

RIVISTA ITALIANA PER LE SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE
Mario Caravale

nuova serie

9

2018



JOVENE EDITORE

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Paolo Ridola - Enrico del Prato - Luisa Avitabile - Nicola Boccella
Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Andrea Di Porto - Laura Moscati
Cesare Pinelli

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jorgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Gianni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Jane C. Ginsburg (New York) - Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) - Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) - Jerome H. Reichman (Durham) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 MARCO D'ALBERTI
La prolusione romana di Massimo Severo Giannini
- 15 MASSIMO SEVERO GIANNINI
Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia

SAGGI

Civiltà giuridica e trasformazioni sociali

- 37 MARIO CARAVALLE
La legge e la tradizione. Glossatori civilisti e decretisti sul rapporto tra legge antica e legge nuova: qualche nota
- 117 MASSIMO DONINI
Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica
- 147 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro
- 195 CESARE PINELLI
L'uomo della strada, lo sviluppo della tecnica e il costituzionalismo del Novecento
- 209 LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI
Considerazioni su "Civiltà giuridica e trasformazioni sociali"

GIURISTI DELLA SAPIENZA

- 223 GIANNI FERRARA
Per Elia

INCONTRI DI STUDIO

Presentazione

M. Cartabia - L. Violante, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*

229 GIOVANNI CANZIO

Intervento

237 MASSIMO LUCIANI

Intervento

259 LUCIANO VIOLANTE

Intervento

265 MARTA CARTABIA

Intervento

RECENSIONI

281 A. ARGENIO, *Alexis de Tocqueville e Hanna Arendt: un dialogo a distanza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005 (Nicola Cezzi)

PROLUSIONI

La prolusione romana di Massimo Severo Giannini

Marco D'Alberti

SOMMARIO: 1. Giannini alla Sapienza. – 2. La Prolusione del 1959: l'importanza del diritto pubblico dell'economia. – 3. I contenuti della Prolusione. – 4. Le lezioni che se ne traggono.

1. *Giannini alla Sapienza*

Massimo Severo Giannini è chiamato alla cattedra di diritto amministrativo della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza nel 1958. La chiamata viene al termine di una lunga procedura e di un dibattito intenso all'interno del Consiglio di Facoltà¹.

Il titolare dell'insegnamento è Guido Zanobini, ormai assai malato e lontano dalla Facoltà. Zanobini, tra i maestri del diritto amministrativo più rappresentativi del secondo quarto del Novecento, è esponente dell'indirizzo che è stato definito postpandettistico. Tale indirizzo aveva seguito le orme dei giuristi tedeschi che nel secondo Ottocento avevano applicato al diritto pubblico l'apparato concettuale astratto e asseritamente universale che la pandettistica aveva elaborato per il diritto romano e per il diritto privato. La postpandettistica si era parzialmente distaccata dalla pandettistica, aprendosi relativamente agli indirizzi del realismo giuridico e, comunque, mostrando attenzione al diritto positivo. Ma il nucleo della rarefazione concettuale era rimasto. In particolare, le definizioni dei principali concetti del diritto amministrativo erano proposte – anche da Zanobini – in termini astratti: dall'organo all'ente all'interesse legittimo. Ne erano derivate quelle che Giannini, proprio ricordando Zanobini dopo la sua morte, denominerà “mitologie giuridiche”².

Quando si apre la procedura per la chiamata alla cattedra di diritto amministrativo, che doveva essere la seconda, ad affiancare quella tenuta da Zanobini, quest'ultimo si pronuncia – in una lettera

¹ La lunga procedura di nomina è efficacemente ricostruita da N.G. CEZZI, *Le discussioni chiamate alla cattedra romana di diritto amministrativo (1948-1966)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, 1007.

² M.S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1965, 3.

a Tullio Ascarelli – a favore del suo discepolo prediletto, Giovanni Miele, che avrebbe seguito la via del Maestro. Ciò nel nome di una “desiderabile conservazione” delle “peculiari tradizioni della cattedra romana”³: dunque, dell’indirizzo postpandettistico.

Una decisione stenta a venire e alcuni suggeriscono che a Miele debba andare la cattedra di amministrativo, mentre a Giannini sia affidata la cattedra di scienza dell’amministrazione. Ciò in ragione del fatto che la scuola della tradizione – non solo amministrativistica – considerava Giannini estraneo a quella stessa tradizione e forse, nell’opinione di alcuni, più sociologo o politologo che giurista “puro”. Alla fine di un lungo percorso, però, è Giannini ad essere chiamato alla cattedra di diritto amministrativo. Carlo Esposito, in una delle tante riunioni del Consiglio di Facoltà, propone Giannini “per qualità e novità dei campi esplorati e per la originale e illuminante analisi di vecchi e nuovi problemi del diritto amministrativo”⁴.

Che Giannini avesse innovato era già chiaro, sia per il metodo che per i temi. Un metodo basato sull’apertura della scienza giuridica alle scienze sociali, in primo luogo la sociologia. Contenuti riguardanti problematiche nuove, ma anche questioni tradizionali, trattate però con analisi innovative.

Tra le problematiche nuove c’era senz’altro quella delle regolazioni pubbliche di fatti economici, che Giannini – come si dirà più ampiamente in seguito – aveva trattato più volte dai primi scritti alla chiamata alla cattedra romana. Tra le problematiche tradizionali trattate in modo innovativo, erano certamente le due affrontate nelle prime monografie (del 1939), una sull’interpretazione, l’altra sul potere discrezionale della pubblica amministrazione⁵. Basti ricordare che il lavoro sulla discrezionalità si lascia completamente alle spalle le teorie dominanti, che l’avevano configurata come scelta sul se adottare un provvedimento, come e quando adottarlo, nel perseguimento di un interesse pubblico visto come entità unitaria. La discre-

³ Sono parole di Francesco Santoro Passarelli, inserite nel verbale del Consiglio di Facoltà di Giurisprudenza del 28 gennaio 1958: si veda N.G. CEZZI, *Le discusse chiamate*, cit., 1033.

⁴ Ancora N.G. CEZZI, *Le discusse chiamate*, cit., 1019. La chiamata non arriverà prima del dicembre 1958.

⁵ *L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell’interpretazione*, Milano, 1939; *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939.

zionalità di Giannini si apre al pluralismo, concretandosi in una valutazione comparativa degli interessi pubblici, privati, collettivi, diffusi, che l'amministrazione trova dinanzi a sé quando deve decidere. Così Giannini: "L'apprezzamento [...] della discrezionalità consiste pertanto in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie. Se essi hanno valore zero o valore quasi nullo, essi saranno trascurati; se uno di essi domina schiacciando gli altri, esso solo sarà soddisfatto; ma in genere si ha un temperamento dei singoli interessi"⁶.

Le *Lezioni di diritto amministrativo* del 1950, pur ancora legate alle impostazioni dogmatiche, avevano confermato l'impronta assai innovativa di Giannini. Ne sono chiara testimonianza le pagine sugli ordinamenti giuridici e l'amministrazione, sull'evoluzione storica dello Stato e degli apparati di governo, sulle varie scienze che studiano l'amministrazione pubblica e il diritto amministrativo. Al razionalismo si affianca una componente storicistica; il metodo giuridico della tradizione *orlandiana* non è abbandonato, ma è fortissima l'attenzione al diritto positivo, ai nessi tra diritto costituzionale e diritto amministrativo, ai diversi approcci scientifici che si possono e debbono utilizzare per comprendere il diritto amministrativo⁷.

2. *La Prolusione del 1959: l'importanza del diritto pubblico dell'economia*

Il tema della Prolusione letta il 12 marzo 1959 alla Sapienza è tra quelli ampiamente trascurati dalla dottrina tradizionale: l'azione dei pubblici poteri nell'economia⁸. Giannini aveva trattato di diritto pubblico dell'economia già numerose volte. Uno dei suoi primissimi scritti è dedicato all'intervento statale nell'attività creditizia⁹. Sull'ordinamento del credito era tornato frequentemente prima della Pro-

⁶ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 74.

⁷ Sulle *Lezioni* di Giannini si vedano le belle pagine di S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 118 ss.

⁸ Pubblicata, con diverso titolo: *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Rivista del diritto commerciale*, LVII, 1959, n. 9-10, parte I, 313.

⁹ *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939.

lusione¹⁰. Altro tema di diritto pubblico dell'economia molto frequentato da Giannini, ancor prima della Prolusione, è quello delle imprese pubbliche¹¹. Nello stesso anno della Prolusione esce l'importante saggio sui mercati comunali¹². Più in generale, Giannini si era occupato dei rapporti tra diritto ed economia¹³.

Aveva sottolineato, nei *Profili* del 1940¹⁴, che la scienza del diritto amministrativo era molto cresciuta affinando tecnica, costruzione concettuale e metodo, ma continuava ad essere caratterizzata da problematiche insufficienti a comprendere le questioni cruciali delle pubbliche amministrazioni e dei loro rapporti con i privati. In altri termini, l'influenza della pandettistica era stata positiva sul piano degli strumenti di analisi, ma assolutamente negativa sotto il profilo degli oggetti di studio. “La scienza del diritto amministrativo [...] derivò in gran parte la propria problematica dalla pandettistica: ma mentre il trasporto della tecnica e della dogmatica di quest'ultima le arrecò un bene immensurabile, non si potrebbe dir lo stesso per il trasporto della problematica”¹⁵.

La problematica prevalente ereditata dalla pandettistica poneva al centro i temi della persona giuridica pubblica, dei beni pubblici, degli atti e dei provvedimenti amministrativi, della responsabilità della pubblica amministrazione. Ma la realtà era in continuo movimento: “permangono quindi tuttora inesplorate delle vastissime zone”¹⁶. Una tra le più rilevanti è la grande modificazione intervenuta con lo Stato fascista. In proposito, il Giannini dei *Profili* del

¹⁰ *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, V, 1949, n. 5, 105; *Sulla natura giuridica e sulle attribuzioni della Banca d'Italia*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, XII, 1949, II, 357; *Intorno all'autorizzazione all'apertura di sportelli*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, XIII, 1950, n. 3, II, 303; *Aspetti giuridici della liquidità bancaria*, in *Atti del primo Convegno internazionale del credito*, Roma, Associazione bancaria italiana, 1954, IV, 5; *Rilievi sugli istituti di credito medio a medie e piccole imprese industriali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, XVII, 1954, I, 850.

¹¹ *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, CIV, 1953, n. 11 e 12, 611; e il notissimo *Le imprese pubbliche*, in *Rivista delle società*, III, 1958, n. 2, 227.

¹² *Sui mercati comunali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1959, 3.

¹³ *Divergenze e convergenze fra diritto ed economia*, in *Politica sociale*, 1941, 253.

¹⁴ *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940, poi in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, 179.

¹⁵ *Profili*, cit., 250.

¹⁶ *Profili*, cit., 256.

1940 dedica un cenno al cambiamento connesso alla regolazione dell'economia e precisa che si dovrà "riconoscere in maniera migliore di quanto non sia ora possibile, quella differenza tra lo Stato prefascista e quello attuale, che è così sentita nel corpo del sistema politico"¹⁷. In particolare, si dovrà chiarire "la formula che rende giuridicamente il discrimine e le fondamentali caratteristiche dello Stato carabiniere rispetto allo Stato regolatore dei fenomeni sociali ed economici"¹⁸. È qui il cenno al diritto pubblico dell'economia, tema fino ad allora trascurato e fondamentale per comprendere il ruolo giocato dalle pubbliche amministrazioni nei rapporti con i cittadini e con le imprese.

La *Postilla* 1973¹⁹ ai *Profili* del 1940 approfondisce il punto relativo alla disciplina pubblica dell'economia, esplicitando meglio quello che l'autore del 1940 riteneva a proposito di questa "zona" cruciale del diritto amministrativo. Nella *Postilla* 1973 si dice che non si era prestata sufficiente attenzione "sull'ultimo periodo del fascismo [...], quello cioè che si apre per effetto della grande crisi mondiale del 1929-30, e che portò [...] all'adozione della linea dello Stato dirigista [...] che aveva rivisto la normativa sugli enti di bonifica e sugli enti associativi nell'agricoltura, introdotto l'ordinamento bancario (1936), stabilizzato l'IRI (1937), introdotto l'autorizzazione ai nuovi impianti industriali, ma soprattutto, con la guerra etiopica e le sanzioni internazionali che ne erano seguite, si era impadronito totalmente del commercio con l'estero e della disciplina valutaria, attribuendo al nuovo Ministero degli scambi e delle valute poteri, praticamente illimitati, di disciplina normativa mediante semplici decreti ministeriali"²⁰.

Prosegue Giannini nella *Postilla* 1973: "tutti questi accadimenti avevano, letteralmente, atterrito il mondo dei giuristi"²¹. Alcuni si chiusero nel formalismo; altri invocarono lo Stato di diritto e la divisione dei poteri senza affrontare i nuovi temi e le sfide che ponevano. Gli studiosi che dedicarono maggiore attenzione alle novità, le ritennero, come Santi Romano, fatti transeunti di politica economica; op-

¹⁷ *Profili*, cit., 261.

¹⁸ *Profili*, cit., 261-262.

¹⁹ *Postilla* pubblicata nei *Quaderni fiorentini* del 1973, cit., 263 ss.

²⁰ *Postilla* 1973, cit., 266-267.

²¹ *Postilla*, cit., 267.

pure pensarono, come Guido Zanobini, che per inquadrarli fossero sufficienti le nozioni già note e acquisite.

Invece, prosegue la *Postilla* 1973, “la giovane generazione giuridica di allora [...] riteneva un fatto necessario la disciplina pubblica dell’economia, e pur convenendo che la normativa era caotica, riteneva che la vicenda fosse irreversibile”²². Giannini, che faceva parte della giovane generazione di giuspubblicisti “di allora”, si concentrò sull’analisi della regolazione pubblica dell’economia e pensò che per comprenderla appieno fosse necessario non uno stravolgimento, ma un’integrazione e una revisione delle categorie concettuali esistenti. La costruzione concettuale rigorosa è indispensabile, ma, al tempo stesso, la storicità dei concetti giuridici è indiscutibile. Il Giannini della *Postilla* 1973 richiama l’esortazione di Capograssi a “tenere i due capi della corda: conoscenza e approfondimento della teoria e della dogmatica, finalizzazione di tale conoscenza all’indagine dell’esperienza giuridica. Era, in fondo, l’avvertimento, ricorrente nella storia del pensiero delle nostre discipline, di guardarsi dal teoreticismo”²³.

In definitiva, a monte della *Prolusione* del 1959 sta la consapevolezza dell’importanza cruciale del diritto pubblico dell’economia e della necessità di studiarlo con il supporto di strumenti concettuali idonei a comprendere il mondo reale delle amministrazioni pubbliche.

3. I contenuti della *Prolusione*

Il tema della *Prolusione* è dirompente in una Facoltà di Giurisprudenza ancora largamente dominata dal dogmatismo formalistico. La disciplina pubblica dell’economia è argomento profondamente legato alla realtà. E viene svolto con un approccio realistico, che tiene conto di profili storici e dell’apporto di altre scienze sociali.

Giannini parte con l’evidenziare le contraddizioni dei liberisti e, in particolare, di Cavour: da un lato, convinto assertore della libertà economica; dall’altro, persuaso che il rimedio migliore per superare la crisi dell’industria della seta scoppiata nel 1848 in Piemonte fosse “l’istituzione di filande sociali, promosse e dirette dalle amministra-

²² *Postilla*, cit., 268.

²³ *Ibid.*, 271.

zioni pubbliche”²⁴. Il liberista Cavour, dunque, riteneva compatibile con la proclamazione di un principio di libertà dell’industria la misura dell’impresa pubblica in gestione statale diretta.

Ma non si tratta soltanto di contraddizioni del liberismo. Giannini sottolinea che vi sono “inconsequenzialità del linguaggio politico-economico” che si pone “in termini tendenzialmente parateoretici”²⁵. Ne fanno parte “vocaboli come liberismo, collettivismo, liberalizzazione, collettivizzazione, interventismo, dirigismo, astensionismo, economia individuale, statalismo e numerosi altri simili”²⁶.

Sono “piramidi verbali” inconclusive sul piano giuridico. “Pure è avvenuto che questo linguaggio inconsequenziale è stato preso sul serio, in tempi recenti, dagli studiosi di scienze giuridiche [...] Si vorrebbero, con questi vocaboli, qualificare anche modi di essere dell’azione giuridica dei pubblici poteri nel campo dell’economia”²⁷.

La Prolusione parte, dunque, dal linguaggio, dalla terminologia. Ed è significativo che le prime due citazioni bibliografiche sul punto si riferiscano a opere di un sociologo e di un economista, a confermare l’apertura del metodo di analisi²⁸. Ebbene – sottolinea Giannini – trasporre il linguaggio degli operatori economico-politici nel campo del diritto non solo è un errore: dalla trasposizione derivano anche conseguenze perniciose. Giannini si sofferma sull’uso di alcuni dei vocaboli sopra elencati da parte della giurisprudenza e sugli effetti che ne derivano. È bene leggere attentamente la sua Prolusione: “Quante volte non accade di leggere sentenze nelle quali, di fronte al dubbio sulla legalità di una norma o sulla legittimità di un provvedimento, si trova detto che ai tempi dello Stato astensionista quel tal ragionamento secondo cui quel certo diritto del privato è garantito poteva anche andar bene, ma che oggi con lo Stato ‘interventista’ è cambiata ogni cosa. Appena che con un po’ d’attenzione lo si consideri, siffatto argomento si mostra di un semplicismo talmente rudimentale da confinare con una formula esorcistica, ed è soprattutto astorico: se lo Stato cosiddetto interventista rappresenta una più

²⁴ *Sull’azione dei pubblici poteri*, cit., 313.

²⁵ *Ibidem*, 314.

²⁶ *Loc. ult. cit.*

²⁷ *Ibidem*, 314-315.

²⁸ Vengono citati, nell’ordine, W. STARK, *The Sociology of Knowledge*, London, 1958, e L.M. FRASER, *Economic Thought and Language*, London, 1937.

complessa struttura rispetto allo Stato cosiddetto astensionista, esso dovrebbe presentare anche più articolate e più sottili distinzioni, ossia dovrebbe essere di più raffinata complessità del predecessore. Impiegare invece delle formule brute per la spiegazione della sua grammatica, significa, in risultanza estrema, rassegnarsi ad un semplicismo che concede tutto all'istanza autoritaria: e difatti proprio la giurisprudenza (specie della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato) ne fornisce la più accurata delle riprove, con la convalida massiccia che essa ha fatto, sulla base del falso argomento, di tutte le più discutibili norme e di tutte le più biasimevoli pratiche incidenti nelle libertà civili e nelle garanzie di attività economiche, ereditate dai venti anni di autoritarismo. Nel dubbio tra la libertà e l'autorità essa ha costantemente scelto quest'ultima, diversamente da quanto è accaduto e accade fuori d'Italia; in altra sede si potrà mostrare come essa ha sciupato così ogni occasione che le si presentava per assurgere ad un ruolo meno squallido di quel che dopo cento anni di nostra storia si segna al suo passivo. Qui il fatto interessa principalmente come dimostrazione di quello che può fare di male un ordine concettuale inconseguenziale²⁹.

Per comprendere il ruolo dei pubblici poteri nella regolazione dell'economia, non possono quindi valere i termini utilizzati nel discorso degli operatori economico-politici. Occorre un'attenta analisi giuridica che distingua i vari tipi di azione dei pubblici poteri. In particolare, è necessario esaminare i diversi procedimenti amministrativi che impiegano le pubbliche autorità per disciplinare fatti economici.

E qui si apre un ricchissimo ventaglio di procedimenti amministrativi. La loro tipologia non è astratta, non è ricavata da ordini concettuali universali, ma riposa sull'analisi del diritto positivo, letto nei suoi dettagli e in ogni sua articolazione.

