

IL METODO DELLA GIURISPRUDENZA

1. — La « Scuola di perfezionamento in diritto romano » dell'Università di Napoli è stata giuridicamente istituita, dopo non breve gestazione, nell'anno accademico 1958-59 (d. p. r. 20 agosto pubbl. nella *G. U.* 8 ottobre 1959), ma ha cominciato a funzionare, piú che altro a titolo sperimentale, solo con l'anno accademico 1962-63.

Le ragioni di quest'indugio della istituzione nel mettersi in moto non sono state soltanto ragioni, facilmente comprensibili, di carattere materiale. Indubbiamente si sono dovute superare anche difficoltà di questo tipo, per la carenza di locali, di attrezzature didattiche essenziali e, sopra tutto, di mezzi economici di esercizio. Ma i motivi piú profondi dell'indugio sono stati, si creda, di ordine spirituale, nel senso che i promotori e i docenti della Scuola, posti dinanzi al compito di farla funzionare in concreto, hanno dovuto operare una meditata scelta tra un indirizzo didattico esclusivamente « scientifico » ed un indirizzo didattico duplice, cioè sia scientifico che « professionale ».

L'orientamento che si è finito, dopo perplessità e discussioni, per prescegliere è stato il secondo. La Scuola, cioè, non si pone come suo compito esclusivo quello di creare nuovi « romanisti », anche perché gli scienziati non si creano a scuola, ma in una piú libera e intima comunione di vita con i maestri che li scoprono e li sollecitano a lavorare scientificamente. Essa si propone, parallelamente, di contribuire con la sua didattica alla formazione di una élite di « operatori del diritto » particolarmente qualificati per le funzioni piú delicate e difficili della vita giuridica: la funzione dell'avvocatura, quella della consulenza e, piú di ogni altra, quella del giudizio. Pertanto, mentre ai futuri romanisti la scuola offrirà l'occasione di « esegesi » e di « seminari » periodici, diretti dai

* Riassunto (dal testo stenografico) della prolusione ufficiale ai corsi della « Scuola di perfezionamento in diritto romano », pronunciata nell'Università di Napoli il 4 maggio 1963. Pubblicato come opuscolo a cura della stessa Scuola (Napoli, Jovene editore, 1963, p. 18). Le considerazioni relative alla disciplina della specificazione (n. 5) sono state omesse perché rinnovate e sviluppate nell'articolo *Le frecce del Parto* (n. 11-12).

più eminenti scienziati italiani e stranieri, ai futuri operatori giuridici essa darà la possibilità di seguire corsi organici sul diritto pubblico e privato romano, largamente integrandoli con esercitazioni esegetiche sulle fonti sia del diritto romano che del diritto italiano (pubblico e privato) vigente.

Sia ben chiaro che con ciò non si vuole assolutamente sostenere, dai promotori della scuola, che lo studio del diritto romano sia l'unico fattore essenziale per una preparazione giuridica ad alto livello. Si vuol sostenere (e dimostrare con i fatti) soltanto questo: che anche lo studio del diritto romano è, tra altri, un fattore indispensabile per la formazione di classi superiori, e superiormente preparate, di operatori del diritto. E non vi è chi non veda la opportunità, nella società moderna, della creazione di queste élites, che si distacchino, attraverso un severo perfezionamento di studi, dallo standard della normale preparazione universitaria, la quale, per un complesso di cause ben note (che vanno dall'eccessivo numero degli studenti alla mancanza delle attrezzature essenziali, dalla assurda corsa al dottorato in legge dei troppi « maturati » senza maturità alla non meno assurda richiesta di quel titolo di studi per ormai quasi tutti i più elementari impieghi di « concetto » pubblici e privati, dalla deficienza nel numero del personale didattico al difetto innegabile di qualche parte di quel personale nella diligenza e nella coscienza della sua professione), è decaduta, anche in Italia, ad un livello piuttosto mediocre.

Ma è evidente per tutti la dianzi asserita « indispensabilità » del diritto romano, anche del diritto romano, per la preparazione del giurista moderno? Purtroppo, vi sono molti studiosi del diritto contemporaneo, anche tra i meglio provveduti, che più o meno apertamente ne dubitano. In molto maggior misura ne dubitano gli stessi operatori giuridici, presi come sono dalle assorbenti occupazioni e preoccupazioni del contingente. Forse, diciamolo, ne dubita persino qualche romanista di stretta osservanza, ormai totalmente concentrato nelle sue sottilissime indagini, e sfiduciato, o incurante, che esse siano capite e apprezzate da altri che dagli « iniziati », con i quali egli è solito entrare più agevolmente in colloquio.

È a questi dubbiosi di varia estrazione che si indirizzano le considerazioni che seguono. Considerazioni assai semplici e scarse, ma che piuttosto di rado i romanisti si sono preoccupati di svolgere e che ancor più di rado sono state raccolte, magari per essere dialetticamente respinte, dai loro destinatari.

