

APPUNTI SUL DIRITTO GIUDIZIARIO

(Continuazione vedi numero precedente)

13) Senonchè, la dottrina di gran lunga dominante, sia che si ispiri alla concezione romano-canonica [che, sebbene battuta in breccia su tutti i punti, possiede ancor oggi una notevole vitalità]; sia che si accosti alla c. d. concezione neo-tradizionalistica del GENY, è recisamente contraria. Per lei la giurisprudenza non è fonte di diritto; l'*usus fori* non costituisce una consuetudine per la semplice ragione che manca l'uso da parte dei consociati. Può darsi, anzi assai di frequente avviene, che l'*usus fori* si radichi nella coscienza popolare; che il popolo si persuada della sua obbligatorietà e che, sulla base di tale persuasione, dia corso ad una prassi che, con l'andar del tempo, diverrà giuridicamente obbligatoria. Ma gli è che, in tale ipotesi, noi ci troviamo di fronte ad una vera e propria consuetudine, ingenerata, meglio, occasionata dall'*usus fori*, ma che con questo non coincide. Con altre parole, bisogna intendersi quando si parla di *usus fori*: se si allude, in senso stretto, alla pura formazione giudiziaria, essa non può ritenersi fonte di diritto; se si allude, in senso lato, alla pratica collettiva derivatane, si invece; ma questo per il semplice fatto che ci troviamo in presenza di una vera e propria consuetudine. La giurisprudenza, insomma, al pari della dottrina, avrebbe una semplice efficacia di "propulsione", non di creazione (84).

(84) L'espressione è del GENY, *op. cit.*, pp. 436-7, cui rimandiamo per l'ampia dimostrazione e per la letteratura su l'argomento. Adde FLUMENE, *La consuetudine nel suo valore giuridico*, Sassari, 1925, pp. 32-3; BETTI, *cit. infra*, pp. 98 e 120-1; PEROZZI, *op. e vol. cit.*, p. 49; VAN DER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles-Paris, 1907, pp. 157-9. Alla stessa conclusione giunge per l'epoca feudale lo SCHUPFER, *op. cit.*, p. 193.

Per vero, quest'opinione sembra da preferirsi, almeno in ordinamenti giuridici simili al nostro, in cui si tende a lasciare alla giurisprudenza una funzione meramente dichiarativa; in cui la stessa organizzazione giudiziaria mira ad evitare che il giudice, direttamente o indirettamente, funzioni da legislatore (85). Non si può tacere, però, che, secondo alcuni, l'adottare tale opinione produrrebbe molti inconvenienti (86); ed, inoltre, non può negarsi che, in ordinamenti giuridici diversi dal nostro in cui non esista il monopolio del legislatore, possa dubitarsi della sua esattezza. Giunti a questo punto e formulate le premesse logiche del problema, è perciò lecito domandarsi se l'*usus fori* potesse considerarsi fonte di diritto sotto l'impero del diritto comune.

14) Non stupirà alcuno che il GIERKE ed il DERNBURG rispondano affermativamente a tale domanda, sia basandosi sui motivi generali dianzi esposti proprio in rapporto al diritto comune; sia fondandosi - come essi dicono - su constatazioni di fatto (87). Stupirà, invece, che il GENY, che abbiamo visto essere strenuo sostenitore dell'opposta dottrina in riferimento agli ordinamenti moderni continentali, ritenga che, per quanto riguarda il diritto comune tedesco, non si

(85) Cfr. le belle pagine del CALAMANDREI, *Error ecc.*, cit., pp. 147-9, sugli istituti della *querella nullitatis* e della cassazione. Naturalmente, v. dello stesso autore anche *La cass. civ.*, cit., vol. I, pp. 135 e ss.

(86) Così il DERNBURG, *op. e vol. cit.*, p. 65, nota 9, ritiene che sia ben difficile distinguere l'uso giudiziario a seconda che esso rispecchi, o meno, la convinzione collettiva. Inoltre, anche superata tale difficoltà, l'adozione del criterio consigliato dalla dottrina dominante condurrebbe in pratica a conseguenze inammissibili, secondo l'a. Scrive p. es. il DERNBURG che un *usus fori*, che da decenni o da secoli esiga quella determinata forma per un atto giudiziale, è sicuramente da rispettarsi sia in vista della sua antichità, sia in vista della necessaria continuità del diritto e della sicurezza del traffico. Eppure esso non riposa - osserva il D. - sulla coscienza collettiva.

(87) GIERKE, *op. cit.*, p. 179, nota 8; DERNBURG, *op. cit.*, pp. 65-6: "Per diritto comune non si può nemmeno porre in dubbio la forza vincolante dell'*usus fori*. Ciò perchè il diritto comune si è formato attraverso l'*usus fori*, che ha determinato la recezione del diritto romano e il suo adattamento ai rapporti germanici...". Del resto anche il WINDSCHEID, *op. e vol. cit.*, p. 16, parlando del diritto comune consuetudinario tedesco, scrive che "esso si manifesta in parte nell'uso popolare e in parte in quello dei giuristi (insegnamenti, pareri, sentenze)..."

possa contestare che il giudice avesse potestà di creare il diritto (88). Nè si creda che il GENY si fondi su considerazioni meramente storiche e non dommatiche. Egli scrive, infatti, che, contestando l'autorità della giurisprudenza e della dottrina, "on eût, théoriquement tout au moins, ébranlé la base principale du droit commun „; egli distingue [e, necessariamente, stando a quanto precede, in senso tecnico] *Juristenrecht* da *Volksrecht*; egli si fonda su di un argomento strettamente giuridico, quello stesso che vedremo più oltre criticato dal WÄCHTER.

15) Invero, nonostante le recise affermazioni di alcuni scrittori, come quelli dianzi citati, non è affatto pacifico che sotto l'impero del diritto comune (89) la giurisprudenza fosse, in senso dommatico, fonte di diritto consuetudinario. Il basarsi su constatazioni di fatto, come la riconosciuta imposizione in Germania, da parte dei giuristi, del diritto romano; come i riconosciuti adattamenti di questo ad opera della giurisprudenza; se riveste grande importanza dal punto di vista storico, può non possederne alcuna dal punto di vista dommatico, in quanto è possibile ritenere che le modificazioni introdotte ad opera del foro, sebbene necessarie, fossero arbitrarie e sfornite di base legittima (90). È questo, sostanzialmente, l'ordine di idee seguito dal WÄCHTER nel suo breve, ma luminoso saggio su l'*usus fori* (*Gerichtsgebrauch*) (91), in cui egli imposta la questione nei seguenti termini (92): mancando norme *ad hoc* nel diritto consuetudinario tedesco, per risolvere la questione se l'*usus fori* in senso stretto possa, o no, considerarsi (sotto l'impero del diritto comune) fonte di diritto, bisogna ricorrere alle norme del diritto romano e decidere conformemente ad esse. Si noti, tuttavia, che, per impostare il problema nei termini sovra esposti, il WÄCHTER aveva

(88) *Op. cit.*, p. 442.

(89) La questione è stata esaminata dagli scrittori soprattutto in ordine al diritto comune tedesco; ma i presupposti ne rimangono immutati anche se riferiti al diritto comune italiano.

(90) Sembra dubitare della legittimità dell'“ammodernamento„ subito dal diritto romano F. FERRARA, *Poteri del legislatore*, ecc., cit., p. 490.

(91) *Beitrag zu der Lehre vom Gerichtsgebrauch*, nell'*Archiv für die civ. Pr.*, vol. 23, 1840, p. 432 e ss.

(92) *Op. cit.*, pp. 437-8.

dovuto superare un primo grave ostacolo. Infatti il SAVIGNY (93) aveva sostenuto che il diritto romano non potesse in Germania applicarsi alla teoria delle fonti del diritto. Questo perchè le norme relative alle fonti appartenerebbero al diritto pubblico (inteso in senso ampio), il quale ultimo non sarebbe compreso fra le parti "ricevute", del diritto romano (94). Tale principio, accolto successivamente dallo ZITELMANN (95) in una questione che esamineremo tra breve e, più tardi ancora, dal GENY (96) nel problema che ora ci interessa, è validamente oppugnato dal WÄCHTER (97), il quale osserva che, anche a voler prescindere dall'asserita recezione *in complexu*, vi fu indubbiamente una recezione, sia pure parziale, del diritto penale e, più ancora, del diritto processuale, civile e penale, la cui appartenenza al diritto pubblico non può lasciare il menomo dubbio, come il SAVIGNY stesso riconosce. Fatto per cui il WÄCHTER conclude (98) che debbono ritenersi giuridicamente vincolanti i principi del diritto romano in tema di consuetudine.

Dimostrata così la legittimità della sua impostazione, il citato scrittore, fondandosi sulla notissima cost. 13, C. VII, 45 (Giustiniano) (99), nega che per diritto romano giustiniano l'uso giudiziario fosse di per sè fonte di diritto, togliendo ogni valore al contraddicente passo di CALLISTRATO (100), che, fra l'altro, riguarderebbe secondo lui la consuetudine in senso stretto e non l'*usus fori*; e giunge, naturalmente, alla stessa conclusione in rapporto al diritto comune, mettendo, inoltre, in luce i gravi inconvenienti che sarebbero derivati dall'accoglimento dell'opposta tesi.

(93) Da lui citato alla p. 434.

(94) Si noti però che il SAVIGNY, *Sistema*, ecc., cit., vol. I^o, p. 165, negava che l'*usus fori* fosse di per sè diritto consuetudinario.

(95) *Op. cit.*, p. 344.

(96) *Op. cit.*, p. 442.

(97) P. 435 e ss.

(98) P. 437.

(99) "... non exemplis, sed legibus iudicandum est"; "omnes iudices nostros veritatem et legum et iustitiae sequi vestigia sancimus".

(100) D. I, 3, 38: "Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus profiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere".

16) Alla stessa conclusione del WÄCHTER, sia pure senza addurre gli argomenti che quegli doveva più tardi proporre, erano pervenuti in Italia molto tempo prima lo SCACCIA e l'ALTIMARO (101). E così come da noi questi due scrittori, in Francia il CUIACIO scriveva (102): “*nam a rebus judicatis separatur consuetudo et non res judicatae consuetudinem faciunt, sed tacitus illiteratusque consensus populi longo usu inveteratus* „; ma subito dopo, quasi a manifestare le incertezze che dominavano la subbietta materia, soggiungeva: “*Item res judicatae vim legis non obtinent, si bis similiter sit judicatum, sicut vim legis obtinet consuetudo; sed ita demum res judicatae etiam vim legis obtinent, si perpetuo, si saepius similiter judicatum sit* „.

Nettamente diversa, invece, ed, entro certo limiti, assai vicina a quella del GIERKE e del DERNBURG, è la posizione assunta da

(101) Citati dal CALAMANDREI, *Error*, ecc., cit., p. 80, il quale anch'esso nega che la giurisprudenza fosse fonte di diritto e scrive che non doveva considerarsi *contra ius* la sentenza data contro la giurisprudenza prevalente, sia pure della Rota romana, chè, come scrive lo SCACCIA, “*domini praefati non habent potestatem legis condendae, nec eorum decisiones, quamvis magistrales et magni ponderis sint, vim legis obtinent* „. A questa regola si faceva però eccezione per la giurisprudenza derivante dal Sacro Regio Consiglio di Napoli (prosegue il C.), in quanto ritenevasi che, essendo le sentenze di questo tribunale pronunciate in nome del re, dovessero aver forza di legge.

In Germania (e più tardi anche in Austria) ebbe forza per qualche tempo e per qualche alta magistratura un sistema di precedenti obbligatori (basato su regolamento legale). Vedine le vicende in GIERKE, *op. e vol. cit.*, p. 177, dove, fra l'altro, si ricorda (nota 3) che il *Reichskammergericht* venne più volte sollecitato a mantenersi fedele ai suoi precedenti. Cfr. anche WÄCHTER, *Pandekten*, cit., vol. 1^o, p. 113, a proposito dei *gemeine Bescheide*, delle *provisorische Beordnungen* e delle limitazioni, nel tempo e nello spazio, della forza vincolante delle decisioni. Si ricordi in particolare che il Codice Massimiliano, promulgato per la Baviera nel 1756 (*Codex Maximilianus Bavaricus, Bayrisches Landrecht*, 1, 2, § 14), mentre nega ogni autorità imperativa alle opinioni dei dottori, senza dare forza di legge alle decisioni del tribunale supremo del paese, conferisce a queste ultime il valore di un'interpretazione autentica, che doveva nei casi simili essere adottata dalle corti inferiori. In senso opposto, però, l'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794 (*Einleitung*, § 6) e, poco più tardi, il cod. civ. univ. austriaco del 1811, art. 12. Cfr. su queste disposizioni legislative, oltre agli autori sovra ricordati, GENY, *op. cit.*, p. 443 e ss.; DE GNI, *L'interpretazione della legge*, 2^a ed., Napoli, 1909, p. 122. Per più diffuse notizie sui tribunali supremi in Italia ed in Germania v. CALAMANDREI, *La cass. civ.*, vol. 1, cit., p. 223 e ss.

(102) *Opera*, ed. di Modena, vol. 9, col. 1248 (*in lib. VIII codicis, ad tit. LII*).

Sam. STRYKIO (103), al quale si deve un'ampia trattazione dello *stylus curiae*. Questi, premesso che si discute *an stylus concernat modum procedendi, an vero decisionem causarum* (104); affermato che lo *stylus* ha contenuto unicamente processuale; sostiene che esso è vincolante, per quanto non basato sulla coscienza collettiva (105). Egli scrive, infatti (106): “*Libellus non requiritur si stylo vel consuetudine receptum sit propter sumptos minuendos.... Advocatus in libellis formandis debet seipsum regulare secundum stylum et consuetudinem, quia stylus vim legis habet... Unde dicunt quod stylus sit regula aut institutio, qua utuntur in iudicio super instructionibus et deductionibus processuum. Ideoque stylus proprie locum habet in illis, quae spectant ad modum ordinandi acta et sententias, et ad reliqua, quae secundum stylum scribuntur... Idem quoque de consuetudine: stylus itaque et consuetudo magnam inter se adfinitatem habent, adeo ut fere eadem esse videantur, quod unum quandoque ponatur pro alio.... Differunt tamen in hoc, quod consuetudo ex tacita voluntate et usu multorum introducitur, nempe ex tacito consensu totius populi, vel majoris eiusdem partis; stylus vero tantum servit ad processuum instructionem, deductionem et ordinem, proficiscens quidem non ex populi arbitriis, sed unius tantum iudicis approbatione* (107) „.

(103) *Dissertationum juridicarum franconfurtensium de selectis utriusque juris materiis*, vol. 1, in *Opera omnia* (di Sam. e di Joh. STRYKIO), Firenze, apud Josephum Celli, 1837.

(104) *Op. cit.*, disputatio 23^a (col. 1039 e ss.), cap. IV. n. 24. Il cit. autore ricorda che alcuni scrittori sono per l'affermativa, ma soggiunge: “*Verum haec extensio styli ad causarum decisionem merito aliis displicet, qui cum Bartolo... stylum saltem ad modum loquendi, scribendi et procedendi referant; consuetudinem vero ad causarum decisionem* „. Così l'ALTIMARO (ricordato dal CALAMANDREI, *Error*, ecc., cit., p. 85) definisce lo *stylus* una “*consuetudo iudiciaria continens ordinem et seriem rerum gerendarum* „.

(105) Come si ricorderà, il DERNBURG, *op. e vol. cit.*, p. 65, nota 9, postulando l'obbligatorietà delle norme processuali derivanti dallo *stylus curiae* indipendentemente dal loro (secondo lui) impossibile collegamento alla coscienza collettiva, ne inferiva la obbligatorietà anche del *Juristenrecht* vero e proprio.

(106) *Op. e vol. cit.*, Disp. XIV, cap. 3, n. 11.

(107) Cfr. nello stesso senso Disp. XXIII, cap. 3, nn. 3 e 4: “*Uti autem ad consuetudinis introductionem requiritur tacitus populi consensus.... ita in introducendo stylo curiae iudicis aessorumque iudicis tacitus consensus est necessarius; si enim caeteri in iudicio imitentur stylum unius, eatenus eundem approbas-*

Da quanto precede appare* che lo STRYKIO, senza indugiarsi sull'uso giudiziario avente contenuto sostanziale, si occupa del solo *stylus curiae*, giungendo alla conclusione che esso sia obbligatorio (*vim legis habet*) indipendentemente dalla sua trasfusione nella coscienza popolare. Data tale premessa, pare difficile evitare la stessa conclusione anche per l'*usus fori* sostanziale, come acutamente avvertiva il DERNBURG, già più volte citato a tale proposito.

Come che sia, se gli autori sovra menzionati lasciano dubbiosi circa la qualità di fonte del diritto attribuibile, o meno, all'*usus fori* [e, da un punto di vista strettamente giuridico, non si può negare che le argomentazioni del WÄCHTER appaiono difficilmente superabili], bisogna mettere in luce che nessuno nega efficacia vincolante all'*usus fori* in senso lato, e cioè alla consuetudine vera e propria, ingenerata, occasionata dalla giurisprudenza. È, questa, una constatazione che dovremo tener presente, come dovremo tener presente, più oltre, la distinzione fra *usus fori* in senso stretto e *usus fori* in senso lato, che, a torto, non è sempre nettamente formulata.

17) Detto questo, ricorderemo che l'*usus fori* (dell'uno o dell'altro tipo) quasi sempre consiste non già nell'introduzione di regole assolutamente nuove, ma nella modificazione di regole già esistenti; modificazione consuetudinaria talvolta voluta, talvolta inconscia, sorta, cioè, per effetto di un'errata interpretazione del testo da applicarsi. Nessuno vorrà negare che questa consuetudine interpretativa (o interpretazione usuale che dir si voglia) sia una vera e propria consuetudine. Qualcuno, però, potrebbe dubitare dell'efficacia vincolante di tale interpretazione usuale, specie quando essa fosse sorta in seguito ad un errore nell'intelligenza o nell'applicazione della legge (108).

et recepisse videntur, ut imposterum pro jure observandus. Unde simul diversitas consuetudinis et styli apparet, quod consuetudo tacito consensu totius populi vel majoris partis introducatur, non ista stylus."

(108) In riguardo al diritto positivo nostro [almeno per quanto concerne il diritto privato] il problema enunciato nel testo non può sorgere, poichè, non essendo riconosciuta forza alla consuetudine *contra legem*, l'errata interpretazione usuale non potrà mai sostituirsi alla retta intelligenza del testo di legge. Si sarebbe tentati di scrivere che il problema in parola non può mai sorgere in tutti quegli ordinamenti, in cui viene negata ogni efficacia alla consuetudine *contra legem*.

Che l'errore non intacchi per nulla la validità della consuetudine è stato magistralmente sostenuto nel suo fondamentale scritto, più volte citato, dallo ZITELMANN, il quale ha dimostrato altresì come a tale conclusione debba necessariamente giungersi non soltanto aderendo alla sua *Faktizitätstheorie*, ma anche adottando, non la *Willenstheorie* (109), ma una delle due *Ueberzeugungstheorien* nelle loro varie sfumature (110). La semplicità [in sostanza - osserva lo ZITELMANN - l'errore nella formazione della consuetudine deve considerarsi irrilevante, così come si considera irrilevante l'errore nella formazione della legge (111)] e l'aderenza alla

Tale illazione, tuttavia, sebbene logicamente impeccabile, urterebbe contro la realtà dei fatti. L'esempio di quanto accade in Inghilterra (e su questo c'intratteremo più avanti) è lì a dimostrare l'esattezza della nostra riserva. Riferito, per ora, al diritto comune, il problema ha senso ed importanza notevoli, chè esso diritto ammetteva, come ricorderemo, la consuetudine *contra legem*.

(109) Del resto la *Willenstheorie*, che, per la sua origine romanistica (*tacitus consensus populi*), aveva avuto una grande importanza sotto l'impero del diritto comune, era già abbandonata ai tempi dello ZITELMANN. Nel campo del diritto internazionale essa continuò, però, a dominare ancora a lungo. Fino a ieri si asseriva che la consuetudine internazionale consistesse in un patto tacito fra gli Stati (così CAVAGLIERI, *La cons. giur. internaz.*, Padova, 1907, pp. 13-6; ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, vol. I^o, Roma, 1928, p. 68) e il PERASSI, *Riv. dir. internaz.*, 1917, p. 195 e ss., partendo dalla stessa premessa, poteva scrivere (p. 303) che la *diuturnitas* non forma elemento essenziale della consuetudine internazionale "appunto perchè questa è un atto, cioè un accordo tacito"; cadendo così nello stesso errore commesso or è un secolo dal PUCHTA, per il quale, risiedendo la forza obbligatoria della consuetudine nella coscienza collettiva, nessuna importanza rivestiva l'uso da parte dei consociati. Solo di recente SANTI ROMANO, *Corso di dir. internaz.*, I^a ed., Padova, 1926, p. 49, si è chiaramente liberato da questa tradizionale quanto inesatta concezione. Lo spunto del ROMANO è stato magistralmente sviluppato dal BALLADORE-PALLIERI nel suo bel saggio su *La forza obbligatoria della consuetudine internazionale*, nella *Riv. dir. internaz.*, 1928, p. 338 e ss., il quale, alle pp. 343-4, rileva giustamente come la tesi tradizionale non faccia che "riprodurre nel diritto internazionale a proposito della formazione della consuetudine quella dottrina, la cui erroneità è già stata da lungo tempo rilevata per il diritto interno".

(110) *Op. cit.*, p. 384 e ss. Che il PUCHTA ed il SAVIGNY siano giunti ad opposta conclusione dipende da altri motivi (cfr. ZITELMANN, *op. cit.*, p. 400 e ss.).