Il primo procedimento di regolazione economica preso in considerazione da Giannini è quello di sorveglianza o di vigilanza. Si tratta di un procedimento amministrativo che ha alla sua base una norma di divieto di porre in essere determinate attività private e una norma di sanzione nel caso di inosservanza del divieto. L'amministrazione pubblica accerta l'osservanza in diversi modi, per esempio con ispezioni o campionature. E Giannini puntualmente indica le

²⁹ *Sull'azione*, cit., 315-316.

materie principali in cui si può ritrovare il procedimento di sorveglianza: dalla repressione delle frodi di commercio, alla vigilanza igienica, alle imposte di fabbricazione, ai tributi doganali³⁰.

La seconda figura è data dai procedimenti amministrativi di disciplina autoritativa dei negozi interprivati. Vi possono essere procedimenti che si concludono con provvedimenti che obbligano il privato a negoziare o a inserire determinate clausole nei contratti: l'esempio più rilevante è la determinazione autoritativa dei prezzi³¹.

Si passa poi ai procedimenti di imposizione di obbligazioni pubbliche, a partire dall'imposizione tributaria. Ma vi sono anche altri procedimenti riconducibili a questo tipo, come gli ammassi, reali od obbligatori, o le precettazioni di prodotti³².

Queste prime tre figure possono ricondursi ai procedimenti ablatori. Accanto ad essi stanno anche procedimenti autorizzatori e concessori. Sono procedimenti che si chiudono con provvedimenti non restrittivi ma ampliativi della sfera giuridica privata: possono tuttavia contenere prescrizioni anche fortemente incidenti sull'autonomia privata. Vi sono autorizzazioni più semplici, come la licenza edilizia o la licenza di commercio, e autorizzazioni più complesse, come quella alla realizzazione di impianti industriali. E le concessioni, di beni o di servizi pubblici, poiché di regola riguardano risorse o attività riservate ai pubblici poteri, possono contenere prescrizioni penetranti nei confronti dei privati concessionari, come avviene per i trasporti di linea³³.

Vi sono, infine, le programmazioni e le pianificazioni. In genere, si tratta di procedimenti composti, che ricomprendono ablazioni, autorizzazioni e concessioni. Le più rilevanti si concretano in programmi e piani urbanistici, ovvero in programmi e piani economici. Il loro livello di incidenza sulla sfera giuridica dei privati dipende dalle singole e differenti norme che li prevedono e dalla strutturazione che viene data ai singoli procedimenti³⁴.

Accanto ai procedimenti va anche considerata l'organizzazione dei pubblici poteri per la loro azione nell'economia. Le figure orga-

³⁰ *Ibidem*, 317-318.

³¹ *Ibidem*, 318-319.

³² *Ibidem*, 319-320.

³³ *Ibidem*, 320-321.

³⁴ *Ibidem*, 321-323.

nizzative pubbliche si sono moltiplicate nel tempo. Agli organi si sono aggiunti gli enti pubblici economici e le società in partecipazione pubblica (nel 1956 il sistema delle partecipazioni statali aveva ricevuto la sua piena formalizzazione). Ma – sottolinea Giannini – organizzazione e azione amministrativa marciano su binari diversi. L'esempio dei servizi pubblici è calzante: “un servizio pubblico di erogazione, che in ordine all'azione si estrinseca in contratti di somministrazione di diritto comune, pur se gestito in forma pubblica, può essere commesso indifferentemente ad un organo dello Stato, ad un organo speciale, ad un ente pubblico in via istituzionale, ad un ente pubblico in via occasionale, e così via secondo altri modi; eppur rimane sempre lo stesso servizio per ciò che attiene ai rapporti giuridici con gli utenti”³⁵. Insomma, quando i pubblici poteri agiscono tramite imprese pubbliche di vario genere, la loro azione può ben essere regolata dal diritto comune – sia pure con alcune deroghe – e, comunque, si deve attenere alle regole di mercato.

L'ordinamento comunitario seguirà la stessa via: i trattati lasciano impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri. Sono neutrali rispetto alla natura pubblica o privata della proprietà o dell'impresa³⁶. Quel che conta è che si rispettino le regole di attività dettate dai trattati e dal diritto europeo derivato, in particolare le regole di concorrenza.

Le conclusioni della Prolusione sono chiare e semplici. “Liberismo o interventismo o dirigismo giuridicamente non significano nulla, proprio perché significano troppe cose; ammesso che in altre scienze abbiano un significato, essi ripugnano alla scienza del diritto, la quale usa come unità la qualificazione giuridica, che è un'unità analitica e specifica”³⁷. E ancora: “Gli Stati Uniti d'America sono considerati uno Stato liberista o quantomeno tenuamente interventista. Pure la disciplina delle imprese di pubblica utilità è, in questo paese, molto più penetrante di quel che non sia, per esempio da noi, la disciplina delle imprese creditizie, che è considerata una delle punte massime di ‘interventismo’ pubblico [...] La specie più ampia e pesante di pianificazione economica non è quella dell'URSS, che si proclama Stato collettivista, ma è stata quella della Germania nazista,

³⁵ *Ibidem*, 325.

³⁶ Oggi art. 345 del *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*.

³⁷ *Sull'azione*, cit., 326.

che si proclamava Stato ad economia programmata; mentre l'Inghilterra, che prima del secondo conflitto mondiale si proclamava liberista, già assoggettava le società private ad un controllo contabile pubblico che neppure si osa pensare oggi da noi, che siamo uno Stato 'interventista'³⁸. Né possono avere valore giuridico affermazioni generiche come quelle secondo cui si dovrebbe distinguere tra polizia dell'economia, economia controllata, economia corretta, economia diretta: sono anche queste descrizioni giuridicamente inutili³⁹.

Quel che il giurista deve fare è analizzare pazientemente i vari procedimenti posti in essere dai pubblici poteri per regolare l'economia. Tali procedimenti non rispondono a categorie generali e astratte: sono quelli desumibili dal diritto positivo e dalla prassi. È solo questa analisi che può rivelare quale sia l'intensità dell'azione dei pubblici poteri e la sua incidenza sull'autonomia privata. In altri termini – sempre cari a Giannini – solo così si può misurare il rapporto tra autorità e libertà.

4. *Le lezioni che se ne traggono*

La prima lezione che si trae dalla Prolusione gianniniana del 1959 è il coraggio nell'analisi contenutistica⁴⁰. Il tema della regolazione pubblica dell'economia – come si è visto – era stato ampiamente trascurato dalla giuspubblicistica e, in particolare, dalla scienza del diritto amministrativo. Giannini lo esplora perché lo ritiene essenziale per comprendere a fondo il ruolo dei pubblici poteri e lo stesso diritto amministrativo. E lo sceglie come oggetto della sua Prolusione in una Facoltà a quel tempo ancora fortemente legata agli indirizzi della postpandettistica: quasi ad esortare la dottrina ad abbandonare le "mitologie giuridiche" che la tenevano lontana dalla realtà concreta.

L'attenzione per la regolazione pubblica dell'economia resterà sempre viva nell'opera di Giannini, sia nei saggi che in lavori monografici, primo fra tutti il *Diritto pubblico dell'economia*, uscito in

³⁸ *Loc. ult. cit.*

³⁹ *Ibidem*, 323.

⁴⁰ Sull'ampliamento delle problematiche e dell'analisi contenutistica in Giannini si può vedere, per diversi profili, S. CASSESE, G. CARCATERRA, M. D'ALBERTI e A. BIXIO, *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994.

prima edizione nel 1977⁴¹. E la regolazione pubblica dell'economia è rimasto argomento cruciale, oggi tra i più rilevanti del diritto amministrativo, nazionale, europeo e globale.

La seconda grande lezione riguarda il metodo. Il giurista non resta isolato, ma si apre agli altri scienziati sociali. Si è visto che le prime due citazioni bibliografiche della Prolusione del 1959 richiamano scritti di sociologia ed economia. In questo, Giannini è stato sempre molto vicino ad un altro grande Maestro, Riccardo Orestano. Ed anche la Prolusione alla Sapienza di Orestano, del 1961, contiene diversi riferimenti a profili sociologici⁴². Ma l'apertura del giurista alle altre scienze sociali non diviene mai, in Giannini, deriva sociologica né politologica. Il giurista mantiene le sue peculiarità nella costruzione concettuale e nella tecnica analitica. Purché i concetti non siano più quelli rarefatti della tradizione. Vanno costruiti sul diritto positivo e non fatti discendere da teorie generali che inesorabilmente allontanano dal dato reale.

Insomma, è indispensabile “tenere i due capi della corda”, secondo l'insegnamento di Capograssi: da un lato, il capo della concettualizzazione; dall'altro, il capo della concreta esperienza giuridica. Se il giurista lascia cadere il primo, precipita nel vuoto descrittivismo; se lascia cadere il secondo capo, evade in una dogmatica sterile.

⁴¹ *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977. Sull'attenzione sempre dedicata da Giannini alla regolazione dell'economia sia consentito richiamare M. D'ALBERTI, *Lo Stato e l'economia in Giannini*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, 1087.

⁴² R. ORESTANO, *Ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in questa *Rivista*, 2013, 34; e ivi le belle pagine, dedicate alla Prolusione di Orestano, scritte da M. BRUTTI, *Rileggere Orestano. Teoria e storiografia del diritto*, 3.

Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia

Massimo Severo Giannini

SOMMARIO: 1. Inconsequenzialità del linguaggio politico economico. – 2. L'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia nel linguaggio politico economico. - Atteggiamenti assunti dalla giurisprudenza e dalla scienza del diritto. – 3. Impostazione di studio fondata sull'individuazione dei procedimenti regolativi dell'azione dei pubblici poteri. – 4. Individuazione di taluni procedimenti: sorveglianza. – 5. (*Segue*) Disciplina autoritativa di negozi interpretati. – 6. (*Segue*) Imposizione di obbligazioni pubbliche. – 7. (*Segue*) Procedimenti autorizzatori. – 8. e concessori. – 9. (*Segue*) Ordinamenti sezionali. – 10. (*Segue*) Programmazioni e pianificazioni. Conclusioni. – 11. Esame di possibili mutazioni di qualità derivanti da variazione quantitativa. – 12. Esame delle modificazioni dell'organizzazione. – 13. Possibile enucleazione di qualificazioni giuridiche dal linguaggio politico economico e suoi limiti. – 14. Conclusioni.

1. *Inconsequenzialità del linguaggio politico economico*

«L'industria, per isvolgersi e prosperare, abbisogna a tal segno di libertà, che non dubitiamo affermare essere i suoi progressi più universali e più rapidi in uno Stato inquieto sì, ma dotato di soda libertà, che in uno tranquillo ma vivente sotto il peso di un sistema di compressione e di regresso». Queste parole sono del Conte di Cavour, e con esse egli apriva, il 15 dicembre 1847, la sua per tanti aspetti mirabile collaborazione al giornale «Il Risorgimento».

Nel 1848 si manifestava in Piemonte una crisi dell'industria della seta. Quali mezzi si proposero per porvi riparo? «Assai più consentanea allo stato degli spiriti e più conforme al generale interesse sarebbe stata l'istituzione di filande sociali, promosse e dirette dalle amministrazioni pubbliche». «Per mala sorte il ministro cui dal calendario sappiamo esser affidata la cura dell'agricoltura, non ha campo a pensare ai produttori di bozzoli; forse perché è costretto a consumare moltissime ore nell'ascoltare interminabili discussioni sul valore grammaticale delle voci dell'indirizzo».

* Con diverso titolo, è questa la prolusione alla seconda cattedra di diritto amministrativo presso la Facoltà di legge dell'Università di Roma, letta il 12 marzo 1959. È stata volta in discorso scritto, e sono state aggiunte poche note all'inizio.

Chi scriveva queste parole non era un avversario del Cavour, come, quel «signor Brofferio», paladino di «misure funeste», quale l'imposta progressiva. Era il medesimo conte di Cavour.

Ho preferito citare Cavour invece che altri, come potrebbero essere Minghetti o Ricasoli, Ferrara o Scialoja, presso i quali sono più evidenti contrasti, perché Cavour è uno dei maggiori amministratori pubblici dello scorso secolo, anzi forse da apprezzare più come amministratore che come politico. Mi è sembrato estremamente significativo il fatto che le proprie contraddizioni gli sfuggissero del tutto, per cui, come nel caso ricordato, ritenesse compatibile la misura, giudicata più conforme al generale interesse, delle imprese pubbliche in gestione statale diretta e degli ammassi, con la proclamazione di un principio di libertà quanto più possibile ampia.

Preciso pure che adduco qui la contraddizione non in quanto caso eminente di quelle contraddizioni del liberismo, su cui gli studi di sociologi ormai hanno fatto piena luce; la adduco invece come esempio di una di quelle inconseguenzialità del linguaggio politico economico, che son da considerare a questo intrinseche, e che sono tanto nocive nella prassi. Pur senza arrivare alla tesi estrema, secondo cui questo linguaggio è per natura sua un'espressione meramente ideologica, nel senso di elaborato giustificativo parateoretico¹, mi pare indiscutibile e certo che esso si offre quantomeno in termini tendenzialmente parateoretici. Sottoposto al rigore di un'analisi che adoperi concettuologie tendenzialmente matematiche, com'è quella del giurista, esso sfugge da ogni parte. Onde si spiega com'è che il giurista credente è indotto a prospettarsi i problemi che quel linguaggio solleva in quadri di tremende difficoltà², il giurista incredulo

¹ Adotto le precisazioni di recente fatte nell'eccellente opera di W. STARK, *The sociology of knowledge*, London, 1958.

² Sarebbe interessante una ricerca sociologica sul senso di sgomento che prese i giuristi del primo terzo di questo secolo dinanzi agli istituti giuridici che si venivano introducendo sotto la pressione delle classi subalterne, o che queste agissero direttamente attraverso i loro rappresentanti portati in Parlamento dal suffragio universale o che, più spesso, agissero indirettamente sui rappresentanti di classi diverse. Si noti che sovente, in sede cronistica, lo sgomento dei giuristi era giustificato, perché i nuovi istituti, nella maggior parte dei casi, erano introdotti da conservatori, ossia si avveravano, sociologicamente, attraverso quella modalità che PARETO subito descrisse, e che chiamò riformismo dei conservatori: si accetta il propugnato istituto ma lo si attua con accorgimenti amministrativi tali da renderlo o improduttore o controproducente. Talché, in sede giuridica, esso si presenta, in questi casi, come ibrido o come un'entità informe.

in quadri di volgarizzazioni o ignoranti o propagandistiche³. Pure è avvenuto che questo linguaggio inconsequenziale è stato preso sul serio, in tempi recenti, dagli studiosi di scienze giuridiche.

2. *L'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia nel linguaggio politico economico. - Atteggiamenti assunti dalla giurisprudenza e dalla scienza del diritto*

Tale linguaggio, che per convenzione possiamo dire degli operatori economico-politici⁴, si materia oggi di vocaboli come liberismo, collettivismo, liberalizzazione, collettivizzazione, interventismo, dirigismo, astensionismo, economia individuale, statalismo, e numerosi altri simili. Si vorrebbero, con questi vocaboli, qualificare anche modi di essere dell'azione giuridica dei pubblici poteri nel campo dell'economia.

Come è avvenuto ciò? È avvenuto in quanto tale linguaggio è stato trasferito in sede scientifica, e da scienze quali l'economica – in Italia – e la sociologia – specie fuori d'Italia –, esso è arrivato fino ai giuristi, dei quali ha forzato l'iniziale cautela. Presso gli economisti oggi stesso è imperante, ma occorrerebbe un nuovo Fraser che si prendesse la cura di catalogare i significati dei vocaboli e la consecuzione sintattica delle proposizioni⁵. Vi sono stati, p. es., molti scrittori i quali hanno sostenuto che esiste una forte differenza tra l'economia diretta e l'economia programmata, e hanno scritto opere sottili per mostrare che la felicità vera dei popoli si ottiene con la prima, oppure con la seconda. Gli stessi vocaboli, usati però ad indicare entità del tutto diverse, hanno permesso di giungere ai medesimi risultati! La guerra di concetti si azzarda sino a lontananze da naufragio,

³ Del resto non mi par irriverente osservare che se in un cervello di così straordinaria lucidità come quello di Camillo Benso succedevano tali cose, che mai deve succedere in quello di un economista, di un teorico di partito, di un giornalista politico?

⁴ A questo punto abbandono ordini concettuali o sottintesi sociologici, per attenermi alla scienza del diritto: con operatori economico-politici si designano in modo generico, tanto gli elaboratori di ordini concettuali, quanto i formatori di opinioni pubbliche, quanto i detentori del potere di governo o i partecipanti ad esso, quanto infine gli imprenditori consapevoli delle categorie ultime della propria azione, o che si sforzano quantomeno di esserlo.

⁵ L.M. FRASER, *Economic thought and language*, London, 1937 (tr. it., *pensiero nella scienza economica*, Torino, 1953).

quando, p. es., si sono oppugnati gli abominevoli concetti di piano e di pianificazione, e si sono difesi quelli di programmazione, tanto meglio se elaborati dalle stesse categorie interessate!

Si potrà osservare che queste sono appunto quelle piramidi verbali, che, come pure sappiamo da lungo tempo, costituiscono lo scotto che la speculazione economicistica deve necessariamente pagare, ogni altra soggiace all'insidia delle parateoresi. Tuttavia sta di fatto che esse sono divenute di uso comune, e che si sono accampate anche nella scienza del diritto, sospettate e talora anche relegate nella stanza d'ingresso, ma presenti. In certi settori, come nella giurisprudenza, anzi particolarmente presenti. Quante volte non accade di leggere sentenze nelle quali, di fronte al dubbio sulla legalità di una norma o sulla legittimità di un provvedimento, si trova detto che ai tempi dello stato astensionista quel tal ragionamento secondo cui quel certo diritto del privato è garantito poteva anche andar bene, ma che oggi con lo stato «interventista» è cambiata ogni cosa. Appena che con un po' d'attenzione lo si consideri, siffatto argomento si mostra di un semplicismo talmente rudimentale da confinare con una formula esorcistica, ed è soprattutto astorico: se lo Stato cosiddetto interventista rappresenta una più complessa struttura rispetto allo Stato cosiddetto astensionista, esso dovrebbe presentare anche più articolate e più sottili distinzioni, ossia dovrebbe essere di più raffinata complessità del predecessore. Impiegare invece delle formule brute per la spiegazione della sua grammatica, significa, in risultanza estrema, rassegnarsi ad un semplicismo che concede tutto all'istanza autoritaria: e difatti proprio la giurisprudenza (specie della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato) ne fornisce la più accurata delle riprove, con la convalida massiccia che essa ha fatto, sulla base del falso argomento, di tutte le più discutibili norme e di tutte le più biasimevoli pratiche incidenti nelle libertà civili e nelle garanzie di attività economiche, ereditate dai venti anni di autoritarismo. Nel dubbio tra la libertà e l'autorità essa ha costantemente scelto quest'ultima, diversamente da quanto è accaduto e accade fuori d'Italia; in altra sede si potrà mostrare come essa ha sciupato così ogni occasione che le si presentava per assurgere ad un ruolo meno squalido di quel che dopo cento anni di nostra storia si segna al suo passivo. Qui il fatto interessa principalmente come dimostrazione di quello che può fare di male un ordine concettuale inconseguenziale.

E la dottrina? La dottrina, per parte sua, ha seguito due strade. Con una ha operato una fuga in avanti, mettendosi a discettare o sul significato delle parole prese dagli operatori economico-politici, oppure sull'esistenza di un diritto dell'economia, o di un diritto amministrativo dell'economia o di simili altre discipline. Quanto al primo profilo quel che diciamo val più per la dottrina tedesca e francese che per quella italiana⁶. Così come i giuristi inglesi o americani, gli italiani hanno avvertito che la discussione sul significato delle parole è poco utile, perché trattandosi di vocaboli che non cadono nella cerchia del linguaggio legislativo, il loro uso è rimesso a stipulazioni definitorie degli scienziati, che possono anche esser fissate volta per volta.

