



RIFRAZIONI

Studi critici di storia della filosofia del diritto

Comitato direttivo

María del Carmen Barranco Avilés (Universidad Carlos III de Madrid), Emilia Bea Pérez (Universitat de València), Ilario Belloni (Università di Pisa - coordinatore), Maria Borrello (Università di Torino - coordinatrice), Carmelo Calabrò (Università di Pisa), Thomas Casadei (Università di Modena e Reggio Emilia), Paola Chiarella (Università Magna Græcia di Catanzaro), Patricia Cuenca Gómez (Universidad Carlos III de Madrid), Corrado Del Bò (Università di Milano), Filippo Del Lucchese (Brunel University London), Isabel Fanlo Cortés (Università di Genova), Cristina García Pascual (Universitat de València), Tommaso Greco (Università di Pisa), Giulio Itzcovich (Università di Brescia), Fernando Llano Alonso (Universidad de Sevilla), Alessio Lo Giudice (Università di Messina - coordinatore), Costanza Margiotta Broglio (Università di Padova), Valeria Marzocco (Università Federico II di Napoli - coordinatrice), Ferdinando Menga (Università della Campania Luigi Vanvitelli), Lorenzo Milazzo (Università di Pisa), Francisco Mora Sifuentes (Universidad de Guanajuato), Paola Persano (Università di Macerata), Andrea Porciello (Università Magna Græcia di Catanzaro), Susanna Pozzolo (Università di Brescia), Giorgio Ridolfi (Università di Pisa), Filippo Ruschi (Università di Firenze), Alessandra Scurba (Università di Palermo), Alessandro Serpe (Università G. D'Annunzio di Chieti-Pescara), Maria Zanichelli (Università di Parma)

Un dialogo su

Eugen Ehrlich

Società, potere, diritto

a cura di
Giorgio Ridolfi

anteprima
visualizza la scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

*Opera realizzata con il sostegno del Dottorato di ricerca
in Scienze giuridiche del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Pisa.*

© Copyright 2020

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675998-6

Indice

Prefazione	7
Cura, perfezionamento e (libero) reperimento del diritto: l'attività delle corti nella prospettiva sociologico-giuridica di Eugen Ehrlich <i>Giorgio Ridolfi</i>	9
La contrapposizione fra Eugen Ehrlich e Hans Kelsen sulla sociologia del diritto <i>Nicoletta Bersier Ladavac</i>	49
Ehrlich nell'orto di Kelsen <i>Tommaso Gazzolo</i>	71
Eugen Ehrlich, Alf Ross, H.L.A. Hart e il concetto di diritto <i>Alessio Sardo</i>	97
Ehrlich su <i>Jurisprudenz</i> , scienze assiomatiche e politica del diritto. Una discussione critica <i>Edoardo Fittipaldi</i>	137
Giuristi e profeti. Sociologia del diritto e filosofia della storia in Eugen Ehrlich <i>Lorenzo Milazzo</i>	173
Riferimenti bibliografici	211

Prefazione

Il presente volume avrebbe dovuto raccogliere gli atti di un seminario sul “padre” della sociologia del diritto, Eugen Ehrlich, che doveva svolgersi a Pisa il 26 marzo 2020. Le difficoltà legate alla tragica e repentina diffusione, in Italia e altrove, del virus Sars-CoV-2 e alla interruzione totale e prolungata della maggior parte delle attività lavorative “in presenza” hanno reso impossibile lo svolgimento del seminario. Nonostante le innumerevoli difficoltà, fra le quali innanzitutto quella di accedere alle necessarie risorse bibliografiche, abbiamo deciso di rivedere e pubblicare comunque gli interventi che avevamo predisposto per il seminario nella speranza che il volume potesse rappresentare se non altro una testimonianza tra le altre di come la comunità accademica abbia continuato a lavorare anche in questi mesi difficili.

Abbiamo pensato di dedicare a Ehrlich il nostro incontro annuale sui classici della filosofia del diritto innanzitutto perché abbiamo constatato che molta della letteratura nella quale si fa riferimento al pensatore austriaco, pur essendo in alcuni casi di grande interesse, si limita a prendere spunto dalle sue teorie per poi diffondersi in analisi di altro tipo (si pensi ad esempio al celebre saggio di Gunther Teubner sulla *Global Bucovina*), ed in secondo luogo perché abbiamo rilevato che molti lettori di Ehrlich si sono soffermati pressoché esclusivamente sulla *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, un testo di grande interesse che tuttavia non mantiene *in toto* le promesse che esprime nel titolo, e sulla durissima polemica con Hans

Kelsen, che pure ebbe ad oggetto il contenuto e le “pretese” dell’opera citata. Su tali questioni, nel nostro Paese, è stata fondamentale l’opera di due insigni studiosi come Alberto Febbrajo, curatore della versione italiana dell’*opus magnum*, e Agostino Carrino, cui si deve la traduzione e la cura dello scambio di articoli in cui si sostanzia il conflitto Kelsen-Ehrlich (polemica su cui è tornato, in una successiva traduzione, lo stesso Febbrajo). Purtroppo, nonostante gli sforzi di questi e di altri autori, ai lettori italiani continua ad essere preclusa la gran parte degli scritti del sociologo austriaco, fra i quali, innanzitutto, la *Juristische Logik*, che indubbiamente rappresenta l’altro caposaldo della sua opera. Ciò, non solo in Italia, ha contribuito a determinare lo sviluppo di una visione certamente parziale della sua figura, appiattita sull’idea di un pensatore, a tratti ingenuo e provinciale, che riduce il diritto vivente a quello di origine sociale e consuetudinaria, con un sostanziale disprezzo per il diritto statuito di origine statale. Una visione condivisibile in gran parte, ma che rischia, se presentata in maniera isolata, di non cogliere tutta la profondità dell’opera di Ehrlich.

Obiettivo di questo volume, dunque, è quello di mettere in luce anche gli aspetti meno noti della sua sociologia giuridica, senza tuttavia tralasciare i luoghi classici della sua dottrina, prescindendo dai quali si finirebbe per proporre una lettura, se non altro, decisamente fuori fuoco. Anche alcune delle tesi che più comunemente gli sono attribuite potranno, d’altra parte, essere presentate più problematicamente di quanto in genere si faccia, richiamando l’attenzione sui “volti” meno noti di un giurista che visse, nonostante tutto, all’interno dello Stato e del suo diritto, del quale comprese la logica e i meccanismi di funzionamento e riconobbe in fondo la centralità.

Il curatore

Cura, perfezionamento e (libero) reperimento del diritto: l'attività delle corti nella prospettiva sociologico-giuridica di Eugen Ehrlich

Giorgio Ridolfi*

1. *Osservazioni preliminari*

La sociologia del diritto, della cui versione moderna Eugen Ehrlich si presenta come il fondatore, sviluppa un'indagine empirica del fenomeno giuridico, ponendo l'accento sulle sue molteplici modalità di apparizione storiche e geografiche. Tra i suoi principali compiti, dunque, si trova quello di sublimare qualsiasi interpretazione del diritto che parta da prospettive di stampo valoriale e, più in generale, teleologico. Qualunque cosa coloro che utilizzano il diritto, o che ad esso sono passivamente sottoposti, pensino che il diritto *debba essere* è, in quest'ottica, certamente fondamentale per comprendere come esso sia stato praticato in epoche diverse, o venga attualmente praticato a diverse latitudini (inclusa quella cui appartiene il singolo studioso); ma non può pretendere in alcun caso di assurgere a una portata veritativa o anche solo di avere maggiore dignità, teoretica o pratica, rispetto a concezioni dissimili. Sublimare, si diceva appunto; nel senso di non scartare assolutamente la gravidanza dei vissuti soggettivi e collettivi – si potrebbe dire psicosociali – dei membri dei vari ordinamenti, pur nella consapevolezza che essi

* Ricercatore in Filosofia del Diritto, Università di Pisa. L'autore desidera ringraziare Edoardo Fittipaldi e Lorenzo Milazzo, che hanno avuto la cortesia di leggere e commentare approfonditamente il saggio, consentendogli di apportare fondamentali miglioramenti dal punto di vista tanto della ricostruzione quanto della terminologia.

vadano inseriti in interpretazioni più generali e di portata eminentemente descrittiva¹.

Come è piuttosto noto anche a chi dell'opera di Ehrlich abbia una conoscenza superficiale, l'autore della *Grundlegung der Soziologie des Rechts*², anche per motivazioni biografiche, e cioè per il fatto di avere lungamente vissuto in Bucovina, una delle più remote propaggini dell'Impero austro-ungarico, ha diretto i suoi principali sforzi scientifici all'elaborazione di una concezione fisiologica del diritto, nel senso della ricostruzione del diritto effettivamente praticato dai numerosi gruppi etnici che aveva la possibilità di osservare dalla sua cattedra dell'università di Czernowitz³. Ovviamente la Bucovina, in ragione della sua singolare composizione etnica, gli consentiva solo una più agevole osservazione della fisiologia giuridica, senza che ciò significasse negare la presenza di situazioni

¹ È questo il punto fondamentale che sembra non aver voluto – e, in un certo senso, potuto – cogliere Hans Kelsen nella celebre polemica con Ehrlich sviluppatasi tra il 1915 e il 1916 sulle pagine dell'«Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik». In Ehrlich, nota Agostino Carrino, «proprio la precisa consapevolezza che analisi empirica e discorso di valore vanno distinti consente di impiantare una sociologia del diritto come sociologia della filosofia del diritto (o delle idee giuridiche)» (*Storia, società e ragione. Una controversia sulla sociologia del diritto*, introduzione a E. Ehrlich/H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, a cura di A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, p. 11). Su questo, con grande chiarezza, anche G. Robles Morchón, *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002, pp. 25-28; e si veda, ovviamente, *infra* il saggio di Nicoletta Bersier Ladavac (in particolar modo le pp. 55-59). Per le ragioni esplicitate nell'introduzione, non è stato purtroppo possibile consultare una delle più significative ricostruzioni generali del pensiero ehrlichiano, S. Vogl, *Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2003.

² Duncker & Humblot, München-Leipzig 1913, trad. it., *I fondamenti della sociologia del diritto*, a cura di A. Febbrajo, Giuffrè, Milano 1976.

³ Su questo, si veda M. Eppinger, *Governing in the Vernacular: Eugen Ehrlich and Late Habsburg Ethnography*, in M. Hertogh (ed.), *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*, Hart Publishing, Oxford-Portland (OR) 2009, pp. 21-47. La distinzione (non ehrlichiana) tra fisiologia e patologia del diritto è tratta dal citato scritto di Carrino.

simili in molte altre parti, non solo dell'Impero, ma anche dell'intera Europa e dell'intero pianeta.

