

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**44**

(2015)

TOMO I



**GIUFFRÈ EDITORE**

FERDINANDO MAZZARELLA

DIALOGHI A DISTANZA  
IN TEMA DI SOCIALITÀ E STORICITÀ DEL DIRITTO.  
ITALIA, FRANCIA E GERMANIA  
TRA FINE OTTOCENTO E PRIMO NOVECENTO

1. La « Scuola sociale del diritto ». Percezioni italiane di un contesto in trasformazione. — 2. 'Eterodossie' europee al volgere dell'Ottocento. L'incompiuta consapevolezza di un orizzonte comune. — 3. La riconfigurazione delle coordinate culturali e la ricollocazione del punto d'osservazione del giurista. — 4. Pluralità di formule, affinità di sostanza: diritto storico-sociale, diritto vivente, diritto libero, diritto naturale. — 5. Oltre la legge. Ripensare il quadro delle fonti. — 6. Scelte di metodo e dottrine dell'interpretazione. — 7. 'Niente di personale': parametri obiettivi e rifiuto del soggettivismo tra libera ricerca e diritto libero. — 8. « Il giudice sta sotto la legge ».

1. *La « Scuola sociale del diritto ». Percezioni italiane di un contesto in trasformazione.*

Non sempre l'incontro tra civiltà giuridiche segue le leggi della geometria. Il più delle volte elegge itinerari tortuosi, scanditi dalle relazioni internazionali e dagli scambi commerciali, dalle affinità linguistiche e dalle convergenze costituzionali. Riannodare i fili di una rete culturale, che implica la circolazione di tendenze e indirizzi, l'assimilazione di modelli e figure, la condivisione di tecniche e filosofie, significa, pertanto, non solo esplorare i canali attraverso i quali dialogano personaggi lontani, ma anche decifrare le ragioni, mediate o immediate, che spiegano l'origine dei contatti o l'assenza di confronti, l'inconsapevole sintonia di vedute o l'inadeguata considerazione di avanguardie.

In quest'ordine di idee, le proiezioni della « Scuola sociale del diritto », maturata in Italia nell'ultimo ventennio dell'Ottocento, offrono uno scenario paradigmatico, ricco di contaminazioni, derivazioni e suggestioni, corrispondenze e coincidenze, ma anche si-

lenzi e indifferenze (1). Quando nel 1881, in un contesto ancora egemonizzato dall'ortodossia esegetica, Vadalà-Papale (1854-1921), Cimbali (1855-1887), Gianturco (1857-1907) e Brini (1856-1941) vibravano i primi colpi di un'offensiva destinata a scuotere le certezze della tradizione napoleonica (2), si profilava, per la cultura giuridica europea, una nuova era, l'alba di una « nuova tendenza », « positiva » e « sociale » (3), di una « nuova fase del diritto civile » (4). Pur nella diversità dei toni, dei temi e delle appartenenze disciplinari, al cuore di questi primi interventi, simultanei benché indipendenti, stavano la ridefinizione in senso pluralistico del quadro delle fonti, la rifondazione dello statuto epistemologico del giurista e il ripensamento in chiave solidaristica del diritto privato, quali dirette conseguenze dell'inadeguatezza di un assetto legislativo, assiologico e culturale superato dai cambiamenti sociali, dallo sviluppo economico, dai progressi della scienza (5).

---

(1) Già in F. MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialità. La « nuova tendenza » di Giuseppe Vadalà-Papale*, in « Quaderni fiorentini », 41 (2012), pp. 583-626, si è proposta questa denominazione di « Scuola sociale del diritto » (p. 591), anziché quella tradizionale di « Socialismo giuridico », proprio per neutralizzare le implicazioni derivanti da una mistificante classificazione di carattere politico-ideologico. Sul punto, e più in generale per una visione d'insieme del movimento, P. GROSSI, *«La scienza del diritto privato». Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 95-99.

(2) G. BRINI, *Saggio d'istituzioni del diritto civile italiano. Introduzione e programma*, in « Archivio giuridico », 26 (1881), pp. 544-580; E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, Prolusione letta nella Regia Università di Roma il 25 gennaio 1881, Roma, Bocca, 1881, poi in Id., *Studi di diritto civile*, Torino, Utet, 1900<sup>2</sup>, pp. 1-29; E. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, 1881, in Id., *Opere giuridiche*, Roma, La Libreria dello Stato, 1947, vol. I, pp. 3-19; G. VADALÀ-PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Morano, 1881. La coincidenza temporale degli interventi caduti nel 1881 è stata in più occasioni rilevata dalla storiografia: si vedano ad esempio P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 13-22, e N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, Utet, 1990, pp. 10-25.

(3) G. VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza del diritto civile in Italia*, in « Rivista di Giureprudenza di Trani », 8 (1883), poi Trani, Giovinazzo, 1883.

(4) E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali* (1885), Torino, Utet, 1895<sup>3</sup>.

(5) Deliberatamente, avendo con il presente lavoro inteso privilegiare i profili metodologici, si è scelto di non entrare nel campo dei temi, dei contenuti e delle

Intrisa di sociologia e darwinismo, positivismo e storicismo, evolucionismo e organicismo, la « civilistica neoterica » (6) si incuneava tra Esegesi e Pandettistica, rivendicando per l'Italia una svolta metodologica e sollecitando un allontanamento « dagli estremi opposti in cui si rompono la dottrina francese e la tedesca », al fine di trovare principi congeniali « all'indole del nostro spirito e delle nostre tradizioni nazionali » (7). Riguardagnato un posto di primo piano tra le fonti, il giurista avvertiva la responsabilità della sua funzione sociale, si affiancava al legislatore quale organo di manifestazione del giuridico, strumento di lettura del diritto e di adeguamento della legge. Con la conseguenza, in primo luogo, di sentirsi legittimato a propugnare, mediante scritti, note, decisioni e progetti, una riforma della legislazione in grado di rispecchiare l'evoluzione dei rapporti economico-sociali, di risolvere « i problemi in rispondenza alle esigenze scientifiche, economiche e sociali della vita contemporanea » (8).

Che non si fosse in presenza di semplici anticipazioni, pre-

---

proposte di riforma, di ispirazione solidaristica, avanzate dagli esponenti della « Scuola sociale ». Per un quadro esemplificativo si rinvia a MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialità*, cit., pp. 612-626. Sulle origini della « doctrine du solidarisme », decisamente ramificate ma comunemente ricondotte a L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, Colin et C<sup>ie</sup>, 1896, si vedano, per farsi un'idea, P. RÉMY, *La genèse du solidarisme*, e P. MAZET, *Le courant solidariste*, entrambi in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, Paris, Economica, 2004, rispettivamente pp. 3-11 e 13-24. Cfr. inoltre M. BORGETTO, *La doctrine solidariste de Léon Bourgeois: une nouvelle définition des rapports entre le politique, le social et le droit*, in *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III<sup>e</sup> République*, sous la direction de C.-M. Herrera, Paris, Kimé, 2003, pp. 35-56, e J. DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984, specialmente pp. 73-120.

(6) GROSSI, «La scienza del diritto privato», cit., pp. 15-16.

(7) CIMALI, *Lo studio del diritto civile*, cit., pp. 17-18. Sulle inquietudini, dalla fine dell'Ottocento, di una parte della civilistica italiana, divisa tra fedeltà alla tradizione e ricerca di un metodo 'nazionale', si vedano in particolare A. CAVANNA, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, in *Studi di storia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 719-753, e G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, pp. 781-812.

(8) A. TORTORI, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, in « La scienza del diritto privato », 3 (1895), p. 569.

messe di un movimento di là da venire, ma degli elementi fondanti di una Scuola in piena regola, sostenuta da decine di giuristi, attraversata da correnti e orientamenti, dotata di periodici e riviste, apparve chiaro fin dal principio, in primo luogo a coloro che la classificarono, forse anche per 'esorcizzarne' la portata 'eversiva', sotto la « falsante » etichetta di « Socialismo giuridico » <sup>(9)</sup>. Quella lanciata dai « neoterici » era una pietra che agitava le acque calme dello stagno legalistico, sollevando un'onda destinata a incrociare le omologhe tendenze che andavano germogliando, a cavallo del secolo, nei diversi angoli del continente europeo. Un incontro obbligato, sul piano delle suggestioni, dei contenuti e del metodo, ma non sempre consumato, dichiarato, formalizzato; un dialogo 'a distanza', non perché tra luoghi geograficamente lontani, ma perché in buona parte maturato senza la piena consapevolezza dei suoi protagonisti.

2. *'Eterodossie' europee al volgere dell'Ottocento. L'incompiuta consapevolezza di un orizzonte comune.*

Nell'intrecciare i motivi del positivismo scientifico, dello storicismo, della sociologia e dell'organicismo, l'esperienza italiana abbracciava molti di quegli stessi temi e forniva molti di quegli stessi spunti che avrebbero contraddistinto la « libera ricerca scientifica » e il « movimento del diritto libero », celebrati quali prodotti della cultura francese e tedesca <sup>(10)</sup>. Ma nonostante le prime significative riflessioni di Ehrlich (1862-1922) risalgano al 1888 <sup>(11)</sup>, i cosiddetti manifesti del « Freirecht » al 1903 e al 1906 e i primi lavori

---

<sup>(9)</sup> « Falsante » è l'aggettivo suggerito da GROSSI, *La scienza del diritto privato*, cit., p. 95, per qualificare la formula coniata da A. LORIA, *Socialismo giuridico*, in « La scienza del diritto privato », 1 (1893), pp. 519-527, poi in Id., *Verso la giustizia sociale (idee, battaglie ed apostoli)*, Milano, Sel, 1908<sup>2</sup>, pp. 485-491. Sulle « strategie immunitarie » attivate dalla civilistica italiana P. FEMIA, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento. Alcuni quadri e una cornice*, in *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di P. Perlingieri e A. Tartaglia Polcini, Napoli, ESI, 2013, pp. 33-103.

<sup>(10)</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 209-211, e Id., *Diritto libero*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, vol. VI, Torino, Utet, 1990, pp. 279-284.

<sup>(11)</sup> E. EHRLICH, *Über Lücken im Rechte*, in « Juristische Blätter », 17 (1888), pp. 447-630.

metodologici di Saleilles (1855-1912), Lambert (1866-1947) e Géný (1861-1959) al 1890, al 1893 e al 1899, i riferimenti ai giuristi italiani, a parte qualche sporadica citazione, sarebbero stati assai marginali, per non dire assenti (12).

Ancora nel 1910, a quasi trent'anni dall'inizio della scuola italiana, Kantorowicz (1877-1940) avrebbe ritenuto, dopo aver ricostruito le origini della « Freirechtsbewegung » e ricordato i nomi dei « moderni » giuristi provenienti dalla Germania e dalla Francia, di poter sorvolare, in ragione della scarsa notorietà, su « die italienischen, belgischen, holländischen, russischen Namen » (13). Qualche anno prima, nel 1903, Ehrlich aveva annoverato fra i 'compagni' stranieri il solo Géný (14), mentre nel 1906 lo stesso Kantorowicz aveva concluso che soltanto dopo Stammler (1865-1938) ed Ehrlich « erheben sich von allen Seiten, aus Theorie und Praxis, in Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, im öffentlichen und Privat-Recht, in Deutschland und Frankreich Stimmen, die, täglich an Zahl und Entschiedenheit zunehmend, der Jurisprudenz die Umkehr predigen » (15).

Il punto è che, esaminando in controluce i nessi fra le tendenze italiane, quelle francesi e quelle tedesche, emergono talmente tanti

---

(12) Qualche 'timida' citazione soprattutto nei francesi, ad esempio in É. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, tome I, *Les Conceptions étroites ou unilatérales*, Paris, Giard & Brière, 1903, p. 59, in F. GÉNY, *Science et Technique en droit privé positif*, Première Partie, Paris, Sirey, 1914, p. 35, nota 2, e in R. SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, in *Le Code civil. 1804-1904. Livre du centenaire* (Paris, Rousseau, 1904), Paris, Dalloz, 2004, pp. 111-114.

(13) H. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, in *Verhandlungen des Ersten deutschen Soziologentages vom 19.- bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt am Main*, Tübingen, Mohr, 1911, p. 275 e ss., poi in Id., *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, herausgegeben von T. Würtenberger, Karlsruhe, Müller, 1962, p. 125. A p. 134, nota 27, egli avrebbe ricordato solo, quali esponenti della « concezione sociologica del diritto », Brini e « die italienischen Anhänger der „soziologischen“ Strafrechtsschule, Ferri, Garofalo ».

(14) E. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903, Leipzig, Hirschfeld, 1903, pp. IV-V.

(15) GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Winter, 1906, poi in Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, cit., p. 14.

punti di contatto, concreti, specifici, costitutivi e sostanziali, che non sembra di poter classificare le prime in termini di isolate e occasionali intuizioni, come si usa fare ad esempio per gli spunti di Bülow (1837-1907) <sup>(16)</sup> e di Jhering (1818-1892) <sup>(17)</sup>, né considerare gli italiani come meri « precursori » della « Freirechtsbewegung » <sup>(18)</sup>, come si fa per Adickes (1846-1915) <sup>(19)</sup> e Kohler (1849-1919) <sup>(20)</sup>. Cimbali non è Ehrlich, Vadalà-Papale non è Gény, D'Aguzzo (1862-1908) non è Kantorowicz e Simoncelli (1860-1917) non è Fuchs (1859-1929), ma tutti percepiscono la complessità di un universo — reale, sociale, economico, storico o etico — che sfugge alla semplicistica uniformità abbozzata dal legislatore, tutti condividono le stesse premesse storicistiche, tutti chiedono di tornare a un diritto che sia sostanza, di rivitalizzare il collegamento fra il giuridico e il sociale: l'orizzonte nel quale si muovono è quello di un diritto che trascende l'involucro legislativo, affinché la legge cessi di essere fonte e diventi specchio di un diritto che vive di vita propria,

---

<sup>(16)</sup> O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt* (Leipzig, Duncker & Humblot, 1885), Berlin, BWV, 2003, pp. 1-43. Si veda, volendo, la traduzione *Legge e ufficio del giudice*, a cura e con postfazione di P. Pasqualucci, in « Quaderni fiorentini », 30 (2001), pp. 199-254. Come « un precursore » del movimento del diritto libero lo scritto del 1885 di Bülow è considerato da K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, Springer, 1960, trad. it. *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 82. Ma sulle ragioni di una sua possibile 'mitizzazione' cfr. T. HENNE, C. KRETSCHMANN, *Ein Mythos der Richterrechtsdiskussion: Oscar Bülow, Gesetz und Richteramt (1885)*, in « Ius Commune », 26 (1999), pp. 211-237.

