCA, *Casistica e sistema da Labeone a Giuliano, in Ius controversum e auctoritas principis, Giuristi principe e diritto nel primo impero*, in *Atti del convegno internazionale di Copanello* 11-13.6.1998, Napoli 2003, 346 ss., ripubblicato, con alcune modifiche, in *Europa e Diritto privato*, 2003, 325 ss., con il titolo *Casistica e sistema nel diritto giurisprudenziale. Alcune riflessioni con riferimento al metodo dei giuristi romani* (cfr. *supra*, nt. 5); ID., *La giurisprudenza nel sistema* cit., 119 ss.

¹⁷ A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea, I, Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino 1997, 325 ss.

¹⁸ L. VACCA, *L'interpretazione casistica* cit., 121-122.

Guardando, così, all'esperienza moderna, la Vacca¹⁹ nota che spesso, nei paesi di Civil Law, le 'massime' su cui spesso si forma la nostra giurisprudenza non sono il risultato di un'attività scientifica, di un procedimento razionale di astrazione dello stesso 'interprete' chiamato ad individuare il 'diritto del caso concreto', ma sono il risultato di un procedimento di semplificazione condotto da un terzo, talvolta inesperto che identifica il principio giuridico utilizzato con la norma del caso enunciata dispositivo della sentenza, senza tener in alcun conto la struttura specifica dei fatti cui si riferisce la decisione. Ciò comporta facilmente un'utilizzazione del tutto meccanica di un principio, spesso addirittura contrastante con la vera ratio decidendi del caso deciso, che porta a replicare soluzioni in casi apparentemente analoghi, ma in realtà del tutto differentemente qualificati.

Non si tratta, quindi, del problema se la precedente decisione sia vincolante o solo persuasiva o autorevole, ma del fatto che è estranea alla formazione del giurista continentale la tecnica di utilizzazione razionale delle soluzioni precedenti intese nel loro carattere essenziale di collegamento del diritto al caso concreto, di un diritto che nella valutazione del caso concreto inevitabilmente si modifica e si sviluppa.²⁰

In modo differente, per i giuristi di Common Law, in un sistema in cui la 'interpretazione giudiziale' opera veramente come fonte del diritto, «non è la decisione del caso particolare che la rende precedente ma la ragione giuridica della decisione, vale a dire il principio giuridico sottostante che, applicato ai fatti ha determinato quella particolare decisione»; «essa è ovviamente fondata nei fatti ma è capace di essere da questi astratta e generalizzata sotto forma di una proposizione giuridica o di una serie di proposizioni giuridiche».²¹ L'individuazione della *ratio decidendi* è peraltro un'operazione euristica di tipo induttivo, in quanto il principio giuridico va estratto dal rapporto fra la decisione e i fatti concreti selezionati come qualificanti ai fini della decisione o delle decisioni, e questa operazione spetta esclusivamente alla Corte chiamata ad utilizzare il precedente; solo compiuta questa operazione sarà possibile applicare il principio di diritto alla nuova fattispecie; la Corte è peraltro chiamata a stabilire se i fatti caratterizzanti la nuova fattispecie sono analoghi ai fatti caratterizzanti i casi già decisi, e solo se i fatti sono ritenuti analoghi la precedente sentenza costituirà precedente vincolante.²²

Ebbene, secondo l'A.,²³ tale procedimento tecnicamente complesso di 'astrazione' della ratio decidendi, in rapporto ad una sentenza o a più sentenze su casi 'simili', e di confronto fra i 'casi', attraverso la individuazione dei fatti rilevanti ai fini della decisione, costituisce non solo il criterio che regola il momento pratico dell'attività dei giudici-interpreti nella decisione dei casi concreti, ma soprattutto il fulcro del metodo scientifico nella determina-

¹⁹ L. VACCA, *L'interpretazione casistica* cit., 122.

²⁰ Il riferimento è a G. ZAGREBELSKY, *Caso, regola di diritto, massima*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente, con particolare riguardo alla responsabilità civile. Atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto privato della Facoltà di Giurisprudenza in collaborazione con la Rivista "contratto e impresa"* (Genova 11-12 marzo 1988), a cura di G. Visentini, Padova 1988, 98 ss.

²¹ U. MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano 1988, 203; ID., *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino 1992, 214 ss. Si rileva, inoltre, che la stessa nozione di precedente nella concezione angloamericana è ben lungi dall'essere univoca e pacifica in tutti i suoi aspetti; cfr. M. TARUFFO *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Scintillae iuris, Studi in memoria di G. Gorla I*, Milano 1994, 383 ss. e lett. ivi citata.

²² P. STEIN, *I precedenti nella Common Law*, in *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del Convegno di Cagliari, 18-21 maggio 1981*, Milano 1982, 56 ss.; U. MATTEI, *Stare decisis* cit., 214

²³ L. VACCA, *L'interpretazione casistica* cit., 123.

zione del diritto vigente; ed è proprio alla razionalità di questo metodo che è affidata la coerenza dello sviluppo del Common Law.

