

MANUEL RODRÍGUEZ PUERTO *

La scienza giuridica romanistica e i principi giuridici **

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Note caratteristiche. – 3. I principi. – 4. Conclusione.

1. *Introduzione*

Da parecchi decenni, la teoria giuridica e la stessa regolazione delle fonti del diritto si occupano del ruolo dei principi. In campo dottrinale sono note le proposte di Josef Esser e, più di recente, di Ronald Dworkin. È un segnale del fatto che il modello ‘legalista’, che faceva corrispondere tutto il diritto con le norme emanate dallo Stato, è in crisi. Di sicuro tale modello è stato messo in discussione fin dal suo trionfo all’inizio del XIX secolo, anche se le critiche si intensificarono a partire dalla fine del XIX secolo con la comparsa delle diverse correnti sociologiche. I principi giuridici assunsero un ruolo chiave, in quanto realtà normative indipendenti dal potere legislativo, ma tale caratteristica è stata messa in discussione fin da allora.

Resta il fatto che, affermare che esistono dei principi indipendenti della legislazione non significa dire qualcosa di nuovo, ma qualcosa che è presente fin dalla nascita della scienza giuridica europea, che va di pari passo con i giuristi; nelle pagine successive commenterò alcune loro osservazioni sulla natura dei principi. Nel presente resoconto verrà mostrato il ruolo rilevante della scienza giuridica nella società; un ruolo molto diverso da quello attribuitogli dalla concezione statalista del diritto.

* *Professore titolare di Filosofia del Diritto dell’Università di Cadice.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

2. Note caratteristiche

Alcune delle maggiori difficoltà per comprendere lo status della scienza giuridica negli ordinamenti delle società europee attuali derivano dalle ambiguità presenti nella *iurisprudencia* del diritto romano. L'ambivalenza di tale giurisprudenza, prodotto delle sue stesse caratteristiche, era inevitabile. Ricordiamo che nasce dopo la ripresa del diritto romano alla fine del XI secolo grazie al lavoro di Irnerio e dei suoi successori della scuola bolognese. Anche se la conoscenza del diritto romano non si era completamente persa, la lettura dei manoscritti completi del corpus giustiniano, possibile a partire da allora, richiedeva la formazione di specifiche professionalità, dotate degli strumenti tecnici adeguati per comprendere, spiegare e illustrare l'enorme materiale giuridico romano; per farlo avevano a disposizione i mezzi che la cultura superiore di quell'epoca offriva: le discipline del *trivium* o l'utilizzo di glosse per interpretare le parole dei testi oscuri; ad ogni modo, partendo da tali strumenti, questi giuristi svilupparono un sapere giuridico completamente inedito e caratterizzato da un impulso creativo straordinario¹.

Ed è proprio tale creatività che segna uno degli elementi di ambiguità presenti nello *ius commune*. Effettivamente, questi giuristi prendevano spunto dal testo romano che era dotato dell'autorità conferita dalla sua origine imperiale. Come ci ricorda Alejandro Guzmán, per i Glossatori, il *Corpus Iuris* era - secondo la terminologia attuale - diritto vigente in quanto legge dell'impero e, pertanto, le sue norme non avevano un valore puramente dottrinale². Di conseguenza, questi giuristi erano coscienti del fatto che il loro lavoro consisteva nell'illustrare delle norme che venivano concesse dal potere imperiale e che loro non sarebbero stati presentati come i creatori di norme generali. Tuttavia, la realtà era più complessa.

Questi studiosi del diritto romano, partendo da quanto indicato nelle fonti romane del corpus giustiniano, hanno illustrato diverse accezioni del termine *ius*, senza per forza di cose identificarlo con la legge, ovvero, la norma elaborata dal potere politico. Pur partendo dal fatto indiscusso della norma romana, il diritto è una realtà più ampia, che comprende altresì

¹ Cfr. sull'origine dello *ius commune*, H. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter. Bd. I. Die Glossatoren*, Beck, Monaco di Baviera, 1997, p. 3 ss.

² Cfr. A. GUZMÁN, *Ratio Scripta*, Vittorio Klostermann, Francoforte M., 1981, p. 10.

la rielaborazione razionale del precetto che il giurista portava avanti con l'etichetta dell'interpretazione³. È opportuno ricordare che lo *ius commune* va inserito in una forma mentis che non considerava il governante come colui che creava il diritto. Paolo Grossi ha sottolineato come durante il Medioevo il potere politico non fosse un'entità centralizzata che esercitava il monopolio della produzione normativa⁴. La creazione del diritto si palesava sotto forma di *iurisdictio* e, come ha spiegato Pietro Costa, poteva essere considerata come una potestà nelle mani dell'imperatore necessaria a creare e interpretare il diritto e poteva essere trasmessa al popolo (e quindi da lì la possibilità delle norme statutarie delle città italiane). Ciò nonostante, tale potere consisteva più che altro in un'attività tramite la quale il principe interpretava la 'cruda giustizia' e la trasformava in norme; una giustizia che comprendeva un insieme di requisiti presenti nell'ordine delle cose che il principio traduceva in leggi; di conseguenza, come sottolinea Costa, La *iurisdictio* non era una creazione di norme positive, ma la formalizzazione di un ordine prestabilito del mondo che il principe interpretava⁵.

Da questo punto di vista, Il compito del giurista consisteva anche nell'*interpretatio iuris* usata allo scopo di applicare e adattare la legge, elaborata dal governante, alle circostanze del caso. Per poter realizzare tale compito, i giuristi dello *ius commune* diedero vita nel corso dei secoli a una dottrina interpretativa di notevole ricchezza e complessità che ruotava intorno al significato letterale e allo spirito della legge, rappresentando dei poli che nella loro concezione erano visti in modo poliedrico e che venivano schierati attraverso una varietà di criteri e regole. L'interpretazione veniva considerata come un'attività necessaria, perché adattare le leggi contenute nella raccolta di Giustiniano a tempi molto diversi era visto come opportuno. Anche se Giustiniano (come imperatore) si era arrogato il potere di interpretare le leggi, la

³ Per questa ragione, Accursio sosteneva che lo *ius* era un *ars*. Cfr. glossa «i» a Digesto, 1,1,1: ACCURSIO, *Corpus Iuris Civilis Iustiniani, cum Commentariis Accursii, Scholiis Contiis, et D. Gothofredi Lucubrationibus ad Acursium*, Lione, 1628. (Reprint O. Zeller, Osnabrück, 1965). Tradotto nella terminologia attuale significava che il diritto era una scienza della creazione umana che include precetti di giustizia.

⁴ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 41 s.

⁵ Cfr. P. COSTA, *Iurisdictio: Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1150-1433)*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 133 s.

necessità fece sì che i giuristi fossero coloro i quali, attraverso tecniche interpretative, svolsero il lavoro di adeguamento fino al punto di elaborare un nuovo diritto fondato sulle basi romane⁶.