Non così per il «diritto dell'economia», sul quale anche da noi si sono accese dispute. La discettazione in ordine ad esso è però da ritenere sicuramente avente ad oggetto una falsa sintesi, che assume come dati di partenza delle individuazioni di parti della normazione positiva ovvero delle partizioni di scienze giuridiche, non nel loro valore reale, ma in un valore, se non nominale, astrattistico. In sostanza, essa non serve a nulla, perché, come sempre avviene in tali casi, si sostanzia in una questione di nome da dare ad un edificio, prima di sapere se esso può esser fatto, e soprattutto, come.

L'altra strada ha condotto invece ad una sorta di giro per le istituzioni positive: come sono disciplinate da norme pubblicistiche l'impresa, l'istituzione dell'impresa, l'esercizio dell'impresa, il finanziamento dell'impresa, il ciclo lavorativo adottato dalle imprese, il personale delle imprese, ecc., e così via per gli altri istituti: la proprietà, il lavoro, il commercio, ecc. Da questa strada si è giunti a raccogliere una quantità di materiale, là dove essa è stata seguita con serietà e con spirito scientifico, com'è accaduto in Francia e in Germania; ma si tratta di materiale che semmai può essere ordinato, non di materiale che può essere elaborato. Anzi direi che esso non è elaborabile, e la ragion mi pare evidente, anche se sottile a penetrare. Si può comprendere che si possa elaborare una teoria dell'impresa o della proprietà o del lavoro *in diritto privato*, poiché qui l'individuo

⁶ Dopo questa propulsione è stata pubblicata la monografia di V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, nella quale specie al cap. I, 25 ss., si trova diffusamente esposto il vario ricercare dei giuristi di cui qui si parla, ed alla quale possiamo quindi rinviare il lettore. Egregiamente lo SPAGNUOLO VIGORITA si astiene dal mettersi anch'egli sulla strada della verbalistica.

è il protagonista: è esso che realizza se stesso come proprietario, imprenditore, lavoratore, e queste sue manifestazioni lo assorbono con un assoluto impegno di vita. Ma non è possibile elaborare teorie della disciplina pubblica della proprietà, o dell'impresa, o del lavoro: rispetto al pubblico potere questi sono istituti esterni, che il pubblico potere medesimo limita, non adopera, in quanto non ne costituiscono l'impegno; su di essi il pubblico potere può svolgere azione di vigilanza o di direzione, ma non da essi trae vita e ragione d'essere. Tant'è che se esso diviene proprietario, imprenditore, lavoratore (p. es. appaltatore di servizio), perde tendenzialmente la sua specie di pubblico potere e rientra sotto l'ambito del diritto comune.

Si può dunque dire che questa strada sarà idonea a dare delle descrittive, a precisare delle morfologie esterne, ma non ad elaborare delle teorie, ossia ad operare delle autentiche sintesi, o, se si vuole, a forgiare serie concettuali atte a fondare un ordine concettuale giuridicamente conclusivo.

3. *Impostazione di studio fondata sull'individuazione dei procedimenti regolativi dell'azione dei pubblici poteri*

Trattasi dunque di individuare un approccio che da un punto di vista problematico sia più pertinente.

Senza ulteriormente soffermarci su considerazioni critiche e metodologiche, direi che esso potrebbe essere il seguente. Chi si pone a ricercare attraverso quali strumenti i pubblici poteri svolgono delle azioni giuridicamente determinanti nel campo dell'economia, posto che i pubblici poteri medesimi non possono agire che mediante procedimenti amministrativi, deve individuare quali sono questi procedimenti; indi attraverso i canoni consueti della ricerca propria delle scienze del diritto cercare i tratti comuni e le differenze specifiche; indi tentar di giungere alla teoria di questi procedimenti, nella varia determinazione delle loro componenti soggettive ed oggettive, dei loro effetti, e così via.

È da ritenere estremamente plausibile che alla fine di studi condotti secondo una problematica di questa fatta, si vedrà come procedimenti identici possono avere ad oggetto indifferentemente la proprietà, l'impresa o un'attività del privato qualificata per il suo contenuto tecnico o professionale; e che viceversa un privato possa trovarsi assoggettato a più specie di tali procedimenti – tra loro an-

che differenti –, pur presentandosi sempre nella medesima veste di operatore determinato.

Qui, senza aver la pretesa di fornire una sistematica esauriente, vorrei solo rapidamente indicare alcune delle figure più importanti di questi procedimenti, l'esposizione potrà presentare interesse, perché da un lato si vedrà che talune delle figure non sono affiorate con l'evidenza che sarebbe necessaria all'attenzione della dottrina, quando addirittura non siano conosciute che da ristrettissimo numero di studiosi; ma dall'altra si vedrà che, l'interesse delle varie figure va al di là di quanto strettamente riferibile all'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia, per assurgere alla teoria generale.

4. *Individuazione di taluni procedimenti: sorveglianza*

La più semplice e la più antica di queste figure è data dal procedimento di sorveglianza, o di vigilanza, come pur si dice. Trattasi di procedimento che si inquadra da un lato in una norma di divieto di porre in essere determinate azioni o anche attività da parte dei privati, e dall'altro in una norma che prevede una sanzione per l'inservanza della norma di divieto. L'osservanza medesima è, dall'amministrazione, accertata in più maniere, come p. es. ispezioni, campionature, invio obbligatorio di prodotti da parte del privato. Ove riscontri inosservanza, essa stessa applica la sanzione, per lo più amministrativa, ma talora anche penale in senso stretto.

Il procedimento di sorveglianza lo troviamo però nella materia della repressione delle frodi di commercio, in quella di vigilanza igienica, nella struttura delle imposte di fabbricazione così come in quella dei tributi doganali. In tutti i divieti di fabbricazione industriale o di impiego industriale o agricolo di certi prodotti esso emerge come strumento tipico di azione dei pubblici poteri. Suo provvedimento tipico – da nessuno sinora studiato – è il prelievo, coattivo o volontario, di campione, onde il procedimento si classifica nella categoria dei procedimenti ablatori.

Dicevamo che questo procedimento è dei più antichi, e difatti già le legislazioni medioevali ci danno esempi di divieti di adulterazione di prodotti o di messa in commercio di merci adulterate, e la sanzione non è solo amministrativa – confisca del prodotto, multa, revoca della licenza di fabbricazione o di commercio –, ma sovente è

anche penale. Tuttavia ancor oggi questo procedimento è usatissimo dalle legislazioni attuali, anzi i divieti di uso di prodotti sono sempre più frequenti, ed hanno ragioni tra le più varie: igienica e sanitaria, fiscale, di incoraggiamento dell'uso di certe merci e viceversa di limitazione del consumo. È l'organizzazione della sorveglianza che è molto difettosa, malgrado l'aumento degli organi tecnici del tipo dei laboratori e delle stazioni sperimentali.

5. (Segue) *Disciplina autoritativa di negozi interpretati*

Una seconda figura è data dai procedimenti di disciplina autoritativa dei negozi interpretati. Va chiarito che la disciplina autoritativa del negozio privato operata attraverso lo strumento legislativo è coeva al sorgere delle normazioni positive, e quando la *ratio* della norma che contiene questa disciplina attiene ad una ragione dell'economia, si può certo parlare di regolazione pubblica dell'economia. Tuttavia la regolazione fatta direttamente dal legislatore positivo è fuori dell'ambito delle nostre attenzioni, che si appuntano solo sull'azione amministrativa dei poteri amministrativi nel campo dell'economia. Devo fare questa precisazione non per segnare un limite di comodo al nostro tema, ma perché lo studio della regolazione legislativa della materia economica sta su piano diverso da quello in cui qui ci muoviamo, e va condotto con altro metodo e su diversa problematica, investendo esso direttamente la conformazione di base delle statali.

Qui il fatto a cui alludiamo è profondamente diverso, e consiste, nella sua essenza, in questo: che un pubblico potere, con un provvedimento amministrativo, disciplina un negozio tra privati. I modi con i quali avviene sono diversi, e, per usare un linguaggio povero e non impegnativo possiamo dire che il provvedimento amministrativo produce l'effetto di costringere il privato a negoziare, ovvero a negoziare solo con controparti determinate, ovvero a negoziare secondo contenuti determinati. Abbiamo così il provvedimento amministrativo determinativo di obbligo a negoziare, e quello determinativo di clausole negoziali necessarie, attinenti or al soggetto or all'oggetto. Vorrei dire altresì che è più importante il secondo tipo anziché il primo, ossia è meno importante il provvedimento che impone la vendita, il deposito, la riconduzione cosiddette coattive, del provvedimento che impone clausole attinenti a modalità lavorative, a caratteristiche che deve avere il bene, a prezzi, e così via.

Anche questi provvedimenti – che non sono mai stati studiati sino ad oggi – appartengono a procedimenti ablatori, in quanto con essi l'autorità sottrae al privato facoltà varie: di disposizione, di godimento, di scelta di tempi, di persone o di luoghi, e simili. Benché essi possano esser ipotizzati dal legislatore in contemplazione di motivi anche diversi da quelli economici, tuttavia in prevalenza essi sono volti a fini di disciplina dell'azione interprivata in ordine a risultati economici da conseguire.

Soggiungiamo, infine, che questi procedimenti, pur essendosi quantitativamente molto diffusi in tempi recenti, non sono un'invenzione moderna. Le vendite obbligatorie di prodotti agricoli, la manovra autoritativa dei prezzi, l'imposizione di modalità di fabbricazione o prestazione di lavoro, sono coeve col sorgere dello Stato moderno. Le borse, i magazzini generali, i noleggi coattivi li troviamo già operanti nelle legislazioni dello scorso secolo.

6. *(Segue) Imposizione di obbligazioni pubbliche*

Un'ulteriore figura è data dai procedimenti di imposizione di obbligazioni pubbliche. La più importante specie di questi è costituita dall'imposizione tributaria, e lo studio di essa è ormai talmente progredito che è fin superfluo ricordare come tale imposizione abbia, accanto alla funzione principale di provvista di mezzi pecuniari ai pubblici poteri, la funzione di manovra dell'economia, e che anzi in taluni tributi questa diviene preminente e l'altra resta recessiva.

Accanto all'imposizione tributaria esistono parecchie altre specie di impostazioni in funzione di regolazione dell'economia, le principali delle quali sono quelle che riguardano gli ammassi, reali od obbligatori che siano, e le precettazioni di prodotti, esistenti o futuri.

È anche inutile ricordare che le varie specie di imposizioni pubbliche esistono tutte da molto tempo nelle legislazioni positive: anche quelle che taluni ritengono novità del mondo moderno, come gli ammassi. È altresì inutile rammentare che le imposizioni sono tutte provvedimenti di procedimenti ablatori.

A questo punto direi di fermarci un momento. Sinora abbiamo esaminato delle figure che si ascrivon tutte ad una stessa categoria, che è quella dei procedimenti ablatori, e possiamo anche fissare una conclusione: che le figure di cui abbiám parlato non presentano par-

ticolari originalità, per il fatto di essere volte a fini di disciplina dell'economia. In sostanza rimangono, almeno sotto un profilo strumentale, le medesime anche se volte ad altri fini, p. es. di protezione sociale, di sanità, di cultura. La constatazione potrà forse sorprendere, ma nella sua essenza giuridica mi par proprio evidente. La precettazione del bestiame a fini zootecnici o a fini di approvvigionamento del mercato, motivi a parte, son istituti eguali; l'imposta doganale comune, a fini fiscali, o quella protettiva, a fini economici, son addirittura il medesimo istituto. E si potrebbe così proseguire sino alla fine.

Vediamo allora, dopo questa constatazione negativa, se riusciamo a trovare procedimenti più propriamente destinati alla regolazione dell'economia nel novero delle altre specie.

7. (*Segue*) *Procedimenti autorizzatori*

Possiamo dir subito che i procedimenti autorizzatori non ci offrono questa soddisfazione, benché a taluni ciò non sia apparso così chiaro. Siccome, si dice, nel provvedimento autorizzatorio si ha, per definizione, la composizione di un interesse pubblico con un interesse privato, esso è lo strumento per eccellenza di «intervento» nella disciplina dell'economia. Ma in realtà, pur potendosi concordare con l'osservazione relativa alla particolare felicità operativa dei provvedimenti autorizzatori per ciò che concerne gli interessi dei privati, è indubbio che la tassonomia delle varie specie di provvedimenti autorizzatori, ossia, citando senza un ordine preciso, le autorizzazioni in senso stretto, le licenze, le approvazioni, le dispense, e così via, si modella non sui fini o sui motivi dei provvedimenti, ma sulla natura degli elementi che li compongono e degli effetti che si producono. Ond'è che la licenza di importazione o l'autorizzazione all'acquisto vanno poste nella medesima categoria giuridica, così come vanno nelle medesime categorie l'autorizzazione all'impianto industriale e la licenza edilizia, oppure la licenza di commercio e l'autorizzazione professionale: nelle coppie di provvedimenti che enunciamo, l'uno è strumento di disciplina della economia, l'altro no.

Si può dunque dire che anche il procedimento autorizzatorio è figura che è usata, anzi largamente usata, per la disciplina dell'economia da parte di pubblici poteri, ma che essa non presenta proprietà sue per il fatto di ricevere tale uso.

8. *e concessori*

Passiamo ora all'esame dei procedimenti concessori. Anch'essi come quelli autorizzatori di cui si è or parlato, sono stati usati ampiamente anche in passato. I procedimenti concessori postulano tutti che vi sia certa attività riservata ai pubblici poteri, sia in ordine alla titolarità che all'esercizio, ovvero che determinati beni siano riservati solo ai pubblici poteri. L'indicazione della riserva, delle situazioni pertinentziali, e simili, sono stabilite dal legislatore. Ma nella misura in cui questo attribuisce ad un'autorità amministrativa la cura di un servizio o il godimento di un bene, attribuisce anche alla medesima autorità dei poteri, tendenziali, di dare concessioni di esercizio del servizio o di uso del bene. E difatti tutte le concessioni che abbiano ad oggetto materia di economia pubblica non presentano differenze in ordine alle varie specie, salvo, beninteso, i motivi e il contenuto.

In termini applicativi, che la legge riservi originariamente allo Stato i servizi di posta, e che lo Stato li dia poi in concessione, ovvero riservi i servizi di trasporto di linea di persone, o di cose, o di persone e cose, su strada, o anche per mare, ovvero anche per aria, è questione di diritto positivo, in ogni caso essendo simili i procedimenti concessori relativi.

Dunque si può concludere che anche per i procedimenti concessori vale quanto si è constatato a proposito dei procedimenti autorizzatori.

9. *(Segue) Ordinamenti sezionali*

Si potrebbe pensare che qualificazioni speciali possano desumersi combinando un procedimento con una figura organizzatoria. E difatti, a primo approccio, sembrerebbe che così fosse, nella figura che si conviene chiamare oggi ordinamento sezionale. È questo un ordinamento giuridico secondario quanto all'esistenza e quanto all'efficacia, che si forma tra soggetti che hanno sempre bisogno di un'autorizzazione per svolgere la loro attività, e che, con il solo fatto di ricevere l'autorizzazione, vengono immessi in un'organizzazione preordinata dallo stesso legislatore, nel seno della quale essi sono obbligati a sottostare a vigilanza e ad ordine di un organo statale sopordinato. L'esempio più studiato di siffatti ordinamenti sezionali è dato, nel nostro diritto positivo, dall'ordinamento del credito, che

riunisce tutti gli istituti di credito, pubblici o privati, nazionali o locali, ordinari o speciali.

Nell'ordinamento sezionale l'organo dirigente ha indubbi poteri di autorizzazione di taluni atti o di talune attività, e ha inoltre un potere di vigilanza, di disciplina autoritativa di negozi interprivati, di imposizione di obbligazioni, e in più dei poteri di ordinare alle imprese di seguire comportamenti che esso prescrive, sotto comminatoria di sanzioni che esso stesso applica.

Ma è pur vero che se l'ordinamento sezionale si adopera soprattutto per regolazione di materia di economia, può esser adoperato anche ad altri fini, come p. es. sanitario (farmacie), di tutela del pubblico degli utenti (imprese di *public commodities*, negli Stati Uniti), di efficienza tecnica (edilizia economica), e così via. L'ordinamento sezionale è dunque anch'esso uno strumento efficientissimo di regolazione dell'economia, ma non è in esclusiva di questa.

10. (Segue) *Programmazioni e pianificazioni. Conclusioni*

E veniamo così alle programmazioni e alle pianificazioni. Il discorso potrebbe qui diventare tanto lungo da andar oltre la misura che ci incombe, onde preferisco saltare ogni sviluppo argomentativo intermedio, e dire che programmazioni e pianificazioni sono, si potrebbe dire, dei procedimenti composti, ossia dei procedimenti di procedimenti. I procedimenti componenti sono dei tipi più noti: concessori, autorizzatori, ablatori, e si affiancano o si susseguono secondo un ordine operativo di maggior o minor rigidità. Da un punto di vista storico, in sede costituzionale le programmazioni sono connaturate all'esistenza stessa degli ordinamenti generali necessari, e quindi degli Stati, per rimanere nel giro dell'orizzonte degli interessi di uomini presenti, ossia non prendendo in considerazione quelle esperienze di vita associata ormai declinate a fatti di erudizione. Se lo Stato comporta, il governo, il governo comporta il programma politico.

In sede amministrativa le programmazioni e le pianificazioni sono invece un frutto di maturità. Da quelle che una volta rappresentavano le più delicate e le più importanti amministrazioni degli Stati, che erano le organizzazioni militari, esse si son estese via via all'assetto finanziario degli apparati statali, nella specie dei bilanci di cassa e dei consuntivi e di qui all'assetto ecologico-operativo, nella

specie di programmi e di piani urbanistici, di comunicazioni, di bonifica, e simili; e infine all'assetto economico-sociologico, nella specie di programmi e di piani economici.

Or chi analizzi una qualsiasi specie di piano, anche della più elaborata complessione, si avvede che esso si compone di procedimenti di concessione che potranno essere di servizi, di beni, o anche di somministrazioni di danaro, di procedimenti autorizzatori, e di moltissimi procedimenti ablatori – almeno nei piani ecologici ed economici – appartenenti anche a figure diverse da quelle che abbiamo menzionato: imposizione di vincoli di destinazione, ordini operativi, discipline autoritative di negozi interprivati, imposizione di obbligazioni, e così via. L'unità del disegno operativo che collega i vari procedimenti, giuridicamente costituisce tra essi nulla più che delle presupposizioni e delle condizioni di efficacia: in tanto il procedimento implicato si realizza in quanto si perfezioni il procedimento implicante, oppure in tanto il provvedimento costitutivo di un procedimento acquista o conserva efficacia in quanto un altro procedimento si perfezioni.

Sommariamente così definiti i programmi e i piani, mi par che non ci resti che dover ripetere le medesime constatazioni. Il programma e il piano economico, che tanto hanno colpito certuni, sono un'estensione ad un più ampio oggetto di figura giuridica già nota. Il fatto che il bilancio preventivo dello Stato, in particolare il bilancio di competenza, si chiami bilancio, non gli toglie per nulla la sua natura di piano; che in esso predominino i procedimenti autorizzatori su quelli ablatori, è un dato tecnico, che si potrà anche spiegare per il suo contenuto, ma che non ne altera la natura.

È dallo scorso secolo, del resto, che esistono i «programmi di costruzioni ferroviarie», i «piani di risanamento», e risalgono al secolo ancor precedente i piani di bonifica. Che poi tali programmi e piani realizzino interventi dei pubblici poteri nell'economia, lo avvertiva già Cavour quando il Governo sardo si mise a costruire ferrovie e strade, o quando creò il porto della Spezia.

