

INTRODUZIONE

AI CONFINI DEL DIBATTITO: VISIONI E REVISIONI DELLA *LEGAL TRADITION*

SOMMARIO: 1. Un “tradizionale” istinto codificatorio? – 2. L’ordine del discorso: resistenze “classiche” alla sistematizzazione. – 3. La tradizione come finzione. – 4. «The perfection of reason» nella critica di Samuel Romilly ed Edward Livingston. – 5. Frederick Pollock e la giurisprudenza come esperienza collettiva. – 6. La tradizione tra «intuition of justice» e «law making» giudiziale.

1. Un “tradizionale” istinto codificatorio?

In un saggio pubblicato nel 1884 su “The Westminster Review”¹, George Spencer Bower attribuiva ai giuristi della tradizione inglese ciò che definiva l’«istinto codificatorio [...]», un impulso «che spinge un giurista a mappare il campo del diritto in un sistema di principi razionalmente coordinati [...]»². Veniva così espresso un concetto semplice ma incisivo: era implicita nella cultura giuridica inglese l’aspirazione a organizzare il diritto in una struttura logica e razionale di regole e principi, presupposto per lo sviluppo codificatorio dell’ordinamento giuridico. Questo particolare slancio sistematico sarebbe stato rinvenibile, in particolare, nel pensiero di Glanvill, tra i primi giuristi a invocare la trasposizione in forma scritta di una selezione di regole e principi. Conoscitore della pratica giudiziaria, Glanvill – *Chief Justiciar of the King* – riteneva che, nonostante l’impossibilità di porre per iscritto ogni aspetto del complesso «delle leggi e della costituzione inglese», esistessero norme, ben consolidate per il frequente uso, suscettibili

¹ G.S. Bower, *Codification of English Law. A Retrospect and a Prospect*, in «The Westminster Review», LXV, June 1884, pp. 450-495 (*Part I – A Retrospect*) e LXVI, July 1884, pp. 1-57 (*Part II – A Prospect*). Per l’esame generale di alcune chiavi concettuali, si è scelto di prendere come punto di riferimento la prospettiva, necessariamente particolare ma comunque assai significativa, di alcuni tra i più influenti e autorevoli giuristi del periodo di riferimento, tra cui Bower, Romilly, Livingston, Pollock, Stephen e altri, la cui opera sarà approfondita nel prosieguo del volume.

² Ivi (*Part I*), p. 452. Salvo diversa indicazione, le traduzioni dall’inglese sono mie.

di trasformazione in espresso linguaggio scritto ai fini dell'utilizzo generale e «ad adjuvandum memoriam»³.

Già in questi propositi sarebbe stata implicita una precoce prospettiva codificatoria: dal «progetto di Glanvill» emergevano i «tre grandi elementi essenziali di un codice», dato l'evidente scopo «di rendere una quantità di costumi incerti, variabili, non correlati e poco conosciuti (1) fissi e certi, (2) coerenti e logici, e (3) accessibili al pubblico»⁴; nella medesima prospettiva sarebbe stata leggibile l'opera di Bracton, da considerarsi uno dei primi tentativi «in direzione di ciò che *di fatto* è la codificazione»⁵. Altri esempi di questa tendenza erano riferibili ai lavori dei giuristi inglesi, tanto dei secoli XII e XIII, che d'età moderna⁶.

Di questo sguardo retrospettivo, retrodatato – e non a caso – al momento formativo della cultura giuridica inglese, un aspetto appare fondamentale per cogliere il legame tra passato e presente: il tentativo di coniugare la tradizione intellettuale con moderne finalità di ordine pratico, e quindi con un progetto politico. La tradizionale *forma mentis* dei giuristi – o meglio, la rappresentazione di essa che veniva qui offerta – avrebbe potuto essere utilizzata, quantomeno come ideale punto di partenza, per una moderna trasformazione di un ordinamento giuridico percepito come caotico in un sistema normativo razionale e ordinato. In altre parole, l'elemento della tradizione era richiamato, in una prospettiva in qualche modo rovesciata, per supportare gli argomenti in favore della sistematizzazione del diritto mediante una qualche “forma” di codificazione.

La collocazione temporale del discorso offre una traccia di questo disegno politico. Le riflessioni di Bower intervennero nelle fasi finali di un dibattito sulla codificazione – che aveva già visto fallire diversi tentativi di promulgazione di digesti e codici (e, tra questi, il «progetto» Stephen) – nel quale aveva avuto un ruolo non secondario la stessa letteratura giuridica, rappresentata come autonoma categoria sistematica, potenzialmente alternativa rispetto al codice⁷. Distanzandosi da qualsiasi proposito “sostitutivo”, Bower opponeva alla presenza “opprimente” di commentari e trattati di dottrina – «to which even the code of Justinian gave birth» – la razionalità di un «code of law», quale sistema di regole espresse e

³ Era richiamata, sul punto, la traduzione del *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus regni Angliae* di Glanvill (testo da me consultato nell'edizione londinese del 1673) realizzata da Lord John Campbell in *Lives of the Chief Justices*, Vol. I, riportata in stralcio nel testo di Bower (pp. 452-453).

⁴ G.S. Bower, *Codification of English Law, (Part I – A Retrospect)*, cit., p. 453.

⁵ *Ibidem*. Corsivo nel testo.

⁶ Ivi, p. 453.

⁷ Secondo Alexandra Braun, essendo connessa alla funzione di «systematising the law and of defining legal concepts», la letteratura giuridica accademica avrebbe contribuito a rendere meno urgente la promulgazione di un codice di diritto inglese. A. Braun, *The English codification debate and the role of jurists in the development of legal doctrines*, in M. Lobban, J. Moses (eds.), *The Impact of Ideas on Legal Development*, Cambridge, 2012, pp. 204-225, in part. p. 224.

modello per una riforma duratura dell'ordinamento. La misura «di cui allo stato necessitiamo», affermava con decisione Bower, «non è un commentario, ma una fuga dal commentario; non manuali, ma codici in senso più moderno e ristretto»⁸. La «fuga» dai testi – e conseguentemente dalla comune tradizione sistematica dottrinale e pratica – era giustificata da una visione della moderna letteratura giuridica come strumento poco utile (se non proprio deleterio) per la razionalizzazione e l'esposizione sistematica di regole e principi di diritto.

La «moderna» letteratura giuridica aveva, infatti, dimostrato una sorta di involuzione, espressa proprio dall'allontanamento stilistico e metodologico rispetto al modello codicistico; a differenza che nei secoli passati, seguendo una mutata pratica compositiva, sembrava anzi porsi «agli antipodi di un codice». Formati in larga parte da lunghe e articolate dissertazioni dottrinali e ricolmi di riferimenti storici alle origini e all'evoluzione di regole e principi – inutili dal punto di vista sistematico – i testi di letteratura non facevano altro che aggiungere elementi al già sovrabbondante discorso giuridico, così segnando la distanza dal «vero codice», il cui scopo precipuo era, al contrario, «di esporre la giurisprudenza esistente nel minor numero di proposizioni generali» comprendenti «tutto il diritto e nient'altro che il diritto su di un dato argomento»⁹.

A questo genere di visione dell'ordinamento e della tradizione giuridica si contrapponeva una tendenza intellettuale di segno radicalmente opposto¹⁰. Come ha efficacemente sintetizzato Gerard J. Postema¹¹, l'aspirazione alla sistematicità – che in una prospettiva analitica presupponeva anche la delimitazione di concetti e

⁸ G.S. Bower, *Codification of English Law, (Part I – A Retrospect)*, cit., p. 454 («At the present day, of course, we are oppressed with those “camel-loads of commentaries,” [...]»).

⁹ Ivi, p. 454-455. Facevano eccezione alcuni particolari testi di letteratura giuridica, tra cui i *Digests* redatti da James Fitzjames Stephen e Frederick Pollock; cfr. Capitolo II, pp. 149-150.

¹⁰ La lettura di A.W.B. Simpson, *The Common Law and Legal Theory*, in A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 77-99, G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, II ed., Oxford, 2019, pp. 3-37, G.J. Postema, *Il sistema del diritto: la necessità del sistema nel common law*, in G.J. Postema, *Common Law e sistema. Una prospettiva di teoria del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019 (traduzione italiana di L.M. Guzzo, A. Romeo), pp. 5-60, ha influenzato alcuni dei passaggi di seguito riportati sul tema della *Common Law Theory*. Su questi argomenti, D.E. Edlin (ed.), *Common Law Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 (in particolare, L. Alexander, E. Sherwin, *Judges as Rule Makers*, pp. 27-50; J. Gardner, *Some Types of Law*, pp. 51-77; M.A. Eisenberg, *The principles of the Legal Reasoning in the Common Law*; G.J. Postema, *A Similibus ad Similia: Analogical Thinking in Law*, pp. 102-133; D. Dyzenhaus, M. Taggart, *Reasoned Decisions and Legal Theory*, pp. 134-167; sul tema del *Common Law Constitutionalism*, J.R. Stoner Jr., *Natural Law, Common Law, and the Constitution*, pp. 171-184; T.R.S. Allan, *Text, Context, and Constitution: The Common Law as Public Reason*, pp. 185-203; J. Goldsworthy, *The Myth of the Common Law Constitution*, pp. 204-236). Con particolare riferimento al periodo 1850-1920, M. Lobban, *Legal Theory and Judge-made law in England, 1850-1920*, in «Quaderni Fiorentini», XL, 2011, tomo I, pp. 553-594.

¹¹ G.J. Postema, *Il sistema del diritto: la necessità del sistema nel common law*, cit., pp. 6-13.

categorie giuridiche, e quindi «del campo della giurisprudenza»¹² – ha dovuto fare i conti con la generalizzata resistenza di giuristi e pratici del diritto verso le ipotesi di costruzione dell'ordinamento a partire da basi teoriche e concettuali. Nel medesimo ordine di idee, le istanze in favore della positivizzazione dell'ordinamento – supportate dalla visione del diritto «come un sistema di regole»¹³ e, in un certo senso, come forma di «codice» – si scontrarono con la diffusa attitudine dei *common lawyers* a identificare il sistema, o comunque buona parte di esso, con l'insieme dei precedenti giudiziari e delle regole da essi emerse.

Sebbene non escludesse in assoluto una visione positivistica del diritto, questa inclinazione, che poneva in risalto anzitutto il ragionamento giuridico fondato sul processo di induzione dal precedente, supportava l'avversione – *in primis*, dei giudici – rispetto tanto all'astrazione concettuale «basata sulle opinioni teoriche dei filosofi», quanto all'identificazione del diritto con la legislazione, cui venivano criticamente contrapposte le dinamiche di «una disciplinata immersione» nel quotidiano confronto forense e giudiziario sulle vicende pratiche e i casi concreti¹⁴, a loro volta rappresentate come genuine caratteristiche della tradizione intellettuale.

A queste rappresentazioni si ispirava quella visione critica – di cui non mancano moderni esempi – che rintracciava nella resistenza a ogni forma di sistematizzazione la caratteristica saliente dell'ordinamento giuridico¹⁵. Secondo l'avvocato George Sweet, che scriveva intorno agli anni '80 dell'Ottocento, l'insieme di questi precedenti – e non il legislatore o il teorico del diritto – delineava le regole giuridiche che avrebbero concretamente disciplinato la vita comune, oltre ad assicurare la stessa esistenza scientifica del diritto. «Un gruppo di tali precedenti», sosteneva Sweet richiamando l'immagine di una comunità di individui e di un corpo di giuristi che attorno a essa si stringeva, «ci presenta una regola con i suoi limiti, qualificazioni, applicazioni ed eccezioni, accertate dopo una faticosa e ripetuta indagine, deliberazione e discussione, nello studio e in tribunale, nel corso delle successive generazioni, dai migliori intelletti giuridici, ed espressi in modo da mostrare il processo mentale attraverso il quale i risultati sono stati ottenuti, e non i semplici risultati astratti in formule fisse [...]»¹⁶; in questa dinamica, lo stesso

¹² Il riferimento è, ovviamente, all'opera di J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, Murray, 1832.