(111) *Op. cit.*, p. 395. Conformi GIERKE, *op. e vol. cit.*, p. 168; GENY, *op. cit.*, p. 322. Eppure il PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, 6^a ed., vol. 2^o, p. 76, ricordato dallo ZITELMANN, ha molto acutamente sostenuta la rilevanza dell'errore nella formazione della legge, prospettando il seguente esempio (da lui tratto dal Bay-

realtà del ragionamento e delle conclusioni dell'illustre giurista tedesco (112) hanno subito guadagnato alla sua tesi autorevoli consensi (113). Sebbene la teoria tradizionale resista ancora, almeno nelle formule tramandate per tante generazioni, la dottrina è ormai orientata nel senso di negare ogni rilevanza ad un eventuale errore scoperto a base di una regola consuetudinaria. Il che conduce a sopprimere il tradizionale requisito dell'*opinio necessitatis* (114) o, quanto meno, a conferirgli significato notevolmente diverso da quello usuale (115) e, secondo alcuni, ad affermare che il diritto

risches Landrecht del 1756): se in una legge sono espressamente accolti principi del diritto comune *come tali e perchè tali*; se in prosieguo si accerti che erroneamente il legislatore ha reputato essere quelli principi del diritto comune; ne consegue che i principi legislativamente accolti debbono considerarsi privi di valore, mentre, invece, si dovrà conferire giuridica rilevanza alle effettive regole del diritto comune. Sono evidenti i motivi che rendono poco convincente l'ardita tesi del PUCHTA.

(112) Chè, altrimenti, come fu osservato (cfr. ZITELMANN, *op. cit.*, p. 351; GIERKE, *op. cit.*, p. 168) si sarebbe dovuto abbandonare tutto l'*usus modernus pandectarum*; anzi, addirittura, considerare illegittima, perchè fondata su di un errore (falsa opinione della sua obbligatorietà), la stessa recezione del diritto romano.

(113) Cfr. STOBBE, *op. e vol. cit.*, p. 176 (v. tuttavia, per una restrizione di cui diremo più avanti, la p. 168); REGELSBERGER, *op. cit.*, p. 96 e ss. (anch'esso, tuttavia, con un'acuta limitazione, che esamineremo *infra* nel testo); DERNBURG, *op. e vol. cit.*, p. 61. Per l'Inghilterra v. HATSCHKE, *Englisches Staatsrecht*, I, *Die Verfassung*, Tübingen, 1905, pp. 95-6 (in tema di *common law*). Considera anche FLUMENE, *op. cit.*, p. 75. Incerto e nebuloso SCHUPPE, *Das Gewohnheitsrecht*, ecc., Breslau, 1890, p. 110 e ss.; MOKRE, *op. cit.*, p. 167.

(114) Cfr. FERRARA, *Trattato di dir. civ. it.*, vol. I, Roma, 1921, p. 129 e ss. Il ROCCO, *Principi di dir. comm., parte gen.*, Torino, 1928, p. 144, assume una posizione intermedia, distinguendo, a proposito della *opinio necessitatis*, fra consuetudine vera e propria ed uso sociale. Nè la distinzione, nè la giustificazione del ROCCO ci persuadono, come non ci persuade, pur convenendo nella tesi, l'argomento addotto dall'ASCARELLI, *Appunti di dir. comm.*, 2ª ed., voll. 1-2, pp. 60-5, per negare, sulle tracce del ROCCO, la rilevanza dell'*opinio necessitatis*. Potrà desumere i motivi del nostro dissenso chi legga ZITELMANN, *op. cit.*, p. 364, e PUCHTA, *ivi cit.*; SANTI ROMANO, *Corso di dir. cost.*, 4ª ed., Padova, 1933, p. 302, di cui condividiamo sostanzialmente il pensiero, anche se non accettiamo qualche tesi particolare.

(115) Al requisito subbiettivo dell'*opinio iuris* verrebbe perciò sostituito il requisito oggettivo del contenuto giuridico dell'uso, nel senso che questo debba

consuetudinario è, sempre e necessariamente, fondato su di un errore iniziale (116).

18) Orbene, se si può ammettere che almeno una parte della dottrina, anche prima dello scritto decisivo dello ZITELMANN, non sollevava eccessive difficoltà nel riconoscere l'irrelevanza dell'errore quanto alla formazione della consuetudine in genere; si deve, invece, porre in rilievo che un atteggiamento notevolmente diverso essa assumeva quanto alla formazione ed all'efficacia della *consuetudine interpretativa*, pur ammettendo che il disconoscimento di quest'ultima in caso di errore portava a ledere grandemente tutti coloro, che in essa avevano riposto affidamento; pur aggiungendo che al vantaggio della certezza del diritto sarebbe stato opportuno sacrificare l'esatta interpretazione del medesimo (117).

Così, ad es., il HÜBNER (118), almeno stando a quel che è possibile desumere dalla citazione del SAVIGNY (119), limita il divieto, che egli a torto crede di ravvisare in un noto passo di CELSO, alla sola erronea interpretazione usuale della legge, cui egli nega la forza di diritto consuetudinario; in ciò aspramente criticato dal SAVIGNY (120), il quale rileva non solo che si tratta di una limitazione arbitrariamente introdotta nel testo romano, ma aggiunge che, posta l'irrelevanza dell'errore quanto al sorgere del diritto consuetudinario, non si capisce perchè mai esso errore debba impedire il sorgere della sola consuetudine interpretativa, la quale altro non è, se non una sottospecie della consuetudine in genere (121). La critica del SAVIGNY doveva essere più tardi ripresa dallo ZITELMANN (122), il

consistere nella regola di un rapporto esterno, che cada nella sfera del diritto, e ciò per escludere le pratiche usuali, che rimangono nella sfera della socialità (così, pur non aderendo, il ROCCO, *op. cit.*, p. 145, nota 1 alla pag. prec.).

(116) Così, fra i nostri, il FERRARA, *op. cit.*, p. 131, nota 2.

(117) Fra gli scrittori continentali questo concetto è svolto, sia pure attraverso molte perplessità, dallo SCHUPPE, *Das Gewohnheitsrecht*, ecc., cit., p. 110 e ss.

(118) *Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner*, p. 164.

(119) *Sistema*, vol. I, cit., pp. 188-9, nota g.

(120) *Loc. cit.*

(121) Così, esplicitamente, STOBBE, *op. e vol. cit.*, p. 176, che la considera una *species* della consuetudine derogatoria; WÄCHTER, *Pandekten*, vol. I, cit., p. 109, n. 2, che però ci sembra in contraddizione con quanto successivamente sostiene.

(122) *Op. cit.*, pp. 409-10.

quale causticamente osservò che con la sovra accennata distinzione si sarebbe pervenuti alla seguente, assurda conseguenza: che si avrebbe avuto valido diritto consuetudinario quando gli utenti avessero seguito una determinata pratica ritenendola per errore obbligatoria, *senza pensare ad un dato articolo di legge*; mentre, invece, non si avrebbe avuto valido diritto consuetudinario *quando l'obbligatorietà fosse stata per errore desunta da un dato articolo di legge*. Risultato assurdo, questo (ripete il citato scrittore), perchè, sia che si interpreti falsamente una norma esistente, sia che si ritenga esistente una norma, che invece non esiste affatto, l'errore è, in entrambe le ipotesi, il medesimo, chè in ambo i casi si reputa legge, quella che in realtà non è tale.

19) Senonchè, se da un punto di vista puramente logico non si può non accedere alle considerazioni dianzi esposte, devesi, d'altro canto, riconoscere come una notevole parte della dottrina abbia spesso tentato di differenziare la consuetudine interpretativa dalla consuetudine in genere, o per meglio dire, di restringere il campo della sua efficacia. Così, ad es., alcuni opinano che all'errata *interpretatio usualis* debba conferirsi *vim legis* solo quando l'errore abbia avuto per oggetto una legge oscura, di difficile intelligenza; non quando si tratti di un errore manifesto sovra una legge chiara (123). Altri ancora pensano che debba conservarsi efficacia all'errata *interpretatio usualis* soltanto quando il suo mantenimento rappresenti un risultato utile per la collettività; risultato che andrebbe perduto ristabilendo l'impero della legge scritta, ormai antiquata, forse, ed inutilizzabile; quanto meno, allorchè sia indifferente il ristabilimento dell'esatta interpretazione, chè, in tale ipotesi, si preferirebbe tutelare le aspettative dei consociati (124).

Autorevoli scrittori (125) hanno senz'altro qualificato arbitra-

(123) In questo senso MÜHLENBRUCH e THIBAUT (citt., dal WÄCHTER, *Gerichtsgebrauch*, cit., p. 433), i quali riconoscono l'efficacia dell'*usus fori* soltanto nel caso di lacune della legge [*usus fori praeter legem*, potremmo scrivere] e nel caso di errata interpretazione di una legge, il cui senso sia assolutamente dubbio. Su questa limitazione dell'*usus fori contra legem*, v. *infra*, nel testo.

(124) V. ampia trattazione in SCHUPPE, *loc. cit.*; SAVIGNY, PUCHTA, cit. dallo ZITELMANN, *op. cit.*, pp. 407-8.

(125) ZITELMANN, *op. cit.*, p. 410; GIERKE, *op. cit.*, p. 168.

rie le sovra riportate distinzioni e, da un punto di vista strettamente logico, esse sono senza dubbio tali. Nondimeno, esse possiedono un certo rilievo, non indifferente per vero, che ora tenteremo di illustrare.

Devesi ricordare, infatti, che la distinzione fra legge chiara e legge oscura, fra errore manifesto o meno, non sempre è stata priva di rilevanza nell'ambito del diritto processuale (126). Già il diritto romano, scriminando le sentenze date *contra ius constitutionis* (che si ritenevano nulle, cioè, inesistenti) dalle sentenze date *contra ius litigatoris* (che si ritenevano semplicemente appellabili), non faceva rientrare nella prima categoria tutte le sentenze viziate da errore di diritto relativo alla premessa maggiore, giacchè l'errore di interpretazione relativo ad una legge oscura non era considerato [almeno secondo il comune insegnamento dei moderni studiosi del processo romano] come errore *contra ius constitutionis*. Tale orientamento aveva una base politica, costituzionale, in quanto mirava ad impedire che il giudice sconfinasse dalla sua sfera d'azione e si trasformasse in un legislatore. Ed infatti, sino a quando esso giudice errava nell'interpretazione di una legge oscura, egli agiva, sia pure errando, in qualità di giudice; mentre invece, quando negava forza ed autorità ad un chiaro precetto stabilito dal diritto oggettivo, egli si poneva in aperta ribellione di fronte alla legge, egli non agiva in qualità di giudice e, per la mancanza in lui di tale qualità, le sue pronunce venivano a perdere ogni efficienza giuridica.

La dottrina del diritto comune, italiano e tedesco, pur dando alla nullità un significato radicalmente diverso [non più inesistenza, ma, soltanto, impugnabilità in grado maggiore del normale], accolse formalmente alcune regole poste dal diritto romano, ammettendo in tal modo la nullità della sentenza per violazione di legge chiara, ma non ammettendo quella per falsa interpretazione di legge oscura (127). V'ha di più: perdutosi con l'andar del tempo il concetto politico che stava alla base della distinzione romana e sostituitovi, per influsso del diritto canonico, un criterio d'equità, si giunse a

(126) Per la trattazione che segue attingiamo allo studio del CALAMANDREI, *Error*, ecc., p. 144 e ss., già più volte cit. V. anche, dello stesso autore, *La cass. civ.*, vol. I^o, cit., p. 46 e ss.

(127) Cfr. CALAMANDREI, *Error*, ecc., cit., pp. 90-1; 147 e ss.



negare vigore irretrattabile alla pronuncia del giudice quando essa avesse portato con sè i segni indubbî della propria ingiustizia. Con altre parole, riducendosi l'autorità della cosa giudicata ad una semplice presunzione di giustizia, tale autorità veniva a cessare ogniqualvolta la presunzione poteva, in modo indubbio, dimostrarsi infondata; e la sentenza doveva ritenersi nulla tutte le volte che l'esistenza di un errore si palesava con tale evidenza, da "*offuscare et confundere illam praesumptionem* (128) „. Così, alla regola del diritto romano, per la quale era nulla la sentenza data *contra ius constitutionis*, si sostituisce nel diritto comune la regola che la sentenza è nulla *ex capite notoriae iniustitiae*. E la *nullitas notoria*, che, secondo alcuni statuti, poteva esser fatta valere *per viam exceptionis* anche decorso il termine per proporre la nullità *per viam principalis petitionis*; che la dottrina annoverava fra le nullità *iuris naturalis*; poteva ben essere considerata dai nostri giureconsulti come insanabile (129).

Orbene, trasportando questi concetti nel campo dell'interpretazione usuale, non si può dire che essi siano del tutto privi di valore giuridico, come (e illustreremo ciò più avanti) non si può certo dire che essi siano sprovveduti d'importanza nella teoria inglese dei precedenti obbligatori. Anche nell'ambito di ordinamenti, che riconoscano la consuetudine *contra legem*, nessuno si sognerà di conferire efficacia vincolante a quell'interpretazione usuale, che legga *bianco* là dove nel testo di legge sia scritto materialmente *nero*. È inutile, in ipotesi estreme di tal sorta, far ricorso a criteri giuridici per sostenere l'opposta tesi; dire che ogni distinzione è arbitraria: qui bisogna far ricorso a *criteri politici* e concludere che, se il legislatore può tollerare un errore da parte del giudice, non può tollerare una sua *aperta ribellione* al testo di legge, perchè esso legislatore non può in tal caso volere che il giudice usurpi le sue funzioni. Quindi, per l'ipotesi estrema di un *usus fori contra literam legis*, per così dire, si può, a nostro parere, tranquillamente affermare che esso non ha *vim legis*, chè il giudice non è tenuto ad osservarlo. Ciò appunto per quel motivo politico, non traducibile in una precisa

(128) V. ancora CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 153 e ss.

(129) Cfr. sempre CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 157 e ss.; *La cass. civ.*, vol. 1^o, p. 192 e ss.

formula giuridica e, perciò appunto, necessariamente vago ed indistinto. Prescindendo, tuttavia, da ipotesi estreme di tal genere (rare a verificarsi, naturalmente, e formanti un'aperta ribellione alla legge), si può con lo ZITELMANN e con il GIERKE affermare che ogni distinzione nell'ambito degli errori d'interpretazione deve assolutamente scartarsi, appunto perchè manca quel motivo politico, che impone, negli altri casi, una diversa soluzione.

20) Un ragionamento sostanzialmente analogo può ripetersi anche a proposito della seconda restrizione dianzi accennata, secondo cui l'*interpretatio usualis* avrebbe *vim legis* solo quando l'errore interpretativo avesse ingenerato una norma conforme alle esigenze della collettività. Pare a noi che possa ricondursi in quest'ordine di idee anche l'acuta tesi prospettata dal VANGEROW, dal THÖL e, per ultimo, dal REGELSBERGER (130) (che li cita), i quali tutti ragionano nel seguente modo: l'errata interpretazione può esser sorta ed essersi diffusa nell'opinione che il legislatore abbia stabilito una data norma contraria agli interessi della collettività. Con altre parole, *ci si piega* all'ipotesica volontà del legislatore, sebbene si sia persuasi dell'inidoneità del risultato; mentre, ove, si fosse rettammente interpretata la volontà del legislatore, si sarebbe pervenuti ad un risultato conforme alle esigenze ed alla coscienza della collettività. In altri casi, invece, l'interpretazione è turbata dal *desiderio* di pervenire ad un determinato risultato favorevole alla collettività; sì che l'interprete è portato a leggere nel testo quel che esso non dice, ma che, tuttavia, soddisfa la sua coscienza giuridica. Secondo gli autori sovra citati, nel primo caso l'*interpretatio usualis* non avrebbe efficacia vincolante, nel secondo sì.

Orbene, da un punto di vista strettamente logico, ha piena ragione la dottrina dominante allorchè sostiene che anche questa seconda distinzione deve considerarsi arbitraria. Eppure anch'essa riveste la sua importanza, giacchè, se così non fosse, gli ordinamenti a base consuetudinaria si cristallizzerebbero in forme forse più antichate di quelle legali. Con altre parole, se è vero che la consuetudine è diritto, essa resta tale anche se sia radicalmente mutato l'ambiente in cui deve venir applicata, fino a tanto che non sia sorta una consue-

(130) *Pandekten*, citt., pp. 96-7.

tudine a lei contraria. Ma i primi atti creativi di questa nuova consuetudine saranno necessariamente illegittimi e nulla vieta che questi primi atti illegittimi siano proprio sentenze di giudici, i quali si rifiutino di applicare consuetudini ormai antiquate per adeguarsi, invece, ai tempi. Da un punto di vista giuridico essi commettono un illecito; da un punto di vista politico, invece, il loro comportamento è più che giustificabile, chè, altrimenti, continuerebbero ad avere valore regole ormai morte e sepolte. E deve notarsi inoltre che quanto ora diciamo non è il frutto di un ragionamento astratto: esso si fonda, invece, su di una constatazione di fatto, e cioè su quanto avviene in Inghilterra nell'ipotesi di irrazionalità sopravvenuta della consuetudine, tema, questo, che affronteremo brevemente più innanzi.

Insomma la concezione accolta dagli scrittori citati riposa sovra una constatazione di fatto, che ha valore più di qualsiasi ragionamento e che sola può assicurare alla consuetudine, là dove riveste una funzione importante, l'adeguamento ai tempi. Ed, infatti, fra un testo di legge antico, che, rettamente interpretato, corrisponde ai bisogni moderni, ed un'errata interpretazione usuale che a detti bisogni non corrisponda, il giudice sarà necessariamente, fatalmente portato a preferire il primo, anche se la seconda sia assurta al grado di una consuetudine derogatoria vera e propria.

21) Comunque, prescindendo dalle sovra accennate distinzioni, è certo che, almeno per l'ipotesi in cui l'interpretazione usuale sia divenuta consuetudine in senso stretto; è certo - dicevamo - che non si può nemmeno dubitare della sua efficacia sotto l'impero del diritto comune. Riconoscendosi, infatti, allora, piena validità alla consuetudine *contra legem* (131), che però alcuni tenevano netta-

(131) Quanto al progressivo affermarsi della consuetudine *contra legem* v. BRANDILEONE, *Lezioni*, cit., p. 329 e ss.; SCHUPFER, *op. cit.*, pp. 185-7 298; SAVIGNY, *Sistema*, cit., vol. I, pp. 168-9; BRUGI, *Il trionfo del diritto comune in Italia*, nei *Nuovi Saggi*, cit., p. 63, nota 10. Per la Francia cfr. LEBRUN, *La coutume*, cit., pp. 62-3; 114-19. E' naturale che la disputa circa la validità o meno della consuetudine *contra legem* fosse alimentata dai contrastanti passi delle fonti romane (in ispecie dal passo di Giuliano, l. 32, § 1, D, l. 3, e dalla cost. di Costantino C. 2, C. 8, 52), per conciliare i quali innumeri tentativi vennero compiuti. Vedine una rassegna critica nello scritto di V. SCIALOJA, nell'*Arch. giur.*, vol. 24, 1880, p. 420 e ss. Sebbene la recente critica romanistica miri a dimostrare l'in-

mente separata, a questo proposito, dalla desuetudine (132), ne conseguiva che dovesse essere rigorosamente osservato l'*usus fori*, anche quello *contra ius*, com'è, del resto, esplicitamente riconosciuto da alcuni scrittori (133). Nè occorre (come non occorre per la con-

validità per diritto classico della consuetudine *contra legem* e sollevi dubbi persino quanto alla sua efficacia per diritto giustiniano [cfr. STEINWENTER, *Zur Lehre vom Gewohnheitsrechte*, negli *Studi in onore di Bonfante*, vol. 2, Milano, 1930, p. 419 e ss. (specie p. 437) e SOLAZZI, *La desuetudine della legge*, *Arch. giur.*, 1929, vol. 102, p. 3 e ss., *passim* (conclusione alla p. 26), non v'ha dubbio che, per diritto comune, essa consuetudine fu efficacissima, perchè, come scrive il RICHERI, *Universa civilis et criminalis jurisprudentia*, ecc., 2^a ed. torinese, 1824, § 391, p. 156, "ut iam pluries diximus, eadem consuetudinis vis est, ac ipsius legis (V. anche MANTICA, cit. *infra*)". Tale conclusione si giustifica ancor meglio quando si pensi che il rinascimento del diritto romano, considerato come un corpo di regole obbligatorie, può senza dubbio ritenersi un fenomeno basato sulla consuetudine (cfr. ZITELMANN, *op. cit.*, p. 364; GIERKE, *op. cit.*, pp. 37 e 168; DERNBURG, *op. cit.*, p. 8; STOBBE, *op. cit.*, pp. 168-9; WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 2; BRUGI, *op. cit.*, p. 61; LEBRUN, *op. cit.*, pp. 62-3). Del resto in Inghilterra il diritto romano ed il diritto canonico, per quelle parti in cui sono stati ricevuti, sono considerati diritto consuetudinario. Così BLACKSTONE, nei suoi celebri *Commentaries*, vol. 1, pp. 69-70. Per l'esame di alcuni problemi storici riguardanti l'influsso del diritto canonico in Inghilterra v. ora THORNE, nella *Columbia Law Review*, v. 33 (1933), fasc. 3.

(132) Per la critica di tale distinzione cfr. V. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 423; v. anche SAVIGNY, *op. cit.*, p. 205; SOLAZZI, *op. cit.*, p. 3. Tuttavia essa ebbe gran voga, talchè, mentre in tempi più recenti venne ammessa la consuetudine *contra legem*, restò sempre discussa l'efficacia della desuetudine (cfr. CALAMANDREI, *Error*, ecc., cit., p. 84). Così lo STRYKIO, *Usus modernus pandectarum*, vol. 14 dell'edizione fiorentina, 1841, riconosciuta (discorso preliminare, § 33) la consuetudine *contra legem*, non ammette (§ 34) che per il solo non uso la legge cada nel nulla. "Unde si intra mille annos nemo in Germania condidisset testamentum; quis diceret eo ipso testandi licentiam in Germania esse sublatam? (§ 35) Aliud omnino obtinebis, si non de non usu, sed de contrario usu disquisiveris.,

(133) Cfr. MANTICA, *Vaticanæ lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, Roma, 1513, Tomo I, libro I, tit. 17 (p. 41 e ss.), nn. 20-21 ("interpretatio a consuetudine recepta perinde habetur ac si in lege esset descripta."); 22 ("... interpretatio a consuetudine recepta debet observari, quamvis non sit congrua."); 50 ("... si consuetudo interpretatur contra iuris dispositionem, debet esse praescripta."). Quanto allo *stylus curiae* v. in STRYKIO, *Opera omnia*, cit., vol. I, Disp. 23, Cap. VII, nn. 19-23, citazioni di dottori che ammettevano e di dottori che negavano la validità sua ove fosse *contra legem*.

