

Scritti ascetici, apologetici e polemica religiosa bisogna dunque aggiungere una *De haeresibus Francisci Porcarii perscrutatio* (o qualcosa di simile), che auguro al Momigliano di scoprire (1).

G. G.

HERMANN U. KANTOROWICZ (Gnaeus Flavius). — *La lotta per la scienza del diritto*, ediz. italiana della (sic) tedesca riveduta dall'autore, con pref. e note del giudice R. Maietti. — Palermo, Sandron, 1908 (16.º, pp. 162).

Questo libriccino, che ha fatto molto parlar di sè da due anni che è stato pubblicato in tedesco, avrà forse importanza pratica e politica, ma non ne ha nessuna dottrinale. L'idea fondamentale di esso è, che bisogna attribuire apertamente al giudice una facoltà legislatrice. Ma, giacchè l'autore stesso conviene (e insiste ora assai su questo punto) che il giudice esercita di fatto, e ha sempre esercitato, questa facoltà, — e non potrebbe non esercitarla, aggiungiamo noi, perchè, anche prescindendo da casi estremi e straordinari, l'astrattezza della legge importa sempre, nella sentenza che l'applica, un momento volitivo o legislativo, — che cosa pretende di nuovo questo movimento che si dice della *freie Rechtsfindung*? Tutt'al più, esso proclama il bisogno che i giudici sieno ora,

(1) In nota alcune piccole osservazioni. Nel catalogo del Barzizza p. 144 non leggerei, come il M.: « *Declarant ejus amplissima volumina, logica, scilicet minor SUA, qua prima principia ita dilucidantur . . . Deinde SUMMA illa MAJOR qua* » etc.; ma: « . . . amplissima voluminosa logica, scilicet minor SUMMA » etc. Ci dev'essere sul *sua* un segno d'abbreviazione, sfuggito al M. o al trascrittore del ms. da lui letto, che non sarà autografo. — A p. 139 non riesce ben chiara la ragione della confusione che sarebbe stata fatta tra l'Alvarotto, autore dell'orazione all'imperatore di Baviera e l'autore dell'orazione funebre di Paolo Veneto. E poichè questa è conservata in tre mss., era desiderabile collazionare questi mss. — A p. 17 Egidio Colonna è detto con strano miscuglio di francese e italiano *Gilles di Roma*; e per un'altra distrazione si dice del medesimo: « Il grande favore con cui era stato accolto alla corte del Re d'Inghilterra . . . il commento . . . sul libro *De Anima* di Aristotele »; laddove il passo a cui si rimanda (p. 98-9 n. 33) del *Coriolano* dice: « *Praeclarissimum commentarium super libris Posteriorum cuius gratia rex Anglorum . . .* ». È ancora una distrazione *Gregorio XI*, invece di *XII*, nel titolo dell'orazione di Paolo pubblicata nell'App. I (p. 133), che non vedo perchè il M. intitolò *Pregghiera*; come anche « il giorno di S. Lucia *de mense octobris* » di p. 50, invece di giorno di S. Luca (18 ottobre), com'è nel documento a p. 111. — Che proprio il *De anima intellectiva* di Sigieri abbia ispirato il *De unitate intellectus* di S. Tommaso, pare al Mandonnet e anche al Bäumker: ma non è provabile soprattutto per ragioni di cronologia, come ritengono il De Wulf e il Picavet, che ha scritto uno studio speciale sull'opuscolo tomistico.

e specie in certi paesi, più attivi collaboratori del progresso sociale di quanto non sogliano essere. E tale questione, per l'appunto, è politica e non dottrinale. Essa sarà sempre variamente dibattuta secondo i partiti e le tendenze sociali, e deve variamente risolversi secondo le condizioni di fatto.