Infatti, per intendere se, in un determinato momento storico ed in rapporto ad un determinato ordinamento, le soluzioni dei precedenti casi simili hanno valore di 'fonte del diritto', non si può far riferimento unicamente alla circostanza che la decisione sia di per sé vincolante per la decisione dei successivi casi simili, ma è necessario verificare in concreto il rapporto 'scientifico' fra la decisione del caso e la costruzione dell'ordinamento come ordinamento giuridico positivo. Si tratta cioè di individuare il procedimento di costruzione razionale dei principi giuridici di cui si compone l'ordinamento in rapporto al momento di decisione dei singoli casi concreti.²⁴

4. LA *IURIS PRUDENTIA* ROMANA COME MODELLO DI 'METODO' DEI PERCORSI DELL'INTERPRETAZIONE.

Ebbene, alla luce delle riflessioni ricordate nei paragrafi precedenti, la Vacca esprime pertanto «la convinzione che una riflessione sulla rilevanza e la struttura dell'interpretazione casistica» – espressione che tradizionalmente identifica l'essenza del metodo di 'costruzione scientifica' che ha permesso all'opera dei giuristi romani di attraversare i secoli come patrimonio di una scienza giuridica inesaurita, 'fondante' di tutta la tradizione giuridica occidentale, nei suoi aspetti non solo teorico-concettuali ma anche pratici – possa contribuire a meglio comprendere come la soluzione dei casi concreti si possa inserire nel processo del formazione del diritto, ed in quale rapporto con le altre fonti di produzione». ²⁵

Infatti, a suo parere, un'*interpretatio* che tenga conto dei principi fondanti comuni e che sia risultato, ad un tempo, di una pratica che attinga da una piena consapevolezza metodologica gli elementi necessari a guidare le soluzioni concrete, assicurandone la coerenza e la duttilità ai 'valori' che vengono via via 'socialmente' individuati come da tutelarsi in via prioritaria, può essere anche oggi una valida opzione per il superamento della crisi del diritto e del particolarismo giuridico, derivato non solo dal coesistere dei vari ordinamenti nazionali, ma anche dal frammentarsi del sistema delle fonti in un complesso di regole eterogenee e spesso non coordinate.²⁶

Il problema non è quindi quello di elaborare una 'gerarchia' delle fonti ma quello di percepirne la complessità e ragionare sulla necessità che i diversi 'formanti' si compongano

²⁴ La VACCA (*L'interpretazione casistica* cit., 123, nt. 17) precisa, inoltre, che «è altresì evidente che in quest'ottica può non risultare rilevante la circostanza che la decisione giuridica del caso sia formulata da giuristi non giudici. Ciò che rileva è che l'ordinamento sia qualificabile come ordinamento di formazione (prevalentemente) giurisprudenziale, perché, come vedremo, solo in un ordinamento di questo tipo può trovare spazio il tipo di attività ermeneutica presupposta dall'utilizzazione dei 'precedenti'; se in un determinato ordinamento la formazione del diritto è di tipo giurisprudenziale, nel senso che "la elaborazione e formulazione complessiva del diritto può essere considerata riferibile prevalentemente alle soluzioni di un gruppo di persone che fanno professione di diritto", risulta ininfluenza che questo gruppo di persone eserciti direttamente la funzione giudicante ovvero, come avviene per i giuristi romani, condizioni in modo determinante le decisioni dei giudici e dei magistrati: è al metodo scientifico di questa elaborazione che occorre comunque far riferimento perché solo al suo interno può individuarsi la eventuale rilevanza dei precedenti in senso tecnico».

²⁵ L. VACCA, *L'interpretazione casistica* cit., 118.

²⁶ L. VACCA, *L'interpretazione casistica* cit., 118

in un quadro coerente, che offra gli elementi idonei alla compiuta consapevolezza della struttura dell'ordinamento e degli strumenti idonei per la sua evoluzione: questo compito non può essere solo dei giudici come non può essere solo dei 'teorici del diritto'.

E, in effetti, riflettendo sulle acute e preziose considerazioni della Vacca, va riconosciuto che uno degli aspetti più rilevanti del diritto sovranazionale è rappresentato proprio dall'incremento dei luoghi di creazione e di tutela dei diritti, tramite la valorizzazione e il coinvolgimento più soggetti nel processo di interpretazione e creazione del diritto.

Si è, infatti, avviato un vero e proprio processo dialettico e circolare tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti interni che ha decisamente moltiplicato i soggetti chiamati a svolgere un ruolo determinante nella formazione e nell'applicazione dei principi e delle regole giuridiche.²⁷

Tale processo si lega certamente all'allargamento dei confini del diritto – per determinati aspetti – verso orizzonti mondiali (*Weltrecht*)²⁸ e alla conseguente destrutturazione del concetto di Stato e sovranità nazionale, a cui inevitabilmente si legano la crisi di democraticità dello stesso procedimento legislativo e di riflesso della legge, sempre meno considerata parametro fondamentale di giuridicità.²⁹

