

Maria Paola Mantovani

Il valore storico-culturale della giurisprudenza come fattore di evoluzione del diritto

The historical-cultural value of jurisprudence as a factor in the evolution of law

*«Le magistrat n'est point assis
dans la chaire paisible du professeur»*

Adhémar Esmein

SOMMARIO. 1. Il valore della giurisprudenza come fattore di evoluzione del diritto – 2. La dottrina e la giurisprudenza – 3. L'apporto della comparazione giuridica allo sviluppo del diritto civile – 4. Frammenti conclusivi.

Jurisprudence has historically been a factor in the evolution of law and this is evident both in models with a jurisprudential vocation and in models based on the primacy of written law. In the codified legal systems, the dialogue between the judge and the jurist has become increasingly intense over time and, thanks also to the comparative methodology, has favoured the construction of a European law as an expression of a framework of shared principles and values

It is not possible to assess the meaning and the impact of the death penalty outside of historical and cultural contexts in which it is applied. An approach, that is also thanatological, seems necessary. In many cases (in ancient, medieval, modern and contemporary history) societies and cultures have been based on taxonomies of values, in which death is not only the worst of evils, but on the contrary is an aspiration. Suicide by proxy, widespread between the 17th and 19th centuries especially in Central and Northern Europe, is a revealing example.

KEYWORDS: jurisprudence, doctrine, comparative law, european law.

1. Il valore della giurisprudenza come fattore di evoluzione del diritto

Uno degli argomenti che, in guisa diacronicamente progressiva, interessa il dibattito scientifico è lo studio del diritto giurisprudenziale quale fattore di evoluzione del diritto. Un tempo si riteneva che i sistemi giuridici codificati offrissero maggiori opportunità per le indagini sistematiche, anche se

l'autorità della giurisprudenza è andata gradualmente aumentando¹. Da qui prende le mosse la riflessione del presente concentrata sullo «sviluppo del sistema giuridico indipendentemente dall'intervento del legislatore, attraverso la funzione creatrice storicamente esercitata dalla giurisprudenza e, in generale, dall'interpretazione, dalla prassi»².

Gli autori francesi hanno a lungo coltivato l'impostazione puramente esegetica, ben racchiusa nel pensiero di Montesquieu che nell'*Esprit des lois*, scriveva, i giudici sono «*la bouche qui prononce les paroles de la loi*».

Se pensiamo all'idea che animava la scuola dell'esegesi in Francia, fortemente piegata sulla volontà del legislatore e sulla sacralità del dato normativo, percepito come una forma di garanzia contro l'arbitrio, in una società a carattere democratico, ci rendiamo conto di quanto fosse forte la primazia del formante legale. Il divorzio tra dottrina e giurisprudenza si consolida all'indomani dell'adozione della codificazione tanto che i giuristi si impegnano «a ignorare deliberatamente la prassi del giudice a favore di uno studio teorico ristretto dei testi di legge»³. Il codice si pone come atto di legislazione⁴ e vuole essere un'opera di sistemazione razionale del *corpus* normativo inerente ad un'intera area dei rapporti intersoggettivi, mirando, per ciò stesso, a una coerenza interna e sistematica dei differenti settori di disciplina, attraverso cui realizzare una condizione di certezza normativa⁵.

In tale quadro, possiamo comprendere il rilevante contributo offerto dal punto di vista scientifico da alcuni autori, come François Gén⁶ che ha

¹ F.H. LAWSON, *La razionalità del diritto inglese*, in Jus, 1953, p. 63, secondo cui, «la grande forza del diritto di formazione giurisprudenziale sta nel fatto che esso non è tanto il prodotto di un sistema di pensiero formale quanto di una sapienza diffusa che trova le sue origini nella tradizione collettiva di una professione e nella lunga esperienza personale dei problemi giuridici. Vorrei aggiungere che questa tradizione e questa esperienza sono condivise anche da giuristi accademici che, in molti casi, possono essere migliori guide dei giudici».

² T. ASCARELLI, *Studi in tema di contratti, Il negozio indiretto*, Milano, 1952, p. 70.

³ «*Si la codification n'est pas responsable d'une dichotomie de la jurisprudence en doctrine et pratique déjà largement consommée, elle n'en va pas moins de l'exacerber*», così, (F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1991, p. 56 ss.).

⁴ L'affermazione è chiaramente formulata, per la prima volta, da J.-E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, in *Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil*, Paris, 1841, p. 7.

⁵ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 20; G. DORIA, *La "dissolvenza" del codice civile e il ruolo della legge tra giustizia giuridica e incertezza applicative*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 50 ss.

⁶ F. GÉNY, *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, in *Rev. int. droit. ens.*, 1901, p. 15 ss.; ID., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, II ed., Paris, 1919. L'opera fu pubblicata in prima edizione nel 1899 e, in seconda edizione, riveduta ed ampliata, nel 1919, essa indicava una nuova strada da percorrere nello studio e nelle metodologie da adottare da parte dei giuristi, che andasse al di là del *Code civil*. R. Saleilles nel 1899 sosteneva: «*il sera difficile désormais que cet au-delà ne devienne pas le mot d'ordre de tous les juristes*». Così, R. SALEILLES, *Préface*, in F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., I, p. XXV. Il carteggio fra Gén⁶ e Saleilles, è ora in CH. JAMIN, F. AUDREN et S. BLOQUET, *Lettres de François Gén⁶ à Raimond Saleilles. Une trajectoire intellectuelle 1892-1912*, Paris, 2015.