¹³ «Positivism and the common law as a system» è il titolo della parte II del contributo di A.W.B. Simpson, *The Common Law and Legal Theory*, cit., pp. 77-99.

¹⁴ G.J. Postema, *Il sistema del diritto: la necessità del sistema nel common law*, cit., p. 7.

¹⁵ Una visione che resiste nei discorsi di parte della dottrina. Sul punto, *ivi*, p. 6.

¹⁶ G. Sweet, *The Expediency of Digesting the Precedents of the common law and regulating the publication of reports*, in *Papers read before the Juridical Society: 1858-1863*, Vol. II, London 1863, p. 578. Sull'opera di Sweet in commento, M. Lobban, *Legal Theory and Judge-made law in England*, cit., p. 566. Secondo Lobban, «In Sweet's view, the very existence of law as a science depended on inductions made from precedents» (*ibidem*).

meccanismo discorsivo sotteso all'emersione di questo «cluster of precedents» assumeva rilevanza in un certo senso maggiore del suo risultato.

Inoltre, così delineato, il sistema di diritto non scritto avrebbe sempre fornito – a differenza della legislazione – un'ipotesi di risoluzione delle specifiche questioni poste di volta in volta all'esame del giudice¹⁷, anche in assenza di «un precedente direttamente in questione»; in questi casi, «una soluzione che getti luce sul caso può essere tratta da altri per inferenza e analogia»¹⁸, così procedendo «a similibus ad similia»¹⁹.

Proprio l'approccio pragmatico sotteso al ragionamento giuridico sembrava in un certo senso limitare quello spirito sistematico di cui parlava Bower. Il dibattito registrava, infatti, posizioni teoriche in qualche modo intermedie, nel cui ambito la «ricostruzione sistematica» di regole e principi di diritto non avrebbe, comunque, potuto porsi a fondamento delle decisioni, venendo semmai a costituire una traccia – o poco più – per lo svolgimento dell'opera professionale di giudici e avvocati²⁰; allo stesso modo, non avrebbe potuto sostituirsi al ragionamento giuridico basato sul passaggio da caso a caso, così da eliminare, mediante un sistema espresso e rigido di regole, lo spirito pratico sotteso all'induzione dal precedente²¹.

Nel contemperamento dell'aspirazione verso il sistema con le caratteristiche del modello tradizionale, l'ordinamento giuridico avrebbe continuato a identificarsi con i casi, e non con una rigida struttura di regole, senza modifiche dei meccanismi di produzione del diritto, e quindi senza impatto costituzionale. Da questa prospettiva, era a ben vedere lo stesso modello di ragionamento giuridico, che apertamente si richiamava alla tradizione, a contrastare l'idea di un'astratta compatibilità del diritto, da intendersi in particolare come diritto non scritto, con qualsiasi forma di «codice», da intendersi in generale come struttura sistematica di regole espresse e rigide. Diffusamente percepito come carente di elasticità e capacità evolutiva²², oltre che espressivo di un modello politico dispotico, il codice evo-

¹⁷ Cfr., sul punto, A.W.B. Simpson, *The Common Law and Legal Theory*, cit., p. 78.

¹⁸ G. Sweet, *The Expediency of Digesting the Precedents of the common law*, cit., p. 578.

¹⁹ Riprendo l'espressione che dà titolo al contributo di G.J. Postema, *A Similibus ad Similia: Analogical Thinking in Law*, cit., pp. 102-133.

²⁰ G.J. Postema, *Il sistema del diritto*, cit., pp. 9-13, dove queste riflessioni sono riferite, soprattutto, a Frederick Pollock e Oliver Wendell Holmes.

²¹ Cfr. F. Pollock, *The science of case law*, in F. Pollock, *Essays in Jurisprudence and Ethics*, London, MacMillan & Co., 1882, pp. 237-260 (p. 254). «It is expedient for purposes of general policy that law should be uniform and legal decisions capable of prediction, and one chief aim of our judicial system is to make them so».

²² A titolo di esempio, W.M. Best, *Codification of the Law of England*, in *Papers read before the Juridical Society: 1855-1858*, London, 1858, pp. 209-240; A. Craig, *The Codification of the Law*, in «The Journal of Jurisprudence», XXVI, 1882, pp. 281-292 e 337-348. Con riguardo agli Stati Uniti d'America, H.S. Legaré, *Codification*, in *Writings of Hugh Swinton Legaré*, 2 vols., Vol.

cava in qualche modo scenari eversivi e di decadenza, particolarmente invisibili al popolo inglese.

Per Bower, era ampia la diffusione di un senso di cieca ostilità contro la codificazione, che mescolava nel dibattito pericoli reali a scenari immaginari. Così come il termine «democracy» richiamava l'immagine della Comune di Parigi e delle barricate, allo stesso modo «le parole “codice” e “codificazione” per molti di noi suggeriscono irresistibilmente il dispotismo militare e le visioni di Napoleone “che passerà ai posteri con il codice francese in mano, o ricordano Giustiniano e la decadenza dell'impero”». Per riportare il dibattito in una prospettiva razionale, sarebbe servita una generale presa di coscienza sul passato, sgomberando il campo dall'equivoco interpretativo generato dalla falsa, e «grossolanamente errata», affermazione «secondo cui l'Inghilterra non ha effettivamente codificato, o (per evitare la discutibile parola) sistematizzato il suo diritto in sforzi successivi fin dai tempi più antichi [...]»²³.

Con questa premessa, veniva a cadere il “mito” della endemica resistenza alla sistematizzazione²⁴.

2. L'ordine del discorso: resistenze “classiche” alla sistematizzazione

La stessa identificazione dell'opzione codicistica come elemento della tradizione costituiva, per certi aspetti, un espediente discorsivo finalizzato a supportare una riforma sistematica del diritto²⁵. Ma dal versante opposto, agli argomenti usati dai «partigiani della codificazione»²⁶ veniva contrapposto proprio quel “tradizionale” elemento anti codificatorio insito nella «common law theory», che portava a rifiutare qualsiasi formulazione rigida e per certi versi definitiva di norme e principi giuridici, così rimarcando la differenza tra il diritto e le differenti formulazioni delle sue regole²⁷. Partendo dal presupposto della difesa di questi aspetti

II, Charleston 1845, p. 500 ss. Cfr. anche G. Sweet, *The Expediency of Digesting the Precedents of the common law and regulating the publication of reports*, cit., pp. 578-579. Per ulteriori riferimenti bibliografici si rimanda ai capitoli successivi.

²³ G.S. Bower, *Codification of English Law*, cit., p. 451.

²⁴ Il verbo «sistematizzare» usato in queste pagine traduce l'inglese «systematizing», così come adoperato nei testi di letteratura giuridica ottocentesca di matrice anglosassone per indicare, come fatto ad esempio da Bower, l'elaborazione di un sistema di regole e principi, tratti dall'*unwritten law*, organizzati secondo un metodo razionale.

²⁵ Un esempio in *Speech of Lord Brougham upon the Criminal Code, in the The House of Lords, on Monday, the 13th of MAY, 1844*, London, James Ridgway, 1844, con riferimento, in particolare, al tentativo di tradurre il diritto penale in un testo legislativo, nella forma di un codice o di un digesto.

²⁶ L'espressione è usata in J.C. Carter, *The Proposed Codification of Our Common Law*, New York, 1884.

²⁷ G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, cit., pp. 9-10, specialmente con riferimento all'idea secondo cui nessuna particolare formulazione del diritto era definitiva, essendo al contrario correggibile.

tradizionali della cultura giuridica, nel dibattito tanto inglese che nordamericano, contro la visione del diritto come struttura sistematica di regole, e quindi come forma di codice, il diritto non scritto veniva rappresentato come un sistema di pura ragione e logica («a system of reason»), opposto alla legge scritta (costituente, al contrario, un mero comando), in definitiva, come elemento sociale sorto «directly from habit and custom»²⁸, registrato nella memoria collettiva della comunità, indipendente dalla volontà di un sovrano/legislatore.

Il riflesso ottocentesco della visione classica della «common law theory»²⁹ portava così a valorizzare, anzitutto, la tradizionale percezione del legame tra la dimensione giuridica e quella comunitaria, da opporre a una visione positivista del diritto come prodotto statale. L'equiparazione tra *common law* e consuetudine costituiva la «forma standard» del pensiero giuridico seicentesco e settecentesco. Questa nozione tradizionale distingueva tra *lex non scripta* («unwritten law»), formata da consuetudini generali e particolari, e *lex scripta* («written» o anche «enacted law»), identificata con la legge formale. Nella «common law theory» classica, la distinzione tra diritto scritto e non scritto risultava fondamentale per la delimitazione dei confini del giuridico e delle sue origini, facendo riferimento più che all'elemento della scrittura in sé – ovvero, alla circostanza che regole e norme fossero o meno registrate in documenti – alle differenti fonti da cui gli elementi normativi traevano autorità³⁰. Da questa prospettiva, perdeva rilevanza anche la distinzione medievale, relativa alle fonti del *common law*, tra «established custom» ed «established rules and maxims», laddove gli stessi principi generali da cui il diritto derivava avrebbero conservato validità solo in virtù della recezione storicamente dimostrata nella pratica³¹.

Blackstone, tra gli altri, esponeva chiaramente questi passaggi teorici. L'efficacia vincolante del diritto non scritto riposava sull'«uso immemore» delle sue regole, così come recepite nella pratica delle corti di giustizia. Le fonti di prova delle «consuetudini giuridiche» erano contenute nei *report* delle decisioni giudi-

²⁸ J.C. Carter, *The Ideal and the Actual in the Law*, Philadelphia, 1890, p. 21.

²⁹ Secondo Postema, i modelli di pensiero e il linguaggio della *common law theory* si ritrovano, soprattutto, in Thomas Babington Macaulay e Henry Sumner Maine. G.J. Postema, *Il sistema del diritto*, cit., p. 7 ss.

³⁰ A.W.B. Simpson, *The Common Law and Legal Theory*, cit., p. 93; G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, cit., p. 7.

³¹ Questa perdita di rilevanza era sottolineata da Blackstone in ordine alla distinzione, fatta da «alcuni» («some»), tra «established custom» ed «established rules and maxims» come fonti del *common law*. «But I take these to be one and the same thing. For the authority of these maxims rests entirely upon general reception and usage; and the only method of proving, that this or that maxim is a rule of the common law, is by showing that it hath been always the custom to observe it». W. Blackstone, *Commentaries of the Law of England, Book the First*, Oxford, Clarendon Press, 1765, *Introduction, Section the Third*, p. 68. Simpson «sospettava» che Blackstone riferisse questa distinzione a John Fortescue e Christopher St. Germain. A.W.B. Simpson, *The Common Law and Legal Theory*, cit., p. 92.

ziali, oltre che nei trattati dei «sapianti» della professione, «conservati e tramandati a noi dai tempi della più alta antichità». Le consuetudini così rintracciate potevano definirsi «*Leges non scripta*», derivando la stessa «force of Laws», e il conseguente potere vincolante, «da un uso immemore e dalla loro recezione universale in tutto il regno»³². La generale accettazione di una particolare regola dipendeva, inoltre, da una positiva valutazione di «ragionevolezza e storica appropriatezza»³³, nell'ambito di una dinamica, in cui era centrale il ruolo del giudice, che incideva sulla rappresentazione del diritto non scritto come «perfezione della ragione»; di conseguenza, ciò che non era ragionevole non poteva dirsi diritto³⁴.