<sup>(17)</sup> In particolare R. VON JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1891<sup>4</sup>, trad. it. *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, Sansoni, 1954, specialmente pp. 269-408. È proprio in ragione della sua attenzione verso il « tatsächliches Recht », infatti, che Jhering è sovente considerato come « il fondatore della giurisprudenza sociologica », come il precursore tanto del « movimento del diritto libero » quanto della « giurisprudenza degli interessi » (M. LOSANO, *Introduzione a R. von Jhering, Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi, 1972, pp. XLI e LXIV-LXIX).

<sup>(18)</sup> « Generazione dei precursori » è espressione di LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 229.

<sup>(19)</sup> F. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, Cassel & Göttingen, Wigand, 1872.

<sup>(20)</sup> J. KOHLER, *Über die Interpretation von Gesetzen*, in « Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart », 13 (1886), pp. 1-61. Si veda, su questo ruolo di Kohler, K. RIEBSCHLÄGER, *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, pp. 27-32.

all'interno di un quadro delle fonti per forza di cose improntato alla pluralità e alla giurisprudenzialità (21).

Si è dunque dinanzi a un contesto storico, con i suoi risvolti economici, politici, sociali e scientifici, che impone ai giuristi, almeno ai « juristes inquiets », una riflessione non più procrastinabile, dalla quale discendono scelte metodologiche, proposte di riforma, nuove concezioni dello Stato (22). Al di là delle citazioni e dei reciproci riconoscimenti, le componenti eterodosse della cultura giuridica europea convergevano su un terreno comune, condividevano, forse inconsapevolmente, il disagio per ogni forma d'immobilismo (« si agitino pure, spargendo dappertutto grida di allarme e di spavento, gl'*immobilisti* della scienza », era la sfida di Cimbali) (23), l'insofferenza per un quadro 'assolutizzato' dalla fonte legislativa, la critica verso un diritto improntato all'individualismo (24). Potrà forse non palesarsi un formale dialogo tra i protagonisti, ma esistono eccome una sensibilità comune, una convergenza di metodo, una contaminazione d'idee, che impongono di misurare, prima dell'influenza che il movimento del diritto libero ebbe in Italia, quella che la neoterica italiana ebbe, se non diretta-

---

(21) Interessante, in questo senso, la prospettiva d'insieme adottata già da E. DI CARLO, *Dei nuovi metodi d'interpretazione della norma positiva di diritto*, in « Il Circolo giuridico », 42 (1911), pp. 253-283; ivi, 43 (1912), pp. 80-94 e 329-337; ivi, 45 (1914), pp. 66-74.

(22) M.-C. BELLEAU, *Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XX<sup>e</sup> siècle en France*, in « Les Cahiers de Droit », 40 (1999), pp. 507-544.

(23) E. CIMBALI, *Le obbligazioni civili complemento e funzione della vita sociale*, Prolusione letta il 25 gennaio 1887 nella R. Università di Messina, in Id., *Studi di diritto civile*, cit., p. 318. Su Cimbali, oltre a GROSSI, "La scienza del diritto privato", cit., pp. 20-24 e 35-39, cfr. A. DI MAJO, *Enrico Cimbali e le idee del Socialismo giuridico*, in « Quaderni fiorentini », 3-4 (1974-75), *Il "Socialismo giuridico". Ipotesi e letture*, tomo I, pp. 384-429.

(24) « Una profonda ispirazione comune, più importante dei dissensi », basata sulla « scoperta della non sopprimibile né rifiutabile, necessaria libertà del giurista nel trovare il diritto », come scrive LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 209-216. Utile, per districarsi tra formalismo interpretativo e varianti del gius-realismo, M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 1-21.



mente sul movimento del diritto libero, per lo meno sul clima culturale dell'Europa di fine Ottocento <sup>(25)</sup>.

### 3. *La riconfigurazione delle coordinate culturali e la ricollocazione del punto d'osservazione del giurista.*

Ferma restando l'originalità, in ciascun indirizzo e perfino in ciascun interprete, del quadro culturale di riferimento, sembra affiorare, nella considerazione del giurista 'moderno', un diverso ordine di priorità, all'interno del quale, 'smontate' le semplificazioni del feticcio statualistico, i fatti economici e sociali tornano ad assumere una posizione di preminenza <sup>(26)</sup>. All'origine delle sollecitazioni che innescavano la ricerca d'indirizzi alternativi a quelli dominanti era in primo luogo la « disarmonia » tra « leggi » ed « esigenze della moderna società » <sup>(27)</sup>, lo scarto tra l'impianto normativo di tradizione napoleonica, pensato per un'economia agraria

---

<sup>(25)</sup> Sembra invece radicata l'idea, esposta ad esempio da K. MUSCHELER, *Relativismus und Freirecht. Ein Versuch über Hermann Kantorowicz*, Heidelberg, Müller, 1984, p. 132 e nota 184, o da N. BOBBIO, *Introduzione a H. Kantorowicz, La definizione del diritto*, Torino, Giappichelli, 1962, pp. 5-14, secondo la quale la cultura giuridica italiana avrebbe solo raccolto, nel Novecento, gli spunti dei giuristi francesi e tedeschi; l'idea, sintetizzata già da R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1987, pp. 84-90 e 103-132, secondo la quale i « movimenti di rivolta contro il formalismo » che più avrebbero contribuito all'affermarsi di una concezione sociologica del diritto avrebbero avuto la loro patria in Francia e in Germania, solo dopo seguiti dagli italiani (Ascarelli, Ascoli, Cesarini Sforza, Mossa), mentre quelle del cosiddetto « socialismo giuridico » sarebbero state anticipazioni, al più « un precedente dell'odierna sociologia del diritto » (p. 86).

<sup>(26)</sup> Per una prospettiva storica tesa a ripercorrere il mutevole atteggiarsi del rapporto tra fatto e diritto cfr. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, con le precisazioni, volendo, che si è avuto modo di suggerire in F. MAZZARELLA, *Fatto e diritto. Tradizione e progetto. « Territori di confine »*, in « Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo », 54 (2010-2011), pp. 181-199. Sulle semplificazioni vagheggiate dal modello liberale di Stato di diritto sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto*, in « Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica », 16 (2011), *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, pp. 57-79, e ID., *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, in « Quaderni fiorentini », 41 (2012), pp. 329-397.

<sup>(27)</sup> Come si legge nelle pagine introduttive al primo numero de « La scienza del diritto privato » (1893), vergate dai due Direttori Giuseppe D'Aguzzo e Alfredo Tortori.

ria, imperniato sulla proprietà e cucito a misura di individuo, e una realtà socio-economica di impronta industriale, articolata in classi sociali e gruppi d'interesse, attraversata da logiche organizzative e collettive, pluralisticamente divisa, come notava Gianturco, in identità soggettive differenziate e « disuguali »: « usurai » e « popolani », « proprietari » e « contadini », « imprenditori » e « operai » (28). La rivoluzione culturale ottocentesca — che attraverso il positivismo scientifico e la sociologia, il darwinismo sociale e l'evoluzionismo, l'analisi economica e il socialismo, spostava il punto d'osservazione dall'idea al fatto, dai concetti alla realtà, dalla legge alla società — metteva a nudo « l'errore del nostro Codice di porre l'individuo come centro di tutti i diritti » e di considerare « tutti i rapporti d'ordine pubblico e privato e tutti i vari istituti giuridici [...] esclusivamente sotto il punto di vista dell'utilità che possono rendere all'individuo » (29).

Deposte le lenti deformanti dell'individualismo giuridico (la « metafisicheria » dell'« individuo isolato » (30)), gli 'evoluzionisti' italiani 'misuravano' i cambiamenti della società, la cui fisionomia, in continua trasformazione al pari di qualunque organismo vivente, usciva stravolta dal processo d'industrializzazione, rinnovata dai « progressi dell'industria e dei mezzi di comunicazione », ammodernata dall'« introduzione delle macchine » e della « grande indu-

---

(28) E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, 1891, poi in Id., *Opere giuridiche*, cit., vol. II, pp. 262-269. Significative, per misurare il cambiamento, le riflessioni d'inizio secolo di E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912. Sulla figura di Emanuele Gianturco cfr. gli scritti contenuti in *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1987. Si rinvia inoltre a F. TREGGIARI, *Emanuele Gianturco*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, ottava appendice, *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 413-416, e Id., *Emanuele Gianturco: l'educazione di un giurista (Aspetti dell'insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento)*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 1986, pp. 1235-1276.

(29) G. D'AGUANO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico-sociali con applicazioni pratiche al Codice vigente*, Torino, Bocca, 1890, p. 19.

(30) TORTORI, *Individualismo e socialismo*, cit., p. 592. Su Tortori Grossi, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 75-88.

stria » <sup>(31)</sup>. « Anziché individui fisici che operino isolatamente e di per sé » — sottolineava Cimbali — « l'apparato fisiologico del corpo sociale » presentava « istituzioni conformate alla guisa di altrettanti organi, il cui tessuto è composto di persone e di beni, d'individui e di patrimonio ai medesimi aderente e coagulato, come le membra e i tessuti dei corpi organici constano, senza eccezione, di cellule e di materie intercellulari » <sup>(32)</sup>.

L'individuo conservava un ruolo primario « nella composizione dei tessuti ed organi sociali », ma si realizzava ora all'interno di gruppi e di organizzazioni, di « unità socialmente attive », consistenti in « combinazioni di personale e di patrimonio » <sup>(33)</sup>. « La tendenza all'associazione del capitale e del lavoro », « le manifestate società del capitale e dell'industria, le continue associazioni per il maggiore sviluppo individuale » legittimavano la profezia di una « civiltà moderna », nella quale « l'individualismo andrà a scomparire per cedere il posto alle *istituzioni sociali* » <sup>(34)</sup>. Senza collegarsi « ad altri individui » — sintetizzava perciò D'Aguzzano — la « persona singola » sarebbe stata « tanto più insufficiente [...] quanto più l'organismo sociale è complesso »: solo organizzandosi in « molteplici associazioni proponenti scopi industriali, scientifici, letterari, commerciali, di beneficenza, di mutuo soccorso », l'individuo avrebbe acquistato « nuova forza per lottare nelle battaglie della vita », mentre « coi principii puri dell'individualismo, col selfgovernment a cui pare informato il nostro codice », si sarebbe caduti « inevitabilmente nel dominio della forza » <sup>(35)</sup>.

Nel 1892, intervenendo sul tema della 'socializzazione' del

---

<sup>(31)</sup> G. D'AGUZZANO, *La riforma integrale della legislazione civile*, in « La scienza del diritto privato », 1 (1893), p. 43.

<sup>(32)</sup> E. CIMBALI, *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria*, in « Archivio giuridico », 1 e 2 (1884), poi in Id., *Studi di diritto civile*, cit., p. 52.

<sup>(33)</sup> Ivi, pp. 52-53.

<sup>(34)</sup> G. VADALÀ-PAPALE, *Darwinismo naturale e darwinismo sociale. Schizzi di scienza sociale*, Roma-Torino-Firenze, Loescher, 1883, p. 393.

<sup>(35)</sup> D'AGUZZANO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, cit., pp. 157-158. Sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *D'Aguzzano Giuseppe*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, curato da E. Cortese, I. Bircocchi, A. Mattone e M. Miletti, Bologna, il Mulino, 2013, vol. I, pp. 627-628.

diritto privato, Ehrlich sembrava muovere dalle medesime premesse, confermava la distanza tra « Rechtsordnung » e « Geiste der Zeit », tra la « archaisierende Tendenz der Rechtsordnung » e l'inarrestabile evoluzione di tutto ciò che non aveva forma legislativa: « der Körperbau, die Intelligenz und das Gefühlsleben, die Religion, Sprache, Literatur, Sitten und Gebräuche »<sup>(36)</sup>. La società industriale presentava una struttura profondamente diversa da quella idealizzata al principio del secolo e « die heutige Privatrechtsordnung » risultava chiaramente in contrasto « mit der Produktionsweise und den sozialen Verhältnissen unserer Zeit »<sup>(37)</sup>: « die Fortschritte der Technik und Ökonomik », come Ehrlich sarebbe andato ripetendo fino alla *Grundlegung* del 1913, avevano accresciuto il potere della classe proprietaria e spinto i lavoratori a riunirsi in associazioni, in un contesto gremito di fabbriche, ferrovie, imprese<sup>(38)</sup>; un tessuto connettivo intersecato da « Käufe, Mieten, Pacht-, Dienst- und Lohnverträge »<sup>(39)</sup>; uno spazio sociale popolato non solo da famiglie, ma da « Aktiengesellschaften, Transportunternehmen, Genossenschaften, Banken, Börse, Terminhandel », nel quale « anders als einst steht heute der Herr dem Diener, der Unternehmer dem Eigentümer, der Erzeuger dem Kunden gegenüber »<sup>(40)</sup>.

Le « créations d'ordre économique », come tra il 1899 e il 1904 constatava Saleilles, avevano sconvolto « les rapports juridiques entre le capital et le travail, entre ceux qui produisent et ceux qui consomment », generando diritti e bisogni nuovi, determinando, secondo un processo causale che dipendeva in pari misura da « certaines découvertes sociologiques », il delinarsi di un ordine

---

<sup>(36)</sup> E. EHRLICH, *Die soziale Frage im Privatrechte*, in « Juristische Blätter », 21 (1892), pp. 97-135, poi in Id., *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, herausgegeben von M. Rehbinder, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, p. 24.

<sup>(37)</sup> *Ivi*, p. 26.

<sup>(38)</sup> *Ibidem*.

<sup>(39)</sup> E. EHRLICH, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, Inaugurationsrede, gehalten am 2. Dez. 1906, Leipzig und Wien, 1907, poi in Id., *Gesetz und lebendes Recht*, cit., p. 129.