sistematizzato le sue idee nel quadro di una teoria delle fonti del diritto dove «la monocrazia della legge deve cedere ad un effettivo pluralismo mediante un sostanzioso *élargissement* delle fonti stesse. Sarà il vasto e aperto spazio per la consuetudine, per la giurisprudenza pratica, per la libera ricerca scientifica»⁷, nell'ottica di ampliare l'orizzonte conoscitivo ad assegnare al giudice e all'*ars interpretandi* nuovi spazi operativi. Un diritto più vicino alla realtà pratica, che grazie alla giurisprudenza è espressione dei bisogni più autentici⁸. Dalla visione sentitamente pluralistica del sistema delle fonti del diritto scaturisce una importante implicazione sul piano sistematico, tesa a far riavvicinare, in ossequio alla loro essenza fondamentale, «*l'interprétation du droit positif et sa constitution législative*»⁹.

Lo scenario che si apre agli inizi del Novecento testimonia l'avvento di una nuova tendenza, assai distante dalla tradizione della scuola dell'esegesi, tesa a valorizzare le potenzialità ermeneutiche del formante giurisprudenziale, aprendo all'idea del ruolo creativo della giurisprudenza¹⁰, che invita ad approfondire le tecniche e le metodologie interpretative utilizzate dalle Corti.

L'interpretazione della legge è vista, in generale, come un elemento del ragionamento giuridico¹¹, che ogni persona può compiere per comprendere il senso e la portata delle disposizioni legali ed uniformarsi ad esse, anche se l'interpretazione che promana da un'autorità riveste un peso diverso. Il discorso muta a seconda che si tratti dell'interpretazione-applicazione del giudice¹² e dell'interpretazione del giurista, «perché l'interpretazione del giudice è sempre collegata al caso e quella del giurista è prevalentemente collegata alla norma: l'uno ha il compito di applicare la legge e procede alla sua interpretazione muovendo induttivamente dal caso per dargli soluzione,

⁷ P. GROSSI, *Pagina introduttiva (ripensare Gény)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, 1991, p. 37.

⁸ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. VII-VIII.

⁹ *Les procédés d'élaboration du droit civil*, in *Les méthodes juridiques*, Paris, 1011, p. 177.

¹⁰ P.G. MONATERI, *Interpretazione del diritto*, in *Dig., disc. priv., Sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 31 ss., secondo cui i problemi degli interpreti dipendono, concretamente, dalla loro situazione nei *legal process*. La logica situazionale spiega quindi in concreto come avviene l'interpretazione da parte dei singoli attori dei *legal process*. «Una tale dimensione dell'interpretazione può cogliersi solo nella dimensione del diritto comparato. La conoscenza dei sistemi giuridici in forma comparativa ha, infatti, il merito specifico di verificare la coerenza dei vari elementi presenti in ogni sistema. Orbene uno dei contesti in cui, in ciascun sistema, si perviene ad affermare tale coerenza è proprio quello dell'interpretazione. Essa fornisce infatti ai giuristi dei vari sistemi gli strumenti idonei ad avvalorare le loro applicazioni concrete».

¹¹ N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, I, p. 3 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 42.

¹² V. VARANO, *Civil law e common law: comparazione e cultura*, in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, in *della Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 9 ss., secondo cui «oggi nessuno nega il ruolo creativo della giurisprudenza e il ruolo del precedente in *civil law*. [...] Oggi è incontestata la dottrina del c.d. diritto vivente, come diritto che risulta dalla consolidata interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni di legge».

l'altro, il giurista, ragiona sulle leggi, e se esamina i casi lo fa attraverso un processo logico giuridico, rovesciato rispetto a quello del giudice»¹³.

Punto di partenza dell'interpretazione, sia essa giudiziale, sollecitata dalla causa che il giudice è chiamato a decidere, sia essa dottrinale, basata sulla volontà di predisporre modelli teorici di applicazione del diritto, «non è il testo, bensì il “caso”, reale o pensato, ossia il problema o il complesso dei problemi per la cui soluzione il senso del testo deve essere compreso»¹⁴. L'operazione ermeneutica va prospettata come strettamente connessa ad un fatto concreto con il suo nucleo ineliminabile di peculiarità¹⁵, e non può mai essere disgiunta da una seria e rigorosa metodologia comparativa.

Il giurista teorico, infatti, a differenza del pratico e del giudice, si interessa soprattutto di studiare e analizzare i grandi principi del diritto e, quando essi sono in questione, può portare il contributo della sua esperienza molto più specializzata di qualsiasi avvocato o giudice che non si è dedicato allo studio sistematico del diritto. In tale prospettiva, non può sottacersi il fondamentale apporto della dottrina¹⁶ che in qualità di «scienza giuridica deve servire a rendere più agevole e più facile l'applicazione della norma al caso pratico, ad aumentare, con le sue sistemazioni razionali, il grado di certezza del diritto, cioè a rendere sempre più intellegibile la portata delle regole prestabilite dal legislatore all'agire umano ed a mettere il singolo in condizione di calcolare in anticipo, con previsioni sempre più sicure, le conseguenze giuridiche delle proprie azioni»¹⁷.

La differenziazione, spesso ricorrente, fra l'interpretazione del giudice e l'interpretazione del giurista, implica la necessaria diversità e autonomia delle diverse esperienze, pratica e teorica, e porta ad identificare i giudici con i tecnici chiamati ad applicare il diritto e i giuristi con i dotti, unici depositari

¹³ G. TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1 ss.