La «common law theory» classica non solo rivendicava l'equiparazione tra diritto e ragione ma, in un certo senso, pretendeva che questa ragione fosse moralmente giusta³⁵. Per il funzionamento di questi meccanismi discorsivi, operanti nell'interazione tra teoria e prassi giudiziaria, diveniva fondamentale il momento della decisione. Le opinioni espresse in sede di giudizio spiegavano e dichiaravano il diritto, senza tuttavia identificarsi con esso. Provenendo da «recognized authorities», costituivano un'espressione autoritativa e, allo stesso tempo, una prova dell'esistenza di una regola o di una consuetudine come parte del diritto³⁶. La ricerca di soluzioni per la definizione di un caso poteva richiedere l'esplicitazione di regole e principi di diritto, dando così forma, di fatto, a nuove regole giuridiche formulate per lo specifico caso; era tuttavia il caso, e non il giudice, a estendere regole considerate «established law» alle nuove circostanze, secondo una delle principali finzioni giuridiche della «common law theory»³⁷.

Proprio il giudice – e non accidentalmente – si trovava nella migliore condizione per operare il ragionamento analogico alla base dell'induzione dal precedente³⁸. Studio ed esperienza pratica consentivano di collocare specifiche questioni, in attesa di soluzione, nell'ambito del complesso casistico di riferimento, per poi, ragionando a partire da esempi particolari, trovare la soluzione per il nuovo caso. Quest'idea era alla base del concetto di «artificial reason», come ragione

³² W. Blackstone, *Commentaries of the Law of England, Book the First*, cit., *Introduction, Section the Third*, p. 64.

³³ G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, cit., p. 7.

³⁴ W. Blackstone, *Commentaries of the Law of England, Book the First*, cit., *Introduction, Section the Third*, p. 70.

³⁵ Così, D. Dyzenhaus, M. Taggart, *Reasoned Decisions and Legal Theory*, cit., p. 134.

³⁶ Sul tema, D. Freda, «Una dispotica creazione». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese*, Torino, Giappichelli, 2012. In generale, sulla *common law theory classica*, G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, cit., pp. 3-37; A.W.B. Simpson, *Legal Theory and Legal History*, cit., 77-99.

³⁷ G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, cit., p. 11 ss.

³⁸ Ivi, p. 9 ss.

nel diritto, che differiva rispetto alla «natural reason», per poter essere acquisita con la pratica giudiziaria e forense³⁹. Emergeva, da queste dinamiche, il ruolo centrale dei giuristi, i quali avevano trasformato, nel tempo, un insieme di usi condivisi «in un corpo coerente di regole»⁴⁰, nella costante ricerca di un nesso tra comunità e consenso giuridico.

Nell'ambito del dibattito ottocentesco, la dimensione sociale e comunitaria del diritto era ancora al centro della resistenza contro la positivizzazione dell'ordinamento. I principi di diritto – scriveva nel 1869 William Erle, già *Chief Justice of the Common Pleas* – «provengono praticamente dal popolo»⁴¹, trovando applicazione pratica a livello comunitario prima ancora di essere oggetto di adozione legislativa e giudiziaria. «I principi», continuava Erle, «vengono applicati dapprima nel concreto; gradualmente si trasformano in regole di più ampia applicazione e le parole diventano appropriate alla loro espressione; e i giudici e i legislatori li adottano [...]»⁴². In questa costruzione, era evidente il nesso diritto-comunità; i principi orientavano le condotte dei singoli essendo un prodotto della coscienza, provenendo «da quella stessa potenza che ha consentito alla maggioranza degli uomini liberi di ogni età e lingua di avere una percezione di ciò che sentono giusto, e che ammirano di per sé, e presumono essere utile finché non venga dimostrato il contrario».

Tra comunità e diritto si poneva, appunto, la figura del giudice, che meglio di altri sapeva cogliere «questa percezione del giusto»⁴³. Il pensiero ortodosso americano del tardo Ottocento offrì ulteriori contributi a questa visione del giudice come scopritore ed espositore delle consuetudini, e conseguentemente come interprete privilegiato del consenso espresso dalla comunità attraverso il diritto, costituente parte della resistenza intellettuale contro i tentativi di identificazione del diritto con la legge formale⁴⁴.

A questa visione tradizionale, che comunque si poneva in contrasto con l'idea di un ordinamento giuridico basato sulla deduzione dal generale al particolare,

³⁹ Secondo William Erle, il processo mediante il quale «living law grows», implicava, a carico dei giuristi, «painful efforts both to understand the relations of man to man, and the words of wide extension expressive of those relations, and also to know how far those relations had been so adjusted by the men who had gone before as that their adjustment had been adopted into the usages of the people and grown into law»; W. Erle, *The Law Relating To Trade Unions*, London, MacMillan & Co., 1869, pp. 51-52.

⁴⁰ G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, cit., p. 7.

⁴¹ W. Erle, *The Law Relating To Trade Unions*, cit., p. 49. «These principles originate practically from the people».

⁴² Ivi, pp. 49-50.

⁴³ *Ibidem*, anche con espresso richiamo al pensiero di Savigny.

⁴⁴ Questo punto è discusso nel Capitolo III, cui si rimanda anche per i relativi riferimenti bibliografici.

non era però estranea l'idea di «sistema»⁴⁵, attorno alla quale si strutturarono alcuni dei principali riferimenti intellettuali del pensiero giuridico ottocentesco. Secondo il già richiamato Erle, uno dei principali riferimenti, quanto alla definizione dei confini del «sistema di common law», era costituito dall'opinione espressa da James Parke, giudice presso la corte del *King's Bench* dal 1828 al 1834 e *Baron of the Exchequer* dal 1834 al 1855, nell'ambito di un celebre caso del 1833: «Il nostro sistema di common law», argomentava Parke, «consiste nell'applicare a nuove combinazioni di circostanze quelle norme di diritto che deriviamo dai principi giuridici e dai precedenti giurisprudenziali», da adottare, «laddove non siano chiaramente irragionevoli», al fine precipuo di garantire «uniformità, coerenza e certezza» nell'ordinamento giuridico. Pur attenendo al piano giudiziale e al momento della decisione, il rispetto di questo principio avrebbe comunque contribuito a conferire carattere scientifico al diritto⁴⁶.

Qualche anno più tardi, prendendo posizione sulla questione della codificazione nello Stato nordamericano del Massachusetts, il giudice Joseph Story offrì, in un report indirizzato al governatore statale, una definizione del «common law» come «sistema di principi elementari e di verità giuridiche generali», composto in parte da immutabili «massime fondamentali», e ciò nonostante in continua espansione di pari passo con il progresso sociale e le trasformazioni dei mercati; da questa prospettiva, costituiva l'opposto di un «sistema assolutamente fisso e inflessibile, come la legge statutaria»⁴⁷.

A venire in rilievo era la distinzione tra un «elastico» diritto non scritto, anche definito nel dibattito come «system of principles», e un «rigido» diritto legislativo, o «system of language». Se l'opinione espressa da Parke si avviava a costituire uno standard anti codificatorio, nel ragionamento di Story si nascondeva un discorso in favore di una certa forma di sistematizzazione del diritto. Al governatore del Massachusetts venne infatti rivolto l'invito a codificare, oltre che l'intera materia criminale, quei principi civilistici «di uso quotidiano» (oltre che di familiare applicazione «to the common business of life and the present state of property and personal rights and contracts»), da considerarsi stabilmente accertati e stabiliti, tanto da ammetterne la composizione in una «forma scientifica» e «in proposizioni distinte e determinate»⁴⁸.

⁴⁵ A.W.B. Simpson, *Legal Theory and Legal History*, cit., p. 360, ss. Con riferimento al rapporto giudice/legislatore in Nordamerica, un'opinione radicalmente opposta in D.D. Field, *The Codes of New York and the Codification in general. Address to the law-students of Buffalo, February 6, 1879*, in A.P. Sprague (ed.), *Speeches, Arguments, and Miscellaneous Papers of David Dudley Field*, III Vols., Volume I, New York, D. Appleton and Company, 1884, pp. 374-383.

⁴⁶ L'opinione venne espressa nel celebre caso *Mirehouse v. Rennell* del 1833, commentato in D. Freda, «Una dispotica creazione», cit.

⁴⁷ J. Story, *A Report of the Commissioners appointed to consider and report upon the Practicability and expediency of reducing to a Written and Systematic Code the Common Law of Massachusetts, or any part thereof, made to his Excellency the Governor*, January, 1837, Boston, 1837.

⁴⁸ Ivi, p. 43.

Rispetto al rapporto tra diritto e scienza, Gerard J. Postema ha messo in luce come, nell'ambito della «common law theory» classica, fosse emersa una visione per certi versi alternativa del concetto di «artificial reason». Nella rappresentazione del diritto come costruzione scientifica razionale, la ragione nel diritto veniva a identificarsi con alcuni principi fondamentali, resi manifesti da quei «monuments of evidence» costituiti dai precedenti, ma in qualche modo autonomi rispetto ai singoli casi; in questa prospettiva, sarebbe inquadrabile il pensiero di Lord Mansfield, secondo cui il diritto consisteva non in casi particolari, ma in principi generali – tra i quali si potevano inquadrare gli stessi sentimenti di «justice», «equity» e «common reason» –, a loro volta emersi nel processo storico e rintracciati mediante l'impiego del ragionamento giuridico⁴⁹.

Nel dibattito ottocentesco, una visione “scientifica”, particolarmente ispirata dalla dimensione sociale del giuridico, si rinviene nel pensiero dei teorici conservatori del diritto americano. Da questa riflessione emergeva una rappresentazione del diritto – o meglio, l'aspirazione a costruire il diritto – come struttura sistematica, composta da un insieme coordinato di elaborazioni deduttive di principi fondamentali, in qualche modo espressive della ragione⁵⁰ e del sentimento condiviso di giustizia⁵¹. Rispetto al diritto privato, in particolare, la tendenza era verso la sistematizzazione «delle varie aree del diritto che precedentemente erano state concepite come una serie di casi speciali e di regole particolari», nell'ambito di un «processo di astrazione e di generalizzazione» finalizzato alla costruzione di una «dottrina giuridica integrata»⁵², che ambiva a rendersi autonoma dalla sfera politica. Nell'ambito di questa costruzione teorica, lo stesso richiamo agli «standard of justice» e all'elemento della consuetudine veniva a rappresentare un momento di raccordo tra comunità e dimensione giuridica, finalizzato in un certo senso a compiere il disegno politico di separare il diritto dalla sfera statale e ritagliare per esso un ruolo autonomo nella sfera sociale.

Altri aspetti della riflessione classica influenzavano il dibattito ottocentesco. L'adesione alle logiche dell'equiparazione tra diritto consuetudinario e ragione suggeriva l'idea della legge parlamentare come elemento di potenziale destabiliz-

⁴⁹ G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, cit., pp. 33-34. L'espressione «monuments of evidence» in W. Blackstone, *Commentaries of the Law of England, Book the First*, cit., *Introduction, Section the Third*, p. 64 («[...] at the present the monuments of evidence of our legal customs are contained in the records of the several courts of Justice, in books of Reports and judicial decisions, and in the treatises of lerned sages of the profession [...]»).

⁵⁰ Questa visione era chiara, ad esempio, in Joel Prentiss Bishop e nella sua identificazione del *common law* con un «system of reason», di cui si parlerà nel Capitolo III.