Sicché, sotto l'aspetto giuridico, questi istituti non sono né nuovi né, mi sembra, arcani.

Con ciò abbiamo, sia pur succintamente, esaurito la rassegna dei cedimenti amministrativi principali, in materia di azione dei pubblici poteri nel campo economico. Da essa si possono indurre alcune considerazioni.

La prima, e la più importante, è che non esistono procedimenti regolatori dell'azione amministrativa relativa alla disciplina dell'economia diversi da quelli relativi alla disciplina dell'economia medesimi. La seconda, che le normazioni positive moderne hanno perfezionato tipi di procedimenti già noti, ma non hanno introdotto novità sostanziali: ciò potrà dispiacere agli inventori giuridici, ma è così. La terza, di rilievo prevalentemente metodologico, che l'approccio che si era suggerito, per uno studio più razionale dell'azione dei pubblici poteri nel campo economico, si mostra, ad una prima delibazione, fruttuoso.

11. *Esame di possibili mutazioni di qualità derivanti da variazione quantitativa*

Giunti a questo punto, dobbiamo darci conto di due osservazioni che potrebbero esserci mosse. Vero che i procedimenti amministrativi dell'azione dei pubblici poteri nel campo economico non hanno originalità, né sono nuovi, anche se tali potevano sembrare; ma è pur vero, si potrebbe dire, che mentre prima quantitativamente tali procedimenti erano pochi, oggi essi sono moltissimi. E le variazioni di quantità, quando superano una certa soglia, divengono mutazioni di qualità. Si potrebbe aggiungere che, a parte lo stabilire se le qualificazioni dell'azione dei pubblici poteri si sono modificate, si può ritenere modificata l'organizzazione dei pubblici poteri, in specie quella che si estrinseca in attività che non ricevono qualificazioni di diritto pubblico, ma di diritto comune.

Vediamo dunque di esaminare le due osservazioni.

Che nel campo giuridico la variazione quantitativa ridondi in mutazione qualitativa, è cosa indubbia. Basti ricordare che nel diritto privato vi fu un periodo in cui l'istituto saliente dei rapporti interprivati era dato dalla divisione dei domini in utile ed eminente; l'istituto ancor oggi rimane, ma con rilevanza marginale. Che in tempi più recenti l'istituto saliente diveniva la proprietà immobiliare, essendo l'impresa quantitativamente secondaria; che col procedere del tempo, la variazione quantitativa in ordine all'impresa finiva per far assumere a questa quel carattere dominante, ancor oggi posseduto.

Potrebbe quindi avverarsi la medesima vicenda nella materia della azione dei pubblici poteri in campo economico. E difatti non

sono mancati economisti che hanno creduto di poterla riscontrare nella realtà: si è detto che da un'azione nel campo economico, incardinata principalmente sul procedimento di vigilanza, si è passati ad un'azione incardinata sui procedimenti autorizzatori e concessori, e poi ad un'azione incardinata sui procedimenti di programmazione e di pianificazione. O, con altra terminologia, da una fase di polizia dell'economia si è passati ad un'economia controllata – attraverso lo strumento delle autorizzazioni e la riserva delle concessioni –, ad un'economia corretta – caso delle programmazioni –, e ad un'economia diretta – caso delle pianificazioni –.

Una coscienza scientifica appena un poco vigilata percepisce però subito che in ordini seriali così puliti non può non celarsi qualche forzatura concettuale. Osa troppo la storiografia – anche se minima storiografia come questa di cui qui si discorre – quando si pone di fronte ai disordini della storia con lo spirito dell'agrimensore. E difatti se si vanno a controllare sulla normazione positiva simili costruzioni, ci si avvede che esse non trovano corrispondenza con la realtà. Non è vero, cioè, che i procedimenti di vigilanza, o, se si vuole, di polizia dell'economia, cedano a favore degli altri; anzi, al contrario, sono in aumento anch'essi. Potrà forse notarsi una diminuzione dei procedimenti autorizzatori, ma per ragioni tecniche, cioè perché si è creduto poter ritenere che essi, sotto un profilo di scienza della amministrazione, servivano a ben poco. È vero che programmazioni e pianificazioni sono in aumento, ma sono in aumento anche tutte le figure dei procedimenti ablatori. Sicché può dirsi che la schematizzazione per tipi di procedimenti predominanti per periodi è artificiosa, e quindi inutile. Potrà forse avere interesse sociologico, e anche qui di larga approssimazione; giuridicamente è inconclusiva.

Soggiungerei anche un'altra considerazione, di valore generale. Dire che un certo diritto soggettivo, un certo negozio, un certo procedimento ha rilievo giuridicamente predominante, ha un significato giuridico nella misura in cui un ordinamento positivo contenga un principio generale, o un gruppo di principi collegati, per effetto dei quali quel diritto o negozio o procedimento assurge a regola generale, e ogni disciplina normativa che nel contempo si diversifichi assume invece valore di eccezione. Così, per esempio, nella normazione di taluni stati degli Stati Uniti, in cui l'istituto fondamentale dell'azione nel campo economico è quello dell'ordinamento sezio-

nale degli imprenditori, rappresenta l'eccezione il procedimento di concessione o quello di imposizione di obbligazioni pubbliche; in una normazione come quella degli stati di tipo sovietico, in cui la gestione delle attività economiche di base nel settore industriale è affidata a pubblici poteri e vige un principio di pianificazione autorizzatoria interna concernente gli investimenti e la produzione, rappresenta l'eccezione il procedimento di concessione od un tipo di pianificazione più estesa, come, poniamo, quella che investisse il processo distributivo tra le imprese pubbliche.

Se così è, si converrà che in ordinamenti statali eclettici, come è quello nostro, in cui vi è una compresenza di ogni sorta di procedimenti, dire che uno o un gruppo di essi è giuridicamente dominante significherebbe farlo assurgere a regola generale: il che proprio non è; non è non nel senso che non è vero in diritto positivo, ma proprio nel senso che non è possibile.

12. *Esame delle modificazioni dell'organizzazione*

Passiamo quindi alla modificazione dell'organizzazione dei poteri.

Certo qui ci imbattiamo nel tratto più vistoso delle modificazioni attinenti alla posizione dei pubblici poteri rispetto all'economia: l'aumento del numero degli organi dello Stato, nonché degli enti inquadrabili tra i pubblici poteri o ad essi legati, che curano interessi attinenti all'economia è impressionante, in ogni Stato moderno. Direi ancora di più: che ormai le figure soggettive inventate dal legislatore in questo campo – con una fertilità senza uguali – tendono, con l'esperienza, a tipizzarsi; ond'è possibile già oggi individuare alcuni rapporti giuridici organizzatori di valore generale, p. es. in ordine ai rapporti tra stato ed enti pubblici strumentali, alla posizione degli amministratori di tali enti, alla struttura degli atti mediante i quali si assicura l'esattezza del modo di cura degli interessi commessi agli enti e agli effetti degli atti medesimi; oppure in ordine ai rapporti tra enti pubblici e imprese private poste sotto la direzione di essi, alla posizione degli imprenditori o degli amministratori di queste imprese, e così via. In proposito la più recente dottrina del diritto costituzionale e del diritto amministrativo hanno introdotto alcuni spunti che son da ritenere estremamente felici.

Vorrei tuttavia ricordare, e anzi vorrei che fosse sottolineato, che le categorie giuridiche dell'azione non collimano con quelle dell'organizzazione: un servizio pubblico di erogazione, che in ordine all'azione si estrinseca in contratti di somministrazione di diritto comune, pur se gestito in forma pubblica, può esser commesso indifferentemente ad un organo dello Stato, ad un organo speciale, ad un ente pubblico in via istituzionale, ad un ente pubblico in via occasionale, e così via secondo altri modi; eppur rimane sempre lo stesso servizio per ciò che attiene ai rapporti giuridici con gli utenti.

Non è dunque accettabile l'opinione di chi vorrebbe, dallo studio delle categorie giuridiche concernenti l'organizzazione, dedurre implicazioni in ordine alla qualificazione dell'azione dei pubblici poteri. Le due qualificazioni stanno su piani diversi: quelle dell'organizzazione attengono ai rapporti tra stato persona e stato ordinamento, e quindi sono attuazione delle garanzie reciproche che i gruppi si prestano secondo le regole fondamentali della costituzione. Quelle dell'azione attengono ai rapporti tra pubblici poteri e soggetti privati, siano essi, in sede economica, produttori o consumatori, operatori primari, secondari o terziari.

Che dunque lo Stato sia oggi caratterizzato dalla presenza (necessaria, si dice), di enti pubblici economici, che debbano esistere varie specie di imprese pubbliche in ragione dei fini che la norma costituzionale impone al governo o che il programma politico consiglia, che sia necessaria l'una o l'altra struttura del rapporto di direzione o dei poteri di controllo, son tutti fatti indeterminativi in ordine alle qualificazioni giuridiche dell'azione dei pubblici poteri nel campo economico.

13. *Possibile enucleazione di qualificazioni giuridiche dal linguaggio politico economico e suoi limiti*

Ma allora, ci si potrebbe ora dire, non avevano torto i giuristi della fine del secolo passato, allorché negavano ogni validità giuridica a vocaboli quali liberismo, collettivismo, protezionismo, e simili. Questi sono, essi dicevano, indirizzi di politica economica, non enunciativi di regole giuridiche: hanno rilievo giuridico se e nella misura in cui divengono indirizzi di governo e regole sull'uso del potere discrezionale dei pubblici poteri, ai fini del controllo politico del governo e del controllo di opportunità della amministrazione.

Ma se è così, perché quelle accuse di insensibilità e di formalismo che furono allora mosse a quei giuristi?

Riterrei che le accuse erano giustificate, ma insieme che i vocaboli non hanno validità giuridica. Le accuse erano giustificate perché quando una certa strutturazione o un certo insieme di precetti che stanno al di sotto di quei vocaboli assumono dei tratti tali da divenir permanenti in un ordinamento giuridico, ossia da costituire elementi della sua stessa normazione e della sua stessa organizzazione, non si può più parlare di indirizzi di governo o di direttive politico-amministrative. Ma proprio questo scopre, per altro verso, perché la scienza del diritto non può rimaner soddisfatta da quei vocaboli: se ad essi sottostà una realtà che è, in varia misura, parte costitutiva di un ordinamento, occorre che quei vocaboli vengano tradotti in statuizioni giuridiche più accurate, vengano, se così può dirsi, trascritti in termini giuridicamente significativi, in formule che enuncino dei principi, organizzativi o intersubiettivi, non ambigui, ma precisi e distinti. Occorre, passando alla metodica, sottoporre ad analisi la realtà che sta sotto quei vocaboli, articolarla, ed enucleare quei principi che essa cela o può celare.

Liberismo o interventismo o dirigismo giuridicamente non significano nulla, proprio perché significano troppe cose; ammesso che in altre scienze abbiano un significato, essi ripugnano alla scienza del diritto, la quale usa come unità la qualificazione giuridica, che è un'unità analitica e specifica. Se dunque in tali vocaboli è possibile individuare una o più qualificazioni giuridiche, saranno queste ad aver rilevanza per il giurista, non l'indefinito vocabolo in sé. Vi potranno essere dei vocaboli che contengono un principio generale organizzativo, un principio relativo ad un settore; altri invece non conteranno nulla. In ogni caso sarà il principio o regola o altro che interessa il giurista, non il vocabolo come tale; questo è, per il giurista, una mera espressione di comodo; nei casi in cui può avere più preciso contenuto, potrà esser qualcosa di più, mai tuttavia più di una sintesi verbale.

La riprova ce la danno del resto gli stessi ordinamenti positivi.

Gli Stati Uniti d'America sono considerati uno Stato liberista o quantomeno tenuamente interventista. Pure la disciplina delle imprese di pubblica utilità è, in questo paese, molto più penetrante di quello che non sia, p. es. da noi, la disciplina delle imprese creditizie,

che è considerata una delle punte massime di «interventismo» pubblico. I poteri della commissione americana contro i trust sarebbero poi decisamente incostituzionali, nel nostro sistema.

La specie più ampia e pesante di pianificazione economica non è quella dell'URSS, che si proclama Stato collettivista, ma è stata quella della Germania nazista, che si proclamava Stato ad economia programmata; mentre l'Inghilterra, che prima del secondo conflitto mondiale si proclamava liberista, già assoggettava le società private ad un controllo contabile pubblico che neppure si osa pensare oggi da noi, che siamo uno Stato «interventista»; anche la Germania di Bon si proclama liberista, ma ha adottato un esemplare congegno per un indirizzo delle scelte private diretto dei pubblici poteri: guai tuttavia a dire che è un paese dirigista. Mentre la Nuova Zelanda, che era un paese laburista, e la Spagna, che non si sa bene cosa sia, ma comunque si proclama non liberista, non conoscono un principio generale sui limiti della libertà di iniziativa privata come quello che esiste nell'art. 41 della nostra costituzione.

Ecco dunque in che senso è bene che il giurista usi il meno possibile quei vocaboli, e invece si occupi di enucleare quelle qualificazioni giuridiche che con essi si vogliono esprimere; queste, tuttavia, saranno sempre, per loro natura, circoscritte, e sovente, alla fine della ricerca, si potrà vedere che sono contraddittorie: contraddittorie non solo in un ordine comparatistico nel tempo e nello spazio (liberismo può contenere qualificazioni contraddittorie in Inghilterra 1910 e 1950, negli Stati Uniti e in India 1950) ma finanche in un ordine che potremmo dire di diritto interno cronisticamente determinato (uno Stato liberista irto di monopoli giustificati per mantenere il liberismo, uno Stato interventista che lascia l'elettricità alla industria privata cercando una giustificazione nel fatto che formalmente essa è in concessione).

14. *Conclusioni*

Giunti al momento di trarre delle conclusioni finali da questo tenue discorso, vorrei augurarmi che si sia avvertito come esso ha voluto esser principalmente un discorso critico e di richiamo ad una metodica.

Il suo risultato critico è l'aver tentato di mostrare come l'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia, considerata da un

punto di vista giuridico, non ammette, quantomeno oggi, delle formule di sintesi giuridicamente significative; quelle in uso sono, nel migliore dei casi, delle sintesi verbali. Normalmente l'azione pubblica nel campo economico è retta da una pluralità di qualificazioni compresenti, variabili quanto alla distribuzione quantitativa, secondo criteri sempre empirici. Soprattutto si attua in strumenti ben precisi, che sono procedimenti amministrativi, anch'essi tuttavia impiegati secondo regole di mera empiria, e niente affatto tipici dell'azione stessa: quelle che sembrano le più ardite figure escogitate da legislatori dei nostri tempi, non sono, al massimo, che composizioni di procedimenti amministrativi già noti.

In sede metodica, esso ha voluto mettere in evidenza che per rendersi esatto conto delle qualificazioni giuridiche esistenti, non serve lo studio delle materie positive delle quali esiste una disciplina, bensì occorre uno studio approfondito dei procedimenti amministrativi di più frequente e costante applicazione. È estremamente plausibile, del resto, che nel quadro del genere a cui tali procedimenti si ascrivono, siano precisabili specie più propriamente adibite a finalità di disciplina dell'economia.

Con diverse parole, se è da ritenere scientificamente sterile, e anzi impossibile, una teoria generale dell'«intervento dello Stato e dei pubblici nell'economia», e pericoloso l'impiego di vocabolari e di puntualizzazioni teoriche o teoretiche che in altre discipline si può forse credere abbiano propria validità; se è da reputare inutile l'accendere ipoteche dogmatiche sui mercati, sugli ammassi, sulle imprese pubbliche, e su cento altri istituti positivi, perché non si avrebbero sintesi, ma descrizioni o al massimo frammenti di sintesi, invece pienamente possibile ed auspicabile è la teorizzazione dei procedimenti amministrativi generali: l'imposizione di obbligazioni pubbliche, la disciplina autoritativa di negozi interprivati, i procedimenti di vigilanza, e così via, costituiscono esempi di questi possibili spunti di teoria. Mi sembra che questo discorso potrà dirsi aver raggiunto il suo scopo se tali ricerche avrà, non dico individuato, ma quantomeno semplicemente suggerito.

SAGGI

La legge e la tradizione. Glossatori civilisti e decretisti sul rapporto tra legge antica e legge nuova: qualche nota

Mario Caravale

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Tradizione e legge a Roma. – 3. La lettura dei glossatori civilisti. – 4. Legge divina e legge umana in Graziano. – 5. I glossatori canonisti. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

«L'antica questione posta dai saggi politici non è stata ancora risolta: se cioè un'ordinanza nuova debba preferirsi all'antica, sia pure essa migliore di quella; giacché la legge, per buona ch'essa sia, non vale niente se comporta un atto di disprezzo della legge stessa; ora, in materia di legge quello che è nuovo viene sempre visto con un certo disprezzo, mentre la reverenza per l'antichità di una legge è così grande che dà a questa la forza sufficiente per farsi obbedire di per sé, senza bisogno di intervento del magistrato». Con queste parole Jean Bodin nel secolo XVI presentava il problema del rapporto tra leggi di epoche differenti¹ e, nel proporre la prevalenza delle più antiche, ne sottolineava la vigenza anche dopo la promulgazione delle nuove². Nella prima età moderna, dunque, il problema del rapporto tra legge vecchia e legge nuova era ancora vivo, mentre risultava pacificamente riconosciuta la vigenza della prima anche dopo l'entrata in vigore di

¹ J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, libro IV, cap. III, edizione a cura di M. Isnardi Parente e D. Quagliani, Torino, 1988, II, 470.

² D. GUAGLIONI, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, 1992, 242 s. La bibliografia su Bodin è vastissima: mi limito a ricordare, oltre agli studi di D. QUAGLIONI e a quelli di M. ISNARDI PARENTE – tra questi ultimi si segnala in particolare *Jean Bodin: tirannide e signoria*, Firenze, 1982 – e a quelli di C. VASOLI – alcuni dei cui lavori sono in *Armonia e giustizia: studi sulle idee filosofiche di Jean Bodin*, a cura di E. Baldini, Firenze, 2008 –, *Jean Bodin: nature, histoire, droit et politique*, a cura di Y.C. Zarka, Paris, 1996; *L'oeuvre de Jean Bodin. Actes du Colloque tenu à Lyon à l'occasion du quatrième centenaire de sa mort (11-13 Janvier 1996)*, a cura di G.-A. Pérouse, N. Dockès-Lallement e J.-M. Servet, Paris, 2004; D. MAROCCO STUARDI, *La République di Jean Bodin: sovranità, governo, giustizia*, Milano, 2006; A. DI BELLO, *Stato e sovranità nel De Republica libri sex di Jean Bodin*, Napoli, 2014; H.A. LLOYD, *Jean Bodin: 'this pre-eminent man of France'. An intellectual biography*, Oxford, 2017.

norme legislative che disciplinavano in modo nuovo e addirittura difforme. Una vigenza, quella delle leggi antiche accanto alle successive, che risulta confermata per tutto il periodo precedente la Rivoluzione francese. Così, ad esempio, agli inizi del secolo XVII la legislazione regia medievale, a partire da quella di Federico II, era inclusa tra le leggi vigenti nel Regno di Napoli da Carlo Tapia³ e alla fine del secolo successivo le leggi sveve e i successivi provvedimenti dei monarchi siciliani erano presentati come parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'isola da Rosario Gregorio⁴; mentre, sempre nel Settecento, Gaetano Filangieri si doleva del fatto che «le leggi che ci dirigevano dieci secoli fa seguitano ancora a dirigerci»⁵.