Non ha avuto seguito la tesi del HÜBNER (v. SAVIGNY, *op. cit.*, pp. 188-9; SCIALOJA, *op. cit.*, p. 426), che limitava il divieto contenuto nella citata costituzione di Costantino alla sola *interpretatio usualis contra legem*.

suetudine in genere) *l'animus inducendi consuetudinem*; per modo che il fatto che *l'usus fori* fosse sorto in seguito ad erronea interpretazione della legge nulla toglieva alla sua efficacia (134).

Possiamo dunque scrivere *communis error facit ius* e, ricollegandoci al caso concreto dal quale siamo partiti, possiamo affermare che male fece la Rota romana (come male fece, più tardi, il *Reichsgericht*) a trascurare del tutto l'errata interpretazione usuale per ristabilire l'esatto significato delle fonti romane. A questa errata interpretazione doveva essere conferita rilevanza giuridica, così come viene conferita ad ogni regola consuetudinaria (135), sia essa sorta,

(134) Lo SCIALOJA, *op. cit.*, pp. 424-5, ritiene giustamente priva di fondamento la tesi della Glossa, secondo cui la consuetudine vincerebbe la legge quando il popolo la usa *ex certa scientia* e non quando la usa *ignorans*. Già ACCURSIO, da lui citato, rilevava che con questa tesi "*melioris conditionis esset populus delinquens quam innocens*". Eppure, nell'ambito della consuetudine *contra legem* più che altrove si è per lungo tempo richiesto *l'animus inducendi consuetudinem*, che sarebbe escluso nell'ipotesi di erronea interpretazione usuale. Così, in una delle sentenze del *Reichsgericht* onde mosse lo ZITELMANN, *op. cit.*, pp. 336-7, sta scritto che l'interpretazione usuale *contra legem* è vincolante solo se intrapresa con l'animo di violare la legge. Così, nel campo del diritto canonico, da SUAREZ fino alla promulgazione del *codex iuris canonici*, la dottrina di gran lunga dominante richiede questo *animus* per la validità della consuetudine (v. ricca letteratura in TRUMMER, *Die Gewohnheit*, ecc., cit., pp. 115-7). Anzi, una parte della dottrina persiste in questo atteggiamento, sebbene il can. 28 del *codex* soltanto per la consuetudine *praeter legem* richieda che *scienter servata sit*. L'estendere per analogia tale norma alla consuetudine *contra legem* è un grave errore: a) perchè, se si spiega che il legislatore richieda l'elemento intenzionale là dove i fedeli vogliono sottoporsi ad un nuovo vincolo, questo fatto non ci autorizza a richiedere tale elemento ove si tratti d'infrangere o d'indebolire un vincolo preesistente; b) perchè con l'estensione analogica del can. 28 si giungerebbe all'assurda conclusione di favorire la consuetudine *contra legem* sorta, per così dire, dalla mala fede. Su tutto ciò cfr. TRUMMER, *op. cit.*, pp. 117-23, e BERTOLA, *Note sulla dottrina canonistica della consuetudine*, nella *Riv. it. per le sc. giur.*, 1930, p. 515 e ss.

(135) Non ha nessuna importanza il fatto che da una certa epoca in poi (come abbiamo ricordato dianzi, al n. 2) la dottrina si affannasse a mettere in luce l'errore interpretativo in cui era caduta la giurisprudenza. Il conflitto fra dottrina e giurisprudenza non è bastevole ad impedire da solo il sorgere di una consuetudine, come, con argomenti fragili, afferma il LEBRUN, *op. cit.*, pp. 275-7. Anche ammesso che la dottrina colga nel segno, come si può negare valore di consuetudine ad una regola, che la curia da decenni, anzi da secoli continua ad applicare? E' naturalissimo che la collettività, prescindendo da ogni disquisizione giuridica, creda soltanto all'evidenza dei fatti; cioè creda alla forza vincolante

o meno, in seguito ad errore. Ciò tanto più che nella fattispecie non ricorrevano gli estremi per una di quelle limitazioni, che una parte della dottrina pone prima di conferire *vim legis* all'*usus fori*. Non si può certo dire, infatti, che la legge da interpretare fosse una legge chiara; meglio, non si può affermare che il giudice avesse *volontariamente* posto una regola nuova, usurpando così le funzioni del legislatore. Non si può nemmeno sostenere che la nuova interpretazione fosse contraria alle esigenze politico-legislative del tempo; chè, anzi, com'è stato acutamente osservato, negare il fondamento testuale della distinzione fra servitù continue e servitù discontinue non significa negare la sua utilità. Tanto è vero ciò, che il nostro legislatore [il quale non poteva essere all'oscuro di una disputa protrattasi per centinaia di anni] ha accolto senz'altro tale distinzione nel codice civile.

Insomma, la Rota romana, ristabilendo l'impero del diritto giustiniano e rifiutandosi di applicare il diritto comune, non solo ha violato il regolamento gregoriano, ma è giunta all'assurda conclusione di sottoporre le servitù discontinue ad una norma, che non aveva più valore prima della codificazione e che non ha valore nemmeno dopo la codificazione. Essa ha, insomma, applicato alle servitù medesime una regola, *che da tempo aveva cessato di essere diritto e che non è più ritornata ad esser tale*.

Stando così le cose, non è possibile attribuire all'ultimo, fugace orientamento della Rota romana tanta importanza, da modificare addirittura, sul punto da lei deciso, il diritto comune. Pur essendo vero che la giurisprudenza doveva interpretare, applicare il diritto romano, non per ciò possiamo alle ultime sentenze (o, meglio, alla retta interpretazione in esse contenuta) annettere, per così dire, valore retroattivo, e decidere alla loro stregua tutte le fattispecie,

di quella norma, che la giurisprudenza pratica ha sempre osservato e continua ad osservare nonostante l'opposizione dei dottori [quanto alla diversa autorità, nelle varie epoche, delle opinioni dottrinali, cfr. BRUGI, *op. cit.*, pp. 86-91; SCHUPFER, *op. cit.*, p. 665; CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 91; GIERKE, *op. cit.*, pp. 180-1; LEBRUN, *op. cit.*, p. 97]. Non bisogna dimenticare, inoltre, che i dottori, i quali oppugnavano la regola bartoliana, miravano più che altro a ricostruire l'esatto senso delle regole romane; mentre glossatori e postglossatori erano invece, per così dire, dei civilisti, i quali non si peritavano di sforzare il significato delle fonti pur di giungere a risultati soddisfacenti e consoni con l'epoca in cui vivevano.

in cui si deve applicare il diritto comune. Questo perchè, accanto al diritto romano, la giurisprudenza doveva tener conto delle diverse consuetudini, fra cui anche di quelle contrarie alla legge, poco importa se sorte in seguito ad erronea interpretazione.

II

22) Prescindendo dall'influenza perturbatrice dell'interpretazione usuale, è chiaro che, non essendo la sentenza emanata in *applicazione* del diritto romano una sentenza creativa di diritto, è perfettamente inutile domandarsi se essa fosse, o meno, retroattiva. Escluso che [come accadde invece nella fattispecie, da cui siamo partiti] esistesse una consuetudine contraria (e poco importa che si trattasse di una consuetudine interpretativa), la giurisprudenza poteva sempre ristabilire il retto significato della legge, e non v'ha dubbio che la nuova interpretazione poteva senz'altro applicarsi anche a fattispecie prodottesi sotto l'impero del passato, erroneo orientamento giurisprudenziale.

La questione, invece, si trasforma allorchè ci troviamo in presenza di sentenze, che possono veramente considerarsi formative, costitutive di diritto. Tale, ad es., può senza alcun dubbio ritenersi, come abbiamo già ricordato (1), la sentenza germanica medievale, in cui gli scabini dovevano essi formulare la norma da applicare al caso concreto.

Può considerarsi tale anche la *formula* del pretore romano, cui, come si è visto dianzi, molti assimilano sotto questo riguardo la sentenza germanica? Uno scrittore a questo proposito molto criticato, lo SCHULTZE (2), spingendo all'estremo il parallelismo, da molti riconosciuto, tra sentenza germanica e formula pretoria, afferma audacemente che la formula deve considerarsi produttiva di diritto anche quando concessa in applicazione del *ius civile*. Partendo dalla premessa che il pretore, pur non essendo in grado di mutare le leggi [cioè di *sostituire* nuove leggi alle precedenti], può non osser-

(1) V. *retro*, n. 9, in fine.

(2) *Privatrecht und Process*, ecc., cit., p. 375 e ss.

vare il *ius civile*, concedendo tutela là dove questo tace o negandola là dove questo la concede (3), lo SCHULTZE conclude nettamente nel senso che il *ius civile* non sia *fonte formale* per il pretore (4). Sempre ed in ogni caso il pretore avrebbe *creato* diritto (sia pure per il caso concreto soltanto), attingendolo alla sua coscienza subbiettiva, all'*aequitas*, in base alla quale poteva anche ritenere accette le norme del *ius civile* (5).

Si deve subito notare, però, che questa concezione non ha trovato séguito e che essa è stata anche di recente respinta dal BETTI in un suo magistrale scritto (6). Per il BETTI, infatti, la *iurisdictio* del pretore, considerata nei suoi rapporti con il *ius civile*, ci presenta un atteggiamento duplice e ben differente, a seconda che essa sia rivolta all'attuazione pura e semplice di tale diritto, ovvero espliciti il potere discrezionale di concessione o di denegazione della tutela giuridica. Nel primo caso il pretore esercita un'attività meramente *dichiarativa*, ed è perciò esattamente designato quale *nudus minister legum*, quale *lex loquens*, quale *viva vox iuris civilis*. Nel secondo caso, invece, in cui il pretore fa uso dei suoi poteri discrezionali, senza essere in alcun modo subordinato ai criterî del *ius civile*, egli esplica un'attività di un genere del tutto opposto, che ben può qualificarsi legislativa.

Come si vede, dunque, il BETTI, sulle orme, del resto, della dottrina più seguita, distingue due tipi di *iurisdictio*, e *iurisdictio libera* egli chiama quella, nella quale il pretore fa uso del potere discrezionale testè rilevato, che a lui deriva non già da una pretesa delegazione legislativa (*lex Aebutia*), ma dall'*imperium* stesso del magistrato (7). Resta, dunque, escluso, secondo la dottrina oggi

(3) P. 383.

(4) P. 391.

(5) Pp. 92, nota 1; 237-8; 359; 363; 415. Sull'*aequitas* cfr. anche p. 390. Per la dimostrazione testuale che il *ius civile* non sarebbe fonte formale per il pretore cfr. p. 399.

(6) *La creazione del diritto nella "iurisdictio", del pretore romano*, negli *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, p. 64 e ss. (v. pp. 71-2). Conforme BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Milano, 1932, p. 36.

(7) Il BETTI, *op. cit.*, p. 73, scrive recisamente che tale potere discrezionale ha, di contro al *ius civile*, la portata di una vera funzione legislativa (in quanto il pretore è capace di derogare, nel caso concreto, alla *lex* e alle altre fonti di

accettata, che la formula fosse produttiva di diritto quando concessa in applicazione del *ius civile* (8).

23) Ci si può, invece, domandare se essa formula potesse considerarsi tale allorchè veniva concessa in conformità con una prescrizione dell'editto. È chiaro che la risposta a tale domanda dipende dalla precisazione dei rapporti intercorrenti tra editto e formula, e cioè dalla determinazione della figura dell'editto.

Già il WLASSAK aveva sostenuto che gli editti, ancor prima della redazione adrianea, sono da porsi sullo stesso piano delle leggi, dei senatoconsulti e delle altre fonti di diritto, traendone la conseguenza che perciò la posizione della formula in rispetto all'editto deve considerarsi identica alla sua posizione in rispetto alla *lex* (9); che ad essa formula non vennero mai attribuiti carattere ed effetti di norma giuridica (10).

Sostanzialmente alle stesse conclusioni è pervenuto ora il nostro BETTI, il quale, mentre riconosce che i formulari inseriti nell'albo in epoca più antica (anteriamente, cioè, alla *lex Aebutia*) debbono considerarsi semplicemente come programmi di *iurisdictio*, come raccolte di massime di pratica giudiziaria, che non avevano virtù di creare un vero vincolo giuridico, perchè il magistrato, nel corso della giurisdizione, poteva pur sempre discostarsi dai criterî preannunciati (11); afferma, invece, nettamente (12) che “ nei commenti dei giuristi classici, anche anteriori alla nota codificazione adrianea

quel diritto), intendendo tale espressione non già in senso positivo (chè tale potere non è fonte di *ius civile*), ma in senso negativo, in quanto, per virtù di esso potere, il pretore è collocato, praticamente, al disopra del *ius civile*. Sul potere discrezionale concepito quale esercizio di prerogativa magistratuale v. le belle pagine dello stesso BETTI, *op. cit.*, p. 114 e ss.

(8) Così anche BIONDI, *op. cit.*, p. 36.

(9) *Edikt und Klageform*, Jena, 1882, p. 40.

(10) *Op. cit.*, p. 45. Alla p. 49 il WLASSAK aggiunge che l'*edictum*, così come la *lex* ed i *mores*, deve considerarsi in primo luogo come fonte di diritto obbiettivo e, in via mediata, di “ subjectiver Berechtigungen und Verpflichtungen „. L'a. cit. ribadisce tutte le proprie conclusioni nel successivo § 8.

(11) *Op. cit.*, pp. 86-7: 95-7. Alla p. 96 il B. compara tali formulari alle moderne circolari od istruzioni, nelle quali si suole ravvisare la forma embrionale dei regolamenti.

(12) P. 94.

dell'editto pretorio, noi troviamo concepiti gli editti quali fonti di diritto con valore e dignità pari alle altre e fatto loro un trattamento in tutto e per tutto analogo e parallelo a quello delle leggi..

Secondo il BETTI, l'editto, che egli definisce "come un'ordinanza normativa di carattere generale, diretta a regolare tutta una categoria astratta di casi possibili (13) .., può paragonarsi al moderno regolamento (14) e sostanzialmente, se non formalmente (15), esso avrebbe creato un "particolare diritto obbiettivo avente vigore per l'anno di carica del pretore edicante (16) .. Il pretore, quindi, sarebbe stato vincolato ad attenersi alle regole enunciate nell'editto (17), come statui, del resto, la *lex Cornelia* del 67 a. C., il che non contraddirebbe con il rilievo che noi ci troviamo in presenza di una manifestazione d'autonomia del magistrato. Ed infatti, secondo il citato autore (18), l'editto si risolveva in una specie di autolimitazione del potere discrezionale, che, almeno in linea di principio, vincolava il pretore per tutto l'anno della sua carica all'osservanza delle regole enunciate (19).

Aderendo a tale tesi si dovrebbe giungere alla conclusione che la formula, come non costituisce creazione di diritto quando concessa in applicazione del *ius civile*, così non è tale quando rilasciata in conformità con una regola edittale; chè l'editto si trova nei suoi confronti, nella stessa posizione della *lex*, anzi, in una posizione più sicura. Ed infatti, mentre il magistrato potrebbe non applicare la *lex*, egli non potrebbe, invece, trascurare una regola

(13) P. 85. Alla p. 89 il B. ricorda come gli editti siano essenzialmente comunicazioni ufficiali rivolte ai cittadini, con le quali il magistrato giurisdicente enuncia, per loro opportuna norma, i criteri cui si atterrà nell'amministrare il proprio *officium iurisdictionis*.

(14) P. 88 e ss.

(15) Dal punto di vista formale anche il B. adotta contraria soluzione. V. *infra*, n. 25.

(16) P. 93.

(17) Pp. 96, 116 (" Il magistrato, nei propri editti, può fissare con efficacia vincolante i criteri cui s'ispirerà nell'adempimento del proprio *officium* ..), 125.

(18) P. 91.

(19) V. la bella nota polemica (3) alle pp. 91-2, in cui il B. ricorda che il potere discrezionale, una volta esplicatosi nell'esercizio della facoltà regolamentare, in quanto si è autolimitato e nella misura dell'autolimitazione si è esaurito e non rimane più come tale.

editto, da lui stesso posta autolimitando il suo potere discrezionale. La formula, insomma, sarebbe creativa di diritto solo quando il pretore concedesse una tutela, che non fosse stata prevista nemmeno nell'editto.

24) Senonchè, la dottrina che ancor oggi sembra dominante determina in diversa maniera la figura dell'editto (s'intende, prima della redazione adrianea) e, conseguentemente, il rapporto tra editto e formula. Già lo SCHULTZE, contrastando quella, che, a sua detta, era a quei tempi l'opinione prevalente, non vuole che, a proposito dell'editto, si parli di una “*magistratische Quasi-Legislation*”, o si usino altri consimili termini approssimativi (20). Atto creativo del diritto è la formula del pretore, concessa per il caso concreto, non già l'editto, chè l'editto non vincola il *iudex*, non vincola il magistrato e neppure concede un diritto alla parte, nè contro il magistrato, nè contro il *iudex*, nè contro l'avversario. Il pretore non è affatto tenuto a rispettare l'editto, che è soltanto “*eine informatorische Verlautbarung von Rechtsinhalt*”. Egli può mettersi in netto contrasto con l'editto, e l'unico rimedio esperibile nel caso di un suo troppo arbitrario comportamento [tale, quindi, da distruggere le aspettative legittime degli interessati] è l'*intercessio* presso un magistrato *paris maiorisve potestatis*, che, però, costituisce un rimedio di natura politica. Vano è pure richiamare, per contrastare tale conclusione, la già citata *lex Cornelia*. È vero che quest'ultima faceva obbligo al pretore di attenersi all'editto nell'esercizio della sua giurisdizione e gli comminava una pena per il caso di inosservanza di tale obbligo; ma è anche vero che essa non conferiva alla parte la possibilità di ottenere un rimedio contro l'arbitrio, sia pure punibile, del pretore (21). Del resto, come accennavamo dianzi, l'opinione che il pretore non fosse vincolato a rispettare il suo editto è oggidì largamente diffusa nella dottrina (22), che ritiene, per questa

(20) *Op. cit.*, pp. 361-2.

(21) *Op. cit.*, pp. 363-5. Dimostrazione testuale alle pp. 366 e ss.

(22) Cfr. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, vol. 2°, parte I, Roma, 1929, p. 209; ARANGIO-RUIZ, *Corso di storia del diritto romano*, Napoli, 1931, p. 125; BIONDI, *op. cit.*, p. 38. Sulla portata della *lex Cornelia* v. BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, nel volume di *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano, 1931, p. 148, nota 1.

e per le altre ragioni da esporsi fra breve, che l'editto non possa considerarsi fonte di diritto.

Ne consegue, adunque, che non l'editto, ma la formula deve reputarsi creativa di diritto; ma, anche ammesso ciò, deve subito porsi in luce che si tratta esclusivamente di *diritto per il caso concreto* (23). Stando così le cose, ne consegue, ad es., che, sebbene in dieci ipotesi identiche il pretore abbia concesso un'azione, nulla gli vieta più tardi di cambiare, per così dire, la sua giurisprudenza, e di negare l'azione in un undicesimo caso, identico ai precedenti e prodottosi, magari, nella stessa epoca degli altri. Con altre parole *il nuovo orientamento del pretore potrà, com'è ovvio, applicarsi anche a fattispecie prodottesi sotto l'impero della tendenza precedente*. È vero che questa si è estrinsecata, sostanzialmente, in concessione di diritto; ma è anche vero che il diritto emanato era tale soltanto per il caso concreto; fatto per cui i terzi non erano legittimati ad invocare uguale trattamento in casi consimili.

La stessa situazione si riproduce oggidì in Svizzera, nelle ipotesi in cui, secondo l'art. 1 del c. c. (1 dic. 1907) il giudice decide secondo la regola, che egli avrebbe emanata come legislatore. Non v'ha dubbio, secondo noi, che in tal caso il giudice, ispirandosi alla sua coscienza, crei veramente diritto (24); ma, evidentemente, trattandosi di diritto creato solo per il caso concreto, nessuno potrà pretendere che una data fattispecie, prodottasi allorchè la giurisprudenza creativa era orientata in quel dato senso, venga decisa in quel medesimo senso, sebbene l'orientamento sia di poi mutato.

25) Alla stessa conclusione, del resto, si deve giungere anche spostando il centro di gravità dalla formula all'editto. Si ammetta pure con il WLASSAK e, oggi, con il BETTI, che la formula non fosse creativa di diritto e che il pretore fosse tenuto a rispettare l'editto.

(23) V., per analogia, quanto, a proposito della *sententia della cognitio* scrive il BIONDI nei suoi *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, negli *Studi in onore di Bonfante*, vol. IV, Milano, 1930, p. 47.

(24) Inutile diffondersi intorno alle questioni relative alla portata dell'art. 1 cod. civ. svizzero. A noi non pare dubbia la potestà creativa del giudice svizzero. In questo senso, recentemente, PERREAU, *Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1933, pp. 41-2.

Non deve dimenticarsi, però, che anche questi autori, allorchè parlano dell'editto come di una fonte del diritto obbiettivo e lo parificano alla *lex*, ai *mores* e così via, enunciano concetti soltanto approssimativi, come essi stessi, del resto, hanno cura di mettere in luce. Così, ad esempio, quando il BETTI parla dell'editto come di una fonte del diritto obbiettivo, egli non dimentica di avvertire che si tratta di un *particolare* diritto obbiettivo, avente vigore solo per l'anno di carica del pretore edicente (25); anzi, ha cura di osservare che, se può parlarsi dell'editto come di una fonte del diritto obbiettivo, ciò è vero solo sostanzialmente, non formalmente. *Formalmente*, le regole edittali non sono che massime di pratica giudiziaria, che “ non costituiscono mai rapporti di diritto sostanziale fra privato e privato in sè e per sè, indipendentemente dall'attività giurisdizionale pretoria. Il costituirsi e lo svolgersi di rapporti di tal fatta è sempre sospeso a questa tacita condizione: *che essi sian fatti valere dinanzi al pretore e da questo riconosciuti nella sua iurisdictio* (26) „. Ne consegue, evidentemente, che, essendosi pro-

(25) *Op. cit.*, p. 93.