<sup>(40)</sup> *Ibidem*. Concetti ancora ripetuti in E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913), unveränderter Neudruck München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1929, cap. XVII, p. 316.

sociale sempre più improntato a logiche di « solidarité », anziché a spazi d'« indépendance » governati da isolate « individualités » (41). Con le sue coagulazioni organizzative, la struttura sovra-individuale della società rendeva la persona « conditionnée et délimitée par l'intérêt collectif du groupe », postulando una rete protettiva indirizzata « non plus à l'individu abstrait, considéré sous le rapport de son développement virtuel, mais aux êtres vivants et concrets dont se compose le groupe qui la constitue » (42).

In questo contesto — proseguiva Saleilles — anziché piegarsi al « monde nouveau », alle « transformations économiques et sociales », il diritto sembrava rimanere immobile, la dottrina e la giurisprudenza avvitarci intorno alla « volonté stricte du législateur de 1804 » (43). Mentre il modello codicistico rimaneva aggrappato « fermement au règne exclusif et suffisant de la loi (écrite) » (44), riproducendo l'immagine di una società agraria, semplice e individualistica — rilanciata nel 1900 Gény — « tous les progrès de l'industrie et du commerce contemporains, les transformations d'ordre économique, les suggestions des besoins actuels » avevano determinato nel XIX secolo « tout un renouveau d'organisation sociale » (45), evidenziando « l'immense complexité », « la mouvance incessante », « l'inépuisable richesse et la prestigieuse variété », « l'essence complexe et mouvante de la vie sociale » (46). Era a fronte di « cette fondamentale discordance entre le Droit positif et la vie soumise à son empire », che diventava indispensabile ridefinire

---

(41) R. SALEILLES, *Préface* a F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Maresq, 1899, pp. II-III. Si veda, su questi specifici profili, F. TELLIER, *Le droit à l'épreuve de la société. Raymond Saleilles et l'idée du droit social*, in « Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique », 20 (1999), pp. 147-177. E sul rinnovamento della scienza giuridica francese, al « tournant » del secolo, C. JAMIN, *L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, in « Revue trimestrielle de droit civil », 1994, pp. 815-827.

(42) SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., pp. 110-111.

(43) SALEILLES, *Préface*, cit., p. III.

(44) F. GÉNY, *La notion de droit positif à la veille du XX<sup>e</sup> siècle. Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'Université de Dijon. Le 8 novembre 1900*, Dijon, Venot, 1900, p. 15.

(45) Ivi, p. 11.

(46) Ivi, pp. 14, 21 e 27.

il quadro delle fonti <sup>(47)</sup>, riformulare il concetto di « droit positif », ripensare la stessa nozione di diritto, non più concepibile « comme une discipline simplement autoritative », « un ensemble arbitraire, mis en œuvre par un art de chicane » <sup>(48)</sup>.

« La solidarité sociale » — annotava dunque nel 1904 Lambert — imponeva ai giuristi di diffondere « l'inquiétude du devenir social » <sup>(49)</sup>. Il giurista non poteva chiudersi in una torre eburnea, vivacchiare « entre les murs d'un amphithéâtre universitaire », indifferente alle « manifestations de la vitalité mobile des groupes sociaux », incapace di neutralizzare le « multiples causes d'erreur qui risquent de fausser les résultats de l'observation sociologique », di comprendere « les origines et les raisons d'être des malaises de l'organisme social », di registrare « les effets produits pour chaque intervention législative » <sup>(50)</sup>. Chiamato a un ruolo da protagonista, egli avrebbe dovuto governare il nuovo quadro economico-sociale

<sup>(47)</sup> Ivi, p. 10.

<sup>(48)</sup> Ivi, p. 11. Ha messo puntualmente a fuoco il nesso tra « coscienza della complessità del reale » ed esigenza di rinnovamento epistemologico e metodologico P. GROSSI, *Ripensare Gény*, in « Quaderni fiorentini », 20 (1991), poi in Id., *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 157-170. Per un quadro introduttivo C. JAMIN, *Dix-neuf cent: crise et renouveau dans la culture juridique*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, publié sous la direction de D. Alland et S. Rials, Paris, Puf, 2003, pp. 380-384, e N. HAKIM, F. MELLERAY, *La Belle Époque de la pensée juridique française*, in *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX<sup>e</sup> siècle*, études réunies par N. Hakim et F. Melleray, Paris, Dalloz, 2009, pp. 1-12.

<sup>(49)</sup> É. LAMBERT, *Le droit civil et la législation ouvrière. La fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociologique du droit*, in « Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger », 1904, pp. 152-166, 241-249 e 451-463, ora in É. Lambert, N. Hakim, *Le droit civil et la législation ouvrière*, Paris, Dalloz, 2013, p. 3. Ma sulla distinzione, anche in Francia, tra « socialismo giuridico », contraddistinto dalla matrice ideologica, e tendenze sociali e sociologiche del solidarismo, cfr. A.-J. ARNAUD, N. ARNAUD, *Le socialisme juridique à la 'Belle Époque': visages d'une aberration*, in « Quaderni fiorentini », 3-4 (1974-75), Il «Socialismo giuridico», cit., pp. 26-54. Si legga, per un'introduzione sui giuristi 'militanti' francesi, F. AUDREN, *Pistes pour une histoire intellectuelle des juristes socialistes sous la III<sup>e</sup> République*, in « Cahiers Jaurès », 156 (avril-juin 2000), *Socialismes des juristes*, pp. 5-12. E da ultimo D. DI CECCA, « Il socialismo dei giuristi ». *Per una ricerca sul socialismo giuridico francese*, in « Historia et ius », 3 (2013), pp. 1-10.

<sup>(50)</sup> LAMBERT, *Le droit civil et la législation ouvrière*, cit., p. 8.

immergendosi nella realtà, contaminandosi con i fatti, aprendosi alle scienze sociali sdoganate dal positivismo: avrebbe dovuto essere « économiste », « sociologue », « politicien du droit » (51).

A distanza di qualche anno, nel 1908, Fuchs poteva così suggerire di intraprendere un viaggio immaginario « durch Deutschland vor hundert Jahren », per misurare quanto fosse lontano il contesto economico e sociale del primo Ottocento — con la lentezza del servizio postale e dei mezzi di trasporto, il « dorfähnlichen Charakter » degli insediamenti urbani, il sistema chiuso della produzione agraria, l'« handwerksmäßigen Charakter der Großindustrie und des Handels » — da quello d'inizio Novecento, rinnovato dai progressi « der Technik und Industrie, des Verkehrswesens, der Eisenbahnen und Seeschiffahrt, der Telegraphie und Telephonie », trasformato dall'incremento « der Eisen-, Stahl- und Steinkohleproduktion », complicato dallo sviluppo « des Großhandels und des Bankwesens », dall'aumento « der literarischen und künstlerischen Produktion », dalla « moderne Arbeiter- und Gewerkschaftsbewegung » (52). Erano cambiati « der wirtschaftliche und soziale Organismus der modernen Völker, ihr Handel, ihre Industrie, ihre Krediteinrichtungen, ihre Vergesellschaftungen im weitesten Sinn » (53). Era cambiata, insieme all'economia, la fisionomia sociale, che si era allontanata da un modello basato su relazioni unilineari tra individui per articolarsi in formazioni sociali complesse e assestarsi su una « Neuordnung, die an Stelle lebendiger Beziehungen von Person zu Person innerhalb eines kleinen Kreises einander bekannter Menschen ein kunstvolles System von unpersönlichen Beziehungen setze und die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit in eine Summe von Vertragsabschlüssen auflöste » (54).

---

(51) Ivi, pp. 7-8. Cfr. S. CAPORAL, *Édouard Lambert, Théoricien de la Jurisprudence Sociologique*, in « Acta Universitatis Danubius. Juridica », 2009, 5, pp. 185-218.

(52) E. FUCHS, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, Berlin, Heymanns, 1908, poi in Id., *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, Karlsruhe, Müller, 1965, p. 66. Un autentico « pioneer in the *Freirechtsschule* », come definito da J. BOARDMAN, *Fuchs, Ernst (1859-1929)*, in *Encyclopedia of Law & Society. American and Global Perspectives*, edited by D.S. Clark, Thousand Oaks, California, Sage, 2007, vol. II, pp. 606-607.

(53) FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 65.

(54) Ivi, p. 66.



Quello che obiettivamente sembrava non mutare — conveniva anche Fuchs — era il diritto, non solo sul piano della disciplina legislativa, ma anche e soprattutto sul piano della metodologia, delle categorie, delle tecniche. Mentre il mondo cambiava, l'economia progrediva, i trasporti acceleravano e gli scambi si intensificavano, la cultura giuridica rimaneva abbarbicata ai vecchi canali di produzione giuridica, ferma a logiche e tecniche « risalenti al Medio Evo ». Aniché aprirsi alle mutevoli esigenze della società, alla ricerca di processi di evoluzione giuridica che la rendessero « modern-naturwissenschaftlich und erfahrungsgemäß-induktiv », la scienza giuridica rimaneva « historisch-philologisch und konstruktiv-deduktiv », ancora succube dei paragrafi, ancora vittima dell'antica metodologia « des mos Italicus: Praemitto, scindo, summo casumque figuro. Perlego, do causas, connoto, objicio »<sup>(55)</sup>.

4. *Pluralità di formule, affinità di sostanza: diritto storico-sociale, diritto vivente, diritto libero, diritto naturale.*

Sono queste premesse, scaturite dall'incontro tra il nuovo statuto scientifico e la realtà economico-sociale, a favorire lo sviluppo di una concezione dinamica del diritto, incentrata, in omaggio a un principio storico-evolutivo, sui canoni della concretezza e del movimento. L'immagine del « diritto vivente », legata a doppio filo alle figure di Ehrlich e di Géný, non era che la conseguenza di una diversa considerazione della realtà, della promozione dei fatti economici e sociali a punto di partenza dell'indagine giuridica, dell'applicazione al diritto delle nuove conoscenze scientifiche<sup>(56)</sup>. Non era che l'autorevole prosecuzione, sotto questo profilo, dell'itinerario riflessivo avviato dai 'moderni' italiani, ai quali geneticamente apparteneva, per formazione scientifica e sensibilità culturale, l'idea di un diritto in movimento, di un giuridico in divenire.

« Il diritto è la vita » — era una delle massime care a Cimbali — « e come nella vita, essendo questa sempre in continuo divenire »,

<sup>(55)</sup> Ivi, pp. 66-68.

<sup>(56)</sup> Se ne possono apprezzare i caratteri salienti nella voce *Droit vivant*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction de A.-J. Arnaud, Paris, LGDJ, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 118-120.



mutavano il « numero », la « qualità », il « grado d'integrazione e di specificazione » degli « elementi » che la costituivano, « del pari, nell'organismo del Diritto, debbono riflettersi con perfetta rispondenza cotali mutamenti: esso perciò deve, per virtù di continua evoluzione, trasformarsi continuamente »<sup>(57)</sup>. In quanto « prodotto sociale », « fluido nerveo dell'organismo »<sup>(58)</sup>, « fenomeno della vita sociale »<sup>(59)</sup>, manifestazione « dello spirito umano », il diritto ubbidiva alle leggi del « continuo movimento », del « successivo ed indefinito progresso », la sua trasformazione scorrendo parallela a quella della società, variando e progredendo, in ragione « dei bisogni della vita sociale », « in armonia colla storia e collo sviluppo della civiltà dei popoli »<sup>(60)</sup>. Alla continua evoluzione della società, speculare a quella della natura, corrispondeva dunque il continuo adattamento del diritto, che viveva « nel popolo, nella coscienza sociale, allo stato dinamico » e che in quanto creato dalla « coscienza giuridica sociale » avrebbe dovuto riflettere le trasformazioni della realtà<sup>(61)</sup>. Il diritto era un « organismo vivente », da studiare e scoprire, mediante la sociologia e la storia, la psicologia e la scienza,

---

<sup>(57)</sup> CIMBALI, *Lo studio del diritto civile*, cit., p. 22.

<sup>(58)</sup> G. VADALÀ-PAPALE, *La filosofia del diritto a base sociologica*, in « Il Circolo giuridico », 16 (1885), p. 176. Sull'immagine dello « stato fluido » del diritto si rinvia a F. MAZZARELLA, *Un diritto « allo stato fluido »*. Note storico-giuridiche su *aequitas e ragionevolezza*, in « Giornale di Storia costituzionale », 11 (2006), 1, pp. 121-144, e Id., « *Stato fluido* » del diritto e ragionevolezza fra età moderna ed età contemporanea, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi, Roma « La Sapienza », 2-4 ottobre 2006, Roma, Aracne, 2007, vol. II, pp. 359-377.

<sup>(59)</sup> G. D'AGUANNO, *Sull'efficacia pratica della scuola positiva di filosofia giuridica*, in « La Scuola Positiva », 1 (1891), 2, pp. 58-64.

<sup>(60)</sup> I. VANNI, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, 1877, dissertazione letta nell'Università di Perugia nell'anno accademico 1875-76, poi in Id., *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, a cura di G. Marabelli, Bologna, Zanichelli, 1906, p. 24. Cfr. G. D'AMELIO, *Positivism, storicismo, materialismo storico in Icilio Vanni*, in « Quaderni fiorentini », 3-4 (1974-75), *Il "Socialismo giuridico"*, cit., pp. 431-455, e da ultimo S. BERNI, *L'evoluzionismo giuridico in Italia nel XIX secolo. Intorno ad una lettera inedita di Icilio Vanni su Salvatore Fragapane*, in « Studi Senesi », 124 (2012), pp. 124-141.

<sup>(61)</sup> G. VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, in « Antologia giuridica », 7 (1893), pp. 137-173 e 201-217, poi Catania, Pansini, 1893, specialmente pp. 3-4.

« come si svolge realmente ed obbiettivamente, a traverso la molteplicità e mutabilità dei singoli rapporti, nella vita dei popoli e degli individui »; un « organismo vivente », che al pari di ogni altro organismo — naturale, biologico, sociale — respirava, progrediva, cresceva (62).