Il richiamo alla fisiologia del diritto ha, però, per Ehrlich innanzitutto una portata antipositivistica, quantomeno in quanto esprime un'opposizione a quelle dottrine stataliste che fanno risalire il comando alla volontà del sovrano o della norma giuridica formalmente dettata, e si impernano, di conseguenza, sul concetto della sanzione comminata, ed eventualmente irrogata, da un'autorità riconosciuta e a ciò preposta. Al diritto, anche nelle più evolute società occidentali del suo tempo, non poteva essere riconosciuta né una natura totalmente centralizzata né caratteristiche eminentemente coercitive. La concezione di Ehrlich parte, anzi, dalla presa di coscienza del fatto che un diritto autonomamente accresciutosi e solidificatosi in un ambito etnico e sociale sviluppa al contempo dei potenti anticorpi che rendono la violazione delle sue direttive piuttosto rara, consentendone il rapido riassorbimento e richiedendo, comunque, il più delle volte, sanzioni di stampo informale, come l'esclusione sociale e la perdita dell'onorabilità. Questo, lo si sottolinea chiaramente, anche quando, come nel caso dell'Impero austro-ungarico, i vari complessi etnico-sociali erano inseriti in una struttura statale che appariva piuttosto solida e funzionante; e nonostante il fatto che Ehrlich, che pure, come molti altri, non aveva saputo vedere la profondità della crisi che si rivelerà in tutta la sua dirompenza con l'attentato di Sarajevo, apparisse ben cosciente di come la modernità stesse rapidamente facendo piazza pulita di molte tradizioni secolari, se non millenarie.

Alla luce di questa concezione della fisiologia, Ehrlich può dunque asserire che non ci può essere segnale più chiaro della patologia di un sistema giuridico particolare che l'uscita di più soggetti dai suoi procedimenti consuetudinari, o scarsamente formalizzati, per chiedere tutela giuridica ai tribunali dello Stato. E, ovviamente, più sono i membri di un organismo etnico-sociale che comincia-

no a diffidare degli strumenti autoregolativi di esso, più quest'ultimo può essere giudicato vicino alla sua autodissoluzione. D'altra parte, Ehrlich, che aveva frequentato in maniera piuttosto continuativa la capitale dell'Impero e che aveva viaggiato per l'Europa con un'assiduità insolita per il suo tempo⁴, non poteva ignorare come per molti abitanti delle città il diritto dello Stato fosse spesso in realtà l'unico diritto a disposizione, oltre che quello cui sentivano di dovere e di volere conformarsi.

Ne consegue che Ehrlich, al contrario di quanto hanno sostenuto interpretazioni più riduttivistiche⁵, ha sempre ritenuto tutt'altro che inutile occuparsi della dichiarazione del diritto operata dai tribunali. Di essa, anzi, egli si è occupato in scritti meno conosciuti, in cui ha svolto un'analisi forse non di amplissimo respiro, né di eccessiva coerenza, ma che ciò nondimeno, come vedremo, ha l'indiscutibile merito di aver aperto la strada ai temi del giusliberismo⁶.

⁴ Nota Manfred Rehbinder, a confutazione della diffusa e pregiudiziale convinzione della provincialità di Ehrlich: «Come risulta evidente dalle sue opere, Ehrlich padroneggiava l'inglese, il francese, lo spagnolo, l'italiano, il danese, il norvegese, il russo, il serbo, il croato, il polacco e l'ungherese, e aveva viaggiato in Francia, in Italia, in Grecia, in Danimarca, in Svizzera e in Inghilterra» (*Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Duncker & Humblot, Berlin 1986, p. 19).

⁵ Si citi, come esempio paradigmatico, G. Gurvitch, *Sociologia del diritto*, a cura di S. Cotta, Edizioni di Comunità, Milano 1957, pp. 179-189 (orig., *Sociology of Law*, Routledge & Kegan, London 1953²).

⁶ Come ricorda anche Renato Treves (*Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Einaudi, Torino 1987, p. 116), Ehrlich parla per la prima volta dell'esigenza di un "libero reperimento del diritto" in uno scritto appunto intitolato *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (Verlag C.L. Hirschfeld, Leipzig 1903; poi in Id., *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, ausgewählt und eingeleitet von M. Rehbinder, Duncker & Humblot, Berlin 1967, pp. 170-202, da cui citeremo, come per gli altri scritti in esso raccolti). Viene qui ripreso il testo di una conferenza pronunciata presso la *Juristische Gesellschaft* di Vienna il 4 marzo 1903, cioè tre anni prima dell'uscita dell'opera programmatica per antonomasia del giusliberismo, *La lotta per la scienza del diritto* di Gnaeus Flavius (Hermann Kantorowitz). Rispetto alla ricostruzione, piuttosto diffusa, che vede in Oskar Bülow il primo giurista a essersi richiamato all'idea

2. Il diritto consuetudinario come motore dell'evoluzione giuridica

La domanda da cui, nelle pagine che verremo citando, parte Ehrlich è, in buona sostanza, la seguente: come decidono i giudici in un ordinamento formalizzato, o quantomeno in un ordinamento in cui si trovano formalmente vincolati al potere politico vigente?

Ovviamente, sembra affermare Ehrlich, non è possibile dare a questa domanda una risposta univoca, poiché essa varia ancora una volta a seconda delle epoche storiche e delle latitudini geografiche. Se, infatti, si volesse rispondere per ciò che riguarda l'Austria ai tempi di Ehrlich, la risposta, benché come vedremo ampiamente insufficiente, potrebbe più o meno suonare come: "i giudici possono e devono applicare solo ed esclusivamente ciò che dice loro il diritto statuito"; tanto più che nel Codice civile austriaco era esplicitamente negato ogni possibile ricorso al diritto consuetudinario. Certo è, però, che questa risposta non sarebbe stata assolutamente corretta, ad esempio, per ordinamenti che lascino, appunto, maggiore spazio al diritto consuetudinario, primi fra tutti quelli di *common law*, in cui i giudici erano (e, in larga parte, ancora sono) maggiormente vincolati ai precedenti giuridici orizzontali e verticali delle corti di quanto non lo fossero agli *statutes*. Allo stesso modo, stando sempre alle descrizioni sto-

di diritto libero, è lo stesso Ehrlich, proprio in una lettera a Kantorowicz del 1911, a ricostruire così la sua posizione: «Ogni applicazione di una regola generale a un caso concreto è un lavoro di pensiero creativo; poiché l'attività del giudice consiste essenzialmente in ciò, allora essa è creativa. Del resto, un giudizio giuridico continua a sussistere anche quando applica la legge in maniera scorretta, non appena acquisisce semplicemente forza di legge: allora, però, esso ha palesemente creato diritto contro la legge»; e commenta che «[e]ntrambe le idee mi sembrano banalità, che si trovano in giro per la strada» (citato in M. Rehinder, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, cit., pp. 87-88 n). Sulla posizione di Ehrlich nell'ambito del movimento giusliberista, si veda L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1965, pp. 201-370.

riche del sociologo austriaco, essa non appare corretta per quanto riguarda l'epoca romana classica, che aveva creato la figura del pretore, in grado con il suo editto, a certe condizioni, di ricalibrare e di innovare il diritto vigente; né per il cosiddetto diritto comune tardomedievale, a lungo vigente in Germania e così legato alle fonti romane da negarsi ogni innovazione che non passasse per una possibile rilettura di esse.

La posizione espressa nel Codice civile austriaco, viene detto nella prima parte di *Die juristische Logik* (1917), parte dalla pretesa di poter ridurre l'applicazione del diritto a un procedimento rigidamente sillogistico, determinando senza residui con un ragionamento logico-astratto i casi che una legge permette di risolvere e quelli che, invece, sfuggono al suo campo di applicazione. Questa è ovviamente una teoria nata nell'ambito di quelle visioni stataliste, quando non assolutiste, che vedono nell'inaggrabilità della legge scritta un potente strumento per controllare, e dunque frenare, lo sviluppo sociale spontaneo del diritto. Ma, paradossalmente, tale logica giuridica non è dissimile da quella di Montesquieu, che, come è noto, dava al giudice il ruolo di "bocca che pronuncia le parole della legge", né da quella di Cesare Beccaria che, soprattutto nel diritto penale, parlava esplicitamente della necessaria applicazione di un "sillogismo perfetto", formula che viene più volte ricordata da Ehrlich⁷. Questo pur senza tralasciare come, dalla prospettiva illuministico-liberale di Montesquieu e di Beccaria, quello che per gli statalisti era un controllo del potere centralizzato sulla società, venisse interpretato come un limite posto dalla legge al potere stesso, segnatamente, in questo caso, agli abusi del potere giudiziario.

⁷ Sulla natura e sulla fortuna dottrina del sillogismo giudiziale, si veda M. Barberis, *Cosa resta del sillogismo giudiziale?*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 45 (2015), 1, pp. 163-178.

Quali che siano le intenzioni in base alle quali si sostiene una simile dottrina bisogna riconoscere che, nonostante gli sforzi speculativi compiuti,

con la logica reale, la logica giuridica non ha nulla in comune, a parte il nome. Essa non è in generale una logica, bensì una tecnica, in quanto non vuole affatto fornire la pietra di paragone per la correttezza dei metodi del reperimento giudico del diritto, bensì è essa stessa solo uno di questi metodi, la cui correttezza deve prima essere provata⁸.

Ehrlich fa cioè notare che per validare la conclusione di un sillogismo è necessario che le sue due premesse siano dotate di un'incontestabilità che, a nessuna condizione, può appartenere alla natura contingente del diritto e che, di conseguenza, neanche la logica giuridica è in grado di procurare. Dunque, l'applicazione sillogistica della legge risulta essere un'illusione, e ciò a maggior ragione quando i suoi sostenitori pretendono di moderarne la staticità tramite una dottrina altrettanto illusoria, e difficilmente coniugabile con la sua diffidenza nei confronti dell'interpretazione, com'è quella dell'unità del diritto. Secondo essa, il diritto sussistente sarebbe un tessuto fortemente interconnesso, come lo Stato che lo ha portato ad esistenza, e, nonostante ciò, sarebbe in grado di includere, con un macchinoso lavoro logico sulla portata delle norme stesse, anche fattispecie nella sua lettera non immediatamente sussumibili.

Un'analisi scevra di preconcetti politici rende al contrario evidente che, se il diritto, come ogni attività intellettuale umana, non può fare a meno della logica, tale logica non può che essere, tuttavia, quella vincolata unicamente ai principi aristotelici d'identità, contraddizione e terzo

⁸ E. Ehrlich, *Die juristische Logik*, Mohr, Tübingen 1925², pp. 148-149. La prima edizione apparve in «Archiv für die civilistische Praxis», 115 (1917), pp. 125-439, e poi, in edizione separata, l'anno seguente presso l'editore Mohr di Tubinga. Della seconda edizione esiste una ristampa anastatica, pubblicata nel 1966 dall'editrice Scientia di Aalen. Per un'analisi approfondita della logica in Ehrlich si veda *infra* il saggio di Edoardo Fittipaldi.

escluso, mentre per il resto il suo procedere è di natura psicologica. Il che significa, afferma Ehrlich, che «l'unica garanzia che abbiamo della [...] correttezza [di tale logica] è il *sentimento soggettivo* della certezza, dell'evidenza, che accompagna determinati modi di pensiero»⁹.