(26) *Op. cit.*, p. 92; v. anche pp. 102-3. Da questo punto di vista si può capire come il DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 217, nota 21, scriva che l'attività del magistrato non sia fonte di *ius* [ma è vero che il pretore crea diritto per il caso concreto] e parli di un “ *cosidetto* diritto pretorio „, costituito da una serie di provvedimenti, di misure e quindi di regole. Anche il BIONDI, *Prospettive ecc.*, *cit.*, afferma che “ considerare il *ius honorarium* alla stessa stregua del *ius civile*, come se si trattasse della medesima entità giuridica, salva la diversa fonte, è un errore tradizionale... „; che il pretore *ius facere non potest* (p. 37); che l'editto non vincola nè le parti, nè il pretore di per sè e, quindi, non costituisce diritto sostanziale tra privato e privato indipendentemente dall'attività pretoria (p. 38); che qui siamo nel campo dell'amministrazione, concepita nel senso più largo, anzichè della legislazione, tanto è vero che l'editto nella sua figura tipica (cioè fino al tempo di Adriano) ha durata non indefinita, come le leggi, ma cessa automaticamente appena venga meno la carica del proponente (pp. 38-9); che nell'ambito della giurisdizione pretoria il diritto non c'è, o, per meglio dire, non c'è qualche cosa che possa paragonarsi al *ius civile*. V. anche le pp. 41, 46 e 47, dove esattamente si dice che il diritto del pretore altro non è, se non una serie di ordini concreti. Sui rapporti tra *ius civile* e *ius honorarium* cfr. BETTI, *op. cit.*, pp. 100-8, dove, dopo una suggestiva illustrazione del famoso passo “ *ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia* (D. 1, 1, 7, 1) (p. 106) „, si giunge alla conclusione (p. 107) che il *ius civile* è bensì

dotta una determinata fattispecie sotto l'impero del pretore A, il quale l'avrebbe decisa nel senso *a*, previsto nel suo editto, "se il successore nell'ufficio lascia cadere o varia la disposizione edittale, è alla stregua del nuovo editto e non del vecchio che va giudicata anche la fattispecie prodottasi al tempo del vecchio editto (27)". E ciò appare perfettamente logico: se, infatti, deve ammettersi che le norme dell'*ius civile* non abbiano, di regola, valore retroattivo, poichè il *ius civile* ha un'efficacia immediata ed imprime *ipso iure* e per sempre una configurazione giuridica immutabile ai fenomeni che cadono sotto il suo impero; non può negarsi alle norme di un nuovo editto pretorio un'efficacia, per così dire retroattiva, chè il diritto pretorio non opera automaticamente, immediatamente, ma solo *tuitione praetoris* (28). Ration per cui, una fattispecie prodottasi sotto l'impero del vecchio editto [semplice *lex annua*, si ricordi (29)], ma sottoposta ad un nuovo pretore, cadrà sotto la disposizione del nuovo editto, chè l'editto precedente, essendo mancata la tutela pretoria, non ha conferito alcun diritto sostanziale alla parte. Mentre, insomma, il *ius civile* è un insieme di rapporti di diritto sostanziale, il diritto onorario è un insieme di mezzi di difesa processuale (30), e questo spiega perchè si debba necessariamente giungere a diverse conclusioni in tema di retroattività, per esprimerci ellitticamente, sebbene questo termine non sia, nell'ipotesi esposta, correttamente usato.

rilevante per il diritto pretorio, ma non, viceversa, il diritto pretorio per il *ius civile*. Fra l'uno e l'altro ordine giuridico, insomma, non vi sarebbe rilevanza reciproca, ma rilevanza unilaterale.

(27) Così il BETTI, *op. cit.*, p. 103, seguendo il HRUZA, *Zum röm. Amtsrechte*, pp. 60-1; 52 e ss. (da lui cit.), e argomentando da un passo di Cicerone.

(28) Su tutto ciò v. BETTI, *loc. cit.* V. anche nello stesso senso DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 227, dove si pone in luce che il *ius honorarium* ha efficacia solo attraverso l'opera del pretore e si conclude, perciò, che "le stesse circostanze possono, mutando i magistrati, essere considerate da punti di vista diversi e condurre a conseguenze diverse".

(29) Su questa espressione cfr. DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 208.

(30) Cfr. DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 227 (v. anche p. 215); BETTI, *loc. cit.* Entrambi esattamente scrivono che il rapporto giuridico è soltanto il riflesso dell'azione o di altro mezzo di tutela processuale.

III

26) Se, dunque, il problema della portata nel tempo del diritto giudiziario è di facile risoluzione quando si tratti (come nelle ipotesi dianzi esaminate) di diritto emanato soltanto per il caso concreto, ben altrimenti grave esso si presenta *quando il diritto giudiziario abbia efficacia generale, carattere astratto*, così come la legge. Prima, però, d'iniziare la nostra indagine in proposito è necessario avvertire che ne esulano tutte quelle ipotesi, in cui vere e proprie leggi sono emanate da organi giudicanti, non già - come tali - nell'esercizio delle loro funzioni [e cioè, necessariamente, attraverso la decisione di controversie], ma come organi, cui è delegata una particolare funzione legislativa.

Si pensi, ad esempio, ai notissimi *arrêts de règlement* dei Parlamenti francesi. Questi *arrêts de règlement* avevano dell'*arrêt* la sola forma [chè, evidentemente, i Parlamenti, organi giudiziari, non potevano usare un atto diverso], ma nella sostanza erano vere e proprie leggi obbligatorie per tutti, entro la giurisdizione della corte che li aveva emanati (1). Sta bene che fra ordinanze reali ed *arrêts de règlement* intercedevano delle differenze notevoli, chè questi non potevano avere per oggetto se non materia strettamente giuridica [la materia sociale era dunque esclusa] (2); chè essi potevano essere emanati soltanto per supplire le lacune delle ordinanze o delle consuetudini, cioè non potevano abrogare nè le une, nè le altre (3);

(1) Così GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, il quale mette in luce (vol. IV, Paris, 1891, p. 173; vol. VI, Paris, 1895, p. 274) che questi *arrêts* ebbero da principio per oggetto materie processuali. Le giurisdizioni inferiori (*prévôtés, bailliages, sénéchaussées*, ecc.) non potevano emanare *arrêts de règlement*, ma potevano soltanto fare dei regolamenti interni, riguardanti la polizia delle udienze (GLASSON, *loc. primo cit.*). Questo limitato potere regolamentare spetta ancor oggi alla magistratura inglese. V. *infra*, nota 19 al n. 27.

(2) GLASSON, *op. cit.*, vol. VIII, Paris, 1903, p. 215.

(3) GLASSON, *loc. cit.*; ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 9^a ed., Paris, 1928, p. 530. V. anche LEBRUN, *La coutume*, cit., pp. 109-10, 117-18, e LE BRET, cit. nella nota seguente.

chè essi costituivano soltanto delle “ *lois provisionnelles* (4) „, non nel senso di “ leggi caduche „, (come, p. es., l’editto, *lex annua*), ma nel senso che essi erano emanati nell’attesa di una legge e per farne le veci durante l’attesa (5) e potevano essere sempre annullati dal re, sia puramente e semplicemente mediante un *arrêt du Conseil*, sia mediante un’ordinanza contenente norme in conflitto con quelle del Parlamento (6). Ma queste divergenze, se toccavano la sfera d’influenza e l’efficacia nel tempo degli *arrêts*, non impedivano che sostanzialmente essi dovessero porsi sullo stesso piano delle ordinanze; che si dovesse considerare la loro emanazione come “ *une participation directe au pouvoir législatif* (7) „, che più tardi i giuristi cercarono di fondare sovra reminiscenze romanistiche (*non ambigitur senatum ius facere posse*) e su di una sorta di delegazione da parte del re (8). Che, del resto, questi *arrêts de règlement* non derivassero per nulla dall’esercizio di potestà giurisdizionale, ma dall’esercizio di potere legislativo, è provato dal fatto che essi non erano resi *per* troncane una lite fra due parti (9) e che, anzi, di solito essi non intervenivano nemmeno *in occasione* di un processo (*arrêts en robe rouge*) (10); che essi erano promulgati nelle stesse forme delle ordinanze, talvolta ad epoche fisse (come a Tolosa), assai spesso alla vigilia di grandi feste (11)(12). In questi ed in altri casi consimili (13) ci troviamo dunque in presenza di vere e proprie leggi, rette, quindi, dal principio della irretroattività.

(4) LE BRET, *Traité de la souveraineté*, I, cap. IX, p. 20 [cit. dall’ESMEIN, *loc. cit.*, nota 3, e dallo CHENON, *Histoire générale du droit français public et privé*, vol. 2, fasc. 1, Paris, 1929, p. 362, nota 1], il quale scrive appunto che si tratta di disposizioni emanate “ *par provision seulement* „.

(5) ESMEIN, *loc. cit.*

(6) Così CHENON, *op. cit.*, p. 362.

(7) Così CHENON, *loc. cit.*; GLASSON, *op. cit.*, vol. IV, p. 972; ESMEIN, *op. cit.*, pp. 528-9.

(8) LOYSEAU, *Des seigneuries*, III, 12, cit. dallo CHENON, *loc. cit.*, nota 2. V. anche ESMEIN, *op. cit.*, p. 530.

(9) ESMEIN, *op. cit.*, p. 528.

(10) GLASSON, *op. cit.*, vol. VIII, p. 215.

(11) CHENON, *op. cit.*, p. 363.

(12) La pratica degli *arrêts de règlement* è espressamente vietata dall’art. 5 (*titre préliminaire*) del cod. Nap.

(13) Possono avvicinarsi al caso esaminato nel testo i *Weisthümer* ed i *gemeine Bescheide* del diritto germanico, a proposito dei quali cfr. SCHULTZE,

27) Noi dobbiamo, invece, considerare l'ipotesi in cui una vera e propria sentenza, emanata per decidere un caso concreto, abbia altresì una tale efficacia, per cui le future fattispecie identiche alla prima dovranno essere decise secondo lo stesso criterio; instauri, cioè, una norma generale, avente senza alcun dubbio carattere di legge materiale, cui saranno sottoposte le future controversie (14). Così scrivendo, intendiamo precisamente alludere al sistema

op. cit., pp. 99, nota 1, 117, 179; GIERKE, *op. cit.*, p. 177. Può farsi rientrare in questa categoria la sentenza della nostra magistratura del lavoro in materia di rapporti collettivi del lavoro, la quale sentenza, facendo stato di fronte a tutti gli interessati (art. 17, comma 4, della legge 3 aprile 1926, n. 563), è un comando astratto e si dice avere quindi sostanza di norma giuridica? Come ricorda il ROVELLI, nel suo acuto e pregevole scritto su *La sentenza della Magistratura del lavoro*, negli *Studi Urbinati*, vol. VI, 1932, fasc. 1-2, p. 41 e ss. (cui rimandiamo per la letteratura sul tema), la nostra dottrina ammette senza contrasti la natura legislativa della sentenza [contrariamente a quanto accade in tema di contratto collettivo di lavoro, dove la disputa è ancora viva]; "e, poichè in genere e senza discussione essa considera la sentenza come atto giurisdizionale, si dovrebbe dire che nella dottrina italiana sia pacifica o quasi unanime l'opinione che la sentenza, con cui vengono stabilite nuove condizioni di lavoro, riunisce in sè la natura di atto giurisdizionale e quella di legge in senso materiale". Secondo il ROVELLI, invece (*passim*; v. soprattutto p. 54 e ss.), in riguardo ai singoli datori di lavoro e lavoratori, la sentenza non è comando nè concreto nè astratto; è soltanto il contenuto di un possibile comando astratto e diventa comando astratto per virtù di attività legislativa (esplicata nel cit. art. 17). Il ROVELLI conclude perciò (p. 55) che la sentenza che pone nuove condizioni di lavoro è legge in senso sostanziale e sentenza in senso formale; che essa è vero è proprio atto giurisdizionale ed è, in senso vero e proprio, fonte di diritto [mentre il CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, nella *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 15 e ss., la considera un *fatto semplice*. Per la critica v. *infra* nota 19]; che l'attività giurisdizionale stabilisce il contenuto con efficacia di comando *inter partes* e l'attività legislativa eleva il contenuto a norma positiva con efficacia di comando *erga omnes*. Aderendo a tale seconda opinione non si possono porre su lo stesso piano *arrêts de règlement* e sentenza collettiva, chè i primi, essendo emanati per virtù di delegazione reale, sono senz'alcun dubbio estrinsecazione di potere legislativo, competente, sia pure in via subordinata, all'autorità giudiziaria.

(14) È chiaro che in questa categoria non potrà rientrare la sentenza della nostra magistratura del lavoro. Sebbene questa possieda un'efficacia generale, essa non pone un *principio*, alla stregua del quale dovranno decidersi tutte le future fattispecie identiche alla prima; chè, anzi, altre controversie (sia pure di contenuto e di cause identiche), ma intercedenti fra parti diverse (e cioè fra diverse associazioni professionali), potranno essere decise su la base di criteri del tutto diversi.

dei precedenti obbligatori del diritto anglo-sassone (15), in virtù del quale il principio (*ratio decidendi*) (16) che sta a base delle sentenze emanate dalle corti superiori (17) deve essere obbligato-

(15) Secondo la terminologia americana, sistema dello *stare decisis* L'origine del sistema dei precedenti obbligatori è descritta diffusamente nel recente libro dell'ALLEN, *Law in the making*, 2^a ed., Oxford, 1930, pp. 128-53. Si noti che anche esso ebbe autorità (morale) dapprima in materia processuale (p. 143). Si noti altresì che la forza vincolante (e non la semplice autorità morale) dei precedenti è un prodotto del secolo scorso (p. 150), e ciò per le ragioni che esporremo più avanti. Su la storia dei precedenti v. anche brevi cenni in LEVY-ULLMANN, *Le système juridique de l'Angleterre*, I, *Le système traditionnel*, Paris, 1928, pp. 130-3. I precedenti stranieri (ad es., per l'Inghilterra, quelli scozzesi, nord-americani ecc.) non sono vincolanti, ma costituiscono una fonte materiale (*persuasive source*) di grande importanza. Cfr. HATSCHKE, *Englisches Staatsrecht*, I, *Die Verfassung*, Tübingen, 1905, p. III; GUTTERIDGE, voce *Grossbritannien*, in *Schlegelbergers rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*, vol. 1, Berlin, 1927, p. 83; SCHWARZ, *Das englische Recht und seine Quellen*, nel volume *Das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen*, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1931 (vol. 2^o della collezione *Die Zivilgesetze der Gegenwart*), vol. 1^o, p. 17, dove si ricorda che anche le sentenze del *Judicial Committee of the Privy Council*, che è corte di ultima istanza rispetto alle corti superiori dei *Dominions*, sono prive di forza vincolante rispetto alle corti inglesi, sebbene esse godano di una grande autorità morale. Larga esposizione di questa materia in SALMOND, *Jurisprudence*, 8^a ed., London, 1930, pp. 191-2, che appunto su questa base distingue i precedenti in vincolanti o no (*authoritative* o *persuasive*): i primi sono *legal sources*, gli altri *historical sources*. Si noti però che *legal source* non significa *formal source*: fonte formale è, secondo la teoria austriana, solo *the will of the state*. La *legal source* è una *material source* e si distingue dalla *historical source* perchè è vincolante. Cfr. ancora SALMOND, *op. cit.*, pp. 164-8. Su tutto quanto sopra v. anche POLLOCK, *A first book of jurisprudence*, 6^a ed., London, 1929, p. 343 e ss.

Quanto sopra per i precedenti delle corti di *common law*. Generalmente non si riconosce efficacia vincolante ai precedenti in *equity*. Cfr. ALLEN, *op. cit.*, pp. 392-3; LEVY-ULLMANN, *op. cit.*, pp. 545-8; SCHWARZ, *op. cit.*, p. 15, nota 46.

(16) La forza vincolante non si estende, quindi, ai *dicta* ed agli *obiter dicta*, cioè a quanto è stato detto incidentalmente dal giudice. Sulla precisa contrapposizione di *ratio decidendi* a *ratio legis* cfr. ottimamente AUSTIN, *Jurisprudence*, 5^a ed., vol. 2^o, London, 1885, p. 627.

(17) Non sono vincolanti i precedenti delle *inferior civil courts*. Per le indicazioni delle *superior courts* cfr. SCHWARZ, *op. cit.*, p. 16. Il precedente di una delle *superior courts* è vincolante solo per una corte di grado inferiore a quella, dalla quale il precedente proviene. Ad es. la *Court of Appeal* non è vincolata dal precedente di una sezione della *High Court of Justice* (*King's Bench Division*, *Chancery Division*, ecc.). Le corti di ugual rango non sono l'un l'altra vincolate dai

riamente adottato dalle corti inferiori nella risoluzione di controversie identiche alla prima. È chiaro che questa particolare efficacia del precedente [efficacia derivante da una consuetudine giudiziaria (18) (19)] fa sì che nella sostanza esso precedente, tanto se *origina-*

rispettivi precedenti. In riguardo a questa diversa efficacia dei precedenti obbligatori (*authoritative precedents*), la quale è del tutto relativa, dipendendo non solo dalla corte, da cui i precedenti provengono, ma anche dalla corte, in cui essi vengono addotti, il SALMOND, pp. 192-3, distingue i precedenti in *absolutely* e in *conditionally authoritative*.

(18) Sia ben chiaro che non v'è nessuna norma di legge, la quale conferisca valore di comando astratto alla *ratio decidendi*. Cfr. POLLOCK, p. 322; SCHWARZ, p. 15; SALMOND, p. 170. Sembra a noi che non si debba conferire tale peso alla patente del re Giacomo I^o, che, fra gli autori da noi esaminati, è richiamata dal solo KINKEAD, *Jurisprudence, law and ethics*, New York, 1905, p. 195. Lo stesso JETHRO-BROWN, *The Austinian Theory of Law*, ristampa del 1926, pur affermando, su le orme dell'AUSTIN, che il diritto giudiziario è diritto prodotto per virtù di delegazione sovrana (p. 302), concede (p. 299) che "if the question be asked why is precedent binding in England, I think it a true and usefull answer to say that it is binding because the practice of the Courts has so decided.". In realtà, la forza vincolante dei precedenti poggia sovra una consuetudine giudiziaria; ma chi conferisce forza vincolante a quest'ultima? Gli Inglesi rispondono come risponderebbe la modernissima scuola viennese (e, probabilmente, indipendentemente da quest'ultima), ricorrendo alla norma-base, ai c. d. *ultimate legal principles*, che possono anche ridursi ad uno solo. Il SALMOND, p. 169, si domanda: "... whence comes the rule that Acts of Parliament have the force of law? This is legally ultimate; its source is historical only, not legal... So also (p. 170) the rule that judicial decisions have the force of law is legally ultimate and underived. No statute lays it down. It is certainly recognised by many precedents, but no precedent can confer authority upon precedent. It must first possess authority before it can confer it...".

Del resto, agli Inglesi non è estranea nemmeno la gerarchia delle fonti cara ai Viennesi. P. es., essi trattano nella teoria delle fonti [si noti la collocazione] del diritto (scil. obiettivo) derivante dai *contratti* (*conventional law*), aderendo così alla concezione, ormai penetrata anche in Italia [sia pure attraverso contrasti, che a noi sembrano fondatissimi], dell'unità del comando giuridico. Essi parlano anche di una *autonomic law*, e fanno rientrare in questa categoria le modificazioni allo statuto di una società commerciale [l'atto costitutivo, invece, è fatto rientrare nella *conventional law*], che perciò necessariamente concepiscono come un ordinamento giuridico a sè (cfr. SALMOND, pp. 714-5), così come afferma anche la nostra dottrina più progredita.

(19) Gli autori inglesi distinguono nettamente il diritto creato dai precedenti dal diritto processuale creato dalle corti giudiziarie per virtù di delegazione, e quest'ultimo soltanto, naturalmente, considerano prodotto di un'attività legislativa,

rio, quanto se dichiarativo (20), possa mettersi sullo stesso piano

sia pure subordinata (*subordinate legislation*). V. per tutti AUSTIN, p. 522, che assimila le *regulae praxis* inglesi agli *arrêts règlementaires* francesi, di cui si è parlato a lungo dianzi, considerando questi ultimi "not judicial decisions on specific or particular cases, but general laws or statutes, promulgated by the *parlements* acting as subordinate legislatures".

Un nostro processualista, il CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, nella *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 15 e ss. (v. p. 20 e ss.) ritiene che il precedente anglo-sassone debba considerarsi un fatto semplice e non un atto, chè l'obbligatorietà non discende dalla volontà del giudice, il quale mira soltanto a decidere il caso sottopostogli, pur essendo conscio dell'importanza che può assumere la decisione [ciò è messo in rilievo anche dagli autori inglesi. Cfr. per tutti AUSTIN, p. 538]; fatto giuridico, da cui la "legge" (p. 21) fa derivare, per tutta una serie di casi appartenenti ad una certa categoria, effetti giuridici conformi a quelli fissati nella dichiarazione [sia detto fra parentesi: sarebbe meglio non parlare di "legge", termine equivoco, dato che manca in diritto inglese una norma statutaria sanzionante l'obbligatorietà dei precedenti; e dato che negli altri esempi addotti dal C. (p. es., ipoteca giudiziale, interdizione e così via) ci troviamo davvero in presenza di una norma di legge (in senso stretto). Sarebbe meglio, come è scritto nel testo e nella nota precedente, mettere in rilievo che si tratta di una consuetudine giudiziaria]. Prescindendo da qualche altro problema (v. BETTI, *op. cit.*, nota 2 alle pp. 68-70), la concezione del C. in rispetto alla forza obbligatoria del precedente inglese è appagante. La accoglie anche il ROVELLI (*op. cit.*, p. 60), il quale, invece, l'aveva respinta, come si è visto, in ordine alla sentenza della magistratura del lavoro. Infatti il ROVELLI acutamente osserva come la forza vincolante venga conferita non già alla sentenza, ma al principio (*ratio decidendi*) che la ispira. Ora il principio può essere considerato come un fatto, trasformato dalla consuetudine in norma positiva; non, invece, la sentenza (della magistratura del lavoro), chè essa stessa è immediatamente fonte di diritto obbiettivo *inter partes* (p. 59).

