

Il vero giurista, il giurista degno di questo nome, e non dei nomignoli di « paglietta », « azzecagarbugli » o « consiglieri », deve avere, nei suoi viaggi alla ricerca del diritto, un poco della fermezza d'animo dell'immortale capitano Achab. Con un'avvertenza, però: quella di evitare quell'accanimento sfrenato per cui, ad un certo momento, Achab fu trascinato nei gorgi dalla sua preda, che gli fuggiva innanzi « con la velocità del fuoco ». La balena bianca può essere catturata. La scoperta del diritto è possibile. La vita del giurista è bella, malgrado tutte le difficoltà, proprio per questo.

Per il pochissimo che vale il mio esempio, io la mia lunga vita sono pienamente soddisfatto di averla spesa a questo scopo. Ma io sono un Achab alla fine del viaggio. Questa è la mia fiocina. Impugnatela voi. Buona fortuna.

POSTILLA PRIMA: COMANDI E CONSIGLI.

Con la consueta, incisiva chiarezza, Norberto Bobbio ha trattato, in un recente articolo (Bobbio, *Comandi e consigli*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 15 [1961] 369 ss.), della nozione giuridica di « consiglio » e della differenza tra « comando » e « consiglio », cioè di un capitolo abituale nei vecchi trattati di diritto naturale, ma completamente negletto dalle moderne trattazioni di filosofia del diritto e di teoria generale del diritto. Senza stare a riassumere la interessante argomentazione (principalmente basata su letture di Suarez, di Hobbes e di Thomasius), ne riferisco i risultati (cfr. p. 385 ss.):

- | | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| (a) l'autore del comando è titolare di un potere coattivo; | l'autore del consiglio no, possiede solo una <i>vis directiva</i> ; |
| (b) il destinatario del comando è obbligato ad eseguire il precetto; | il destinatario del consiglio è libero di eseguire o non eseguire il precetto; |
| (c) la ragione dell'obbedienza al com. è nel rispetto o nel timore di esso (obbedienza assoluta); | la ragione dell'obbedienza al cons. è nell'apprezzamento della sua ragionevolezza (obb. condizionata); |
| (d) le eventuali conseguenze dannose dell'adempimento ricadono sull'autore del comando; | le eventuali conseguenze dannose dell'adempimento ricadono principalmente sul consigliato; |
| (e) la sanzione dell'inadempimento consiste in una conseguenza spiacevole istituita direttamente o indirettamente dall'autore del comando. | la sanzione dell'inadempimento consiste in una conseguenza incerta e indipendente dalla volontà del consigliato. |

* In *Labeo* 7 (1961) 419 ss.

Aggiunge il Bobbio (p. 386) che, di tutti questi caratteri distintivi, il piú importante è l'ultimo: senza sanzione istituita non vi è potere coattivo di chi comanda, non vi è obbligo del destinatario, non vi è obbedienza assoluta da parte sua, non vi è esenzione da responsabilità per l'adempimento. Perciò: quando vi trovate di fronte a un precetto, non badate al tono piú o meno imperativo di esso: solo se è predisposta una sanzione, il precetto ha carattere di comando.

Ora, non mette conto di specificare, in questa sede, sino a qual punto il ragionamento dell'a., in sé e per sé considerato, possa dirsi convincente. In generale e in astratto, almeno per tre quarti, certamente lo è. Noterò tuttavia, di passata, che piuttosto arbitraria è la proposizione sub *d*. Delle conseguenze dell'adempimento di un ordine è indiscutibilmente responsabile, dal punto di vista morale, l'autore del comando, sempre che non abbia lasciato scelta al comandato. Ma non sottoscriverei proprio che le conseguenze dannose dell'adempimento risalgano pertanto, normalmente, a lui. Di regola esse ricadranno, a mio avviso, proprio sul destinatario (o se si vuole, la vittima) del comando. Sarei lieto di conoscerlo, *in rebus humanis*, il comandante che prendesse su sé quelle conseguenze, e non si avvalessse della propria situazione di preminenza per scaricarle tutte sulla persona del comandato. Ma limitiamo il discorso alla questione fondamentale. Quanto al punto fondamentale della sanzione, è il discorso del Bobbio altrettanto convincente, o perlomeno plausibile? Ebbene, mi sia permesso rispondere: se non il filosofo del diritto, se non il giusnaturalista, se non il cosí detto teorico generale del diritto (o scienziato del diritto, o come altro si compiaccia di essere denominato), potrà dubitarne, anzi dovrà dubitarne, anzi certamente ne dubiterà lo storiografo del diritto o anche, *tout court*, il giurista.