È importante sottolineare l'ambiguità di questa situazione. Ufficialmente, i giuristi erano degli interpreti del diritto romano, non dei creatori autonomi di regole. Inoltre, il diritto romano era solamente una parte dell'ordinamento giuridico dell'Europa medievale, comprendente altri diritti a seconda dei diversi regni e delle diverse organizzazioni in Occidente, che non sempre riconoscevano la validità delle leggi romane. Nella pratica (ciò che importa per il giurista), l'impossibilità che l'imperatore potesse modificare attraverso una nuova legislazione il *Corpus Iuris* gli attribuì il ruolo di rinnovatori⁷. D'altro canto, l'eccezionale qualità del diritto romano e le competenze tecniche dei giuristi universitari fece in modo che tale diritto si diffondesse in tutta Europa. Effettivamente, i suoi precetti, e le interpretazioni dei giuristi che si basavano in essi, non disponevano di un chiaro sostegno politico. La legittimità concessa dal Sacro Romano Impero Germanico si indebolì poco a poco dopo l'epoca dei Glossatori, soprattutto a causa della scarsa efficacia di tale entità politica. La diffusione efficace dello *ius commune* fu per la percezione da parte dell'Europa colta della maggiore qualità tecnica e morale di quel diritto.⁸

Questa attività relativamente creativa veniva sostenuta da una risorsa argomentativa molto comune all'epoca: la *communis opinio doctorum*. Come ci ricorda Luigi Lombardi, questi giuristi condividevano le idee romane e aristoteliche sulla probabile oggettività degli aspetti umani. Prima del trionfo del metodo matematico e sperimentale nel XVII secolo, spiega Lombardi, tale mentalità comprendeva che la verità rispetto a simili questioni era oggettiva, ma non appariva immediatamente, in modo evidente; di conseguenza, il consiglio e l'opinione comune degli esperti venivano considerati necessari⁹. D'altro canto, l'impossibilità di prevedere nella legge tutte le particolarità possibili del caso contemplato nella norma, obbligava il

⁶ Rispetto all'uso di diversi criteri di interpretazione da parte degli studiosi di diritto romano per stabilire il *sensus* o *mens* e il significato di *verba o littera legis* cfr. A. GUZMÁN, *Codificazione del diritto civile e interpretazione delle leggi*, Iustel, Madrid, 2011, p. 44 s.

⁷ Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975.

⁸ Questa è la spiegazione offerta da F. CALASSO, *Il Diritto comune come fatto spirituale*, nell'*Introduzione al diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1970, passim; ID., *Il problema storico del diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 226.

⁹ Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio*, cit., p. 165.

giurista a stabilire un'integrazione; in casi simili l'impiego della *communis opinio* serviva come garanzia per ottenere l'esatta certezza giuridica e l'uniformità di giudizio ed evitare, per quanto possibile, la discrezionalità¹⁰.

La *communis opinio doctorum* ha trovato spazio nella tradizione argomentativa della giurisprudenza degli studiosi del diritto romano. Fin dall'epoca dei Glossatori, questi giuristi si trovavano a loro agio nella cultura retorica del *trivium* e conoscevano argomenti tipici, quali il genere, la specie, il *locus a simili*, e così via; tra questi ricopriva grande importanza il *locus ab auctoritate*. È vero che per questa cultura giuridica non era un'argomentazione che comportasse un'obbligatorietà necessaria, come la decisione del legislatore o del giudice, però nella pratica divenne un argomento di straordinaria importanza nella vita giuridica, incluso in quella forense¹¹.

Tale importanza permise al giurista di formazione universitaria di diventare il fulcro del diritto. La complessa molteplicità degli ordinamenti giuridici che esistevano nella società europea prima dell'arrivo delle codificazioni richiedeva la presenza di professionisti specializzati per poter effettivamente sapere quale fosse il diritto da applicare al caso specifico. Nella pratica, la scienza del diritto non era un semplice resoconto esplicativo delle leggi create dal governante, bensì una parte essenziale della creazione del diritto in quella società.

3. I principi

È importante essere coscienti del ruolo dei giuristi nel momento in cui si è chiamati a valutare le loro osservazioni sui principi. Conviene inoltre precisare, in via preliminare, che per secoli i giuristi dello *ius commune* hanno mostrato poca propensione nel teorizzare la loro attività professionale; gli autori del Basso Medioevo erano più che altro impegnati a risolvere problemi giuridici concreti, e a interpretare i testi del *Corpus Iuris* piuttosto che a redigere *consilia*. Per secoli, a malapena si preoccuparono di rendere esplicita la filosofia del diritto (espressione allora sconosciuta) su cui tutto quel lavoro si sosteneva. Tuttavia, a partire dal XVI secolo, quando l'irruzione sulla scena degli *studia humanitatis* mette in discussione aspetti

¹⁰ Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio*, cit., p. 173. Sull'attività argomentativa di questi giuristi durante l'epoca medievale, cfr. V. PIANO MORTARI, *Il problema dell'interpretatio iuris nei Commentatori*, in *Annali di Storia del Diritto*, 2, 1958, p. 39 s.; F. CARPINTERO, *Il metodo dei giuristi medievali*, in *Annuario di Storia del Diritto Spagnolo*, 1982, *passim*.

¹¹ Cfr. J. SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft*, Beck, Monaco di Baviera, 2001, p. 46 s.

essenziali dello *ius commune*, i giuristi cominciano a preoccuparsi di elaborare dei trattati teorici che illustrino i fondamenti della scienza del diritto¹². Per questa ragione, mi dedicherò soprattutto a quanto scritto in alcuni di quei trattati.

Chi non si occuperà dello status dei principi in modo abbastanza preciso, fino alla comparsa delle opere più riflessive, non significa che non fosse cosciente della sua esistenza e che non fornisse nessuna spiegazione frammentaria della sua natura. Durante i secoli del Basso Medioevo ciò che oggi è conosciuto con il nome di principio, veniva chiamata *regula iuris*, come quelle presenti nel titolo del Digesto *De diversis regulis antiqui iuris*. D'altro canto, quelle regole sono raccolte nelle leggi del Corpus Iuris e pertanto la loro applicazione risulterebbe giustificata dalla loro presenza in quel testo provvisto di autorità. Il punto è che la nozione di *regula* è viziata da qualche ambiguità all'interno dello *ius commune*. Il glossatore Accursio aveva spiegato che la *regula iuris* era una raccolta che riportava brevemente una serie di casi nei quali era presente un'identità di ragione o una stessa equità¹³. Quando Accursio parla di ragione si riferisce alla causa o alla giustificazione per la giuridicità di una specifica soluzione giuridica. Ma tale definizione era ancora insufficiente, perché non chiariva la differenza con la legge, e, per farlo, Alberico da Rosciate fece una distinzione nel XIV secolo tra legge e *regula iuris*; la legge è un precetto generale che si applica a un caso concreto; viceversa, la *regula* ha un campo d'azione più esteso, perché non è vincolata a un determinato questione fattuale, ma può essere applicata a una vasta pluralità di casi¹⁴. Per dirla in altri termini, La

¹² Sull'impatto dell'umanesimo nello *ius commune* cfr. F. CARPINTERO, *Mos italicus*, *'mos gallicus'* e *l'Umanesimo razionalista*, in *Ius Commune*, 7, 1977, passim; *Mos italicus* è il nome attribuito al metodo tradizionale di considerare il diritto, che rimase in Italia (anche se non solamente lì), mentre il *mos gallicus* citava la giurisprudenza umanista, molto diffusa in Francia e a quanto pare colta e poco preoccupata per la pratica. Lo studio di Carpintero mostra che questa separazione è eccessivamente schematica e riduttiva. L'aspetto da lui definito razionalista non è stata una semplice preoccupazione accademica. Prese in considerazione la pratica e a essa si devono importanti trattati che hanno esposto una visione generale del diritto.

¹³ Cfr. ACCURSIO, *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum Commentariis Accursii, Scholiis Contiis, et D. Gothofredi Lucubrationibus ad Accursium*, cit., glossa «m» a Digesto, 50,17,1 e 2.

