

## L'UNIONE DI PRINCIPI DI GIUSTIZIA CONCORRENTI

Su un testo di Erich Fechner

Lothar Philipps\*

Traduzione italiana dal tedesco: *Francesco Romeo*\*\*

### 1.

Mezzo secolo fa, "in tempi di sconvolgimenti", usciva la 'Filosofia del diritto' di Erich Fechner, oggi meritevole di essere letta come allora.<sup>1</sup>

Fechner era preoccupato soprattutto dalla "opinabilità del diritto", dalla "allarmante incertezza nella soluzione dei problemi in presenza di più d'una soluzione certa".

Nel tentativo di spiegare l'opinabilità del diritto, gli esposi la seguente leggenda, naturalmente "servigi sempre graditi":<sup>2</sup> il maggiore di tre fratelli, un fabbro, ha trenta capre, il secondo, un camionista, tre. Il più giovane non possiede nulla, deve diventare pastore. A tal fine il fabbro gli dà cinque capre, il camionista gli dà una capra, ognuno dal suo bestiame. Il fabbro possiede ora 25, il camionista 2, il pastore 6 capre. Dopo alcuni anni il patrimonio è aumentato, il maggiore ha ora 50 capre, il mediano ne ha 10 ed il più giovane, che vi si dedica perché è il suo

---

\* Professore emerito, Istituto di Filosofia del Diritto ed Informatica Giuridica, Ludwig-Maximilian Universität, Monaco di Baviera, Germania.

\*\* "Gruppo i-lex", Università G.D'Annunzio, Facoltà di Economia, Viale Pindaro 42, 65100 Pescara, Italia.

<sup>1</sup> E.Fechner, *Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts*. J.C.B.Mohr, Tubinga 1956.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 11 s. Fechner fa riferimento a Emil Rüster, *Gerechtigkeit: eine Legende*, in: *Atlantis*, 1944, p. 87 s., una rivista pubblicata contemporaneamente a Zurigo e Berlino. Successivamente Gunther Arzt ha nuovamente ripreso la versione di Fechner: *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Helbing und Lichtenhahn, Basilea 1987; 2. ed. Luchterhand Verlag, Neuwied e Berlino 1996, p. 22 s..

lavoro, ne ha 132. In seguito il più giovane muore ed i due fratelli più vecchi arrivano alla lite per la divisione dell'eredità, che in quelle terre, così vuole la leggenda, non era regolata dalla legge.

Entrambi i litiganti erano d'accordo nel dichiarare la ripartizione a metà ingiusta. Il fabbro rivendicava 110 capre e voleva lasciarne 22 al camionista, divisione che esprimerebbe il rapporto di ciò che ognuno di loro aveva dato al giovane fratello (5:1 = 110:22); il camionista pretendeva, al contrario, considerazione per il sacrificio fatto nella donazione: il maggiore aveva donato solo un sesto del suo patrimonio (5 di 30), lui invece un terzo (1 di 3), sicché lui aveva sacrificato il doppio dell'altro e per questo avrebbe diritto a due terzi dell'eredità. Pretende 88 capre e ne vuole lasciare 44 al fratello.

Fechner nota in proposito: "Il piccolo caso non è appositamente costruito, come potrebbe sembrare. L'ambiguità della maggioranza delle questioni giuridiche si rispecchia in innumerevoli controversie, nelle quali per ogni controversia vengono offerte almeno due soluzioni in contraddizione l'una con l'altra."

## 2.

Le controversie giuridiche si lasciano spesso ricondurre al nucleo di principi diversi concorrenti; così è anche qui. In gioco sono da una parte il principio 'capitalistico' che Fechner formula così: "il denaro cova denaro e le capre covano capre; spettano a colui che ha dato il capitale." Gli si contrappone quello che può essere delineato come il principio del 'sacrificio': chi ha compiuto il maggior sacrificio, costui merita la parte più grossa. Si può afferrare la differenza anche così: la prestazione viene considerata una volta per quello che rende al beneficiato, ed una volta per quel che richiede al prestatore.