(20) Il conferire un senso piuttosto che un altro a tale distinzione dipende dall'accoglimento dell'una piuttosto che dell'altra teoria in tema di *common law* (su ciò *infra*, nel testo). Fin da ora possiamo dire che sono precedenti originari quelli che instaurano nuove regole di diritto; precedenti dichiarativi quelli che interpretano regole già esistenti (siano esse sanzionate in leggi od in altri precedenti). Anche i *declaratory precedents*, chiamati pure *precedents of interpretation* (v. ALLEN, *op. cit.*, p. 110; sulla loro portata, p. 192), formano diritto, chè la interpretazione in essi contenuta è autentica e, come vedremo, vincolante, entro certi limiti, anche se fondata sovra un errore. A nostro parere, perciò, coglie esattamente nel segno il SALMOND, p. 139, quando afferma che "the distinction between the two kinds turns solely on their relations to the law of the past and not at all on their relations to that of the future. A declaratory precedent, like a declaratory statute, is a source of law, though it is not a source of new law".

della legge, tanto è vero che, accanto alla *common law* (21) e alla *customary law* (22), si parla correntemente di una *case-law*, di una *judiciary law* (*judge made law*) (23), la quale, come vedremo in seguito, costituisce la parte maggiore e più vitale della *common law*.

Orbene, se è vero che un precedente obbligatorio può, nella sostanza, assimilarsi ad una norma di diritto positivo, chè alla sua stregua dovranno decidersi tutti i futuri casi simili; se, d'altra parte,

(21) Una piccola pedanteria, nella quale cascano quasi tutti coloro, che abbandonano lo studio del diritto inglese: deve dirsi "la", *common law* oppure "il", *common law*? Propende per la seconda alternativa il SIOTTO-PINTOR, *Diritto naturale, diritto libero e diritto legislativo nel pensiero di un giurista filosofo americano* (a proposito del libro del prof. ROSCOE POUND, *The spirit of the common law*, Boston, 1921), nella *Riv. int. di fil. del dir.*, 1923, p. 109 e ss. (v. p. 109, nota 1), giacchè *law* significherebbe diritto oggettivo (per contrapposto a *right*, diritto subjettivo). Questo è esatto: v. la interessante trattazione delle *sources of law and sources of right* in SALMOND, pp. 168-9. Sempre secondo il S.-P., *law* non significherebbe mai legge (*statute, act*), e questo è inesatto, come appare da SALMOND, p. 37; v. anche SCHWARZ, p. 5, nota 1 e gli altri aa. ivi citt. Sempre per la seconda alternativa lo SCHWARZ, p. 9, nota 24 (ma in tedesco esiste il neutro). *Contra*, invece, LEVY-ULLMANN, p. 54, nota 1, secondo il quale "on peut employer à son gré le masculin ou le féminin, puisque la langue anglaise comporte l'unité d'article (ma l'argomento non persuade. Diremmo piuttosto: perchè *law* è neutro). Il semble pourtant que, dans la pensée de certains juristes anglais, *common law*, évoque une idée plutôt féminine que masculine. Sir FR. POLLOCK, dans la série des *Lectures* parue sous le titre *The genius of the Common Law* (Columbia University, 1912), qualifie l'objet de son étude *Our Lady, The Common Law*...". Aggiungi che l'ALLEN, p. 176, a proposito del giudice inglese scrive che "he owes a higher obligation to his mistress the law...". Confortati dall'esempio dei giuristi inglesi, adopereremo anche noi il femminile.

(22) Si abbia presente che la *customary law* va nettamente distinta dalla *common law* (SALMOND, p. 216), così come il diritto comune nostro doveva nettamente distinguersi dalle consuetudini locali (per questa analogia cfr. SALMOND, pp. 22-4). *Common law* è *the general custom of the realm* (ma la definizione non ha più senso esatto, oggi, come vedremo); *customary law* è la somma delle *local variations of the general law* (ALLEN, p. 89). Poichè la consuetudine non solo non può essere contro la legge scritta, ma addirittura non deve trovarsi in conflitto con un fondamentale principio della *common law*, si tratta assai spesso di precisare quando vi sia una semplice *variation* e quando un *conflict*. V. ALLEN, p. 90; POLLOCK, p. 281 e ss.; SCHWARZ, pp. 11 e 60. L'anonimo scrittore, che nel *Foro della Lombardia*, 1933, coll. 525-6, nega la distinzione fra *common law* e *customary law*, pecca per lo meno di leggerezza.

(23) Contro questa espressione AUSTIN, p. 532.

è vero che un precedente vincola soltanto le corti inferiori a quella che lo ha emanato, fatto per cui una corte superiore può eliminare o “disapprovare”, (che dir si voglia) (*to overrule*) (24) il precedente riconosciuto erroneo; sorge il seguente, gravissimo problema: *eliminato il precedente erroneo e sostituito ad esso una nuova regola di condotta* [e cioè, in sostanza, sostituita ad una norma di legge una nuova norma di legge], *le fattispecie prodottesi sotto l'impero del precedente disapprovato potranno essere giudicate secondo la nuova regola o dovranno, invece, essere decise secondo la vecchia norma?*

Con altre parole [e il problema è posto proprio in questi precisi termini dagli scrittori inglesi], *il nuovo precedente ha efficacia retroattiva?*

28) Non è possibile iniziare l'esame di questo problema senza vedere prima se sia fondata, o meno, la premessa dianzi posta; se, cioè, la *case-law* sia veramente diritto creato dal giudice.

Dobbiamo ricordare, a questo proposito, che una corrente autorevole nella dottrina inglese, anzi, potremmo dire, la tendenza classica (anche se la meno recente) contesta che i precedenti obbligatori possano equipararsi a norme positive; nega, cioè, che possa parlarsi in senso proprio di un diritto giudiziario a proposito della *case-law*. Secondo questa dottrina, che va sotto il nome di *orthodox legal theory* o di *declaratory theory*, il giudice non creerebbe mai il diritto, ma si limiterebbe soltanto ad accertare in maniera vincolante il diritto preesistente. Presupponendo che la *common law*, e cioè *the general custom of the realm*, sia un ordinamento compiuto *ab initio*, si immagina che essa contenga in sé la regolamentazione di ogni possibile caso concreto; fatto per cui il giudice, anche nell'ipotesi in cui manchi ogni possibile norma positiva (legge, consuetudine, generale o particolare, precedente) è

(24) L'*overruling* è, dunque, un *act of superior jurisdiction*, mentre il *refusal to follow a precedent* è un *act of coordinate, not of superior jurisdiction*. Entrambi si raccolgono sotto il concetto di *disregard of a precedent* (cfr. SALMOND, p. 196). Mette in luce la distinzione fra *overruling* e appello (che si avvicina assai, pur con le debite differenze, a quella fra *Urtheilsschelte* ed appello) lo SCHWARZ, p. 20, nota 76.

reputato dichiarare il diritto preesistente e non già, com'è nella realtà, creare nuovo diritto.

Può considerarsi come il fondatore della teoria ortodossa dichiarativa (per quanto, in verità, egli ne abbia attinto gli elementi a scrittori anteriori (25), il BLACKSTONE (26), il quale appunto, partendo dalla concezione ora esposta sulla *common law*, scrive (27) che i giudici "are the depositary of the laws, the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land"; il quale aggiunge, ispirandosi ora come prima alla teoria della separazione dei poteri (28), che i precedenti non formavano nuovo diritto, ma costituivano semplicemente la prova più autorevole del diritto già esistente (29). Fatto per cui ne conseguiva - e il principio as-

(25) Così SCHWARZ, p. 27.

(26) 1723-80. Dell'influenza dei suoi celebri *Commentaries on the laws of England* (1774) non v'è scrittore di *jurisprudence* (teoria generale) che non s'intrattenga. Per una rapida informazione v. il pregiato lavoro del HOLDSWORTH, *Sources and literature of English law*, (1^a ed. ristampa del 1928, Oxford), pp. 155-61.

(27) *Commentaries*, cit., I, p. 69.

(28) Cfr. HATSCHKE, pp. 101 e 110; SCHWARZ, *loc. cit.* Se il BLACKSTONE scriveva che i giudici inglesi erano gli oracoli viventi del diritto (così come si diceva del pretore romano che esso era *viva vox iuris civilis*), proprio il MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, libro XI, cap. 6 (vedilo cit. dal BETTI, p. 68, nota 2, e dal REDENTI *Intorno al concetto di giurisdizione*, negli *Studi in onore di D. Simoncelli*, Napoli 1917, p. 499) definiva i giudici "la bouche qui prononce la parole de la loi". Ma, prescindendo dall'ortodossa teoria blackstoniana (che, come diremo nel testo, è ai nostri occhi errata), si deve senz'altro affermare che la *case-law* costituisce nella sua sostanza un'enorme eccezione alla teoria della separazione dei poteri (così, giustamente, LEBRUN, *La coutume*, cit., p. 409). Del resto, è bene tener presente che si incorre in un grave errore quando si afferma - come generalmente si fa - che l'Inghilterra è il paese classico della tripartizione dei poteri (in questo errato senso LEBRUN, p. 398). V. la confutazione di questa concezione tradizionale in LEVY ULLMANN, pp. 375-6, dove anche una vivace critica del pensiero di MONTESQUIEU in riguardo all'ordinamento inglese. "Montesquieu a menti!", vorrebbe scrivere il citato autore. Del resto il HATSCHKE, pp. 122-3, non giunge forse ad affermare che "auf englischem Boden hat die Dreiteilung der Gewalten nie eine Rolle gespielt und nie bestanden, daher seit jeher jene Scheidung dem Rechte fehlt...?"

(29) *Op. cit.*, p. 71. Sir George JESSEL (*apud* ALLEN, p. 167), che è bene ricordare, giacchè, nel campo dell'*equity*, egli ammette il potere creativo del giudice, afferma, per la *common law*, che i precedenti sono emanati *in order to establish principles*. E l'ALLEN prosegue commentando incisivamente: "Throughout the whole

surse all'altezza di rigida regola soltanto negli anni successivi - che il precedente, costituendo la prova più certa del diritto, dovesse necessariamente possedere efficacia vincolante, pur se erroneo, eccetto che si trattasse di errore manifesto o di irrazionalità palese. Quest'ultima eccezione (che si avvicina singolarmente con quanto abbiamo ricordato praticarsi per diritto comune nostro, sotto l'influsso del diritto canonico, nell'ipotesi di errore manifesto o di manifesta iniquità (30)), non potrà stupire quando si osservi che, riducendo i precedenti a meri accertamenti della *common law* e raffigurando quest'ultima come *the general custom of the realm*, dovevano necessariamente applicarsi nel campo dei precedenti le stesse regole adottate in tema di consuetudine. Orbene, non sarà mai abbastanza ripetuto, a questo proposito, che il diritto inglese si ispira largamente, in tema di consuetudine, al diritto canonico. Come quello, ad esempio, esso esige che la consuetudine sia immemorabile (31); come quello esso esige, su le orme della nota costituzione di Costantino già più volte richiamata dianzi, che la consuetudine non sia irrazionale (32) (33). E, come si pretende che

application of the law, the principles are primary and the precedents are secondary, and if we lose sight of this fact, the precedent become a bad master instead of a good servant „ Anche l'ODGER, *On the Common Law of England*, 3^a ed., London, 1927, vol. I, p. 62, ritiene che le decisioni giudiziali siano soltanto *evidence of what our unwritten law is*. La frase è del BLACKSTONE, p. 71.

(30) V. retro, n. 19, su le orme del CALAMANDREI.

(31) Sull'immemorabile in diritto canonico e sulla controversia sorta a proposito del can. 5 *cod. iur. can.*, cfr. BERTOLA, *op. cit.*, p. 529; TRUMMER, *op. cit.* p. 94 e ss. Per diritto inglese cfr. SALMOND, pp. 221-4, il quale mette chiaramente in rilievo l'origine canonistica della regola; ALLEN, pp. 91-2, dove si ricorda che una consuetudine, per essere immemorabile, deve risalire all'inizio del regno di Riccardo I (anno 1189) e dove si mettono in luce la curiosa origine di tale prescrizione e le facilitazioni probatorie che ne attenuano il rigore.

(32) Nella costituzione di Costantino a *ratio* va attribuito il senso di *naturalis ratio* (così SCIALOJA, *op. cit.*, pp. 420-1). Sulla *rationabilitas* della consuetudine per l'antico diritto canonico v. per tutti TRUMMER, *op. cit.*, pp. 53-5. Per la grande importanza che questo requisito possedette sotto l'impero del diritto comune (*consuetudo-corrupela*) v. per tutti PATETTA, *Storia delle fonti*, lezz. citt., Torino, 1932, p. 40.

(33) Sulla *reasonableness* della consuetudine in diritto inglese v. la bella indagine dell'ALLEN, pp. 97-104 (considera anche, sullo stesso tema, l'appendice

la consuetudine non sia irrazionale (34); come si voleva che addirittura la legge non fosse viziata da tale difetto per essere vincolante (35); così è logico che si esiga lo stesso requisito anche nel campo

documentata alle pp. 374-92). Nessuna difficoltà presenta l'ipotesi, in cui l'irrazionalità sia tale *ab origine*, chè in questo caso trova piena applicazione la regola *malus usus abolendus est*, che è una delle massime cardinali del diritto inglese. *Quid iuris* allorchè, invece, si tratti di irrazionalità sopravvenuta? quando, cioè, la consuetudine *ab initio* razionale sia divenuta irrazionale semplicemente perchè sono mutati i tempi? A rigor di logica tale consuetudine dovrebbe considerarsi ugualmente valida ed occorrerebbe una legge per abrogarla. Ciononostante accade spesso che le corti si rifiutino di applicare queste consuetudini divenute irrazionali, e l'ALLEN così conclude a questo proposito (p. 104): "In short, custom, once indisputably proved, is law; but the courts are empovered, on sufficient reason, to change the law which it embodies.", Dunque, la consuetudine affetta da irrazionalità sopravvenuta è e resta diritto, cioè resta vincolante; nondimeno le corti possono non applicarla! Tale soluzione è senza dubbio illogica, com'è illogica, l'opinione di quegli scrittori già ricordati dianzi (v. *retro*, n. 20), i quali ritengono che i magistrati non siano più tenuti ad osservare una consuetudine giudiziaria fondata su di un errore allorchè essa consuetudine sia divenuta svantaggiosa per la collettività. Ma illogicità non significa affatto assurdità, almeno in questo campo. Non bisogna dimenticare che, sul terreno della pura logica, il diritto consuetudinario può considerarsi immutabile ed eterno. Con altre parole, ammessa la forza vincolante della consuetudine e presupposta l'impossibilità di modificarla per legge (nell'ipotesi, ad es., che leggi non vi siano e non possano farsene), la consuetudine primitiva durerebbe per l'eternità, ove non intervenisse una serie di atti *illegittimi*, che, in ispreto di quella, desse a poco a poco origine ad una nuova consuetudine. Ecco perchè la *necessità* vuole, sia pure contro la *logica* e lo *stretto diritto*, che il diritto consuetudinario non venga talvolta rispettato. Come talvolta essa consuetudine sorge, o sorgeva, *contro la legge*, cioè attraverso atti illeciti, così essa può venire eliminata attraverso atti illeciti.

(34) Più che di razionalità della consuetudine è bene parlare di non irrazionalità della medesima, il che ha la sua importanza per quanto attiene all'onere della prova. Cfr. ALLEN, p. 97; ODGER, *op. e vol. cit.*, p. 77. V. anche quanto scrive il FLUMENE, *Consuetudine*, ecc., cit., p. 175 e ss.

(35) Per lungo tempo si sostenne dai giuristi inglesi che la legge irrazionale (cioè contraria al diritto naturale) non fosse vincolante. In questo senso proprio BLACKSTONE, p. 41. Oggi è però pacifica l'opinione contraria, derivante dal principio della c. d. supremazia della legge scritta. Lucida trattazione della questione in POLLOCK, p. 267 e ss. Cfr. anche SALMOND, pp. 217-8; LEVY-ULLMANN, pp. 379-80. Un richiamo della tesi blackstoniana nella citata recensione critica del SIOTTO-PINTOR, p. 126. Sintomatico il fatto che anche il diritto canonico riteneva *vana irrita* quelle leggi umane, che urtassero contro il diritto divino o violassero il bene pubblico (così GRAZIANO, cit. dal TRUMMER, p. 65, nota 125).

che c'interessa e se ne induca non essere obbligatorio quel precedente, che sia irrazionale, o, il che fa lo stesso, sia affetto da un errore manifesto (36). Singolare davvero l'analogia di questa situazione con quella, già illustrata dianzi, che si produceva sotto l'impero del diritto comune in seguito alla distinzione fra sentenze date *contra ius constitutionis* e sentenze date *contra ius litigatoris*! Come per diritto romano e per diritto comune nostro non produceva nullità della sentenza (37) l'errore d'interpretazione di una legge non chiara; così per diritto inglese l'errore d'interpretazione che vizia un precedente non toglie ad esso la sua forza vincolante (38). Come per diritto romano e per diritto comune nostro nullità della sentenza avevasi solamente quando il giudice nella sua sentenza si fosse rifiutato di osservare la legge ed avesse negato forza ed autorità obbligatoria ad un chiaro precetto stabilito dal diritto oggettivo (39), e ciò perchè il giudice si poneva in tal caso in aperta ribellione contro la legge; così per diritto inglese (e per la stessa ragione) è privo di forza vincolante il precedente manifestamente erroneo, e cioè emanato in ispreto di una chiara norma di legge, o assurdo, o irrazionale, cioè contrario ad una *cardinal rule* della *common law* (40). La ragione politica è, in entrambi i casi, la medesima: se può

(36) Ci sembra esatta l'impostazione del SALMOND, p. 194: "Unreasonableness is one of the vices of a precedent, no less than of a custom and of certain forms of subordinate legislation". Nonostante ciò, il concetto di irrazionalità è tanto vago, che dottrine irrazionali poterono entrare a far parte della *common law*. Cfr., a proposito dell'assurda regola *actio personalis moritur cum persona*, ALLEN, pp. 196-9. Sull'irrazionalità dei precedenti v. anche HOLLAND, *The elements of jurisprudence*, II^a ed., Oxford, 1910, p. 70.

(37) Non sarà mai abbastanza ricordato, su le orme del CALAMANDREI, cit. *retro*, n. 19, che il concetto di nullità della sentenza è, per diritto comune, radicalmente diverso che per diritto romano.

(38) Così nettamente ALLEN, p. 176.

(39) V. naturalmente CALAMANDREI, *Error*, ecc., cit. pp. 145-7 e *passim*.

(40) Scriveva il BLACKSTONE, p. 70: "The doctrine of the law then is this: precedents and rules must be followed, unless stally absurd or unjust... Come questo, è classico il *dictum* del giudice PARKE (riportato dall'ALLEN, pp. 151 e 175): i precedenti sono vincolanti "where they are not plainly unreasonable and inconvenient...". L'ALLEN dal canto suo aggiunge alla p. 175 che "a precedent which ignores or misconceives a clear and positive rule of law is no precedent...", così come il BLACKSTONE, *loc. cit.*, aveva scritto che in questo caso vi era non già *bad law*, ma *not law*.

conferirsi efficacia ad una sentenza affetta da un errore d'interpretazione, poichè il giudice, pur errando, ha sempre agito nell'ambito delle sue funzioni; nessuna efficacia può darsi ad una sentenza, che si ponga in netto contrasto con il diritto obbiettivo, che lo trascuri addirittura, chè, in tal caso, si legittimerebbe l'intromissione del giudice nella sfera d'attività riservata al legislatore. Non basta: l'analogia fra diritto inglese e diritto comune nostro apparirà ancora più netta quando si pensi che in quest'ultimo, alla regola del diritto romano, per la quale era nulla la sentenza data *contra ius constitutionis*, si sostituì la regola che la sentenza è nulla *ex capite notoriae iniustitiae* (41); se si osserva che, in virtù di tale regola, è distrutta l'autorità della cosa giudicata tutte le volte che l'esistenza di un errore si palesi con tale evidenza, da "*offuscare et confundere illam praesumptionem*" (42) „; se si aggiunge che qualche autore inglese fonda l'autorità dei precedenti proprio sovra l'autorità della cosa giudicata (43). Singolare analogia, dicevamo dianzi; ma l'accostamento qui tentato fra diritto comune nostro e diritto inglese per quanto riguarda da un lato l'efficacia della sentenza, dall'altro l'autorità dei precedenti, non parrà strano quando si pensi all'identità degli scopi perseguiti dai due ordinamenti per delimitare il potere del giudice (44); quando si pensi che sovra entrambi ha esercitato un influsso notevolissimo il diritto canonico.

29) Lo stesso BLACKSTONE ammetteva esplicitamente che il togliere efficacia ai precedenti assurdi o manifestamente erronei costituisce un'eccezione al principio, in virtù del quale il precedente

(41) Cfr. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 157. V. retro, n. 19.

(42) CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 153, e autori ivi citt.

(43) Così SALMOND, p. 198.