⁵¹ In particolare in J.C. Carter, *The Proposed Codification of Our Common Law*, cit., pp. 3, 5-6, 8, 13, 32, 40-42, 115.

⁵² M.J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano. 1870-1960*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 14, 15 e 17.

zazione dell'ordinamento⁵³. Identificandosi con un insieme di meri comandi, espressivi della volontà parlamentare, la legislazione sfuggiva al test di ragionevolezza, cui erano invece sottoposte regole e principi di diritto non scritto. Considerando queste circostanze, la «common law theory» classica assegnava alla legislazione – necessariamente oggetto di «strict interpretation», e pur sempre nella forma delle tradizionali costruzioni concettuali – una funzione in parte rimediabile e in parte espositiva del diritto non scritto; e ciò, comunque, senza negare il ruolo della legge formale come manifestazione della sovranità parlamentare, il cui riconoscimento – espressivo del consenso generale – risultava in qualche modo fondativo della comunità politica e della stessa identità nazionale⁵⁴.

Anche per questi motivi, nel dibattito inglese ottocentesco, l'idea della sostituzione del diritto non scritto con una struttura normativa di carattere legislativo appariva, in qualche modo, come un atto violento e rivoluzionario, capace di incidere oltre che sulla struttura dell'ordinamento giuridico, sugli stessi equilibri del sistema politico e del tessuto sociale⁵⁵.

Nello Stato nordamericano di New York, una simile visione ispirò gli avversari della codificazione, che, richiamandosi a una concezione tradizionale del rapporto tra diritto e comunità, mettevano in discussione lo stesso disegno costituzionale. Sovvertendo l'ordine del discorso, a questa costruzione teorica venne, tuttavia, tenacemente opposta una visione della costituzione dello stato – in particolare, del testo del 1846 – come atto organico del popolo, e della legge formale come manifestazione della sovranità popolare espressa mediante meccanismi statali, a base democratica, di produzione delle norme giuridiche⁵⁶.

In un sistema normativo di questo tipo, che aspirava a disfarsi delle radici culturali di un passato conteso, non c'era spazio che per il solo diritto scritto.

3. *La tradizione come finzione*

La visione del diritto come prodotto sociale mal si coniugava con lo stile del positivismo giuridico, cui era connaturata l'idea del sistema normativo «come una sorta di codice»⁵⁷. Dalla prospettiva positivista, il diritto si identificava con il

⁵³ G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, cit., pp. 15-17.

⁵⁴ Sul difficile rapporto tra legge e *common law* e sulla visione settecentesca del Parlamento, G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, cit., p. 12 ss.

⁵⁵ Parla espressamente di “violenza” della codificazione W.M. Best, *Codification of the Law of England*, in *Papers read before the Juridical Society: 1855-1858*, London, 1858, pp. 209-240.

⁵⁶ Anche il progetto di codice civile del 1865, preparato dai «Commissioners of the Code» nominati nel 1857 (tra i quali figurava David Dudley Field), incorporava espressamente questa costruzione. Una simile visione positivista in R.L. Fowler, *Codification in the State of New York*, II ed., Martin B. Brown, 1884.

⁵⁷ A.W.B. Simpson, *The Common Law and Legal Theory*, cit., p. 81.

«positive law», ossia con un sistema finito di regole positive – comprendente ogni elemento normativo generato da un atto creativo di legislazione⁵⁸ – traenti forza vincolante dall'autorità della propria fonte, per definizione conosciuta e identificata; l'insieme di questi elementi – se oggetto di un positivo giudizio di validità – dava corpo al sistema giuridico, inteso come «code of rules»⁵⁹, espressivo della volontà di una legittima fonte di produzione.

Le premesse positivistiche costituirono la lente dell'osservazione benthamiana al sistema giuridico, «standard» critico alla riflessione classica sul *common law*. Bentham identificava l'unica legittima fonte di produzione nel legislatore parlamentare, definito come «quell'organo supremo che ha il compito di legiferare»⁶⁰. Conseguentemente, i confini del giuridico erano limitati proprio dal legislativo. Il prodotto tipico della legislazione – un diritto positivo, espresso in formule verbali – era «l'unico a meritare la denominazione di diritto [...]»⁶¹; al contrario, ciò che definiva «unwritten law» era una finzione, una congettura («conjectural law»), non essendo peraltro concepibile un sistema di regole generali posto in una configurazione diversa dalla forma verbale espressa.

Conformemente al paradigma positivistico, era, anzitutto, l'autorità della fonte di produzione – e, conseguentemente, l'origine del diritto – a conferire autenticità e validità alle regole giuridiche. La legge formale poteva distinguersi per avere un «fondamento manifesto», che si identificava nella compresenza di alcuni elementi fondamentali: un legislatore, una volontà esplicita, «un'espressione di quella volontà», una promulgazione palese. L'«unwritten law», all'opposto, aveva origini sconosciute, argini incerti e in continua alterazione, oltretutto «without observa-

⁵⁸ A questo proposito, Simpson identifica il diritto, nell'ottica positivistica, come «un insieme di proposizioni nozionali che incorpora il corpus di regole, principi, norme, massime, o qualunque cosa, che è stata, in un qualsiasi momento, stabilita». Ivi, p. 81.

⁵⁹ Ivi, p. 83. Simpson spiega che, in questa visione positivistica, «il sistema giuridico è concepito non come un'istituzione, ma come un codice di regole, sistematico solo nel senso peculiare che i contenuti del codice soddisfano i test», ossia si identificano con l'insieme delle regole ritenute «valide», cui possono aggiungersi le regole basilari o costituzionali. Come spiega Postema, la cui lettura ricorda per molti aspetti quella di Simpson, ciò che nella moderna teoria positivistica definisce «i confini del diritto di un ordinamento» sono i «criteri di validità», mediante i quali si determina «quali norme siano incluse e quali siano escluse»; questa determinazione può avvenire mediante «catene di validità», aventi come fondamento di autenticità una «norma base o norma di riconoscimento»; G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, cit., pp. 16-17.

⁶⁰ J. Bentham, *A Comment on the Commentaries. A criticism of William Blackstone's Commentaries of the Laws of England*, Oxford, 1928, ristampa Scientia Verlag Aalen, 1976, p. 158.

⁶¹ J. Bentham, *A General View Of a Complete Code of Law*, in *The Works of Jeremy Bentham*, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring, 11 Voll., Edinburgh 1838-1843, Vol. III, p. 205 ss.; G.J. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, cit., pp. 414, ss.; P. Schofield, *Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence*, in «Journal of Legal History», XII, 1991, pp. 58-88.

tion»⁶². In altre parole, dalla sua visuale positivistica Bentham constatava il difetto degli elementi indispensabili per ricomprendere entro le frontiere del giuridico un sistema, oltre che di formazione incerta, «inerentemente vago»⁶³: un atto positivo di legislazione; un'espressa delimitazione linguistica dei confini normativi.

Quale disamina della «common law theory», questo sguardo critico portava a identificare nella teoria dichiarativa nient'altro che una finzione dietro la quale si celava il «judge-made law». A questo fenomeno critico, frutto della palese invasione delle prerogative del legislatore quale legittimo «law maker»⁶⁴, era contrapposto lo strumento della codificazione; quale presupposto per la realizzazione dei fini del detentore della sovranità⁶⁵, un codice «all-comprehensive» – immaginato in sostituzione dell'*unwritten law* – avrebbe riportato ordine costituzionale nel sistema.

Il rapporto problematico giudice/legislatore era al centro del dibattito sulla sistematizzazione del diritto, che registrava posizioni di compromesso tra la valorizzazione degli elementi giurisprudenziali e l'esclusione radicale, dal piano giuridico e costituzionale, della «judicial legislation».

L'incoerenza generata dalla matrice giurisprudenziale dell'ordinamento era al centro della riflessione di Austin. Contemplando la razionalizzazione dei metodi della «judicial legislation», il progetto austiniano individuava nella codificazione un'opzione auspicabile – sebbene di valore non assoluto e non universale – per migliorare la forma di espressione dell'*unwritten law* e sistematizzare regole e principi di diritto. In questo disegno, «jurisprudence» e prodotti giurisprudenziali – solo apparentemente in reciproca corrispondenza semantica – venivano a coordinarsi nella ricerca di un equilibrio normativo ma anche costituzionale.

L'analisi del diritto e delle categorie del giuridico passava, infatti, per la ricerca e l'individuazione di regole e principi dell'*unwritten law* proprio all'interno di quei «monuments of evidence» – per usare una terminologia di blackstoniana memoria – e, anzitutto, nei *reports of decided cases*. L'insieme dei precedenti, ponendo in rilievo regole e principi positivizzati nella pratica (per Austin, nelle forme di una codificazione «pro tanto»), avrebbe offerto materiali funzionali allo sviluppo sistematico dell'ordinamento e all'implementazione dello stesso discorso scientifico; con questa interazione, il ruolo della prassi giudiziaria veniva in rilievo come elemento di mitigazione della radicalità, anche politica, implicita nel concetto benthamiano di «codification».

⁶² J. Bentham, *A General View Of a Complete Code of Law*, cit., p. 206.

⁶³ A.W.B. Simpson, *The Common Law and Legal Theory*, cit., p. 90.

⁶⁴ Cfr. anche M. Ripoli, *La codificazione in Inghilterra. Variazioni sul tema nell'opera di John Stuart Mill*, in «Materiali per una Storia della Cultura Giuridica», XIX, 1, giugno 1989, pp. 131-142 (p. 138).

⁶⁵ Ivi, p. 135.

Questa posizione non contraddiceva il presupposto positivistico, ma al contrario lo ribadiva in una forma «forte»⁶⁶, che portava ad accettare l'idea dell'effettiva inclusione dell'«unwritten law» nell'ambito del «law», come prodotto normativo positivo sebbene di formazione giudiziale. Riferendo al giudice l'atto di «law creation», teoricamente giustificato anche dal riferimento all'idea di «comando indiretto» del sovrano/legislatore, si poteva opportunamente scartare l'idea di una formazione «miracolosa» e di una natura fittizia del sistema dell'*unwritten law*⁶⁷, inquadrabile come sistema giuridico e non come «puerile finzione».

Al contrario, sfuggiva alla qualificazione di «law» l'ordine normativo dell'«international law», così definito secondo un altro fortunato neologismo benthamiano. L'equiparazione tra diritto e comando sanzionato portava, infatti, a scartare dal novero del giuridico ciò che Austin definiva anche – così come già Bentham prima di lui – «law between nation», dove l'uso di «between» in luogo del tradizionale «of» serviva a richiamare quel riferimento sovranazionale che, salvo che «per la forza dell'abitudine», pareva sfuggire all'espressione «law of nations»⁶⁸. Ma se Bentham si preoccupava di riservare al diritto internazionale le sole obbligazioni statali, escludendo diritti e obblighi individuali⁶⁹, dalla prospettiva volontaristica di Austin il «diritto tra le nazioni», complessivamente considerato, non era «positive law», per essere imposto non dal sovrano ma «dall'opinione generale», per essere rafforzato da «sanzioni morali», ossia dal timore non delle reazioni giuridiche di un superiore ma dell'«ostilità generale»⁷⁰.

Morale e diritto sarebbero così rimasti su piani separati, non comunicanti anche a livello internazionale.

⁶⁶A.W.B. Simpson, *The Common Law and Legal Theory*, cit., p. 84.

⁶⁷J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (Fourth edition, revised and edited by Robert Campbell), 2 vols., Vol. II, London, Murray, 1875, p. 655. Cfr. M.A. Cattaneo, *John Austin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VIII, 1, 1978, pp. 13-96. Per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia al Capitolo I.