I giuristi tendono a prospettare l'utilizzazione di principi giuridici concorrenti in un rapporto d'alternativa: essi credono di dover decidere per l'uno e contro l'altro. Il giudice nella leggenda, così come più tardi Erich Fechner e Gunther Arzt, tutti partono da questa premessa: che si possa utilizzare solo uno di questi principi. La loro esitazione deriva quindi dal fatto che non trovano alcun fondato motivo per scegliere tra i due principi.

**3.**

Ciò nondimeno, nella scienza giuridica ci sono anche tentativi di unificare principi antagonisti ('teorie dell'unificazione'). Proprio nel caso ritenuto irrisolvibile da Fechner ed altri, si prospetta la possibilità di una simile riunificazione.

Il metodo sicuramente più facile è questo: si suddividono le quantità sottoposte a ripartizione in tante parti, quanti sono i principi in gioco, si applica ad ogni parte uno dei principi e quindi si riuniscono nuovamente i risultati. Nel nostro caso si tratta di 132 capre e di due principi. Ipotizziamo di dimezzare la quantità di 132 capre. 66 animali ripartiti nel rapporto 5 a 1 (secondo il principio capitalistico), dà un rapporto di 55 a 11. La seconda parte di 66 capre è da dividere secondo il rapporto di 2 a 1 (secondo il principio del sacrificio), che dà 44 a 22.

Mettendo insieme le due parti otteniamo:

	Fabbro	Camionista
Principio capitalistico	55	11
Principio del sacrificio	22	44
<hr/>		
Unificazione	77	55

Questa sembra essere una ripartizione ragionevole; i fratelli rivali dovrebbero ritenersi così soddisfatti. Lo faranno? Per lo meno lo faranno più facilmente. Si sperimenta costantemente il fatto che, quando è 'questione di principi', della propria idea di giustizia, l'animo dei contendenti si esacerba. Qui ognuno può veder riconosciuto il suo principio.

**4.**

In ogni modo, non ci si può aspettare che il conto vada sempre liscio, come in quest'esempio. Anche nella più semplice configurazione, porzioni uguali tra due parti, quando il numero degli oggetti da suddividere è dispari resta fuori un oggetto. Che fare con esso? Già in

epoca biblica, in casi equivalenti, si lasciava la decisione libera; così è anche oggi secondo il Codice Civile Tedesco (§§ 659, 752 BGB, analogamente nelle successioni: §§ 2065, 2151).

Se le proporzioni in gioco hanno valori numerici più alti, allora la probabilità, che le porzioni si lascino suddividere completamente, è bassa. Spesso però si può armonizzare il rapporto dei principi, come nella seguente variante del nostro esempio, in cui viene aggiunto il principio della 'pari ripartizione' a quelli 'capitalistico' e 'del sacrificio'.

Dato che ci troviamo di fronte a tre principi la quantità di 132 capre deve esser divisa per tre, prima di tutto in parti uguali tre volte 44 animali. Ma 44 non si lascia dividere né per 6 - come richiede il rapporto di capitale di 5 a 1 - né si lascia dividere per 3, come sarebbe necessario secondo il rapporto del sacrificio.

L'armonizzazione ci viene in aiuto. La prima porzione di 44 viene rimpicciolita di due elementi; 42 si lascia dividere per 6, nella proporzione 35 a 7. In parziale compensazione la seconda porzione viene ingrandita di un elemento a 45, cosicché può essere suddivisa per 3, nella proporzione 30 a 15. Nella terza porzione non c'è bisogno di cambiare nulla.

Si ottengono così le seguenti proporzioni:

	Fabbro	Camionista
Principio capitalistico	35	7
Principio del sacrificio	15	30
Principio della pari ripartizione	22	22
<hr/>		
Unificazione	72	59

Tuttavia sono così suddivise solo 131 capre; occorre ancora risolvere per una.