(44) Il CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 161-3, parla, sia pure con molta cautela, di una tendenza del diritto comune volta a trattare diversamente l'*error in iudicando* a seconda del grado della sua imputabilità. Ebbene, questo stesso criterio è addotto dal SALMOND, pp. 197-8, per spiegare l'autorità vincolante dei precedenti affetti da errore d'interpretazione. Egli nota, infatti, che i giudici hanno in tal caso violato la legge *per inavvertenza* [non deliberatamente, come quasi sempre nell'ipotesi di precedente palesemente erroneo od assurdo], e che perciò non deve essere tolta forza vincolante alla loro decisione. Ritorniamo più oltre su tale concezione, quando parleremo della consuetudine *contra legem* nel diritto inglese

doveva sempre considerarsi prova della *common law*; ma quest'eccezione, almeno ai nostri occhi, è perfettamente giustificata ove la si ricollegli all'analogo atteggiamento del diritto inglese in tema di consuetudine ed, anche, in tema di legislazione (45). Dove l'ortodossa teoria dichiarativa manifesta invece - almeno a nostro parere - tutta la sua debolezza, si è nel fatto che, nonostante le sue premesse, essa deve necessariamente riconoscere forza vincolante anche ai precedenti erronei, quando, s'intende, l'errore non sia manifesto. Non v'è bisogno davvero di spendere molte parole per dimostrare come questa conclusione, indubbiamente esatta, mal si concili con le premesse fissate dalla *declaratory theory*. Ed infatti, se è vero che il precedente si considera come una prova della *common law* (o, in altre ipotesi, come una determinazione esatta del significato di una legge); se è vero, inoltre, che *per questo motivo* gli si attribuisce forza vincolante; non si riesce a capire come mai il giudice inferiore debba seguirlo anche quando egli offra la prova più sicura dell'erroneità che inficia il precedente medesimo. È, questa, ai nostri occhi, un'obiezione che i seguaci della dottrina classica, numerosi un tempo, non riescono a superare; chè anzi, quando essi si sforzano di vincerla, ricorrono ad argomentazioni talvolta ridicole. Se ne vuole un esempio? L'ALLEN, dopo aver esattamente sostenuto che il precedente affetto da errore manifesto o da irrazionalità palese deve considerarsi privo di forza vincolante, aggiunge (46): "If this be true, it can only mean that at bottom the Judge follows binding authority only *if and because it is a CORRECT statement of the law* [e fin qui tutto va bene, dal punto di vista della teoria dichiarativa]. In almost all cases it is, to him, a correct statement of the law *because it is not for him to set up his own opinions against a higher authority*... Senza commenti!

La verità si è, almeno a nostro parere, che la teoria dichiarativa, la quale, fra l'altro, è in netto contrasto con la realtà più lampante [giacchè negare la funzione creativa del giudice inglese significa negare la luce del sole], deve considerarsi fondamentalmente errata; e ciò perchè errato, anzi inesistente, è il presupposto, su cui essa

(45) Oggi soltanto nel campo della *subordinate legislation*.

(46) P. 176.

riposa: la compiutezza della *common law*, concepita come un sistema perfetto *ab immemorabili* e contenente in sè la regolamentazione per tutti i possibili casi concreti. Questo presupposto deve, infatti, considerarsi errato e da un punto di vista storico e da un punto di vista dommatico.

Da un punto di vista storico è pacifico [ciò è riconosciuto anche dai seguaci della teoria dichiarativa (47)] che la *common law* è per gran parte frutto dell'attività dei giudici (48), i quali, specie dopo la disintegrazione della *curia regis* (49) e l'istituzione delle tornate di *nisi prius* (50), più che applicare la consuetudine preesistente, assai spesso imposero il loro punto di vista, sia ricorrendo a diritti stranieri, sia giudicando arbitrariamente, compiendo così un'opera d'integrazione, e, quel che più conta, sotto l'aspetto giuridico, anche di selezione, che sola poteva attuare l'uniformità del diritto nel regno (51).

Deve, dunque, respingersi nettamente la concezione tradizionale, che faceva della *common law the general custom of the realm* e dirsi che essa *common law* per gran parte non è costituita da diritto popolare, ma da diritto giudiziario (52),

(47) V. per tutti ALLEN, pp. 83-4.

(48) Cfr. LEVY-ULLMANN, pp. 56-7, che definisce la *common law* "un corps de règles judiciaires basé sur un très vieux fond coutumier ...", traducendo così le parole del JENKS, Introd. alla 17ª ed. dei *Commentaries* di STEPHEN, 1922, vol. Iº, p. 21, che scrive a questo proposito: "It is a judge-made law, made out of ancient native custom ...".

(49) LEVY-ULLMANN, p. 91 e ss. È palese l'analogia con la disintegrazione della magistratura romana.

(50) Cfr. LEVY-ULLMANN, pp. 120-21.

(51) Quest'opera di selezione, la cui importanza, dal punto di vista concettuale, supera quella di creazione, è messa bene in luce da un seguace contemporaneo della teoria ortodossa, il GUTTERIDGE, nel saggio cit. dianzi, pp. 79 e 83.

(52) La concezione tradizionale è ripetutamente combattuta, fra i recentissimi, dal SALMOND, secondo il quale (p. 207) "the common law is essentially case law, not customary law ...". V. anche pp. 187 e 225. Il HATSCHKE, p. 97, ricorda che secondo il COKE (su la cui opera v. HOLDSWORTH, *op. cit.*, p. 140 e ss.) la consuetudine non poteva sorgere senza il permesso (*allowance*) del giudice; chè, anzi, egli definisce la consuetudine come *common reason*, ma del giudice, non del popolo [affiora dunque anche qui la distinzione fra *Juristenrecht* e *Volksrecht*]. COKE concede tuttavia che, per l'epoca anteriore, anche la "convinzione" dei nobili fosse giuridicamente rilevante; ma giustifica tale ammissione facendo osservare che i

da diritto imposto talora dai giudici *contro* la consuetudine esistente (53).

30) Come da un punto di vista storico la critica della concezione tradizionale della *common law* e della dichiaratività del precedente si presenta facile e decisiva, non meno decisiva sembra ai nostri occhi la critica anche se condotta su di un terreno rigorosamente dommatico. L'*orthodox legal theory* non si attende nemmeno a porre in dubbio che in realtà il giudice, nelle ipotesi assolutamente non previste dal diritto preesistente, espliciti un'attività creativa; e nemmeno dubita, quindi, in sostanza, dell'effettiva incompiutezza della *common law*. Ciononostante essa afferma che, sul terreno giuridico, tale attività deve considerarsi meramente dichiarativa.

Appare evidente che tale contrasto insanabile fra realtà e teoria non può comporsi (se così si può dire) che con un solo rimedio: con quello stesso, precisamente, con cui si nega ancor oggi che creativa sia l'attività del giudice continentale; e cioè con il ricorso ad una *finzione* giuridica (54). Insomma, la teoria ortodossa *finge* che la *common law* sia un sistema compiuto *ab initio*, in base al quale si può sempre risolvere ogni controversia; e, da questa premessa, contrastante con la realtà storica, logicamente induce la funzione meramente dichiarativa del giudice (55).

nobili avevano anche funzioni giudiziarie. V., sempre in HATSCHKE, p. 98, la definizione della *common law* ad opera di BRACON.

(53) Per questo motivo non ci sembra del tutto esatta l'affermazione del BETTI, *op. cit.*, p. 104, che la *common law* sia diritto nazionale, l'*equity*, invece, diritto magistratuale. Esatta, invece, la comparazione che egli fa della prima con il *ius civile*, della seconda con il *ius honorarium*. Infatti quest'ultimo è, come l'*equity*, il prodotto dell'esercizio di una prerogativa magistratuale (cfr. BETTI, p. 114); ed il *ius civile*, proprio come la *common law*, è in parte prodotto anche dell'attività giudiziaria, la quale, com'è magistralmente esposto dal BETTI (§ 6, ed in specie p. 98), forniva l'impulso a consuetudini che, mancando ancora la redazione di editti (e quindi la possibilità di un *ius honorarium*), entravano a far parte del *ius civile*.

(54) V. *retro*, n. 8.

(55) V. per tutti GUTTERIDGE, *op. cit.*, p. 79; GENY, *op. cit.*, pp. 425-6. Serrata critica in HATSCHKE, p. 105. Del resto, è bene ricordare che la teoria dichiarativa inglese, la quale (si tenga presente) è un prodotto della fine del 18° secolo

Ora, che questa finzione sia storicamente un non senso non v'ha bisogno di provare dopo quanto abbiamo scritto dianzi. Aveva perfettamente ragione il BENTHAM allorchè la qualificava puerile (*childish fiction*) e coglieva nel segno l'AUSTIN (56) quando concludeva che, sulla base di questa finzione, "judiciary or common law is not made by them [i giudici], but is a miraculous something made by nobody, existing, I suppose, from eternity, and merely declared to time from time by the judges,..". Senonchè, si tratta di vedere ora se questa critica, storicamente ineccepibile, sia anche giuridicamente esatta.

Dianzi (57) non siamo stati alieni dall'ammettere che il giudice continentale moderno espliciti una funzione meramente dichiarativa del diritto. Ciò perchè l'ordinamento legislativo si può considerare compiuto, in quanto norme come il nostro art. 3 disp. prel. lo dotano di una forza di espansione logica, *imponendo* il ricorso all'analogia, *legis e iuris*. Insomma, in base all'art. 3 si *finge* compiuto quell'ordinamento, che tale non è; si pone come attività dichiarativa quella che, invece, è creativa.

Perciò, il quesito che noi dobbiamo risolvere in ordine al diritto inglese è il seguente: *si può, nell'ambito di questo ordinamento, ricorrere al sotterfugio giuridico, di cui si fa uso in riguardo al nostro ordinamento? Con altre parole: la finzione della teoria ortodossa possiede una, sia pur fragile, base giuridica?*

Che anche il giudice inglese faccia ricorso all'analogia, *legis e iuris*, è una verità incontestabile (58). È vero, in altre parole, che,

(BLACKSTONE), trova dei precedenti notevoli nella concezione dei giuristi francesi dell'epoca intermedia. Non v'ha dubbio che, nell'epoca feudale, le sentenze dei giudici francesi potevano creare diritto (per la dimostrazione v. LEBRUN, *La coutume*, cit., pp. 39-42); ma gli autori successivi giustificarono l'obbligatorietà di tali sentenze facendo ricorso alla nota finzione (LEBRUN, pp. 43-4). Per la sentenza durante l'epoca monarchica cfr. sempre LEBRUN, pp. 95-7 e 259, dove il ricorso alla finzione vien messo in particolare luce.

(56) I, p. 102.

(57) V. *retro*, n. 8.

(58) Il HATSCHEK, p. 104, rileva assai bene che, mentre il nostro giudice, quando fa uso del metodo analogico, procede dal generale al particolare, il giudice inglese, invece, passa dal particolare al particolare, il che è una conseguenza del sistema dei precedenti obbligatori. Il nuovo caso, ove se ne estragga la *ratio decidendi*, ingenera una nuova regola astratta, "einen neuen, nicht ausgesprochenen

trovandosi di fronte ad uno dei c. d. *cases of first impression* (59), egli cercherà di deciderlo *on principle* (60). Già BACONE (61) scriveva che i giudici sogliono procedere “*vel per processum ad similia, vel per usum exemplorum, licet in legem non coaluerint, vel per iurisdictiones quae statuunt ex arbitrio boni viri et secundum discretionem sanam*...”. Non si deve però credere che nel sistema anglo-sassone il procedimento analogico abbia quell'enorme importanza, che esso indubbiamente riveste, attraverso opportuni espedienti, nel nostro sistema. Ciò è confermato, indirettamente, dalle regole che valgono in Inghilterra per l'interpretazione della legge. Bisogna ricordare, a questo proposito, che il domma, oggi indiscusso, della *supremazia della legge scritta* (62), è riuscito ad affermarsi soltanto dopo lunghe lotte (63), sicchè ancor oggi permangono tracce dell'antica concezione, la quale, ritenendo della stessa natura com-

und deshalb unbestimmt bleibender genereller Satz... Il fatto che la regola sia inespressa ed indefinita spiega come e perchè la *common law* possa essere continuamente mutevole.

(59) Che non possono, cioè, decidersi *on authority*; per giudicare i quali, in altre parole, non può ricorrersi ad una norma legale o consuetudinaria e neppure ad un precedente.

(60) Cfr. SCHWARZ, pp. 27, nota 113; 28, che riscontra nella seguente caratteristica la distinzione fra diritto giudiziario e diritto legislativo: mentre il legislatore può porre discrezionalmente la norma che più gli piace, tale discrezionalità mancherebbe al giudice. Il criterio distintivo può lasciare qualche dubbio. Esatto, invece, di certo, il seguente criterio, ben presente ai giuristi inglesi, che seguono la teoria costitutiva: mentre il diritto legislativo è diritto indipendente dalla sua applicazione, il diritto giudiziario diviene diritto solo attraverso la sua applicazione. Così, ottimamente, SALMOND, pp. 171-2, il quale alle pp. 200-2 espone interessanti considerazioni su la possibilità di decidere una questione *on principle*. Assai importante anche la nota *r* alla p. 202, dove l'a. ripete che anche i c. d. *precedents of interpretation* sono creativi di diritto. Infatti contengono un'interpretazione autentica. Parlano espressamente di interpretazione autentica a proposito dell'efficacia vincolante dei precedenti CAMMEO, *Il diritto comparato e l'unificazione legislativa nella società delle nazioni*, nella *Riv. dir. comm.*, 1919, 1, p. 295; *Le azioni dichiarative nel diritto inglese e nord-americano*, negli *Studi in onore di Chiovenda*, citt., p. 205; GERLAND, *Die Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwicklung in England*, Berlin und Leipzig, 1910, p. 21.

(61) *Apud ALLEN*, p. 168.

(62) Vedine l'ampia trattazione del LEVY-ULLMANN, pp. 359-85.

(63) Per l'evoluzione storica cfr. HATSCHKE, pp. 97-100.

mon law e statute law (64) e considerando la prima un sistema più progredito della seconda, giungeva alla conclusione che quest'ultima dovesse reputarsi soltanto un *emendamento* della prima (65). Il che comporta ancor oggi l'ulteriore illazione che la legge non soffra altra interpretazione, che non sia *stricti iuris* (66). P. es., il SALMOND (67) ammette che con l'interpretazione logica il giudice possa colmare un'omissione della legge. Così - egli scrive - se il legislatore si propone esplicitamente di regolare in una sola norma due casi analoghi e, invece, effettivamente, ne regola uno solo, il giudice può colmare tale lacuna attraverso l'interpretazione logica. Occorre, tuttavia, perchè questo procedimento sia ammissibile, che l'omissione sia tale, da rendere la legge incompiuta da un punto di vista logico (*logically incomplete*). "Non basta", - scrive il SALMOND - "che il legislatore abbia pensato più di quanto abbia detto, che egli non abbia espresso tutto il suo pensiero. Se quanto è scritto appare logicamente compiuto (cioè esprime una singola, intelligibile e compiuta idea), i tribunali non hanno competenza per occuparsi di qualche altro argomento, cui il legislatore può aver pensato, ma sul quale egli non si è pronunciato. I tribunali debbono applicare la lettera della legge, e perciò essi possono arrearcarle

(64) Il che appare ottimamente lumeggiato dal HATSCHEK, p. 98, il quale ricorda come l'unica differenza fosse ravvisabile non già nella sostanza, ma nella maggiore o minore *facilità della prova*. V. anche LEVY-ULLMANN, p. 377. Apparirà logico l'accomunamento di *common law* e di *statute law* quando si pensi che non soltanto la prima, ma anche la seconda hanno fondamento giudiziario. Il parlamento non era forse concepito come una *high court of justice*? Cfr. HATSCHEK, p. 98, ed ampia trattazione in LEVY-ULLMANN, pp. 373-6.

(65) V. per tutti HATSCHEK, p. 100. Fra gli scrittori americani cfr. LEWELLYN, cit. *infra*, p. 5.

(66) Questa è una delle famose "rules to be observed concerning the construction of statutes", formulate dal BLACKSTONE, *op. e vol. cit.*, p. 87. Cfr. anche LEVY-ULLMANN, pp. 377-9; GERLAND *Probleme des englischen Rechtslebens*, Leipzig, 1929, pp. 12-3. Chi abbia presente la famosa "lotta per il diritto", svoltasi in Italia, ricorderà che gli usi e le leggi locali erano in un primo tempo considerate cosa irregolare. Bisognava provarle, mentre non v'era bisogno di provare il diritto romano. Inoltre erano di stretta interpretazione (cfr. per tutti SCHUPFER, *op. cit.*, p. 298). Altra analogia - inevitabile, diremmo - fra diritto inglese (anch'esso diritto comune) e diritto comune nostro.

(67) P. 184.

delle alterazioni e annetterle delle aggiunte quando ciò sia necessario per rendere possibile la sua attuazione, ma non possono fare niente di più „.

Da quanto sovra esposto risulta dunque chiaramente che già l'interpretazione logica della legge ha in Inghilterra una funzione di gran lunga minore che in Italia; lì bisogna quasi sempre dar peso esclusivo alla lettera, qui invece è lecito passar oltre la lettera e ricorrere all'interpretazione estensiva (67 bis). E, se vietata appare in Inghilterra, salvi i casi di incompiutezza logica, l'interpretazione estensiva, nessuno metterà in dubbio che vietato deve intendersi pure il ricorso al procedimento analogico.

31) Orbene, quanto vale per l'interpretazione della legge vale anche, sia pure in maniera più ridotta, per l'interpretazione della *common law*. Non che qui sia vietata l'interpretazione estensiva o il ricorso all'analogia, chè l'uno e l'altro procedimento sono, anzi, espressamente consigliati dagli scrittori; ma gli è che - e qui sta il punto decisivo - per quanto riguarda il ricorso all'analogia si tratta di un puro e semplice *consiglio*; fatto per cui il giudice, trovandosi di fronte ad un caso impossibile a decidere *on authority*, potrà, anzi - chè applicare la regolamentazione già adottata in un caso simile, decidere secondo il suo arbitrio, sia pure secondo il suo prudente arbitrio (68).

(67) bis) In Inghilterra, insomma, ha vigore una norma tradizionale contraria al nostro art. 3, comma 1°, preleggi, che consente invece il ricorso all'intenzione del legislatore. Cfr. anche HATSCHEK, p. 103.

(68) Il SALMOND, p. 203, scrive recisamente: "...it must be remembered that analogy is lawfully followed only as a guide to the rules of natural justice. It has no independent claim to recognition. Wherever justice so requires, it is the duty of the courts, in making new law, to depart from the *ratio iuris antiqui*, rather than servilely to follow it."

Sull'arbitrio del giudice v. HATSCHEK, p. 112, che, sotto questo punto di vista, ravvicina la posizione del giudice inglese a quella del giudice germanico medievale. Infatti lo SCHUPFER, op. cit., p. 192, ricorda che gli scabini giudicavano secondo la loro coscienza giuridica e che certo essi non sentivano il bisogno di riferire o di adattare la regola, che avevano rinvenuto, a quelle già conosciute, e nemmeno cercavano di derivarla da principi generali. Sul prudente arbitrio (*sound discretion*) cfr. ODGER, p. 60.

Basta, invero, questo rilievo per dimostrare che, anche da un punto di vista dommatico, la finzione su cui riposa la teoria dichiarativa manca di ogni fondamento. Poichè il ricorso all'analogia non è obbligatorio [e non è obbligatorio in quanto manca la norma che lo imponga]; poichè è possibile tenere in non cale la *ratio iuris antiqui*, noi dobbiamo inferirne che il domma della compiutezza della *common law* è del tutto privo di base, in quanto non esiste la norma di chiusura, che tale compiutezza assicuri attraverso una finzione di diritto. Errano, dunque, i sostenitori della teoria dichiarativa quando giustificano l'arbitrio del giudice nel decidere *cases of first impression* con l'affermare che esso giudice porta la *common law in petto*. Tale finzione è priva di base giuridica, in quanto manca la necessaria norma di chiusura. E che manchi la norma di chiusura dimostrano proprio gli stessi seguaci della teoria ortodossa quando, in ultima analisi, consentono al giudice di "colmare la lacuna", attraverso il ricorso a sistemi giuridici *stranieri* (69). Si può, dunque, a nostro parere, tranquillamente scrivere che nella *common law* esistono delle lacune (70) e che, pertanto, l'attività del giudice volta a colmarle è un'attività creativa di diritto. V'ha di più: gli stessi seguaci della teoria ortodossa, allorchè vengono a precisare quale diritto sia quello che i giudici "dichiarano", nei *cases of first impression*, debbono necessariamente riconoscere che si tratta soltanto del diritto naturale (71) e con questo, ci sembra, ammettono implicitamente che l'attività del giudice debba considerarsi creativa, così come, se non altro da un punto di vista sostanziale, è creativa di diritto l'attività delle nostre giurisdizioni d'equità (72).

(69) V. per tutti GUTTERIDGE, p. 83.

(70) Così, esplicitamente, HATSCHKE, p. 154.

(71) Che altro sono quei "principles of reason, morality and social utility", cui allude l'ALLEN, p. 178 e ss. (v. anche p. 204)? Ciò era stato espressamente riconosciuto dal HOBBS (cit. per esteso apud ALLEN, p. 146). Cfr. anche HATSCHKE, p. 154; BRUNNER, *Sources of English Law*, p. III (nei *Select Essays in Anglo-American legal history*, vol. 2°, Cambridge, 1908). Aspra affermazione del principio accolto nel testo in SALMOND, pp. 167-8; 199-200; 202-4.

(72) Così, ottimamente, il CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, I, Padova, 1926 p. 20 e ss. I giudizi d'equità rientrano nella categoria dei processi dispositivi (o costitutivi in senso stretto) (p. 27), in cui il giudice sostanzial-

32) Per tutte queste ragioni può dirsi ormai con assoluta sicurezza che la teoria ortodossa vada perdendo terreno ogni giorno più, almeno nel campo della dottrina, e che oggi si debba, sempre nello stesso campo, considerare prevalente la più realistica teoria costitutiva (73).