¹⁴ Cfr. «Glossa satis obscure notat differentiam inter legem generalem et regulas iuris quia lex generalis in casu, in quo predicta est extendatur ad omnes personas et causas, in quibus est eadem ratio, ut Pandectas, e lex non possunt. Regula autem iuris traditur sub signis universalibus, vel aequipollentibus et una prolotione plura continet, ut Pandectas de rebus du l. si is qui ducenta, utrum et de reg. Iuri. L. vel dic. quod regula habet locum in pluribus ex vi et prolotione verborum cum concepta sit signis universalibus. Lex autem ex vi et prolotione verborum non comprehendit, isi unum casum, licet per identitatem rationis extendatur ad alios similes casus» di A. DE ROSATE, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, com. a 1,3,7, Venezia, 1585. (Ristampa A. Forni, Bologna, 1974).

regula riprende un'esigenza di giustizia che può essere utilizzata dal giurista con notevole flessibilità in funzione delle caratteristiche dei problemi¹⁵. È interessante osservare che le riflessioni attuali sulla differenza tra principi e norme seguono questo percorso.

Con il passare del tempo, e la diffusione dell'umanesimo nel diritto, Le *regulae* cominciarono a fare la loro comparsa integrate a volte nei trattati dei topici¹⁶. I giuristi influenzati dagli studi umanistici interpretavano la topica come Cicerone (autore particolarmente ammirato in quel campo), ovvero, come una tecnica per catalogare diversi punti di vista o luoghi da cui estrapolare argomenti. Uno di questi giuristi, Johann Oldendorp (1480-1567) definiva la topica come un dato da cui era possibile reperire una verità probabile; sedi di argomenti o ragioni che permettono di fare chiarezza su questioni dubbie¹⁷. Tali trattati fecero una classificazione degli argomenti topici e utilizzarono gli schemi presi in prestito dalla dialettica ciceroniana; la materia giuridica veniva classificata in definizioni: il genere, la specie, il tutto la parte, eccetera. Ma il numero di argomenti è più grande del contenuto dei modelli dialettici e per questa ragione, alla voce luogo comune figurano i principi. È proprio quello che fa Oldendorp quando riprende nel *locus a ratione* il principio «dove si trova la stessa ragione, è opportuno stabilire lo stesso diritto»; «nel momento in cui scompare la ragione della legge, termina anche la legge stessa e il privilegio». Dal concetto di onesto e utile ne deriva il principio «nessuno ottenga vantaggio dal danno di qualcun altro»¹⁸. E per complicare ancora di più le cose, Oldendorp afferma che le leggi sono un argomento in più: integrate nel *locus ab auctoritate* e chiamate in modo specifico pregiudizi¹⁹. Se consideriamo che l'opinione comune

¹⁵ Cfr. sullo status della *regula iuris* nello *ius commune* P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh University Press, Edimburgo, 1966, p. 131 s.

¹⁶ L'argomentazione ha trovato nuova linfa nel XX secolo nella disciplina della teoria generale del diritto grazie a Theodor Viehweg e il suo *Topica e Giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1962. Viehweg ha portato all'attenzione l'insufficienza di un approccio sistematico e deduttivo nel diritto, e lo sostituisce con una visione dialogica e pragmatica. Inoltre considera un topico il ragionamento dello *ius commune*, però le differenze sono notevoli. Gli studiosi del diritto romano sostengono che esista un'oggettività morale e giuridica, Viehweg invece lo nega; l'unica giustificazione accettabile è il trionfo di un processo discorsivo di tipo retorico. Sulla recente argomentazione cfr. J. A. GARCÍA AMADO, *Teorie della topica giuridica*, Civitas, Madrid, 1988, *passim*.

¹⁷ «Locus itaque accipitur hic, pro communi quaedam nota, cuius admonitu, quatenus aliquid probabile sit, invenire potest. Cicero secundum Aristotelem vocat Topica, quasi sedes argumentorum seu rationum, quibus rei dubiae fidem facere licet». Cfr. J. OLDENDORP, *Topica legalia*, Basilea, 1559 (ristampa Scientia, Aalen, 1966), p. 83.

¹⁸ Cfr. JOHANN OLDENDORP, *Topica legalia*, cit.

¹⁹ Cfr. JOHANN OLDENDORP, *Topica legalia*, cit., p. 103.

dei giuristi faceva riferimento anche all'argomento *ab autoritate*, possiamo dedurne che l'argomentazione per questi giuristi ruotava intorno all'idea di ciò che è probabile e che le differenze tra le leggi e i principi si attenuavano.

I principi fanno la loro apparizione anche in un altro tipo di opere giuridiche proprie dell'umanesimo giuridico, che offrivano una raccolta ordinata della realtà giuridica di solito con il titolo di *ars iuris*. Una delle caratteristiche dell'epoca rinascimentale fu l'importanza data all'ordine e alla chiarezza e grazie a queste indicazioni i giuristi più ferrati nelle discipline umanistiche descrissero il concetto di diritto, di diritto naturale, di legge, lo schema generale delle discipline e delle istituzioni specifiche dello *ius commune* e lo studio della *interpretatio iuris*, ovvero degli aspetti concernenti la decisione sul caso in esame. In alcune di queste opere i principi avevano un ruolo di primo piano.

Per esempio, nel *De iuris arte liber* di Jean Coras (1513-1572)²⁰. Qui l'autore vuole mostrare la realtà del diritto in modo metodico e di conseguenza separa lo studio in due parti: l'ordine e la via o il modo; il primo fa riferimento alla disposizione delle parti della scienza affinché possano essere conosciute e insegnate; la via invece è la forma di conoscere e giudicare tale realtà. I principi si trovano nell'ordine e fanno parte della causa materiale del diritto. In tale denominazione aristotelica, Coras include la realtà che riguarda qualsiasi arte o disciplina e a cui fanno riferimento i principi della stessa, in questo caso la stessa materia della saggezza civile; il suo studio ordinato ci permetterà di trovare facilmente «le cause, i principi, tutte le parti della disciplina e tutti i precetti dell'arte»²¹. Coras spiega che la materia del diritto è formata dalle azioni umane, ma tale realtà non è composta da semplici fatti comprensibili in un modo fattuale, se vogliamo esprimere il pensiero del giurista utilizzando termini attuali. Per Coras, la comprensione della giustizia implica la presenza di una legge che selezioni i

²⁰ Coras ha messo insieme l'educazione basata sugli *studia humanitatis* con la formazione giuridica ricevuta in Italia per mano di un famoso maestro del *mos italicus*: Filippo Decio. In Francia coniugò il dubbio accademico con la dedizione verso la pratica giuridica e l'attività politica. Morì assassinato nella notte di San Bartolomeo. Cfr. A.L. FELL, *Origins of Legislative Sovereignty and the Legislative State. Vol. I: Corasius and the Renaissance Systematization of Roman Law*, Athenäum. Königstein, 1983, p. 26 s. Malgrado ciò, il suo *De iuris arte* è stato inserito nei *Tractatus Universalis Iuris*, una raccolta giuridica patrocinata da un Papa e pubblicata nel 1584 a Venezia. In quel tempo, le guerre e le violenze a sfondo religioso non impedivano per forza di cose che si disquisisse di riflessioni sul diritto. La *iurisprudencia* degli studiosi del diritto romano costituiva ancora la coscienza giuridica comune dell'Europa.

²¹ Cfr. «Primum omnium, iuris obiectum (Materiam, circa quam, aut genus subiectum philosophi dant) hoc est id, circa quod versatur omnis civilis sapientia cura, et consideratione: ac deinde finem propter quem leges nostrae scriptae sunt». J. CORAS, *De iuris arte liber*, in *Tractatus Universi Iuris*, volume I, Venezia, 1584, p. I, cap. 9, p. 61.

comportamenti corretti. Anche se in realtà non indica in modo esplicito e a chiare lettere da dove vengano i criteri per farlo, oltre a menzionare il buono e l'equo, il giusto e l'ingiusto (ovvero la definizione di giurisprudenza secondo il *Corpus Iuris*), riusciamo a capire che tali criteri si concretizzano nei principi giuridici.