2. — Da quando, nel 1900, l'entrata in vigore del codice civile tedesco ha sottratto al diritto romano l'ultimo suo grande campo di diretta regolamentazione, che era quello dei rapporti privatistici nell'Impero germanico, gli studiosi del diritto, che prima erano per necessità di cose anche studiosi del diritto romano, si sono scissi in due grandi categorie: da un lato, i « romanisti » veri e propri, che hanno perseverato nello studio della civiltà giuridica romana, concentrando i loro sforzi nell'indagarla storiograficamente, allo scopo di ricostruire le varie fasi di evoluzione da Romolo a Giustiniano; dall'altro lato, gli studiosi degli ordinamenti giuridici positivi (li chiameremo, tanto per intenderci, i « modernisti »), i quali si sono dedicati esclusivamente allo studio delle moderne fonti legislative e costituzionali, concentrando i loro sforzi nella formulazione di sistematiche adeguate a sintetizzarle, onde poi pervenire alla impostazione di una stabile « dogmatica » giuridica, o addirittura di una suprema e immutabile « teoria generale » del diritto. Il distacco tra le due categorie di studiosi si è progressivamente viepiù accentuato nei primi quaranta anni del secolo, sino al punto che i « linguaggi », che ciascuna categoria era andata per suo conto creando e perfezionando, sono divenuti, come vi era da temere, pressoché estranei tra loro. Se anche vi sono state utilizzazioni reciproche di esperienze tra i due settori di studio, esse, salvo eccezioni, non sono derivate da diretta conoscenza di ambo i linguaggi, da diretta partecipazione alle problematiche da ciascuno implicate, ma piuttosto da « traduzioni », da artificiose trasposizioni nell'un campo dei risultati conseguiti nell'altro: risultati peraltro non sempre compresi nel loro vero significato, perché non ottenuti, da chi li utilizzava, attraverso una partecipazione diretta, e sopra tutto critica, al processo di indagine che aveva portato alla loro formulazione.

Ma intorno agli anni quaranta l'apparente incomunicabilità dei due mondi di studiosi ha cominciato, per buona fortuna, ad attenuarsi. I « romanisti » hanno preso ad avvertire una sempre maggiore insoddisfazione per l'aridità delle loro ricerche, cui mancava la vivezza attuale delle significazioni pratiche. I « modernisti » hanno preso a sentire, a loro volta, una altrettale insoddisfazione per l'astrattezza formalistica delle loro costruzioni dogmatiche e di teoria generale, cui mancava la corposità delle significazioni storiche. Sì che al giorno d'oggi, mentre i romanisti, pur non decampando dal rigore del metodo esegetico-critico, hanno quasi completamente posto da parte la famigerata « caccia alle interpolazioni », i modernisti hanno, dal canto loro, cominciato a perdere

l'interesse quasi ossessivo di un tempo per le non meno famigerate categorie dogmatiche.

Il punto d'incontro, o meglio di nuovo incontro, tra i due mondi sta essenzialmente nel comune interesse, sempre più largamente diffuso, verso i « problemi di vita » da valutare e risolvere giuridicamente. Quale che sia l'ambiente storico e sociale cui si riferiscono, sono, in fondo, gli stessi problemi, anche se con diversi aspetti, implicazioni, complicazioni. Che altro è, nella sostanza giuridica, un autoveicolo o un jet del giorno d'oggi se non un mezzo di trasporto, come il carro o la nave oneraria dei Romani? In questo nuovo orientamento di studi sta diventando gradualmente più chiaro, a romanisti e a modernisti, la complementarità delle loro esperienze, di tutte le esperienze giuridiche, per la migliore soluzione giuridica, non solo *de iure condendo*, ma anche *de iure condito*, dei problemi di vita che si prospettano.

Per ciò che, in particolare, concerne il diritto romano, una significativa conferma del crescente interesse che si porta nel mondo contemporaneo ai valori della civiltà giuridica romana è ravvisabile in ciò, che il diritto romano costituisce oggetto di studio in tutto il mondo. E non solo nei paesi latini o di cultura romanistica (come sono quelli anglosassoni), ma anche nei paesi di civiltà la più diversa dalla nostra, quali la Turchia e il Giappone, e persino nei paesi più polemici nei confronti del così detto Occidente, quali l'Unione delle repubbliche sovietiche e le nazioni dell'area comunista. Ciò conforta nel credere che il diritto romano è e deve essere parte vitale della cultura moderna e che esso non va studiato per fini di mera erudizione, né può essere arbitrariamente resecato allo studio di quei capitoli, che sembrano avere ancora (a differenza di altri) riflessi e derivazioni attuali. Il diritto romano, infatti, presenta (unico sinora tra i così detti diritti « storici ») una duplice qualità positiva: in primo luogo, di essere la manifestazione di un vero e proprio « genio » per i problemi giuridici, che ai Romani unanimemente, e meritatamente, si riconosce; secondariamente, di offrire alla osservazione e allo studio una evoluzione « completa » di un complesso ordinamento giuridico, cioè un'evoluzione che, attraverso quattordici secoli di storia (tanti ne corrono da Romolo a Giustiniano), si manifesta quasi per ogni istituto, pubblico e privato, nelle fasi successive della formazione, della fioritura, della maturità, della decadenza.