D'altro canto, il primato del diritto comunitario che si impone ai diritti nazionali, ha frantumato la sistematicità già precaria degli stessi, senza però sostituirvi un nuovo ordine formale. Ha determinato l'affermarsi, più genericamente, di un sistema giuridico sovranazionale sempre più basato su una pluralità di fattori di produzione che non si sviluppa ed articola unicamente secondo criteri puramente formali, ma secondo un modello giuridico complesso e peculiare, di recente definito in termini di *multilevel constitutionalism*.³⁰

²⁷ Nell'ambito dei sistemi sovranazionali si è diffusa l'idea che l'elaborazione delle *tradizioni costituzionali comuni* e la stessa *Costituzione europea* non devono avere un unico centro propulsivo ma essere "il prodotto di un'attività collettiva, con una pluralità di centri legati e coordinati da un processo di circolarità discorsiva ... Alla «Costituzione europea» corrisponderebbe così «una giustizia costituzionale europea» strutturata in forma «reticolare»; cfr. O. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo stato. Fra "diritto internazionale dei diritti umani" e "integrazione costituzionale europea"*, in *I diritti costituzionali*, a cura di Nania, Riddola, Torino 2001. Sul tema, cfr. A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 3/2009; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il Dir. un. eur.*, XIV, fasc. 2/2009, 195 ss.; G. PITRUZZELLA, R. BIN, *Le fonti del diritto*, Torino 2009, 97 ss.

²⁸ V. A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino 2008. Infatti, secondo gli osservatori più attenti del fenomeno, si registra di recente una tendenza sempre più accentuata all'internazionalizzazione e 'sovrannazionalizzazione' degli ordinamenti costituzionali, unitamente alla 'costituzionalizzazione' degli ordinamenti sovranazionali e dello stesso ordinamento della Comunità internazionale.

²⁹ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol., XXXVI (2007); M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 27 ss. Va, dunque, valutato se si è giunti ad un sistema che provocatoriamente Sabino Cassese (S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, 2008, 29 ss.) definisce "diritto senza stato", e a quella fase del diritto pubblico caratterizzata – come sostiene Gustavo Zagrebelsky – dalla «perdita del centro», quindi del tramonto definitivo di una visione statocentrica del diritto e della società. Sul tema cfr. anche F. VIOLA, *Introduzione. Forza della volontà e incertezza della ragione*, in *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Bologna 2012, 9 ss.

³⁰ I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, 703 ss.; J.H.H. WEILER, *The transformation of Europe*, in *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, 19 ss.; AA.VV., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*,

Si è determinata, così, la creazione, dunque, di una 'formazione a rete' in cui le scelte giuridiche sono il prodotto di un'attività collettiva, di una pluralità di centri legati e coordinati da un processo di circolarità discorsiva di reciproca integrazione.

Il processo descritto ha determinato di conseguenza l'accresciuto ruolo della funzione giurisdizionale come anello di congiunzione fra tali molteplici realtà, così come spesso esplicitato nelle decisioni delle Corti europee,³¹ e ora anche dalle nostre Supreme Corti.³²

Sembra pertanto condivisibile l'idea che il processo interpretativo possa e debba costituire il momento centrale dell'evoluzione del diritto,³³ in quanto, in conseguenza dei profondi e radicali elementi di cambiamento, il giurista è chiamato a riappropriarsi di un ruolo-guida nel processo di *comunicazione* e *armonizzazione* dei vari piani ordinamentali della realtà giuridica.

Per far questo, tuttavia, deve essere in grado di possedere e coltivare conoscenze nazionali e soprannazionali, e, al tempo stesso, capace di cogliere, ove possibile, gli spunti derivanti dal diritto sovranazionale anche come occasioni di arricchimento del proprio sistema giuridico nella prospettiva dell'accrescimento della qualità tecnica della propria normazione, dell'integrazione delle scelte di carattere contenutistico e valoriale e, al contempo, delle forme e dei mezzi di tutela.³⁴

in *Atti del Seminario di Copanello (31 maggio– 1 giugno 2002)*, a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, Torino 2003; AA.VV., *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, a cura di A. D'Atena e P. Grossi, Milano 2004; AA.VV., *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi, aperti, momenti di stabilizzazione*, a cura di P. Bilancia ed E. De Marco, Milano 2004; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, 1, 79.

³¹ In ambito europeo la giurisdizione ha assunto un ruolo di particolare rilievo non solo nell'ambito dell'applicazione ma anche della creazione del diritto comunitario. La stessa definizione della struttura del sistema comunitario e l'effettività del medesimo diritto – a fronte di ritardi e inceppamenti dell'integrazione politica – è prevalentemente frutto di un complesso processo interpretativo svolto, in primo luogo, dalla Corte di Giustizia che ha messo in atto un vero e proprio processo di costituzionalizzazione dell'Unione; sul punto v. J.H.H. WEILER, *The trasformation of Europe* cit., 21 ss.; T. GIOVANETTI, *L'Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino 2009, 148 ss.; O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, I, 2009, 1 ss.; F. FONTANELLI, G. MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del "dialogo nascosto" fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 2008, 351 ss e ulteriore bibliografia ivi richiamata.