Effettivamente, Coras ritiene che siano la chiave della scienza giuridica: «A essi devono fare riferimento tutte le cose che si studiano nella disciplina civile e a partire da essi vengono stabilite le dimostrazioni, le conclusioni e gli assiomi di tale scienza. Senza dubbio, nessuno può negare che in qualsiasi arte è assai necessario che siano noti i principi, perché nessuna arte può essere trattata agevolmente, o insegnata in modo corretto, se prima non si conosce la materia stessa di tale disciplina e non si suddivide in alcuni principi determinati»²². Riconoscendone l'importanza, Coras si dedica a fornire una classificazione molto scrupolosa dei principi su cui si basa la realtà giuridica. Inizialmente li separa in primari e secondari. I primari sono quelle regole impresse naturalmente in tutti gli esseri umani e chiaramente note senza bisogno di dimostrazioni o di prove²³. Sono i principi morali fondamentali che sia gli studiosi del diritto romano che i teologi inserivano nel diritto naturale²⁴.

I principi secondari sono «assiomi, definizioni o regole che vengono trasmesse dall'anima degli uomini e non solo dalla natura, ma anche attraverso la ragione e l'autorità civile o tramite l'uso comune dei mortali; la maggior parte di essi sono così veri che non hanno bisogno di prove»²⁵. A loro volta, possono essere universali, generali o particolari.

L'universalità ha a che fare con il suo utilizzo in qualsiasi questione giuridica. Sono assai vari, come la loro origine: alcuni provengono dalla natura, altri dall'autorità della legge,

²² «Ad quae cum omnia, quae in civil disciplina traduntur, praecepta referenda sint, ex iisque demonstrationes, conclusiones, et axiomata sua scientiae quaecunque mutantur, confirmet, et stabiliant: negari certe non potest, quin principia, in quavis arte, cognitu valde necessaria Semper existant: neque enim ulla est ars, quae commode tradi, aut explicate doceri possit, nisi subiecta disciplinae materies, certis principiis distributa, breviter cognoscenda proponatur». JEAN CORAS, *De iuris*, cit., p. I, cap. 24, p. 65.

²³ «Primaria principia, dicuntur universalialia quaedam iuris pronuntiata, quae omnibus hominibus, ita sunt impressa naturaliter, et infixata, ut velut indubitata, et notissima non alia egeant demonstratione aut certe levi aliqua probatione confirmetur, unde communes animi conceptiones, et notitiae, appellantur», *ibidem*.

²⁴ Sul ruolo dei principi morali fondamentali nella mentalità europea dal Medioevo cfr. F. CARPINTERO, *Breve storia del diritto naturale*, Colex, Madrid, 2000, p. 35 s.

²⁵ «Iuris principia secundaria, sunt certa quaedam axiomata, et definitiones, seu regulae. Quae non tam natura, quam civil aliqua ratione et auctoritate, aut communi mortalium usu, per hominum animos diffunduntur, quae etsi plerunque sunt nec valde egeant demonstratione». JEAN CORAS, *De iuris*, cit., p. II, cap. 25, p. 65. Anche se Coras utilizza la parola assioma per definire i principi, non si riferisce alla geometria in quanto tale né al ragionamento deduttivo.

come quelli compresi nel titolo del Digesto *De regulis iuris*. Si trovano anche nelle sentenze dei giuristi e nelle decisioni dei principi²⁶. Degli esempi di principi naturali sono: «Dobbiamo accettare ciò che va a beneficio di un altro e non danneggia noi»; «la pubblica utilità viene prima di quella privata»; «la giustizia deve preferirsi al rigore»; «la specie deroga al genere»; «ciò che riguarda tutti deve essere approvato da tutti»; «bisogna prestare maggiore attenzione alle cose che alle parole»; «per cose diverse devono essere date ragioni diverse»; «dalle cose separate non dobbiamo dedurre nulla da una o dall'altra»; «il particolare è sempre compreso nel generale», eccetera.

I principi generali fanno riferimento alle diverse parti del diritto, per esempio ai contratti, ai testamenti, o ai delitti²⁷. I particolari sono quelli contenuti nelle parti più concrete della giurisprudenza, perché si occupano di problemi specifici delle istituzioni e vengono forniti dalla legge. La differenza con quelli generali è solo di grado e ampiezza del settore del diritto di cui si occupano. Coras illustra elencandoli principi specifici per la compravendita o il mutuo. Fra questi: «senza la cosa e il prezzo non esiste compravendita»; «non esiste mutuo senza cose quantificabili».

Nei tre livelli, ci spiega che si limita a proporre esempi di principi esistenti, senza provare a illustrare tutta la loro varietà e portata. Tale abbondanza comporta che non possano essere ricondotti a un criterio uniforme. Ciascuno di loro corrisponde a una causa particolare diversa: il diritto naturale, l'utilità, un criterio di giustizia vincolato a una determinata istituzione... Coras riconosce in modo implicito che il diritto è una realtà complessa che non può essere ridotta a un unico senso o finalità; una tale pluralità di sfaccettature si traduce nella diversità dei principi; ed è la scienza del diritto che si deve occupare di spiegare tale diversità.

²⁶ «Universalis dico, quae quibusvis Iuris partibus, et quaestionibus, accomodari possunt. Et horum alia a natura ducunt initium. (...) Alia sunt, quae civilis legis auctoritate nituntur potissimum, quorum bonam partem reperire est, sub titulo Padectarum, gregorii, et Bonifacii. De Regulis Iuris, et reliquam sparse decerpere, ex Iurisconsultorum responsis et Caesarum Placitis, nos quaedam exempli gratia, referemus». Op. cit., p. II. cap. 25, p. 66

²⁷ «Generalia iuris principia, sunt quae ad generales et praecipuas civilis disciplinae partes, generaliter referuntur, et applicantur, veluti in contractibus...», *ibidem*.

Questa stessa mentalità è presente in un altro giurista di educazione umanista che rivolse anch'egli la propria attenzione ai principi. Joachim Hoppers (1523-1576)²⁸. Anche Hoppers, come consuetudine tra questi giuristi, pubblicò un *De iuris arte libri tres* all'interno del quale i principi occupavano uno spazio preponderante. Sostenne che i principi sono le fonti della giustizia e li divise, come Coras, in universali, generali e particolari. I primi a loro volta in primari e secondari; i primari sono i supremi: evitare il male e fare il bene; i secondari sono i tre principi della *iurisprudencia* romana. I principi generali provengono da realtà indipendenti dalla scienza del diritto in senso stretto, però interessanti per il giurista: Dio, i comandamenti, la natura corporea dell'uomo o le discipline classiche della cultura umanistica.

Viceversa, i principi particolari hanno carattere completamente giuridico. Secondo Hoppers, sono contenuti soprattutto nel titolo *De diversis regulis* del Digesto e li classifica in principi che fanno riferimento al diritto stesso e ai processi, e in quelli che si riferiscono all'oggetto del diritto²⁹. Rispetto al primo tipo Hoppers cita i seguenti esempi: «in tutte le questioni, e soprattutto nel diritto, l'equità deve essere presa in considerazione»; «tutte quelle cose proibite dalla natura delle cose, non possono essere corroborate da nessuna legge»; «non tutto ciò che è permesso è degno moralmente»; e a tali principi, chiarisce Hoppers, devono essere aggiunti tutti quelli che provengono da virtù quali la moderazione, la forza, la prudenza e la modestia. Tra i principi che riguardano i processi, cita, tra gli altri: «la cosa giudicata è ritenuta verità»; «non si deve permettere all'attore ciò che non è permesso al reo». E tra quelli che fanno parte delle parti e dei membri del diritto: «la libertà è qualcosa di prezioso», «il matrimonio lo fa il consenso e non la convivenza»; «nessuno può migliorare la propria condizione commettendo un delitto». Fanno parte dei principi anche i «luoghi comuni», che Hoppers raggruppa in tre generi: «il significato delle parole, la conoscenza della volontà e la conoscenza della cose naturali, razionali e morali»; in realtà, Hoppers include tali principi nella legge, da cui possono essere dedotte utilizzando procedimenti come la conoscenza del testo legale, lo spirito delle leggi o l'argomento *a sensu contrario*. È opportuno tener conto che

²⁸ Hoppers nacque in Frisia, allora faceva parte delle Fiandre, ed ebbe una formazione umanistica e giuridica. Dopo essersi dedicato all'insegnamento, passò al servizio della monarchia spagnola a Madrid. Cfr. P. SCHÄDLER, *Nomothesia sive de iuris et legum condendarum scientia. Versuch einer Bearbeitung der Bücher I-IV des Werkes «Seduardus sive De vera iurisprudencia» von Joachim Hopper (1523-1576)*, Johannes Gutenberg Universität, Magonza, 1967, p. 13 s.