D'altronde, si consideri la posizione di un giurista moderno di fronte al suo compito fondamentale, di sapere che cosa è il diritto. Può egli limitarsi alla esegesi dei codici e delle leggi? Può egli seriamente credere di attingere una più sicura e profonda conoscenza del *quid iuris*

attraverso la formulazione di una « dogmatica » basata sui soli testi legislativi (e sulle poche fonti integrative) vigenti? Può egli veramente illudersi che le sue personali intuizioni, sia pur geniali, e le sue personali riflessioni, sia pur profonde, siano tali da rivelargli quella « teoria generale del diritto », cui è umanamente portato ad anelare quasi per acquietare le sue perenni incertezze di interprete? Evidentemente no. Se il diritto è un fatto umano, è chiaro che esso è condizionato alla storia dell'umanità nel suo svariato atteggiarsi. Ed ecco il motivo per cui il giurista veramente tale non può, non deve rifiutare di prendere in considerazione tutti gli ordinamenti giuridici vigenti e tutte le esperienze giuridiche storiograficamente ricostruibili: non può, in altri termini, sottrarsi al compito di fare della comparazione e della storia.

Solo attraverso la comparazione e la storia la visuale del giurista veramente si allarga e si innalza. Solo in tal modo si fa una vera e illuminante « teoria generale » del diritto. Onde non è chi non veda, in particolare, la necessità di ricorrere anche e sopra tutto all'esperienza romana.

Anche se non è sufficiente (e nemmeno il più acceso romanista vorrebbe affermare una esagerazione siffatta), il diritto romano è, insomma, fuori d'ogni dubbio, necessario per una vera e moderna cultura giuridica.

3. — Lo studio del diritto romano non ha soltanto importanza determinante ai fini generali, o vorrei dire generici, della cultura giuridica. Entro questo quadro esso si manifesta, a mio avviso, particolarmente opportuno ai fini specifici della « ricerca giuridica », cioè ai fini di quelle delicatissime attività che gli « operatori giuridici », nel senso poc'anzi precisato, sono chiamati a svolgere per la ricerca del regolamento giuridico applicabile alle singole fattispecie che si presentano concretamente nella vita sociale. Il diritto è un complesso di ipotesi, di fattispecie ipotetiche, per ciascuna delle quali è dettato un certo regolamento, una certa statuizione normativa: il giurista operante (che è quanto dire il giurista non contemplativo, ma attivo) non può limitarsi a cercare di capirlo in ogni sua fibra, cioè ad interpretarne le norme espresse ed a ricostruirne gli inespressi principi, ma deve inoltre « applicarlo » (sia nelle norme espresse, che nei principi inespressi) ai casi della vita reale, e per far ciò deve saper valutare e inquadrare anzitutto i fatti di vita, per poi ricollegarli alla norma regolatrice più opportuna.

È di fronte a questa attività specifica di ricerca del diritto che si pone il problema, tuttora dibattutissimo, del metodo della giurisprudenza, cioè del metodo che devono adottare gli operatori del diritto, i quali

costituiscono appunto quella che si può definire la « giurisprudenza » in senso lato.

In ordine al problema del metodo della giurisprudenza, la dottrina piú evoluta sembra orientata verso l'idea che, allo « stato puro », salvo poi a combinarsi tra loro nei modi piú vari, i metodi di ricerca del diritto si riducono a due, quello assiomatico e quello topico. Il metodo « assiomatico » parte dal presupposto che alla radice dell'ordinamento giuridico vi sia una serie piú o meno ampia di « assiomi », cioè di principi fondamentali (espressi o inespressi) che non si discutono e che non hanno bisogno di dimostrazione: la ricerca del diritto consiste nell'individuare questi assiomi e nel dedurre da essi, attraverso successive precisazioni e specificazioni, il regolamento particolarmente applicabile al caso concreto. Il metodo « topico » parte dal presupposto che l'ordinamento giuridico, anche se sia ricco di norme espresse, sia privo di veri e propri assiomi (o quanto meno, sia privo di un numero sufficiente di assiomi), sicché non presiste la soluzione, sia pure implicita, delle fattispecie reali che si prospettano: la ricerca del diritto consiste pertanto nell'inquadrare ciascuna fattispecie secondo τόποι, secondo « punti di vista » comunemente accettati, e nell'applicare ad essa, compatibilmente con le norme espresse vigenti, il regolamento che si ritiene dalla generalità piú accettabile. Si badi bene: vi possono essere ordinamenti giuridici, come quelli dell'Europa continentale, che, essendo essenzialmente basati su leggi, predispongono l'operatore del diritto verso l'adozione del metodo assiomatico, e vi possono essere ordinamenti giuridici, come quelli anglosassoni, che viceversa predispongono l'operatore verso l'adozione del metodo topico. Tuttavia, a parte il fatto che nessun ordinamento può dirsi integralmente assiomatico (si pensi, per il diritto italiano, a vaste zone del diritto amministrativo), non vi sono ostacoli insuperabili all'adozione del metodo topico nell'ambito di ordinamenti legalistici, né vi sono ostacoli insuperabili alla formazione, in sede sistematica, di assiomi pur nell'ambito di ordinamenti non codificati.