¹⁴ «Anche l'interpretazione giuridica ha la sua struttura circolare della domanda e della risposta», così, L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3 ss.

¹⁵ M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 35 ss., avverte come «sono le peculiarità dei fatti dei vari casi che possono portare a diverse interpretazioni della stessa norma, poiché inducono il giudice ad impiegare diverse argomentazioni giuridiche».

¹⁶ Rivela con un interessante tratto di modernità, A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, in *Rev. rim. trim. dr. civ.*, 1902, p. 5 ss., che per tutto XIX secolo, «la dottrina e la giurisprudenza sono state separate. Erano quasi due sorelle rivali, gelose l'una dell'altra. La dottrina, in particolare, nelle cattedre delle Scuole, era un po' orgogliosa e non si comprometteva nel commercio della giurisprudenza».

¹⁷ P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 341 ss., ammonisce: «la dottrina giuridica che sia consapevole della sua funzione e delle sue responsabilità, non può mai dimenticare i fini pratici a cui è necessariamente preordinata l'opera del giurista: non solo dell'avvocato o del giudice, ma anche del giurista scienziato».

della scienza giuridica, chiamati esclusivamente ad elaborare la riflessione dottrinale sul sistema normativo¹⁸.

Il ruolo centrale del giudice, quale attore della dinamica ermeneutica¹⁹, non è mai disgiunto dalla considerazione «che l'oggetto della conoscenza giuridica è sempre duplice, la norma ed il fatto concreto: ciascuno dei termini dialettici si conoscono l'uno in funzione dell'altro e viceversa»²⁰.

Il problema dell'interpretazione del diritto²¹ e del suo rapporto con l'elaborazione della *scientia iuris* ha radici lontane ma conserva tutta la sua attualità in quanto non può esservi un'interpretazione che possa considerarsi effettiva comprensione ed attuazione del diritto, anche nella soluzione di singoli casi concreti, se questa comprensione non si nutre della scienza del diritto, come non può esservi scienza del diritto che prescindendo dalla interpretazione del diritto vigente, inteso non esclusivamente nelle sue fonti normative ma nella complessità dei fattori in esso operanti²².

L'interpretazione è un'attività che viene posta in essere in un dato momento storico ed appare inevitabile che il processo ermeneutico sia condizionato dallo scenario storico e culturale nel quale si innesta. Da ciò discende la naturale capacità evolutiva dell'ermeneutica, chiamata a confrontarsi con un dato normativo che deve essere interpretato alla luce dei bisogni e delle istanze della società esistenti in un dato momento storico.

2. La dottrina e la giurisprudenza

«Dottrina e giurisprudenza creano interagendo. [...] Entrambe non si limitano ad offrire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma contribuiscono alla stessa formazione del diritto, all'interno di una collettività che è l'unica in grado di offrire i parametri di giustizia per la verificabilità delle soluzioni offerte»²³. Il diritto giurisprudenziale con le sue decisioni svolge un ruolo importante nella costruzione del diritto e rappresenta una

¹⁸ L. VACCA, *Interpretazione e scientia iuris problemi storici e attuali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 661 ss.

¹⁹ Liberare i giudici dall'osservanza della lettera testuale, promossa dal metodo esegetico, rappresenta la tesi elaborata dai fautori, in Francia, della libera ricerca scientifica (Gény), una tesi aspramente contrastata dai sostenitori della sicurezza giuridica. Cfr. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, Paris, 1919.

²⁰ «Le regole ermeneutiche per l'interprete giuridico rappresentano un problema unitario senza possibili distinzioni tra giudice e qualsiasi altro operatore del diritto. Ciò per quanto attiene all'estensione dei destinatari dell'art. 12», così, P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.

²¹ Il problema dell'interpretazione è, come è noto, una delle questioni centrali da sempre al centro della riflessione dei giuristi, siano essi storici, teorici del diritto o giuristi del diritto positivo. Per un primo ampio inquadramento storico e teorico si veda per esempio la trattazione di E. PARESCHE, *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, p. 152 ss.

²² L. VACCA, *Interpretazione e scientia iuris problemi storici e attuali*, cit., p. 661 ss.

²³ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 200; ID., *Il diritto civile tra legge e diritto*, Milano, 2017, p. 51.

chiave per comprendere il diritto nonché svolge una fondamentale funzione di orientamento²⁴.

Nel 1902 Adhémar Esmein²⁵ scriveva «*nous vivons, quant au droit privé, sous l'empire d'une loi écrite: le Code civil et les lois qui l'ont complété*», anche se il *Code civil*²⁶ e le regole in esso contenute non sono immutabili, ma plasmate e rese vive dalla realtà.

Il *Code civil* è frutto di una preziosa e minuziosa opera di elaborazione, ciascuna parola è stata attentamente soppesata, ciascun articolo è stato ragionato. Ma il *Code civil* e il suo articolato normativo vivono in funzione applicativa, in quanto il diritto è chiamato a regolare i casi concreti della vita. Da ciò discende l'importanza dell'interpretazione in funzione applicativa, e il ruolo essenziale svolto dalla giurisprudenza, dalle sentenze dei Tribunali e, soprattutto, dalle decisioni della Corte di cassazione che, come osserva Esmein, lavora senza sosta all'interpretazione del *Code civil*. «*Elle n'y procédait point avec des vues d'ensemble et un ordre méthodique. C'étaient les faits qui posaient les questions*»²⁷.