³² Si è dunque realizzato un complesso intreccio interpretativo tra le giurisdizioni di diversi livelli che cooperano per garantire l'effettività del diritto sovranazionale. Sull'interessante e complessa tematica v. P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, in *Quad. della Rass. dir. pubbl. eur.*, Napoli 2008; B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, 581 ss.; R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?*, e V. SCIARABBA, *Il problema dei rapporti tra (leggi di esecuzione di) vincoli internazionali e leggi precedenti nel quadro della recente giurisprudenza costituzionale*, entrambi in *www.forumcostituzionale.it*.

³³ In tal senso cfr. M. MICELI, *Validità e effettività del modello romanistico della proprietà nell'esperienza giuridica attuale*, in *Iustel, Revista General de Derecho Romano*, 27 (2016), § II; M. MICELI, L. SOLIDORO, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Torino 2021, 268 ss.; 329 ss.

³⁴ V. in proposito L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 907ss, ora in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi. Il giurista europeo. Collana diretta da L. Garofalo e M. Talamanca. Percorsi formativi*, Padova 2005, 237 ss.; ID., *Una nuova dogmatica per il diritto privato europeo*, in *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione*

È necessario, infatti, oggi per il giurista procedere valorizzando la peculiarità dei singoli diritti nazionali, pur armonizzandoli e inserendoli prudentemente nei circuiti del diritto sovranazionale.

Le nuove prospettive dell'interpretazione sono, infatti, quelle dell'interpretazione costituzionalmente orientata³⁵ e quella dell'interpretazione conforme al diritto europeo³⁶ che assegnano al singolo giudice nazionale,³⁷ così come a tutti gli interpreti, il potere, ma anche

europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti e il ruolo del giudice. Atti del Convegno di Enna, 21-22 ottobre 2005, in Nuove Autonomie, Rivista di dir. pubbl., Anno XV, Nuova serie, 1/2006, 71 ss.

³⁵ G. AMOROSO, *L'interpretazione «adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro italiano*, V, 1998, 101 ss.; E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua 'diffusione'*, Torino 2002, 420 ss.; F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 65 ss.; ID., *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, in *Giur. it.* (2010) 1961 ss.; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006; G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in *www.Federalismi.it* (21.07.2011) e ivi ulteriori riferimenti bibliografici; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *www.Federalismi.it*; R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme della Costituzione alla legge*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa* (Atti del XXI Convegno annuale, Roma 27-28 ottobre 2006 – 50° anniversario della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana), Napoli 2010; A. RUGGERI, *Lo Stato costituzionale e le sue mutazioni genetiche*, in *Quaderni costituzionali*, IV, 2014, 845 ss.

³⁶ Cfr. R. CAFARI PANICO, *Per un'interpretazione conforme*, in *Dir. pubbl. comparato europeo* I, 1999, 383 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Verona 2008, 191 ss.; C. PINELLI, *Interpretazione conforme (rispettivamente, a Costituzione e al diritto comunitario) e giudizio di equivalenza*, in *Giur. cost.*, 2008, 1368; A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *www.Consulta online*, XVI, e ivi ampia bibliografia; E. LAMARQUE, *The Italian Courts and Interpretation In Conformity With the Constitution, EU Law and the ECHR*, in *Rivista A.I.C.* IV, 2012; G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli 2012; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine nella prospettiva quantistica*, Milano 2013, 50 ss.; A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del 'sistema di sistemi' come problema*, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli 2015; V. PICCONI, *L'interpretazione conforme nell'incrocio tra le giurisdizioni*, in *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Napoli 2016; V. SCIARABBA, *L'interpretazione conforme tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in *Forum Quaderni costituzionali* (14.05.2019), 1-18; B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti tra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European papers* (22.04.2021), 1-20.

³⁷ Le Corti nazionali e sovranazionali hanno pienamente valorizzato il ruolo del singolo giudice nazionale chiamato a svolgere sia un'interpretazione conforme del diritto interno al dato costituzionale, sia del diritto interno alle norme comunitarie, in veste di "giudice comunitario di diritto comune" (cfr. Conc. Avv. Gen. Saggio 15 dicembre 1999, causa Océano gruppo editoriale, Cause riunite da C-240/98 a C-244/98), e del diritto interno alla CEDU, quale "giudice comune della Convenzione" (sent. 348-349 Corte Costituz.). Sul tema v. R. CONTI, *L'effettività del diritto comunitario ed il ruolo del giudice*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 479; M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, I, 2008, 595 ss.; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne cit.*, 218 ss.; I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Pol. dir.*, 2010, 41 ss.; 285 ss.; G. MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei: Cedu e diritto comunitario nell'applicazione dei giudici nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 702 s. e da C. DOMENICALI, *Il seguito della giurisprudenza costituzionale sul ruolo della*

l'obbligo, di operare una costante rilettura del proprio ordinamento giuridico alla luce dei valori costituzionali, ma anche del diritto sovranazionale europeo.

Non vi è dubbio, dunque, che si affermano nuovi valori, nuove categorie, nuovi metodi del pensiero e dell'azione giuridica.