Questa la dottrina piú evoluta. Ora, a me pare, prescindendo da critiche piú penetranti ed estese, che essa confonda poco felicemente due problemi: quello della interpretazione del diritto e quello della sua applicazione al fatto reale.

L'equivoco è facile, ma deve essere evitato. Quando noi parliamo di « diritto », non intendiamo alludere ad un ordinamento che possa essere « creato » dall'operatore giuridico (per esempio, dal magistrato) nell'esercizio di questa peculiare sua attività, ma intendiamo sempre alludere ad un ordinamento che sia stato già creato in qualche modo (da

leggi, da consuetudini, e sia pure da magistrati o giuristi) che quindi si sostanzia in un « sistema » (anche se non costituito da vere e proprie norme), il quale non ammetta di essere violato né dal cittadino, né tanto meno dall'operatore giuridico: le stesse sfere di « autonomia » ricomprese entro questo sistema non sono tali da concedere al destinatario la possibilità di produrre diritto, ma gli concedono soltanto la possibilità di regolarsi come meglio creda nel singolo caso concreto. Ciò posto, se il diritto preesiste alla sua applicazione e non può essere violato (un diritto che potesse essere violato sarebbe una contraddizione in termini), è chiaro che l'operatore giuridico altrimenti non può considerarlo che come materiato di assiomi ed altrimenti non può interpretarlo che secondo i canoni del metodo assiomatico puro. Ma il problema della ricerca del diritto, cioè della identificazione della norma applicabile alla fattispecie reale, è diverso, abbiamo detto, da quello della interpretazione del diritto, anche se è di esso complementare. Non si tratta di accertare qual è il diritto, ma si tratta, in certo senso, di accertare piuttosto qual è il fatto. Si tratta di identificarlo e inquadrarlo opportunamente, infine di collegarlo alla norma giuridica più propria alla sua configurazione, operando una consapevole scelta tra le fattispecie normative che si prospettano come applicabili. E a questo scopo non valgono né il metodo assiomatico, né tanto meno il metodo topico. Non il primo, perché, tra vari assiomi a sua disposizione, l'operatore giuridico non può sapere *a priori* quale preferire per giungere deduttivamente alla regolazione del caso concreto. Non il secondo, perché l'operatore giuridico non può proporsi di creare il regolamento più opportuno (o comunque più comunemente accetto) alla fattispecie che esamina, ma deve saper trovare il regolamento (già esistente) che meglio si attaglia al fatto considerato.

Ai fini della ricerca del diritto, il procedere assiomatico si rivela dunque insufficiente e può portare a risultati aberranti, come fanno del resto tutti coloro che vedano all'opera, nei tribunali e nella vita pratica, certi pur eccellentissimi teorici, i quali si rivelano ingenui e sprovveduti avvocati o giudici. Non meno, e forse più, insufficiente si manifesta, agli stessi fini, il metodo topico, il quale non dà alcuna sicurezza di collegamento del fatto alla sua norma regolatrice, ed è piuttosto il metodo dei difensori di parte, cui non preme (né deve premere, almeno sino ad un certo punto) di prospettare la soluzione esatta delle questioni, ma sta umanamente a cuore la ricerca della soluzione meglio compatibile con gli interessi di cui sono i patrocinatori. E non a caso i romani, maestri di diritto anche in questo, differenziavano nettamente la funzione difen-

siva del retore da quella, a dir così, imparziale del vero e proprio *iuris consultus*, che mai accedeva alle aule di giustizia in qualità di patrono, limitando le sue attività alla ricerca delle regole di giudizio valevoli a risolvere i casi a lui sottoposti da cittadini privati, da magistrati, da giudici.

4. — La verità è che il metodo della giurisprudenza è cosa troppo complessa, troppo condizionata a fattori variabili e imprevedibili, per poter essere ridotta in formule e definizioni. Forse di un vero e proprio « metodo » della giurisprudenza non è nemmeno esatto parlare, e non ebbe quindi torto Giuvenzio Celso quando definì il *ius* (volendo appunto intendere con questo termine, crediamo, la *iurisprudencia*) essenzialmente come « *ars* », *Pars boni et aequi*. La cultura giuridica, la metodologia interpretativa sono importantissime, d'accordo, ma costituiscono solo un *prius* per il giurista operante. In quanto tale, in quanto operatore giuridico, questi ha bisogno di qualcosa di più e di diverso, che è la sensibilità del diritto. Ogni caso giuridico ha una sua propria individualità e l'operatore giuridico si trova, nel diagnosticarlo, in una situazione strettamente analoga a quella di un clinico di fronte all'ammalato. Figurativamente, la sensibilità del diritto corrisponde pertanto a quel che si dice, nel linguaggio della medicina, l'occhio clinico.