⁶⁸Il riferimento è alla definizione di Bentham di diritto internazionale, dove «la parola *internazionale*» sarebbe stata «adatta ad esprimere in un modo più espressivo il ramo del diritto che va comunemente sotto il nome di diritto delle nazioni», da altri già definito «*droit entre le gens*» invece che «*droit de gens*». J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals And Legislation*, in *The Works of Jeremy Bentham*, John Bowring, Edinburgh, William Tait, 11 Voll., 1838-1843, Vol. I. I passi citati sono tratti dall'edizione J. Bentham, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, traduzione italiana di O. Marcacci, Primiceri Editore, Padova, 2020, p. 273 (nota 143 al Capitolo XVII, paragrafo 2).

⁶⁹M.J. Janis, *Jeremy Bentham and the Fashioning of "International Law"*, in «The American Journal of International Law», 78, 2, 1984, pp. 408-412.

⁷⁰J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 208.

4. «*The perfection of reason*» nella critica di Samuel Romilly ed Edward Livingston

L'immagine di un sistema normativo "ragionevole" e moralmente giusto, in qualche modo suggerita dalla riflessione classica, contrastava con la rappresentazione del sistema emergente dalle denunce dei «law reformers». Puntando il dito contro l'incertezza e la vaghezza di un modello giurisprudenziale rappresentato – provocatoriamente, si lamentava – come l'equivalente della «perfezione della ragione», alcuni tra i più autorevoli riformisti tra le due sponde dell'Atlantico posero in evidenza quegli elementi di «palese assurdità»⁷¹ del *common law*, che imponevano, anzitutto, la revisione di regole e dottrine afferenti alla sfera criminale.

Samuel Romilly rintracciava elementi di questo tipo in quella regola – espressamente abrogata da un *Act* del 1793 (33 Geo. 3. c. 13)⁷² – che estendeva retroattivamente la validità della legge formale, anche in materia penale, al primo giorno delle corrispondenti sessioni parlamentari, indipendentemente dalla data di promulgazione dello «statute». L'applicazione della regola consentiva di far rientrare surrettiziamente quelle condotte compiute «after the Sessions», ma prima che la legge fosse effettivamente promulgata, «sotto l'egida punitiva delle sue norme *ex post facto*», così da sottoporre l'autore di questi atti «alla pena di aver ignorato divieti che non esistevano»⁷³.

Vicino all'ideologia illuministica continentale, Romilly individuava in questa norma l'esempio lampante del fatto che anche le regole di «common law» potessero essere ingiuste e finanche assurde, scartando un ragionevole uso della legalità in campo penale e lasciando, di converso, ampi spazi all'arbitrio punitivo. Ma la dimensione penale rappresentava solo la manifestazione evidente di un problema più profondo, che coinvolgeva l'intero ordinamento, a partire dal sistema di «unwritten law» e dal modello tipico di ragionamento giuridico, così come oggetto della narrazione tradizionale.

L'autorità di Blackstone era qui invocata per la delimitazione teorica dei confini del sistema, nell'applicazione analogica di regole e principi di diritto. La vi-

⁷¹ S. Romilly, *Art. X, Papers relative to Codification, and Public Instruction, including Correspondences with the Russian Emperor, and divers Constituted Authorities in the American United States*. Published by Jeremy Bentham. London. Printed by J. M'Creery, 1817, in «The Edinburgh Review», 1817, pp. 217-237. Un commento del testo di Romilly in A. Masferrer, *Principle of Legality and Codification in the Western Criminal Law Reform*, in G. Martyn, A. Musson, H. Pihlajamäki (eds.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pp. 253-293.

⁷² *An Act to prevent Acts of Parliament from taking effect from a Time prior to the passing thereof*. Nella legge si faceva espresso riferimento al fatto che la regola potesse essere «liable to produce great and manifest Injustice». La legge si può leggere in molte banche dati, tra cui quella accessibile dal sito <https://www.legislation.gov.uk/apgb/Geo3/33/13>.

⁷³ S. Romilly, *Art. X, Papers relative to Codification*, cit., p. 226.

sione tradizionale dello «stare decisis» portava a considerare come «permanente» la regola emersa dal caso già definito, così giustificando, se lo stesso punto fosse tornato «in litigation», l'uso consolidato di «rispettare i precedenti»⁷⁴; queste dinamiche si sarebbero arrestate nei casi di contrarietà della specifica statuizione «alla ragione» o «alla legge divina» – che a loro volta divenivano fonti del diritto – nonché dinanzi al precedente «assolutamente ingiusto o assurdo»⁷⁵.

Questa «maxim of English Jurisprudence» costituiva lo standard valutativo della ragionevolezza della regola giurisprudenziale, da ritenersi valida in mancanza di vizi manifesti. Ma la stessa «dimostrazione assoluta» dell'ingiustizia di una norma – denunciava Romilly – era del tutto insufficiente anche solo a «sminuire la forza vincolante» di una regola dell'«unwritten law»⁷⁶.

Conferiva supporto teorico alla visione di Romilly l'opera di Edward Christian, giudice e professore a Cambridge, curatore, tra le altre, della dodicesima edizione dell'opera di Blackstone, pubblicata tra il 1793 e il 1795. Nelle note aggiunte al testo dal «professore di Cambridge»⁷⁷ la dottrina di Blackstone relativa ai limiti dello «stare decisis» era stata rivista nel senso di includere, tra i precedenti necessariamente da rispettare, anche quelli «palesamente assurdi e ingiusti», se «conformi agli antichi principi»⁷⁸; anche la regola assurda – e tale era quella soppressa da 33 Geo. 3. c. 13 – poteva essere «abrogata solo dall'autorità congiunta del re, dei lord e dei comuni, riuniti in parlamento»⁷⁹.

La valutazione giudiziale della ragionevolezza di un precedente, da compiersi caso per caso, costituiva un coefficiente del malfunzionamento del sistema, che per Romilly era incerto e dai vaghi confini; al contempo, offriva terreno «per quei panegirici della legge altamente forzati che così spesso vengono pronunciati dai nostri giudici», nella rappresentazione autocelebrativa di un sistema che, stando

⁷⁴ W. Blackstone, *Commentaries of the Law of England, Book the First*, cit., *Introduction, Section the Third*, p. 69.

⁷⁵ S. Romilly, *Art. X, Papers relative to Codification*, cit., p. 225. Romilly si riferisce ai passaggi riportati in W. Blackstone, *Commentaries of the Law of England, Book the First*, cit., *Introduction, Section the Third*, p. 70.

⁷⁶ S. Romilly, *Art. X, Papers relative to Codification*, cit., p. 226.

⁷⁷ Edward Christian (1758-1823), primo *Downing Professor of the Laws of England*, era indicato da Romilly come «The Cambridge professor, who has commented upon the Commentaries».

⁷⁸ W. Blackstone, *Commentaries of the Law of England, In four Books, The thirteenth edition, with the last corrections of the author, and with notes and additions by Edward Christian*, Vol. I, London, 1800, p. 69 (in nota).

⁷⁹ Nel commento al testo aggiunto da Christian è, infatti, riportato che: «This was both flatly absurd and unjust; but it was the clear law of England, and could only be abrogated by the united authority of the king, lords, and commons, in parliament assembled; who by the 33 Geo. 3. c. 13. enacted, that when the operation of an act of parliament is not directed to commence from any time specified within it, the clerk of the parliaments shall endorse upon it the day upon which it receives the royal assent, and that day shall be the date of it's commencement». *Ibidem*.

alla lettura tradizionale, sembrava non contemplare gradi intermedi tra «la perfezione della ragione e la grossolana assurdità»⁸⁰.

La critica di Romilly si dirigeva contro la stessa «common law theory» classica e la «finzione» dichiarativa. Per svelare questo «law making» giudiziale, riprendendo il riferimento benthamiano al «judge-made law», Romilly richiamava ciò che il filosofo e teologo William Paley (1743-1805) aveva definito come «competition of opposite analogies». Appartenente alla corrente filosofica dell'utilitarismo, Paley supportava la dottrina dello «stare decisis», in modo da sottrarre questioni già risolte – *et similia* – all'ulteriore vaglio giudiziale. Ma nelle ipotesi di similitudine solo apparente tra i precedenti, come anche di analogia soltanto parziale tra i profili normativi dei singoli casi, la regola sarebbe stata oggetto di differente applicazione: le analogie tra i vari aspetti della questione – concrete o apparenti – così come le opposte similitudini, sarebbero state confrontate, adattate e riconciliate dal giudice, venendo con ciò in rilievo «la sagacia e la saggezza delle corti di giustizia»⁸¹.

Riguardando il solo «unwritten law», questi meccanismi alimentavano il carattere congetturale del diritto e l'instabilità di un sistema «coperto da un velo di antichità», solo in parte rimosso mediante la positivizzazione giudiziale di regole e principi. Ciò che ancora era «nascosto alla vista del pubblico» poteva essere oggetto della sola speculazione del giurista: «le nostre congetture sono interamente fondate su quelle varie analogie di cui parla Paley», tra le quali prevaleva quella supportata da maggiori «authorities», da considerarsi «la legge del paese, e come un punto da cui si potranno trarre in futuro altre analogie»⁸². Applicate queste tesi al diritto penale, le posizioni dei due giuristi non potevano essere più distanti.

La visione critica di Romilly, alla quale non era comunque estraneo il messaggio utilitaristico, lasciava trasparire un approccio riformista per certi versi moderato, e per questo incompatibile con il radicalismo benthamiano. In questa visione, il sistema dell'«unwritten law» – esistente e operativo, sebbene dominato dalla «judicial legislation» – soffriva della grande estensione della porzione ancora non dichiarata di «ancient law». Questi limiti incidevano negativamente sulla stessa capacità predittiva del diritto. Artefice e protagonista del processo di «law making», il giudice era comunque obbligato a professarsi quale semplice tramite dichiarativo di un diritto antico e in parte dimenticato, da rintracciare «somewhere», nelle maglie del sistema; facendo ricorso al procedimento di «artificial reasoning», era anche obbligato ad assumere il più ristretto punto di vista possibile, al fine di aderire al caso – e solo al caso – oggetto di giudizio; ma questa carenza di generalità limitava, e non ampliava, la capacità del diritto di provvedere rispetto a casi futuri, come invece meglio avrebbe fatto una regola generale. L'astrazione

⁸⁰ S. Romilly, *Art. X, Papers relative to Codification*, cit., pp. 226-227.

⁸¹ W. Paley, *The Principles of Morals and Political Philosophy*, Dublin, 1793 (V ed.), Vol. II, p. 259.

⁸² S. Romilly, *Art. X, Papers relative to Codification*, cit., p. 225.

dal caso costituiva un'attività preclusa al giudice⁸³, così da mancare, a causa dell'inerzia legislativa⁸⁴, una declaratoria autoritativa dei confini del giuridico.

Dinanzi alle lacune normative e alle oscillazioni giurisprudenziali, anche i testi di letteratura potevano perdere qualsiasi utile funzione sistematica e di orientamento pratico. Sembrava offrirne un chiaro esempio l'opera di William Hawkins del 1716, *A Treatise of the Pleas of the Crown*⁸⁵ – un testo di certo non semplice, ma di larga diffusione (ne furono curate otto edizioni, fino al 1824) –, specie con riferimento alla particolare e fumosa disciplina «dell'Appello»⁸⁶ in materia di «Crown-Law»⁸⁷.