E, in particolare, per quanto riguarda l'interpretazione conforme al diritto europeo, Alpa³⁸ riconosce che «a differenza di quanto è avvenuto per le altre intersezioni che non ne avevano alterato nella terminologia e concetti, nella struttura, salvo il fenomeno della commercializzazione del diritto civile avvenuta con il codice del 1942, l'incidenza del diritto comunitario ha travolto categorie risalenti e ne ha introdotte di nuove o reintrodotte di antiche».

5. RIGORE SCIENTIFICO E PRASSI GIURISPRUDENZIALE: 'REDUCTIO AD UNITATEM' DELLE FONTI E DEI SISTEMI GIURIDICI.

Alla luce delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, il monito per il giurista, in tutte le sue declinazioni, è allora quello di assumere consapevolezza della complessità del suo compito e del 'rigore scientifico' del suo operare, che gli impongono di coniugare caso e sistema, per assicurare certezza e giustizia.

Infatti, in presenza di una realtà normativa complessa che si manifesta ormai in tutta la sua ricchezza e problematicità, e che si sviluppa in assenza di soluzioni istituzionali e normative univoche, l'interprete, in tutte le sue accezioni, assume un ruolo decisivo, come *unico soggetto capace di ridurre ad unità sistematica e coerente la molteplicità, trasformandola in risorsa*.

Così, a fronte dell'arricchimento del catalogo delle fonti e dell'intreccio delle giurisdizioni e degli ordinamenti, l'interprete si trova spesso di fronte ad un diritto che lo sovranza, ma che proprio per questo motivo sembra fare appello, più di prima, al suo profondo senso di responsabilità, in connessione all'esigenza di predisporre ed articolare modelli teorici di comprensione di questa realtà, che si pongano anche come strumenti concreti di razionalizzazione di un sistema sempre in precario equilibrio tra opposte spinte tendenti ora all'estremo particolarismo,³⁹ ora ad un'improponibile uniformazione, incapace di scorgere e valutare adeguatamente le insopprimibili diversità esistenti.⁴⁰

Si tratta di un giurista chiamato a riappropriarsi di un ruolo-guida nel processo di comunicazione e omogeneizzazione dei vari piani ordinamentali della realtà giuridica,

Cedu nell'ordinamento italiano, in www.forumcostituzionale.it; R. CONTI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma 2011.

³⁸ G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, in *Le vie della civiltà*, Bologna 2018, 13, su cui mi permetto di segnalare M. MICELI, *Diritto romano e diritto civile: le ragioni di una rinnovata riflessione storica sui modelli teorici e metodologici. A proposito del volume di Guido Alpa Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di M.F. Corsi, R. Fiori, P. Lambrini, G. Santucci, Napoli 2021, 355-393.

³⁹ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 2001, 28. L. NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Rivista critica del diritto privato*, XXX-2, 2012, 212 ss.

⁴⁰ In tal senso M. MICELI, *Editoriale*, in *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione europea e sistema delle fonti del diritto: la problematica della gerarchia e del coordinamento delle fonti e il ruolo del giudice. Atti del Convegno di Enna, 21-22 ottobre 2005*, in *Nuove Autonomie, Rivista di dir. pubbl.*, Anno XV, Nuova serie, 1/2006, 5-7.

rappresentando *l'anello di congiunzione della pluralità delle fonti e dei sistemi giuridici*.

Tale attività necessita, tuttavia, di estremo rigore scientifico, che si concretizza – come ci ha ricordato la Vacca in riferimento al modello della *iuris prudentia* romana – nella capacità di organizzare *le soluzioni pratiche in un sistema razionale coerente*.

D'altronde, tale modello di 'scienza del diritto' è la più grande eredità che ci proviene dal diritto romano.

Così come è innegabile che la scienza del diritto ha giocato un ruolo decisivo nei momenti cruciali della storia giuridica europea, e forse anche oggi può rivestire un ruolo determinante. Basti pensare alla fondazione originaria,⁴¹ e successivamente alla rinascita studi giuridici, e poi ancora alla pandettistica, non a torto ritenuta fondamento del moderno diritto internazionale privato.

In proposito, infatti, Barberis,⁴² sulla scorta del pensiero di Carl Schmitt, ci ricorda che: «Le matrici comuni del diritto europeo – tanto di civil law, quanto di common law – stanno per Schmitt nel diritto romano: o meglio nella dottrina o scienza giuridica (*Rechtswissenschaft*) romana», precisando inoltre, che «nella ricezione del diritto romano [...] non si è trattato semplicemente della recezione di un diritto, ma della recezione di una scienza giuridica».

Infatti, il valore paradigmatico del diritto europeo nella storia del mondo e, a sua volta, il carattere di paradigma originario giocato dal diritto romano nell'ambito della storia europea, si risolve e concretizza nella *recezione non di un diritto ma di una scienza giuridica*.

Precisa, tuttavia, Barberis,⁴³ sulla scorta di Schmitt,⁴⁴ che l'argomento migliore addotto a sostegno del ruolo di paradigma originario del diritto europeo, giocato dal diritto romano, non è né la sua perdurante vigenza, né la sua persistente influenza, ma piuttosto il fatto che è divenuto una sorta di «grammatica giuridica elementare, implicita in qualsiasi discorso dei giuristi».

⁴¹ A. SCHIAVONE, *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005.