Si dirà: la sensibilità giuridica è troppo personale, troppo mutevole dall'uno all'altro soggetto, perché ci si possa fidare di essa. Ma la replica è facile. In primo luogo, fidarsi della sensibilità giuridica non è manifestazione di una scelta, ma espressione di una necessità: la cultura giuridica, lo abbiamo detto, non basta. In secondo luogo, nessuno vuol certo sostenere che gli operatori giuridici debbano propellere ciascuno una sua propria, incontrollata, immoderata sensibilità. A parte il fatto che è necessaria, la sensibilità del giurista, quando poggi su una piattaforma culturale solida e di larga accettazione, e quando sia forgiata nel quadro di un insegnamento severo, che miri a smussare ogni punta individualistica ed a valorizzare una sana tendenza all'uniformità, non è poi tanto pericolosa quanto può credersi. Tutto (o se non tutto, molto) sta in ciò, che le università non considerino esaurito il loro compito con la formazione strettamente, aridamente culturale dei giovani, ma considerino come loro funzione ulteriore e più delicata quella di introdurre i discenti nella vita del diritto e di guidarli e sorreggerli, con accorta sollecitudine, nei loro primi incontri coi fatti che debbono essere giuridicamente qualificati: proprio quello che da noi in Italia, malgrado gli espressi richiami del regolamento universitario alla necessità di integrare

le lezioni con adeguate esercitazioni, suvvia, diciamolo, salvo rare e significative eccezioni, assolutamente non si fa.

Ma come operare per la formazione di una sensibilità giuridica tanto affinata, quanto uniforme, cioè aliena da estremismi individualistici? È una domanda alla quale possono esaurientemente rispondere, ciascuno secondo le proprie inclinazioni e attitudini, solo, ovviamente, i maestri: e non tanto con formulazioni programmatiche, quanto con vive e spontanee effusioni didattiche. Tuttavia a me sembra che non si possa decampare, in quest'opera delicatissima, dal rispetto di tre condizioni essenziali per il buon operatore giuridico: serenità di giudizio, senso dell'equità, esperienza. E mi spiego.

Prima condizione è la serenità nella valutazione dei fatti. È una condizione astrattamente ovvia, ma concretamente assai difficile a realizzarsi, perché l'operatore giuridico è tenuto, in relazione ad essa, ad una serie di rinunce (o se si preferisce, di astensioni), che sono per lui tanto più difficili e ingrati, quanto più egli è, come pure è necessario che sia, un individuo pienamente calato nell'ambiente sociale in cui agisce. Eppure, rinunciare bisogna. Bisogna evitare, anzitutto, le influenze politiche, moralistiche, religiose, perché il flusso rettilineo del ragionamento giuridico non può che essere ostacolato e intorbidato dalla concorrente azione, più o meno coscientemente subita, di visuali, sia pur nobilissime, ma eterogenee. Bisogna rinunciare inoltre (posso dirlo?) a fare della propria attività più che un mezzo economico di vita, addirittura uno strumento di lucro, perché troppo grave, se non proprio inevitabile, è il pericolo di incorrere in parzialità, anche solo colpose, a favore di chi il lucro, o il maggior lucro, assicura. E bisogna anche rifuggire, infine, dalle visuali e dalle costruzioni radicalmente innovatrici e fortemente originali, perché non vi è danno maggiore per una sana evoluzione del pensiero giuridico della novità sorprendente, dei salti troppo arditi, delle anticipazioni brillanti, che rompano la compattezza del sapere e del sentire giuridico per il disagio, in cui la generalità degli operatori venga a trovarsi, di approvare, o addirittura di comprendere, le manifestazioni di genialità (che spesso son solo estrinsecazioni genialoidi) di pochi. Si dica pure, senza ritegno, che il buon operatore giuridico deve essere agnostico, disinteressato, fungibile, come lo erano appunto i giurisperiti romani: quei giurisperiti di cui proprio perciò sarebbe addirittura illusorio voler ricostruire, traverso gli scritti rimastici, a parte gli indizi della ineliminabile « personalità » di ognuno, i segni di una spiccata e studiata e particolare concezione del diritto che ciascuno di essi avrebbe avuto.

Accanto alla serenità di giudizio si pone l'altra condizione essen-

ziale, che consiste nel senso dell'equità. Ma l'equità, si badi, non è da intendere come la consueta (e trita e pernicioso) figurazione retorica della Giustizia ideale, completa di spada e bilancia. Essa va intesa realisticamente, così come la intesero i romani del periodo repubblicano e del primo secolo del principato, cioè come equazione tra il diritto e il sentimento sociale dominante, come adeguamento acuto e sagace dell'interpretazione giuridica alle mutate istanze sociali, sì che la norma possa, entro certi invalicabili limiti, essere adattata anche a fatti ch'essa non era sorta per regolare, o ch'essa era fatta in origine per regolare in modo diverso. Si chiarisce quindi perché l'operatore giuridico debba e non possa non essere uomo pienamente compartecipe del proprio tempo: i fatti che egli è chiamato a valutare vanno da lui inquadrati nel momento storico in cui si producono.

Finalmente, la terza condizione essenziale è l'esperienza. Per gli operatori giuridici degni di questo nome è indispensabile una vasta e profonda e sicura esperienza del diritto, nelle sue visuali, nelle sue applicazioni, nelle sue possibilità di adattamento: e non vi è giurista che, riandando col ricordo ai primordi della sua carriera, non si senta comunque cambiato e migliorato in virtù dell'esperienza frattanto vissuta.