²⁹ Cfr. J. HOPPERS, *De iuris arte libri tres*, Lovaino, 1555, vol. I, p. 24 s.

il campo di applicazioni di questi principi particolari è più rigido, a causa del carattere del motivo su cui si basa. In effetti, certi principi possono essere applicati a qualsivoglia questione e a qualsiasi parte del diritto mentre altri, viceversa, provengono dalla rielaborazione di una «pluralità di specie in un singolo precetto» a causa dell'esistenza di qualcosa in comune; quello che Hoppers vuole suggerire con tale espressione è che il principio scaturisce dalla comprensione di una ragione o di una causa comune a diverse leggi; di conseguenza, il principio può essere applicato solamente nell'ambito del diritto da qui provengono tali leggi³⁰.

Nelle opere successive, Hoppers ha ingrandito lo spettro delle realtà interessate dai principi. Nei suoi *Otto libri introduttivi sulla vera giurisprudenza*, e nel *Seduardus* o nei *Dodici libri sulla vera giurisprudenza dedicati al re*, presentò una classificazione particolarmente prolissa. Hoppers li divide in ordinari, straordinari e singolari, secondo le ragioni che giustificano i principi. Gli ordinari sono dotati di una «ragione precisa», mentre tutti gli altri si occupano di situazioni che si allontanano dalla normalità e hanno bisogno di una soluzione adeguata alla loro specificità. Hoppers aggiunge, per giustificare tale attenzione a quelli meno comuni, che nelle situazioni umane le regole generali non possono mai essere così sicure da non ammettere alcuna eccezione³¹. Quest'ultima affermazione pecca di originalità, visto che arriva direttamente da Aristotele e dal diritto romano.

Hoppers presenta i principi ordinari in una gamma piuttosto farraginosa: interni, esterni e intermedi; gli interni, a loro volta, possono essere naturali, civili e misti. I naturali comprendono le sfaccettature dell'esistenza umana che, secondo la filosofia dell'epoca, costituiscono la natura dell'uomo; tali principi provengono da Dio, dal mondo, dall'uomo, dalla famiglia, dalla comunità politica; possono essere etici, fisici, logici e matematici assieme a una serie leggermente complicata di precetti che scaturiscono dalla virtù della giustizia, analizzata da Hoppers in modo molto dettagliato³². In realtà, tutto questo repertorio così vasto non contiene solamente principi giuridici in senso stretto, ma un riepilogo dei diversi aspetti della

³⁰ Tutti questi principi sono presenti in tutto il libro I del *De iuris arte libri tres*.

³¹ «Nam ulla in rebus humanis tam certa potest esse regula generalis circa personas, res, aut earum circumstantias, quae non aliquam specialem (ut vulgo dicitur) patiatur exceptionem»: J. HOPPERS, *Seduardus dicitur De vera iurisprudencia ad regem libri XII*, Amberes, 1590, vol. III, tit., LII, p. 87.

³² Cfr. J. HOPPERS, *Seduardus*, cit., vol. III, tit., XI s., p. 78 s.

realtà dell'uomo che, secondo un colto giurista del XVI secolo, influenzavano la vita del diritto.

Da lì proviene il suo carattere eterogeneo. Molte di quelle elencate da Hoppers sono *regulae iuris* romane. Tra i principi emanati dall'uomo, ci sono, tra gli altri, le *regulae*: «chi tace acconsente»; «dove non c'è bisogno della voce, ma della presenza, il muto e il sordo, se ne sono capaci, possono rispondere»; «la volontà del pazzo è nulla»; «a colui che sa e acconsente non si arreca offesa né viene colpito dal dolo»; «è privo di colpa chi sa, ma non può impedire»; «l'ignoranza di ciò che tutti sanno è colpa grave»; «la negligenza grave è colpa, la colpa grave è dolo»; «nessuno agisce dolosamente quando esercita il proprio diritto». Hoppers sostiene, tra i principi fisici, «per natura il bene accessorio segue il bene principale»; «un'obbligazione avente a oggetto cose impossibili è nulla». Tra i principi della logica compaiono tra gli altri: «in tutto il diritto civile il genere viene derogato dalla specie»; «il particolare è sempre compreso nel generale»; «non si può trasmettere ad altri un diritto più ampio di quello che si ha»; «primo nel tempo, più forte in diritto»; «ciò che è proibito in natura non può essere autorizzato dalle leggi», eccetera. In altri contesti, questi principi naturali assumono un contorno più filosofico, meno legato alla vita giuridica quotidiana.

I principi civili sono, secondo Hoppers, quelli che vengono istituiti per ogni comunità politica dall'ingegno umano. In altre parole, È lo *ius civile* in senso romano, ovvero il diritto stesso di ogni popolo. Da parte loro, i principi misti tra i civili e i naturali formano il diritto delle genti derivato, un insieme di precetti elaborati dalla ragione umana e risultano essere comuni a tutte le società

Sebbene utilizzi un vocabolario assai originale, ciò che Hoppers classifica sotto il nome di principi ordinari interni è la tripartizione, classica tra gli studiosi del diritto romano, di diritto naturale, delle genti e civile. È interessante far notare che i principi naturali non provengono da una valutazione astratta della natura umana, ma contengono precetti che derivano dall'esperienza comune delle vicende umane e delle necessità che ne derivano. È ovvio che non è facile distinguere tale valutazione della natura dal cosiddetto diritto delle genti secondario e dai suoi principi, perché anche quelli che vengono etichettati come naturali sono comuni a tutte le società. È più che comprensibile che si generi nel lettore questa confusione, quest'idea infatti è sempre stata presente nelle dottrine del diritto naturale dello *ius commune*.

Come dimostrato da Francisco Carpintero, il diritto naturale per questi giuristi era molteplice; conteneva precetti morali fondamentali ripresi dalla ragione attraverso l'evidenza, precetti comuni agli uomini e agli animali e alla libertà e uguaglianza di tutti gli individui; a differenza del diritto naturale, il diritto delle genti era stato creato dalla ragione umana, anche se quando subentrò la «ragione naturale» (così come affermano le fonti romane), il diritto delle genti ha sempre avuto un carattere che è una via di mezzo tra quello naturale e quello positivo. La confusione aumentò quanto questi giuristi introdussero la differenza tra diritto delle genti primario e secondario; il primario veniva identificato con il diritto naturale che conteneva i principi morali fondamentali, mentre il secondario era il diritto delle genti creato dalla ragione naturale per offrire istituti giuridici utili a tutti i popoli³³. È esattamente questa varietà di accezioni del concetto di naturale che giustifica la complessità dei principi che Hoppers elenca sotto tale nome. Perché per lui, e per i suoi compagni di scuola a partire dal XII secolo, quello di naturale non era un concetto chiuso da cui dedurre precetti specifici, ma era la stessa vita quotidiana dell'uomo da cui emergevano molteplici criteri di normazione³⁴. Ed era la scienza del diritto che si deve occupare di spiegarli.