L'illusorietà della logica giuridica (sillogistica) si rivela, d'altra parte, già a un'analisi puramente ricostruttiva, in quanto è un'ovvietà ricordare come, storicamente parlando, la decisione giuridica non possa che precedere sempre la legge. Le prime persone che, in un'entità politico-sociale, si sono trovate a prendere delle decisioni rispetto a una questione "giuridicamente" controversa, non lo hanno, infatti, potuto fare sulla base di leggi già esistenti, bensì di una loro valutazione soggettiva di giustizia; anzi, è probabile che alcune persone siano state investite del ruolo "formale" di giudici proprio perché riconosciute più giuste, più sagge o più imparziali rispetto ad altre, e che le loro decisioni, solidificatesi nel tempo e nel susseguirsi dei casi, siano poi state assunte come metro per la creazione di regole codificate. Solo in un secondo tempo, dunque, è stato possibile che il diritto nascesse direttamente come diritto positivo e legale, magari con lo scopo di produrre o di facilitare un cambiamento sociale ritenuto fondamentale; ma, in un primo momento di sviluppo, non è possibile rinvenire un diritto formalizzato che non sia stato, in qualche modo, già diritto consuetudinario.

⁹ Ivi, p. 157 (corsivo nostro). Come scrive Gregorio Robles Morchón, «il motto ehrlichiano, in questo senso, potrebbe essere: contro il logicismo, lo psicologismo. Un motto molto in consonanza con il suo sforzo "fattualista"» (*Ley y Derecho vivo*, cit., p. 80). Le dottrine cui principalmente si rifà Ehrlich sono quelle dello psicologo inglese Alexander Bain, come risulta evidente da *Über Lücken im Rechte*, in «Juristische Blätter», 1888, pp. 447-630; poi in Id., *Recht und Leben*, cit., pp. 80-169 (si vedano in particolare le pp. 118-120). Di grande interesse sono anche le notazioni di Alessio Sarso, nel saggio pubblicato in questo volume, rispetto a un avvicinamento tra Ehrlich e Ross proprio dal punto di vista del comune interesse per la psicologia, sebbene il giurista danese rivolga la sua attenzione principalmente al behaviourismo (si veda *infra*, pp. 125-134).

Diritto consuetudinario è d'altra parte, secondo le definizioni che possono essere tratte dagli scritti di Ehrlich, almeno due cose: in senso classico, il diritto che nasce nella società e che, in alcuni casi, giunge a formalizzarsi per mezzo del riconoscimento da parte del potere politico; e poi, in base a una definizione maggiormente azzardata, l'istanza che consente di sussumere nel diritto esistente fattispecie che il legislatore storico era impossibilitato a prevedere (al tempo in cui egli redigeva i suoi primi scritti, ad esempio, il diritto dei telefoni, dei telegrafi, dell'aeronautica, etc., non ancora fatti oggetto in Austria di autonoma legislazione). Ma, alla luce di una concezione che tende a ricondurre sempre il diritto al fatto, crediamo di poter sostenere che diritto consuetudinario sia per Ehrlich, più in generale, sinonimo di diritto valido, ma non scritto; laddove la sua validità è, ovviamente, certificata solo dal suo venire messo in opera nelle situazioni concrete. Ciò implica che, in terzo luogo, come diritto consuetudinario possa essere individuato per Ehrlich anche l'ambito in cui si sviluppa la cultura giuridica di una determinata compagine politica, nonché la logica che essa utilizza per il reperimento del diritto (*Rechtsfindung*); ed è l'ambito, dunque, in cui sorgono i suoi atteggiamenti ermeneutici, che originano il più delle volte dal lavoro dei giuristi e che, pertanto, raramente vengono formalizzati in maniera esplicita.

A tal proposito Ehrlich, enumerando i principi tipici della logica giuridica (sillogistica) in cui si era formato e in cui continuava ad essere immersa l'Austria ai suoi tempi, può significativamente affermare:

Che l'attacco e la difesa nel processo debbano fondarsi su una proposizione giuridica; che il giudice debba trarre sempre la sua decisione da una proposizione giuridica; che lo Stato sia la fonte di tutto il diritto; che il compito della giurisprudenza consista esclusivamente nella ricerca del volere del legislatore; che il giudice, nel reperimento del diritto, non possa andare oltre il contenuto della legge; che la giurisprudenza debba concepi-

re la proposizione giuridica come unità: tutto questo non è mai diventato proposizione giuridica. Sono teoremi [*Lehrsätze*] che, come tali, possono essere in ogni momento sottoposti a un esame scientifico¹⁰.

Diritto consuetudinario risulta essere pertanto, in sostanza, tanto l'obbligo posto in capo al giudice inglese di ragionare principalmente a partire dai precedenti delle corti, quanto l'obbligo implicitamente posto in capo ai giudici austriaci di seguire pedissequamente la legge scritta. E anzi, possiamo aggiungere, diritto consuetudinario sarebbe, in un ordinamento in cui il divieto di ricorrere ad esso non fosse stato formalizzato, ma ciò nondimeno vigesse, l'obbligo posto in capo al giudice di diffidare e di sfuggire il più possibile all'applicazione del diritto consuetudinario stesso (negli altri due sensi sopra citati). Si può così affermare che il diritto consuetudinario sembra avere per Ehrlich, come il principio di utilità benthamiano, una natura universale e necessaria, perché, almeno in questa sua ultima estrema declinazione, si troverebbe a essere necessariamente riaffermato anche nel momento in cui si tentasse strenuamente di negarlo. In una prospettiva empirico-realista integrale, come vuole certamente apparire quella ehrlichiana, esso si caratterizza come una sorta di araba fenice e, più concretamente, come il principale motore della storia giuridica. Dalla qual cosa consegue, paradossalmente, che la sua forza si lascia apprezzare in maniera particolare in quegli ordinamenti continentali, primo fra tutti quello austriaco, che si sono illusi di poter porre ad esso un freno¹¹.

¹⁰ E. Ehrlich, *Die juristische Logik*, cit., pp. 148-149.

¹¹ Su questo si veda anche la dissertazione che Ehrlich pronunciò il 2 dicembre 1906, al momento dell'assunzione della carica di rettore dell'università di Czernowitz, poi pubblicata come *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, Franz Deuticke, Leipzig-Wien 1907 e ricompresa, successivamente, in E. Ehrlich, *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, herausgegeben von M. Rehbinder, Duncker & Humblot, Berlin 1986, pp. 104-132. A questa ampiezza semantica del diritto consuetudinario viene posto decisamente un

3. Le lacune e i limiti del linguaggio

Le questioni fin qui descritte sono discusse da Ehrlich a partire da un problema particolare, quello cioè della natura e del “destino” delle lacune giuridiche, di cui egli si occupa fin da un corposo saggio del 1888, intitolato appunto *Über Lücken im Rechte*. L'analisi, che va ben oltre la questione delle lacune, è poi portata avanti, con qualche piccola precisazione, soprattutto nella già ricordata conferenza del 1903 *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* e nel saggio del 1917 *Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes*¹², che comprende quattro estratti da un'opera progettata come continuazione della *Grundlegung*, e mai realizzata, che avrebbe dovuto avere il titolo di *Theorie der richterlichen Rechtsfindung*. Parte fondamentale di quest'ultimo scritto sarebbe stato poi anche il già ricordato *Die juristische Logik*, che su tali questioni si diffonde specialmente nella seconda parte, dando loro maggiore sistematicità, ma non aggiungendo argomentazioni di particolare rilievo¹³.

freno nella *Grundlegung* (cit., pp. 379-380; trad. it., pp. 563-564), in cui alcuni suoi precedenti significati di diritto sociale sono ricompresi nella locuzione “diritto vivente”, inteso, secondo l'interpretazione di Rehbinder (*Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, cit., pp. 112-115, ma si vedano anche le pp. 125-126), non come semplice regolarità sociale, bensì come complesso di reazioni reciproche tra i fatti vitali e la formalizzazione che essi ricevono nei complessi sociali (soprattutto, ma non esclusivamente, nello Stato). Si tratta tuttavia, a nostro avviso, di una questione prevalentemente terminologica, benché di fondamentale importanza, che, comunque, non sembra cambiare in maniera sostanziale i termini della nostra ricostruzione.

¹² *Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke: Theorie der richterlichen Rechtsfindung*, in «Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts», 67 (1917), pp. 1-80; poi in Id., *Recht und Leben*, cit., pp. 203-252.

¹³ Sullo spettro dei temi trattati nella *Juristische Logik*, è interessante vedere, nonostante la sua natura prettamente ricostruttiva, M. Brouček, *Eugen Ehrlich und sein Vorwurf an die eigengesetzliche, juristische Logik der Pandektistik und Begriffsjurisprudenz*, in H. Barta/M. Ganner/C. Voithofer (hrsg.), *Zu Eugen Ehrlichs 150. Geburtstag und 90. Todestag*, Innsbruck University Press, Innsbruck 2013, pp. 89-100.

La questione dell'esistenza di lacune nel diritto risulta essere, secondo Ehrlich, piuttosto oziosa, in quanto è posta in maniera differente da coloro che le danno una risposta negativa e da coloro che, invece, le danno una risposta positiva. Per i primi, per trovare risposte nel diritto esistente, basta saperle cercare; il che però significa, nei fatti, attenersi al principio per cui «[o]gni diritto di azione e di eccezione deve essere rigettato nel caso in cui esso non trovi nel diritto positivo alcun sufficiente punto di appoggio per l'accoglimento»¹⁴. Come ha sostenuto Alois von Brinz, uno dei maggiori fautori di questa dottrina, la lacuna non sta nel diritto ma in chi cerca di vederselo riconosciuto in giudizio, dunque sta nell'azione o nelle eccezioni che ad essa vengono opposte. E tuttavia, sostiene Ehrlich, qui siamo di fronte a una soluzione prettamente formale della questione, poiché in base ad essa sappiamo solo che alcune pretese giuridiche devono essere accolte quando sono fondate, e rigettate quando non lo sono, ma non siamo in grado di stabilire le istanze sulla scorta delle quali possiamo dichiarare tale fondatezza. Appare, infatti, una visione piuttosto ristretta del fenomeno giuridico quella che si limita ad interrogarsi sulla diretta fondazione di una pretesa nelle chiare parole della legge, disinteressandosi, oltre che del problema dell'effettiva chiarezza di tali parole, della questione se debbano essere prese in considerazione anche altre fonti del diritto: non tanto l'analogia, che molti sembrano disposti a riconoscere come ovvia, benché spesso in maniera surrettizia e con la fondamentale esclusione del diritto penale; quanto piuttosto istanze più o meno vicine a quelle dell'antico diritto naturale, come l'opportunità o la buona fede.

¹⁴ E. Ehrlich, *Über Lücken im Rechte*, cit., p. 82. Ehrlich parla qui esclusivamente di un diritto basato su azioni petitorie e risarcitorie, ma afferma altresì che «[n]ei processi che non riguardano controversie il procedimento del giudice nella decisione sulle istanze è del tutto affine a quello utilizzato nelle decisioni sulle azioni e le eccezioni nelle controversie» (ivi, p. 82).

Coloro che, sulla base di tale ampliamento, rispondono in maniera positiva sottolineano, al contrario, che di lacune si può parlare in due sensi. In un primo senso, invero non del tutto appropriato, una lacuna può essere rilevata nei casi in cui esiste piuttosto una legge di troppo, e cioè quando la lettera del diritto positivo è relativamente chiara nel determinare la soluzione di una controversia e, ciò nondimeno, tale soluzione, appare non conforme, o non più conforme, con la coscienza giuridica diffusa (tra gli operatori del diritto e tra i cittadini). In un secondo senso, e in maniera più adeguata, si parla invece di lacune, quando una questione giuridica, in mancanza di una legislazione speciale che la riguardi, non può che essere risolta in base ai principi generali dell'ordinamento¹⁵.