Ora qui sta il problema da risolvere. La serenità di giudizio e il senso dell'equità possono, con un certo tirocinio, essere non difficilmente acquisiti. Ma l'esperienza? In quale altro modo ci si può formare una esperienza, se non attraverso una serie lunga o lunghissima di anni, o addirittura tutta una vita? E possono tutti essere posti in condizione, dalle vicende della loro professione, di formarsi una esperienza quantitativamente sufficiente e qualitativamente apprezzabile? E quali danni può apportare ai soggetti giuridici un operatore ancora privo di bastevole esperienza? E a stretto rigor di logica, non è, in fondo, da ritenere che il grado massimo di esperienza si raggiunga al termine della propria carriera, cioè quando questo « senno di poi » non può più essere posto al servizio della società e del diritto?

La risposta a questi quesiti può essere, a mio avviso, una sola. L'operatore giuridico non può limitarsi ad attendere che la sua esperienza si formi e si consolidi attraverso un processo naturale, nel mentre ch'egli opera sprovvedutamente *in corpore vili*. L'operatore giuridico, avendo necessità *ab initio* di una vasta esperienza, deve cercar di crearsi questa esperienza attraverso un processo, per così dire, « sintetico », deve cercare cioè di costituirsi artificialmente una specie di « senno di prima ». E a questo fine è evidente, mi sembra, che uno studio limitato ai precedenti giurisprudenziali, benché indubbiamente necessario (e a torto

anch'esso negletto dall'insegnamento universitario italiano), non sia certamente sufficiente. Occorre allargare di molto la sfera degli interessi di studio. Ancora una volta, per altra via, sotto altri riguardi, si manifestano indispensabili alla giurisprudenza la comparazione e la storia.

5. — Esorbita ovviamente dall'economia di questo breve discorso fermarsi sulla complessa problematica relativa allo studio comparato e allo studio storiografico del diritto. Quel che qui importa è avere accertato che il diritto romano, capitolo eminente della storiografia giuridica, si configura anch'esso come elemento indispensabile di preparazione non solo per il giurista in generale, ma anche in particolar modo per l'operatore giuridico di elevato livello. Vediamo perciò di approfondire in che limiti e con che metodo debba l'operatore giuridico procedere allo studio del diritto romano. E dirò subito che, secondo il mio convincimento, il buon operatore giuridico, senza volersi trasformare addirittura in « romanista », cioè indagatore scientifico della materia, dovrà tuttavia certamente tendere ad un'autosufficienza nella consultazione critica delle fonti giuridiche romane. Il che postula ch'egli, sia pur con l'aiuto delle trattazioni romanistiche generali e monografiche, venga posto in grado di leggere criticamente quelle fonti secondo i metodi dell'esegesi storico-critica.

La pretesa non deve sembrare esagerata; né, d'altro canto, essa implica, malgrado le prime apparenze, uno sforzo eccessivo di studio da parte dell'operatore giuridico. Non è pretesa esagerata, perché delle due l'una: o l'operatore giuridico vuole veramente trarre esperienza dal diritto romano, e allora non può essere condizionato da una visione indiretta, mediata da enunciazioni altrui, e incompleta, ristretta cioè a ciò che hanno visto altri e non estesa all'indagine che il fatto concreto da risolvere impone; oppure l'operatore giuridico si sottrae alla diretta e adeguata consultazione dei Digesti e delle altre fonti, fidando in ciò che i romanisti affermano, e allora verrà a giovarsene solo o essenzialmente la sua erudizione. D'altro canto, mi si permetta di affermare, con una certa cognizione di causa, che le difficoltà eccezionali dello studio diretto delle fonti giuridiche romane per la normalità dei giuristi sono solo una fisima, determinata in parte dal luogo comune che il « *latinorum* » sia astruso linguaggio, alimentata per il resto da una ingenerosa e inconsulta propaganda contraria esercitata persino sulla cattedra da certi modernisti ancora fermi pigramente ai tempi in cui effettivamente vi era, come si è detto, un forte distacco tra le due branche, la romanista e la modernista, della scienza giuridica. Ma il latino non può seriamente costituire una remora per un uomo di media cultura,

e comunque il latino giuridico presenta, in quanto latino, difficoltà enormemente minori di quelle imposte dalla lettura di Cicerone, di Virgilio, di Tacito; e quanto alla contropropaganda di certi modernisti, vi è da confidare che queste manifestazioni di superficialità e di cattivo gusto finiscano pure per esaurirsi e, in ogni caso, non facciano troppa presa su chi abbia la capacità di sceverare il grano dal loglio anche nei più accreditati *verba magistri*.

Il buon fondamento della mia tesi può essere efficacemente dimostrato da una rapida scorsa ad alcuni temi, in ordine ai quali è facile indicare gli errori prodotti, *de iure condito* o *condendo*, da una imperfetta informazione romanistica e i benefici che ancora possono derivare, in sede di applicazione correttiva, da una maggiore consapevolezza storiografica. Tre argomenti, fra tanti che si potrebbero scegliere: l'istituto del giudice istruttore in civile, il processo accusatorio in penale [, la disciplina vigente della specificazione].