Leggendo queste pagine di Hawkins, *Sergeant at Law e Barrister*, veniamo a conoscenza del fatto che «sembra essere concordata», da «quasi tutti i Libri», l'impossibilità di proseguire un appello sospeso per la morte dell'erede, promotore della procedura; ma che, al contempo, «alcuni sostengono» che se il primo erede muore senza avviare appello, entro un certo periodo di tempo⁸⁸, «il successivo Erede può presentarne uno»; ma che ciò nonostante, «questo è messo in dubbio da altri», e, in verità, «la generalità dei Libri sembra favorire l'opinione contraria»; queste regole sembrerebbero, poi, trovare eccezioni in casi particolari, come quello del famigerato «Appeal of Death»⁸⁹, così come suggerito da «Sir *Matthew Hale* e alcuni altri»; anche se – occorre sottolinearlo – «questo è messo in dubbio da Sir *William Staundford*», per non parlare del fatto che «sembra contrario a molti dei vecchi Libri», e anche «non facilmente conciliabile con la ragione dei casi sopra menzionati»; similmente, nell'ipotesi in cui la «persona che viene uccisa non ha moglie al momento della morte», né figli maschi, e laddove le stesse figlie muoiano, e ciò «entro il periodo di un Anno e un Giorno», «si può ragionevolmente sostenere che l'Erede maschio può presentare appello»; senza, tuttavia, dimenticare che tale specifico caso sembrava non essere contemplato «in none of the books», così che lo stesso Hawkins ne auspicava una più attenta considerazione da parte di altri autori⁹⁰.

⁸³ Ivi, p. 231.

⁸⁴ Definire «what the law shall be in future», sarebbe di certo spettato al legislatore. Ivi, p. 230.

⁸⁵ W. Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown. Or, a System of the Principal Matters Relating to that Subject, Digested Under Proper Heads. In Two Books*, IV ed., London, 1762.

⁸⁶ Libro II, Capitolo XXIII.

⁸⁷ Così definito nella prefazione dell'opera.

⁸⁸ Il richiamo è alla «Year and a Day Rule», di cui si trovano riferimenti in *Criminal Law. Year and a Day Rule. Since Judiciary May Alter Common Law Rules of Evidence, a Killing May Be Deemed Culpable Homicide Though Death Does Not Occur within a Year and a Day*, in «Virginia Law Review», 47, 5, 1961, pp. 880-884.

⁸⁹ Su questo antico istituto, anche detto «Appeal of Murder», si rinvia a W.R. Riddell, *Appeal of Death and its Abolition*, in «Michigan Law Review», XXIV, 8, 1926, pp. 786-808.

⁹⁰ Questi passaggi si trovano in W. Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, Libro II, Cap. XXIII, pp. 165-166 (corsivo e maiuscole nel testo).

Questi passaggi erano selezionati da Romilly, tra i tanti esempi possibili, per mostrare l'instabilità dell'analogia – e in ciò, la voce benthamiana sembrava risuonare forte – e, in definitiva, l'evanescenza della cornice normativa del sistema, che chiaramente emergeva dal volume del 1716; un testo che, per spiegare la materia descritta – scivolosa ma delicatissima – doveva necessariamente utilizzare espressioni vaghe quali «*this is made a doubt by others*», «*It seems contrary to many of the old Books*», «*it may reasonably be argued*», e così via. A questa stessa selezione terminologica di Hawkins – una soluzione redazionale in qualche modo obbligata – Romilly attribuiva un certo peso nel discorso, correggendo l'originaria scelta tipografica con l'enfasi del corsivo⁹¹.

Rispetto alla materia penale – per certi versi, lo specchio del sistema – quell'antica velatura era tutt'altro che rimossa. In tale ambito, l'incertezza normativa generava considerazioni critiche di natura costituzionale. Non solo mancava qualsiasi controllo popolare circa l'operato degli effettivi legislatori, ossia i giudici, eletti «*by the sole pleasure of the Crown*»⁹², ma lo stesso sistema di *common law* sembrava difettare del fondamentale elemento del «consent of the people», invece positivamente richiesto da «una massima della nostra Costituzione»; questi rilievi, fondamentali rispetto a ogni «free state», assumevano sfumature preoccupanti se rapportati alla peculiare storia politica inglese, che aveva visto i giudici operare come «strumenti servili dei nostri monarchi» – dai «grandi delinquenti» dei tempi di Riccardo II, ai «giudici corrotti» sotto Giacomo e Carlo Stuart –, che riunendosi in «cabale segrete per decidere il destino delle vittime della Corona», senza un'accusa formale, avevano tradito per fini politici l'«alto e sacro ufficio di giudice»⁹³.

Dall'altra parte dell'Atlantico, un altro «law reformer» riprendeva la dottrina di Christian in materia di «stare decisis», espressamente posta alla base di una fortunata visione critica dell'*unwritten law*. Autore di un «sistema penale» per la Louisiana e futuro codificatore civile dello Stato nordamericano, Edward Livingston individuava uno dei punti critici del sistema di *common law* proprio nei meccanismi di selezione delle regole giuridiche, da ritenersi valide anche se ingiuste o assurde se «agreeable to ancient principles»; considerando, poi, il peso della sensibilità del giudiziario nella definizione di un caso – deciso in base a regole selezionate «dal capriccio, dal bigottismo, o dall'entusiasmo del giudice»⁹⁴ – il sistema perdeva ogni ancoraggio normativo, dando la stura all'arbitrio penale e all'eccesso punitivo.

⁹¹ S. Romilly, *Art. X, Papers relative to Codification*, cit., pp. 229-230 (corsivo nel testo di Romilly).

⁹² Inoltre, «during the long period when the largest portion of the common law, by which we are now governed, was produced, they were also, if the laws which they made were unpalatable to the Crown, removable at its pleasure». Ivi, p. 232.

⁹³ Ivi, pp. 232-233.

⁹⁴ in E. Livingston, *Report made by Edward Livingston to the Honourable the Senate and House of Representatives of the State of Louisiana in General Assembly convened in pursuance of the Act*

Facendo riecheggiare oltreoceano il messaggio illuministico, Livingston andava all'assalto della «common law theory», mostrando la contraddizione di una riflessione che dava ampio spazio a una finzione manifesta, che celava sotto il velo del carattere dichiarativo del diritto – un velo che a Livingston appariva logoro e pieno di strappi – il principale ostacolo a un sistema penale moderno e razionale. L'identificazione del «common law» con «la perfezione della ragione umana» – per Livingston, una «massima dei giuristi inglesi» – imponeva di ritenere che, anche dinanzi a circostanze inedite, la soluzione individuata dal giudice per ciascuno specifico caso fosse da sempre parte del sistema, e oggetto di un «uso immemore» quale «custom of England»; e ciò sebbene tutti sapessero che tale specifica combinazione «was never before practised or heard of»⁹⁵.

Anche la granitica equiparazione tra diritto e ragione si sgretolava nei discorsi dei riformisti, così da divenire un punto controverso del dibattito.

5. Frederick Pollock e la giurisprudenza come esperienza collettiva

Nella rivisitazione ottocentesca della «common law theory», il ruolo della legislazione giudiziale divenne oggetto di separata considerazione. Guardando oltre la drastica prospettiva benthamiana, i propositi di positivizzazione del diritto vennero talvolta moderati da un generalizzato rifiuto dell'equiparazione tra la «judicial legislation» – trasposta nel complesso casistico e nel metodo induttivo che ne stava alla base – e l'assenza di razionalità nell'ordinamento giuridico. Da questa visuale, la giurisprudenza avrebbe continuato a costituire il centro propulsivo di un potere legittimo – quello di creare diritto mediante l'estensione di regole positivizzate nella prassi ai nuovi casi e alle relative decisioni – da cui dipendeva l'evoluzione di un ordinamento da identificarsi, sebbene oggetto di uno sforzo sistematico, con il complesso del sistema di «case law».

Tra le posizioni teoriche che puntavano alla sistematizzazione del diritto, senza tuttavia stravolgere lo scenario costituzionale e il sistema delle fonti, figurava quella di Frederick Pollock⁹⁶. Non che per Pollock lo stato della giurisprudenza – definibile «nel suo complesso» come «un caos temperato dal Digesto di Fisher» – non necessitasse di un profondo riordino⁹⁷. Tuttavia, mitigando la visione di un irrimediabile carattere confusionario dei meccanismi giurisprudenziali, Pollock

entitled “An Act relative to the Criminal laws of that State”, in *The Complete Works of Edward Livingston on Criminal Jurisprudence*, cit., Vol. I, pp. 5-76 (p. 91).

⁹⁵ Ivi, p. 89.

⁹⁶ F. Pollock, *The science of case law*, in F. Pollock, *Essays in Jurisprudence and Ethics*, London, MacMillan & Co., 1882, pp. 237-260.

⁹⁷ Al contrario, poteva apparire esagerata la descrizione del sistema, nel «linguaggio popolare ostile», come un «seguire servile di precedenti», in qualche modo mitigati da «transparent fictions», nella migliore delle ipotesi, «a sort of hand-to-mouth scrambling work». Ivi, pp. 237-238.

rintracciava in «quella parte» del diritto «fatta non da atti legislativi ma da decisioni», elementi propriamente scientifici. Anche «la giurisprudenza inglese» poteva, così, «giustamente rivendicare affinità con le scienze induttive».

Per quanto singolare, questo parallelismo esprimeva bene l'aspirazione a raggiungere un certo grado di uniformità nel sistema mediante un metodo scientifico. Se, infatti, l'obiettivo delle scienze naturali era offrire ragionevole predizione agli eventi, e ciò supponendo «che la stessa cosa accada sempre nelle stesse condizioni», così la scienza del diritto doveva servire «per prevedere gli esiti giuridici», e ciò presumendo «che la stessa decisione sia data sempre sugli stessi fatti». Scienza e giurisprudenza condividevano la medesima prospettiva, laddove il risultato dell'uniformità poteva essere ottenuto mediante il rispetto della regola dello «stare decisis», «vale a dire l'intesa secondo cui il tribunale deve seguire l'autorità delle decisioni precedentemente rese su fatti simili»⁹⁸.

Il tema della ricerca di uniformità nel diritto casistico si intrecciava con la questione delle giurisdizioni, e in particolare con la riforma portata dai provvedimenti legislativi noti come *Supreme Court of Judicature Acts* del 1873 («36 & 37 Victoria») e del 1875 («38 & 39 Victoria»). Abolita la distinzione tra le giurisdizioni di *common law* e di *equity*, questi *Acts* avevano istituito, richiamandosi alla nomenclatura delle corti istituite a partire dal 1774 in India⁹⁹, la *Supreme Court of Judicature*. Quest'ultima, al proprio interno, conteneva: una *High Court of Justice*, distinta in cinque sezioni specializzate che sostituivano, da un lato, le alte corti di Westminster – *Court of Common Pleas*, *King's Bench* ed *Exchequer* – e, dall'altro, la *Court of Chancery*, oltre che -alcune corti minori; una *Court of Appeal*, che assorbiva le competenze delle giurisdizioni di secondo grado, e che decideva in sede di appello le pronunce rese in materia civile dalla *High Court*, lasciando la decisione dei gravami in materia penale alla già istituita *Court of Crown Cases Reserved* (1848)¹⁰⁰.

Gli *Acts* del 1873 e 1875 trasposero in termini legislativi la regola dello «stare decisis» (in ciò dimostrando una forte aderenza al tradizionale modello intellettuale) disponendo che le corti d'appello rendessero decisioni vincolanti per le corti inferiori e che le corti di ultima istanza fossero tenute al rispetto dei propri precedenti (precedenti che, a loro volta, sarebbero stati osservati dalle altre corti)¹⁰¹.

⁹⁸ Ivi, pp. 238-240.

⁹⁹ Cfr. W.H. Morley, *The Administration of Justice in British India. Its Past History and Present State*, London, Williams and Norgate, 1858, pp. 13-16.