Occorre osservare, tuttavia, che mentre la riflessione e il contributo della dottrina²⁸ procede in modo sistematico, l'opera della giurisprudenza è necessariamente frammentaria.

Ad una forte tradizione legata alla codificazione ed un approccio quasi ieratico al testo scritto, portata avanti dai professori, in particolare nella prima metà del XIX secolo, si contrappone il lavoro delle Corti, in particolare quelle di vertice, impegnate nell'opera di interpretazione del *Code civil*, «*interprétation plus large, plus compréhensive que celle de la doctrine, quant elle se faisait non seulement sur les articles mais surtout en dehors des articles, lorsqu'il n'avaient point prévu les problèmes juridiques que surgissaient [...] c'étaient les faits qui posent les questions, c'étaient les litiges qui les dégageaient*»²⁹.

Da qui ha preso le mosse e si è formata «*la jurisprudence a côté de la doctrine*»³⁰ che, almeno fino alla prima metà del XIX secolo, sono state

²⁴ L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1995.

²⁵ A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, cit., p. 5 ss. L'autore è considerato il precursore del metodo storico-comparativo, v. J.L. HALPERIN, *Adhémar Esmein et les ambitions de l'historique du droit*, in *Rev. hist. dr. fran. et étr.*, 1997, p. 415 ss.

²⁶ Mettono in evidenza il percorso per la costruzione di una cultura giuridica francese all'indomani della codificazione, F. AUDREN e J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalité*, Paris, 2013, p. 17, secondo cui «*l'État napoléonien n'a pourtant pas été la belle machine parfaitement huilée qui est parfois décrit, celle où les ordres se transmettent du sommet à la base avec la rapidité de l'électricité: il a dû composer avec les situations héritées de la Révolution*».

²⁷ A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, cit., p. 6.

²⁸ R. SACCO, *La dottrina fonte del diritto*, in Aa. Vv., *Studi in memoria di G. Tarello*, II, Milano, 1990, p. 465.

²⁹ A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, cit., p. 6.

³⁰ A. ESMEIN, *op.cit.*, p. 8. L'autore non risparmia critiche alla giurisprudenza allorché afferma: «*Mais comment la jurisprudence, ainsi entendue a elle pu produire une véritable*

divise, «*comme deux soeurs rivales, jalouses l'une de l'autre*», anche se costituisce un dato incontestabile che il prodotto del formante giurisprudenziale esprime un percorso logico e offre un'interpretazione coerente del *Code civil*.

Lo scenario che ha pervaso la prima metà del XIX sec. viene meno allorché si comincia a manifestare interesse per l'analisi dei casi giurisprudenziali, anche grazie al significativo apporto di un nuovo genere di pubblicazione, le raccolte giurisprudenziali e, successivamente, le rassegne critiche della giurisprudenza, grazie al quale il mondo accademico si è avvicinato ai giudici e si è fatto conoscere da questi. Certamente ciascun magistrato ha una cultura giuridica che rispecchia il periodo della sua formazione e dell'impronta che, nel suo percorso di studi, ha ricevuto, e ciò è vero anche per gli avvocati³¹ che hanno intrapreso studi giuridici che ne hanno segnato il cammino, ma ambedue si confrontano con scenari e realtà sempre nuove e diverse, i primi che derivano dai fatti e dalle questioni ad essi sottoposti e su cui devono decidere, i secondi con strategie difensive da adottare ai fini di difendere la posizione dei propri assistiti.

Le barriere artificiali fino ad allora innalzate fra dottrina e giurisprudenza cadono, e si apre un nuovo periodo che sarà destinato a produrre frutti fecondi, di interazione fra dottrina e giurisprudenza. Muta radicalmente anche l'approccio delle *Écoles de droit*, aumenta l'interesse per lo studio sistematico e critico dei casi giurisprudenziali. Dal punto di vista della scelta del metodo, si privilegia quello storico, ritenuto il più efficace nello studio scientifico della giurisprudenza.

Esmein osserva che la giurisprudenza forma un sistema armonico e più della legge esprime il diritto vivente, è «*la loi réelle et positive*»³² che non si ferma. In tale scenario la dottrina non può avere un ruolo marginale, semplicemente contribuendo ad arricchire un nuovo genere di letteratura civilistica, ma deve andare più lontano e selezionare la giurisprudenza come uno dei suoi principali oggetti di studio, senza per questo limitare, dal punto di vista formativo, l'approccio dogmatico tradizionale.

La nuova impronta nello studio del diritto civile moderno consente di conoscere il diritto vivente grazie all'apporto di una metodologia fondata sullo studio scientifico della giurisprudenza che, essenzialmente, è un prodotto storico³³. In tal guisa, il formante giurisprudenziale va seguito nel

interprétation du Code civil, une interprétation d'ensemble qui forme un corps de doctrine et une synthèse harmonique? Cela paraît d'abord impossible. En effet l'oeuvre de la jurisprudence se présente comme essentiellement fragmentaire».

³¹ A. ESMEIN, *op.cit.*, p. 7, secondo cui gli avvocati, «*comme les juges on passé par nos Facultés et y ont reçu leur première instruction. [...] Mais, en face d'une cause qu'ils ont accepté de plaider, soucieux des intérêts qui leur sont confiés, ils s'ingénient à trouver dans les texts législatives ou dans les auteurs en renom, et surtout dans leur propre fonds, des arguments séduisants et favorables*».