L'istituto del giudice istruttore nel vigente processo civile italiano è il frutto, tra l'altro, di un grave equivoco in materia di diritto romano. I frettolosi autori del codice del 1942 credettero, o almeno così affermarono, in base ad una inesatta informazione romanistica, di poter far rivivere, con questo sistema, i vantaggi della *cognitio ordinaria* romana, la quale era articolata, come tutti sanno, in due fasi distinte, quella *in iure* e quella *apud iudicem*: di qui la distinzione del processo di accertamento ordinario in fase istruttoria, diretta dal giudice istruttore, e fase decisoria, affidata al collegio giudicante. Senonché le due fasi della *cognitio ordinaria* romana avevano funzione e valore ben diversi: nella fase *in iure*, dominata dall'altissima autorità del *praetor* (o di altro magistrato giurisdicente), non si istruiva un bel nulla, ma si provvedeva, di concerto tra le parti e il magistrato, a formulare la « regola di giudizio » (il *iudicium*) cui sembrasse opportuno subordinare quella determinata controversia; la fase *apud iudicem*, invece, aveva carattere eminentemente istruttorio perché dedicata alla valutazione del materiale di prova, e sfociava in una *sententia iudicis* sulle prove (*sententia*, si badi bene, vuol dire parere), che di per sé non aveva carattere decisivo, ma che tale carattere assumeva in quanto si inquadra in una delle due alternative predisposte dal *iudicium*, quella che portava alla condanna del convenuto o quella che portava alla sua assoluzione. La funzione del *iudex privatus* romano non deve essere sottovalutata (tanto più che spesso larghi poteri discrezionali erano a lui lasciati dal magistrato), ma sta di fatto che la funzione preminente era quella esercitata dal magistrato nella fase *in iure*. Nel sistema moderno, invece, il giudice istrut-

tore, pur se conosce la legge, non sa ancora quale potrà essere la regola di giudizio (la cui determinazione spetterà al collegio) ed appunto perciò egli spesso rinuncia ad una direzione del processo (talvolta rinuncia persino ad una approfondita conoscenza delle questioni) e si lascia fiacamente dirigere dalle parti; dopo di che le parti « concludono » (dicono cioè quel che realmente vogliono) e si passa alla discussione del collegio, il quale costruisce finalmente la regola di giudizio ed appunto perciò non di rado ritiene che l'istruttoria è stata incompleta e bisogna ricominciare da capo (mentre altre volte, influenzato da una istruzione orientata in un certo senso, formula una regola di giudizio inadeguata e decide ingiustamente di conseguenza). Ora io non dico che il sistema della *cognitio ordinaria* romana fosse un buon sistema: dico soltanto che solo esso giustifica la bipartizione del processo in due fasi e che, se si ritiene che la regola di giudizio non possa essere seriamente costruita senza una previa conoscenza delle prove (oltre che delle affermazioni) delle parti, allora è molto meglio tornare alla procedura civile anteriore al 1942, che è poi quella stessa della *cognitio extra ordinem* romana. D'altra parte, poiché sino a che non intervenga una auspicabile riforma vale il principio che « capo ha cosa fatta », io penso che, per impegnare il collegio ad affrontare la questione quando è ancora impregiudicata, e a formulare al più presto la regola di giudizio, non fanno poi male quegli istruttori che si affrettano a ritenere (o meglio, a far mostra di ritenere) la causa « matura per la decisione » senza bisogno di assumere mezzi di prova: non sempre è possibile, d'accordo, ma quando è appena possibile è consigliabile farlo, onde riportare in qualche modo la procedura nell'impostazione romana dell'*ordo iudiciorum privatorum*.

Altro discorso, ma in fondo non molto diverso, può farsi in materia di processo penale, ove vige attualmente il così detto « sistema inquisitorio », ma si sostiene da alcuni che debba essere introdotto il « sistema accusatorio » di marca anglosassone. Il processo accusatorio è indubbiamente, da un punto di vista per così dire drammatico, di gran lunga più suggestivo (e non a caso riscuote tanto successo anche presso di noi il campionissimo del sistema accusatorio, l'avvocato Perry Mason); ma, a parte ogni altra considerazione, si è mai seriamente riflettuto sui precedenti romani di esso? Sono precedenti (quelli delle così dette *quaestiones perpetuae*) che, quando non li si ignorano, si citano assai incautamente. In Roma vi fu, sí, un processo penale accusatorio, ma nell'ambito di una situazione generale ben diversa da quella del nostro Paese al giorno d'oggi. Bisogna tener presente, infatti, che sino agli albori del periodo del principato, e cioè sino agli inizi dell'era volgare,