Questo dibattito ha acquisito particolare vigore e particolare centralità in quelle culture giuridiche continentali che, come detto, sembrano tributare un particolare culto al principio per cui «il giudice deve sempre giudicare solo in base alle regole stabilite»¹⁶. La rapida accelerazione dei movimenti di trasformazione economica e sociale, di cui Ehrlich era spettatore a cavallo tra i due secoli, aveva finito, infatti, per rendere più pressante un'esigenza che, seppure con tempi diversi, si era resa evidente già all'epoca dei romani e dei giuristi medievali: quella di intendere

¹⁵ Successivamente Ehrlich esprime, tuttavia, un maggiore riconoscimento della centralità delle questioni ermeneutiche, affermando che i fenomeni precedentemente descritti come lacune erano piuttosto lacune “improprie”, secondo la definizione di Ernst Zitelmann. Ora egli riconosce che «in realtà esiste solo una lacuna nel senso di Brinz, una lacuna cioè dalla parte di colui che cerca il diritto, che questi non è stato in grado di colmare per mezzo di un'interpretazione che esaurisca l'intero contenuto di coscienza del suo autore e che non lasci la proposizione giuridica avere effetti ulteriori rispetto a quelli che aveva in mente il suo autore. Di una lacuna nel diritto nel senso del mio lavoro giovanile, di un'autentica lacuna nel senso di Zitelmann, si può solo parlare quando una decisione non può essere raggiunta anche con un'interpretazione del tutto scientifica delle proposizioni giuridiche» (*Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes*, cit., p. 219).

¹⁶ E. Ehrlich, *Über Lücken im Rechte*, cit., p. 112.

l'applicazione del diritto (*Rechtspflege*, e dunque, letteralmente e più evocativamente, la cura del diritto) come perfezionamento del diritto (*Rechtsfortbildung*), cioè come adeguamento all'attualità di regole fissate nel passato più o meno recente¹⁷. Tutto ciò, però, con l'importante differenza che, alla sostanziale libertà del pretore romano, se non altro all'inizio della sua carica, non corrispondeva, come detto, una simile libertà del giudice austriaco, che pure, come ovvio, non poteva neanche accettare di sacrificare alla lettera della legge le esigenze più immediate della società, in primo luogo quelle riguardanti i traffici commerciali. Così, in tali culture giuridiche, il giudice non ha potuto che ricorrere a salti mortali logici, con l'intenzione di confermare, almeno a parole, il feticcio giuridico per cui l'applicazione della legge non potrebbe che essere il risultato di un procedimento sillogistico; e ha, nei fatti, cercato indebitamente di leggere nelle leggi che aveva a disposizione le soluzioni che riteneva necessarie per la causa che si trovava a dover decidere, sulla base spesso di valutazioni soggettive. In molti casi questi salti mortali richiedevano di espandere, anche oltre il limite della ragionevolezza, la portata del riconosciuto principio di buona fede (*Treu und Glauben*), il che rendeva nei fatti impossibile distinguere i casi in cui, richiamandosi ad esso, l'attività di perfezionamento del diritto si trasformasse in una vera e propria attività di creazione¹⁸.

¹⁷ D'altra parte, come nota Robles Morchón, è probabile che «se Ehrlich fosse stato professore a Vienna, non si sarebbe dedicato a studiare la famiglia contadina, le cui forme di vita appartenevano al passato, bensì il diritto vivente del mercato dei valori e del mondo della finanza» (*Ley y Derecho vivo*, cit., p. 126).

¹⁸ Nota Ehrlich con grande ironia che questo ha fatto nascere l'«ideale popolare del giurista» come dialettico fine e sagace, quando invece «[l]a sagacia è la più infeconda tra le doti dello spirito umano: c'è una profonda saggezza nel fatto che il diavolo delle saghe popolari tedesche sia così spesso un sagace dialettico» (*Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 202).

D'altronde, ci si può chiedere in senso più generale, cosa può mai significare rimanere fedeli al dettato della legge e al significato delle sue parole? Bisogna infatti avere presente, nota Ehrlich, che «[l]a parola è uno strumento del pensiero estremamente impreciso, e [che] ancora nessuno è riuscito a padroneggiare le cose attraverso le parole»¹⁹. Il problema delle parole è, infatti, che si spiegano solo con altre parole; e, sebbene di molte di esse i giuristi tedeschi credano che esista un significato ovvio e naturale, chiunque può rendersi facilmente conto di come questa presunta obiettività si scontri con la curvatura soggettiva che ognuno imprime alle espressioni da lui utilizzate. Le parole piuttosto «assomigliano a una massa gelatinosa, che prende la sua forma da quella del contenitore in cui è conservata e che, liberata dalla pressione delle pareti, subito si dilegua»²⁰. Così deve essere chiaro che un conto è conoscere le cose perché le si è viste ed esperite (ad esempio, si sa cos'è il sapore amaro, perché almeno una volta si è mangiato un cibo amaro), ed altro è pensare di poterle comunicare o di poterle conoscere perché qualcuno ce le ha descritte: un cieco non capisce cosa siano i colori perché un vedente ha provato a spiegarglielo. Allo stesso modo, è un'illusione pensare di potersi impadronire dell'interpretazione autentica di un discorso, ivi incluso il discorso legislativo, semplicemente considerando il modo in cui il suo autore ha tentato di spiegare le proprie intenzioni; e chiunque può rendersi conto di queste insormontabili difficoltà, pensando alla relatività e alla sostanziale incomunicabilità delle interpretazioni soggettive di concetti astratti come Dio, tempo e spazio.

La stessa descrizione di un oggetto, comunque, muta non solo rispetto al numero di coloro che vi immettono le proprie particolari impressioni, ma anche in ragione del-

¹⁹ Ivi, p. 192.

²⁰ E. Ehrlich, *Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes*, cit., p. 206.

la disposizione interna e delle condizioni esterne del momento in cui lo si percepisce. Di conseguenza, se la descrizione di un oggetto o di un concetto dipende dall'accordo tra più persone, questo accordo non si presenta mai come incontestabile e definitivo; e, tra l'altro, può sempre succedere che le parole a disposizione non siano in grado di esprimere con la dovuta pregnanza le intenzioni del parlante, sicché possono essere create al bisogno nuove forme linguistiche, oppure essere utilizzate quelle esistenti in modo leggermente difforme. E, tuttavia, afferma Ehrlich, se alla grandezza del pensiero non si coordina una pari abilità nella creazione linguistica, ciò che si esprime diviene ancora più difficile da comprendere, come è ad esempio avvenuto a Kant e a Hegel²¹.

Detto ciò, non si può certo negare come nei discorsi esista qualcosa di "obiettivo", cioè un significato medio con variazioni tollerabili da persona a persona, giacché altrimenti nessuno sarebbe in grado di capire nessuno. E, tuttavia, accanto a questo significato "obiettivo" esiste quella che William James ha chiamato la "frangia", cioè quel coacervo di rappresentazioni accessorie, di sensazioni e di disposizioni personali che necessariamente accompagnano ogni percezione e ogni espressione di essa. Ed esiste anche ciò che è stato indebitamente escluso dall'espressione perché rimasto ai limiti della coscienza, pur essendo parte integrante del vissuto esperienziale. Come nota Ehrlich, che, non va dimenticato, era contemporaneo di Sigmund Freud,

[q]uesta è l'impotenza di ogni determinazione concettuale, cioè il fatto che nel migliore dei casi esprime semplicemente ciò che è incluso in maniera conscia nel concetto, non ciò che da esso è stato inconsciamente escluso; il fatto che essa parli solo di ciò che è stato visto, non del confine che lo separa da ciò che non è stato visto e da ciò che è stato ignorato. Per una completa com-

²¹ Cfr. *ivi*, p. 205. Si vedano anche *infra*, pp. 94-96, le considerazioni di Tommaso Gazzolo sul dibattito filosofico come "dialogo tra sordi".

preensione del discorso, però, sapere cosa ha voluto dire colui che ha parlato è a volte tanto importante quanto sapere cosa non ha potuto voler dire perché non vi ha affatto pensato²².

Da ciò deriva che i modi di esprimersi delle persone devono essere valutati in senso più globale, facendo ad esempio attenzione all'atteggiamento con cui esse parlano o al modo in cui pronunciano e costruiscono le frasi, giacché «le persone, quando parlano e agiscono, tradiscono del loro mondo interno più di quanto vogliano dire, e alle volte anche più di quanto esse sappiano di sé stesse»²³.

4. *La natura della cosa*

Un discorso simile può essere fatto, a maggior ragione, per ciò che riguarda le leggi, che, come detto, rappresentano l'istanza giuridica centrale degli ordinamenti continentali. Per cogliere il loro "vero" significato, è sicuramente opportuno avere un'adeguata conoscenza di ciò che può aver determinato, o può aiutare a comprendere, l'intenzione del loro estensore: la condizione economico-sociale in cui ha agito, alcuni articoli di giornali o di riviste scientifiche contemporanei al procedimento legislativo in oggetto, i rapporti sull'attività delle assemblee popolari e, ovviamente, i lavori preparatori (sulla cui effettiva vincolatività anche Ehrlich avanza dei dubbi). A tale riguardo, afferma Ehrlich, non c'è poi molta differenza tra l'interpretazione delle fonti attuali e quelle del diritto romano, in quanto entrambe vengono trattate con un metodo storico-teleologico, che appare così anche come un metodo sociologico; un metodo che, tuttavia, deve essere distinto da quello propugnato dalla giurisprudenza degli interessi

²² Ivi, p. 208 (c'è nella ristampa del 1967 un refuso non presente nell'originale, quando la locuzione *vom Nichtgesehenen*, "da ciò che non è stato visto", è sostituita da *vom Nichtgeschehenen*, "da ciò che non è successo"; nell'originale la frase si trova a p. 9).

²³ *Ibidem*.

di Philipp Heck che, prendendo solo in considerazione gli interessi attuali dell'applicazione, ha in mente un metodo teleologico solo nel senso della politica del diritto.

A questa interpretazione si oppone però, oltre a quanto affermato rispetto alla volatilità del linguaggio, la consapevolezza del fatto che la parte riservata all'estensore finale nella legge, per quanto possa essere grande, non può escludere il contributo di molte altre persone. In più, al contrario di quanto avviene per l'arte e la letteratura, la cui interpretazione si avvicina pure a quella giuridica, il diritto cerca sempre di avere un respiro generale, prendendo in considerazione gli interessi e i rapporti di potere sussistenti. Quindi, più che indicare un legislatore personale, la scienza giuridica svolge il ruolo di riconoscimento di un legislatore sociale, pur senza dimenticare due cose: che un grande legislatore riesce a volte ad imporre le sue visioni rispetto a quelle contrarie della società cui vuole dare le sue leggi (il misogino Zeiller, ad esempio, ha impregnato della sua misoginia il Codice civile austriaco, nonostante la cultura del suo tempo e le convinzioni degli altri redattori²⁴); e che, però, anche il legislatore non può del tutto sottrarsi agli influssi della società, o meglio dei vari strati della società, di cui fa parte.