Senonchè, pure ammesso ciò, non bisogna dimenticare che negli ambienti forensi la dottrina ortodossa continua ad essere circondata da grande rispetto (74) e che lo stesso sistema dei precedenti, per quanto riguarda il fondamento giuridico della sua forza obbligatoria, riposa sulla teoria blackstoniana. Ed, infatti, bisogna aver presente che solo nel secolo scorso venne riconosciuta efficacia giuridicamente (e non solo moralmente) vincolante ai prece-

mente agisce da legislatore (p. 30), in quanto esso è libero per la posizione della regola d'equità (23) [La sentenza d'equità non è impugnabile per quanto riguarda la sua sostanza. Cfr. anche DONATI, *Lacune*, cit., p. 314. In argomento anche BIONDI (P.), *In tema di potere discrezionale del giudice*, nella *Riv. dir. proc. civ.* 1928, I, p. 228 e ss.]. Il CARNELUTTI fa esattamente notare (pp. 20-1) che anche in questo caso equità è la giustizia del caso singolo [cfr. in tal senso AUSTIN, p. 581: "equity as meaning arbitrium"; "equity as the arbitrary pleasure of the judge"]. Conforme al CARNELUTTI, ora, MIGLIORI *op. cit.*, p. 343. In posizione nettamente contraria CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni d'equità*, negli *Studi sul processo civile*, vol. 2°, Padova, 1930, che contrappone all'equità individuale l'equità generale (pp. 21-22) ed equipara quest'ultima al diritto (p. 24). Secondo il CALAMANDREI, la norma che richiama l'equità innalza quest'ultima a fonte formale di diritto (pp. 25-7), facendo sì che le sentenze dei giudici debbano considerarsi dichiarative e non costitutive. Ma, anche ammesso, in ipotesi, che il richiamo legislativo valga a salvare la formale compiutezza dell'ordinamento legislativo e a porre (attraverso una finzione) come dichiarativa quell'attività che senz'alcun dubbio è creativa, ciò non tocca la sostanza delle cose, tanto bene illustrata dal CARNELUTTI. In Inghilterra, poi, dove non esiste norma di chiusura e dove non esiste richiamo legislativo, è priva di ogni base anche la finzione.

(73) Cfr. in questo senso SALMOND, pp. 187-90; HATSCHKE, pp. 96-7; 101-110; 112; KINKEAD, pp. 201-3; LLEWELLYN, cit. *infra*, pp. 26 e 64; ATKINSON, voce *Vereinigte Staaten von Amerika*, nel cit. vol. I del dizionario dello SCHLEGEL-BERGER, p. 677; LEVY-ULLMANN, pp. 130-1; SCHWARZ, pp. 27-8; GERLAND, *Einwirkung*, ecc., cit., p. 20 e ss.; *Probleme*, ecc., cit., p. 14 e ss. Si noti che in *equity* la teoria costitutiva è sempre stata riconosciuta esatta. Dalle citazioni effettuate in precedenza emergono i nomi di alcuni autori, che ancor oggi seguono la teoria dichiarativa.

(74) Per un'interessante applicazione di tale teoria per quanto riguarda la competenza rispettiva dei giudici e dei giurati cfr. SALMOND, pp. 204-6.

denti giudiziali, i quali acquistarono tanta considerazione appunto perchè BLACKSTONE li aveva qualificati come *evidence della common law*. Stando così le cose, è chiaro che la teoria dichiarativa e la pratica giudiziaria che ad essa s'ispira non avranno dubbî nel risolvere il problema, che ci siamo prospettati dianzi: *che accada nell'ipotesi di overruling (disapprovazione) di un precedente da parte di una corte superiore a quella che lo ha emanato. Il nuovo precedente, sostituito a quello disapprovato, avrà efficacia retroattiva? cioè, potrà applicarsi anche a fattispecie che, prodottesi sotto l'impero del precedente anteriore, non sono state per anco giudicate?*

La risposta non può essere dubbia - dicevamo - dal punto di vista della teoria ortodossa: poichè il precedente non costituisce diritto, ma soltanto accertamento del diritto, ne risulta che l'*overruling* non può giuridicamente qualificarsi come un'abrogazione (cioè come una sostituzione di nuovo diritto a vecchio diritto), ma come una semplice *eliminazione* di ciò che pareva, ma non era effettivamente diritto; eliminazione dovuta ad una migliorata interpretazione della legge preesistente. Fatto per cui ne consegue - logicamente, da un tal punto di vista - che all'*overruling* si attribuisce efficacia retroattiva, in quanto si ammette che il nuovo precedente possa applicarsi anche a fattispecie prodottesi sotto l'impero del precedente eliminato.

33) Non v'è bisogno di spendere nemmeno una parola per dimostrare la manifesta iniquità di tale risultato. Non stupirà, quindi, la nostra affermazione che già da qualche tempo va facendosi strada nel mondo anglo-sassone, e specialmente in America, una tendenza volta a mitigare, quando non addirittura ad annullare, la retroattività dell'*overruling*, che comporta "hardship ad mischief in the impairment of contract and property rights acquired in reliance on the earlier decision", come ammonisce un anonimo scrittore della *Columbia Law Review* (75), dalla cui diligente nota estraiamo le indicazioni che seguono.

Si è cominciato con l'affermare fin dalla prima metà del secolo

(75) *The theory of the judicial decision as influenced by the effect of an overruling decision*, nella *Columbia Law Review*, IX, 1909, pp. 163-5.

scorso (76), intaccando così profondamente la teoria ortodossa (pure accolta in via di principio), che i diritti dell'acquirente di buona fede in una vendita giudiziale non potevano essere pregiudicati se posteriormente veniva a cadere la sentenza, in base alla quale egli aveva comperato; regola, questa, talvolta strettamente confinata all'ipotesi di vendita giudiziale, tal'altra, invece, estesa anche all'avente causa da una parte vincitrice in giudizio (77). Attraverso varie vicende giudiziali, che qui sarebbe troppo lungo esporre (78), in cui, volta per volta, si tutelarono i terzi o si tutelarono coloro che erano stati parti del caso *overruled* [in quest'ultima ipotesi, probabilmente, in base all'autorità della cosa giudicata], si giunse così alla famosa sentenza della *Federal Supreme Court* nel caso *Gelpcke v. Dubuque* (79), in cui essa corte rifiutò di adottare la più recente interpretazione di una legge, proposta dalla corte di uno degli Stati federati, giacchè la nuova sentenza ne eliminava un'altra, sulla quale le parti si erano basate nello stringere il loro contratto. Che in questo caso vi sia una "flat contradiction of the orthodox rule", non pare dubbio, come già venne messo in luce dal giudice MILLER, dissenziente in *Gelpcke v. Dubuque*; ma, ciononostante, la sua *ratio decidendi* passò successivamente anche nel caso *Muhlker v. Harlem R. R. Co.* (80), che la estese addirittura ad ipotesi "where the overruled law consist not of a statute and decisions upon it, but entirely of decisions, relied upon by the parties",.

Tanto la *ratio decidendi* di *Gelpcke v. Dubuque*, quanto la sua estensione in *Muhlker v. Harlem R. R. Co.*, trovarono, pur tra forti contrasti, un séguito non indifferente (81). Particolare menzione merita il caso *Hood v. Society to protect children* (82), in cui - palese contraddizione! - pur ammettendosi in via di massima che il nuovo precedente dovesse avere efficacia retroattiva, non si applicò

(76) *Voorhees v. Bk. of U. S.*, 1836, 10, Pet., 449, 475.

(77) Citazioni giurisprudenziali alle note 7, 8, 9 dello scritto ricordato.

(78) Cfr. scritto cit., p. 164.

(79) 1863, 1, Wall., 175. Alla nota 16 dello scritto cit. v. citazioni riguardanti le controversie suscitate da questo caso.

(80) 1905, 197, U. S., 544.

(81) Citazioni alla p. 165 dello scritto cit., testo e note.

(82) Pa., 1908, 70 Atl., 845.

il principio [chè altrimenti si sarebbero pregiudicati i diritti di un *mortgagee*], e ciò per il motivo che l'intenzione del testatore non doveva essere posta nel nulla a causa di un mutato orientamento giurisprudenziale. "The most extreme instance of the tendency to deny the orthodox theory of the common law", commenta l'anonimo scrittore dal quale abbiamo estratto queste note, il quale conclude affermando che le stesse ragioni di giustizia, di opportunità e di sana comprensione della vita, che hanno indotto le corti ad intaccare, mediante eccezioni, la fittizia teoria blackstoniana, dovrebbero spingerle a ripudiare decisamente tale teoria, almeno per quanto attiene alla tutela di coloro, che hanno acquisito diritti fidandosi delle *authoritative decisions* delle corti supreme. In tal maniera, egli scrive (83), gl'interessati godrebbero nel caso di *overruling* della stessa sicurezza, di cui oggi godono nell'ipotesi di abrogazione di una legge.

34) Se abbiamo ben compreso, l'anonimo scrittore ritiene adunque che, prestando adesione alla teoria costitutiva, debba necessariamente cadere l'efficacia retroattiva dell'*overruling*. Questa via fu già tentata nel caso *Douglass v. Co. of Pike* (84), in cui si sostenne appunto che la decisione disapprovata non costituisse soltanto un'erronea prova del diritto, ma formasse invece vero e proprio diritto; fatto per cui l'*overruling* avrebbe dovuto aver valore soltanto per il futuro, proprio come l'abrogazione. Ma il tentativo non sortì buon esito, sia in questo, sia in altri casi, nei quali si cercò invano di ricorrere alla teoria costitutiva. Così, ad es., nell'ultimo caso di questo genere di cui noi siamo a conoscenza, e precisamente nel caso *Fleming v. Fleming* (85), si sostenne che il precedente disapprovato costituisse vero e proprio diritto e se ne inferì che il precedente disapprovante non potesse aver forza retroattiva, giacchè in tale ipotesi si sarebbe violato l'art. 1, § 10, della costituzione federale, a mente del quale "no state shall... pass any... law im-

(83) *Op. cit.*, p. 165.

(84) 1879, 101 U. S. 677, 687; *op. cit.*, p. 164, testo e nota 17.

(85) 18 febbraio 1924, 264 U. S., 29; 44 Sup. Court rep., 246, cit. dal ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, vol. 1, Paris, 1929, p. 29 e ss. Questi e gli altri casi da lui citati sono stati forniti al ROUBIER dal LAMBERT.

pairing the obligation of contracts „. Ma la corte suprema non ravvisò in questo caso un'ipotesi d'incostituzionalità, sia perchè, come aveva già sentenziato in *Tidal Oil Co. v. Flanagan* (86), l'art. 1, § 10, non poteva applicarsi che alle leggi vere e proprie; sia perchè essa corte si ricollegava, quanto alla natura dei precedenti obbligatori, alla classica teoria del BLACKSTONE. Essa corte, quindi, tenne fermo il principio che l'*overruling* dovesse possedere efficacia retroattiva.

Nè si deve credere, come parrebbe a tutta prima e come sembra all'anonimo scrittore della *Columbia Law Review*, che, adottando la teoria costitutiva, la soluzione debba essere diversa e l'*overruling* venga così a disporre soltanto per il futuro. Sebbene essi considerino il diritto giudiziario come vero e proprio diritto, cionondimeno anche gli scrittori seguaci di questo moderno indirizzo sono concordi nell'affermare (pur lamentando gli inconvenienti di tale soluzione) che il nuovo precedente possa applicarsi anche a fatti-specie verificatesi sotto l'impero del precedente disapprovato, ma non ancora giudicate. Ad es. il SALMOND, che, come abbiamo visto, è uno dei più validi ed accaniti sostenitori della dottrina costitutiva, scrive chiaramente (87): “ It is to be remembered that the overruling of a precedent has a *retrospective operation*. In this respect it is very different from the repeal or alteration of a statute „. E poco più oltre lo stesso autore, ricadendo (forse inconsciamente) nelle spire di quella teoria dichiarativa, già da lui tanto aspramente criticata, soggiunge (88) che l'*overruling* di un precedente non deve identificarsi con l'abrogazione di una norma giuridica. Esso è semplicemente la negazione ufficiale e vincolante (*authoritative denial*) che una supposta regola di diritto sia mai esistita. Il precedente disapprovato è trattato in questo modo perchè esso costituiva non già una norma da respingersi, ma, addirittura, non costituiva norma alcuna. “ The overruling of a precedent is analogous not to the repeal of a statute „ - conclude il SALMOND - “ but to the judicial rejection of a custom as unreasonable or as otherwise failing to conform to the requirements of customary law „.

(86) 7 gennaio 1924, 263 U. S., 444; 44 Sup. Court rep., 197.

(87) P. 195 nota 1.

(88) P. 197.

35) Sebbene quest'ultima assimilazione (sostanzialmente esatta, però) non debba essere presa alla lettera, giacchè il precedente erroneo, che viene *overruled*, può essere non affetto da errore manifesto o da manifesta assurdità [nel qual ultimo caso, senza bisogno di *overruling*, esso sarebbe sfornito di forza vincolante (89)]; dalle parole sovra citate emerge chiaramente quanto segue: che tutto il sistema dei precedenti si è formato sulla base della teoria dichiarativa e che perciò, al momento opportuno, anche i seguaci della teoria costitutiva ricorrono ad essa inconsciamente, al fine di sostenere una soluzione, la quale, per vero, non avrebbe bisogno di un appoggio esterno.

Ed infatti, pur rimanendo nell'orbita della dottrina costitutiva, si può affermare che la sua premessa [i precedenti *creano* vero e proprio *diritto*] in un certo senso non sia in conflitto con la retroattività necessariamente riconosciuta all'*overruling*, e ciò purchè si abbiano presenti particolari concezioni del diritto inglese. Nessuno porrà in dubbio che una legge materiale contenga una vera e propria norma giuridica e che, corrispondentemente, crei diritto una legge successiva, che abroghi o modifichi la precedente (*repealing statute*). Orbene, fino al 1850, nel caso di abrogazione di legge abrogante (*cross repeal*), cioè nel caso di soppressione di vere e proprie norme giuridiche, si verificava la reviviscenza (*revival*) della legge abrogata; reviviscenza che si compiva con *forza retroattiva*, per modo che fattispecie prodottesi sotto l'impero della prima legge abrogante si giudicavano alla stregua della legge risuscitata (90). Poco importa l'obbiettare che oggidì tale peculiare effetto del *cross repeal* più non esiste (91): non bisogna dimenticare che esso era in pieno vigore quando si consolidava su basi giuridiche il sistema dei precedenti. E se l'abrogazione di una legge abrogante, cioè di una norma o di un complesso di norme giuridiche, aveva efficacia retroattiva, non stupirà la nostra affermazione di prima: che anche la retroattività dell'*over-*

(89) V. *retro*, n. 28.

(90) Sul *cross repeal* cfr. SCHWARZ, pp. 47-8; ALLEN, p. 281 e ss. Sull'efficacia ripristinatoria di leggi abrogatrici nell'ordinamento giuridico nostro v. la bella nota del LORDI, nel *Foro it.*, 1929, I, col. 1269 e ss.

(91) Esso è stato soppresso dalla sez. 5 del *Lord Brougham's Act* (1850), a sua volta sostituito dalla sez. II, comma I, dell'*Interpretation Act* (1889).

ruling può, in un certo senso, conciliarsi con il carattere di norma giuridica attribuito dalla teoria costitutiva alla *ratio decidendi* di un precedente obbligatorio.

36) Senonchè, anche prescindendo da questo richiamo storico e prestando piena adesione alla teoria costitutiva (senza cadere, come fa il SALMOND, in richiami inconsci della teoria ortodossa), noi pensiamo che, allo stato attuale delle cose, l'*overruling* debba necessariamente godere di efficacia retroattiva. Per vero, un nostro autorevole giurista, DONATO DONATI (92), afferma invece che, "essendo la decisione del giudice nel caso in cui gli sia accordato un potere creativo, una decisione diretta a costituire una nuova *regula iuris*, la medesima per la sua stessa natura sarà non retroattiva. Mentre la sentenza pronunciata in applicazione di una norma, appunto perchè pronunciata in applicazione di una norma, cioè è dichiarativa di uno stato di diritto preesistente, è per sua natura retroattiva; la sentenza, invece, che il giudice pronunciò nell'esercizio di un potere creativo attribuitogli, è non retroattiva, appunto perchè è una sentenza costitutiva di diritto, una sentenza, cioè, dalla quale uno stato di diritto s'inizia: s'inizia dal momento della sentenza..". Con altre parole, il citato autore desume l'irretroattività della sentenza creativa di diritto dal carattere materiale della nuova *regula iuris* da questa instaurata: poichè si tratta di diritto nuovo, la sentenza che lo costituisce è necessariamente irretroattiva. Insomma, il DONATI non fa che applicare, pur nell'ipotesi di sentenza costitutiva in senso stretto (o sentenza dispositiva, come la chiamerebbe il CARNELUTTI), la normale irretroattività concordemente riconosciuta alle sentenze costitutive vere e proprie (93).

(92) *Lacune*, ecc., cit., pp. 213-4.

(93) Cfr. per tutti CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 4^a ed., Napoli, 1928, p. 185 e ss.; *Istituzioni di dir. proc. civ.*, vol. I, Napoli, 1933, p. 182; PERRONE CAPANO, *Della retroattività degli atti amministrativi*, nell'*Archivio giur.*, vol. 109, 1933, p. 206 e ss. (dove ampi riferimenti bibliografici). Il DIASPARRO, *Efficacia nel tempo della sentenza costitutiva*, ne *Il Foro delle Puglie*, 1931, 2, pp. 180-2, ha sostenuto che nel caso eccezionale di efficacia retroattiva della sentenza costitutiva, questa efficacia si spieghi soltanto fra le parti e non pregiudichi i terzi.

37) Per vero, già in altre occasioni si è fatto ricorso all'argomento addotto dal DONATI per giungere alla medesima conclusione. Così si è detto [ma v'era bisogno di dirlo?] che anche la consuetudine deve ritenersi irretroattiva (94); così si è sostenuta, fondandosi sulla sua asserita natura materiale di legge, l'irretroattività del contratto collettivo, sebbene si possa pervenire alla medesima conclusione senza presupporre necessariamente quella premessa (95). Noi riteniamo, però, che l'argomento addotto dal DONATI non sia probatorio e che, nonostante la sua intima natura, la *sentenza che pone una nuova norma giuridica* (come accade per il precedente anglo-sassone) *debba* (proprio all'opposto di quanto afferma il citato scrittore) *necessariamente ritenersi retroattiva*.

Ed infatti, anche ammessa la natura costitutiva del precedente inglese, non bisogna dimenticare che la posizione della norma per il suo tramite si differenzia assai dalla posizione della norma effettuata in via diretta dal legislatore. In quest'ultima ipotesi, per vero, la norma viene dapprima solennemente enunciata e poi applicata; nella prima ipotesi, invece, la norma viene creata ed enunciata *attraverso* la sua applicazione (96). Poichè anche l'*overruling*, secondo la teoria costitutiva rigorosamente intesa, si sostanzia nella posizione di una nuova norma; poichè questa nuova norma viene creata ed enunciata *attraverso la sua immediata applicazione ad un caso concreto*; poichè *questo caso concreto si è prodotto sotto l'impero*

(94) GIERKE, *op. e vol. cit.*, p. 186. Il REYMOND, *Des lois d'interprétation et de leur rétroactivité*, Aix en Provence, 1925, p. 7, sostiene però che in un ordinamento puramente consuetudinario il principio dell'irretroattività sarebbe privo di senso, in quanto i cambiamenti di consuetudine si fanno insensibilmente, senza una netta transizione. "On ne peut fixer une date exacte, précise; la limite d'application des deux coutumes est incertaine et par suite la question de rétroactivité ne se pose pas...". Si ricordi che il MOSSA, *Studi su gli usi commerciali*, nella *Riv. dir. comm.*, 1922, 1, 557 e ss., ha con molto acume sostenuto (esattamente, a nostro parere) la normale retroattività della consuetudine nei rapporti di durata (p. 566).

(95) Sul tema v. da ultimo il decisivo scritto dello ZANOBINI, *La clausola di retroattività nei contratti collettivi di lavoro*, nel *Foro it.*, 1932, 1, col. 1422 e ss. e, specie, alla col. 1424. V. anche, in senso contrario, MAZZONI, *La retroattività dei contratti coll. di lav.*, ne *Il dir. del lav.*, 1933, 2, 602, cui rimandiamo per ampi richiami di letteratura.

(96) V. *retro*, nota 60.

del precedente, che risulterà disapprovato soltanto dopo la sentenza; ne consegue che, almeno per il caso dal quale sorge, la nuova norma è necessariamente retroattiva, in quanto si applica ad una fattispecie verificatasi sotto l'impero di un precedente eliminato soltanto dopo la decisione. E, se l'*overruling* ha efficacia retroattiva per questo primo caso, non v'è proprio nessuna ragione (in mancanza, anche, di una norma legislativa in proposito) di limitare ad esso tale retroattività (97).

Insomma, si può senza tema di smentita affermare che, anche quando la sentenza sia costitutiva di una norma generale, la sua retroattività s'imponga ineluttabile, diremmo quasi per una ragione tecnica, e cioè per il fatto che la posizione della norma avviene attraverso la decisione di una specie prodottasi sotto l'impero di una norma precedente. Questa necessaria retroattività della *case-law* viene esplicitamente riconosciuta dagli scrittori (98), i quali ne parlano come di una "infermità irrimediabile (99)", del sistema; che tutti vi ravvisano - come già a suo tempo il BENTHAM - un serio motivo d'inferiorità della *case-law* (100) rispetto alla *statute law*. Così l'AUSTIN (101) scrive chiaramente che "in relation to the decided case by which the rule is introduced, a rule of judiciary law is always (strictly speaking) an *ex post facto law*. And in relation to the case to which it is first applied, it has commonly (though not universally) the effect of a law of the kind (102)". Così il SALMOND (103) confessa che "legislation satisfies the requirement of natu-

(97) Su quest'ultimo punto v. ROUBIER, *op. cit.*, p. 31.

(98) Sotto questo punto di vista è necessariamente retroattiva, per il caso deciso, anche la sentenza che crea diritto per il caso concreto. E' chiaro, però, che in quest'ipotesi la precisazione non ha valore pratico.

(99) Cfr. ROUBIER, *loc. cit.*

(100) Il BENTHAM, cit. dal SALMOND, p. 178, nota g, per questa e per altre ragioni scriveva che la *case-law* era creata come si creerebbe diritto per i cani!

(101) P. 651.