In virtù di un arsenale scientifico rivoluzionato, dischiuso in pari misura alle scienze sociali e a quelle naturali, diventava dunque possibile, messi da canto gli idealismi e le astrattezze « in favore dell'osservazione e dell'analisi », elaborare un « nuovo concetto del diritto »: grazie all'indagine sociologica e alla ricerca storica, il fenomeno giuridico recuperava la sua profondità volumetrica e la sua forza dinamica, concretandosi, come voleva Salvioli (1857-1928), in un « processo organico e naturale il quale cresce e si sviluppa come gli idiomi, le religioni e le letterature », « un organismo prodotto da una serie di fatti e di esperimenti, legato alla società, alle abitudini, ai costumi e alla costituzione stessa di ogni nazione, all'indole dei luoghi » (63).

Si era già chiaramente dentro quella « conception vraiment vivante du Droit positif » che avrebbe contraddistinto il pensiero di GénY (64). Le sparse voci degli 'evoluzionisti' italiani, che vedevano nel diritto « una forza vivente dentro il Corpo sociale » (65), preannunciavano le parole con cui, nel 1899, l'allora professore di Dijon rinnovava l'auspicio a lasciare il diritto « chose vivante », intendendo, per « vivre », « se mouvoir et se transformer »: il che, in particolare per il diritto, implicava una « parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale » (66). Dall'abbraccio tra il giuridico e il sociale, chiave di volta delle nuove tendenze, procedeva quello tra il diritto e la vita, suggestivamente evocato,

---

(62) CIMBALI, *Lo studio del diritto civile*, cit., p. 19.

(63) G. SALVIOLI, *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, Prolusione al corso di storia del diritto nell'Università di Palermo, in « Il Circolo giuridico », 16 (1884), p. 84. Sia consentito rinviare, anche per la bibliografia, a F. MAZZARELLA, *Giuseppe Salvioli, in Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 417-421.

(64) GÉNY, *La notion de droit positif à la veille du XX<sup>e</sup> siècle*, cit., p. 14.

(65) VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., p. 11.

(66) GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., n. 185, p. 584.

talvolta più talatra meno esplicitamente, dall'immagine del « diritto vivente ».

A pochi anni dalla sortita di Gény, nel 1903, anche Ehrlich, che del « diritto vivente » avrebbe fatto un vessillo, tornava non a caso sulla dimensione storico-sociale del fenomeno giuridico, sull'essere, il diritto, la « Grundlage der gesellschaftlichen Organisation », « nicht ein starres Dogma, sondern eine lebendige Kraft » (67). Come Cimbali e Vadalà-Papale, D'Aguzzo e Salvioli, anche Ehrlich esaltava il collegamento tra la sfera dei fatti e quella del diritto, rilevando come la « „Tatsache“ ist dem Juristen alles, was nicht oder noch nicht Recht und Rechtsverhältnis ist; aber diese Tatsachen sind bereits keimende und werdende Rechte und Rechtsverhältnisse » (68). Riferirsi ai fatti, in altri termini, significava riferirsi alla società, alla storia, al diritto innervato nelle organizzazioni sociali, perché « die erste Tatsache des gesellschaftlichen Lebens ist die Menschengruppe », di modo che tutto il diritto, da quello consuetudinario a quello giurisprudenziale, da quello legislativo a quello dottrinale, costituiva, « im Gierkeschen Sinne », prima di tutto, nelle sue radici, un diritto 'comunitaristico-sociale' (69).

La metafora del « diritto vivente », in questa prospettiva,

---

(67) EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., pp. 9 e 27, poi di nuovo p. 34. Su questi profili, tra gli altri, A. FEBBRAJO, *E. Ehrlich dal diritto libero al diritto vivente*, in « Sociologia del diritto », 1982, pp. 137-159, e G. ROBLES MORCHÓN, *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 29-48. Più in generale M. REHBINDER, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, R. TREVES, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Torino, Einaudi, 1980<sup>2</sup>, pp. 65-84, e S. VOGL, *Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich*, Baden-Baden, Nomos, 2003, nonché, sulla diffusione della sociologia del diritto di Ehrlich, i saggi raccolti in *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, edited by M. Hertogh, Oxford and Portland, Oregon, Hart, 2009.

(68) EHRLICH, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, cit., p. 105. Si è avuto modo di soffermarsi su questa 'ontologica' compenetrazione tra sfera del diritto e sfera dei fatti in MAZZARELLA, *Fatto e diritto*, cit.

(69) EHRLICH, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, cit., pp. 108 e 122. Ha molto insistito su questa complementarità, nel concetto di diritto vivente, della dimensione storica e di quella sociologica, FEBBRAJO, *E. Ehrlich dal diritto libero al diritto vivente*, cit.

esprimeva al meglio, per la sua capacità di evocare i nessi con la vita, la cifra del nuovo corso storico-sociale intrapreso dalla cultura giuridica europea: il diritto era « etwas Lebendiges » — argomentava Fuchs nel 1908 — « also sich von selbst Bewegendes und sich Umbildendes » (70); avrebbe dovuto seguire e riflettere l'evoluzione sociale, adattarsi continuamente « den fortschreitenden Bedürfnissen des sozialen Lebens » (71). Proprio come in passato, argomentava perciò Ehrlich, « das ganze lebende Recht auch unserer heutigen Gesellschaft läßt sich nicht in Paragraphen sperren, ebensowenig wie ein Strom in einen Teich gefaßt werden kann » (72). Il « lebende Recht » era altro dal « Gesetz » (73); era « das noch nicht in Satzungen festgelegte Recht, das aber doch das Leben beherrscht », talché le fonti della sua conoscenza erano « vor allem die moderne Urkunde, aber auch die unmittelbare Beobachtung des Lebens, des Handels und Wandels, der Gewohnheiten und Gebräuche, dann aber aller Organisationen, sowohl der rechtlich anerkannten als auch der von dem Rechte ignorierten, ja sogar der rechtlich mißbilligten » (74).

Il movimento del « Freies Recht », riconsiderato in questa cornice generale, si andava dunque ad attestare sulla stessa linea della « Scuola sociale del diritto », perdendo il suo specifico connotato eversivo. Come traspare già nel manifesto di Kantorowicz, il « diritto libero » scaturiva dai processi di trasformazione sociale, rappresentava, in quanto « nicht staatliches Recht », il nuovo « Naturrecht », ma in un senso profondamente diverso da quello classico, perché mentre i 'giusnaturalisti moderni' avevano pensato a massime da scolpire nell'eternità, i 'moderni giusnaturalisti' ipotizzavano un

---

(70) FUCHS, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, cit., p. 73.

(71) Ivi, p. 74.

(72) E. EHRLICH, *Die Erforschung des lebenden Rechts*, in « Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich », 35 (1911), pp. 129-147, poi in Id., *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, ausgewählt und eingeleitet von M. Rehbinder, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, p. 14.

(73) Così, a distanza di anni, ancora E. EHRLICH, *Gesetz und lebendes Recht*, in « Högaku Kyokai Zasshi », 40 (1922), 2, pp. 1-22, poi in Id., *Gesetz und lebendes Recht*, cit., pp. 228-240.

(74) EHRLICH, *Die Erforschung des lebenden Rechts*, cit., p. 19.

giuridico in costante mutamento, conformemente ai cambiamenti di una realtà socio-economica complessa come quella dei secoli XIX e XX <sup>(75)</sup>. La concezione di Kantorowicz era intrisa di storicismo, accoglieva « die verlassene Erbschaft aus den besseren Anfängen der historischen Schule », rifiutava la « papierene Jurisprudenz », poggiava espressamente « auf dem Boden *geschichtlicher Auffassung*..., die der Dogmatismus unwissentlich verleugnet », propugnava l'idea che tutto il diritto, incluso il « staatliches Recht », derivasse dal « libero » progredire del fenomeno giuridico <sup>(76)</sup>.

Era il medesimo approccio storico-sociale già adottato da Stammler, che aveva parlato di diritto naturale (« aber ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt », vale a dire « diejenigen Rechtsatzungen, welche unter empirisch bedingten Verhältnissen das theoretisch richtige Recht enthalten ») <sup>(77)</sup>, e da Saleilles, che aveva ipotizzato, lungo un itinerario riflessivo maturato tra il 1890 e il 1911, l'esistenza di « un droit naturel à contenu variable », non astratto e immutabile, ma camaleontico e mutevole, non rivelato dall'alto, ma generato dai « faits sociaux », che « changent, évoluent et se transforment » <sup>(78)</sup>, « un droit de la nature, qui, loin de reposer sur une conception philosophique, se reliait à de pures données sociologiques » <sup>(79)</sup>.

---

<sup>(75)</sup> GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 16. Si veda ora, sulle forme di reviviscenza del diritto naturale tra XIX e XX secolo, l'ampio affresco di F. VIOLA, *Natural Law Theories in the Twentieth Century*, in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 12, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, edited by E. Pattaro, C. Roversi, Berlin, Springer, 2015, pp. 1-102.

<sup>(76)</sup> GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., pp. 29, 27, 18.

<sup>(77)</sup> R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Leipzig, Veit & Comp., 1896, p. 185.

<sup>(78)</sup> R. SALEILLES, *École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, in « Revue trimestrielle de droit civil », 1 (1902), p. 99.

<sup>(79)</sup> SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 107. Su Saleilles ci sembrano tuttora insuperate le pagine di P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, in « Rivista di diritto civile », 39 (1993), poi in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 193-261. Fondamentale, ora, l'ampio e approfondito studio di M. SABBIONETTI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2010. Per un profilo biografico, scandito dalle diverse fasi dell'itinerario scientifico, A.

Nel clima culturale d'inizio Novecento, anche il diritto naturale finiva dunque per intrecciarsi con il « *droit social, dérivant du fait de la société* », procedeva dai « *rapports naturels issus de la vie sociale* », « *adéquat aux lois qui régissent la société elle-même* »<sup>(80)</sup>; « *un droit incessamment variable et changeant* », dal momento che « *la première de toutes les lois sociales est la loi d'évolution progressive* »<sup>(81)</sup>. Giorno dopo giorno, frammento dopo frammento, il « *droit naturel* » si sarebbe trasformato sotto l'azione « *des forces sociales incessamment changeantes, sous l'influence débordante des intérêts en conflit, et des classes toujours en lutte pour la satisfaction de leurs aspirations économiques* »<sup>(82)</sup>. Non c'era spazio per un catalogo astratto e definitivo, una « *idée de justice* » basata su « *un principe de vérité absolue* »<sup>(83)</sup>, « *ein unbedingtes Ideal für alle Zeiten und alle Völker* », dovendosi piuttosto « *die Richtigkeit eines Rechtssatzes* » desumersi dalla conformità dei rapporti empirici « *dem allgemeingültigen Endziele des sozialen Lebens* »<sup>(84)</sup>.

##### 5. *Oltre la legge. Ripensare il quadro delle fonti.*

Il collegamento tra fenomeno giuridico e dimensione storico-sociale, sul quale convergevano gli evoluzionisti e i giusliberisti, i neoterici e i modernisti, rappresentava il punto di partenza, logico e scientifico, di una serie di cambiamenti di rilievo costituzionale e metodologico. La 'denuncia' del profondo iato tra piano legale e piano reale, origine e conseguenza del rinnovamento epistemolo-

---

ARAGONESES, *Recht im Fin de siècle. Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2007, pp. 11-19, e ID., *Un jurista del Modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Madrid, Universidad Carlos III, 2009, pp. 21-64. Per comprendere l'importanza assunta dal 'cattolicesimo sociale' nel pensiero del giurista borgognone P. ROLLAND, *Un « cardinal vert »: Raymond Saleilles*, in « *Revue Française d'Histoire des Idée Politiques* », 28 (2008), pp. 273-305.

<sup>(80)</sup> SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 107. Le « *lois de la nature* » null'altro essendo che le « *lois sociologiques* » (ID., *École historique*, cit., p. 81).

<sup>(81)</sup> SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 108.

<sup>(82)</sup> SALEILLES, *École historique*, cit., p. 94.

<sup>(83)</sup> Ivi, p. 97.

<sup>(84)</sup> STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, cit., pp. 184-185. Cfr. anche ID., *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, Guttentag, 1902.

gico, implicava la ricerca di canali di manifestazione del giuridico idonei a riflettere le concrete trasformazioni della realtà economico-sociale <sup>(85)</sup>. Ne discendeva una serie di conseguenze, che sarebbero nel tempo maturate, sotto forme e specificità diverse, in tutte le esperienze nazionali: la tensione verso un quadro delle fonti pluralistico, speculare alla complessità del reale e funzionale a esprimere il senso storico-sociale del fenomeno giuridico; il rifiuto del duplice carattere della legge, quale fonte esclusiva e quale prodotto di un'insindacabile volontà politica; la valorizzazione del ruolo dell'interprete, emancipato dal giogo esegetico e capace, per la sua contaminazione con il sociale, ora di vivificare il testo legislativo, ora di supplire alla sua mancanza; il rinnovamento, nel segno delle scienze economiche, storiche e sociali, della formazione e del profilo culturale del giurista.

Non solo ogni forma di monismo, ma anche la tentazione di assegnare alla fonte legislativa una posizione di superiorità ideologica svanivano di fronte alla constatazione di un universo complesso, intersecato da identità categoriali e individualità differenziate, attraversato da processi evolutivi profondi e articolati. Più forte era la convinzione che l'origine del diritto allignasse nella concretezza dei rapporti economici e sociali, meno plausibile sarebbe stato il primato politico (e ancor di più il monopolio) di una fonte del diritto caratterizzata dalla generalità e dall'arbitrio, dall'arbitrio e dall'imperatività; più evidenti si facevano le differenze sociali e soggettive, meno credibile risultava la concezione di un diritto improntato all'« uniformità », anziché alla « specialità », un diritto « legge di eguaglianza », anziché « di proporzione, in quanto dovrà appunto proporzionarsi alle svariate condizioni dei cittadini » <sup>(86)</sup>. Accanto ai Codici, dei quali non a caso si reclamava una moltiplicazione in

---

<sup>(85)</sup> Soggetto come ogni altro ente alla « gran legge dell'evoluzione », anche il Codice — chiarivano VADALÀ-PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, cit., p. 26, e I. VANNI, *I progressi della legislazione civile in Italia dopo la Rivoluzione*, Discorso letto nella libera Università di Perugia nel giugno del 1878, in Id., *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, cit., pp. 161-162 — avrebbe dovuto essere « in ogni tempo l'espressione della sua epoca », non « una formula matematica, assoluta, immutabile », ma « il prodotto della storia e della civiltà »; non, « come altri legislatori » avevano « preteso, un domma immutabile e chiuso », ma « il punto di partenza e la fonte dei progressi futuri ».