Quel carattere così dettagliato della natura, che apparentemente Hoppers preferisce, sembra addirittura rafforzarsi quando ci spiega i contenuti dei principi ordinari esterni e intermedi. I primi ospitano una serie di contenuti estranei al diritto, ma utili, secondo i giuristi maggiormente influenzati dall'umanesimo, per l'esercizio della loro professione: l'utilizzo di dati astrologici, oppure di argomenti che provengono dalla filosofia e dalla letteratura³⁵. Viceversa, i principi esterni misti sono quelli che contengono i mezzi di prova.

I principi intermedi consistono nelle circostanze che influenzano le cose: il luogo, il tempo, la persona, la quantità, la causa, l'evento. In questo caso, Hoppers inserisce argomenti classici della topica e della dialettica, assai diffusi, come detto in precedenza, nell'umanesimo

³³ Sulla dottrina del diritto naturale nello *ius commune* cfr. F. CARPINTERO, *Sull'origine del diritto naturale razionalista nei giuristi dal XIV-XVII secolo*, in *Annuario di Filosofia del Diritto*, 18, 1975, passim; ID., *Il Diritto naturale laico del Medioevo*, in *Persona e Diritto*, 8, 1981, passim.

³⁴ Rispetto a questa interpretazione del diritto naturale cfr. F. CARPINTERO, *I nostri pregiudizi sul cosiddetto «diritto naturale»*, in *Persona e Diritto*, 28, 1992, passim; ID., *Storia e giustizia secondo i giuristi di formazione prudentziale*, in *Annuario di Filosofia del Diritto*, 9, 1992, passim.

³⁵ L'utilizzo a fini giuridici di argomenti che provengono dal campo letterario e filosofico era una caratteristica che Carpintero chiama "Umanesimo razionalista". Cfr. F. CARPINTERO, *Mos italicus*, cit., p. 48.

giuridico. Come è consuetudine in una considerazione argomentativa, la particolare attenzione alle diverse sfaccettature di una questione risponde a una concezione prudentiale del diritto, che prende in considerazione tutti i diversi aspetti che un problema può presentare.

A fianco dei principi ordinari, Hoppers aveva messo gli straordinari, che riguardano «questioni straordinarie che ricadono su una determinata ragione giuridica». Tali questioni sono meno comuni rispetto a quelle dei principi ordinari, sia perché hanno una portata notevole, sia perché hanno una scarsa rilevanza; e proprio questa caratteristica obbliga a prestare una particolare attenzione. Esempi di tali principi sono «quando la condizione di libero è in pericolo, si deve decidere a favore della libertà»; «le cose scritte in un testamento che risultino incomprensibili, verranno considerate come non scritte».

Infine, i principi singolari dipendono da un «motivo singolare». Hoppers comprende quindi che sono sorte delle circostanze così speciali da richiedere la creazione di una *regula* alternativa a quelle comuni. Le cause della singolarità possono essere generate da motivi molto diversi e, di conseguenza, tali principi sono molto dissimili. Possono essere divini, naturali o umani in base al tipo di necessità che soddisfano; i principi umani provengono dalle circostanze e dalle qualità dei fatti, delle persone o delle cose; la loro variabilità circostanziale giustifica che uccidere con dolo venga considerato un delitto capitale, mentre invece una morte fortuita non viene castigata e quella provocata dalla collera in un improvviso impulso dell'anima merita un castigo minore³⁶. Hoppers spiega che in questi casi non si può fornire una definizione né una regola generale senza che, a causa dei fatti, emergano delle eccezioni. Un'idea questa che, come già segnalato, era propria della tradizione romanista e che questo giurista ripete in diverse occasioni.

La verità è che le sue classificazioni sono abbastanza fastidiose e tortuose: la differenza tra i principi straordinari e singolari, per esempio, non è affatto chiara. Ma ciò che mi preme sottolineare con l'enunciazione di tutte queste tipologie di principi è che, questi giuristi, im-

³⁶ «Horum autem principia partim divina sunt: veluti quod ob praesentiam nuinis sacerdotes in templo Sabbathum violant, et sine crimine sunt; partim naturalia a necessitate profecta, quo modo David vigente fames panes propositionis comedebat; partim humana, quae rerum, personarum, et factorum qualitatibus ac circumstantiis proficiscuntur; quae ratione aliud est dolo occidere, quod capitale est; aliud fortuito, quod impunitum; aliud calore iracundiae, sive repentino quodam quasi vento impetu amimi, quod subinde veniam meretur»: J. HOPPERS, *Isagoge*, cit., vol. I, tit., 35, p. 315.

maginarono che la realtà del diritto fosse inizialmente formata da un plesso normativo scaturito dalle necessità e dalle caratteristiche dell'esistenza umana e solo in un secondo momento dall'intervento dei governanti che perfezionano e salvaguardano tali principi. Sapere di diritto è saper incontrare la specifica norma giuridica; e per riuscirci, tra le altre cose, bisogna conoscere la variegata realtà nella quale subentrano i principi. Questo è il compito dei giuristi, della scienza del diritto o giurisprudenza. Con questo non voglio dire, ovviamente, che l'intervento del legislatore sia irrilevante.

Ho già accennato all'ambiguità presente nello *ius commune*, per via del legame con il diritto romano di Giustiniano e al tempo stesso del suo sviluppo di *iurisprudencia* creativa attraverso l'interpretazione di tali leggi. Per questa ragione, questi giuristi non hanno mai dimenticato il ruolo della legge alla quale lo stesso giurista doveva obbedire.

Quando, prima degli stimoli dell'umanesimo giuridico, decisero di redigere dei trattati nei quali riflettevano intorno alla loro 'arte', decisero di conferire importanza alla legislazione e al suo rapporto con i principi. Jean Coras dedica la seconda parte del suo libro sull'arte del diritto a studiare i diversi tipi di diritto (divino, pubblico e privato) nei quali si materializzano i principi presentati nella prima parte. Nel diritto privato la legge scritta svolge un ruolo di primo piano, visto che gli dedica tutta la terza parte dell'opera.

Hoppers era anche particolarmente interessato al ruolo dell'ordinamento. In fin dei conti, la sua opera più rilevante, ovvero il *Seduardus*, era dedicata al re di Spagna, Filippo II, presso cui era stato al servizio. Lo scopo dell'opera era quello di elaborare una legge statutaria (una *Nomothesia*), mostrando i criteri del diritto che il governatore doveva prendere in considerazione nel suo compito di legislatore.

Si potrebbe pensare che questi giuristi vivono in un'epoca in cui si afferma il potere delle monarchie nazionali e, per questa ragione, attribuiscono, prestano maggiore attenzione alla legislazione e la accorpano ai principi³⁷. Jean Bodin, così preoccupato per la sovranità, era un giurista istruito nelle materie umanistiche. Tuttavia, tale affermazione va puntualizzata. Nei secoli moderni, fino all'epoca delle rivoluzioni e delle codificazioni, la realtà giuridica dell'Europa ha continuato ad essere costituita da diverse fonti creatrici di diritto mentre le

³⁷ A.L. Fell ritiene che Coras prestò particolare importanza alla legislazione e che tale atteggiamento venne considerato innovativo tra i cultori della giurisprudenza umanistica. Cfr. *Origins*, vol. I, cit., p. 9, 213, 265-266.

monarchie assolute, malgrado le loro pretese, non riuscirono a controllare tale produzione giuridica³⁸.