Si tratta, come appare evidente, di un problema improponibile negli ordinamenti successivi alla Rivoluzione francese, nei quali la legge è stata accreditata come unica fonte del diritto e si è affermato il principio per cui la legge vecchia è abrogata quando entra in vigore la nuova che disciplina la materia da quella regolata. Ne derivano, allora, due ovvie considerazioni: sembra da un canto che nel Medioevo e in tutta l'età moderna l'idea della legge fosse diversa da quella a noi familiare, dall'altro che in quel lungo periodo si riconoscesse alla tradizione una predominante forza cogente. In realtà il problema del rapporto tra leggi di epoca diversa regolanti, anche in maniera difforme, la medesima materia risulta questione antica le cui radici risalgono all'ordinamento romano e che ha costantemente attratto l'attenzione di giuristi, di filosofi e di teologi. Una questione complessa sulla quale si innervano riflessioni di più ampio respiro riguardanti il significato della legge, l'ampia e complessa polisemia della parola, i suoi rapporti con la consuetudine, i suoi legami con il diritto naturale e con il diritto divino. Un intreccio di temi all'interno del quale non è sempre agevole muoversi con sicurezza e che rende certamente lacunosa ed imprecisa l'analisi tentata in questa sede la quale, ancorché limitata ad un arco temporale ristretto – perché vuole fermarsi alla sola analisi dei glossatori civilisti e dei decretisti – e diretta soprattutto ad esaminare il rapporto tra leggi, non può prescindere dalla lettura che in ambienti culturali diversi – nell'ordinamento giuridico romano, nei

³ *Ius Regni Neapolitani...*, Neapoli, 1605.

⁴ *Introduzione allo studio del diritto pubblico siciliano*, Palermo, 1794.

⁵ *La scienza della legislazione*, ed. critica, I, a cura di A. Trampus, Venezia, 2003, 171.

vari momenti della sua evoluzione, nell'interpretazione dei testi giustiniani da parte dei glossatori, nel pensiero cristiano recepito dal *Decretum* di Graziano e quindi dalla lettura dei decretisti – venne data alla nozione di legge, ai suoi rapporti con la tradizione, ai suoi contenuti, ai suoi legami con principi etici superiori.

2. *Tradizione e legge a Roma*

Cerchiamo di procedere con ordine. Appare opportuno prendere le mosse dalla nozione di legge dell'ordinamento romano, nozione che, a sua volta, trova nel pensiero greco parte delle sue radici. È stato da tempo rilevato come la Grecia fosse paese di diritto scritto, cioè di legge, non già di diritto consuetudinario⁶. La legge, infatti, era considerata fonte primaria, se non esclusiva, di diritto e accreditata di una superiore autorità morale e religiosa. Era, come proclamava Demostene, citato in un noto passo di Marciano (D. 1. 3. 2), δῶρον θεοῦ, un dono dato dagli dei agli uomini, e in quanto tale le si riconosceva vigenza eterna. I legislatori erano chiamati con nomi che ricordavano quelli di dei o le doti di costoro (così Licurgo era quello che fa luce, Dracone era il serpente, Zalencos era il risplendente, giovane di rara nobiltà cui Minerva aveva suggerito la stesura di leggi)⁷, mentre fortissime erano le resistenze alla modifica della legislazione vigente. Come ricorda Arangio-Ruiz, Platone dichiarava che gli Spartani non erano usi modificare le loro leggi, Solone dopo aver promulgato le sue leggi volle che gli Ateniesi si impegnassero con giuramento a non cambiarle, mentre Diodoro Siculo ricordava che il leggendario legislatore siciliano Caronda avrebbe stabilito che chiunque avesse proposto di innovare la legislazione doveva mettere la propria testa entro un cappio di corda dal quale sarebbe stato liberato in caso di accoglimento della sua proposta, ma dal quale sarebbe stato strangolato in caso di votazione contraria⁸. La legge, dunque, non formulava principi generali ed astratti, ma disponeva regole concrete che disciplinavano i tanti e variegati comportamenti dei cittadini e l'articolata molteplicità e singolarità dei loro rapporti

⁶ Così, ad esempio, V. ARANGIO-RUIZ, *La règle de droit et la loi dans l'antiquité classique*, Le Caire, 1938, 23-30.

⁷ K. J. BELOCH, *Griechische Geschichte*, II, 2, Strassburg, 1914, 253 s.

⁸ ARANGIO-RUIZ, *La règle*, cit., 27-29.

intersoggettivi. Essa tuttavia – e di questo i Greci erano consapevoli – non poteva regolare in maniera esaustiva i rapporti intersoggettivi: il che apriva spazi al diritto non scritto – νόμος ἄγραφος – del quale, però, non sembra si avesse una concezione univoca, dato che per lo più i filosofi, tra cui innanzi tutto Aristotele, lo leggevano sia come diritto consuetudinario, sia come coincidente con il diritto naturale, sia infine come complesso dei principi fondamentali del diritto vigente in ogni città. Tanto che i pratici erano poco propensi ad avvalersene per la soluzione delle vertenze, preferendo riconoscere ai giudici, in caso di mancanza di una norma legislativa, la potestà di decidere secondo «l'opinione più giusta»⁹.

La tradizione giuridica greca, dunque, si caratterizzava per il primato della legge come fonte giuridica, per una lettura della stessa come atto divino e come tale eterno e difficilmente modificabile, per l'autorità dell'interpretazione giurisprudenziale nell'adeguamento della norma legislativa ai casi concreti nati dalla prassi successiva alla promulgazione legislativa. Si tratta di una visione del diritto che troviamo a Roma con rilevanti differenze, ma anche con significative analogie. L'assoluta autorità della tradizione, in cui si esprimeva l'identità stessa del popolo romano, aveva l'immediata conseguenza di attribuire preminenza di fonte giuridica ai *mores maiorum*, gli usi fondati sulla *vetustas* – l'antichità *ab immemorabili* – e riguardanti in maniera esclusiva la comunità cittadina romana, usi che costituivano lo *ius civile* ed erano di conseguenza distinti da quelli comuni anche ad altre città i quali formavano lo *ius gentium*; *mores maiorum* che, per alcuni, si fondavano anche sul *consensus populi*, la volontà del popolo¹⁰. I *mores maiorum* costituivano, dunque, il «patrimonio ancestrale dove sfera religiosa, sociale e giuridica» non erano «distinguibili»¹¹, dove norme di origine divina e norme di origine umana non erano separate, ma tutte erano considerate partecipi dello stesso carattere religioso, dove *fas* e *ius* erano indistintamente congiunti. Un carattere religioso, peraltro, che non assumeva la forma della rivelazione da parte degli dei, come accadeva in Grecia, ma che si realizzava concretamente nelle applicazioni, ispirate alla divinità, delle

⁹ *Ibid.*, 25 s.

¹⁰ J. GAUDEMET, *Coutume et raison en droit romain. A propos de C. J. 8. 52. 2*, in *Rev. hist. dr. fr. étr.*, 1938, 141-149.

¹¹ Così L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, 2009, 49.

norme¹². I *mores maiorum* erano, dunque, accreditati di quel carattere di diritto superiore, morale, religioso che in Grecia si riconosceva alla legge e, di conseguenza, si attribuiva loro una validità sostanzialmente perenne che si adattava all'evoluzione della prassi sia spontaneamente, sia attraverso l'interpretazione delle loro norme, interpretazione che in origine era riconosciuto ai soli pontefici – in quanto gli unici ad entrare in contatto con la divinità ed a poterne accertare la volontà nei singoli casi concreti¹³ – e successivamente ai giuristi. Si riconosceva, dunque, ai *mores* sia il carattere di eternità, sia l'altro di fecondità, della capacità – cioè – di evolversi seguendo i cambiamenti vissuti dalla società¹⁴.

L'unità originaria tra momento divino e momento umano, tra *fas* e *ius*, si spezzò nel corso del periodo repubblicano: lo *ius civile*, il diritto tradizionale della comunità romana, fu letto allora come formato soltanto da norme di creazione umana, la cui tutela era riservata alle istituzioni della medesima comunità, norme umane distinte dalle norme di origine divina le quali in più casi finirono per essere intese come espressione dell'ordine naturale, della *natura*, e pertanto come costituenti lo *ius naturale*¹⁵. La rottura dell'unità originaria, comunque, non spogliò i *mores maiorum* della loro superiore autorità, della loro sostanziale sacralità: essi costituivano, infatti, il patrimonio culturale inalienabile della comunità romana, erano conformi all'essenza del cittadino romano, e come tali costituivano una tradizione che quel cittadino non poteva violare o addirittura abbandonare senza perdere la propria identità. A questo diritto tradizionale e secolare soprattutto si indirizzò negli ultimi secoli della Repubblica l'interpretazione dei giuristi, ai quali si deve la costruzione dell'«edificio mirabile del diritto privato romano»¹⁶.

I *mores maiorum*, comunque, non costituivano in età repubblicana l'unica fonte di diritto della comunità romana: accanto a loro

¹² In proposito R. ORESTANO, *Elemento divino ed elemento umano nel diritto di Roma*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1941, ora anche in *Id.*, *Scritti*, a cura di A. Mantello, II, *Sezione prima. Saggistica*, Napoli, 1988, n. 12, 644-652. Si veda anche l'altro saggio di ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età preiutiva all'età classica*, in *Bull. Ist. dir. rom.*, 1939, 194-273, anch'esso riedito negli *Scritti*, II, n. 11..

¹³ *Id.*, *Elemento divino*, cit., 652; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma*, cit., 48 s.

¹⁴ ARANGIO-RUIZ, *La règle*, cit., 31.

¹⁵ ORESTANO, *Elemento divino*, cit., 658-660.

¹⁶ *Ibid.*, 656.

operavano da un canto lo *ius pretorium*, costituito dalle decisioni su liti tra privati prese dai pretori – i quali arrivarono ad indicare le linee direttive della loro attività giurisdizionale negli editti che presentavano al momento della loro entrata in carica e che costituirono il cd. *ius honorarium* –, dall'altro le leggi. E su queste ultime è il momento di volgere la nostra attenzione. La loro parificazione allo *ius civile* fu graduale e contrastata. In epoca arcaica esse erano sostanzialmente considerate atti rivoluzionari, che colpivano la sacralità della tradizione, tanto che la redazione della Legge delle XII Tavole venne attribuita non già ad istituzioni ordinarie, bensì ad una magistratura straordinaria, quella dei *decemviri legibus scribendis*¹⁷. Solo gradualmente *lex* e *ius* si avvicinarono, man mano che la prima veniva accettata come strumento di correzione di usi che le autorità istituzionali ritenevano superati, ma che di fatto tardavano ad essere abbandonati: uno strumento di correzione di singole norme, il quale, comunque, non toccava la sostanza dell'ordinamento tradizionale¹⁸. Come tale, allora, la legge non disponeva regole generali ed astratte, ma si limitava a dettare una più idonea disciplina di specifiche situazioni intersoggettive.

Quando, poi, le *leges rogatae*, deliberate dai comizi popolari, furono ammesse come fonti giuridiche ordinarie e le loro norme furono intese di natura identica a quella delle norme dello *ius civile*, esse vennero accreditate della stessa natura che segnava gli usi tradizionali¹⁹. Infatti, riconoscendo loro l'autorità di correggere e modificare il sacro *ius civile* della tradizione, di integrare o modificare i *mo-*

¹⁷ Sulle XII Tavole mi limito a ricordare E. FERENCZY, *La legge delle Dodici Tavole e le codificazioni greche*, Napoli, 1984; M. BREONE, *Le Dodici Tavole e il senso della tradizione*, Napoli, 1987; O. DILIBERTO, *Conoscenza e diffusione delle XII Tavole nell'età del basso Impero*, Napoli, 1997; ID., *Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della legge delle XII Tavole (secoli 16-20)*, Roma, 2001; ID., *La palingenesi decemvirale: dal manoscritto alla stampa*, Pavia, 2005; *Le Dodici Tavole: dai decemviri agli umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, 2005; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il diritto delle XII Tavole e l'inizio del «centuriato»*, in *Agri centuriati*, 2009, 241-251 (ora anche in ID., *Itinera. Pagine scelte di L. Capogrossi Colognesi*, Lecce, 2017, 339-351); ID., *Storia di Roma*, cit., 73-78; ID., *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, 2016, 59-91. Per quanto, poi, riguarda le *leges* del periodo monarchico si veda D. MANTOVANI, *Le due serie di leges regiae, in Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, a cura di J.-L. Ferrary, Pavia, 2012, 283-292.

¹⁸ A. BISCARDI, *Aperçu historique du problème de l'abrogatio legis*, in *Rev. intern. dr. antiq.*, 1971, 452 s.

¹⁹ *Ibid.*, 454-456.

*res maiorum*²⁰, si finì per attribuire alle leggi una natura altrettanto sacra: solo in quanto sacre esse potevano emendare un diritto sacro. Secondo una tesi a lungo dominante le *leges* sarebbero rimaste, comunque, rare, soprattutto nel campo del diritto privato²¹, ancorché di contenuto spesso importante, e sarebbero state sempre considerate come secondarie rispetto all'interpretazione dei *prudentes* e all'intervento del pretore²²: una tesi, questa, messa in dubbio da studi recenti secondo i quali le *leges* avrebbero avuto una posizione rilevante e non marginale tra le fonti giuridiche²³.

Nella Roma tardo-repubblicana, dunque, alla legge era ormai stabilmente riconosciuta quella natura di norma eterna e inderogabile che – peraltro in base a principi diversi – l'aveva caratterizzata nella cultura greca²⁴. La procedura per la sua approvazione era complessa. L'iniziativa legislativa spettava al magistrato o tribuno (il *rogator*) che, per propria scelta o dietro invito del Senato, redigeva un progetto e ne dava notizia ai consoli; lo stesso *rogator* o i consoli presentavano quindi il progetto, arricchito con una *relatio*, al Senato presso il quale si apriva un dibattito che poteva avere l'effetto di introdurre emendamenti al testo iniziale²⁵. Una volta approvato dal Senato, il progetto conosceva la fase della *promulgatio*, era, cioè inserito in un editto reso pubblico dal *rogator* mediante *recitatio* e affissione; il progetto promulgato non poteva essere più modificato e, in seguito alla *lex Licinia Iunia* del 62 a.C., era presentato all'*aerarium* e

²⁰ A. GUARINO, *Giuliano e la consuetudine*, in *Labeo*, 1989, 178 sostiene che ancora in epoca classica i giuristi continuavano a considerare le *leges* come integrative o modificative dei *mores*.

²¹ G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani: elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Milano, 1912; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1975; ARANGIO-RUIZ, *La règle*, cit., 23-30; G. ASTUTI, *La nozione di legge nell'esperienza storico-giuridica*, in *Ann. st. dir.*, 1966-67, 1-59; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma*, cit., 51 s.; C.A. CANNATA, *La posizione della lex nella sistematica delle fonti romane*, in *Leges publicae*, cit., 277.

²² BISCARDI, *Aperçu*, cit., 452.

²³ In particolare questa tesi è sostenuta da D. MANTOVANI in vari saggi, il più recente dei quali è *Legum multitudo. Die Bedeutung der Gesetze im römischen Privatrecht*, Berlin, 2018.

²⁴ Sulla nozione di legge a Roma dalla Repubblica al dominio interessanti osservazioni si possono trovare in L. WINKEL, *The Roman notion of law*, in *Leges publicae*, cit., 239-255.

²⁵ In proposito C. NICOLET, *Le Sénat et les amendements aux lois à la fin de la République*, in *Rev. hist. dr. fr. étr.*, 1958, 260-275.

consegnato, pertanto, nelle mani dei questori. Il tribuno, allora, convocava in *contio* il popolo al quale, dopo aver reso noto il testo del progetto leggendolo a voce alta, ordinava di riunirsi in *comitia*. A questo punto, stando alla suddetta legge, il progetto veniva messo in archivio, al fine di evitare che alla votazione comiziale fosse portato un testo diverso da quello promulgato. Il giorno della votazione, ai comizi era rivolta la richiesta (*rogatio*) di esprimersi scegliendo tra due soluzioni, *uti rogas* o *antiquo*. I comizi, dunque, intervenivano nel procedimento legislativo solo nella fase finale per approvare o respingere il progetto, ma non mancarono casi in cui, di fronte ai rilievi mossi dal popolo, il *rogator* decideva di ritirare il progetto per ripresentarlo successivamente in una forma diversa che teneva conto di quelle osservazioni: si tratta di una prassi che le fonti indicano con l'espressione «*legem tollere, rogationem corrigere*»²⁶.

La preminente autorità dello *ius civile*, plasmato e attualizzato dagli interpreti, poneva rigidi limiti alla libertà del legislatore romano: le fonti attestano che la legge non poteva toccare i principi fondamentali della tradizione, né poteva modificare norme considerate di diritto naturale²⁷, né quelle dello *ius sacrum*²⁸. Fonte giuridica

²⁶ Su questa procedura, oltre a Th. MOMMSEN, *Disegno del diritto pubblico romano*, trad. di P. Bonfante, ed. an., Milano, 1973, 375-382 e a ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, cit., 4-148, rinvio a Ph. MOREAU, *Sublata priore lege. Le retrait des rogationes comme mode d'amendement aux propositions de loi, à la fin de la République*, in *Le législateur et la loi de l'Antiquité. Hommage à Françoise Ruzé. Actes du Colloque de Caen, 15-17 mai 2003 édités par Pierre Sineux*, Caen, 2005, 202-213 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

²⁷ ARANGIO-RUIZ, *La règle*, cit., 32-34 ricorda in proposito l'arringa di Cicerone in difesa di Aulo Cecina, il quale, per iniziativa di un tale Ebuzio, era stato cacciato, in base ad una clausola dell'Editto pretorio sull'espulsione, dal potere ereditato dalla moglie cittadina romana. Aulo Cecina era di Volterra, città che per lungo tempo aveva goduto del diritto della città di Roma; ma Volterra si era schierata contro Silla, così che quest'ultimo, una volta conquistato il potere, aveva fatto votare una legge la quale privava del diritto romano le città nemiche. Sulla base di tale legge Ebuzio aveva sostenuto che Aulo Cecina non era cittadino romano e di conseguenza non era valida la sua istituzione ad erede da parte di una cittadina romana. Cicerone contestò la legge sillana sostenendo che non poteva eliminare un diritto essenziale come quello di libertà e rilevando che era la stessa legge ad affermare in una sua clausola che «se qualcosa era di natura non può essere sottoposta all'approvazione del popolo». Il diritto naturale – conclude Arangio-Ruiz – costituiva, dunque, un limite invalicabile per le delibere legislative del popolo romano.

²⁸ La tesi tradizionale, esposta più di recente da F. ZUCCOTTI, *La sanctio legis e i limiti posti dallo ius sacrum al potere legislativo dei comizi*, in *Philía. Scritti per G. Fran-*

secondaria rispetto alla tradizione, partecipe del carattere di eternità di questa, la legge non poteva, poi, essere riconosciuta come segnata dall'altro carattere attribuito alla tradizione, quello della fecondità. Mentre, infatti, la tradizione spontaneamente e attraverso l'interpretazione dei prudenti si evolveva in modo armonico, la legge rimaneva ingessata nella forma votata dai comizi e per una disciplina più aggiornata si doveva ricorrere ad una nuova legge. Il che apriva il problema del rapporto tra la legge antica e quella nuova, entrambe accreditate come eterne. Una regola che Tito Livio (7. 17. 12; 9. 33. 9; 9 34. 6) attribuisce alla Legge delle XII Tavole – e che alcuni storici preferiscono considerare di epoca successiva, ritenendola maturata negli ambienti democratici del periodo dei Gracchi e di Silla, e da loro fatta risalire alla legislazione decemvirale per dotarla di maggior autorevolezza²⁹ – aveva introdotto il principio «quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque sit», in virtù del quale la delibera comitale più recente prevaleva su ogni decisione precedente³⁰. Una regola, questa, che però con difficoltà si armonizzava con la natura eterna ed inviolabile della legge e con il principio della *vetustas* che da fondamento della consuetudine era passato a segnare anche la fonte legge.