<sup>(86)</sup> GABBA, *Trenta anni di legislazione sociale*, cit., p. 16.



grado di riflettere la varietà degli àmbiti economico-sociali, la « Scuola sociale del diritto » esaltava perciò le « leggi civili speciali »<sup>(87)</sup>, le consuetudini, la scienza teorica e la giurisprudenza pratica. Anziché una fonte unica, con le sue « astratte eguaglianze » e le sue « regole generali », una pluralità di fonti, capaci di riflettere « le diversità indimenticabili della sostanza sociale »<sup>(88)</sup>; anziché una fonte politica, procedente dalla volontà del legislatore e destinata ad un progressivo scollamento dai dati positivi, un insieme di fonti sociali, idonee a esprimere il diritto vivente « nel popolo, nella coscienza sociale, allo stato dinamico »<sup>(89)</sup>. Il quadro delle fonti cambiava in senso pluralistico, dinamico, giurisprudenziale: « la consuetudine, la legislazione e la scienza » tornavano a essere « le tre forme nelle quali si origina e si sviluppa il diritto di un popolo »<sup>(90)</sup>.

Anche quando il legislatore avesse considerato tutte le possibili sfaccettature della società — riecheggiavano dalla Francia le parole di Lambert — sempre ci sarebbero stati nuovi bisogni e imprevedibili sviluppi, perché « à côté des besoins qui se sont déjà définis à la pleine et nette clarté de la conscience sociale, et auxquels le législateur peut donner facilement satisfaction, il est une infinité de besoins encore inaperçus ou mal précisés, encore inavoués ou

---

(87) C. CAVAGNARI, *Leggi civili speciali*, in « La scienza del diritto privato », 1 (1893), pp. 93-116, 229-235 e 275-283, e C. GHIGI, *Appunti ed osservazioni sul diritto civile extravagante*, in « Giurisprudenza italiana », 42 (1890), IV, cc. 124-156.

(88) B. BRUGI, *Eguaglianza di diritto e diseguaglianze di fatto*, in « Rivista italiana di sociologia », 1908, pp. 49-55. Per un'analisi che, districandosi attraverso le diverse anime di Brugi (sociologica, storicista, positivista, evolucionistica, legalistica), ricostruisca l'evoluzione della scienza giuridica italiana tra fine Ottocento e primo ventennio del Novecento, nei suoi intrecci con la cultura francese, tedesca e svizzera, cfr. M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in « Quaderni fiorentini », 30 (2001), pp. 361-476. Si vedano inoltre, scorrendo l'ampia bibliografia, GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 177-186; G. MARINO, *Positivismo e Giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli, ESI, 1986; Id., *Biagio Brugi e il « metodo storico » nella determinazione dei principi del diritto*, in « Index », 16 (1988), pp. 299-325; P. BENEDEUCE, *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra '800 e '900*, Napoli, Newprint, 1990, pp. 225-242.

(89) VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 2-4.

(90) VANNI, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, cit., p. 23.



incompris, restés inconscients ou semi-conscients », che « la loi d'aujourd'hui ne peut pas (les) prévoir; elle est condamnée à disparaître demain, si elle les empêche de se faire jour » (91). L'unico modo per esprimere questo « mouvement continu et toujours intense de la vie », questo « droit qui devient », questo « droit qui se dégage chaque jour des multiples manifestations de la vie juridique », non era certo quello di « mettre en mouvement la lourde et lente machine législative pour apporter à notre droit la plus légère modification », ma quello di riconoscere, come dimostravano gli esempi del contratto a favore di terzi e del contratto di lavoro, il ruolo suppletivo e correttivo della giurisprudenza (92). La legge non era né l'unico, né il principale, né il miglior mezzo di esplicitazione del giuridico (93). Accanto alla « législation » e alla « coutume », stava « la jurisprudence », che attraverso un lavoro « non moins fécond que le travail accompli à Rome par le préteur », avrebbe tradotto « (comme lui, elle traduit) les besoins nouveaux qui s'affirment chaque jour en développant le droit civil, en y suppléant, et quelquefois, si elle ne peut faire autrement, en le corrigeant lorsqu'elle constate que la vie, dans sa lente mais irrésistible ascension, en a brisé pour jamais le cadre trop étroit » (94).

Inquadrata nel nuovo organigramma, anche legge subiva dun-

---

(91) É. LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers. Son fonctionnement, ses applications actuelles*, Paris, A. Giard & E. Brière, 1893, p. VI. Per collocare la figura di Lambert nel contesto culturale della Francia di fine Ottocento primo Novecento, con particolare attenzione ai rapporti con Saleilles e Gény, cfr. C. PETIT, *Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la Belle Époque*, in *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, a cura di A. Padoa Schioppa, Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 2001, pp. 53-98, e ID., *Absolutismo jurídico y derecho comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Edouard Lambert*, in *De la ilustración al liberalismo. Symposium en honor al Profesor Paolo Grossi*, Madrid-Miraflores, 11-14 de enero de 1994, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 121-137.

(92) LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, cit., p. V; ID., *Le droit civil et la législation ouvrière*, cit., pp. 42-63.

(93) N. HAKIM, *Du chaudron magique à la science juridique: Édouard Lambert ou le désir politique du droit*, in É. Lambert, N. Hakim, *Le droit civil et la législation ouvrière*, cit., p. 18.

(94) LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, cit., pp. VI-VII. Cfr. CAPORAL, *Édouard Lambert*, cit., pp. 208-212.

que una metamorfosi profonda, passando da atto di volontà dello Stato persona a « determinazione positiva della coscienza giuridica sociale »<sup>(95)</sup>. Nel transitare dallo stato grezzo alla « *forma positiva* » — ragionava Vadalà-Papale — il diritto si sarebbe manifestato « o senza la cosciente decisione della volontà collettiva del popolo, o dietro cosciente decisione. La prima forma appellasi *consuetudine* — l'altra *legge* »<sup>(96)</sup>. Al pari della consuetudine, che prescindeva però da un atto di cosciente formalizzazione, la legge positiva esprimeva il diritto dell'organismo sociale, del corpo vivente del popolo, della comunità storica; ordinava e integrava, con « perpetuo dinamismo », le « forme dei fenomeni sociali del Diritto », null'altro essendo che il « riflesso » della « coscienza giuridica, incarnata nel popolo »<sup>(97)</sup>. Il legislatore, avrebbe esplicitato Saleilles, non aveva « qu'un rôle de création apparente », ma a ben guardare non era « que l'interprète de coutumes préexistantes, se trouvant déjà au moins à l'état virtuel sous la surface plus ou moins mouvante des réalités de la vie »<sup>(98)</sup>; la sua volontà non era « créatrice, mais révélatrice de droit », le uniche fonti del diritto essendo « celles qui viennent des lois positives du monde social », come la « solidarité », la « constatation expérimentale », il « droit naturel »<sup>(99)</sup>. « Il contenuto del diritto » — era la conclusione di Vadalà-Papale — non sarebbe dunque

---

<sup>(95)</sup> VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 5-6. Cfr. MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialità*, cit., pp. 602-607.

<sup>(96)</sup> VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 13-14. Non molto diverse le precedenti riflessioni, di dichiarata ascendenza savigniana, di VANNI, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, cit., pp. 16-19: « la legge non è che il riconoscimento autorevole, la sanzione del diritto nato dalla coscienza popolare, estrinsecatosi colle consuetudini, radicato nei costumi » e i « grandi legislatori [...] non fecero che descrivere fatti già esistenti, interpretare e ritrarre la vita nazionale che già s'era sviluppata ».

<sup>(97)</sup> G. VADALÀ-PAPALE, *Il processo dinamico della legge e delle codificazioni nell'ordinamento sociale*, in « Lo Spedalieri », 2 (1892), p. 363.

<sup>(98)</sup> SALEILLES, *École historique*, cit., p. 83.

<sup>(99)</sup> Ivi, p. 91. Ma per un punto di vista che vada oltre la comune idea di una cultura giuridica francese del primo Ottocento appiattita su « un simple culte de la loi » F. AUDREN, J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Paris, CNRS, 2013, pp. 95-104.

scaturito dall'autorità dello Stato; soltanto sarebbe stato, « dall'autorità dello Stato », « formulato, sanzionato e protetto » <sup>(100)</sup>.

## 6. *Scelte di metodo e dottrine dell'interpretazione.*

Su questo terreno, fecondato dalla moltiplicazione delle fonti e dalla riqualificazione della legge in senso storicistico, germogliavano, con sfumature e orientamenti diversi, le nuove dottrine dell'interpretazione <sup>(101)</sup>. Per un verso l'idea che i precetti formalizzati dal legislatore dovessero necessariamente riflettere la « coscienza giuridica sociale », seguendone, anche dopo il momento dell'emanazione, i mutamenti e le trasformazioni, autorizzava l'adozione di un metodo capace di adeguare e ravvivare il testo a contatto con la realtà; per altro verso la convinzione che non tutto il diritto fosse contenuto nella legge apriva 'liberi' spazi a una lettura diretta dell'ordine giuridico, nel rispetto del progredire storico, ma senza il filtro interposto dall'opera del legislatore.

« La legge di uno Stato » — era la prospettiva adottata da Simoncelli nel 1889 — « non accoglie tutto il diritto », perché « la massima parte di questo resta latente nel seno della società » <sup>(102)</sup>; « concepito il diritto quale oggi si concepisce, non come una serie di disposizioni uscite dalla mente di un legislatore, ma come la vita sociale stessa guardata dal suo lato giuridico », la sua interpretazione, lungi dall'essere « la rivelazione della volontà del legislatore »,

<sup>(100)</sup> VADALA-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., p. 20.

<sup>(101)</sup> Per una « classificazione sintetica » dei nuovi orientamenti in materia d'interpretazione M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), *Giudici e giuristi*, cit., pp. 722-745.

<sup>(102)</sup> V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Discorso letto per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1889-1890 nell'Università di Camerino il 17 novembre 1889, in Id., *Scritti giuridici*, raccolti ordinati e curati da D. Simoncelli, vol. I, Roma, Società editrice del « Foro italiano », 1938, p. 423. Sulla categoria del « diritto latente », da ultimo, FEMIA, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento*, cit., specialmente pp. 72-86. Per approfondire il pensiero di Simoncelli P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 — Polacco versus Simoncelli)*, in « Rivista di diritto civile », 35 (1989), poi in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 33-68, e F. TREGGIARI, « *Questione del metodo* » e *interpretazione delle leggi in uno scritto di Vincenzo Simoncelli*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 44 (1990), pp. 119-138.

sarebbe consistita nello « studio della stessa vita sociale », sicché, « dentro la elasticità consentita dal letterale significato della espressione legislativa, questa può e deve modificarsi in avvenire, adattandosi alle condizioni sociali e al sentimento comune » (103).

Dalla ridefinizione del quadro delle fonti, l'interprete usciva dunque rafforzato e rigenerato, ma anche gravato e responsabilizzato da un ruolo che presupponeva, prima ancora che la padronanza di commi e versicoli, lo studio della società e dell'economia, della psicologia e della natura. Se « la legge », spiegava Cimbali, costituiva « un istituto vivente ed un centro dinamico di forze », non potevano esserci dubbi sull'« ufficio e le funzioni esercitate dall'interprete come strumento necessario, perché si espliciti liberamente e naturalmente » la sua « azione » (104). Grazie alla mutevole e polivalente combinazione dei suoi elementi, la legge avrebbe seguito « una evoluzione progressiva », che si sarebbe rivelata « sotto la forma di una maggiore specificazione e di un maggiore integramento delle sue singole forze » (105). L'« interprete », che era « il ministro » della « vita » della legge e « della sua azione in continuo divenire », avrebbe perciò in un primo momento applicato « semplicemente, quali esse si presentano, le singole disposizioni »; colto, « in un secondo, la forza risultante dal primo e più semplice collegamento delle medesime a misura che cangiano le condizioni e i bisogni sociali »; sviluppato, « in altri periodi successivi, la forza occulta che si nasconde in tutti gli strati e le parti armonicamente congiunte ed operanti insieme della legge, per virtù di un processo continuo di adattamento e di equilibratura del suo organismo » (106).

A cavallo del secolo, in un'Italia attraversata dalla questione sociale e dal 'decollo industriale', risultava dunque attuale, per molti improcrastinabile, un ripensamento metodologico funzionale a restituire all'interprete un ruolo attivo, a « spastoiare le menti dallo studio pedante delle formole e delle parole » (107). Accantonati i

---

(103) SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., pp. 423-424.

(104) CIMBALI, *Lo studio del diritto civile*, cit., p. 26.

(105) Ivi, p. 28.

(106) *Ibidem*.

(107) D'AGUANO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, cit., p. 15.

dogmi dell'« Esegesi », la dottrina avrebbe dovuto recuperare il ruolo e la funzione (« il sacerdozio ») che per primi avevano avuto i « giureconsulti romani »<sup>(108)</sup>, abbandonare la « servile » sterilità che a seguito delle prime codificazioni aveva causato un'« anemia nello stesso sviluppo legislativo », elevarsi infine a scienza, « che non sarà il nudo commento della volontà » del legislatore, ma la « sintesi delle ricerche naturali intorno al fenomeno sociale-privato »<sup>(109)</sup>. Superata l'idea che la legge positiva delimitasse « un'area santa immodificabile », anche la giurisprudenza pratica avrebbe potuto risolvere il caso concreto tenendo in considerazione l'evoluzione del contesto socio-economico, facendo ricorso all'analogia, applicando i giusti principi alle nuove fattispecie prospettate dalla realtà<sup>(110)</sup>: la « *tendenza positiva* » legittimava il magistrato a seguire « le oscillazioni della vita », chiamandolo a « estendere lo spirito del testo, se questo è insufficiente a regolare dei casi che devono essere decisi sotto l'azione delle nuove spinte sociali »<sup>(111)</sup>.