³² A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, cit., p. 8.

³³ A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 13

suo percorso formativo che è modulato sulla base del contesto storico e sociale in cui esso si produce³⁴.

Rappresenta un passaggio fondamentale per conoscere la giurisprudenza lo studio dei processi tecnici e delle tecniche argomentative che orientano le decisioni dei giudici. Il metodo storico applicato alla giurisprudenza offre grandi vantaggi, così come lo studio scientifico della giurisprudenza deve comprendere anche il metodo sintetico che deve ricondurre ad unità ciò che diversamente potrebbe tradursi in un risultato frammentario e parziale, anche in considerazione del caso di specie.

L'approccio indicato non significa far perdere al *Code civil* la sua centralità, ma anzi è una garanzia di costante modernità della codificazione. Basti pensare a profondo cambiamento che, nel corso del XIX secolo, la Francia ha conosciuto dal punto di vista economico e sociale. Ipotesi sconosciute ai redattori del *Code civil* e, per questo, non disciplinate. «*Certaines choses qu'il à réglementées, comme la propriété mobilière, ont changé presque du tout au tout*»³⁵. Così, si apre la stagione di una giurisprudenza feconda, chiamata a risolvere questioni nuove, senza potersi avvalere dell'apporto di un patrimonio giurisprudenziale pregresso.

Da qui si scorgono tutte le potenzialità e le occasioni per una dottrina colta, perspicace ed ingegnosa, chiamata a riassumere un ruolo che sembrava destinato, progressivamente a perdere, «*elle doit ébaucher, scientifiquement, juridiquement, les solutions possible. Elle doit donc consulter sans cesse l'horizon*»³⁶. Chiaro è il pensiero di Esmein, secondo cui i tribunali «*fournissent et taillent les matériaux, mais ne sont point chargés de construire l'édifice. Ce sont les théoriciens, les hommes d'études: voilà pour le cabinet de travail et pour la chaire du professeur*»³⁷.

3. L'apporto della comparazione giuridica allo sviluppo del diritto civile

Lo scenario delineato sarebbe incompleto se non si facesse richiamo alla funzione essenziale del diritto comparato³⁸ che si è rivelato un metodo

³⁴ PH. MALAURIE, *La jurisprudence parmi les sources du droit*, Paris, 2006, p. 479.

³⁵ A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 12.

³⁶ A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 17.

³⁷ A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 17. «*Ce vaste travail ne pourra d'ailleurs simplement et largement s'accomplir que lorsque la jurisprudence sur les principales institutions aura été traitée par la méthode historique*». P. ALVAZZI DEL FRATE, *Adhémar Esmein. La doctrine et la jurisprudence* (1902), in *Historia et jus*, 2016, p. 1 ss.

³⁸ La comparazione può essere «un mezzo accessorio e complementare di determinazione del diritto interno, o di controllo della esattezza delle determinazioni di esso già altrimenti praticate. Uno dei modi di trar profitto per l'interpretazione del diritto nazionale da legislazioni straniere (o giurisprudenza e dottrine relative) è molto più vicino alla nostra pratica quotidiana del diritto, che forse di solito non si avverta», così, S. GALGANO, *Sulla "funzione giuridica" del Diritto privato comparato. A proposito di uno scritto di R. Saleilles*, in *Riv. giur. d'Italia*, 1915, anno I, n. 4, c. 58. Sul pensiero del grande Maestro ha scritto un bellissimo saggio, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'Annuario di diritto comparato nel pensiero giuridico del primo Novecento*, in *Annuario dir. comp. st. leg.*, 2010, p. 39 ss.

particolarmente proficuo in quanto direttamente operativo per avere una visione allargata dei problemi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali dell'ordinamento in cui si opera³⁹.

Questa impostazione è nitidamente avvertita dal grande Maestro Salvatore Galgano⁴⁰ che privilegia una prospettiva funzionalistica.

In contrasto con la cultura giuridica italiana del primo dopoguerra, caratterizzata da un periodo oscuro e da una profonda chiusura politica, il giurista «si mostra aperto alla comunicazione con altri ordinamenti, attento a non considerarsi avulso dalla realtà esterna, sensibile alla progressiva internazionalizzazione degli scambi e quindi dei rapporti giuridici: in una parola, cosciente di sé e del proprio compito»⁴¹.

Fondamentale il contributo di Saleilles, a cui Salvatore Galgano è molto vicino, secondo cui il diritto comparato, con il ravvicinamento delle giurisprudenze sul terreno di un diritto naturale trasformato, e ridotto in formule di applicazione giuridica, sarebbe divenuto, «nelle sue grandi linee, il diritto comune dell'umanità civile, e per conseguenza il diritto sussidiario, che, al di là dei diritti locali», avrebbe realizzato «l'unione dei principi, pur conservando per ciascun paese, l'indipendenza assoluta della propria vitalità»⁴².

Una funzione pratica della comparazione viene, quindi, individuata proprio in quelle finalità di politica giurisprudenziale che, così nitidamente, erano state individuate prima, da Josef Kohler⁴³ e, poi, dallo stesso Saleilles. Poiché «la legge [...] non può prevedere e regolare tutti i casi pratici, che la vita del diritto viene incessantemente foggiando», è proprio il diritto comparato, «concepito come il complesso fra l'altro dei principii giuridici risultanti dal confronto delle diverse legislazioni e dal movimento dottrinale che a queste si ricollega», a dover fornire le risposte, «quali soluzioni di diritto comune che tendono a farsi accettare quasi dovunque»⁴⁴.