⁴² M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna 2008, 19, le cui riflessioni prendono spunto da C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943-1944)*, trad. it. *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma 1996. Sul pensiero di C. Schmitt v. anche L. GAROFALO, *Carl Schmitt e la «Wissenschaft des Römischen Rechts»*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, in *Il giurista europeo. Collana diretta da L. Garofalo e M. Talamanca. Percorsi formativi*, Padova 2008, 57 ss.

⁴³ M. BARBERIS, *Europa del diritto* cit., 20. L'Autore, sebbene pronto a riconoscere l'importanza e l'alto valore rivestito dal diritto romano nell'ambito della scienza giuridica europea, non risparmia qualche notazione critica per gli studiosi della disciplina, affermando, infatti, che «gli argomenti adottati da Schmitt per sostenere il carattere di paradigma originario giocato dal diritto romano nei confronti del diritto europeo e mondiale, sono diversi e migliori, da quelli impiegati da molti romanisti».

⁴⁴ C. SCHMITT, *La condizione della scienza* cit., 47: «In tutta Europa – anche nel diritto comune dei paesi che non hanno recepito il diritto romano nel proprio diritto – innumerevoli e influenti autori, con titoli o denominazioni quali 'diritto di natura', 'diritto razionale', *ius gentium* e 'teoria generale del diritto', hanno inserito con un lavoro di secoli forme concettuali del diritto romano nella scienza giuridica di ogni paese, producendo in tal modo un inventario di concetti fissi tradotti in ogni lingua europea. Con il lavoro dei giuristi di tutti i popoli europei il diritto romano è diventato un vocabolario comune, la lingua della comunità della scienza giuridica, il modello riconosciuto del lavoro concettuale giuridico e, in tal modo, un common law concettuale e spirituale europeo, senza il quale non sarebbe neppure teoricamente possibile una comprensione fra i giuristi delle diverse nazioni. L'edificio culturale qui eretto dallo spirito europeo poggia su tale base comune, prodotta da una comune scienza del diritto europea[...] Il processo infinitamente vario e ricco di conseguenze della cosiddetta recezione del diritto romano, operante sino ai nostri giorni in ogni ambito della vita culturale, già da solo ci autorizzerebbe a parlare ancor oggi di una scienza del diritto europea»

Le forme concettuali del diritto romano sono dunque state inserite nella scienza giuridica di ogni paese europeo a prescindere dalle diverse concezioni del diritto vigenti nei vari momenti storici: giusnaturalismo, razionalismo ecc. Pertanto, in Europa il diritto romano è diventato un 'vocabolario comune', 'la lingua della comunità della scienza giuridica', 'il modello riconosciuto del lavoro concettuale giuridico' e, in tal modo, 'un common law concettuale e spirituale europeo', senza il quale non sarebbe neppure teoricamente possibile una comprensione fra i giuristi delle diverse nazioni.⁴⁵

Così, pur riconoscendo pienamente la storicizzazione del diritto romano, e, dunque, il venir meno 'dell'attualità' del diritto romano e del suo uso come 'diritto vigente', può essere validamente mantenuto e riconosciuto "il significato europeo della scienza del diritto romano".⁴⁶

Difatti, nel corso della storia, i concetti, le categorie e principi derivanti dal diritto romano e dalla tradizione romanistica non hanno fornito 'soluzioni', ma hanno contribuito principalmente ad orientare l'attività degli interpreti in connessione all'esigenza di 'predisporre ed articolare modelli teorici di comprensione della realtà giuridica', che si ponessero anche come 'strumenti concreti di razionalizzazione' della stessa.

Pertanto, anche oggi, l'identificazione di uno "strumentario concettuale comune della scienza giuridica europea" non ha finalità meramente teoriche ma è funzionale al rafforzamento del dialogo e dell'integrazione. L'intento da perseguire non è quello di individuare le somiglianze o le differenze in modo descrittivo, né quello di identificare la soluzione migliore da imporre alle altre; l'intento è, invece, quello di ricercare gli strumenti comuni di dialogo, confronto e interazione tra giuristi.

Così, anche Zagrebelsky⁴⁷ ravvisa «negli ordinamenti contemporanei, aspetti del diritto premoderno». Si legge, infatti, testualmente nel magistrale saggio sul 'diritto mite' che «... contro ogni consapevolezza gli autori delle Costituzioni vigenti, hanno posto le condizioni di un rinnovamento del diritto nel segno della tradizione antica, mostrando ancora una volta che uno sviluppo lineare delle concezioni del diritto si rivela un'infondata ideologia».