Queste convinzioni, in cui si rispecchiano le affinità e le divergenze teoriche rispetto alle dottrine di Karl Marx²⁵, spingono Ehrlich verso il giusliberismo, istanza che, come detto, parla più o meno sottotraccia negli scritti che si stanno esaminando. Ciò, però, non significa che egli intenda concedere una libertà assoluta all'interprete della legge, che limiti il richiamo alla sua lettera a poco più di un ossequio formale. Egli anzi nota che «[l]a libera ricerca del diritto è conservatrice come ogni libertà, poi-

²⁴ Cfr. *ivi*, p. 213.

²⁵ Sugli stretti legami e sulle cesure che intercorrono tra Marx ed Ehrlich, si veda *infra* il contributo di Lorenzo Milazzo.

ché libertà significa responsabilità propria, mentre l'essere vincolati scarica la responsabilità su altri»²⁶. Ehrlich vuole così affermare, con una buona dose di sarcasmo, il principio per cui,

[n]el momento in cui viene riconosciuto che nella legge è deciso solo ciò che in essa è deciso, e appunto non è deciso ciò che in essa non è deciso, viene revocato ogni permesso a distillare dalle leggi, con l'aiuto della macchina spaccacapelli e della pressa idraulica, decisioni che in esse non sono contenute²⁷.

E tuttavia a ciò si lega parimenti la consapevolezza di come, per un'adeguata cura del diritto da parte dei tribunali, i mezzi da utilizzare non possano essere neanche la clausola esclusiva o, al limite, la possibilità di un *non liquet*, bensì quelli di un perfezionamento del diritto esistente che sappia bilanciare le esigenze effettivamente espresse nella lettera della legge, e dunque dalla volontà del legislatore, con quelle della situazione sociale che da essa viene normata.

Tuttavia, già in *Über Lücken im Rechte*, scritto che lo stesso Ehrlich giudicava immaturo, ma che non ha mai sostanzialmente ritrattato, egli notava come il legislatore possa, nella sua opera, non essersi espresso puntualmente su un duplice versante: sia rispetto alla parte descrittiva del rapporto giuridico che aveva intenzione di normare, sia rispetto a quella più immediatamente prescrittiva. Il fatto, però, che solo quest'ultima sia la parte immancabile di una legge, oltre che quella relativamente più facile da costruire, ha fatto sì che molti legislatori si siano accontentati di enunciare semplicemente il nome di un rapporto giuridico, fidando della sua sostanziale univocità e rimandando, ad ogni modo, per la sua descrizione, al lavoro

²⁶ E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 193. Su questo si veda anche M. Rehbinder, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, cit., pp. 92-94.

²⁷ E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 196.

della scienza giuridica. D'altra parte, coloro che si sono cimentati con un lavoro di cui non erano all'altezza hanno fatto sorgere effetti paradossali ed incoerenti, che loro stessi ovviamente erano ben lungi dal desiderare. Già un brocardo latino, più volte richiamato da Ehrlich, avvertiva che *omnis definitio in iure periculosa*.

Questi problemi vengono qui in questione rispetto a quell'istanza fondamentale, che Ehrlich, seguendo una tradizione risalente al diritto comune, chiama "natura della cosa" e che però, dal suo punto di vista empirico-realista, vede fondata nei concreti rapporti vitali (*Lebensverhältnisse*) che stanno alla base di ogni particolare esperienza giuridica. La natura della cosa, secondo la definizione della *Grundlegung*, «risulta dalle forme dei gruppi statali, sociali ed economici, così come tali forme sono state prodotte autonomamente dalla vita»²⁸. Essa è, dunque, ciò che a determinate condizioni spinge per esprimersi nella prima parte, cioè nella parte descrittiva, della legge che si rivolge a un determinato rapporto giuridico; e non si può evitare di notare come anche questa prima parte esprima a tutti gli effetti un particolare tipo di imperativo, potremmo dire una sorta di imperativo di conformazione di base, logicamente, psicologicamente e sociologicamente determinato, e pertanto più fondamentale di quello contingentemente espresso nella parte prescrittiva. Come scrive Ehrlich,

già dall'essenza dei rapporti vitali derivano certe norme, che spesso si dimostrano ovvie e possono sembrare poco appariscenti, e che tuttavia possiedono una grande importanza e una grande portata. Così deriva dalla natura della cosa che chi ha concluso un acquisto deve pagarne il prezzo; e ciò dovrebbe valere anche qualora non fosse stato esplicitato nel § 1062 a. b. G. B.²⁹.

²⁸ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., p. 287; trad. it., p. 430.

²⁹ E. Ehrlich, *Über Lücken im Rechte*, cit., pp. 137-138.

Ovviamente, bisogna sottolineare come, dalla prospettiva empirica di Ehrlich, parlare di natura della cosa non implichi alcuna inclinazione verso concezioni di stampo giusnaturalista, sebbene, in opposizione all'asfitticità di un certo positivismo, il sociologo austriaco dimostri interesse e rispetto quantomeno per la loro portata storica e culturale³⁰. Espressione della natura della cosa sono quindi, in un determinato ordinamento, i concreti interessi degli individui che vivono all'interno di esso – gli interessi “economico-privati”, secondo la definizione di Ehrlich –, che si solidificano in una determinata situazione sociale e che possono, dunque, assumere la dignità di essere protetti, persino eventualmente contro la volontà esplicitamente difforme delle parti di un singolo contratto. Interessi, va oltretutto sottolineato, che cambiano da ordinamento a ordinamento, come dimostra, ad esempio, l'azione che in Inghilterra un direttore di teatro ha a disposizione nei confronti del concorrente che gli ha sottratto un cantante o un attore già ingaggiato; laddove, «[s]econdo il diritto continentale, il giudice avrebbe per una simile richiesta di risarcimento del danno al massimo un sorriso di compatimento»³¹.

È pertanto opportuno chiedersi, a questo punto, a quali condizioni alcuni rapporti vitali possano assumere, per Ehrlich, la qualifica di rapporti giuridici, distinguendosi

³⁰ Anzi, nota acutamente Robles Morchón, in Ehrlich «[l]a sociologia ha sostituito il diritto naturale. È il nuovo diritto naturale che, invece di fissarsi negli ideali di giustizia, centra il suo sforzo nell'indagine del diritto che sorge dalla vita reale». In base ad entrambi, davanti al diritto positivo, «si erge il diritto che rimane fermo perché non risponde né al capriccio né alle circostanze del momento» (*Ley y Derecho vivo*, cit., p. 116). D'altra parte, nota Carrino, alludendo a una delle critiche mosse da Kelsen alla *Grundlegung*, «la sociologia del diritto è una scienza empirica esposta al rischio di giusnaturalismo tutte le volte che si allontana o dalla concretezza dell'esperienza giuridica e/o dallo studio scientifico del diritto della scienza giuridica normativa» (*Storia, società e ragione*, cit., p. 28).

³¹ E. Ehrlich, *Über Lücken im Rechte*, cit., p. 140.

dagli altri fenomeni di tipo normativo. Per quanto riguarda l'immediata realtà sociale, a partire da cui si sviluppa il discorso della *Grundlegung*, sembra difficile sfuggire a una continua confusione di piani, e irresistibile appare, dunque, la vera e propria irrisione di Kelsen di fronte al famoso invito ehrlichiano a confrontare

il sentimento di rivolta che segue alla violazione del diritto con l'indignazione provocata dalla violazione di una legge morale, il risentimento suscitato da una scorrettezza, la disapprovazione per una sconvenienza, il sorriso per l'infrazione dell'etichetta e, infine, il disdegno critico che i campioni della moda riservano a chi non sia alla loro altezza³².

In *Über Lücken im Rechte*, tuttavia, il discorso si era incentrato più coerentemente, nonostante alcune imprecisioni, su forme più moderne di diritto, e dunque, se non necessariamente sul diritto formalizzato, su un diritto proprio di istituzioni già dotate di una certa stabilità.

Affinché emerga un rapporto giuridico, affermava in quell'ambito Ehrlich, non basta la capacità di un rapporto vitale di far nascere dei vincoli tra due o più persone, come avviene, ad esempio, nel caso dell'obbligo che sorge in capo a chi ha ricevuto una visita di ricambiarla entro un certo periodo. Al di là di un vincolo di cortesia, infatti, non si può certo immaginare, a meno di specifiche consuetudini non ancora accolte in nessun ordinamento, la doverosità del contraccambio come controprestazione giuridica. Condizione necessaria è, pertanto, che i rapporti vitali ricevano un riconoscimento più o meno esplicito da parte del potere vigente, cosa che, almeno nei moderni ordinamenti continentali, avviene prioritariamente

³² E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., p. 132 ; trad. it., p. 200. E anche il paragrafo della *Grundlegung* dedicato alla natura della cosa (cfr. *ivi*, pp. 286-290; trad. it., pp. 429-434) pone l'accento più sul suo significato sociale che sulla sua influenza sul diritto positivo. Sulla portata e sul significato delle critiche di Kelsen a Ehrlich, si vedano *infra* i saggi di Nicoletta Bersier Ladavac e di Tommaso Gazzolo.

attraverso una norma di diritto positivo. Ma questa non è anche una condizione sufficiente, giacché, si affretta a puntualizzare Ehrlich, è «non solo inesatto, ma proprio scorretto, dire che i rapporti giuridici siano i rapporti normati dal diritto»³³. E infatti, ad esempio, non sono tali né il pagamento dell'indebitato, che pure fa nascere a certe condizioni l'obbligo giuridico della restituzione, né tanto meno i delitti, in cui certamente l'azione illecita crea un rapporto giuridico tra il colpevole e la vittima. Rapporti giuridici sono, invece, solo quelli in cui il diritto riconosce un rapporto vitale e, in virtù di tale riconoscimento,

*approva allo stesso tempo il suo scopo, lo approva con tutte le sue conseguenze, approva il mezzo scelto per raggiungere questo scopo, mette a disposizione il suo aiuto alla parte che ambisce a raggiungere tale scopo, per togliere di mezzo gli ostacoli illegalmente opposti ad esso o illegalmente non messi da parte*³⁴.

Solo a queste condizioni si esprime effettivamente, in campo giuridico, la forza della natura della cosa.

Non si può, tuttavia, non notare che Ehrlich non si diffonde, con la dovuta precisione, sulle reali differenze sottese a questa tassonomia, che d'altronde non riprende in nessun altro luogo. E già in queste pagine è costretto a riconoscere, come all'apparente linearità delle sue distinzioni, non corrisponda nella realtà altrettanta chiarezza, anche perché raramente la legge fa riferimento a tutti gli scopi cui il suo autore intendeva estendere la propria approvazione. Torna qui, ad ogni modo, in questione la particolare declinazione del diritto consuetudinario che lo interpreta come tacito allargamento delle maglie della legge, al fine di ricomprendere fattispecie che il legislatore non aveva avuto l'opportunità di considerare. E la sua necessità viene spiegata in base a quel fenomeno che può essere individuato come la costanza delle norme di deci-

³³ E. Ehrlich, *Über Lücken im Rechte*, cit., p. 146.