³⁹ Per O. SANDROCK, *Significato e metodo del diritto civile comparato*, a R. Favale (cur.), Napoli, 2009, p. 83, la comparazione riveste una funzione di natura primaria, non solo come strumento in grado di individuare gli elementi di convergenza e di divergenza tra i diversi ordinamenti giuridici ma anche, ed in particolar modo, come metodo direttamente operativo per una visione allargata dei problemi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali dell'ordinamento in cui si opera.

⁴⁰ E. CALZOLAIO, *Interessi e scopi della comparazione in Italia tra il primo e il secondo dopoguerra: l'esperienza dell'«Annuario di diritto comparato»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 217.

⁴¹ E. CALZOLAIO, *o.c.*, p. 218.

⁴² R. SALEILLES, *École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, p. 111 s.

⁴³ J. KOLHER, *Über die Interpretation von Gesetzen*, in *GrünhutsZ*, 13, 1886, p. 1 s.

⁴⁴ Il pensiero di R. SALEILLES è riassunto da S. GALGANO, *Sulla "funzione giuridica" del Diritto privato comparato. A proposito di uno scritto di R. Saleilles*, cit., c. 58.

Non può neppure tacersi la fondamentale funzione di orientamento e di controllo del diritto comparato⁴⁵.

Nell'elaborazione della scienza giuridica e, quindi, nella costruzione dello strumentario culturale e tecnico che la complessità dell'esperienza giuridica contemporanea richiede all'interprete, sia esso giurista o giudice, l'apporto della prospettiva storica e comparatistica assume un rilievo fondamentale⁴⁶. Nel quadro del discorso si innesta una riflessione sul ruolo del diritto comparato che opera quale metodo di interpretazione «universale», utile non soltanto per la ricerca scientifica ma, altresì, per l'attività giudiziale, al fine di rinvenire soluzioni giuridiche soddisfacenti e condivise⁴⁷. La crescente sensibilità dell'interprete per la comparazione giuridica⁴⁸ è l'esito di una rinnovata dimensione pluralistica delle fonti dell'ordinamento che, inevitabilmente, conduce ad un allargamento dell'orizzonte giuridico dell'interprete⁴⁹.

In tal senso, il processo di formazione della decisione non è tanto il luogo della norma, così come formulata dal legislatore, bensì quello del diritto vivente⁵⁰ come diritto che opera in funzione applicativa, grazie all'interpretazione ad opera del giudice. Ciò è tanto più vero nell'epoca attuale in cui si assiste ad un fenomeno di «giurisdizionalizzazione» del diritto⁵¹.

⁴⁵ L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro, in *Sistemi Giuridici Comparati*, A. Procida Mirabelli di Lauro (cur.), n. 1, II, Torino, 2000, p. 299.

⁴⁶ G.M. BERRUTI, *Scienza giuridica ed elaborazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 125 ss., che riproduce il testo di una relazione al Convegno ARISTEC, sul tema “Scienza giuridica e prassi”, tenutosi a Palermo nei giorni 26-28 novembre 2009.

⁴⁷ K. ZWIEGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *RabelsZ*, 15, 1949-1950, p. 5 ss.

⁴⁸ Per un approfondimento, in generale, G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2001; G.M. AJANI, *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*, 2^a ed., Torino, 2006; A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, 3^a ed., Torino, 2008; V. VARANO e V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, 4^a ed., I, Torino, 2010; P.G. MONATERI e A. SOMMA, *Il modello di civil law*, 4^a ed., Torino, 2016; G.M. AJANI, D. FRANCAVILLA e B. PASA, *Diritto comparato. Lezioni e materiali*, Torino, 2018; A. GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*, 9^a ed., Padova, 2020.

⁴⁹ Secondo B. MARKESINIS, *Il ruolo della giurisprudenza nella comparazione giuridica*, in *Contr. impr.*, 1992, p. 1350 ss., «ancora oggi, non pienamente il diritto comparato è riuscito ad affascinare la fantasia degli operatori, avvocati e giudici»; R. SCHLESINGER, *Il passato e il futuro della comparazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 604, secondo cui all'epoca del diritto romano comune «la comparazione delle leggi e dei materiali giuridici attraverso le frontiere politiche divenne una tecnica standard degli avvocati e dei giudici durante l'era dello *jus commune*».

⁵⁰ F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, p. 54; L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig., disc. priv., Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 445.

⁵¹ Con il fenomeno «che si è definito di “giurisdizionalizzazione” del diritto, si può ben dire che la giurisprudenza ha assunto carattere “creativo” mentre la dottrina è apparsa “remissiva” e cioè nel senso che si è limitata a registrare ciò che la giurisprudenza propone», A. di MAJO, *Una riflessione del diritto post-moderno*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 655 ss.

L'idea di fondo è che nel momento attuale, anche in considerazione del nuovo e differente rilievo della giurisprudenza, intesa come attività delle Corti e prodotto di questa attività⁵², vi sia l'esigenza di recuperare la consapevolezza della circostanza che il momento conoscitivo e la padronanza delle tecniche per interpretare il dato giuridico non può che avere lo scopo pratico di applicare i risultati della scienza alle soluzioni dei casi pratici⁵³. Da ciò discende che nell'interpretazione, sia essa scientifica o giudiziaria, deve trovare riconoscimento non solo la legge, ma l'elaborazione complessiva che porta a coerenza i vari formanti⁵⁴ dell'ordinamento, in ossequio ad una dimensione pluralistica che guarda all'interazione dei diversi fattori di produzione della regola giuridica.