manco a Roma la concezione che la repressione penale fosse compito essenziale dello stato: il diritto penale arcaico e repubblicano fu precipuamente concepito come un affare privato, da risolversi mediante il processo privato tra i *patres familiarum* romani. Solo in casi eccezionali, per ipotesi delittuose di particolare rilevanza sociale e politica, la repressione era esercitata dai magistrati, ma era esercitata *iure imperii*, a titolo inquisitorio (salvo la possibilità per il condannato di *provocare ad populum* per una commutazione della condanna in *interdictio aqua et igni*). Infine, per altre ipotesi di illecito pur esse socialmente rilevanti, furono via via istituiti dei collegi giudicanti a titolo accusatorio, detti *quaestiones perpetuae*. Ora, attenzione, davanti alle *quaestiones* l'accusa non era formulata da un rappresentante dello stato, né questi interveniva comunque in giudizio in veste paragonabile a quella del pubblico ministero odierno. L'accusa era formulata e sostenuta da quella che noi oggi chiamiamo la « parte civile », sia pure spesso a titolo di azione popolare (esercitata da un *quivis de populo*). Quando, col progresso dei tempi, i romani giunsero a ritenere che l'esercizio dell'azione penale fosse una funzione essenzialmente statale, e che allo stato incombesse l'onere di reprimere penalmente tutti indistintamente i reati (indipendentemente dalla reazione o meno delle persone offese dagli stessi), ebbero a questo punto (non ha importanza determinante il fatto che l'evoluzione in parola si realizzò nel quadro dell'impero assolutistico) le *quaestiones perpetuae* cedettero il passo all'*inquisitio* della *cognitio extra ordinem*. Epperò prima di procedere ad una avventata riforma del vigente processo penale inquisitorio, non sarebbe male che si riflettesse seriamente sui motivi per cui questo sistema procedurale finì per prevalere in Roma: non si dimentichi, infatti, che il processo accusatorio parte da un principio che la nostra civiltà giuridica ha opportunamente superato, quello che la vittima, o sia pure il popolo o la regina (o chi altro viene rappresentato in giudizio dal pubblico accusatore) è l'avversario, la controparte dell'imputato. (*Omissis*).

6. — Il mondo giuridico moderno è tuttora ancorato ad un principio fondamentale del mondo giuridico antico: « *ignorantia iuris non excusat* ». Che questo principio sia indispensabile ad un ordinato vivere civile, è fuori discussione: guai se i cittadini potessero troppo facilmente giustificare le loro azioni antiggiuridiche dietro il paravento di una vera o finta *ignorantia iuris*. Ma se anche vi è stato un tempo antichissimo in cui il principio era manifestazione ragionevole del fatto che ogni cittadino di media diligenza il diritto lo conosceva o era in grado di

conoscerlo, è indubitabile che al giorno d'oggi le cose sono radicalmente cambiate. Con la miriade di leggi in vigore (leggi che si moltiplicano, e variano, e mutano i rapporti reciproci di equilibrio quasi ogni giorno), nessun cittadino medio è in grado di conoscere il diritto che lo governa, e comunque di capirlo, di penetrarne i più riposti significati.

Ragione di più, data questa situazione di fatto, perché gli operatori giuridici si accrescano nel numero, si affinino nelle capacità e assumano insomma le funzioni, a dir così, di piloti dei cittadini medi tra le insidie della vita giuridica. Abbiamo visto poc'anzi quali sono le condizioni essenziali a che ciò avvenga. Abbiamo toccato con mano la particolare necessità di una esperienza di diritto romano per la comprensione critica dei sistemi giuridici vigenti. Abbiamo visto, sia pur per rapidissimi scorci, come gli istituti e le regole vigenti acquistino una peculiare dimensione, vorrei dire più realistica e pratica, traverso una interpretazione materata di esperienza storica e particolarmente romanistica.

Tutto ciò deve convincere gli increduli (modernisti o romanisti che siano) che, dunque, una scuola di perfezionamento in diritto romano ha legittimamente il suo posto nel quadro del miglioramento professionale degli operatori giuridici. Non è vuoto esercizio di retorica (come non lo fu, oltre un secolo fa, nel 1809, per Ugo Foscolo in una analoga e famosa occasione), se io concludo questo mio breve discorso con una esortazione dei giuristi moderni alla storia.

POSTILLA: LA « GIUSCIBERNETICA ».

La cibernetica, *regina doctrinarum* della civiltà moderna (la « civiltà delle macchine », come molti la chiamano), si avvia ad occupare ed a far sua un'altra provincia, quella del diritto. Già da qualche anno si parlava da alcuni di una nuova materia giuridica in gestazione, la « giurimetria » (« jurimetrics »), intesa essenzialmente alla memorizzazione elettronica di leggi, sentenze, *casus* e via dicendo. Ma in questi ultimi tempi le ambizioni dei cibernetici del diritto sono divenute, a quanto vedo, maggiori. Ond'è che addirittura si è proposta, in un recente e interessante libro del Losano (Losano M. G., *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto* [Torino, Einaudi, 1969] p. 205), la fondazione di una nuova disciplina scientifica, denominata la « gius-cibernetica ». Ed anzi la proposta è già stata raccolta, discussa, criticata e portata avanti da

* In *Labeo* 16 (1970) 106 ss.