¹⁰⁰ D. Freda, *Stare decisis? Il giudice assediato nell'Inghilterra dell'Ottocento*, in «Quaderni Fiorentini», XL, 2011, p. 469-551; cfr. G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Bari, Laterza, 2001.

¹⁰¹ Sull'esplicita teorizzazione ottocentesca della dottrina del precedente vincolante, D. Freda, «Una dispotica creazione», cit., pp. 79 ss., secondo cui «le ragioni della compiuta teorizzazione dell'autorità del *precedent* sembrano [...] da ricondursi alla reazione dei *common lawyers* a due ulteriori eventi di enorme portata prodottisi in Inghilterra: da un lato, l'affermazione del positivismo giuridi-

L'uniformazione delle giurisdizioni sembrò, tuttavia non essere completa. Sempre in sede civile, la giurisdizione di ultima istanza venne poi affidata all'*Appellate Committee* della *House of Lords*; con l'*Appellate Jurisdiction Act* del 1876, poi, la giurisdizione di ultima istanza venne affidata, da un lato, alla *House of Lords* e, dall'altro, al *Privy Council*, competente a conoscere, tra l'altro, gli appelli provenienti dalle colonie¹⁰².

Pollock immaginava i presupposti per assicurare un prodotto giurisprudenziale uniforme e ricavare, a partire dai casi decisi, «materiali per la previsione scientifica». Anzitutto, al rispetto della regola del precedente vincolante avrebbe dovuto fare seguito l'unificazione dei corpi giurisdizionali di ultima istanza, in modo da considerare congiuntamente, a livello verticistico, le questioni provenienti tanto dalla metropoli quanto dalle «colonie dove prevale la legge inglese»¹⁰³. Il grado di scientificità del sistema sarebbe stato implementato da misure strutturali, tra cui: l'introduzione di un appello obbligatorio, che sottraesse alla disponibilità delle parti le proponibilità dei gravami; la sottoposizione alla *Court of Appeal* di un ruolo consultivo, e quindi di indiretto orientamento normativo e giurisprudenziale; l'incremento della legislazione diretta e la valorizzazione del ruolo del Parlamento, che appariva sordo alle istanze codificatorie.

L'obiettivo scientifico consisteva nella predizione dei risultati giurisprudenziali a partire dall'esperienza del passato; un'attività fondata, così come «in altre scienze», sul «presupposto fondamentale dell'«uniformità»¹⁰⁴. Il grado di approssimazione di questo «fundamental assumption» era orientato da regole decise e poste convenzionalmente, che permeavano ogni aspetto delle dinamiche giurisprudenziali. La stessa conformazione del sistema, che privilegiava i risultati della giurisprudenza pratica rispetto ai concetti di pura dottrina, era frutto di un insieme di convenzioni, che esprimeva la scelta di un modello casistico di «reported judgments» opposto a una struttura dogmatica di «reported opinions»¹⁰⁵.

Non che la dottrina non avesse forza ordinante: trainata dall'autorità dei «leading writers», continuava a influenzare, sia negli ordinamenti codificati che in quelli di «modern Roman law», l'interpretazione codicistica e gli sviluppi della

co nella prima metà del secolo, dall'altro la nascita della dottrina universitaria nella seconda metà» (p. 79). Sul positivismo giuridico inglese G.J. Postema, *The British tradition of legal positivism*, in T. Spaak, P. Mindus, (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, 2021; M. Lobban, *Custom, Nature and Authority, the Roots of English Legal Positivism*, in D. Lemmings (ed.), *The British and their Laws in the Eighteenth Century*, Woodbridge, The Boydell & Brewer, 2005.

¹⁰² Sul punto, D. Freda, *Stare decisis?*, cit. p. 502 ss.; cfr. M. Barberis, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 92 ss.

¹⁰³ F. Pollock, *The science of case law*, p. 241.

¹⁰⁴ Ivi, pp. 245-246.

¹⁰⁵ Ivi, pp. 242-245.

tradizione romanistica. Un sistema di «reported opinions» aveva, però, il limite dell'assenza di meccanismi autoritativi di risoluzione di conflitti, idonei a garantire coerenza e uniformità. La storia dell'Impero romano offriva l'esempio di un modello giurisprudenziale «fondato non su decisioni ma su opinioni», oggetto dei «violenti rimedi della legislazione», e infine divenuto, confluendo nel Digesto, «una specie di diritto pietrificato»¹⁰⁶; da questa prospettiva comparatistica, più che il Digesto, era il Codice ad avvicinarsi al modello giurisprudenziale inglese, contenendo detto testo «non solo gli atti legislativi degli imperatori, ma le loro decisioni in sede giudiziaria»¹⁰⁷.

Il riferimento al concetto di autorità era, così, coinvolto nelle aspirazioni scientifiche della giurisprudenza verso la prevedibilità dei risultati. Dinanzi a una regola supportata da sufficienti «authorities», il risultato del nuovo caso era facilmente prevedibile. Specie a fronte di una «current of authority», l'uniforme applicazione del diritto avrebbe avuto continuità nella riaffermazione della regola stabilmente positivizzata; i pochi casi difformi, al contrario, sarebbero stati scartati perché ritenuti non correttamente decisi, ossia «in linguaggio tecnico» esclusi dal novero dell'«unwritten law»¹⁰⁸, come una sorta di errore assoluto.

Quanto all'approssimazione verso l'uniformità, la dimensione giuridica si poneva a metà strada tra le scienze esatte e la politica. Ma il diritto, specie nella sua formulazione tradizionale, andava ben oltre la nuda convenzione. La predizione scientifica del risultato casistico era orientata, infatti, anche da uno standard giuridico ideale e condiviso che ricollegava il risultato delle decisioni giudiziali a una superiore dimensione collettiva. Per quanto modificabile mediante il lavoro della giurisprudenza, questo standard costituiva «il lato oggettivo dell'attitudine mentale giuridica», indipendente dai singoli soggetti che a questa esperienza partecipavano, irreperibile nei libri per risiedere «solo nell'opinione collettiva degli esperti legali»¹⁰⁹.

Da questa rappresentazione del giuridico, l'immagine di un diritto uniforme e perfetto, gradualmente scoperto e dichiarato dai giudici, risultava chiaramente fittizia; ma questa visione esprimeva, comunque, l'«ideal standard» collettivo, per il quale mancava «una parola equivalente all'*elegantia* romana», che riduceva il carattere convenzionale del sistema casistico¹¹⁰. Radicato nella dimensione collettiva, il sistema giurisprudenziale veniva a costituire un insostituibile strumento di trasmissione di un sapere pratico – ossia dell'insieme delle idee, delle dottrine e delle norme recepite nella prassi – nell'ambito di un sistema giuridico definibile

¹⁰⁶ Ivi, pp. 245.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Ivi, p. 249.

¹⁰⁹ Ivi, p. 251.

¹¹⁰ Ivi, p. 255.

più che con la tradizionale espressione «unwritten law» con il “moderno” sintagma «case law»¹¹¹.

Rimanevano saldamente sul piatto della bilancia di un equilibrio giuridico e costituzionale, che comunque non poteva ignorare le istanze di razionalizzazione dell'ordinamento, i tradizionali modelli di *law* e *decision making*.

5. La tradizione tra «intuition of justice» e «law making» giudiziale

Assodato il carattere fittizio della teoria dichiarativa, rimaneva da delimitare il campo della «judicial legislation». Sebbene questa finzione fosse parte integrante della «common law theory», il dibattito registra, con riferimento all'attività di «law making», una riflessione sui confini costituzionali tra legislativo e giudiziario. James Fitzjames Stephen, ad esempio, individuava nella creazione di nuove fattispecie criminali un'attività riservata alla prerogativa parlamentare e un limite invalicabile per la legislazione giudiziale¹¹².

Ma ancora alla fine dell'Ottocento era forte l'opinione secondo cui, proprio nella sfera penale, il ruolo del giudice fosse legittimamente creativo, e ciò per la tutela non solo dell'ordine giuridico ma anche della salute morale del regno. Secondo il già citato William Erle, costituiva un uso lecito dei poteri giudiziari il decidere secondo l'«intuition of justice», un presentimento di fondo che consentiva di cogliere il senso del giusto, così adeguando il diritto alle nuove circostanze, anche in assenza di leggi e supporti giurisprudenziali¹¹³. La conformità alla tradizione dell'impiego dell'«intuition of justice», che implicava un agire creativo da parte del giudice, era fuori di dubbio. Alcuni dei più importanti giudici inglesi, che avevano contribuito a plasmare il sistema di *common law*, dovevano il loro prestigio al corretto impiego di questo intuito. Giudici come Matthew Hale, John Holt e William Murray (Lord Mansfield) – tra quelli citati da Erle – «erano maestri dell'erudizione», conoscitori dell'opera dei loro predecessori e agivano nel rispetto della giustizia, «secondo le leggi e i costumi dell'Inghilterra»; ciò nonostante, «quando i nuovi rapporti nel progresso sociale sollevarono nuove questioni», operarono in assenza di una cornice normativa applicando efficacemente, «secondo la loro eminenza», questo sentimento di giustizia finalizzato alla salvaguardia generale.

A venire in rilievo era un ruolo del giudiziario contemplante, ancora nel tardo Ottocento, la funzione di custode dei costumi e delle pubbliche virtù del regno in-

¹¹¹ Pollock definiva l'espressione «unwritten law» come «unhappily chosen», preferendo alla stessa quella usata dai «modern writers» di «case law». Ivi, p. 237.

¹¹² J.F. Stephen, *A General View of the Criminal Law of England*, London and Cambridge, MacMillan and Co., 1863, p. 329.

¹¹³ W. Erle, *The Law Relating To Trade Unions*, cit., pp. 52-53.

glese («custos morum») ¹¹⁴. Quale retaggio dei poteri posseduti dalla *Star Chamber* – «la più autorevole e minacciosa delle corti di prerogativa» ¹¹⁵ – il potere di creare nuove fattispecie criminali sotto forma di *misdemeanor* venne poi rivendicato, nei secoli successivi all’abolizione della “Camera stellata” (1641), dalla corte del *King’s Bench*. Gli esempi di questa tendenza sono numerosi. In un caso deciso nel 1675, i giudici del *King’s Bench* non mancarono di comunicare all’accusato che, anche dopo l’abolizione della *Star Chamber* «la Corte del *King’s Bench* era il *custos morum* di tutti i sudditi del Re» ¹¹⁶. Conformemente a questa visione, nemmeno l’assenza di uno specifico precedente avrebbe limitato questo potere creativo in presenza di altri elementi, quali «justice, moral fitness, and public convenience» che, applicati a una nuova combinazione di circostanze, «creano il common law senza precedenti» ¹¹⁷, così come dichiarato dai giudici in un caso del 1769. Proprio riferendosi al precedente appena richiamato, e indicando lo specifico passaggio argomentativo, anche Sir Jonathan Frederick Pollock, *Lord Chief Baron of the Exchequer*, avallò, nell’ambito di un celebre caso in materia di copyright del 1854, l’individuazione di queste fonti “alternative” del *common law*, se finalizzate alla tutela generale, dichiarando apertamente di concordare «con lo spirito di questo passaggio» per tutto quanto riguardante «la repressione di ciò che è un male pubblico» e, per altro verso, la prevenzione di un potenziale «public mischief» ¹¹⁸.