Anche nell'elaborazione di un diritto europeo⁵⁵, come elemento fondamentale di identità e di unificazione della nuova Europa, in cui concorrono fattori di produzione del diritto di diversa provenienza e autorità, «che oscurano l'idea del primato della legge, e fra i quali assume nuovo risalto l'interpretazione di matrice giudiziale, sia a livello interno dei singoli ordinamenti, sia livello europeo»⁵⁶, è necessario recuperare la dimensione scientifica del diritto.

Il solco tracciato implica necessariamente l'attenzione al rinnovato ruolo della giurisprudenza, e all'opera di elaborazione e sistemazione scientifica della dottrina, da considerare strettamente connesse⁵⁷ in quanto l'una non può validamente porsi in essere se non in correlazione all'altra⁵⁸.

⁵² Rileva F. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 77 ss., che vi è «un dilemma che da secoli e sotto ogni latitudine divide i giuristi sta nel modo di concepire il rapporto fra la giurisprudenza e il diritto».

⁵³ L. VACCA, *Interpretazione e scientia iuris problemi storici e attuali*, cit., p. 661 ss.

⁵⁴ Per R. SACCO, *Formante*, in *Dig., disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 439, «all'interno di un ordinamento vi è una volontà del legislatore, che crea la norma, e una dottrina e una giurisprudenza che interpretano e applicano questa volontà. Le varie regole (legale dottrinale, giudiziaria) sarebbero, in via di principio, identiche. Se una difformità esiste, ciò si deve imputare ad un errore dell'interprete. Questo iter logico è battuto in breccia dalla comparazione. Quando compariamo noi non siamo competenti a cassare soluzione straniere perché derivanti da "interpretazioni sbagliate". E nello stesso tempo la considerazione di più sistemi ci fa vedere che i formanti, all'interno di ogni sistema, possono comportarsi in modo diverso. [...] Lo spettro comparatistico ci offre esempi continui di dissociazioni tra i vari formanti».

⁵⁵ G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità Europea. Fonti, modelli e regole*, 2ª ed., Padova, 2001, p. 276 ss.; L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, p. 44 ss.

⁵⁶ L. VACCA, *Interpretazione e scientia iuris problemi storici e attuali*, cit., p. 661 ss.

⁵⁷ Esempio il pensiero di F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. italiana di V. Scialoja, I, Torino 1886, p. 10 ss., secondo cui: «L'attività intellettuale di ciascuno, relativamente al diritto, può seguire due diversi indirizzi: o comprendere e svolgere la scienza giuridica in generale con la dottrina, l'insegnamento, l'esposizione, o applicare le regole ai casi della vita reale».

⁵⁸ «Non può esservi cioè una interpretazione che possa considerarsi effettiva comprensione ed attuazione del diritto anche nella soluzione di singoli casi concreti se questa comprensione non si nutre della scienza del diritto, come non può esservi scienza del diritto che prescindendo dalla interpretazione del diritto vigente, inteso non esclusivamente nelle sue fonti normative

Nel quadro delineato ruolo preminente occupa il metodo comparativo quale fondamentale fonte d'ispirazione per ricercare soluzioni nuove ed ampliare gli orizzonti giuridici. Lo studio e l'approfondimento mediante l'ausilio del diritto comparato⁵⁹ da un punto di vista sovranazionale e internazionale crea le effettive condizioni per fondare un'autentica comunità di giuristi europei in grado di dialogare reciprocamente e proficuamente⁶⁰.

4. Frammenti conclusivi

Tutti i giuristi, senza dubbio sono passati, allorché si sono apprestati ad approfondire una questione giuridica, dalla lettura della giurisprudenza in argomento. Dal momento in cui si riconosce alla giurisprudenza «un'importanza equivalente a quella della legge»⁶¹ non solo si rafforza il ruolo che la tradizione ha assegnato alla fonte legale, quale elemento certo e sicuro a cui il giudice deve appoggiarsi, ma si apre la stura all'idea di una giurisprudenza in grado non solo di risolvere questioni giuridiche concrete, ma sempre più capace di orientare e di controllare il fenomeno giuridico.

Occorre osservare che l'esperienza giuridica contemporanea, nella duplice dimensione nazionale ed europea, è connotata dal forte impatto della giurisprudenza che ha assunto, esplicitamente, il carattere di fonte creativa del diritto⁶², in contrasto con il pensiero giuridico tradizionale, educato al positivismo scientifico, secondo cui la politica del diritto è affare esclusivo del legislatore. Non è più accettato il postulato fondamentale del positivismo legislativo, che sta alla base dell'orientamento metodologico tradizionale, ossia il postulato dell'appartenenza al legislatore di un monopolio nella formazione del diritto, onde la funzione dell'interprete, e in particolare del

ma nella complessità dei fattori in esso operanti», così, L. VACCA, *Interpretazione e scientia iuris problemi storici e attuali*, cit., p. 661 ss.

⁵⁹ «Il neopositivismo in questione è più attraente e aggiornato del paleopositivismo ottocentesco e novecentesco, perché contempla un sistema delle fonti meno ingenuo e quindi aperto allo studio e alla valorizzazione di tutti i formanti diversi dalla legge scritta e quindi della dottrina, della giurisprudenza, della consuetudine, delle prassi negoziali, del diritto», (A. GUARNERI, *Alcune riflessioni sullo studio e sull'insegnamento del diritto comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 433 ss.).