³⁴ Ivi, p. 147 (il corsivo è nell'originale).

sione, in ragione della quale i mutamenti di una società si presentano con una rapidità superiore rispetto a quella necessaria per i mutamenti legislativi, a maggior ragione quando per essi sono richieste specifiche formalità.

Ma, alla luce di ciò, Ehrlich si vede anche costretto a imporre un'ulteriore curvatura alla sua teoria. Egli deve, infatti, anche riconoscere come in Austria non raramente ci si è richiamati a questo diritto consuetudinario, non solo nei casi in cui il legislatore aveva dato prove concludenti della sua volontà di riconoscimento, ma anche quando queste prove a tutti gli effetti mancavano, e finanche quando si poteva legittimamente congetturare che esse mancassero proprio perché, tralasciando di normare alcune fattispecie, il legislatore aveva espresso la sua volontà di rigettare alcuni istituti. Ciò avviene, in maniera particolare, quando il diritto consuetudinario offre all'ordinamento una possibilità di evoluzione, che altrimenti gli sarebbe negata, in grado di renderlo maggiormente adatto alla realtà che si trova di fronte. Ad esempio, ricorda Ehrlich, sono state fornite prove abbastanza convincenti del fatto che il Codice civile austriaco non parla di contratti di assicurazione sulla vita perché i suoi estensori hanno voluto escluderne la messa in opera, ritenendola in qualche modo immorale e paventando, inoltre, che ciò potesse fungere da istigazione all'omicidio dell'assicurato. E, tuttavia, chi poteva negare, alla fine del XIX secolo, che tali contratti fossero in Austria assolutamente validi? Chi poteva disconoscere che essi erano divenuti uno strumento economico-finanziario talmente importante, che un eventuale richiamo d'autorità alla loro invalidità avrebbe prodotto degli scompensi di grande momento³⁵?

³⁵ Cfr. E. Ehrlich, *Über Lücken im Rechte*, cit., p. 148 e *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., p. 347; trad. it., p. 517 (quest'ultima citazione è riportata estesamente *infra* da Edoardo Fittipaldi, a p. 164).

Allo stesso modo, dal versante opposto, come si dice in un altro luogo, la legge positiva che non si dimostri «in grado di vincere la “resistenza del mezzo”», cioè di non stare al passo con i mutamenti socio-economici, «si paralizza, viene applicata in maniera erronea o cade nell'oblio»³⁶.

Questo dunque ci fa capire, al di là di qualche tentennamento dello stesso Ehrlich, che, persino negli ordinamenti che negano esplicitamente il diritto consuetudinario, sembra essere la forza irresistibile di alcuni rapporti vitali

³⁶ E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 192. Qualche pagina prima, Ehrlich aveva comunque messo in evidenza come sia lo stesso testo del Codice civile austriaco a concedere, nei fatti, un'ampia apertura al libero reperimento del diritto (cfr. *ivi*, p. 190), allo stesso modo in cui, d'altra parte, anche per quanto riguardava l'Austria, non poteva certo essere negata la sempre maggiore importanza acquisita dalle costruzioni legislative proprie del diritto dei giuristi (cfr. soprattutto E. Ehrlich, *Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes*, cit., pp. 236-244). Come nota Edoardo Fittipaldi, anche «se si legge la *Grundlegung* non si può rimanere impressionati da quanto spazio sia dedicato allo *Juristenrecht* [...] rispetto alla tranquilla vita giuridica della “gente”. Questo sbilanciamento quantitativo è rivelatore del fatto che Ehrlich era più interessato ai fattori di sviluppo delle dogmatiche giuridiche che alla vita giuridica che *non* fa mai capolino nei tribunali» (*infra*, p. n. 44). Solo nell'ottica qui descritta, si può notare, acquista qualche senso un avvicinamento della posizione di Ehrlich alla celebre distinzione di Roscoe Pound tra *law in books* e *law in action*, in cui la seconda istanza guarda, come è noto, a un'attività di *social engineering* degli organi statali e non a fenomeni di spontaneità sociale. Risulta dunque scorretto l'avvicinamento, più volte tentato, di Pound allo Ehrlich della *Grundlegung* (si veda J.F. O'Day, *Ehrlich's Living Law Revisited. Further Vindication for a Prophet without Honor*, in «Case Western Reserve Law Review», 18 (1966), pp. 210-231; e K.A. Ziegert, *The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law*, in «International Journal of the Sociology of Law», 7 (1979), pp. 225-237), nonostante gli apprezzamenti che lo stesso Pound esprime nella sua introduzione alla traduzione inglese dell'opera ehrlichiana. Sull'insostenibilità di una simile interpretazione si vedano D. Nelken, *Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law*, in «Legal Studies», 4 (1984), pp. 152-174; e, più recentemente, S. Nimaga, *Pounding on Ehrlich. Again?*, in M. Hertogh (ed.), *Living Law*, cit., pp. 157-175. Purtroppo tanto gli scritti che sostengono l'incomunicabilità delle due dottrine quanto quelli che, al contrario, cercano di metterla in rilievo scontano lo stesso difetto di riferirsi unicamente alla *Grundlegung*.

e degli scopi da essi veicolati a imporsi sul diritto, costringendolo alla conversione. Sorge, pertanto, a chiusura di questa ricostruzione del pensiero ehrlichiano sull'attività dei tribunali, il bisogno di un'ulteriore rilettura, segnata da una più articolata riflessione, del rapporto che Ehrlich instaura tra diritto e fatto, pur rimanendo fermi nella consapevolezza, espressa fin dall'inizio, di quanto tale dicotomia risulti semplicemente apparente.

Il diritto, sembra di poter dire, è per Ehrlich fatto in un duplice significato: come potere, cioè come facoltà contingente di un'istanza politica di imporre, in maniera più o meno diretta e più o meno formalizzata, la propria volontà in un determinato ambito e su determinate persone; e come forza sociale, cioè come esigenza che, a partire dai concreti traffici tra gli uomini, si impone al potere stesso³⁷. Ma quale delle due forze risulta, nella concezione di Ehrlich, quella più irresistibile? Ebbene, egli sembra pensare, il potere – che è comunque anch'esso un fenomeno sociale – è in grado, nei limiti della sua estensione, di imporre qualunque tipo di cultura giuridica e, più in generale, di fare e di disfare arbitrariamente qualunque rapporto giuridico, disinteressandosi in alcuni casi perfino del dettato di un'eventuale costituzione; e, tuttavia, è sotto gli occhi di tutti come, nei fatti, ciò non avvenga. È il potere, nelle sue varie forme e declinazioni, che dà sanzione alla natura della cosa, decidendo di trasformare rapporti vitali in rapporti giuridici, o comunque non impedendo tale trasformazione; e, tuttavia, sembra sussistere una razionalità immanente allo sviluppo giuridico, che, in definitiva, è una

³⁷ Cenni sulla possibilità di una simile lettura si trovano B. van Klink, *Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen*, in M. Hertogh (ed.), *Living Law*, cit., pp. 127-155 (soprattutto pp. 135-141), che le dà le caratteristiche di uno scetticismo concettuale, mettendola accanto ad altre due letture, a suo parere egualmente possibili: come essenzialismo dei valori e come sociologia positivista del diritto (cui va il favore dello stesso van Klink).

razionalità psicosociale, che rende tale sviluppo non arbitrario e, tra l'altro, relativamente omogeneo tra diverse esperienze giuridiche. Non è affatto un caso, si potrebbe far notare, se nessun ordinamento giuridico dà sanzione all'obbligo di ricambiare una visita di cortesia.

Tornando all'esempio appena richiamato, la cultura giuridica iperpositivista che un potere politico, che ancora possedeva venature assolutiste, aveva imposto all'Austria poteva essere stolidamente riaffermata in ogni possibile caso, negando i mutamenti economici che avevano reso necessari, tra gli altri, istituti come quello delle assicurazioni sulla vita; ma nessuno poteva illudersi sull'ottusità autolesionista del porre ostacoli allo sviluppo economico, e dunque in definitiva sociale, dell'Impero, cosa che, tra l'altro, si sarebbe potuta facilmente ripercuotere sulla stabilità del potere stesso. Non diversamente, d'altra parte, si sarebbe potuto spiegare, nell'ottica di Ehrlich, il graduale sviluppo, cui anche l'Austria andava lentamente, ma inesorabilmente incontro, di istituzioni democratiche e del principio, ad esse connesso, della divisione dei poteri³⁸.

Nello stesso modo – e con ciò crediamo si chiuda il cerchio della nostra ricostruzione – è d'altra parte evidente che si comportino anche i giudici, al di là della questione del loro effettivo potere legislativo. Ricorda, infatti, a tale proposito Ehrlich che le parole dell'articolo 1382 del Code Civil (*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*), come viene provocatoriamente sottolineato da molti studiosi, lascerebbero al giudice francese una delega talmente ampia da consentirgli di risolvere, tramite le sue

³⁸ Con queste ultime notazioni crediamo di poter spiegare anche la differenza, significativa ma allo stesso tempo volatile, che Ehrlich, soprattutto in *Über Lücken im Rechte*, pone tra il significato microeconomico (o meglio *privatökonomisch*) della natura della cosa, che origina da un concreto gioco di interessi, e quello macroeconomico (o meglio *nationalökonomisch*) degli interventi del potere su di essa.

sentenze, l'intera questione sociale. Ciò nondimeno, nessun giudice ha mai pensato di utilizzarlo in situazioni che prevedessero risarcimenti contrari alla tenuta del sistema economico francese vigente; e «si può star tranquilli che un tale tentativo non verrà mai compiuto neppure in futuro, e ciò per la medesima ragione che ha finora sconsigliato di compierlo in circostanze normali»³⁹. A ulteriore conferma di ciò, Ehrlich cita il caso Gavelkind, cioè la decisione giudiziale con la quale gli inglesi pretesero di introdurre il *common law* anche in Irlanda. Questo, egli dice, fu senza dubbio un “colpo di mano”, che si poneva in patente contrasto con gli ordinamenti sociopolitici dell'isola; «ma – aggiunge – allora si trattava di un popolo fiaccato dalla sconfitta e ciò avveniva dietro ordine del vincitore il quale, nel frattempo, ha avuto sufficienti motivi per pentirsene»⁴⁰.

5. *Un confronto con altri autori*

Rispetto a gran parte delle posizioni messe in evidenza – l'insufficienza applicativa del diritto scritto, la strutturale imprecisione del linguaggio e il conseguente rifiuto di un procedimento giuridico sillogistico –, Ehrlich appare certamente debitore nei confronti di un altro rappresentante della *Freirechtsschule*, Karl Georg Wurzel, e del suo scritto del 1904 *Das juristische Denken*, «forse il miglior libro finora apparso sul moderno metodo giuridico continentale»⁴¹. Anche Wurzel, che si dichiara un positivista alieno a qualsiasi istanza filosofica di riforma, intende il procedimento sociologicamente orientato di ampliamento della portata letterale del diritto, in primo luogo, come estensione della *ratio legis* a casi immediatamente simili, come quelli citati da Ehrlich del diritto (con-

³⁹ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., p. 146; trad. it., p. 220.

⁴⁰ Ivi, p. 146; trad. it. pp. 220-221.