Il riferimento esplicito è alla *iuris prudentia*, quale espressione di una razionalità materiale orientata ai valori, da contrapporre ad una *scientia juris*, intesa come razionalità formale, tipica dell'ultimo tratto dell'esperienza moderna. Una concezione, quest'ultima, propria del giusnaturalismo razionalistico, ereditata poi dal positivismo legislativo di tradizione continentale, in base alla quale si poteva coerentemente perseguire il compito di una scienza del diritto, costruita secondo dimostrazione *more geometrico*, a immagine e somiglianza delle discipline logico formali. A questa si contrappone, invece, la rivalutazione attuale di una *ratio practica*, di un 'sistema prudenziale', a fronte di una *ratio speculativa*, che rende persuasivo e non semplicemente coerente il discorso giuridico, che mette in opera procedure leali, trasparenti e responsabili che consentono il confronto tra principi in gioco, e che necessita della selezione di una classe giuridica capace di rappresentare principi e non solo nudi interessi o mere tecniche.⁴⁸

⁴⁵ In proposito mi permetto di rinviare a M. MICELI, *Brevi considerazioni su diritto Romano, scienza del diritto e identità giuridica europea (leggendo Barberis, «Europa del Diritto»)*, in *Diritto@Storia*, XVI, 2017, Quaderno 15, Nuova Serie, 2018, 5-25.

⁴⁶ C. SCHMITT, *La condizione della scienza* cit., 49; M. BARBERIS, *Europa del diritto* cit., 20.

⁴⁷ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, 1992, Torino 1992, 169.

⁴⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., 167-168.

E, d'altronde, ancora più di recente, nell'interessante volume *Diritto allo specchio*,⁴⁹ lo stesso A. non ha esitazioni nel ritenere che l'interpretazione giuridica non può che essere qualificata come «esperienza di risoluzione di problemi», e specificamente, come «... attività mossa da finalità essenzialmente pratiche, poiché essa si giustifica con l'esistenza di fatti concreti da regolare ed è finalizzata non alla conoscenza ma all'azione, cioè all'applicazione tramite decisione. Se non esistessero problemi pratici da risolvere, nessuno si rivolgerebbe al diritto; se non ci fosse nulla da giudicare, non ci sarebbe il diritto. In questo orientamento problematico, si è detto, consiste il carattere del *diritto come esperienza*, una formula forse oscura a prima vista, che potrebbe far pensare ad atteggiamenti esistenzialistici, ma che semplicemente significa che la scienza del diritto è 'conoscenza applicata' e 'condizionata dalla concretezza del fine'. 'La controversia è produttiva di diritto', è stato detto giustamente, e lo spazio della controversia è, per l'appunto, quello in cui si genera l'interpretazione».⁵⁰

In conclusione, possiamo certamente riconoscere che le considerazioni svolte dalla Vacca nei due scritti ricordati appaiono di fondamentale importanza e interesse.

D'altronde, la stessa A. afferma⁵¹ che talvolta può sorgere il dubbio se soffermarsi sull'analisi della razionalità del diritto, della rilevanza e della sua scientificità come elemento ordinante della prassi, possa risultare quasi fuori tempo.

Tuttavia, la Vacca ritiene, invece, giustamente che tale riflessione possa risultare utile e proficua poiché, in realtà, nella nostra civiltà giuridica vi sono ancora gli strumenti culturali per reagire al degrado della prassi del diritto e della concezione della legalità, che spesso viene denunciato, ma che altrettanto spesso viene considerato quasi un dato ineluttabile della 'modernità'.

Infatti, continua l'A.,⁵² se è vero che uno dei problemi centrali nella valutazione dell'attuale crisi del diritto e delle sue cause, che attraversa tutta l'Europa, pur presentandosi in forme diverse nei diversi Stati, è proprio il problema del rapporto fra la dimensione scientifica e la dimensione pratica il diritto, recuperare la dimensione scientifica del diritto significa assumere la consapevolezza che dottrina e giurisprudenza non sono due cose ma una cosa sola⁵³ e che la scienza giuridica non può esaurirsi in un momento teorico conoscitivo né in un momento pratico applicativo.⁵⁴

Del resto va considerato, come ha evidenziato il Cannata,⁵⁵ che la distinzione fra teoria e pratica non ha, nella scienza giuridica, la consistenza che essa ha in altri settori della scienza ... Cioché, quando di fatto avvenga che il giurista teorico e il giurista pratico siano persone diverse, sia solo un accidentale partizione di compiti, per cui uno elabora le tecniche le insegna, il secondo le impara e le applica: il teorico lavora per il pratico, è solo per lui; i suoi scopi sono quelli del pratico e non altri.

⁴⁹ G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino 2018, 306.

⁵⁰ Il riferimento esplicito è al pensiero di G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano 1962, 32. In proposito, L. MENGONI, *Attualità di Giuseppe Capograssi*, in *Europa e dir. priv.*, IV, 2000, 1071 ss.

⁵¹ L. VACCA, *Scienza giuridica e prassi cit.*, 5-6.

⁵² L. VACCA, *Scienza giuridica e prassi cit.*, 6.

⁵³ S. SATTA, *Il Mistero del processo*, Milano 1944, 11 ss.

⁵⁴ F. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale cit.*, 10; cfr. *supra*, nt. 11.

⁵⁵ A. CANNATA, *Lineamenti di Storia della giurisprudenza europea, I, La giurisprudenza romana e il passaggio dall'antichità al medioevo*, Torino 1976, 14 ss.