La svolta metodologica, al principio del secolo, risultava ormai metabolizzata, stabilmente acquisita al patrimonio culturale dei « neoterici », dalle cui riflessioni affiorava nitida l'istanza di un « nuovo indirizzo al metodo d'interpretazione », valido sia per « lo studioso » che per « il magistrato », idoneo a rispondere « alla realtà della vita e dei bisogni sociali »<sup>(112)</sup>. Constatata l'insufficienza dell'interpretazione logica e analogica — protesa al ricamo teorico del dato testuale, ma poco sensibile al mondo reale dei fatti sociali e delle leggi naturali — Vadalà-Papale, nel 1903, rivendicava per l'Italia un metodo autoctono, in virtù del quale coniugare, conformemente a un « principio storico evolutivo », il momento storico dell'emanazione della legge con il processo dinamico di evoluzione sociale<sup>(113)</sup>. Le condizioni esistenti al momento dell'emanazione di una legge non sarebbero mai state eguali a quelle presenti al giurista

<sup>(108)</sup> CIMBALI, *Lo studio del diritto civile*, cit., pp. 3-5.

<sup>(109)</sup> VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza*, cit., pp. 7-12.

<sup>(110)</sup> VADALÀ-PAPALE, *Dei metodi d'interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato*, in *Atti del V. Congresso Nazionale Giuridico-Forense*, Palermo, 20-27 aprile 1903, Palermo, Barravecchia, 1904, p. 58.

<sup>(111)</sup> VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza*, cit., pp. 16-17.

<sup>(112)</sup> VADALÀ-PAPALE, *Dei metodi d'interpretazione giuridica*, cit., p. 58.

<sup>(113)</sup> *Ibidem*.

e al magistrato al momento dell'interpretazione. Il nuovo metodo, « storico-evolutivo », avrebbe consentito di inquadrare nella legge tutti i « nuovi rapporti giuridici nascenti dai nuovi fenomeni sociali », di ricondurre « tutto questo diritto invadente che si esplica nella vita sociale nell'ordine della codificazione » (114).

Era la via che negli stessi anni additava Saleilles, quando invitava i giuristi ad abbandonare « la méthode syllogistique et dogmatique, qui tirait de la codification une vie toute factice et toute irréaliste, arrêtée dans son développement », e ad adottare « une méthode de vie organique, ou d'évolution historique », in virtù della quale considerare la « loi écrite » non « comme la seule source vivante du droit, mais comme le seul cadre scientifique et juridique qui lui serve en quelque sorte de passeport devant les tribunaux » (115); « une méthode d'évolution et de progrès » (116); una « méthode historique » (e però altra da quella della « école historique » di Savigny, « immobilisée dans sa recherche du passé et son respect de la coutume » (117)), una « méthode scientifique », mediante la quale 'misurare' la legge con i « faits » e con le « réalités », così da « mettre le droit en conformité avec la vie » (118).

In sintonia con il manifesto programmatico della *Revue trimestrielle de droit civil*, firmato nel 1902 da Esmein (1848-1913), Saleilles coglieva nel binomio giurisprudenza-dottrina il motore

---

(114) *Ibidem*. Sul metodo proposto in Italia da Vadalà-Papale e sulle differenze da quello sviluppato negli stessi anni in Francia da Gény P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 20 (1991), François Gény e la scienza giuridica del Novecento, pp. 403-405, e MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialità*, cit., pp. 607-611.

(115) SALEILLES, *Préface*, cit., p. VII. Cfr. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, cit., pp. 212-224. Per un'analitica esposizione delle critiche mosse da Saleilles al « classicisme juridique » BELLEAU, *Les juristes inquiets*, cit.

(116) R. SALEILLES, *Méthode historique et codification*, in *Atti del congresso internazionale di scienze storiche (Roma, 1-9 aprile 1903)*, vol. IX, Roma, Tipografia della R. Accademia dei Lincei, 1904, p. 11.

(117) *Ivi*, p. 12.

(118) SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 99. Sul carattere legicentrico ma antilegalista dell'impostazione metodologica di Saleilles SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., pp. 295-352.

evolutivo del sistema (119). Nel presupposto che il diritto scaturisse dai fatti economici e sociali, giusta l'osservazione « des lois sociales » e l'applicazione « des lois sociologiques », e che la scienza giuridica fosse di conseguenza « une science de faits, une science du dehors, qui, comme toutes les sciences, puise dans la nature des choses » (120), l'interprete avrebbe dovuto, anziché inchinarsi « à un texte mort », « développer un texte incessamment vivant », « ramener au texte les germinations spontanées que lui offre la pratique des affaires », « plier le texte aux nécessités nouvelles » e infine « fondre le tout dans une harmonie d'ensemble » (121). Fuori da sterili soggettivismi, giudice e giurista avrebbero « conosciuto » il diritto attenendosi alla « objectivité résultant des réalités économiques et sociales » (122), ricorrendo, come sociologi ed economisti, a elementi « extérieurs » fissati « dans la réalité objective de lois existant en dehors de la pensée de celui qui les applique » (123).

Né puro evoluzionista né radicale gius-liberista, Saleilles condivideva con gli italiani le premesse storico-sociologiche, faceva sua l'equiparazione tra « matière sociale », « matière organique » e materia legislativa, riproponeva l'immagine della legge come « organisme permanent, qui, comme tout organisme, progresse et se transforme » (124), così da accentuare il ruolo assunto dall'interprete, la sua legittimazione a vivificare il diritto legislativo e ad

---

(119) A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, in « Revue trimestrielle de droit civil », 1 (1902), pp. 5-19. Cfr. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., pp. 338-352. Per mettere a fuoco lo sfrangiato orizzonte nel quale si muove Esmein, tra metodo storico e sociologia, motivi evoluzionistici e positivistici, J.L. HALPÉRIN, *Adbémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit*, in « Revue historique de droit français et étranger », 75-3 (1997), pp. 415-433. Cfr. inoltre, con specifico riferimento al suo orientamento politico-costituzionale, J. BOUDON, *Une doctrine juridique au service de la République? La figure d'Adbémar Esmein*, in « Historia et ius », 2012, 2, pp. 1-9. Sull'idea che va maturando nella cultura giuridica francese tra Otto e Novecento circa « l'inéluctable mariage de la doctrine et du Palais », N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 199-249 e 327-338.

(120) SALEILLES, *Préface*, cit., p. XII.

(121) Ivi, p. VIII.

(122) SALEILLES, *Méthode historique*, cit., pp. 19 e 21.

(123) SALEILLES, *École historique*, cit., p. 102.

(124) SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Paris, Pichon, 1901, pp. 214-216.

applicarlo mediante l'« adaptation évolutive du texte » (125). Non solo in Svizzera, con il nuovo ZGB, ma anche in Germania, con il controverso BGB, e in Francia, con il vecchio *Code civil*, l'interprete avrebbe quindi potuto e dovuto, elevandosi a « organes toujours vivant d'individualisation du droit, d'évolution et de progrès », « adapter les solutions législatives à des conceptions sociales différentes », seguire le trasformazioni della società, « dans le cadre d'une législation souple et flexible », una legislazione sensibile « à toutes les complexités de la vie sociale d'un peuple qui n'entend pas s'immobiliser dans une formule hiératique » (126).

Se il « droit » non era la « loi abstraite » — osservava Saleilles — ma « la loi dans l'interprétation vivante que lui donne la jurisprudence » (127), se il « Recht » non era l'« Absicht des Gesetzgebers » — gli faceva eco Ehrlich in quello stesso 1903 — ma la concreta vita della legge, l'essenziale non sarebbe stato « was ein Rechtssatz bedeutet, sondern wie er lebt, wie er wirkt, wie er sich in verschiedenen Verhältnissen bricht » (128). L'identificazione tra legge e diritto, spiegava infatti Kantorowicz, si basava sulla falsa aspettativa, « daß der Jurist jeden beliebigen Rechtsfall durch Subsumption unter das Gesetz entscheiden könne und eben deshalb auch allein aus ihm entscheiden müsse », nell'assurdo presupposto che l'applicazione del « Gesetz » fosse « ein Automat »: « oben steckt man den Fall hinein, unten zieht man die Entscheidung heraus » (129).

---

(125) SALEILLES, *Méthode historique*, cit., p. 14.

(126) SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., pp. 102-103. Merita di essere ricordata, a proposito del rapporto tra Codice e interpretazione, la convergenza di vedute tra Saleilles (e tramite questi Gény) ed Eugen Huber (alle prese con la codificazione civile svizzera), documentata da uno scambio epistolare che è stato magistralmente illustrato da P. CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), *Giudici e giuristi*, cit., pp. 265-302.

(127) SALEILLES, *Méthode historique*, cit., p. 17.

(128) EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 34.

(129) KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 120.



7. *'Niente di personale': parametri obiettivi e rifiuto del soggettivismo tra libera ricerca e diritto libero.*

L'approdo a un quadro delle fonti a 'trazione giurisprudenziale' era a questo punto a portata di mano, il risultato di un processo di affrancazione durato anni. A differenza di coloro che puntavano sull'elasticità e sulla malleabilità del testo legislativo, Gény restringeva il campo della legge al solo ambito dell'«esplicito» e rimeditava il quadro delle fonti intervenendo sul tema delle lacune, delle fattispecie non previste, ipotizzando, nel 1899, una « libre recherche scientifique », protesa alla lettura del diritto insito nelle cose, nei fatti, nella società <sup>(130)</sup>. Contro il « fétichisme de la loi écrite et codifiée », tratto saliente e distintivo « de la méthode traditionnelle » <sup>(131)</sup>, il maestro di Nancy proponeva una « méthode d'investigation sincère, qui, reconnaissant ouvertement les lacunes de la loi écrite, cherchera à y pourvoir au moyen de procédés scientifiques indépendants, scrupuleux, en toute franchise, la nature des choses objective, et cherchant notamment à produire l'équilibre des intérêts » <sup>(132)</sup>.

---

<sup>(130)</sup> GÉNY, *Méthode*, cit., nn. 155-176, pp. 457-552. Illuminante il filo ricostruttivo seguito da GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., pp. 143-192. Ci si limita inoltre a ricordare, attingendo a una storiografia significativa, J. BOULAIRE, *François Gény et le législateur*, in *Le renouveau de la doctrine française*, cit., pp. 69-94, J. MAJDA, *François Gény and modern jurisprudence*, Baton Rouge and London, Louisiana State University Press, 1978, e A. TANZI, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1990, ma soprattutto i saggi raccolti nei seguenti volumi monografici: *François Gény, Mythes et réalités. 1899-1999, Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé. Essai critique*, editée par C. Thomasset, J. Vanderlinden, Ph. Jestaz, Québec, Yvon Blais-Bruylant-Dalloz, 2000; *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, « Quaderni fiorentini », 20 (1991); *Le centenaire du doyen François Gény*, Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Paris, Dalloz, 1963; *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Recueil Sirey, 1934, 3 voll.

<sup>(131)</sup> GÉNY, *Méthode*, cit., n. 35, p. 61.

<sup>(132)</sup> Ivi, n. 174, p. 545. Fondamentali, per il collegamento logico tra « *pars destruens* » e « *pars costruens* » del discorso di Gény, tra « déconstruction du légicentrisme et reconstruction d'un pluralisme », le riflessioni di BOULAIRE, *François Gény et le législateur*, cit., pp. 76-86, e di COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 367-495. Sui significati dell'espressione « nature des choses » e sulle sue implicazioni sociologiche cfr. per tutti N.A. POULANTZAS, *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Paris, LGDJ, 1965, e M. VILLEY, *La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit*, in *Droit et Nature des Choses*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 69-88.

Messa da canto ogni forma di legolatria, denunciata l'« insuffisance irrémédiable de la loi », Gény invocava l'« activité individuelle de l'interprète » per dare risposta alle istanze di una società in trasformazione, ma fissava saldamente, alla base dell'attività giurisprudenziale, « les exigences de la nature des choses et les conditions de la vie » (133). Se la concezione della legge e il metodo dell'interpretazione differivano da quelli propugnati da Vadala-Papale e da Saleilles, l'esigenza di fondo rimaneva quella di esplicitare il giuridico guardando (ancora una volta) i « rapports de la vie sociale », « les éléments de fait de toute organisation juridique » (134), i « faits humains » (135), i « faits » e « la nature des choses » (136), così da basare la « décision juridique » non su convinzioni soggettive, ma « sur des éléments de nature objective », e « de procurer l'adaptation des règles latentes du Droit à tous les faits de la vie sociale » (137). Una « libre recherche scientifique »: « libre, puisqu'elle se trouve ici soustraite à l'action propre d'une autorité

---

(133) GÉNY, *Méthode*, cit., n. 84, p. 179. Cfr. J. DABIN, *François Gény, le Savant*, in *Le centenaire du doyen François Gény*, cit., pp. 16-25. Sul 'giusnaturalismo' di Gény, da e con punti di vista diversi, B. OPPETIT, *François Gény et le droit naturel*, in « Quaderni fiorentini », 20 (1991), *François Gény*, cit., pp. 89-117; V. PETRUCCI, *François Gény, « l'irriducibile diritto naturale »*, Napoli, ES, 1995; M. VILLEY, *François Gény et la renaissance du droit naturel*, in « Archives de Philosophie du droit », 1963, pp. 197-211; VIOLA, *Natural Law Theories*, cit., pp. 31-32.

(134) GÉNY, *Méthode*, cit., n. 159, p. 469.

(135) Ivi, n. 169 p. 519.

(136) Ivi, n. 158, pp. 466-467.

(137) Ivi, n. 156, pp. 460-461. Sulle differenze tra la proposta metodologica di Gény, basata sul 'depotenziamento' della legge e sull'« emancipazione » dell'interpretazione, e quella di Saleilles, fondata sull'inquadramento dei nuovi casi nell'ordine legislativo, cfr. BOULAIRE, *François Gény et le législateur*, cit., pp. 80-83, GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., pp. 175-176, PETRUCCI, *François Gény*, cit., pp. 63-72, e SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., pp. 322-338. Non va dimenticato, come in più occasioni rilevato dallo stesso R. SALEILLES, ad esempio in *Préface*, cit., p. XII, o in *École historique*, cit., p. 102, che i due giuristi francesi si muovevano però dentro lo stesso orizzonte, puntavano con i loro metodi al conseguimento del medesimo risultato, demolivano — come in un discorso unitario ricostruisce BELLEAU, *Les juristes inquiets*, cit. — le fondamenta del « classicismo giuridico ». Due giuristi diversi, ma complementari, come sottolineato da E. GAUDEMET, *L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit*, in *Recueil d'études sur les sources du droit*, cit., vol. II, pp. 5-15.

positive»; « scientifique, en même temps, parce qu'elle ne peut rencontrer ses bases solides que dans les éléments objectifs, que la science peut seule lui révéler » (138).