⁴¹ Ivi, p. 324; trad. it., p. 485.

suetudinario) dei telegrafi o dei telefoni. A tale riguardo, egli utilizza il felice termine di “proiezione (*Projektion*)”, il cui ambito di significato si pone «tra la vera e propria susunzione, da una parte, e l’analogia dall’altra», potendo, dunque, essere definito come

l'applicazione di un concetto della proposizione giuridica formulata, senza il suo mutamento (concettuale), su quei fenomeni che originariamente non erano, o quantomeno non era documentabile che fossero, rappresentati (contenuti) in esso (in questo concetto)⁴².

In un secondo momento⁴³, tuttavia, senza che l’autore senta di dover fornire un’esplicita giustificazione teorica, il significato della proiezione sembra perdere ulteriormente questo, seppur problematico, contatto con il diritto positivamente statuito e si allarga fino a ricomprendere una necessaria rilettura della legge scritta sulla base, soprattutto, della morale sociale vigente e delle esigenze della vita economica (oltre che delle superiori esigenze dello Stato, sempre in qualche modo *legibus solutus*). Caratteristica principale della proiezione sarebbe, in questo senso, la creazione di un sistema giuridico non più fondato sui rigidi concetti della pandettistica, bensì su quelli che possono essere descritti come “concetti-valvola (*Ventilbegriffe*)”, cioè su una serie di astrazioni – colpa, onestà (buona fede), causa, etc. – costruite per essere opportunamente declinate in tutte le situazioni che la spinta dell’esperienza concreta impone di proteggere giuridicamente. La principale funzione dei concetti-valvola, chiamati così «perché sono

⁴² K.G. Wurzel, *Das juristische Denken. Studie*, Verlag von Moritz Perles, Wien 1904, p. 43 (spaziatura nel testo originale). Quando invece il ragionamento parte da una normale, benché non del tutto giustificata, idea dell’unità del diritto, e da una serie di norme trae una norma complessiva da applicare a un caso concreto, si può parlare, secondo Wurzel, di “costruzione”. La mania costruttiva degli alfiere della sillogistica giuridica era stata, viceversa, uno dei grandi obiettivi polemici dello Ehrlich di *Die juristische Logik*.

⁴³ Cfr. *ivi*, pp. 60-75.

paragonabili alle valvole di sicurezza», consiste pertanto «nel costruire una categoria per l'imprevisto» e cioè «nel conferire al diritto una certa flessibilità, una certa capacità di adattamento»⁴⁴.

Va comunque sottolineato, al di là della segnalata incoerenza ricostruttiva, come Wurzel assuma, rispetto a Ehrlich, una posizione decisamente più esplicita e diretta, trattando tale integrazione del diritto, cui attribuisce un innegabile sottofondo "dialettico-retorico", appunto come un destino ineludibile, sulla cui legittimazione, teorica quanto pratica, è inutile spendere troppe parole. Ciò, però, fa sì che la sua dottrina, pur avendo anch'essa come obiettivo principale quello di rinvenire un saldo punto di innesto tra la giurisprudenza e le scienze sociali, appaia decisamente meno cosciente del ventaglio di problemi posti dalle grandi tradizioni politiche e giuridiche, al cui studio invece Ehrlich, come si è tentato di dimostrare, si sente opportunamente vincolato. D'altra parte, ricordando in conclusione del suo studio, ciò che ritiene "la cosa più importante di tutte", Wurzel afferma che, «[c]on una preparazione sociologica, ancor più che con le ricerche di storia del diritto e di diritto comparato, il giurista si eleverà al di sopra della funzione di mero artista dell'obbedienza, smetterà di concepire il diritto come nudo comando, e comincerà a comprenderlo come fenomeno sociale»⁴⁵. Per Ehrlich, al contrario, le ricerche di storia del diritto e di diritto comparato appaiono preconditione per la comprensione del diritto come fenomeno sociale⁴⁶.

⁴⁴ Ivi, p. 86.

⁴⁵ Ivi, p. 102.

⁴⁶ Wurzel prende una posizione critica nei confronti di Ehrlich in *Die Sozialdynamik des Rechts. Die Lehre von den Eigenkräften des Rechtslebens als Verbindungsgebiet der auseinanderstrebenden Rechtstheorien*, L. Bandi, Wien 1924 (altro testo che non è stato possibile consultare). Su Wurzel e i suoi rapporti con Ehrlich, si vedano anche le pagine del testo di Lombardi citato *supra*, nota 6.

Rispetto alle questioni ora in oggetto, sembra però di dover riconoscere ad Ehrlich alcuni vantaggi, almeno dal punto di vista di una maggiore consapevolezza speculativa, anche rispetto a un autore più vicino ai nostri giorni, come Josef Esser, che con lui si confronta.

Esser è uno studioso che ha goduto di un'ampia, e del tutto meritata, considerazione nell'ambito della teoria del diritto civile e della filosofia del diritto del Novecento. I suoi principali scritti, *Grundsatz und Norm* (1957) e *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1972, di cui ci occuperemo in maniera particolare), coniugano, d'altra parte, una notevole complessità argomentativa e un ricco apparato di riferimenti storici e bibliografici, oltre a dare mostra di una vastissima conoscenza della giurisprudenza delle corti, non solo di ambito tedesco. Nel primo degli scritti citati, che rappresenta la sua opera programmatica, egli si interroga sulla necessaria funzione integrativa e costruttiva svolta, nei diversi ordinamenti, dai principi giuridici rispetto alla legge positiva; una posizione che, nello scritto più tardo, lo porta a considerare un fondamentale contributo che deve essere offerto alla teoria giuridica, quello cioè che può fornirle la dottrina ermeneutica nel frattempo sviluppata da Hans-Georg Gadamer in *Verità e metodo* (1960).

Nell'opera del 1972, nonostante un certo apprezzamento di fondo, Esser prende anche un'articolata posizione nei confronti delle dottrine sociologico-giuridiche di Niklas Luhmann, degna di essere meditata anche al di là della sua effettiva puntualità critica. Esser, infatti, rimprovera in generale a ogni sociologia giuridica funzionalista di interessarsi solamente della coerenza interna del sistema-diritto, o meglio dei vari sistemi-diritto, guardando allo sviluppo di processi meccanici di individuazione delle soluzioni dei casi giuridici e tralasciando, di conseguenza, ogni discorso extrasistemico, primo fra tutti quello relativo ai (pre)concetti che necessariamente accompa-

gnano l'esperienza giuridica: giustizia, ragionevolezza, correttezza dei procedimenti etc. La stessa via cibernetica al diritto, che in qualche modo prende vita dai testi di Luhmann e che, secondo alcuni studiosi, dovrebbe essere il nuovo orizzonte dell'attività dei tribunali, rappresenterebbe secondo Esser, che qui cita esplicitamente le critiche di Ehrlich⁴⁷, solo la più recente apparizione del classico culto verso la rigida sussunzione logica dei casi giuridici sotto la legge positiva.

Esser, dunque, riconosce una serie di dati immanenti a qualunque tipo di esperienza, che la precedono e che ad essa si impongono, ma che, pur rimanendo fissi nelle loro forme di base, assumono col mutare dei tempi diverse e particolari declinazioni. Si pensi, ad esempio, per rimanere al diritto, a ciò che sono la giustizia o la ragionevolezza come istanze generali, senza le quali è impossibile comprendere lo stesso fenomeno giuridico, e al contempo il diverso significato con cui sono intese oggi ed erano, invece, intese nell'Impero romano o nel medioevo. Ad ogni modo, questi due tipi di "pregiudizi", in cui risuonano anche, pur non richiamate, la dottrina dei "concetti-valvola" di Wurzel e quella della "natura della cosa" di Ehrlich, rientrano in quell'ambito che Gadamer ha individuato con il termine di precomprensione, il cui nucleo può essere rinvenuto per il diritto nella

base comune dei destinatari della norma, che è responsabile, al di là del circolo storico, dei problemi di veridicità in un pensiero assiologico storicamente condizionato, in base a massime riconosciute ragionevoli con tutti i pregiudizi dell'epoca⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Fischer, Frankfurt a.M. 1972, trad. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1983, cit., pp. 68-69.

⁴⁸ Ivi, p. 114. Qui di conseguenza, sottolinea Esser, non si devono «vedere problemi giusnaturalistici di legittimazione. Anche un'espressione come "principio di uguaglianza" significa per il pratico di oggi (e naturalmente anche per il suo critico) un grado di emancipazione culturale, che di volta in

Bisogna, dunque, comprendere che, nell'individuazione del diritto,

[t]utto l'apparato di possibilità di conclusione, deduttive e induttive, all'interno di un sistema di norme orientate verso l'applicazione è dominato dalla prospettiva di valutazione con la quale il giudice si accosta alla comprensione di queste norme e delle situazioni conflittuali da appianare con il loro aiuto⁴⁹.

E, nella maggiore complessità di tale procedimento, sta anche il motivo per cui Esser preferisce parlare di individuazione del diritto, anziché della sua applicazione. L'applicazione sembra, infatti, guardare a un procedimento sussuntivo di stampo meccanico, qual è appunto quello della logica sillogistica; mentre, in quest'ambito, è evidente come la logica possa svolgere come compito, al di là ovviamente di quello ordinativo generale, solo quello di veicolo per la creazione dal caso concreto di norme, espresse in forme linguistiche, che possono valere anche in altri casi. Il sillogismo è, senza dubbio, uno strumento fondamentale del diritto, ma solo a condizione che le sue premesse trovino una conferma valutativa, cioè extragiuridica. Rispetto a ciò Esser si appoggia ancora una volta a Ehrlich, il quale, pur essendo limitato a ricercare i fattori della precomprensione ancora solo in realtà empiriche, ha compiuto in *Die juristische Logik* un primo importante passo in questa direzione, sebbene esso non sia stato un passo definitivo. Egli, infatti,

volta deve venire vagliato, messo in questione, e corretto nella prassi decisionale. Una dichiarazione ontologica su "valori" e "gerarchie di valori" è, anche per il teorico del diritto, senza peso di fronte alla realtà, che determina l'opinione e che si esprime in parametri come *reasonable man* e *justice*, comuni a tutte le nazioni di cultura. A voler definire queste idee come "vuote formule", si disconoscerebbe la loro efficacia per il miglioramento o per l'adattamento dei criteri del diritto e nella costruzione di forme unitarie di rigetto dell'ingiustizia» (ivi, p. 9). Così, ad esempio, razionalità e giustizia sono piuttosto «formule socialmente efficienti del pensiero postulativo» e non «qualcosa che sia "cresciuto" spontaneamente o [...] qualcosa che debba semplicemente essere "stabilito" dalla magistratura» (ivi, p. 10).

⁴⁹ Ivi, p. 76.

poté [...] esporre l'influsso di concezioni giuridiche extrastatali [nel senso di extrasistematiche, extragiuridiche] sulla valutazione determinante dell'interesse e, sebbene gli influssi giuridici interni dei pregiudizi non fossero separabili da quelli estranei al diritto, tuttavia, riuscì a chiarire completamente il loro ruolo nel processo di applicazione⁵⁰.