Di tale difficoltà abbiamo testimonianza in un passo di Varrone nel quale si legge «non saepe veteres leges abrogatae novis cedunt»³¹, passo che legittima l'idea di una contemporanea vigenza della legge antica e di quella nuova. Una vigenza che, stando ad una accreditata lettura storiografica, si riscontrerebbe anche nel caso in cui la legge nuova disponesse in maniera esplicita in contrasto con la vecchia. Lo starebbe a testimoniare l'uso adottato dal legislatore repubblicano di inserire nella parte finale della legge – la *sanctio* – clausole volte «a

ciosi, Napoli, 2007, IV, 2907-2926 (tesi dallo stesso studioso ripresa in *Sacramentum civitatis: diritto costituzionale e ius sacrum nell'arcaico ordinamento giuridico romano*, Milano, 2016) non è condivisa da L. MAGANZANI, *La sanctio e i rapporti fra leggi*, in *Leges publicae*, cit., 69 s., secondo la quale «più che di un divieto formale di abrogazione, si può parlare di una tendenziale immutabilità di norme considerate il fondamento della costituzione repubblicana».

²⁹ BISCARDI, *Aperçu*, cit., 465.

³⁰ In proposito si vedano, ad esempio, V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1984, 65, 94; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1998, 286; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma*, cit., 97; MAGANZANI, *La sanctio*, cit., 60.

³¹ MARCO TERENCE VARRONE, *De lingua latina*, 9. 20. Il passo è ricordato da BISCARDI, *Aperçu*, cit., 462.

disciplinare i rapporti fra le diverse leggi... nel tempo»³². Tra queste clausole si trovava quella indicata come «caput tralaticium de impunitate», la quale avrebbe avuto l'obiettivo di tutelare quanti avessero eseguito le disposizioni della nuova legge violando, di conseguenza, quelle della legge precedente³³: il che testimonierebbe la vigenza della vecchia legge anche dopo l'approvazione della nuova³⁴. Nel caso, poi, di abrogazione implicita per cui la nuova legge non disponeva in maniera netta e chiara contro la precedente, ma conteneva norme difficilmente compatibili con le disposizioni di questa, secondo la storiografia era in sede di giudizio che veniva deciso quale delle due doveva essere applicata: e filosofi e giuristi, indicando vari e tra loro diversi criteri per la scelta³⁵, confermavano la perdurante vigenza della legge antica dopo l'approvazione della nuova.

Con Augusto, poi, cominciarono ad apparire gli atti normativi dell'imperatore, ordini volti a dettare nuove regole nella disciplina di specifici rapporti intersoggettivi³⁶. L'autorità superiore di comando del principe, come sottolinea la maggior storiografia a partire da Orestano, non nasceva dalla fusione di potestà attribuite in epoca repubblicana a varie magistrature, bensì costituiva un dato istituzionale del tutto inedito³⁷. A questa superiore autorità di comando si riconobbe sin dall'inizio una potestà normativa che si esprimeva in editti, mandati, rescritti, sentenze, epistole, costituzioni generali e personali, tutti atti che la giurisprudenza classica a volte unificava sotto il termine di *constitutiones*³⁸, riconosceva loro forza vincolante,

³² MAGANZANI, *La sanctio*, cit., 53.

³³ *Ibid.*, 112 s.

³⁴ Questa tesi non convince B. SANTALUCIA, *Le clausole autoprotettive delle leges*, in *Leges publicae*, cit., 115-136, per il quale la clausola in questione si limitava a proteggere esclusivamente il *rogator* del nuovo progetto di legge nel periodo intercorrente tra la presentazione dello stesso e la sua approvazione.

³⁵ MAGANZANI, *La sanctio*, cit., 83-86.

³⁶ Sul fondamento e sulle forme della legislazione del principe rinvio a *Lineamenti di storia del diritto romano*, sotto la direzione di M. TALAMANCA, Milano, 1979, 411-473.

³⁷ R. ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali. Contributo alla teoria delle fonti del diritto nel periodo romano classico*, Roma, 1937 (ora anche, in *Id.*, *Scritti*, cit., I, n. 8), 7-12.

³⁸ CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma*, cit., 254-256, mette in rilievo come i provvedimenti imperiali riuscissero a conseguire una significativa efficacia grazie alla loro ampia diffusione nelle province dell'Impero garantita da un articolato reticolo di strade, stazioni di posta, tappe per i rifornimenti, ecc.

ma teneva nettamente distinti dalle *leges*³⁹. La stessa notissima affermazione di Ulpiano «quod principi placuit legis habet vigorem» (D. 1. 4. 1. pr.) nel momento stesso in cui riconosceva all'espressione della *auctoritas* imperiale il medesimo valore vincolante della *lex*, confermava che si trattava di provvedimenti formalmente tra loro distinti⁴⁰. E della *lex* i provvedimenti imperiali presentavano il medesimo tratto di specificità, diretti, come erano, non già a fissare principi generali ed astratti, ma a correggere la disciplina tradizionale di singoli casi.

Solo a partire da Diocleziano, grazie alla supremazia istituzionale ormai riconosciuta all'imperatore, le *constitutiones* imperiali cominciarono ad essere identificate con le *leges*. Un'identificazione che esplicitamente risulta accolta, ad esempio, da Costantino il quale nel 326 dichiarava *lex* un'*oratio* di Settimio Severo (C. 5. 37. 22)⁴¹. L'ac-

³⁹ ORESTANO, *Il potere normativo*, cit., 58-61 ricorda le seguenti testimonianze: GAIÒ 1. 2: «Constat autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium»; GAIÒ 1. 5: «constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat»; POMPONIO in D. 1. 2. 2. 12: «Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebiscitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constitutum inducitur sine lege aut est principis constitutio, id est ut quod ipse princeps pro lege servetur»; PAPINIANO in D. 1. 1. 7: «Ius autem civile est quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit»; MARCIANO in D. 35. 1. 33. pr.: «...et hoc ita ius civilis ratione et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est»; PAOLO in D. 22. 3. 5: «Ab ea parte quae dicit adversarium suum ab aliquo iure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione id probari potest»; PAOLO in D. 6. 2. 12. 4: «Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit». E lo conferma un passo del *Fragmentum Dositheanum De manumissionibus*, del II-III secolo d.C. (in *Textes de droit romain*, a cura di P.F. Girard e F. Senn, I, Paris, 1967, 464-468), dove si legge: «Iuris civilis ut quid appositivum appellatur, ex pluribus partibus constat. Sed constitutiones imperiales similiter honorandum».

⁴⁰ Quando, comunque, esprimeva il suo comando superiore con un provvedimento che aveva efficacia generale, l'imperatore seguiva alcuni aspetti del procedimento legislativo repubblicano, quali l'apertura all'intervento popolare nella fase di definizione del progetto di legge e la possibilità di emendare il testo iniziale: secondo la prassi inaugurata da Augusto nel 27 a.C., infatti, il principe faceva affiggere il suo progetto, sollecitava le osservazioni dei cittadini e le proposte di emendamento e a volte accoglieva alcune di queste ultime. Al riguardo MOREAU, *Sublata priore lege*, cit., 212.

⁴¹ ORESTANO, *Il potere normativo*, cit., 17.

cresciuta autorità istituzionale dell'imperatore ebbe, allora, la conseguenza, nel tardo Impero e tanto più in età giustiniana, di concentrare sulla costituzione imperiale il tema della natura della legge, del suo fondamento, del rapporto tra due leggi successive⁴². Accanto alla *constitutio* del principe operava come fonte di produzione del diritto la *consuetudo*, termine che era andato perdendo l'originario significato, a lungo conservato, di usi delle comunità provinciali e aveva finito per fondersi con i *mores maiorum* della comunità romana e quindi per indicare nel loro complesso le articolate tradizioni delle regioni dell'Impero⁴³. Il monopolio della produzione di nuovo diritto riconosciuto a *constitutiones* e a *consuetudines*, peraltro, non aveva abrogato lo *ius vetus*, quello precedente il monopolio legislativo del principe e costituito da *leges publicae*, *senatusconsulta* ed altri provvedimenti⁴⁴. L'interpretazione della tradizione e dei provvedimenti normativi antichi e recenti elaborata dai giuristi dotati dello *ius respondendi* costituiva, poi, fonte giuridica primaria, decisiva per l'applicazione concreta delle norme e per la loro evoluzione corretta e graduale: un complesso, dunque, di fonti, di regole, di letture nel quale si sostanzialmente alla fine dell'Impero la secolare tradizione romana.

In questa nuova temperie culturale e politica la legge, ormai esclusivamente espressione della superiore potestà imperiale, conservò molte delle sue caratteristiche precedenti e altre ne aggiunse. Se ne possono indicare in sintesi le principali.

i) In primo luogo la legge continuò ad affiancarsi alla consuetudine, che con la sua flessibilità adattava la *vetustas* della tradizione alle novità della prassi, e all'interpretazione razionale dei giuristi. Le leggi imperiali avevano la funzione di integrare, precisare, modificare incertezze, contraddizioni o deviazioni dell'antico diritto. Decisivo nella loro formulazione fu il contributo dei giuristi, i quali sempre più numerosi si misero al servizio del governo centrale e si trovarono

⁴² Al riguardo G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano, 1983, 5-10.

⁴³ Su questo punto GUARINO, *Giuliano*, cit., 178 s. Di opinione in parte diversa è L. BOVE, *La consuetudine in diritto romano*, I, *Dalla Repubblica all'età dei Severi*, Napoli, 1971, 60-72 secondo il quale il termine «consuetudo» era equiparato ai *mores* come fonte giuridica già in età augustea, anche se ancora nel periodo classico i giuristi tendevano a utilizzarlo per indicare gli usi delle comunità provinciali.

⁴⁴ GUARINO, *Giuliano*, cit., 175, 180.

quindi nelle condizioni migliori per individuare le lacune ed i difetti della disciplina tradizionale che richiedevano un intervento normativo diverso da quello che poteva venire dalla lettura razionale e creativa che essi stessi potevano offrire⁴⁵.

ii) In secondo luogo, la legge continuò a disciplinare singoli casi concreti ed al contempo ad essere accreditata come eterna. «Lex in aeternum, in perpetuum, in omne tempus valitura (o mansura)» è la formula usata nei testi legislativi dalle cancellerie imperiali a partire dal V secolo, formula che ci è attestata da numerose costituzioni raccolte sia nel *Codex Theodosianus*, sia nel *Codex giustiniano*, sia nelle *Novellae constitutiones*, nonché da costituzioni degli imperatori occidentali e da documenti cancellereschi non legislativi⁴⁶. Il carattere di eternità che nella tradizione romana, come sappiamo, era stato costantemente riconosciuto alla legge, acquistò nel tardo Impero, anche dietro influenza del pensiero cristiano, ulteriori fondamenti perché la legge fu presentata come espressione, immediata e diretta, «della maestà divina» senza tempo, né spazio dell'imperatore⁴⁷: quest'ultimo «e i prodotti della sua attività legislativa» furono, dunque, «proiettati in una durata assoluta»⁴⁸. La maestà imperiale, come derivata direttamente da Dio, era sacra ed eterna e trasmetteva tale natura alla legge da lei promulgata. La sacralità della legge, dunque, aveva un significato diverso da quello che nella Roma primitiva era riconosciuto allo *ius civile* in quanto indistintamente unito con il di-

⁴⁵ Così CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma*, cit., 302 s.

⁴⁶ G. LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, Napoli, 1984, 6-8; S. PULIATTI, «Eas quas postea promulgavimus constitutiones». *Sui rapporti Novellae-Codex nella prospettiva giustiniana*, in *Novellae Constitutiones. L'ultima legislazione di Giustino tra Oriente e Occidente da Triboniano a Savigny. Atti del Convegno internazionale. Teramo, 30-31 ottobre 2009*, a cura di L. Loschiavo, G. Mancini, C. Vano, Napoli, 2011, 1-7.

⁴⁷ PULIATTI, «Eas quas postea promulgavimus constitutiones», cit., 2.

⁴⁸ LANATA, *Legislazione*, cit., 9. L'autrice ricorda in proposito le formule usate in alcune Novelle, come, ad esempio la Nov. 1. 1. 4 nella quale Giustiniano dispone «non enim iis tantum, qui sunt sub nostro imperio, vel qui nunc sunt, hominibus, sed omni atque venturo etiam temporis leges ferimus» e l'epilogo della Nov. 59 in cui si legge «Tua igitur celsitudo, et qui post te eandem administrationem acceperit, et parens tibi officium quae placuerunt nobis per praesentem divinam pragmaticam formam nunc et in reliquum omne tempus servabunt». La medesima idea Giustiniano ribadì nella const. *Tanta*, quando dichiarò che aveva disposto la redazione delle raccolte delle Istituzioni, del Digesto e del Codice perché era tenuto, per incarico divino, a «non tantum nostro, sed etiam omni aevo tam instanti quam posteriori leges optimas ponere» (C. 1. 17. 12).

vino, in una simbiosi in cui, come abbiamo visto, *fas* e *ius* erano legati. La legge imperiale ora è sacra in quanto prodotto della superiore *auctoritas* imperiale, diretta espressione della potestà divina. E «leges sacratissimae» risulta la definizione delle leggi imperiali ricorrente nel Codice e nelle Novelle.

iii) «In omnibus leges nostram ad naturam accomodavimus» dichiarava Giustiniano in una costituzione del 531 (C. 6. 4. 4. 24) e in una legge successiva, del 536, ribadiva che «Deum vero considerantes, et quatenus ei placiti videamur et aliquid bonorum dignum in nobis agamus, nitimur aliquid adinvenire semper et naturae consequens» (Nov. 18, proemium), aggiungendo: «Considerantes autem, quod ex natura sola clemens est» (Nov. 18. 5). Sono, questi, alcuni esempi dell'ulteriore aspetto della legge imperiale che la ricollega alla precedente tradizione romana: la legge di età imperiale, in altre parole, al pari di quella di età repubblicana doveva essere conforme al diritto naturale.

È noto che per la giurisprudenza romana il diritto era articolato in *civile*, *gentium* e *naturale* (così, ad esempio, Ulpiano in D. 1. 1. 1 e in D. 1. 1. 6). Ma sulla sostanza di tale diritto naturale le idee non erano univoche. Una lettura radicata in un filone del pensiero greco e a Roma proposta, tra gli altri, da Ulpiano in un celebre passo, lo vedeva diritto comune non soltanto agli uomini, ma anche a tutti gli esseri animati⁴⁹. Accanto a questa interpretazione il pensiero greco, comunque, era andato proponendo una interpretazione diversa, che segnava una netta distinzione tra gli uomini e gli altri animali, fondata sul fatto che soltanto i primi godevano della stazione eretta, possedevano le mani ed erano dotati della ragione: era questa, ad esempio, l'opinione di Aristotele. A Roma tale lettura fu condivisa,

⁴⁹ Si tratta di una lettura che trovava le sue radici nell'indirizzo del pensiero greco che aveva avuto tra i suoi esponenti principali Pitagora e che a Roma aveva trovato condivisioni in Plinio il Vecchio, in Columella, in Virgilio, in Lucrezio e nel Cicerone del *De officiis*. Ulpiano la formulò in modo articolato: «Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam ius istud non humani generi proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer» (D. 1. 1. 1. 3). In proposito P. P. ONIDA, *Prospettiva romanistica del diritto naturale*, Napoli, 2012. Si deve notare che una tale lettura del diritto naturale se da un canto ne ampliava l'estensione, dall'altro ne riduceva sensibilmente i contenuti che risultano consistere soprattutto nella procreazione e nella cura ed educazione dei figli.

ad esempio, dal Cicerone del *De natura deorum* e sollecitò una lettura del diritto naturale come esclusivo degli uomini, un diritto di cui era necessario fissare i contenuti principali. Lo stesso Cicerone leggeva la natura come espressione della *mens divina* e considerava il diritto che detta natura esprimeva come fondamento della *lex humana*, in una visione unitaria del diritto che comprendeva *mores*, leggi umane e *ius naturale*⁵⁰. Paolo ne sottolineò, poi, la coincidenza con l'*aequitas* affermando «quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale» (D. 1. 1. 11). Altri giuristi lo identificarono con lo *ius gentium*, il diritto comune a tutte le genti, contrapposto allo *ius civile*, il diritto di una sola comunità. Gaio, ad esempio dichiarava «quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile... quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur»⁵¹. E le *Institutiones* giustiniane (1. 2. pr.), dopo aver ripetuto l'opinione di Ulpiano («ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio et educatio; videmus etenim cetera quoque animalia istius iuris peritia censerì»), aggiungevano (1. 2. 11): «Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes praeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immobilia permanent; ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata», e di conseguenza accreditavano il diritto naturale di quell'immutabilità che non poteva avere lo *ius* vigente nelle singole comunità. Una coincidenza, quella tra *ius naturale* e *ius gentium*, che nelle *Institutiones* è più volte sottolineata (ad esempio 2. 1. 11: «singulorum autem hominum mutis modis res fiunt, quarundam enim rerum dominum nanciscimur ire naturali, quod sicut diximus, appellatur ius gentium quarundam iure civili»; 2. 1. 41: «... et iure gentium id est iure naturali») e che si può cogliere nello stesso Ulpiano il quale in D. 50. 17. 32 ripropone la contrapposizione tra *ius civile* e *ius naturale*, indicando quest'ultimo come relativo a tutti gli

⁵⁰ ORESTANO, *Elemento divino*, cit., 658-661.

⁵¹ GAI *Institutiones*, 1.1.

uomini: «Quod attinet ad ius civile servi pro nullis habentur, non tamen et in iure naturali quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt» ed ebbe la conseguenza di intendere il diritto naturale come riguardante esclusivamente gli esseri umani, con conseguenza di favorirne la coincidenza con lo *ius gentium*⁵². Quindi la tripartizione dello *ius* formulata dalla giurisprudenza romana in *ius civile*, *ius gentium* e *ius naturale* era per molti giuristi in realtà una bipartizione, stante la coincidenza tra i due ultimi elementi⁵³.

Divisi sulla nozione di diritto naturale, i giuristi erano comunque concordi, sin dai tempi della Repubblica, nel considerarlo «perpetuamente uguale a se stesso nella sua perfetta razionalità»⁵⁴, un diritto che non poteva essere violato dal diritto di origine umana. Ma nel periodo giustiniano, pur rimanendo fermo il principio per cui la legge imperiale doveva conformarsi al diritto naturale, si modificò sensibilmente l'idea della natura: ancora una volta per influenza del pensiero orientale, la natura fu allora vista non già come statica e fissa, ma, al contrario, come realtà in continua evoluzione; nella sostanza il diritto naturale rimaneva immutato, ma le forme della sua espressione cambiavano con il tempo e con i luoghi, di modo che il legislatore doveva necessariamente tener conto di tale varietà⁵⁵. Il che comportò significative conseguenze, come vedremo tra poco, nell'analisi del rapporto tra legge precedente e legge successiva.

iv) La costituzione imperiale, inoltre, era considerata nel tardo Impero coincidente nella sostanza con la *ratio*. Il termine *ratio* ricorre continuamente nelle fonti giuridiche tardoimperiali e, come si vedrà meglio in seguito, medievali con una pluralità di significati che ne impediscono una definizione precisa⁵⁶, ma che comunque virano

⁵² Così, tra gli altri, G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, I, *Antichità e Medioevo*, Bologna, 1966, 152 s.

⁵³ Sulla nozione di diritto naturale, sul suo rapporto con l'*aequitas* e la *ratio* a Roma si vedano i saggi pubblicati in *Tesi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani e A. Schiavone, Pavia, 2007.

⁵⁴ LANATA, *Legislazione*, cit., 194. Così anche FASSÒ, *Storia*, I, cit., 154 s.; L. ATZERI, *Natura e ius naturale fra tradizione interna ed esterna al Corpus Iuris giustiniano*, in *Tesi e problemi del giusnaturalismo romano*, cit., 715-758; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011, 12.

⁵⁵ LANATA, *Legislazione*, cit., 200-205.