La rivendicazione da parte del *King’s Bench* di un potere diverso e superiore rispetto all’ordinario esercizio della giurisdizione coinvolgeva il concetto di “prerogativa”. Questo potere (anche definito come «the supreme ministerial authority which is lodged in [the King’s Bench]») ¹¹⁹ derivante dalla vicinanza al re) si manifestava anche mediante l’uso dei «prerogative writs», quali strumenti giuridici straordinari, espressivi di una «potestas imperii» sovrana ¹²⁰; strumenti, questi,

¹¹⁴ I. Brownlie, D.G.T. Williams, *Judicial legislation in Criminal law*, in «The Canadian Bar Review», XLII, 4, 1964, pp. 561-605, in part., pp. 570-573.

¹¹⁵ G. Alessi, *Il processo penale*, cit., p. 95.

¹¹⁶ Citato come «17. St. Tri. 155» in *Criminal Code Bill Commission. Report of the Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences: with an Appendix containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners*, London, 1879, p. 9.

¹¹⁷ *Millar vs Taylor*. Il report del caso è consultabile nell’archivio digitale raggiungibile dal seguente indirizzo: <https://www.commonlii.org>. Cfr. *Criminal Code Bill Commission*, cit. p. 9.

¹¹⁸ *Jefferys vs Boosey*, in <https://www.commonlii.org>. Cfr. *Criminal Code Bill Commission*, cit. p. 9.

¹¹⁹ J.W. Knapp, *Reports of Cases argued and determined before the Committees of His Majesty’s most Honourable Privy Council*, London, 1831, p. 46.

¹²⁰ Questi argomenti richiamavano, inoltre, la distinzione tra *jura summi imperii* e *jura mixti imperii* o *potestas iurisdictionis* ripresa anche da Matthew Hale (1609-1676) nell’opera *An Analysis of the Civil Part of the Law*. M. Hale, *An Analysis of the Civil Part of the Law*, in *The History of the Common Law of England, and An Analysis of the Civil Part of the Law*, VI ed., London, 1820, pp. 7-15. Il riferimento è alle Sezioni V e VI.

estensibili anche all'ambito stragiudiziale, nell'esercizio del potere di correzione di «errors and misdemeanours extrajudicial», così da garantire che «no wrong or injury, either publick or private, can be done, but that this shall be reformed or punished in one court or other by due course of law»¹²¹. In questa costruzione teorica, chiara nel pensiero di Coke, lo stesso termine «misdemeanor», che implicava il concetto di trasgressione all'ordine e ai buoni costumi, rimandava all'idea dell'esistenza di un rimedio giudiziale agli errori nelle condotte individuali¹²² da parte di un organo in qualche modo “supremo”. Come sottolineato da Paul D. Halliday, le riflessioni sull'allocazione della supremazia – quale potere che non conosce superiore gerarchico – pongono le une contro le altre le forme della legislazione parlamentare e giudiziale: a dispetto della supremazia parlamentare, era la Corte del *King's Bench*, presso la quale le cause si presumevano giudicate «*coram rege*», a essere rappresentata come suprema¹²³.

Trascendendo la prerogativa espressa dal *King's Bench*, quest'autorità è stata definita come un «potere residuale» spettante, in generale, ai tribunali penali. La rivendicazione di questa funzione correttiva in capo ai giudici inglesi fu parte, anzitutto, della resistenza contro le ipotesi di sistematizzazione del *common law* contemplanti una riserva di legge rispetto alla creazione di *misdemeanors*. Ancora negli anni '60 del Novecento, poi, la *House of Lords* (ossia, «la più alta corte inglese»¹²⁴) ha rivendicato in favore del giudice penale un compito ulteriore rispetto all'interpretazione e all'applicazione del diritto, coinvolgente l'ordine normativo della morale. In un caso deciso dalla *House of Lords* nel 1962, noto come *Shaw vs D.P.P.*, venne riassunta l'opinione della “Camera alta” secondo cui, rispetto alla «sfera del diritto penale», era certa la permanenza «nei tribunali di un potere residuale», finalizzato a «far rispettare lo scopo supremo e fondamentale della legge», e «conservare non solo la sicurezza e l'ordine ma anche il benessere morale dello

¹²¹ E. Coke, *The Fourth Part of the Institute of the Laws of England, concerning the Jurisdiction of Courts*, London, 1797, Capitolo 7, cit., pp. 70-71. In questa funzione “correttiva” si inquadrava l'uso dei *writs* di *habeas corpus* per valutare la legittimità di un arresto («and this may be done though the party grieved hath no priviledge in this court»), ovvero degli ordini di *prohibition* per mantenere le corti nella loro giurisdizione, ovvero, ancora, la concessione del *bail*.

¹²² G. Abbate, *Sovranità e colonia. Un caso indiano di habeas corpus (1828-1829)*, in «Italian Review of Legal History», VIII, 2022, pp. 185-226.

¹²³ P.D. Halliday, *English Laws, Global Histories; or, What Makes a Court Supreme?*, in «Journal of British Studies», LXII, January 2023, pp. 1-20 (pp. 4-5).

¹²⁴ A. Cadoppi, *Common law e principio di legalità*, in «Quaderni Fiorentini», XXXVI, 2007, Tomo II, pp. 1161-120 (p. 1178). Cadoppi sottolinea che «almeno dal 1972, la più alta corte inglese (la House of Lords) si è spogliata del diritto di creare nuove fattispecie penali». Di conseguenza, «il diritto penale inglese, sul piano della legalità, è oggi certamente molto più vicino ad un diritto penale di stampo continentale di quanto non lo fosse anche solo fino a pochi decenni fa», ivi, p. 1178 (cfr., per la situazione Scozzese, pp. 1181-1188 in ordine al declaratory power della High Court of Jiciary di Edimburgo). Cfr. A. Masferrer, *Principle of Legality and Codification in the Western Criminal Law Reform*, cit., pp. 253-293.

Stato); un potere che si manifesta davanti a minacce particolarmente insidiose perché nuove¹²⁵.

L'«intuition of justice» di cui parlava Erle sembrava porsi alla base anche di alcuni esempi nordamericani di «judicial legislation». Nel *Law Dictionary* redatto dall'avvocato John Bouvier¹²⁶, edito a Philadelphia nel 1897, proprio sotto la voce «Judge-Made-Law» l'espressione era definita come l'insieme di quelle «decisioni giudiziarie che interpretano il significato delle leggi» o comunque rinvenono nelle leggi «significati che il legislatore non ha mai inteso» ad esse conferire. Nella letteratura giuridica e la pratica forense, a questo significato formale dell'espressione se ne contrapponeva uno informale. Secondo Wilbur Larremore, oltre a quanto sostenuto da Bouvier l'espressione «judicial legislation» poteva indicare, nei discorsi dei *practioners*, non una semplice deviazione dal linguaggio legislativo, ma la decisione di un caso secondo il personale sentimento di giustizia del giudice o del collegio; in altre parole, indicava le ipotesi in cui, ignorando la regola dello «stare decisis», l'organo giudiziario agiva secondo «what it conceived to be justice on the facts»¹²⁷, di fatto invadendo il campo della legislazione parlamentare con un esercizio arbitrario dei poteri di giudizio.

Larremore rinveniva esempi di questa tendenza soprattutto nella giurisprudenza della *New York Court of Appeals*, la quale avrebbe mostrato una particolare disposizione «verso l'usurpazione diretta della competenza legislativa», intervenendo con l'attitudine del legislatore rispetto tanto a «principi di ordine pubblico», quanto a «regole generali di condotta e di commercio». In questo stato di cose, il richiamo ai precedenti costituiva un supporto formale, mediante cui i giudici indicavano pretestuosamente «i più vicini precedenti favorevoli» per giustificare una decisione secondo ciò che ritenevano fosse «giusto rispetto al caso», secondo un modello decisionale costituente l'esatto contrario di «un sistema di esposizione scientifica e di elaborazione di principi astratti».

Agendo come «un legislatore indipendente e creativo» la Corte d'appello di New York generava regole e principi di diritto «in the manner of a legislature or a codifying committee». Ma se lo sviluppo e l'estensione di principi positivizzati nella pratica rientravano, entro certi limiti, nel tradizionale processo di «induction from precedents», il radicale allontanamento giurisprudenziale da ben consolidate regole e prassi normative, anche mediante un uso irragionevole e distorto del procedimento di *distinguishing*, segnava l'invasione incostituzionale del campo della legislazione, oltre che l'arbitrario allontanamento dal tradizionale meccanismo dello «stare decisis».

La novazione giudiziale della materia del *trust*, che nelle decisioni dei tribunali

¹²⁵ I. Brownlie, D.G.T. Williams, *Judicial legislation in Criminal law*, cit., p. 563.

¹²⁶ Di nascita francese, Bouvier fu naturalizzato americano nel 1812.

¹²⁷ W. Larremore, *Judicial Legislation in New York*, in «Yale Law Journal», XIV, 6, 1905, pp. 312-321.

newyorkesi diveniva revocabile su disposizione di colui che lo aveva disposto, ne costituiva un fulgido esempio: in questo caso, la riduzione della garanzia patrimoniale del «cestui que trust» si trasformava da più o meno diffusa pratica commerciale in positiva regola giurisprudenziale, supportata da un sentire personale dello standard di giustizia¹²⁸.

Questo significato alternativo di legislazione giudiziale, che dava voce a un' intuizione indipendente dalla dimensione giurisprudenziale, indicava una forma di degenerazione della tradizione giuridica espressa da radicate pratiche normative e consolidati metodi giurisprudenziali. Lo «spirito di illegalità giudiziale» espresso da queste pratiche – un intollerabile strappo del tessuto costituzionale – era, quindi, contrario alla tradizione di *common law*, in ogni sua possibile versione. L'attività puramente creativa di questa «legislazione virtuale» si divincolava da regole e norme effettivamente recepite nella prassi e, quindi, percepite come valide, ragionevoli e appropriate dalla comunità giuridica, così da far prevalere il «presentimento» individuale sulla voce collettiva, manifestatasi con la stessa emersione e recezione pratica della regola arbitrariamente trascurata.

A questa degenerazione avrebbe posto un freno la codificazione civile, anche «parziale»¹²⁹. Come «canone autoritativo» riconosciuto «by the bench and the bar as the law», e quindi accettato al livello pratico della concreta recezione di regole e norme giuridiche, il codice avrebbe espresso il legame inscindibile e organico tra la dimensione collettiva dei giuristi¹³⁰ e l'ordine costituzionale, e quindi, per certi versi, avrebbe tutelato gli stessi meccanismi tradizionali di trasmissione del sapere giuridico.

La delimitazione teorica dei confini del giuridico poteva, così, costituire una delle cornici ideali del dibattito ottocentesco sull'«impossibile» codice di *common law*.

¹²⁸ Il riferimento era al caso «*Matter of Totten*, (179 N.Y. 112)» (così riportati in W. Larremore, *Judicial Legislation in New York*, cit., p. 315) nell'ambito del quale la *Court of Appeals* statuí che «A deposit in a savings bank by one person of his own money, in his own name as trustee for another, standing alone, does not establish an irrevocable trust during the lifetime of the depositor. It is a tentative trust merely, revocable at will, until the depositor dies, or until he completes the gift in his lifetime by some unequivocal act or declaration, such as a delivery of a pass book, or notice to the beneficiary. In case the depositor dies before the beneficiary without revocation, or some decisive act or declaration of disaffirmance, the presumption arises that an absolute trust was created as to the balance remaining on deposit at the death of the depositor». Ivi, p. 315.

¹²⁹ Su questi temi si rimanda al Capitolo III.

¹³⁰ A.W.B. Simpson, *The Common Law and Legal Theory*, cit., p. 80, definisce il *common law* come un sistema di diritto consuetudinario inteso come insieme di concetti, idee e dottrine recepiti nella prassi e utilizzati da una «casta di esperti» ossia i giuristi.