Quindici anni dopo, grazie a un'angolazione retrospettiva, Géný avrebbe ormai avuto chiaro, come illustrava nel suo secondo fondamentale lavoro, che per uscire dal cono d'ombra del legalismo le molte anime del 'dissenso' avevano privilegiato soluzioni diverse, ancorché connesse e complementari: « soit accepter de la loi écrite une notion plus objective et plus vivante, soit admettre, à côté d'elle, des sources moins formelles et plus plastiques, la coutume, la jurisprudence, soit même s'adresser plus haut encore et chercher à pénétrer l'essence propre de la vérité juridique, vérité insaisissable d'un coup et en son entier, fuyante et variable à raison des modalités infinies qui la conditionnent, mais à laquelle nous ramène inéluctablement une aspiration instinctive vers le but suprême du droit » (139).

A prescindere dalle differenze — emergeva in virtù di questa visione d'insieme — la cifra del nuovo secolo era il « *rejet franc et définitif de l'illusion que la loi écrite contiendrait tout le droit positif en vigueur* » (140). Ma per chi avesse visto nell'interpretazione il « propulseur » del processo di formazione del diritto (141), la questione non avrebbe più potuto essere come « adapter » la « loi écrite », bensì come l'« organisation juridique » avrebbe potuto « trouver quelque part la plénitude que requiert son but ultime, il faut donc, en dehors et au-dessus de la loi, chercher un principe ou un ensemble de principes, qui permette d'en suppléer les lacunes » (142). La legge — come anche i « neoterici » italiani erano andati nel tempo ripetendo — conteneva solo una parte del « droit

---

(138) GÉNY, *Méthode*, cit., n. 156, p. 460. Sul rifiuto di ogni soggettivismo alla 'Magnaudo' e sul richiamo di elementi obiettivi di decisione BOULAIRE, *François Géný et le législateur*, cit., pp. 79-92, GROSSI, *Ripensare Géný*, cit., pp. 173-181, PETRUCCI, *François Géný*, cit., pp. 30-44, e TANZI, *François Géný*, cit., 153-163.

(139) GÉNY, *Science et Technique*, cit., p. 27. Sulle tappe di avvicinamento a *Science et Technique* TANZI, *François Géný*, cit., pp. 70-86.

(140) GÉNY, *Science et Technique*, cit., p. 37.

(141) L.J. DE LA MORANDIERE, *François Géný et la jurisprudence française*, in *Le centenaire du doyen François Géný*, cit., p. 74.

(142) GÉNY, *Science et Technique*, cit., p. 39.

positif », di quelle « règles du droit » che rispondevano alla « notion du juste », consistendo in un « équilibre à établir entre des intérêts en conflit » (143). Il « droit positif » esprimeva « l'ordre juridique se réalisant effectivement au sein de la vie sociale » ed era questo diritto positivo, fondato sulla « réalité des choses », a dover essere scoperto e conosciuto attraverso la « méthode du droit », attraverso la « science » e la « technique » (144).

In questo modo, sferrando un colpo decisivo al monismo legalistico, Gény scardinava il vecchio impianto delle fonti senza degenerare in anti-legalismo, senza far proprie quelle derive anarcoidi che, 'affibbiate' comunemente al gius-liberismo, lo stesso gius-liberismo avrebbe in realtà sempre disconosciuto (145). Nel 1906 — dopo aver demolito « das Dogma von der Lückenlosigkeit des Gesetzes » mediante la semplice constatazione secondo la quale « nicht weniger Lücken als Worte da sind » — anche Kantorowicz avrebbe infatti esplicitamente puntualizzato che il ricorso alla discrezionalità da parte dell'interprete sarebbe stato solo residuale e che « discrezionalità » non equivaleva comunque ad « arbitrio » (146). Il giudice, « durch seinen Eid verpflichtet », avrebbe dovuto decidere, « wie nach klarem Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden ist », ma quando « das Gesetz ihm eine zweifellose Entscheidung nicht zu bieten scheint » o quando fosse apparso probabile che al tempo della decisione il legislatore non avrebbe adottato la soluzione indicata nella legge, egli avrebbe dovuto « die

(143) Ivi, p. 50.

(144) Ivi, pp. 54-55. Cfr. DABIN, *François Gény, le Savant*, cit., pp. 25-37.

(145) LOMBARDI VALLAURI, *Diritto libero*, cit., pp. 280-281. Sulle ambiguità del rapporto di Gény con la legge, tali da alimentare il 'sospetto' che dietro le questioni « d'ordre méthodologique » si celasse in realtà solo il tentativo di « faire front contre la menace que représente le 'socialisme' » e di salvare il « vieux droit civil individualiste et libéral », si veda BOULAIRE, *François Gény et le législateur*, cit., pp. 73-76.

(146) GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 18. Sul dibattito sorto nella Germania del primo Novecento intorno al problema della completezza della legge, con particolare riferimento alla prassi seguita dai giudici per colmare in concreto le lacune (incidenti ferroviarii, concorrenza sleale, cartelli, trusts) e agli indirizzi dottrinali impegnati a sostenere scientificamente il rafforzamento del ruolo dell'interprete, cfr. R. SCHRÖDER, *Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: Wissenschaftstheoretische Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz*, in « Rechtstheorie », 19 (1988), pp. 323-367.

Entscheidung treffen, die, seiner Überzeugung nach, die gegenwärtige Staatsgewalt, falls der einzelne Fall ihr vorgeschwebt hätte, getroffen haben würde » (147). Solo quando fosse risultato impossibile immaginare la volontà del legislatore contemporaneo, « so soll er nach freiem Recht entscheiden », e, « endlich, in verzweifelt verwickelten oder nur quantitativ fraglichen Fällen, wie Schadenersatz für immateriellen Schaden, soll — und muß er — nach Willkür entscheiden » (148).

L'incontro fra scienza giuridica e scienze sociali — Kantorowicz avrebbe osservato quattro anni dopo — si manifestava dunque nel campo « des Judizierens *sine lege* » (149). In caso di lacuna, verificata quindi l'assenza di una norma legislativa o consuetudinaria, la soluzione del caso concreto sarebbe stata raggiunta in via giurisprudenziale, attraverso il « freies Recht », nel senso che sarebbe stata ricavata dai principi della coscienza giuridica sociale, « auf *soziologischen Wege* » (150). Il punto di partenza stava come sempre nella distinzione tra legge e diritto, nella constatazione, rinnovata da Ehrlich nello stesso torno di anni, di quanto poco « der Wust der Gesetze die ganze bunte Mannigfaltigkeit des Lebens umfassen kann » (151). Un caso che non fosse stato previsto dalla legge e che « sich unter keine bekannte Entscheidung oder Verallgemeinerung bringen lässt », sarebbe caduto « in den „rechtsleeren Raum“ »: la decisione « muss frei gefunden werden. Das ist der Weg, der zur schöpferischen Jurisprudenz geführt hat » (152).

Come suggerito da Cimbali, Lambert e Vadalà-Papale, il processo genetico del diritto si riallacciava, tra Otto e Novecento, al

(147) GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 34.

(148) *Ibidem*.

(149) KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 126. È, questo delle lacune e dei vuoti normativi, il campo privilegiato dal movimento del diritto libero, come confermato a distanza di tempo da E. FUCHS, *Was will die Freirechtsschule?*, Rudolstadt, Greifen, 1929, poi in Id., *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 26-28: cfr. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 245-370.

(150) KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 127.

(151) EHRLICH, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, cit., p. 106. Sul progressivo sviluppo della teoria di Ehrlich in tema di « Lückenfüllung » cfr. VOGL, *Soziale Gesetzgebungspolitik*, cit., pp. 241-260.

(152) EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 3.

modello giurisprudenziale dell'antica Roma, ai « responsa prudentium », al « prätorische Edikt », ma anche « dem common law der Engländer und Amerikaner »<sup>(153)</sup>; tutti casi, come quello del 'diritto libero', nei quali il giudice enucleava una regola che non era personale, individuale, « bursalis » (come i glossatori avevano connotato un certo tipo di « aequitas »), ma fondata sul diritto della società: « durch seine Mund spräche nicht seine persönliche Ansicht, sondern das Recht »<sup>(154)</sup>. Anche « die schöpferische Findung freien Rechtes » — esplicitava Kantorowicz — necessitava pertanto « rechtssoziologischer Begründung »<sup>(155)</sup>.

Il « juristische Modernismus », riepilogava Fuchs nel 1910, si fondava dunque sull'idea che il diritto non potesse desumersi dall'astratta analisi dei concetti, dall'« Apriorismus » della sistemazione dogmatica delle idee, ma prima di tutto dall'osservazione, mediante la psicologia e la sociologia, di una realtà in continuo divenire<sup>(156)</sup>. Anche quando la prospettiva fosse stata rivolta agli interessi, come in Heck (1858-1943) e in Stampe (1856-1941), la dimensione sociale avrebbe rappresentato l'elemento centrale dell'ordine giuridico: in caso di lacuna, il giudice avrebbe dovuto decidere non secondo astratte costruzioni concettuali, ma sulla base di considerazioni di carattere sociale<sup>(157)</sup>. Il giurista avrebbe dovuto rispondere alle concrete aspettative della società, riscoprire « den Zusammenhang

---

<sup>(153)</sup> Ivi, pp. 3 e 20.

<sup>(154)</sup> Ivi, p. 28.

<sup>(155)</sup> KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 128. Sull'interdipendenza tra legislazione, giurisprudenza e dottrina nel sistema delle fonti, cfr. H. MOHNHAUPT, *Das Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellenproblem (18.-bis 20. Jahrhundert)*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), *Giudici e giuristi*, cit., pp. 19-52.

<sup>(156)</sup> FUCHS, *Die soziologische Rechtslehre*, cit., c. 283.

<sup>(157)</sup> Così E. STAMPE, *Rechtsfindung durch Interessenwägung*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 10 (1905), n. 15, c. 717, ma cfr. anche ID., *Rechtsfindung durch Konstruktion*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 10 (1905), n. 9, cc. 417-422. Più radicale la posizione dello stesso Stampe in *Gesetz und Richtermacht*, ivi, p. 1017 e ss., tanto da indurre P. HECK, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 10 (1905), n. 24, cc. 1140-1142, poi in *Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Texte zur Methodendebatte. 1900-1914*, herausgegeben und mit einem Anhang versehen von A. Gängel und K.A. Mollnau, Freiburg-Berlin, Haufe, 1992, pp. 77-81, a prendere le distanze.

des Rechts mit den Lebensinteressen », armonizzare gli interessi contrastanti <sup>(158)</sup>.

La crociata contro la « Begriffsjurisprudenz », di conseguenza, non era « gegen die Begriffe als solche », ma « gegen die Begriffspräponderanz » <sup>(159)</sup>, contro l'approccio dogmatico, la tecnica filologica, il metodo sistematico, tutte le vuote speculazioni che, derivazioni della « Pandektologie » e del « Paragraphenschachspiel », spostavano l'asse del giuridico dalla realtà alle parole, dall'esperienza alle idee <sup>(160)</sup>; non « gegen die gesetzliche Begriffsbildung oder gegen die Bindung des Richters an das vorhandene Gesetz », ma contro un modo di fare diritto ermeticamente chiuso in un mondo di concetti astratti <sup>(161)</sup>. « Wir bekämpfen die „Begriffsjurisprudenz“ » — avrebbe chiarito lo stesso Kantorowicz — « genau in dem Sinn, in dem *Ihering* das Wort geprägt hat »: vale a dire nel senso di combattere quella giurisprudenza, che « ihre Begriffe ohne Erwägung der Konsequenzen ins Blaue hinein konstruiert » e che nel decidere una questione giuridica « die nunmehr vorhandenen Rechtsbegriffe ohne Rücksicht auf die Brauchbarkeit des Ergebnisses anwendet » <sup>(162)</sup>.

Il discorso dei gius-liberisti ripartiva pertanto dalle conquiste della « Scuola sociale », ne condivideva le premesse sulla separazione tra legge e diritto, sul pluralismo delle fonti, sull'origine storico-sociale del fenomeno giuridico, sul potere dell'interprete di decifrare il diritto impresso nei fatti economici e sociali; si ispirava dichiaratamente al 'classicismo giurisprudenziale', raffigurato dalla

---

<sup>(158)</sup> P. HECK, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 14 (1909), n. 24, cc. 1457-1461, poi in *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, cit., p. 128. Per un breve profilo T. KEISER, *Philipp Heck*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Band 2, Lieferung 12, herausgegeben von A. Cordes, H. Lück, D. Werkmüller, R. Schmidt-Wiegand und C. Bertelsmeier-Kierst, Berlin, Schmidt, 2012<sup>2</sup>, cc. 842-844.

<sup>(159)</sup> FUCHS, *Die soziologische Rechtslehre*, cit., cc. 283-284.

<sup>(160)</sup> E. FUCHS, *Die Gemeinschaftlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, Karlsruhe, Braunschen, 1909, p. 73, ma più ampiamente pp. 1-26.

<sup>(161)</sup> HECK, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz*, cit., p. 125.

<sup>(162)</sup> H. KANTOROWICZ, *Methodenreform und Justizreform*, in « Deutsche Richterzeitung », 11 (1911), cc. 349-356, poi in *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, cit., pp. 265-266.



consueta immagine del pretore romano; seguiva Géný e Lambert sul terreno delle lacune, non solo al momento di restringere lo spazio della legge e di accentuare la 'libertà' del giudice, ma anche quando si trattava di ribadire il principio di legalità, di rifiutare ogni forma di arbitrio giurisprudenziale, di aderire a un modello 'vincolante' di diritto oggettivo. Anziché la legge, l'astrattezza delle norme e « il cielo dei concetti giuridici », secondo la celebre metafora di Jhering<sup>(163)</sup>, l'interpretazione giurisprudenziale, la concretezza delle decisioni e la realtà dei rapporti sociali<sup>(164)</sup>.