⁶⁰ T. KADNER GRAZIANO, *La méthode à employer, L'europeanisation du droit privé et de la méthode comparative*, in *Le contrat en droit privé européen. Exercices de comparaison et d'harmonisation*, Bâle-Genève-Munich- Bruxelles, 2006, p. 317 ss.

⁶¹ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1991, p.1; P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2005, p. 63.

⁶² Il metodo fondato sul positivismo scientifico della scuola pandettistica può essere riassunto con le parole dei traduttori italiani di Windscheid, C. FADDA E P.E. BENSA, *Note a Windscheid, Diritto delle pandette*, trad. it., I, 1, Torino, 1902, p. 129 ss., «Noi portiamo opinione, che né la dottrina né la giurisprudenza abbiano oggidi forza creatrice di diritto [...] Il sistema ha sempre in sé la base per la decisione delle questioni tutte, che nella vita possono sorgere».

giudice si ridurrebbe a un'attività di mera riproduzione di comandi legali. «Nella dottrina francese del secolo scorso questo postulato era legato all'ottimismo della codificazione, della quale si presupponeva la completezza e quindi la stabilità, assicurata dalla capacità di adattamento all'evolversi dei rapporti sociali grazie alla forza di espansione logica (per mezzo dell'analogia) dei suoi contenuti normativi»⁶³.

La scienza giuridica, intesa nella sua necessaria elaborazione complessa nell'interpretazione del diritto, può fornire ai giuristi, siano essi teorici o pratici, gli elementi di metodo razionale sia per la corretta utilizzazione della giurisprudenza delle Corti, in relazione alla singola decisione del caso concreto, sia per la correlazione fra i principi che emergono dall'insieme di queste decisioni ed il tessuto normativo, nazionale o transnazionale⁶⁴.

Riconoscere che l'interpretazione può svolgere una funzione integrativa del testo della legge, il quale non si manifesta compiutamente se non nel momento dell'applicazione, non significa avallare l'idea di allontanarsi dal valore della certezza del diritto, ma individuare, grazie al procedimento ermeneutico, il significato più conveniente a fornire una soluzione ragionevole e coerente del problema⁶⁵.

In questa prospettiva, il diritto giurisprudenziale opera non solo quale fattore di evoluzione del diritto, ma come mezzo che favorisce la formazione di un diritto europeo a cui concorre in modo assai significativo il diritto comparato⁶⁶. Lo stesso diritto europeo, fondato su un sistema non più a vocazione nazionale, concluso e compiuto, ma che oggi è più che mai aperto al divenire della storia, non può essere correttamente inteso se non si conoscono i modelli, anche extra-europei ai quali a sua volta, il legislatore o la giurisprudenza hanno attinto⁶⁷.

Come osserva Salvatore Galgano, le unificazioni che la storia ricorda «sono il frutto dell'opera di preparazione della scienza giuridica e di quella comparativa in particolare»⁶⁸. La stessa distinzione tra comparazione sincronica e diacronica, tra scienza e storia comparate dei diritti perde, oggi, ogni significato. Il comune metodo comparativo lega strettamente la ricerca

⁶³ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., p. 14.

⁶⁴ Così, L. VACCA, *Interpretazione e scientia iuris problemi storici e attuali*, cit., p. 661 ss.

⁶⁵ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., p. 38.

⁶⁶ «Il contesto del diritto europeo, assunto come esponente assai significativo – probabilmente, il più significativo nei tempi presenti – di un diritto comparato studiato e insegnato in ragione del processo in atto di integrazione tra i Paesi membri dell'Unione Europea; processo con le cui dinamiche – storiche, istituzionali, politiche, socio-economiche e culturali, oltre che tecnico-giuridiche, [...] in modo particolare i giuscomparatisti, sono chiamati a confrontarsi». Così, L. MOCCIA, *Dalla comparazione alla integrazione giuridica: la via della cittadinanza europea*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 336 ss.

⁶⁷ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'Annuario di diritto comparato nel pensiero giuridico del primo Novecento*, cit., p. 39 ss. In argomento, G. GORLA e L. MOCCIA, *Profili di una storia del «diritto comparato» in Italia e nel «mondo comunicante»*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 237 ss.

⁶⁸ S. GALGANO, *Prefazione*, in *Annuario Dir. Comp.*, 1930, I, p. XV.

comparatistica a quella storica, al punto che esse divengono difficilmente distinguibili⁶⁹.

Più che mai attuali ci appaiono le parole del grande Maestro Gino Gorla, secondo cui «il diritto comparato, inteso come attività giuscomparatistica, si può fare, oltre che in sede scientifica, anche in sede giurisprudenziale o legislativa, e i suoi apporti possono farsi sia alla scienza giuridica, sia al diritto giurisprudenziale (o cosiddetta applicazione del diritto), sia al diritto legislativo. Non è sempre facile distinguere questi fenomeni. Né si può sostenere che, ai fini dello sviluppo del diritto (di un paese o di un gruppo di paesi) è più importante il diritto comparato fatto in sede scientifica di quello fatto in quelle altre due sedi»⁷⁰.

⁶⁹ M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000, p. 448.

⁷⁰ G. GORLA, *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo*, in *Foro it.*, 1980, V, c. 11