Invero, a me sembra che le concatenate elucubrazioni del Bobbio prescindano un po' troppo facilisticamente dall'esperienza della storia, lontana e vicina, del fenomeno giuridico. Se i precetti non accompagnati da sanzione fossero davvero puri e semplici consigli, dovremmo forse negare la qualifica di comandi alle norme cosí dette « programmatiche » della Costituzione; e, in ogni caso, dovremmo sicuramente escludere dal novero dei comandi normativi giuridici le cosí dette *leges imperfectae* di romana memoria (cfr. Ulp. 1.1). Vero è, per limitare il discorso a queste ultime, che i Romani dell'età classica le qualificarono « *imperfectae* », ma è anche vero che essi non negarono alle stesse la qualità di « *leges* », alla stregua di tutte le altre, ed è vero altresí che quelle

leges poi dette *imperfectae* furono il solo tipo di leggi conosciuto e applicato (e obbedito) in Roma nell'età piú vetusta. E poiché la *lex imperfecta* non è una curiosità archeologica, ma una possibilità (anzi, sia pure su limitatissima scala, una realtà) degli ordinamenti giuridici moderni, io chiedo a me stesso: la *lex imperfecta* è davvero soltanto un consiglio o è invece ancor essa un comando?

Dicano quello che vogliono il filosofo, il giusnaturalista, lo scienziato del diritto, ma per noi giuristi appiedati la seconda risposta è quella che conta. Io non vedo come si possa, allo stato delle nostre esperienze giuridiche, negare il carattere di comando, sia pure imperfetto, ad un precetto che, sia pur privo di sanzione, proviene tuttavia da un organo istituzionalmente fatto per comandare e che è formulato in un « tono » (anche il tono, si dice, fa la musica) che non ammette disobbedienza dal destinatario. Le esigenze di una categorizzazione e di una terminologia tranquillanti, cui il Bobbio spesso si richiama, non giustificano, a mio avviso, che un comando senza sanzione sia classificato come consiglio, così come non sarebbe giustificato che un aeroplano privo di un'ala, e quindi incapace di volare, fosse ritenuto un autoveicolo. In materia di diritto, ragionare trascurando l'esperienza è lo stesso che fare la geometria delle quattro dimensioni.

Forse, perciò, con un po' piú di attenzione all'esperienza giuridica, le meditazioni del Bobbio (peraltro, ripeto, come sempre, limpide e incisive) andavano piuttosto poggiate sul punto *a*, cioè sulla considerazione dell'autore del comando, che sul punto *e*, cioè sulla considerazione delle conseguenze dell'adempimento. E forse, aggiungerò, la considerazione dell'autore del comando avrebbe potuto portare a quest'ulteriore osservazione: che chi può comandare (chi è istituzionalmente fatto per comandare, chi ha potestà di comando) tanto può emanare un precetto in tono che non ammette replica, quanto può, bontà sua, emettere un precetto a puro titolo di consiglio, di avvertimento, di raccomandazione e così via dicendo. Nel secondo caso, è ovvio che una sanzione per l'inadempimento è inconcepibile. Nel primo caso, viceversa, è ben concepibile che la sanzione per l'inadempimento manchi. Quel che decide non è la presenza di una sanzione istituita, ma la effettiva e seria volontà di comandare in colui che ha potestà di comando.

Comunque, è meglio chiudere alla svelta questa umilissima glossa. « *Noscenda est mensura sui* » (Iuven. 11.35).