Ora, alla luce di quanto detto, Esser sicuramente valuta in maniera del tutto lusinghiera l'opera di Ehrlich, alla quale, nonostante una critica spesso ripetuta nei confronti della *Freirechtsschule*, lo lega appunto l'interesse per la rilevazione del diritto che si compie e si perfeziona nei tribunali, anche andando oltre la lettera della legge. A tale questione è, d'altra parte, dedicata gran parte di entrambe le opere esseriane citate, che, pur snodandosi con un'ampiezza di ragionamento che sarebbe inutile tentare di sintetizzare in queste brevi note conclusive, non propone in definitiva posizioni lontane da quelle di Wurzel e di Ehrlich. Certamente, dunque, anche in ragione della puntualità dell'apparato bibliografico predisposto, ci si sarebbe potuti immaginare un confronto più frequente con la pagina ehrlichiana, non limitato al solo lavoro sulla logica giuridica; e questo soprattutto nel capitolo esplicitamente dedicato alla questione delle lacune, dell'analogia e, in generale, del perfezionamento del diritto⁵¹. Tanto più che, come dimostra l'ultima parte di *Grundsatz und Norm*, Esser sembra condividere con l'autore della *Grundlegung* anche l'interesse per lo spontaneo sviluppo di istituti di fatto sovrapponibili nelle varie esperienze giuridiche. È, ad ogni modo, tuttavia incontestabile che il nome di Ehrlich appaia sulla pagina esseriana in alcuni momenti fondamentali per la sua dottrina.

D'altronde, Esser sembra "rimproverare" a Ehrlich, in definitiva, solo di non aver potuto utilizzare, per ovvi motivi anagrafici, il plesso concettuale messo a disposizione

⁵⁰ Ivi, p. 77.

⁵¹ Cfr. ivi, pp. 173-187.

dal moderno pensiero ermeneutico e, dunque, di essere rimasto fermo a un realismo sociologico, impossibilitato a valutare compiutamente quello che potremmo definire l'apparato categoriale, al contempo razionale e irrazionale, che, anche nell'ambito giuridico, domina il pensiero e l'esperienza degli individui. Certamente, parlando in termini kuhniiani, possiamo affermare che quello utilizzato da Esser è un paradigma più adeguato all'esperienza scientifica moderna, e ciò non può che aver contribuito a dare alle sue dottrine un ancora maggiore aspetto di novità. Se, tuttavia, si riesce a fare astrazione dalla possente ricostruzione del giurista tedesco, si stenta a vedere sulla sua pagina in cosa consisterebbe realmente il passo in avanti che egli pretende di aver fatto rispetto al testo ehrlichiano, se non nella descritta "spiritualizzazione" dell'esperienza giuridica, operata con la messa in luce dei dati della precomprensione. Poiché però Esser afferma espressamente non essere sua «intenzione idealizzare questi retroterra nel senso della disciplina "umanistica" classica»⁵², sembra qui, dunque, di trovarci di fronte semplicemente a una diversa significazione del complesso dei dati giuridicamente rilevanti, volta a sottolinearne i versanti non immediatamente rintracciabili nell'esperienza sensibile⁵³.

⁵² Ivi, p. 7.

⁵³ In *Grundsatz und Norm*, con un inaspettato slancio teoretico, che tuttavia dice poco in ragione del suo singolare isolamento all'interno del testo (non trovando, tra l'altro, risonanza nello scritto del 1972), Esser aveva scritto: «[I]o ritengo, con Husserl, l'intenzionalità una categoria dell'essere (e, parimenti, ritengo il comprendere un atto che va oltre l'ambito psico-fisico), il che significa che un agire sociale fonda la sua realtà al di là dell'ambito empirico biofisico (M. Weber) e prende parte all'"essere spirituale" (N. Hartmann) dei valori – precisamente, a quell'essere nel quale i valori sono al mondo solo in forza di questa "partecipazione". [...] Qui [...] siamo di fronte [...], come ha mostrato N. Hartmann, a un possibile ampliamento della nostra ontologia del reale» (*Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen 1956, p. 137 n; in questa e nella citazione immediatamente seguente non si riporta il maiuscolo usato

E, tuttavia, a questo punto potremmo legittimamente chiederci se questo distacco da una ricostruzione monista del fenomeno giuridico sia effettivamente qualcosa di scientificamente virtuoso. Se è certo che non lo sarebbe per Ehrlich, è ad ogni modo probabile che non lo sarebbe neanche in quell'ottica sociologico-giuridica, cui Esser dimostra comunque di interessarsi.

In ragione di ciò, l'opera di Esser, almeno nei limiti della nostra discussione, sembra in definitiva presentarsi, nei suoi movimenti di fondo, come una ripetizione piuttosto fedele, e a tratti forse inconsapevole, delle dottrine già esposte o presentite da Ehrlich, al limite con la semplice aggiunta di quell'assertività speculativa già criticata parlando degli scritti di Wurzel. E la sua fama, oltre ai descritti e, sicuramente, incontestabili meriti che le compongono, si deve probabilmente anche all'ignoranza, da parte di alcuni suoi lettori, di certa letteratura più risalente. Ma, detto questo, non si può al contempo non mettere in luce un fondamentale vantaggio che, anche nell'ambito della teoria del diritto, deve essere riconosciuto agli scritti di Ehrlich. Quando infatti, come abbiamo visto, egli si domanda come devono agire i giudici, ciò significa domandarsi, in un senso descrittivo generale, quali sono le direttive che, sulla base di una determinata cultura giuridica, un determinato potere vigente, in qualunque modo sia strutturato, rivolge loro per risolvere le controversie cui si trovano di fronte; o al limite domandarsi quali sono le deviazioni da queste direttive che tale potere è disposto

da Esser per i nomi degli autori citati). Nell'unico altro momento teoretico dell'opera, in polemica con i neokantiani, Esser aggiunge: «Contenuto e premesse dell'autentica teoria non vengono ben valutate, se si divide il problema della "materia" da quello del "metodo", e le categorie della "conoscenza" da quelle del valore, e si vede un'antinomia, oppure un "miscuglio", di compiti teoretico-empirici e pratico-teleologici dove la scienza pratica, nel senso di Kant, non può "riconoscere" la materia senza una struttura di valore, e non può "fondare" la norma senza un'adeguata teoria» (ivi, p. 316).

a tollerare. Anche in Esser sembra presentarsi una simile prospettiva di base; e, tuttavia, il suo discorso, pur avendo toni generali, guarda soprattutto a «un'epoca in cui esiste la più libera possibilità di configurazione nelle mani dei tribunali superiori»⁵⁴, ed è, dunque, principalmente orientato alla prassi dei tribunali tedeschi (occidentali) del secondo dopoguerra e, in generale, delle corti degli attuali Stati costituzionali europei e nordamericani.

In questo senso, la dottrina di Esser, sembra non trovare un vero equilibrio tra un atteggiamento descrittivo e uno prescrittivo, cosa già piuttosto evidente nell'utilizzo della locuzione “scelta del metodo” nel titolo dell'opera del 1972⁵⁵. Essa, infatti, sembra orientata a mettere in evidenza il modo in cui, appunto, nei moderni Stati costituzionali i giudici non possono non ragionare e, di conseguenza, non possono non costruire la soluzione giuridica dei loro casi; il che, però – basti pensare alle aspre critiche che sempre più spesso vengono mosse all'invasione del potere giudiziario nei confronti degli altri poteri⁵⁶ –, rappresenta

⁵⁴ J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., p. 10. Anche Wurzel, d'altra parte, prendeva spunto per le sue dottrine dalla maggiore libertà di interpretazione del diritto riconosciuta al terzo grado di giudizio, svincolato dall'accertamento dei fatti.

⁵⁵ Ciò non toglie che anche negli scritti di Ehrlich si trovino spesso posizioni di natura valutativa, cosa che, nella nostra trattazione, è venuta fuori principalmente quando abbiamo parlato del richiamo alla responsabilità nell'interpretazione della legge, contro i possibili eccessi del giusliberismo. Rehinder, sulla scorta di Max Rheinstein (si veda *Sociology of Law. Apropos Moll's Translation of Eugen Ehrlich's Grundlegung der Soziologie des Rechts*, in «Ethics», 48 (1937/38), pp. 232-239), sottolinea ad esempio come «la proposta di Ehrlich, per cui i giudici dovrebbero [sollten] trarre i loro giudizi di valore dall'osservazione della vita di coloro di cui decidono la controversia, non sarebbe altro che il postulato politico della democrazia realizzata» (*Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, cit., p. 141).

⁵⁶ Si citi come esempio di un'ampia letteratura sull'argomento il recente B. Rùthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Mohr Siebeck, Tübingen 2016², trad. it. *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, a cura di G. Stella, Mucchi, Modena 2018.

tutt'altro che un apparato interpretativo strutturalmente incontestabile. E, comunque, anche al di là di ciò, viene a mancare sulla pagina dell'autore tedesco un tentativo di costruire una teoria generale dell'obbedienza dei giudici al diritto⁵⁷; mentre essa, pur se in forma abbozzata e a tratti non esplicita, costituisce al contrario, come abbiamo cercato di mostrare negli altri paragrafi, una delle componenti di maggior interesse che possono essere rinvenuti negli scritti di Ehrlich.

6. *Conclusioni*

Sulla reale portata dell'interesse che mantengono gli scritti di Ehrlich, anche a estrema ricapitolazione della nostra indagine, bisogna tuttavia intendersi.

Analizzando, infatti, anche l'ultimo versante ora preso in considerazione, come già avvenuto per altri snodi fondamentali della dottrina di Ehrlich, non si può tralasciare di notare come essa in molti luoghi, e nonostante gli espliciti intenti del suo autore, non riesca a celare la sopravvivenza al suo fondo di uno spiccato, quando non preponderante, atteggiamento filosofico. Non a caso, abbiamo preferito parlare di teoria generale, e non di sociologia, dell'obbedienza dei giudici al diritto; e questo anche alla luce del fatto che il sedicente – *absit iniuria verbo* – sociologo Ehrlich non sembra aver mai avuto l'intenzione né di predisporre conoscenze pratiche per l'attività dei tribunali, né di addentrarsi nei meandri di una vera e propria fenomenologia concreta di essa. Certo, egli ci ha lasciato molti scritti e progetti redatti a partire da indagini effettuate sul campo in Bucovina; ma anche nella sua opera principale – o meglio, in quella che, non completamente a

⁵⁷ Non è forse un caso che Esser lamenti il fatto che «continua ancora a mancare una "sociologia del ceto giudiziario [*Soziologie des Richtertums*]" che metta in luce le differenze nei "sistemi di diritto" a partire dalle particolarità del corpo giudiziario» (*Grundsatz und Recht*, cit., p. 281).

ragione, viene ritenuta tale – ciò che principalmente pare interessarlo, in qualità di “fondatore”, è appunto la delineazione dei fondamenti epistemologici del lavoro dei suoi successori.

Se ne può dunque concludere, paradossalmente, che non è la sociologia giuridica ad aver tratto e a poter continuare a trarre dall’opera di Ehrlich il maggiore profitto; e che comunque, come ha notato Agostino Carrino, «[n]é la sociologia giuridica teorica né la sociologia giuridica empirica possono oggi vedere in Ehrlich più che un iniziatore di una scienza che ha preso strade diverse da quelle sulle quali voleva lanciarla il suo precursore»⁵⁸.

⁵⁸ A. Carrino, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, cit., p. 32.

Edizioni ETS.

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa.

info@edizioniets.com - www.edizioniets.com.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2020