D'altronde, lo stesso Cannata, in scritti successivi,⁵⁶ ebbe a precisare che nel diritto romano «...nacque la scienza giuridica, che assunse dunque dal suo inizio uno degli atteggiamenti che le resteranno propri: la scienza giuridica nacque, infatti, come scienza dell'atto giuridico, negoziale e processuale. Con ciò una cosa risulta chiara: la scienza giuridica nacque nella gestione della prassi e con il preciso scopo di indicare una corretta gestione della prassi: una scienza, dunque, che si immedesima nella sua propria tecnologia».

Va considerato anche in questa luce va risolto – a parere della Vacca⁵⁷ – anche il problema del possibile coordinamento non solo fra dottrina e giurisprudenza ma anche fra questi formanti e le 'leggi', in una dinamica che costituisce in realtà la questione fondamentale anche per la 'costruzione' del nuovo diritto europeo e sovranazionale.

In proposito l'A.⁵⁸ richiama anche il pensiero di Diliberto,⁵⁹ che, commentando gli scritti di L.A. Muratori sui 'difetti della giurisprudenza', constata che quelli allora individuati – pluralità delle opinioni dei giurisperiti, oscurità del dato normativo, frammentarietà e prolissità dei testi legislativi, fonti del diritto obsolete, cavillosità degli avvocati ecc. – sono tutti difetti che a tutt'oggi affliggono l'amministrazione della giustizia. Tuttavia, al contempo, la storia ha ampiamente dimostrato che l'idea che la legge possa essere l'unico rimedio per evitare la babele interpretativa ed il particolarismo giuridico si è da sempre rivelata parzialmente inefficace, se non accompagnata dal ricorso all'autorità dei principii, cioè ad un complesso coerente ed organico di valori fondanti l'ordinamento... «Il punto è dunque», secondo Diliberto, «quello di procedere non già – come è stato sino ad oggi – meramente sul piano della cooperazione giudiziaria (sia pure importantissima, allo stato) ma quello di immaginare un sistema futuro, a livello europeo, ove i diversi ordinamenti nazionali [...] coesistano con uno *ius commune* europeo, fondato, come avrebbe detto Muratori, sui principii, sulle comuni categorie giuridiche che non possono che essere rinvenute nella comune matrice romanistica».⁶⁰

In definitiva, a parere dell'A.,⁶¹ il problema – che, come è noto, si è posto storicamente più volte ed in diversi contesti politici e culturali, ed è stato variamente risolto – è quello di creare un modello giuridico unitario, idoneo a sovrapporsi a particolarismi giuridici e ad un sistema di fonti complesso e disarmonico, ma, allo stesso tempo, portatore di valori fondanti comuni, in cui ciascuno possa riconoscersi e realizzarsi.

Possiamo, dunque, concludere con quanto scritto dalla Vacca, in un suo recentissimo lavoro:⁶²

«In altri termini, nel momento in cui la stessa nozione di diritto (e delle sue fonti) ha

⁵⁶ A. CANNATA, *Scienza giuridica e prassi*, in *Scienza giuridica e prassi. Congresso internazionale Aristec (Palermo 26-28 novembre 2009)*, Napoli 2011, 12.

⁵⁷ L. VACCA, *L'interpretazione casistica* cit., 124.

⁵⁸ L. VACCA, *L'interpretazione casistica* cit., 117.

⁵⁹ O. DILIBERTO, *i difetti della giurisprudenza nella prospettiva di uno *ius commune* europeo*, in AA.VV., *Atti del Convegno "I difetti della giurisprudenza ieri e oggi"*, *Giornata di Studi L.A. Muratori*, Milano 2002, 155 ss.

⁶⁰ In proposito v. R. KNÜTEL, *Diritto romano e *ius commune* davanti alle Corti dell'Unione Europea*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, III, Napoli 1997, 556.

⁶¹ L. VACCA, *L'interpretazione casistica* cit., 125.

⁶² L. VACCA, *Riflessioni su diritto romano e modernità*, in *Legal roots* 11, 2022, 6 ss.

perso la nettezza dei suoi contorni, 'l'interpretazione scientifica', se intesa nel senso unitario, di attività della dottrina e della giurisprudenza quali formanti capaci di interagire, può acquistare una funzione di razionalizzazione del sistema, che può essere rapportata in un certo senso a quella dell'*interpretatio iuris* dei giuristi romani e medioevali.

La caratteristica della *interpretatio* guidata dalla scienza del diritto è infatti di essere per sua natura creativa di categorie ordinanti che trascendono il contingente contesto per trasformarsi in cultura giuridica, in elementi concettuali che entrano a far parte del diritto come elementi strutturali dello stesso e che costituiscono il necessario riferimento per ulteriori 'interpretazioni' e soluzioni.

Il diritto come scienza pratica richiede cioè il formarsi di un ceto di giuristi 'colti', che padroneggino l'insieme della '*interpretatio*' preesistente, e abbiano gli strumenti tecnici necessari per utilizzarla e portarne le soluzioni concrete a coerenza con le esigenze del contesto moderno, in una dialettica ininterrotta fra passato e presente, e fra gli stessi giuristi. In questo senso l'esperienza giuridica romana può essere considerata come fondante della scienza giuridica e parte integrante di essa».

Finito di stampare nel mese di dicembre 2023
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