Come già segnalato, questi giuristi sono sempre stati coscienti del fatto che il loro compito era interpretare le leggi; lo facevano con notevole flessibilità, perché erano coscienti della complessità delle vicende umane e dell'impossibilità di poter regolamentare tutto tramite la legge. Tale mentalità non cambiò una volta che fece la sua apparizione l'umanesimo giuridico. Sia Coras che Hoppers nelle loro opere, riservarono un'adeguata attenzione all'interpretazione, coscienti della posizione chiave che tale compito ricopriva nella loro professione di giuristi.

È bene sottolineare che, per questo tipo di mentalità, la legislazione del governante non era l'unica chiave di lettura della realtà giuridica. Coras, non afferma mai che la legge sia l'unica fonte di diritto (come diremmo oggi); nella stessa parte della sua arte nella quale studia la legge si occupa anche delle usanze e degli statuti comunali. Ma la cosa più importante è che, per lui, a dar significato alla legge sono i principi: l'adozione dei contenuti che mostrano (l'oggetto del diritto) converte in diritto il precetto del legislatore. Su questa stessa linea, Hoppers afferma che, dopo aver studiato i principi e gli scopi del diritto bisogna occuparsi della forma in cui questi contenuti si manifestano; tale forma è la legge³⁹. La legge, d'altro canto, ha bisogno dei principi per esistere da un punto di vista giuridico. Anche se questi giuristi non lo formulano in modo esplicito, i principi sono provvisti di una virtualità indipendente dalla legislazione. Pertanto, il diritto era una realtà più ampia rispetto alla legislazione che proveniva dal potere politico.

Un altro esempio di tale realtà è la funzione che svolgono nell'applicazione della legge. Hoppers spiega che i diritti (*iura*) e le leggi vengono dedotte dai principi e dalle loro fonti, sia perché si rimanda come loro origini, sia perché grazie a loro è possibile spiegare e interpretare

³⁸ Cfr. A. GUZMÁN, *Codificazione*, cit., p. 95 s. Sulle caratteristiche della società cfr. A.M. HESPANHA, *Cultura giuridica europea. Sintesi di un millennio*, ed. di A. Serrano e trad. di I. Solar, Tecnos, Madrid, 2002, *passim*.

³⁹ «Demonstrato fine iuris et principiis, consequens est, ut de forma quoque eius, qua id, quod iustum, et rationi consentaneum apparuit, comprehendatur, nonnihil differamus. Est autem ea forma nihil aliud, quam ipsa lex»: J. HOPPERS, *De iuris arte*, cit., vol. I, p. 61.

i diritti e le leggi; come sottolinea Hoppers la *ratio legis* dipende dai principi ed è contenuta nei principi⁴⁰.

Il carattere complesso dei principi è stato illustrato da Matteo Gribaldi Moffa (m. 1564), un giurista del XVI secolo considerato, di solito, un nemico dell'umanesimo giuridico, ma in realtà abbastanza influenzato dalle nuove correnti. Una prova di tale influenza è la sua preoccupazione per il metodo, un'affinità con gli umanisti, che lo porta ad affermare che la conoscenza deve sempre partire dai precetti generali; anche nel diritto succede la stessa cosa e lo studioso della giurisprudenza deve prima conoscere ciò che è generale e viene trattato in modo universale per poi abbassarsi alle questioni speciali e individuali⁴¹. Gribaldi ricorda al lettore che la macchinosità delle leggi e delle sentenze dei giuristi, che difficilmente possono essere memorizzate, potrebbe scomparire una volta stilate delle brevissime regole, esattamente come facevano i nostri antenati. Tali regole sono raccolte nel titolo *De regulis iuris* e, come chiarisce Gribaldi, nel suo trattato, prendono il nome di assiomi del diritto; sono brevi e sintetiche sentenze che raggruppano una materia sparpagliata e ne facilitano la memorizzazione; vengono chiamate in diversi modi: *regulae* per i giuristi, *summa* per i filosofi, *tesi* per la dialettica, *aforismi* per i medici e, per altri epitomi, *enunciati* o *assiomi*⁴². Gribaldi crede che le *regulae* ovvero, i principi siano ricavati dalle leggi e dalle opinioni dei giuristi, la qual cosa indicherebbe che tali argomenti hanno bisogno di una positivizzazione da parte dei legislatori e dei giuristi; ma, d'altra parte, i principi devono essere alla base dell'ordinamento giuridico,

⁴⁰ «Iura legesque ex principiis tanquam fontibus deducantur, tum autem ad ea tanquam capita sua revocentur ac enodentur. (...) Nam cum ratio legis ex principiis dependeat et constet»: J. HOPPERS, *De vera iurisprudencia Isagoges*, cit., vol. II. tit., 25, p. 320-321. Quando parla di *iura*, non dobbiamo tradurla con diritti nel senso dei diritti soggettivi o dei poteri propri dell'individuo.

⁴¹ «Omnis disciplinae progressus, a generalibus praeceptis recte deducitur: quae veluti cuiusque artis fundamenta. Ad omnium specierum atque individuorum cognitionem ita necessariarum ut neque ignorarim neque in dubium revocari debeant. (...) Prima igitur haec cura et cogitatio esse debet iuris studiosi, de his, quae generalia sunt, et in universum tradita, prius cognoscendis, quam ad specialia singulariaque descendatur»: M. GRIBALDO MOFFA, *De methodo ac ratione studendi in iure*, in *Cynosura Iuris*, Spira, 1588, p. 10.

⁴² «Ceterum cum leges et prudentum responsa ob eorum numerositatem, non facile possint memoria retineri (plerumque enim universa facti speciem vel longissimam narrant, cuius retentio ingenium magis fatigat, quam erudit) maioribus nostris visum est ex toto legum contextu regulas quam brevissimas colligere; quales habentur in titu. De regulis iuris et latissime in nostro tractatu, quem Axiomata iuris inscripsimus, quae nihil aliud sunt quam breves et compendiosae sententiae ex pervagatis definitionibus perstrictae: quae minori labore discantur, et facilius diutiusque memoria teneantur. Iurisconsulti regulas, Doctores summas, Dialectici theses seu positiones, Medici aphorismos, aliqui epitomas, nonnulli enunciata, sive axiomata vocant»: M. GRIBALDO MOFFA, *De methodo*, cit., p. 112.

poiché bisogna sempre partire dal generale. Gribaldi però non sembra riuscire a superare tale contraddizione presente nello *ius commune*.

Forse per loro non era una contraddizione. Il diritto era una realtà complessa formata da precetti che in parte corrispondevano al diritto naturale, in parte erano il prodotto di una decisione umana, che poteva essere stata presa da un legislatore, o da un'altra autorità. I principi attraversano tutto l'ordinamento giuridico, a volte come basi e altre volte come strumenti per applicare la legge. Per questi giuristi infatti il diritto non era, nella sua manifestazione essenziale, un insieme di mandati provenienti dal potere politico, ma, un sapere professionale a cui veniva attribuita la responsabilità di stabilire ciò che era giusto.