## 5.

Si potrebbe – qualora si ritenesse giusto – dare un peso diverso ai principi. A scopi dimostrativi si presuma di dare un peso doppio al

principio della pari ripartizione rispetto a quello del capitale, ed invece di lasciare da parte il principio del sacrificio. Quindi si suddivide la quantità iniziale di 132 capre nel rapporto di un terzo e due terzi (i pesi devono essere definiti in modo tale che si sommino ad uno). Nuovamente, spettano al principio del capitale 44 animali, porzione che si diminuisce di nuovo di due elementi, in modo tale da poterla dividere secondo la proporzione 5 a 1 (35 a 7). La porzione dei rimanenti 88 animali viene aumentata dei due elementi a 90, che si lascia dividere in parti uguali, secondo la proporzione 45 a 45.

	Fabbro	Camionista
Principio capitalistico	35	7
Principio della pari ripartizione	45	45
<hr/>		
Unificazione	80	52

## 6.

Pare che il giudice della leggenda abbia preso in considerazione una diversa idea risolutiva, che però non è plausibile e qui viene solo riportata: il giudice tenta di ristabilire lo status quo e vuole innanzitutto portare i due contendenti al punto in cui sarebbero se all'epoca non avessero donato nulla. Il patrimonio del più vecchio si è raddoppiato (da 25 a 50), egli deve quindi riavere 10 capre per le cinque date. Il patrimonio del secondo si è moltiplicato per cinque (da 2 a 10), proporzionalmente egli deve riavere 5 capre per l'una data.

Adesso però il giudice non sa che fare con le restanti 117 capre... *oltretutto riemergono daccapo, ora, tutte le questioni controverse.*

I numeri che il giudice si trovava davanti avrebbero dovuto subito metterlo sull'attenti. Gli animali, che possono seguire il loro impulso naturale, si moltiplicano esponenzialmente, in un curva che aumenta progressivamente la pendenza. Se da un 'capitale iniziale' di 2 capre sono risultate 25 capre, ci si sarebbe potuti aspettare da un capitale di 25 capre una crescita molto più poderosa di un semplice raddoppio. Perché nelle stalle del fratello maggiore ci siano soltanto 50 capre non lo sappiamo, ed anche il giudice non lo potrà stabilire con esattezza. Comunque non è un indizio di cattiva amministrazione. Il fabbro può

aver venduto degli animali e con il ricavato aver acquistato attrezzi di lavoro oppure ingaggiato dei lavoratori. Forse ha anche macellato alcuni capretti al fine di acquisire clienti con una magnifica cena. "Il denaro cova denaro e capre covano capre", è certamente giusto, ma i pezzi di denaro non si riproducono in modo così manifesto come le capre.

## 7.

Una pessimistica conclusione si addice ad una leggenda pessimista: nella leggenda non v'è nulla d'insolito anche per quel che riguarda la decisione del caso. Il fabbro ha buone relazioni con il Re ed ha già ripetutamente concesso dilazioni di pagamento alla Tesoreria Reale su forniture di guerra. Si rivolge al Re, il quale trattiene il caso a sé ed attribuisce l'intero gregge al fabbro, con il fondamento che il fabbro avrebbe migliori stalle del camionista ed offrirebbe quindi garanzia di latte migliore e carne migliore; solo a questo sarebbe interessata la comunità. Sarebbe anche il miglior contribuente, considerando quindi il bene comune la causa veniva trattenuta in decisione<sup>3</sup>.

Sarebbe andata diversamente la storia se il giudice avesse conosciuto il metodo dell'unificazione dei principi? Forse no; ma forse sì. È più facile sottrarre un caso ad un giudice perplesso, che si crede prigioniero in un caso drammatico, rispetto ad un giudice che sa come viene annodata la rete delle possibili decisioni e sappia farci i conti.

---

<sup>3</sup> Nel testo "*wie geschehen zu erkennen*" formula finale dei tribunali, appartenente alla tradizione giuridica tedesca ed entrata nel linguaggio ordinario [N.d.T.].