⁵⁶ Così, ad esempio, E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, I, Milano, 1962, 277-281 e P. MICHAUD QUANTIN, *La ratio dans le début du Décret (dist. 1-2) et ses commentateurs*, in *St. Grat.*, 1955, 104.

verso l'idea che la norma giuridica debba essere guidata, nella sua formulazione e nella sua applicazione, da un principio razionale, giusto, equo, moderato⁵⁷ che costituisca «la forza dinamica formativa dell'atto»⁵⁸. Nel tardo Impero la *ratio* fu vista come fondamento di tutte le forme in cui lo *ius* si esprimeva e quindi non solo della legge, ma anche della consuetudine: lo proclamò per la prima volta, dietro chiara influenza del pensiero cristiano, la nota costituzione di Costantino del 319 secondo la quale «consuetudinis usque longevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem» (C. 8. 52. 2). Anche se la forma della legge costantiniana è, come dice Calasso, piuttosto «contorta»⁵⁹, sembra potersi dire che in essa l'elemento antitetico alla *ratio et veritas* risulta essere la sola consuetudine, non già la legge la quale, al contrario, viene collocata nello stesso versante della *ratio*. Si potrebbe allora parlare, oltre che di *ratio et veritas*, anche di *ratio et lex*: per Costantino legge imperiale e *ratio* coincidevano, essendo la prima l'espressione della maestà imperiale e quindi lo strumento più idoneo per produrre una normativa *rationalis*.

v) Giustiniano precisò che la legge non aveva effetti retroattivi, ma disponeva esclusivamente per il futuro, a meno che essa stessa avesse disposto la validità di alcune sue norme anche per il passato⁶⁰. Così, ad esempio, nella const. *Tanta*. 23 dispose che le sue raccolte dovevano trovare applicazione «in omnibus causis, sive quae postea emerint, sive quae in iudiciis adhuc pendent... Quae enim iam vel iudiciali sententia finita sunt, vel amicali pacto sopita, haec resuscitari nullo volumus modo». E il principio della non retroattività risulta confermato da numerose Novelle le quali in maniera esplicita dispongono la non applicabilità delle loro norme ai casi e alle vertenze del passato⁶¹.

⁵⁷ J. BALON, *La «ratio» fondement et justification du droit avant Gratien*, in *St. Grat.*, 1966, 11-25.

⁵⁸ CORTESE, *La norma giuridica*, cit., I, 280.

⁵⁹ F. CALASSO, *Medievo del diritto*, I, *Le Fonti*, Milano, 1954, 183.

⁶⁰ G. BROGGINI, *La retroattività della legge nella prospettiva romanistica*, in *St. doc. hist. iur.*, 1966, 1-62.

⁶¹ Così, ad esempio, la Nov. 22. 1: «Et primum illud, ut omnia quidem, quaecumque in prioribus sancita sunt sive a nobis, sive a prioribus, haec valeant singula secundum propria tempora, non habentia ullam ex praesente lege novitatem». E nella Nov. 65 Giustiniano disponeva «Scimus autem legem promulgasse, per quam omnes aliena-

vi) Nel momento stesso in cui proclamavano la validità eterna delle loro leggi, gli imperatori appaiono consapevoli della caducità delle cose umane. Una consapevolezza che Giustiniano manifestava, ad esempio, nella const. *Tanta*. 18 quando dichiarava «sed quis divinae quidem res perfectissimae sunt, humani vero iuris conditio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea quod stare perpetuo possit»⁶². Tale consapevolezza induceva l'imperatore ad intervenire con una nuova legge, diretta non già ad abolire la precedente, né a sostituirla, bensì a perfezionarla, a rendere, in altre parole, «ancora più perfetta» la legge precedente già in sé «perfetta»⁶³. La necessità di tale perfezionamento nasceva innanzi tutto dalla «varia rerum natura». Lo affermava, ancora una volta, Giustiniano sia nella const. *Cordi*. 4, dove giustificava la redazione del nuovo *Codex* dichiarando che «varia rerum natura aliquid novum creaverit, quod nostra sanctione indiget», sia nella const. *Tanta*. 18 dove, dopo aver rilevato la differenza tra le leggi divine e quelle umane, spiegava la debolezza di queste ultime dicendo «multas etenim formas edere natura novas depererat». Concetto che l'imperatore ribadì in molte Novelle. Così nella Nov. 7. 2. pr. del 535 affermava: «vero haec lex ad humanae naturae varietatem atque ad id, quod semper contigit, accomodata perpetuo immota manent... exceptiones quasdam multis vigiliis et diligentia inventus legi addere necessarium putavimus». E nella Nov. 39. pr. del 536 attribuiva alla «volubilitas et varietas humanae naturae» la necessità di correggere la precedente legislazione, mentre nella Nov. 74. pr. del 538 attribuiva le lacune della disciplina vigente alla «varietas naturae» e nella Nov. 84 pr., dell'anno successivo, alla «natura, quae multas res ubique novat»⁶⁴. Insieme con la necessità di seguire la varietà della natura, altri motivi erano addotti per correggere e perfezionare le leggi vigenti: Giustiniano parla della necessità di far ordine nella precedente normativa nella Nov. 22. 1. pr. del 536, della necessità di chiarire l'*obscuritas* delle costituzioni nella Nov. 54. pr.

tiones ecclesiasticas inhibimus. Sed postea alia lege prospeximus, quatenus liceat pro solo res ecclesiasticas, vel alias, quae piis domibus deputatae sunt, persolvere... Et... habeat venditio firmitatem, et liceat sine metu alterius legis».

⁶² LANATA, *Legislazione*, cit., 9 s.; PULIATTI, «Eas quas postea promulgavimus constitutiones», cit., 8 s.

⁶³ LANATA, *Legislazione*, cit., 91,

⁶⁴ *Ibid.*, 165-186.

del 637⁶⁵, del suo dovere di eliminare le imperfezioni della disciplina attuale nella Nov. 60. pr. del 537⁶⁶.

Per Giustiniano, dunque, la legge nuova migliorava, precisava, perfezionava la precedente. Ma che fine faceva quest'ultima? Per rispondere a tale quesito la storiografia ha fatto spesso riferimento al passo di Modestino (D. 1. 4. 4), secondo cui «*constitutiones tempore posteriores fortiores sunt hiis quae ipsis praecesserunt*» e lo interpreta nel senso che esso afferma l'«ovvio principio» per il quale le costituzioni nuove sostituiscono, abrogandole, le precedenti⁶⁷. In realtà sembra che Modestino cercasse un criterio da offrire agli interpreti i quali si trovavano di fronte a due leggi, entrambe vigenti, che disciplinavano la medesima materia e a tal fine diceva loro di preferire la stesura più recente: un criterio, dunque, per risolvere un problema che certamente non sarebbe sorto se fosse stato seguito il principio, tipico della nostra epoca, dell'abrogazione della legge vecchia da parte della nuova. Il passo di Modestino conferma, quindi, che la vecchia legge continuava a vivere anche dopo la promulgazione della nuova. Peraltro il criterio indicato da Modestino non sembra essere l'unico adottato dalla giurisprudenza romana. Paolo, ad esempio, affermava che «*Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur*» (D. 1. 3. 26) ed aggiungeva «*Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint, idque multis argumentis probatur*» (D. 1. 3. 28). E Tertulliano confermava lo stretto legame tra legge vecchia e legge nuova affermando «*Ideo quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt*» (D. 1. 3. 27).

Sembra, allora, che le leggi una volta in vigore entravano a far parte di quella tradizione che costituiva il tratto fondamentale del-

⁶⁵ Il requisito della chiarezza della legge risulta ripetutamente ricordato dagli imperatori. Lo sottolineavano, ad esempio Valentiniano e Marciano nella costituzione del 454, nella quale indicavano il dovere dell'imperatore di intervenire per fare chiarezza in una legislazione oscura: «*leges sacratissimae, quae constringunt omnium vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi, praescriptio earum manifestius cognito, vel inhibitis declinent, vel permissa sectentur. Si quid vero in iisdem legibus latum fortasse obscurius fuerit, oportet id imperatoris interpretatione patefieri duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari*» (C. 1. 14. 9).

⁶⁶ PULIATTI, «*Eas quas postea promulgavimus constitutiones*», cit., 18-23.

⁶⁷ Così, ad esempio, GUARINO, *Giuliano*, cit., 175.

l'ordinamento romano e che di questa tradizione continuavano a costituire momenti normativi validi anche dopo la promulgazione di nuovi provvedimenti che disciplinavano la loro medesima materia, a meno che da detta tradizione non fossero espressamente eliminate dal titolare del potere legislativo.

vii) La contemporanea vigenza di costituzioni imperiali di diversa datazione è infine, confermata dal *Codex*. Nella scelta dei testi da inserire sia nel Digesto, sia nel Codice i compilatori, infatti, non avevano seguito un criterio cronologico. Il Codice, in particolare, riuniva costituzioni imperiali promulgate nell'arco di secoli senza tenere in alcun conto la loro successione temporale: di modo che quando disciplinavano la medesima materia, costituzioni antiche e nuove erano contemporaneamente offerte per la soluzione dei casi concreti agli interpreti, i quali erano liberi di scegliere, all'interno del materiale compreso nel Codice stesso, la disposizione legislativa che avessero giudicato più idonea, mentre non potevano far ricorso a testi esclusi dalla raccolta. Il che accadeva anche nel caso in cui le costituzioni più recenti contrastavano con le più antiche modificandone la disciplina. Né le costituzioni giustiniane riunite nelle *Novelle* avevano toccato la vigenza di quelle raccolte nel Codice di cui innovavano la disciplina. In altre parole, la compilazione giustiniana non aveva adottato il criterio per cui la legge nuova elimina la precedente, ma aveva selezionato, all'interno della vastissima massa dei provvedimenti imperiali, quelli giudicati ancora utili dai compilatori. E tutte queste leggi, le precedenti come le successive, erano proposte ai pratici quali provvedimenti normativi di pari autorità, in quanto tutte partecipavano della grande ed eternamente valida tradizione legislativa dell'Impero.

3. *La lettura dei glossatori civilisti*

La ricostruzione dei testi giustiniane ad opera di Irnerio e dei suoi allievi aprì una nuova fase della riflessione sulla legge imperiale, sulla sua eternità, sulla sua sacralità, sulla sua continuità dopo la promulgazione di una legge successiva. Una riflessione che si sviluppò nel quadro di una cultura generale venuta a maturazione nell'alto Medioevo che era segnata innanzi tutto dal mito della sacralità del diritto della tradizione e quindi dell'eterna validità delle sue norme,

mito in cui la matrice romanistica si incontrava con la mentalità dei popoli germanici e ne traeva nuova e ancora più robusta linfa: era l'antichità *ab immemorabili* quella che costituiva il fondamento della validità delle norme, al punto che le eventuali novità per essere accettate venivano ritenute non già come inedite, bensì come regole implicitamente contenute nella tradizione e all'interno di questa individuate dagli interpreti solo perché erano venute a maturazione le condizioni per estrapolarle⁶⁸. Peraltro nella cultura medievale la sacralità della tradizione giuridica acquisì nuovi profili etico religiosi in virtù dell'influenza del pensiero cristiano.

I glossatori bolognesi assunsero la codificazione giustiniana come diritto vigente, un diritto che Giustiniano aveva dichiarato perenne in quanto espressione della maestà imperiale «senza tempo e senza spazio»⁶⁹. Si riconobbero eredi diretti della giurisprudenza romana e intesero proseguirne l'attività interpretativa legata alla realtà viva della società. In particolare, essi videro nei testi giustiniani una sorta di rete entro la quale poteva essere catturato ogni momento della prassi contemporanea: e poiché quest'ultima era sotto più aspetti diversa dalla realtà che i giuristi romani avevano disciplinato, essi si impegnarono ad interpretare in maniera creativa le norme giustiniane e a formulare, sulla base di queste ultime, categorie teoriche e regole nuove da affiancare a quelle romane ancora pienamente valide. Ne derivò una scienza giuridica di alto valore creativo e di rilevante originalità, capace di legarsi alla grande tradizione romana e

⁶⁸ Un quadro sintetico ed estremamente chiaro della mentalità giuridica dell'alto Medioevo si può trovare nel vecchio, ma sempre utile, studio di F. KERN, *Recht und Verfassung in Mittelalter*, Basel, s.d. Questo principio della tradizione germanica si ritrova correntemente seguito dal Parlamento inglese, le cui decisioni erano intese come interpretazioni evolutive del diritto tradizionale popolare, il *common law*, dato che rendevano esplicito quanto in quel diritto era implicitamente contenuto e fino alla decisione assembleare non era stato manifestato perché ancora non erano maturate le condizioni che avevano finalmente reso possibile detto chiarimento (in proposito rinvio a quanto detto in *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, 2005, 195-203 e in *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari, 2012, 39 s.). Si può ricordare che in Inghilterra ancora sulla metà del secolo XIX la delibera parlamentare era definita «declaratory of the old law» da sir F. DWARRIS, *A general treatise on statutes: their rules of construction and the proper boundaries of legislation and of judicial interpretation*, London, 1848, 7.

⁶⁹ PULLIATTI, «*Eas quas postea promulgavimus constitutiones*», cit., 2.

di distinguersi dalla stessa grazie alla sua apertura sia ai bisogni concreti della società contemporanea, sia alle nuove forme e ai nuovi contenuti che andavano maturando nella cultura dell'epoca.

Il contributo di riflessione portato dai glossatori civilisti sul tema in esame presenta non pochi aspetti interessanti ed originali. In particolare

i) essi confermarono l'equiparazione tra costituzione imperale e legge, come si legge, ad esempio, nella *Summa Institutionum* erroneamente attribuita a Irnerio⁷⁰: «Constituto Principe, datum est ei ius ut quod constituisset ratum esset, lataque lege regia, populus ei et in eum omnem suum imperium ei potestatem concessit. Quod ergo Imperator constituit legis vim obtinet, et imperialis dicitur constitutio»⁷¹. E Odofredo ripeteva «principum constitutiones pro lege observantur... quia lex dicitur lata a populo... constitutio dicitur lata a principe quae servatur pro lege»⁷². Ribadirono anche la natura sacra del provvedimento. Esplicitamente lo dichiaravano, ad esempio, la *Summa Codicis* che Fitting riteneva di Irnerio, dove si afferma che «leges et constitutiones sacre sunt»⁷³; la gl. *divino* a l. *cum in longi temporis praescriptione*, C. *de praescriptione longi temporis* (C. 7. 33. 12. 3): «nota divinitus leges factas... leges per ora principum sunt divinitus promulgatae»; e la *Summa Codicis* di Azzone: «nam leges sacrae sunt» e «lex est sanctio sancta iubens honesta prohibens contraria»⁷⁴. La gl. *nam* a l. *nam et Demosthenes*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 2) commentava la dichiarazione di Demostene precisando «ibi dicit donum Dei. Ideo dicit quia nutu divino faciens princeps leges», mentre la gl. *non faciendorum* al medesimo passo aggiungeva: «ex hoc colligitur quaedam magistralis definitio: lex est

⁷⁰ E. CORTESE, *Irnerio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, a cura di I. Bironchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta, Bologna, 2013, I, 1112.

⁷¹ WERNERII *Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici, aliorumque*, in *Scripta anecdota glossatorum*, a cura di G.B. Palmieri, in *Bibliotheca iuridica Medii Aevi*, I, Bononiae, 1914, 275. Concorde con la definizione irneriana quella del *Libellus de verbis legalibus* edito da H. FITTING, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle, 1876, 181: «lex est principum constitutio pro utilitati communi conscripta».

⁷² ODOFREDUS, *Lectura super Digesto Veteri*, I, Lugduni, 1550, ed. an. Bologna, 1968, rubr. *de constitutionibus principum* (D. 1. 4), f. 17 rb, n. 1.

⁷³ *Summa Codicis des Irnerius*, a cura di H. Fitting, Berlin, 1894, 15.

⁷⁴ AZONIS *Summa Codicis*, in *Summa Azonis*, Venetiis, 1584, a C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14), col. 24 pr.

sanctio sancta, praecipiens honesta, prohibens contraria». «Sacratissime leges ab omnibus firmiter observantur» si legge, poi, in una *Summula* attribuibile a Ugo⁷⁵: espressione, questa, che ritorna nella *Summa de iuris et facti* di Bulgaro dove si legge «sacratissime leges ab omnibus sciri et intelligi debent»⁷⁶ e nell'*Abbreviatio Codicis* edita da Palmieri secondo cui «leges sacratissime, que constringunt omnium vitas ab omnibus intelligi debent»⁷⁷. Sacre e perciò perpetue: lo confermava la gl. *perpetuae* a l. *leges*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 53 [52]. 3) che spiegava l'espressione «perpetuae legis vicem» della costituzione dichiarando «Sic dicas perpetuae... dic, id est, non ad tempus».

ii) E, in quanto sacre, le leggi erano la concreta attualizzazione dell'*aequitas*. «Condite leges intelligende sunt benignius, ut mens earum servetur et ne ab equitate discrepent: legitima enim precepta tunc demum a iudice admittuntur, cum ad equitatis rationem accommodantur» si legge nella *Summa Codicis* attribuita da Fitting ad Irnerio⁷⁸. Il significato del termine *aequitas* risulta, peraltro, plurimo nei glossatori⁷⁹. Nella gl. *quam stricti iuris*, a l. *placuit*, C. *de iudiciis* (C. 3. 1. 8) l'*aequitas* è indicata come «rerum convenientia, quae in paribus causis paria iura desiderat»⁸⁰, come principio superiore del giusto, cioè, che impone la medesima disciplina in casi uguali⁸¹. Il

⁷⁵ Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. Chis.* E. VII. 218, f. 95 va.

⁷⁶ *Distinctiones glossatorum collectio senensis*, a cura di G.B. Palmieri, in *Bibliotheca iuridica Medii Aevi*, II, Bononiae, 1892, 160.

⁷⁷ *Abbreviatio Codicis (ex codice manuscripto Bibliothecae publicae gratianopolitanae n. 627)*, a cura di G.B. Palmieri, in *Bibliotheca iuridica Medii Aevi*, I, Bononiae, 1914, 517.

⁷⁸ *Summa Codicis des Irnerius*, cit., 16.

⁷⁹ E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il basso Medioevo*, Roma, 1995, 96: «l'equità fu figura carissima ai giuristi medievali fin dal tempo dei primi glossatori, ma ebbe molti aspetti diversi».

⁸⁰ Gl. *quam stricti iuris*, a l. *placuit*, C. *de iudiciis* (C. 3. 1. 8). Le stesse parole si leggono nei *Fragmenta Pragensia*, contenuti nel cod. Prag. Metr. J. LXXIV – attribuiti da H. KANTOROWICZ - W.W. BUCKLAND, *Studies in the glossators of the Roman law*, Cambridge, 1938 (ed. an., Aalen, 1969), 50, alla metà del secolo XII – ed editi da FITTING, *Juristischen Schriften*, cit., 106. E come «rerum convenientia» l'*aequitas* è definita anche nei passi attribuiti a Piacentino e ad Azzone degli stessi *Fragmenta* editi da FITTING, *ibid.*, 106.

⁸¹ L'idea derivava da Cicerone che aveva definito l'*aequitas* «quae in paribus causis paria iura desiderat»: Cicerone, *Topica*, 4. 23, in *Tutte le opere di Cicerone* a cura del Centro di studi ciceroniani, XVII, a cura di G.G. Tassoni, Milano, 1973, 211.