Per questa ragione, come segnalavo in precedenza, i principi o le *regulae* a volte venivano inquadrati nei trattati di argomentazioni giuridiche. È vero che i principi non sono topiche in senso stretto, perché il topico o il luogo comune è l'aspetto della realtà da cui si ricava l'argomento, però funzionano come argomentazioni. Perché, dal punto di vista di questa concezione della realtà giuridica, la *regula* può essere utilizzata per ottenere la soluzione corretta. Nonostante i rinvii alle nozioni universali e supreme come la base dell'ordinamento giuridico, questi giuristi non classificarono con una gerarchia ferrea i principi. I trattati di Coras e Hoppers citati nelle pagine precedenti non erano propriamente delle argomentazioni, però facevano riferimento a una mentalità simile. Offrivano un insieme di principi messi a disposizione per la risoluzione delle controversie, ma senza pregiudicare il peso che ciascun principio avrebbe avuto di fronte al caso particolare. Tale atteggiamento, tipico di una concezione prudentiale (nel senso aristotelico) del diritto si tradusse in una presunta mancanza di certezze. Coras ricorda che il ragionamento cambia a seconda del settore della realtà in cui ci troviamo. La dimostrazione viene data da un ragionamento che comincia come causa di una premessa vera e necessaria a spiegare e cogliere la verità relativa a un caso oscuro. È quello che succede nelle discipline matematiche, come l'aritmetica, la musica, la geometria e l'astronomia, dove la verità è eterna ed esatta. Le dimostrazioni sono sempre vere, necessarie ed eterne. Viceversa, mette in guardia Coras, in altre materie i precetti si basano di più sulla fiducia che sulla dimostrazione. Principalmente nella filosofia morale e nella scienza del diritto, perché la ragione civile non è unica e non è sempre la stessa, bensì cambia a seconda

delle circostanze dei casi. «Di conseguenza, in questo caso non possiamo parlare di dimostrazione propriamente detta, ma sarebbe meglio (come afferma Aristotele) chiamarli ragionamenti probabili, anche se seguono l'esempio delle dimostrazioni»⁴³.

Alla fine, ciò che guida il giurista sono la conformazione del caso concreto e le sue circostanze. Un contemporaneo e compatriota di Coras, Pierre Grégoire (1540-1599), lo illustrò chiaramente quando scrisse che l'elaborazione delle caratteristiche del caso è il cardine attorno al quale gira tutta la conclusione del ragionamento⁴⁴.

4. *Conclusioni*

Le diverse classificazioni dei principi descritte nelle pagine precedenti formano un corpus proveniente principalmente dal diritto romano e messo a disposizione del giurista perché lo utilizzi in funzione di diverse circostanze e necessità. Antonio Manuel Hespanha ha scritto che, per via della stessa mentalità della società, il diritto proveniva da diversi ordinamenti, e che le cose avevano «una densità tale da renderle abbastanza indisponibili»; vi erano ordinamenti sovrumani e altri particolari nei quali «i principi provenienti dalla natura potevano essere sviluppati»; questo era in gran parte il compito dei giuristi⁴⁵.

Questa è la ragione per cui non deve sorprenderci il fatto che alcuni principi provengano dalla legge mentre altri abbiano un carattere indipendente. Può sembrare confuso, ma la situazione può essere spiegata se prendiamo in considerazione il fatto che questi giuristi non avevano una concezione volontaristica del diritto; pensavano che fosse un precetto razionale, che ospitasse le esigenze di giustizia disperse dalla realtà e incarnate nei principi; per

⁴³ «Quae ratiocinatio quadam est, ex praemissis causis veris, et necessariis, obscurae rei veritatem colligens et illustrans. Idque in mathematicis, veluti Arithmetica, Musica, Geometria, et Astronomia, perpetuo verum est: quod eorum tam certa sit, et ocularis demonstratio; ut vel senso ipso, plerunque percipiatur in quibus ideo dici solet. Demonstrationes semper veras, necessarias, et aeternas. In aliis disciplinis, non ita in futurum: quae magis praeceptis in fide positae, quam demonstratione comprehenduntur; sed praesertim in morali philosophia, et iurisprudencia, cum civilis ratio non perpetuo una, eademque sit, sed pro rerum circumstantiis varietur. Unde non possunt Demonstrationes significanter appellari, sed probabilis (ut Aristoteles dicit) potius ratiocinationes dici debent, quae tamen demonstrationum exemplo». J. CORAS, *De iuris arte*, cit., p. I, cap. 8, p. 60. La concezione delle scienze matematiche è la stessa del *Quadrivium* medievale. Coras qui interpreta la dimostrazione e la verità eterna tipica del sapere teorico in un senso premoderno. La filosofia attuale della scienza non condivide la fiducia di Coras.

⁴⁴ «Hocque erit status causae, circa quem, veluti circa suos cardines, omnis ratiocinationis conclusio debet moveri et tractari»: P. GRÉGOIRE, *De iuris arte, methodo ac praeceptis*, Lione, 1580, cap. 41, 4, p. 604.

⁴⁵ Cfr. A.M. HESPANHA, *Cultura giuridica*, cit., p. 38-39. 63, 113 s.

questa ragione, le leggi del Digesto, a volte, si limitano a presentare dei principi, la cui giuridicità non dipendeva dalla volontà del governante. Volendo utilizzare una terminologia anacronistica, potremmo affermare che la giuridicità dei principi avanzati da Coras e Hoppers non hanno bisogno di una giustificazione di validità come quella fornita dalla norma fondamentale di Kelsen o la norma di riconoscimento di Hart. I principi incarnano il bisogno di giustizia che li rende immediatamente ammissibili da un punto di vista giuridico. Ma, d'altra parte, devono essere contenuti nelle leggi. E qui fa la sua apparizione l'ambivalenza di cui parlavo prima e che ci ricorda quella che si palesa anche in un difensore dei principi del XX secolo: Josef Esser. Costui spiega che i principi devono essere in alcun modo «istituzionalizzati»; possiedono valore autonomamente, ma devono anche essere formulati dalla legge e dai giudici, perché bisogna che «salga alla luce il processo di positivizzazione che è decisivo per l'efficacia reale dei principi. Dall'altro lato, una valutazione discriminatoria dovrebbe sbarazzarsi dell'idea riduttiva che tutti i principi sono in possesso, in quanto 'elementi di diritto naturale' di una validità positiva della organizzazione dello stato»⁴⁶.

Nella società tale complicato processo di positivizzazione fu responsabile in larga parte della scienza del diritto e di conseguenza del potere che ebbe. Questo status cambierà quando la modernità trasferirà il monopolio legislativo del diritto nelle mani dello Stato. Francisco Carpintero ha spiegato che la Scuola del diritto naturale moderno si dovette confrontare con la giurisprudenza esistente, ovvero, quella romanistica. Lo *ius commune* interpretò il diritto come un'attività razionale e prudente del giurista che cerca la soluzione di fronte a un problema. La nuova mentalità interpretò il diritto come l'insieme di leggi emanate dal governante e ciò modificò la posizione del giurista; da quel momento in poi avrebbe potuto solamente adottare un atteggiamento passivo e limitarsi a studiare le leggi dello Stato⁴⁷.

Da quel momento in poi, ufficialmente, la scienza del diritto si limiterà a svolgere la funzione di conoscere e spiegare le leggi. Il giurista diventa un servo, anche se i contenuti delle codificazioni proveniva in buona parte dalle elaborazioni della dottrina del diritto comune. Risponde al vero che il monopolio statale del diritto venne contestato fin dall'inizio, e che in Germania la Scuola storica e la Pandettistica si batterono per una scienza del diritto

⁴⁶ Cfr. J. ESSER, *Principio e norma nell'elaborazione della scienza del diritto del Diritto Privato*, trad. di E. Valentí, Bosch, Barcellona, 1961, p. 53.

⁴⁷ Cfr. F. CARPINTERO, *Introduzione alla scienza del diritto*, Civitas, Madrid, 1988, p. 135 s.

autonoma, però la maggior parte delle alternative al positivismo giuridico verranno da posizioni sociologiche o psicologiche del diritto. La *scientia iuris* dei giuristi del diritto romano, intesa come conoscenza prudente e pratica del diritto, decisiva nei tribunali, faceva ormai parte del passato.

Abstract

European legal science was born under the *ius commune* in medieval times. For romanists lawyers, law was not identified exclusively with legal rules created by the government (as the imperial ruler). One of the meaning oh the word *ius*, was *scientia iuris*, an activity designed to find the right answer in a legal case. One of the instruments to know that answer was the legal principles (*regula iuris*); these were not created by political decision; they arose from a multifaceted consideration of human reality and were developed by *scientia iuris*.

Cadice, novembre 2020.