Come in Francia Géný aveva invitato a lavorare « par le code civil mais au delà du code civil », così in Germania Ehrlich, Stammler e Stampe avevano invitato a lavorare « durch das Bürgerliche Gesetzbuch aber über das Bürgerliche Gesetzbuch hinaus »<sup>(165)</sup>. Anno dopo anno, libro dopo libro, la cultura giuridica aveva assimilato la coscienza della nuova era, la consapevolezza che accanto alla legge c'erano « Tausende von Konstellationen, an die das Gesetz nicht gedacht hat »<sup>(166)</sup>. La vecchia visione secondo la quale il giudice avrebbe dovuto cercare la soluzione esclusivamente all'interno dell'ordine legislativo, avvalendosi della « Methode des Syllogismus », come se « das Gesetz » non avesse « Lücken » e il giudice fosse « ein Subsumptions-Automat », che fruga nel testo, « deduzieret und konstruieret », strideva con una realtà in continuo movimento, rinnovata dalle mutevoli necessità della vita<sup>(167)</sup>. L'interprete avrebbe dovuto leggere le dinamiche sociali, bilanciare gli opposti interessi, ricavare la norma dalla « Natur der Sache », conformare la sua decisione « den Grundsätzen der sozialen Ge-

(163) JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, cit., pp. 269-354.

(164) Cfr., anche per una critica, LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 87-95.

(165) FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 70. Si legga il profilo, non solo biografico, ma anche scientifico e teorico, tracciato da A.S. FOULKES, *Ernst Fuchs und die Freirechtslehre. Ein Lebensbild*, in E. Fuchs, *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 225-259, e *Vorwort* a E. Fuchs, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, herausgegeben von A.S. Foulkes, Band 1, *Schreibjustiz und Richterkönigtum. Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz sowie vier kleinere Abhandlungen*, Aalen, Scientia Verlag, 1970, pp. 7-27.

(166) E. FUCHS, *Die soziologische Rechtslehre. Eine Erwiderung*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 15 (1910), n. 5, c. 284.

(167) FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., pp. 70-71.



rechtigkeit und Billigkeit »<sup>(168)</sup>. Non, ovviamente, creare la norma arbitrariamente, secondo un suo credo personale, ma decidere in conformità con il « Rechtsgefühl », con quel sentire giuridico che il solo giurista di professione — arricchito dall'esperienza, dal contatto « mit der Lebenspraxis », dagli studi sociologici e psicologici — avrebbe potuto sviluppare<sup>(169)</sup>. Solo attraverso questa « schöpferische Auslegungsmethode », il diritto avrebbe potuto adempiere la sua cruciale « Mission » di aprirsi « den allmählich durchdringenden Fortschritten des sozialen und wirtschaftlichen Lebens »; solo attraverso « diese schöpferische Methode », la scienza giuridica sarebbe nuovamente tornata « zu ihrem hohen Platz in der Rangordnung der Wissenschaften »<sup>(170)</sup>.

#### 8. « *Il giudice sta sotto la legge* ».

Nessuna eversione, nessun messaggio rivoluzionario, dunque, solo la constatazione di un universo reale più ampio e complesso di quello che qualunque legislatore avrebbe potuto prevedere<sup>(171)</sup>. Specialmente dopo le prime reazioni critiche, i « Modernisti » avrebbero puntualizzato di non aver mai ipotizzato l'indipendenza del giudice dalla legge, l'arbitrio dell'interprete, il primato della volontà giudiziale; di non aver mai voluto avallare un'oligarchia giudiziaria, ma di aver solo inteso riconoscere al giudice, nel vasto spazio lasciato dalle lacune e dalle insufficienze della legge, un potere interpretativo basato sulla lettura dell'ordine sociale ed eco-

---

<sup>(168)</sup> Ivi, p. 72. Sulle origini sociologiche e sul potenziale polemico della dottrina della « Natur der Sache » cfr. già N. BOBBIO, *Über den begriff der „Natur der Sache“*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 1958, pp. 305-321.

<sup>(169)</sup> E. FUCHS, *Freirechtleri und soziologische Rechtslehre*, 1910, poi in Id., *Gesammelte Schriften*, cit., pp. 467-472.

<sup>(170)</sup> FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 74.

<sup>(171)</sup> Poiché il « moderne Leben » non avrebbe aspettato « bis der gesetzgebende Apparat mit periodischen Revisionen oder, wie bei den Römern, mit prätorischen Edikten, eingreift » — argomentava FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 74 — il « juristische Leben » avrebbe dovuto cercare e trovare « in sich selbst ein Instrument », che fosse « immer für diese Angleichung tätig »: tale strumento, appunto, era « die schöpferische Rechtsauslegung ».

nomico, anziché sul ricamo delle idee e dei concetti <sup>(172)</sup>. Già in quell'anno denso di eventi che fu il 1903, Ehrlich era stato chiaro nel considerare il giudice « an Gesetz [...] gebunden », sebbene chiamato ad adattare le regole « den Umständen des einzelnen Falles » <sup>(173)</sup>. Il « Freirecht » non era un'idea rivoluzionaria, ma semplicemente un modo, come avrebbe spiegato Fuchs, per definire il « Recht » rimasto fuori dalla sfera statale <sup>(174)</sup>: non era « frei vom Gesetz » che la « soziologische Rechtsschule » immaginava l'interprete, « sondern frei von der theoretisch und im „allgemeinen Teil“ verpönten, aber praktisch herrschenden Begriffssklaverei » <sup>(175)</sup>. Il giudice — Fuchs spiegava richiamando Gény, Ehrlich, Stammler e Stampe — « steht unter dem Gesetz. Niemand bestreitet, daß überall da, wo das Gesetz einen Fall ausgesprochen und klar entscheidet, ihm der Richter unterworfen ist » <sup>(176)</sup>. Il suo ruolo sarebbe stato decisivo solo quando « das Gesetz unklar ist oder schweigt », quando « es also eine jener hundertfältigen Verschlingungen des praktischen Lebens nicht trifft » <sup>(177)</sup>.

Il modello adottato nel 1907 dal ZGB era dunque non solo la perfetta rappresentazione, a livello normativo, della nuova concezione metodologica, ma anche la prova che le idee della « Frei-

---

<sup>(172)</sup> Sul ruolo del giudice nelle proposte dei « Freirechtler » e sugli sviluppi del dibattito sul metodo SCHRÖDER, *Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende*, cit., pp. 345-367. Cfr. inoltre RIEBSCHLÄGER, *Die Freirechtbewegung*, cit., pp. 47-49. Le critiche, com'è noto, avrebbero peraltro suggerito a Kantorowicz di apportare alcune modifiche al suo manifesto *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* nella traduzione italiana *La lotta per il diritto*, con prefazione e note del giudice R. Majetti, Milano-Palermo-Napoli, Sandron, 1908.

<sup>(173)</sup> EHRlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 1.

<sup>(174)</sup> Così, ancora, FUCHS, *Was will die Freirechtsschule?*, cit., p. 27. Lo avrebbe compreso bene L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in « Rivista del diritto commerciale », 1926, I, p. 242, quando spiegava che « diritto libero non » era « libertà sconfinata del giudice per l'applicazione e la creazione del diritto, secondo la propria concezione o addirittura il proprio arbitrio » [questa sarebbe stata « la scuola del giudice libero »], ma l'idea « che il diritto formale, la legge e la consuetudine nel senso tradizionale, non sono tutto il diritto, né può formalisticamente crederci che legge e diritto, diritto e volontà dello Stato siano una cosa sola ».

<sup>(175)</sup> FUCHS, *Die soziologische Rechtslehre*, cit., c. 284.

<sup>(176)</sup> FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 70.

<sup>(177)</sup> *Ibidem*.

rechtsbewegung » non fossero né rivoluzionarie né anarchiche <sup>(178)</sup>. Quando con il suo primo articolo stabiliva che nei casi non disciplinati dalla legge o dalla consuetudine, il giudice si sarebbe attenuto alla dottrina e alla giurisprudenza più autorevoli, decidendo, infine, secondo la regola che egli avrebbe adottato come legislatore, il Codice civile svizzero da un lato prendeva realisticamente atto dell'incompletezza del sistema legislativo, dall'altro riconosceva alla dottrina e alla giurisprudenza la funzione di autentiche fonti del diritto <sup>(179)</sup>. Nel 1911, respingendo le accuse di « rechtsphilosophischen Anarchismus », Kantorowicz avrebbe perciò potuto definire « eine Fabel » l'idea secondo la quale « die Freirechtler — oder ihr (angeblich existierender) „radikaler Flügel“ — die unbedingte Verbindlichkeit des Gesetzes bestritten und dem Richter gestatten wollten — sei es grundsätzlich, sei es im Bedürfnisfalle —, gegen das Gesetz zu entscheiden » <sup>(180)</sup>. In poche, colorite pagine, egli riportava quei brani nei quali proprio i « Freirechtler » più 'sospetti' avevano inequivocabilmente affermato il principio della soggezione del giudice alla legge e condensava in poche, calibrate parole il vero messaggio del movimento: la « freie Rechtsfindung » aveva « ihre Stelle eben da, wo die bloÙe Auslegung an ihre Grenze gelangt ist »;

---

<sup>(178)</sup> GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., pp. 33-34; FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 72.

<sup>(179)</sup> Cfr. M. AMSTUTZ, *Der Text des Gesetzes. Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB*, in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », 126 (2007), II, pp. 233-282. Sull'influenza esercitata da Gény sulla redazione dell'art. 1 cfr. CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber*, cit., pp. 283-293, e O. GAUYE, *François Gény est-il le père de l'article 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> alinéa, du Code civil suisse?*, in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », 92 (1973), I, pp. 271-281. Ma sul fatto che, nella pratica, l'esercizio da parte dei giudici svizzeri delle facoltà loro riconosciute dall'art. 1 sarebbe stato tutt'altro che eversivo M. LUMINATI, *Giudici-legislatori, alla maniera elvetica*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), *Giudici e giuristi*, cit., specialmente pp. 327-329.

<sup>(180)</sup> H. KANTOROWICZ, *Die Contra-legem Fabel*, in « Deutsche Richterzeitung », 8 (1911), cc. 258-263, poi in *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, cit., p. 234. Ma già l'anno prima, in *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 124, Kantorowicz aveva parlato di « Fabel ». Cfr. sul punto MUSCHELER, *Relativismus und Freirecht*, cit., pp. 125-141, e RIEBSCHLÄGER, *Die Freirechtsbewegung*, cit., pp. 103-105.

il « freies Recht » « da, wo Lücken des Gesetzes auszufüllen sind » (181).

Lo stesso anno, Kantorowicz precisava che « wer die Anerkennung der subsidiären Geltung freien *Rechts* fordert, fordert noch lange keinen vom Gesetze freien *Richter* » (182). La « Freirechtsbewegung » valorizzava « die Bedeutung des *Gerechtigkeitsgefühls* » e « die Notwendigkeit seines Mitwirkens bei allen juristischen Operationen », purché fosse chiaro che non c'era alcun riferimento al « Gefühl » dell'uomo comune, ma solo a quello « des Berufsjuristen, das am Studium der dem positiven Rechte innewohnenden Wertungen geschult ist » (183). Ogni allusione al « *Wollen* » del giudice, pertanto, avrebbe dovuto intendersi in senso lato, 'disinnescando' il « Mißverständnis » generato da chi aveva inteso scorgere « in dieser „voluntaristischen“ Lehre eine Empfehlung der Willkürjustiz »: il giudice non avrebbe mai dovuto decidere soggettivamente, ma « unter der Herrschaft des Gerechtigkeitsgefühls » e « nach einem allgemeinen Prinzip » (184). Questo era il « freies Recht »: « alles Recht, das nicht förmliches Recht, d.h. Gesetz oder formuliertes Gewohnheitsrecht [ist] » (185); il punto di partenza di una teoria, connessa alla sociologia, alla « Interessenjurisprudenz » e al « Modernismus », volta a spiegare come riempire gli innegabili « Lücken im förmlichen Rechte » alla luce di un criterio interpretativo ancorato al sentimento giuridico della comunità (186).

Al netto dei toni e degli accenti — iperbolici, parossistici — il movimento del diritto libero canalizzava pertanto le stesse insoddisfazioni che scuotevano la scienza giuridica italiana, proseguiva sul sentiero tracciato da Gény, che nel 1899 « das erste große Feuer in

---

(181) KANTOROWICZ, *Die Contra-legem Fabel*, cit., p. 240. Sui rapporti tra Kantorowicz e gli altri esponenti del movimento K. MUSCHELER, *Hermann Ulrich Kantorowicz. Eine Biographie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 25-31.

(182) KANTOROWICZ, *Methodenreform und Justizreform*, cit., pp. 263-264.

(183) Ivi, p. 266.

(184) Ivi, p. 267. Ma sulla rilevanza e le forme assunte dal volontarismo nelle dottrine del metodo d'ispirazione tedesca LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 82-87, e J. SCHRÖDER, *Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933*, in « Rechtsgeschichte », 13 (2008), pp. 160-175.

(185) KANTOROWICZ, *Methodenreform und Justizreform*, cit., p. 267.

(186) Ivi, p. 268.

dieser Geisternacht anzündete » (187). Sotto traccia, quasi scorressero dentro cavità carsiche, le fibrillazioni della « Scuola sociale del diritto » incrociavano le inquietudini del ‘rinascimento giuridico’ francese e le provocazioni del gius-liberismo tedesco, sovrapponendosi le une alle altre, percorrendo itinerarii contigui, attingendo a un patrimonio scientifico comune. Il diritto della « coscienza giuridica sociale » si faceva « diritto vivente », « diritto libero », « diritto naturale ». Si riscopriva testimone di un’era, di un rinnovamento che non conosceva confini, ma che seguiva, come si era avvertito all’inizio, traiettorie e logiche non sempre conformi alle leggi della geometria. Dalla società alla natura delle cose, dall’evoluzione storica alla vita organica, dal senso di giustizia di nuovo alla società. Talvolta, come avvertiva il Galilei di Brecht, davvero « la linea più breve tra due punti può essere una linea curva » (188).

---

(187) FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 70.

(188) B. BRECHT, *Leben des Galilei*, Berlin, Suhrkamp, 1955, trad. it. *Vita di Galileo*, Torino, Einaudi, 1963, p. 123.