(102) Alla p. 652 l'AUSTIN cerca di attenuare tale affermazione, mettendo in luce il fatto che in molte ipotesi le parti possono prevedere l'*overruling*; ma subito dopo concede che "the limitation, however, is so insignificant, that (speaking generally) a rule of judiciary law, with reference to the case which it is first applied, is not only strictly an *ex post facto law*, but has all the mischievous consequences of an *ex post facto* legislation".

(103) P. 178.

ral justice that laws shall be known before they are enforced; but case law operates retrospectively, being created *pro re nata* and applied to facts which are prior in date to the law itself... Così, riconosce pure la necessaria retroattività del diritto creato in giudizio W. JETHRO BROWN (104), il quale, assumendo una posizione addirittura antitetica a quella del nostro D. DONATI, scrive recisamente (105), superando ogni ostacolo teorico, "that laws should not be made to bind retrospectively is a rule of expediency, not an *a priori* necessity", pure sforzandosi, poi, per altra via, di provare che non estremamente dannosi sono gl'inconvenienti del sistema (106). E si pronunciano per la retroattività anche lo SCHWARZ (107) e PAUL OERTMANN (108), il quale ultimo scrive in termini generali che "wenn der Richter den aus der Verkehrssitte entnommenen Satz erst hervorruft, ihn aber zugleich seiner Beurteilung des zu entscheidenden, also schon gegebenen Rechtsfalles zugrunde legt, wendet er darauf einen Rechtsatz, der bei Entstehung der zu beurteilenden Verhältnisse noch gar nicht in Geltung gewesen war",.

In base a quanto precede si può dunque concludere che sempre più appare opportuno tener distinte (a questo proposito) dalle sentenze costitutive le sentenze dispositive, chè altrimenti si corre pericolo di applicare la regola [normale irretroattività delle sentenze costitutive in genere] là dove, invece, bisognava applicare l'eccezione, proprio come è accaduto al DONATI (108 bis). Tale distinzione s'impone non solo per questo motivo, ma anche perchè [e ciò non abbisogna di alcuna dimostrazione] il problema della retroattività acquista un senso ed una portata diverse a seconda che venga riferito alle sentenze costitutive od alle sentenze dispositive (108 ter).

(104) *The Austinian theory of law*, cit., p. 309 e ss.

(105) *Op. cit.*, p. 311.

(106) *Op. cit.* p. 312.

(107) Pp. 20-1.

(108) *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, 1914, p. 355.

(108 bis) Lo stesso CHIOVENDA, che pure tratta delle sentenze dispositive nel capo dedicato alle sentenze costitutive, ha cura di avvertire (*Principi*, ecc., citt., p. 195; *Istituzioni*, ecc., citt., p. 190) che le prime possono avere effetti *ex tunc*.

(108 ter) E' chiaro, infatti, che nel testo non si mira a stabilire se gli effetti della sentenza possano retrotrarsi ad un momento anteriore all'emanazione della sentenza medesima, p. es. al momento della domanda. Nel testo si pone in chiaro

38) Qualche scrittore, conscio dei gravi inconvenienti che comporta il sistema dei precedenti (in particolare, della retroattività dell'*overruling*) ha sostenuto, come p. es. assai di recente il LLEWELLYN (109), che alcuni fra i difetti del sistema (difetti dovuti anche al suo fondamento storico) non costituiscono affatto manifestazioni collaterali necessarie ed insopprimibili. Si potrebbe ad es. - suggerisce l'autore citato (110) - per eliminare la retroattività dell'*overruling* decidere la prima fattispecie (come tutte le altre prodottesi sotto l'impero del precedente disapprovato) secondo la norma antica e, nello stesso tempo, far noto che tutte le questioni che sorgeranno in futuro saranno decise secondo la nuova norma.

La proposta non costituisce, in senso assoluto, una novità. Il lettore ricorderà l'accostamento del precedente alla regola consuetudinaria, da noi tentato dianzi (111); ricorderà altresì l'assimilazione, effettuata da alcuni scrittori inglesi, fra *overruling* e riprovazione in giudizio di consuetudine irrazionale (112); ricorderà ancora gli stretti legami che, nel campo della consuetudine, avvincono il diritto inglese al diritto canonico. Orbene, il diritto canonico assume, per quanto concerne la riprovazione della consuetudine irrazionale, una posizione in un certo senso *simile* (se pur tutt'altro che identica) a quella ora presa, sia pure con molta incertezza, dal LLEWELLYN.

È noto che per diritto canonico l'irrazionalità della consuetudine può essere di due specie (113), a seconda che la consuetudine urti contro il diritto divino o contro il diritto della Chiesa. Eb-

che la *norma* contenuta nella sentenza dispositiva è necessariamente retroattiva, in quanto sorge attraverso l'applicazione ad una fattispecie, prodottasi prima che fosse creata la norma stessa.

(109) *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika*, Leipzig, 1933, p. 48, testo e nota 1 (si tratta di un grosso lavoro, a carattere prevalentemente pratico, pubblicato direttamente in tedesco, sul quale v. ora RADIN, *Case-law and stare decisis: concerning "Präjudizienrecht in Amerika"*, nella *Columbia Law Review*, vol. 33 (1933), fasc. 2).

(110) Il pensiero è dal LLEWELLYN esposto molto cautamente ed in forma ambigua.

(111) V. *retro*, n. 28.

(112) V. *retro*, n. 34, in fine.

(113) Per tutti v. TRUMMER, *Die Gewohnheit*, ecc., cit., p. 56 e ss.

bene, la riprovazione di una consuetudine che urta contro la legge di natura o contro il diritto divino positivo (oppure che risulta manifestamente dannosa al bene pubblico) viene riprovata *per modum declarationis*. Con altre parole, la riprovazione consiste in tal caso nella dichiarazione ufficiale e vincolante che quella usanza deve considerarsi *ab initio* nulla, cioè che essa non ha mai formato una consuetudine vera e propria; fatto per cui la riprovazione *per modum declarationis* nelle sue conseguenze [e anche nella sua base, ove si adotti la teoria ortodossa inglese] può pienamente assimilarsi all'*overruling*. Invece, quando l'irrazionalità si esaurisca nella violazione di una norma del diritto positivo della Chiesa, la riprovazione avviene *per modum dispositionis*, e cioè la consuetudine, riconosciuta esistente per il passato, è dichiarata nulla, perchè irrazionale, per il futuro. E il TRUMMER (114), dal quale abbiamo attinto queste informazioni, cita come esempio di *reprobatio per modum dispositionis* (che egli definisce *Irritierung für die Zukunft*) una decisione in cui è scritto "*ipsam [consuetudinem] mandamus de cetero non servari* „.

Orbene, è indubbio che il legislatore inglese potrebbe stabilire che l'*overruling* disponesse soltanto per il futuro; ma è chiaro che, in tale ipotesi, si esorbiterebbe dall'ambito del diritto giudiziario vero e proprio e si verrebbe a creare una categoria di sentenze molto simili agli *arrêts de règlement* francesi; il che significa, in altre parole, che i giudici verrebbero ad esercitare una vera e propria *subordinate legislation*. Fin che si rimane, invece, nel campo del vero e proprio diritto giudiziario, *bisogna necessariamente concludere per la sua retroattività*, che costituisce un difetto non eliminabile del sistema.

39) Giunti a questo punto, non possiamo ancora dire terminata la nostra indagine. Bisogna notare, infatti, che gl'Inglesi, i quali anche in altre occasioni dimostrarono di preferire la certezza del diritto all'esattezza della sua interpretazione (115), non potevano ri-

(114) *Op. cit.*, pp. 67-8.

(115) Il precedente della *House of Lords* non solo vincola, com'è naturale, tutte le corti del Regno, ma vincola anche la stessa Camera dei Lords, che in successive decisioni, pur riconoscendolo espressamente sbagliato, deve adottarlo. Solo

manere insensibili di fronte ai più gravi inconvenienti connessi con l'*overruling* e con la sua necessaria efficacia retroattiva. In particolare, tenuto conto soprattutto dell'efficacia vincolante dei precedenti, essi dovevano necessariamente proteggere coloro, i quali avevano agito conformandosi ad un principio adottato da una lunga serie di precedenti, anche quando in prosieguo fosse emersa la erroneità di tale principio. Per raggiungere questo scopo non esisteva - data la necessaria retroattività dell'*overruling* - che un solo mezzo: *negare l'ammissibilità dell'overruling stesso allorchè il principio erroneo risultasse consacrato in una lunga serie di precedenti*. Con altre parole: l'*overruling* si sostanzia nella disapprovazione, nell'eliminazione del principio racchiuso in un precedente erroneo; ma esso *overruling* non può intervenire quando il principio da eliminare risulti adottato da una lunga serie di precedenti erronei. Meglio lasciare nel corpo della legge un principio inesatto che sconvolgere le aspettative legittime degli interessati per introdurre una rettificazione (116).

Gl'Inglesi sogliono affermare spesso, a questo proposito, che un precedente acquista maggior efficacia attraverso il decorso del tempo (117); ma è evidentemente errato ricollegare l'inammissibilità dell'*overruling*, nell'ipotesi sovra prospettata, all'efficacia vincolante del precedente. Ed, infatti, mentre il precedente vincola soltanto le corti inferiori a quella che lo ha emanato, una lunga serie di precedenti conformi (poco importa se erronei) *s'impone anche a corti superiori*, che, mentre potrebbero - in teoria - disapprovarla, sono invece costretti ad adottarne la *ratio decidendi* (118).

Da un punto di vista rigorosamente giuridico non è quindi esatto dire, come dicono gl'Inglesi, che i precedenti acquistano maggiore

una legge può eliminare il precedente erroneo instaurato dalla *House of Lords*. V. ALLEN, p. 154; SCHWARZ, pp. 18-9. Questo in teoria, però, chè in pratica non mancano gli accorgimenti per non rispettare l'autovincolo, il quale non esiste per la corte suprema federale americana, come deve affermarsi nonostante le incertezze del CAMMEO (*Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 296, in nota). Cfr. KINKEAD, op. cit., p. 205.

(116) Cfr. ALLEN, pp. 192-9; SALMOND, pp. 194-5.

(117) Cfr. SALMOND, p. 195.

(118) Cfr. il caso *Pugh v. Golden Valley Railway Company*, 15, 1890, *Law Reports, Chancery Division*, p. 334.

autorità con il decorso del tempo. Anzitutto è bene osservare a questo proposito come, secondo gl'Inglesi, debba trattarsi del decorso di un tempo *moderato*. Chè, ove il precedente risulti antichissimo, la sua autorità, anzichè essere massima, diviene minima o addirittura nulla, non conformandosi più la *ratio* alle esigenze della nuova epoca (119). “ I precedenti „ - scrive l'ALLEN (120), sulle orme di BACONE (121) - “ possono paragonarsi al vino, che migliora invecchiando, fino ad “ un certo momento, e da quel momento in poi incomincia a guastarsi,,.

Anche questa nuova distinzione da un punto di vista strettamente giuridico è senza dubbio errata. Se è vero che un precedente ha forza vincolante finchè non sia stato disapprovato, deve ritenersi (soprattutto in un ordinamento come quello inglese, in cui non è ammessa la consuetudine *contra legem*) che, a stretto rigore, un precedente antichissimo abbia la stessa efficacia di un precedente recentissimo (122).

Senonchè, non deve dimenticarsi, a tal proposito, l'accostamento, da noi ripetutamente tentato, fra precedente e consuetudine (123). Orbene, e lo si è visto dianzi (124), come assai spesso, forzando ogni più elementare regola giuridica, il magistrato non rispetta una consuetudine (pur riconoscendo che essa costituisce valido diritto) nel caso di irrazionalità sopravvenuta; così nell'ipotesi di precedente antichissimo, il magistrato non rispetta la *ratio decidendi*, senza alcun dubbio vincolante, per non adottare una regola inadeguata ai tempi nuovi. Così facendo egli agisce arbitrariamente, chè la *case-law* manca di forza abrogante (125); ma egli *deve* agire

(119) Cfr. SALMOND, p. 196.

(120) P. 155.

(121) Cit. dall'ALLEN, p. 155, nota 2: “ *medii itaque temporis exempla sunt optima, vel etiam talis temporis quod cum tempore currente plurimum conveniat* „.

(122) Cfr. GERLAND, *Probleme*, ecc., cit., p. 14.

(123) Va da sè che si parla d'accostamento, utilissimo, come si è visto, quanto all'enumerazione ed all'esame dei requisiti del precedente, ma non di identità, chè, anzi, come diremo più oltre, precedente e regola consuetudinaria vanno del tutto distinti.

(124) V. *retro*, n. 28, nota 33.

(125) La maggior differenza fra diritto legislativo e diritto giudiziario consiste nel fatto che, a stretto rigore, soltanto il primo possiede efficacia abrogante. “ ... The first virtue of legislation lies in its abrogative power „, scrive il SALMOND, p. 117. “ But precedent possesses merely constitutive efficacy; it is capable of producing

in tal maniera, se non vuole cristallizzare il diritto in formule ormai superate. La logica, che *non* impera sovrana nel campo dei precedenti ed in quello della consuetudine, deve cedere il passo alla realtà.

Orbene, come versa in aperto contrasto con il diritto la regola, secondo cui il precedente antichissimo deve considerarsi dotato di efficacia minima o addirittura nulla; così non è fondata su solide basi la regola dianzi esposta, secondo cui non è amissibile l'*overruling* allorchè una *ratio decidendi* erronea risulti accolta in una lunga serie di precedenti conformi. Questa affermazione parrebbe in contrasto con quanto abbiamo sostenuto, in rapporto al caso pratico dal quale abbiamo preso le mosse, rispetto al diritto comune nostro. Ed invece, non è così: per diritto comune, come si è visto, la consuetudine *contra legem* era ammessa; fatto per cui una consuetudine interpretativa *contra legem* doveva reputarsi dotata di piena efficacia; nè era lecito - in via di massima - eliminarla, sostituendole il retto senso della legge. Per diritto inglese, invece, la consuetudine *contra legem* è inammissibile (126); fatto per cui, supposto che una serie di precedenti abbia accolto un'interpretazione non rispondente all'esatto senso di una legge (127), da un punto di vista strettamente giuridico è certo che in ogni tempo la consuetudine interpretativa *contra legem* potrà essere eliminata.

Senonchè tale conclusione, sebbene certamente impeccabile, viene accolta da pochissimi giuristi inglesi (128). Quasi tutti prestano

very good law - better in some respects than that which we obtain by way of legislation - but its defect is that, except in a very imperfect and indirect manner, its operation is irreversible. What it does, it does once for all. *It cannot go back upon its footsteps and do well what it has once done ill. Legislation, therefore, is the indispensable instrument not indeed of legal growth, but of legal reform.* „

(126) ALLEN, pp. 89-90; SALMOND, p. 218; LEVY-ULLMANN pp. 38-9 (e quivi cit il famoso caso Thornton); GERLAND, *Probleme*, ecc., citt., pp. 14-5; SCHWARZ, p. 48.

(127) O, il che fa lo stesso, di un precedente.

(128) Stando a quanto abbiamo potuto direttamente constatare, la soluzione esposta (ma non accolta nel testo) appare accettata soltanto nella famosa enciclopedia giuridica del HALSBURY, *The laws of England*, vol. 18°, London, 1911, p. 211. Quivi è ammessa, in via di principio, l'efficacia della massima *communis error facit ius*; ma si esclude che essa possa trovare applicazione quando si tratti di una consuetudine, che erroneamente interpreti una legge. Ivi anche citazioni di giurisprudenza.

adesione alla massima *communis error facit ius*, anche nell'ipotesi di uso giudiziario, che erroneamente interpreti una legge. Essi negano, in tal caso, l'ammissibilità dell'*overruling*, desiderosi come sono di tutelare le aspettative legittime degli interessati. "It must be admitted,, - scrive l'ALLEN (129) - "that in strict theory it is difficult to justify the doctrine *communis error facit ius*. Our courts do, however, admit this doctrine, though with caution in the belief that unless the erroneous rule is working some manifest hardship, it is better not interfere with it when it has been adopted as the basis of frequent transactions (130) ,,,

40) Per la verità, un tentativo di giustificazione su basi giuridiche della massima *communis error facit ius* (che di per sè si raccomanda dal punto di vista dell'equità) è stato effettuato. Poichè il maggiore ostacolo all'accoglimento di tale massima è rappresentato dal fatto che il diritto inglese non riconosce la consuetudine *contra legem*, si è soggiunto che la regola, in virtù della quale il precedente non gode di efficacia abrogante, è soggetta alla massima *quod fieri non debet, factum valet*. Con altre parole: è esatto che i giudici debbono applicare la legge e non mutarla; ma se per inavvertenza (131) essi incorrono in un errore d'interpretazione ed emanano un precedente in conflitto con il diritto obbiettivo, "it does

(129) Pp. 191-2.

(130) Il famoso giudice JESSEL (cit. dall'ALLEN alla p. 192) espressamente ricorda che la massima *communis error facit ius* trova applicazione anche nell'ipotesi di erronea interpretazione di leggi. L'ALLEN, pp. 192-9, illustra una serie di casi pratici assai interessanti, in cui la massima in parola venne applicata, sebbene il giudice riconoscesse l'erroneità della *ratio decidendi*. In un caso nel quale si discuteva della validità di un testamento (p. 194) "the learned judge followed the erroneous decision; for, he said, great injustice might arise if I were to do otherwise, because, for aught I know, the attorney who drew the will in this case may have acted on the authority of that very decision ,,,

(131) Sempre l'analogia fra diritto inglese e diritto comune nostro! Come si è visto dianzi (n. 28), un precedente che trascurasse in pieno una legge preesistente sarebbe sfornito di forza vincolante. Invece ha tale efficacia un precedente, in cui sia consacrata un'erronea interpretazione della legge. Lo stesso accadeva, come si è detto (n. 19), per diritto comune, sotto il cui impero si distingueva fra sentenza data *contra ius clarum* e sentenza data *contra ius non clarum*. In entrambi i casi si mira ad impedire che il giudice si arroghi veste di legislatore.

not follow from this alone that this decision is destitute of legal efficacy. For it is a well known maxim of the law that a thing which ought not to have been done may nevertheless be valid when it is done (132) „, Perciò, se si tratta di un precedente *absolutely authoritative*, come quello della *House of Lords*, esso, sebbene erroneo, non può essere *overruled* quando, in base ad esso, si sia da lungo tempo sviluppata una pratica conforme (133). “It may well be better „ - conclude il SALMOND (134) - “to adhere to the new law which should not have been made than to recur to the old law, which should not have been displaced „.

Non v'è bisogno di spendere nemmeno una parola per dimostrare che, da un punto di vista strettamente giuridico, la giustificazione non può dirsi riuscita. Ma non bisogna dimenticare che qui versiamo in tema di consuetudine e che, in questo campo, la giustificazione *a posteriori* (come quella, surriprodotta, del SALMOND) basta assai spesso da sola a vincere ogni regola di pura logica. E se la massima *communis error facit ius* riesce ad imporsi anche là dove l'accesso sembra esserle assolutamente inibito dal divieto della consuetudine *contra legem*, non v'ha dubbio che essa debba senza altro essere applicata là dove tale divieto non esiste, come accade in rapporto al caso pratico, con il quale abbiamo iniziato questo studio.

41) Quanto sovra esposto ci permette di concludere, al termine di questo scritto, che anche là dove la giurisprudenza è creativa di diritto [oppure, se non vi vuol prestare esplicita adesione alla teoria costitutiva, là dove alla *ratio decidendi* è connessa efficacia vincolante per i casi futuri], *l'uso giudiziario conserva la sua importanza*, e grandissima. Con altre parole, *bisogna tener nettamente distinto* (il

(132) SALMOND, p. 198.

(133) Scriveva a tale proposito il giudice JESSEL, cit. dall'ALLEN, p. 192: “Where a series of decisions of inferior Courts have put a construction on an Act of Parliament, and have thus made a law which men follow in their daily dealings, it has been held, even by the House of Lords, that it is better to adhere to the course of the decision than to reverse them, because of the mischief which would result from such a proceeding. Of course, that requires two things, antiquity of decision and the practice of mankind in conducting their affairs „.

(134) *Loc. cit.*

che non sempre avviene) il precedente singolo dalla serie dei precedenti conformi (135). Il primo, se erroneo, può essere *overruled*; la seconda, anche se fondata sovra un errore iniziale, è considerata intangibile dagli scrittori inglesi, i quali, per tutelare le aspettative legittime, non esitano a riconoscere la massima *communis error facit ius*, sebbene il loro diritto non ammetta la *consuetudine contra legem*.

WALTER BIGIAMI

(135) La distinzione non è posta nettamente da tutti gli scrittori inglesi. P. s., e quando il SALMOND, p. 195 (v. in genere p. 193 e ss.), scrive che il precedente acquista autorità per il decorso del tempo, egli non mette bene in luce che altra è l'efficacia vincolante del precedente singolo, altra quella della serie. Sull'ambiguità del termine *precedent* cfr. ALLEN, p. 143, nota 1 (v. anche nota 4), il quale scrittore tratta della questione esposta nel testo alle pp. 191-205. Cfr. anche KINKEAD, pp. 199-200; 206; HATSCHEK, p. 112; HOLLAND, p. 70; GERLAND, *op. cit.*, p. 15, il quale, dopo aver concesso che da un punto di vista teorico il diritto giudiziario (*Urteilsrecht*) non può considerarsi eliminato da una consuetudine successivamente sorta, ammette però (in base alla solita giustificazione *a posteriori*) il predominio finale di quest'ultima e conclude: "Selbstverständlich ist aber das durch Gerichtsgebrauch entstandene Gewohnheitsrecht niemals Urteilsrecht, es muss vielmehr vom letzterem scharf getrennt werden „ La stessa netta distinzione in JETHRO-BROWN, *op. cit.*, p. 298: " In the second place judges cannot overrule a law which their own practice has sanctioned. An isolated precedent, with the exception of a decision of the House of Lords, may be overruled as contrary to law or reason. A rule established by judicial practice cannot be so overruled „

Al lume della distinzione esposta nel testo resta chiarita la tesi esposta dal PACCHIONI nel suo breve scritto *I poteri creativi della giurisprudenza*, nella *Riv. dir. comm.*, 1912, 1, p. 40 e ss.