Ma dalla vacuità teorica il libriccino del Kantorowicz cade addirittura nell'errore, quando propone che i giudici si sbarazzino di quel ch'egli chiama la dommatica legale, e cioè delle finzioni, interpretazioni, costruzioni, analogie, richiami alla volontà del legislatore e allo spirito della legge, e simili espedienti, che il K. reputa perditempi o, peggio ancora, ipocrisie e menzogne. Ora, come nell'applicazione della legge c'è sempre un momento di libertà volitiva da parte del giudice, così c'è sempre un momento di finzione, necessario per mantener la legge e, nel tempo stesso, applicarla. Pretender di liberarsi di quegli espedienti, tanto varrebbe, logicamente, quanto liberarsi delle leggi stesse; e giudicare caso per caso, in un ambiente mentale vuoto di legge. Dal che Dio ci scampi e liberi! Quando si dice, in senso più specifico, che si fa ricorso a una finzione, si vuole soltanto notare un grado maggiore di astrattezza della legge, e cioè si parla in modo empirico; e l'uso delle finzioni torna ad essere, sotto questo rispetto, questione pratica e non dottrinale, ossia si aggira sul più e sul meno. In altri termini, il K. non ha approfondito la natura e il fine della legge: concetto, senza dubbio, assai difficile. Questa sua impreparazione dottrinale (il K. par che s'occupi soprattutto d'indagini storiche circa il diritto) si vede anche in altri punti; onde, per es., dopo avere affermato che il giudice deve decidere le questioni secondo la chiara parola della legge; e che, solo dove questa non contiene nessuna soluzione, o nessuna soluzione certa, decidere conforme la regola che il legislatore avrebbe adottata; e solo in mancanza di un convincimento intorno a ciò, ricorrere al diretto consuetudinario; e infine, solo esauriti tutti gli altri mezzi, attingere alla propria buona coscienza giuridica, — osserva: « Rinvenire l'ordinamento retto di queste fonti, ecco il gran problema della filosofia del diritto dell'avvenire » (p. 138). Ma, se tale ordinamento si potesse fissare filosoficamente, il K. avrebbe dovuto provarcisi lui, anzi questo sarebbe stato il vero assunto che il suo libro avrebbe dovuto adempiere. Quel problema è dottrinalmente assurdo, giacchè le varie fonti sono state arbitrariamente distinte e arbitrariamente collocate l'una dopo l'altra. Per la medesima ragione, il K. non riesce a risolvere se il giudice possa giudicare solo *praeter legem* o anchè *contra legem*. Dice nella lettera scritta al suo traduttore italiano: « Ho constatato che molte critiche al mio scritto e ai suoi amici pretendono che noi vogliamo porre il giudice di sopra la legge.... La prego di persistere nell'affermare che nessuno di noi propugna tesi così fatta.... La creatrice attività del giudice.... è *praeter, non contra legem!* » (p. 22). Ma nel testo: « Deve il giudice, sempre, rigorosamente invigilare che questa decisione *praeter legem* non degeneri, SENZA NECESSITÀ, in decisione *contra legem*. La decisione contro la legge

è sempre un male, perocchè Codice ideale sarebbe quello che tutti i casi direttamente risolvesse — ma è un male, qualche volta, INEVITABILE » (p. 138). Dunque, il *contra legem* non è sempre male, perchè quel che è inevitabile e necessario non è male, ma bene. Il *secundum*, il *praeter* e il *contra* sono anch'esse distinzioni empiriche, di più o di meno. E si noti nelle parole ora riferite l'ingenuo accenno al « Codice ideale ».

La verità è che il K. non sa che pesci pigliare, avendo mutato, come accade non di rado agli scrittori tedeschi, una questione pratica in una tesi filosofica: donde la poca concluzenza del suo scritto. La cui traduzione sarebbe rivolta a propagare anche in Italia il movimento della *freie Rechtsfindung*. Ma, nel suo ben circoscritto significato pratico e politico, la questione era già sorta spontaneamente in Italia; tanto che, due anni prima che fosse pubblicato il libriccino del K., il 7 gennaio 1904, il P. M. De Montemayor la faceva oggetto del suo discorso inaugurale al Tribunale di San Remo (*La legge ingiusta e l'ufficio del giudice*, San Remo, Biancheri, 1904). Nel quale discorso essa è esposta con italiana prudenza, ed evitando gli errori dottrinali nei quali il K. è caduto.

B. C.

LEO G. SERA. — *Sulle tracce della vita*, saggi. — Roma, Lux, 1907 (8.º, pp. xxii-312).

— *Per un libro e per alcune idee*. — Ivi, 1908 (8.º, pp. 49).

Il libro del Sera (che l'autore difende nel secondo degli scritti annunziati) è stato accolto assai male da taluni recensenti, che se ne sono sbrigati con rapide frasi di condanna. E ciò riconferma quanto difficile arte sia quella di riconoscere come, talvolta, libri, i quali sostengono idee verissime, non valgano nulla, e come invece talvolta altri, che sono sbagliati da cima a fondo, abbiano un contenuto e un valore.

E il valore del libro del Sera è che l'autore, proprio all'opposto di quel che è stato asserito, fa sul serio; vale a dire, vuole comprendere le leggi della vita, nella loro genuina realtà, rompendo i pregiudizii ordinarii, anche quelli che sembrano cose sacre, e affisando l'occhio sui nudi fatti. Chi non si accorge, nel leggere il libro, di questo stato psichico dell'autore, dà prova di scarso acume e di poca esperienza d'anime. Ho combattuto anch'io, e forse inveito, contro aristocraticisti, imperialisti e nietzschiani; ma, grazie al cielo, non ho ancora persa la facoltà di distinguere, sotto le bandiere e i motti d'ordine, gli uomini.

Se con tanta serietà di propositi, di indagini e di meditazioni, il Sera non riesce nel suo assunto, la colpa è delle inesatte idee ch'egli ha circa la filosofia, la quale a lui sembra funzione secondaria e sussidiaria nella ricerca della verità, e circa il pensiero, che egli crede sostanzialmente individuale e personale. A un suo critico, il quale giustamente gli