*Tractatus de equitate*⁸² afferma, poi, che «equitas est qua inducit iusticia cum sua causa convenientia» e che «in rebus ipsis et negotiis idem videtur et equitatis et iusticie nomen significare»⁸³. Idea, questa, ribadita, ad esempio, nella gl. *iustitia* ad l. *iuri operam*, ff. *de iustitia et iure* (D. 1. 1. pr.), edita da Besta secondo la quale «equitas enim in ipsis rebus percipitur»⁸⁴, nonché dalla *Summa Institutionum Vindobonensis* in cui si legge: «equitas est rerum, id est obligatorum, convenientia que in paribus causis, idest negotiis, paria iura desiderat»⁸⁵. Di modo che l'*aequitas* si esprimerebbe anche nella congruenza dell'atto giuridico «con lo schema tipico della sua fattispecie»⁸⁶. Il *Tractatus*, peraltro, aggiunge: «ecce mutuum reddi iusticia precipit et redditio atque solutio cause precedenti congruit non solum quantitatis sed etiam bonitatis equalitate»⁸⁷, offrendo un ulteriore valore dell'*aequitas*, la quale non si fermerebbe alla congruenza dell'atto giuridico con la sua fattispecie e alla uguale disciplina di casi uguali, ma imporrebbe una congruenza sostanziale, e non meramente formale, tra le prestazioni dei contraenti.

Sulla medesima lunghezza d'onda si trovano poi altri giuristi che videro nell'equità la sostanza razionale della norma contrapposta

⁸² Il testo del *Tractatus de equitate* costituisce la terza parte delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* nel ms. Leiden, *D'Ablaing* 1 edito da H. FITTING, *Quaestiones de iuris subtilitatibus des Irnerius*, Berlin, 1894 e da lui attribuito ad Irnerio. Lo stesso testo si trova anche nel cod. *Vat. Lat.* 1405 della Biblioteca Apostolica Vaticana ai ff. 155v-157r. Secondo E.M. MEIJERS, *Sommes, lectures et commentaires* (1100 à 1250), in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Bologna 1933, I, Pavia, 1934, 455 s. il trattato deve essere attribuito a Martino, mentre A. ROTA, *Il Tractatus de equitate come pars tertia delle Quaestiones de iuris subtilitatibus e il suo valore storico-politico*, Modena, 1954 lo ritiene di Bulgaro. Alla scuola di Martino l'assegna, invece, H. LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter*, I, *Die Glossatoren*, München, 1997, 414. Si deve aggiungere che G. DOLEZALEK, *Verzeichnis der Handschriften zu römischen Recht bis 1600*, Frankfurt a.M., 1973, III, *Auctores*, attribuisce il testo del codice vaticano a Piacentino.

⁸³ Ed. FITTING, 88; ed. ROTA, 38; Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. Lat.* 1405, f. 155 va.

⁸⁴ E. BESTA, *L'opera d'Irnerio (Contributo alla storia del diritto italiano)*, I, Torino, 1896, 1.

⁸⁵ Il passo è edito da ROTA, *Il Tractatus de equitate*, cit., 12 dal ms. Grenoble Lat. 627.

⁸⁶ CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, cit., 96.

⁸⁷ Ed. FITTING, 88; ed. ROTA, 38; Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. Lat.* 1405, f. 155 va

all'interpretazione letterale e formalistica della stessa⁸⁸, un principio astratto (*aequitas rudis*) che alitava in tutte le norme di diritto positivo e a volte da queste era recepito ed esplicitato (*aequitas constituta*)⁸⁹. Così Rogerio ragionava sul significato dell'*aequitas*: «dicitur enim 'equitas' nunc in significatione stricta et ad iuris scripti differentiam vocaturque in tali significatione ea sola 'equitas', que nondum in preceptionem redacta sit et iuris laqueis innodata. Cum inter hanc et ius nulla videatur contrarietas, semper pro iuris tenore iudices pronuntiare iubentur novamque equitatem inquirere prohibentur, antequam eam in preceptionem sua redegerit interpretatione Romanus princeps, ut huius tituli lex prima dicit. Dicitur etiam 'equitas' nunc in larga significatione et ad iuris stricti differentiam vocaturque in tali significatione 'equitas' etiam quoddam ius scriptum, quale est omne illud, quod equitatis ratione contra rigorem verborum iuris stricti regularis quem sit introductum»⁹⁰. Idea condivisa

⁸⁸ Lo attesta, ad esempio, la gl. *placuit a l. placuit C. de iudiciis* (C.3 1 8) che contrappone l'*aequitas* allo *ius strictum* e afferma la prevalenza della prima sul secondo: «ubi aequitas ex una parte ius strictum ex alia est et contradicunt aequitas preferenda est». Sulla stessa linea interpretativa è una glossa di Guido da Suzzara, segnalata da G. DOLEZALEK-L. MAYALI, *Repertorium manuscriptorum veterum Codicis Justiniani*, in *Ius commune*, Sonderheft 23, Frankfurt a.M., 1985, I, 314 e pubblicata da E. CORTESE, *Lex, aequitas, utrumque ius nella prima civilistica*, in «*Lex et iustitia*» nell'*utrumque ius: radici antiche e prospettive attuali. Atti del VII Colloquio internazionale romanistico-canonistico* (12-14 maggio 1988), a cura di A. Ciani e G. Diurni, Città del Vaticano, 1989, 118, n. 76. Il glossatore prende in esame il problema del rapporto tra legge civile e canone e respinge la tesi prevalente secondo la quale la prima prevale sul secondo nelle corti civili e nelle materie temporali e l'opposto accade in quelle ecclesiastiche e accoglie, invece, l'altra tesi, quella per cui a prevalere è la norma – civile o ecclesiastica che sia – la quale è ispirata all'equità e non al rigore: «Quero quando lex est contraria canonis in eodem casu an standum sit. Distinxerunt quidam quod quando agitur causa in foro ecclesiastico, tunc preferatur canon, si vero agitur in foro seculari, tunc lex preponatur. Sed hec opinio non placet. Alii dicunt quod in temporalibus preferatur lex, in spiritualibus canon, et hoc indistincte dixerunt. Sed hec non placet. Alii vero distinxerunt, et bene, utrum canon contineat rigorem et lex equitatem, et tunc prevalet lex etiam in foro ecclesiastico... Si vero canon contineat equitatem et lex rigorem, tunc lex subcumbit». La medesima idea è condivisa dall'anonimo autore del testo conservato nel cod. 17 (già P.I.11) della Stadtbibliothek di Bamberg che afferma «equitas iuri stricto repugnans est» (f. 51: ed. FITTING, *Juristische Schriften*, cit., 173).

⁸⁹ Anche sotto questo aspetto appare possibile rinvenire un collegamento del pensiero medievale con Cicerone, il quale aveva dichiarato in *Topica*, 2. 9: «ius civile est aequitas consuetudo eis qui eiusdem civitatis sunt» (ed. cit., 203). Al riguardo CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., II, 97..

⁹⁰ ROGERII *Enodationes quaestionum super Codice*, in KANTOROWICZ-BUCKLAND, *Studies*, cit., 282.

sia da Martino, per il quale «*aequitas bipartita est. Est aequitas constituta, quae manens quod erat, incipit esse quod non erat, id est ius. Est et rudis, et in hac iudicum officium deprehenditur*»⁹¹, sia da Bulgaro che nel *De regulis iuris* dichiarava: «*maxime autem in iuris professione ubi dicit spectatus equitas, ut iudex eam stricto iuri preferat. Nam cum stricti sit hoc pacta servari, equitas etiam dicat ex sua distinctione quorundam acciones, quorundam pacta nec essent servanda ut ea que de dolo*»⁹². Ne conseguiva che in quanto concretizzazione dell'*aequitas rudis* la legge doveva essere rispettata e seguita, ancorché dura: lo dichiareranno in maniera esplicita, ad esempio, Jacques de Révigny – «*Lex servanda est quamdam dura*»⁹³ – e Pierre de Belleperche «*Hoc est verum aequitas scripta praefertur rigori non scripto. Sed aequitas non scripta non praefertur rigori scripto: dura sit lex scripta tenenda est*»⁹⁴.

In tutte le sue accezioni il termine *aequitas* sembra, dunque, far riferimento al principio superiore di giustizia sostanziale che deve segnare la norma e soprattutto guidarne l'interpretazione e l'applicazione. Un valore spirituale che alita nel diritto positivo e che alcuni glossatori resero esplicito identificando l'equità con Dio. Lo leggiamo, ad esempio, nella *Summa Institutionum Vindebonensis* in cui si afferma: «*equitas est... Deus, secundum hoc quod desiderat, equus dicitur, nihil enim aliud est equitas quam Deus*»⁹⁵, nonché nel frammento praghese edito da Fitting il quale ripete «*aequitas nihil aliud est quam Deus*»⁹⁶.

⁹¹ gl. *iudicis officium*, ad l. *ipse dispice*, C. *de edendo* (C. 2. 1. 1), in F. K. von SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, trad. it. a cura di E. Bollati, III, Torino, 1857 (ed. an. Roma, 1972), 387..

⁹² Ed. da Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. Lat.* 11156, f. 141 rb di ROTA, *Il Tractatus de equitate*, cit., 19.

⁹³ IACOBI DE RAVANIS *Lectura in Digestum Vetus*, in l. *iuri operam*, ff. *de iustitia et iure* (D. 1. 1. 1.), ms. Leiden, D'Ablaing 2, f. 3 va, edita da CORTESE, *La norma giuridica*, cit., II, Milano, 1964, App. XII, 455.

⁹⁴ PETRI DE BELLAPERTICA *In libros Institutionum Divi Iustiniani Commentarii*, Lugduni, 1536 (ed. an. Bologna, 1972), l. 4, f. 580, nn. 4 s.

⁹⁵ ROTA, *Il Tractatus de equitate*, cit., 12.

⁹⁶ FITTING, *Juristischen Schriften*, cit., 216. Un quadro sintetico di estrema chiarezza della complessa nozione medievale di *aequitas* è stato tracciato da F. CALASSO, *Equità. Premessa storica*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, 1966, 65-69 (anche in ID., *Storicità del diritto*, Milano, 1966, 365-376) dove si legge che «un concetto di equità nuovo rispetto a quello del mondo romano venne a maturazione alla fine dell'alto Medioevo:

iii) Se è vero, come è stato di recente evidenziato⁹⁷, che i glossatori civilisti non si impegnarono in approfondite riflessioni teoriche sull'essenza del diritto naturale e si limitarono a toccare il tema solo per spiegare i testi giustinianeî che lo citavano, appare, comunque, chiaro che essi non si sottrassero all'influenza del pensiero cristiano sul tema. Così, ad esempio, la gl. *ius naturale* ad Inst. *de iure naturali* (Inst. 1.2. pr.) affermava «ius naturale id est Deus», formula ripetuta dalla gl. *quod natura*, a l. *iuri operam*, ff. *de iustitia et iure*, & *ius naturale* (D. 1. 1. 1. 3) secondo la quale «natura id est Deus». Una formula che, come ha rilevato Gualazzini, non proponeva una visione panteistica del mondo, ma ripeteva l'insegnamento della Chiesa per il quale la natura è opera di Dio⁹⁸. L'influenza del pensiero cristiano si può cogliere anche nel prosieguo delle glosse sopra indicate, dove, peraltro, si incontra con l'esegesi dei testi giustinianeî. La gl. *ius naturale*, infatti, continuava affermando: «Et nota quod quatuor modis ius naturale ponitur. Quandoque pro iure gentium... quandoque pro iure pactorum et sic pro iure pretorio... quandoque pro eius contrario, scilicet pro eo quod rescindit pacta ut in restitutione minorum... quandoque pro instinctu naturae. Sed secundum canones ius naturale dicitur quod in lege mosaica, vel in evangelio continetur». Mentre l'altra glossa spiegava «nota ius naturale quatuor modis dici. Primo lex Mosaica... Secundo instinctus naturae... Tertio ius gentium... Quarto ius praetorium». Nella *Summa Institutionum* assegnata da Palmieri ad Irnerio, poi, l'insegnamento cristiano sembra

non più strumento d'interpretazione, e neanche forza evolutiva del sistema normativo, ma ragione di esistenza della stessa norma giuridica. Tutto il piano sul quale poggia il diritto umano si eleva, per accostarsi alla fonte eterna del giusto: la spiritualità medievale v'infonderà in età più matura il suo afflato mistico, e insegnerà per bocca di un glossatore civilista: '*auctor iuris homo, iustitiae deus*'. Che non era scantonamento verso la religione o la morale, ma incitamento alla ricerca della concreta giustizia che è intrinseca ai negozi e rapporti umani, commisurata a quel canone e che si tramuterà in *praeceptum*: è l'insegnamento irneriano dell'*aequitas rudis*, che il legislatore umano ha la funzione di scoprire e di estrarre. Di qui la suprema armonia di una giustizia senza interne fratture che un altro giurista laico, vissuto sulle soglie dell'umanesimo...condenserà nella celebre definizione '*aequitas effectus unitatis*'. L'idea medievale di *aequitas* come principio superiore legato allo *ius naturale* e quindi espressione dello *ius divinum* è stata approfondita successivamente anche da CORTESE, *Lex, aequitas*, cit., 95-119.

⁹⁷ G. MAGLIO, *La coscienza giuridica medievale. Diritto naturale e giustizia nel Medioevo*, Padova, 2014, 84.

⁹⁸ U. GUALAZZINI, «*Natura id est Deus*», in *St. Grat.*, 1955, 411-424.

coniugarsi con la lettura ulpiana: «Ius naturale est conditio rebus creatis ab ipsa divina dispositione imposita, seu instinctu naturae, non aliqua constitutione, non enim ex hominum industria, sed ex ipsa divina dispositione est inductum. Est enim quod natura omnia docuit animalia, cuius peritia omnia censetur animalia. Hinc descendit maris et femine coniugatio, quam, secuta quadam sollemnitate, inter nos matrimonium appellamus. Hinc liberorum procreatio et educatio, que quidem non iura, sed iuris effectus dicuntur»⁹⁹.

In altri passi, poi, i glossatori si mostrano maggiormente legati al testo giustiniano, del quale ripetevano la pluralità di contenuti della nozione di diritto naturale. Così, ad esempio, la gl. *ius civile est* a l. *ius civile est*, ff. *de iustitia et iure* (D. 1. 1. 6) spiegando che «id est iure naturali, quod semper est bonum et aequum, vel gentium... quae sunt communia primum omnibus animalium, secundum omnibus hominibus», accoglieva da canto la tripartizione *ius civile*, *gentium* e *naturale*, dall'altro sia la lettura ulpiana di quest'ultimo, sia la definizione di Paolo. Dal canto suo Azzone ribadiva che «ius naturale pluribus modis dicitur». In primo luogo ricordava la tesi ulpiana, per cui «dicatur a natura motus quodam instinctu naturae proveniens, in quo singula animalia ad aliquid faciendum inducuntur. Ius naturale est quod natura, id est Deus, docuit omnia animalia». Aggiungeva, poi, «dicitur enim quandoque ius naturale, ius commune hominum». E, con evidente richiamo al pensiero cristiano, continuava «dicitur ius naturale quod in lege Mosayca, vel in Evangelio continetur», concludendo, infine, «item dicitur ius naturale aequissimum, ut cum dicitur lapsos minores secundum aequitatem restitui»¹⁰⁰.

Le varie accezioni di diritto naturale accolte dai glossatori convergevano, comunque, sul suo carattere di immutabilità, perennità, eternità già messo in luce dalla giurisprudenza romana. Allo stesso tempo con quest'ultima i glossatori concordavano nel rilevare la molteplicità e varietà delle forme in cui la natura si esprimeva. Nel commentare, ad esempio, la Nov. 84 (Coll. 6. 12), la quale sottolineava i

⁹⁹ WERNERII *Summa Institutionum*, a cura di G.B. Palmieri, in *Bibliotheca iuridica Medii Aevi*, I, Bononiae, 1914, 274.

¹⁰⁰ AZONIS *Summa Institutionum*, in *Summa Azonis*, cit., rubr. *de iure naturali gentium et civili* (Inst. 1. 2), coll. 1049 s.

¹⁰¹ *Summa Codicis des Irnerius*, cit., 16.

mutamenti della natura e la necessità dell'adeguamento alle medesime da parte delle leggi, la gl. *utens* dichiarava «quia facta mutantur secundum cursum naturae» e la gl. *sua* aggiungeva «id est donec utitur novitatibus quod facere suum scilicet naturae est». E al pari dei loro predecessori romani risolvevano la contraddizione tra perennità e mutevolezza della natura, distinguendo le manifestazioni della natura e lo *ius naturae*: le prime erano cangianti, il secondo era perenne e immutabile. La gl. *utens*, ad esempio, dopo aver ammesso la variabilità dei fatti naturali, precisava «non autem ius naturae mutatur».

La glossa, dunque, fissava come punto fermo della legge imperiale la conformità spontanea allo *ius naturale* e quindi apriva al complesso problema del rapporto tra leggi precedenti e successive, tutte rispondenti al diritto naturale, eterno ed imutabile, ed al contempo espressione di situazioni contingenti.

iv) La legge, dunque, era accreditata di uno spirito profondo al di là dei termini in cui era espresso il suo dispositivo. Così la *Summa Codicis* attribuita ad Irnerio dava istruzioni in merito all'interpretazione delle leggi dichiarando «condite leges intelligende sunt benignius, ut mens earum servetur et ne ab equitate discrepent... cum ad equitatis rationem accomodantur»¹⁰¹. Della *mens legis* parlava anche Rogerio il quale, dopo aver teorizzato la simbiosi tra *lex* ed *aequitas*, si occupava dell'interpretazione delle leggi separando dalla *mens* (o *sensus*) i *verba*: «Dubitatur enim interdum de verbis legis et sensu, interdum vero, licet verba legis sint certa, de eius tamen mente vireve ambiguitur. Cum ergo de verbis legis hesitatur, sua interpretatione id sequi iudex debet, quod benignius quodque sit minus subtile... latius ius dicentis interpretatione sit porrigenda ad ea scilicet in quibus eadem equitatis ratio utitur»¹⁰². E di *mens legis* parlava anche Vacario spiegando, nella glossa *verba legis*, la norma della l. *non dubium est*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 5. pr.) – per cui «non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem» – con le parole: «que non per omnia mentem exprimunt, et ideo eis inhaeret ut se excuset qui mentem legis circumvenire nititur»¹⁰³.

La distinzione all'interno della *lex* tra *verba* e *mens* appare generalmente condivisa dai glossatori, come risulta in un passo di Carlo

¹⁰² ROGERII *Enodationes*, cit., 283.

¹⁰³ *The Liber pauperum of Vacarius*, a cura di F. de Zulueta, London, 1927, 16,

di Tocco sulla stessa l. *non dubium est*: «Sed queritur: quid fiat contra verba legis expressim, non tamen contra mentem, nunquid videbitur in fraudem legis facere ac irritum erit ut supra? Respondetur: minime, imo licite possum contra verba venire, dum tamen mentem non offendam. Si facit quis contra verba legis et mentem aut contra mentem tantum in legem committit, et quod factum est non tenet, neque quod sequitur ex eo vel ob id. Nunc queritur si contra verba tantum quis facit, sed non contra mentem, an committat in legem. Respondet P[lacentinus] utique... Sed dominus I[oannes]b[assianus] dicit: licet quis contra verba legis faciat, si tamen mentem non offendat, per sententiam excusatur»¹⁰⁴. In alcuni passi di una *lectura* attribuita a Giovanni Bassiano la distinzione trovava ulteriori conferme: si legge, infatti, nel commento a l. *contra legum facit*, ff. *de legibus senatusque consultis* (D. 1. 3. 29) «Sed quaero: quid si fiat contra verba legis tantum, sed non contra mentem, nunquid videor in fraudem legis facere? Io[hannes] b[assianus] dicit quod non»¹⁰⁵ e nel commento a l. *non dubium*, C. *de legibus et constitutionibus* (C. 1. 14. 5) «quare dicit io[hannes] b[assianus] ubi non sit contra mentem legis non prohibetur quin contra verba possit committi»¹⁰⁶.

Mens legis che i glossatori identificavano con la *ratio legis* e con l'*aequitas legis*. Lo dichiarava chiaramente la gl. *aut legem a l. consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 53 [52]. 2): «Id est rationabilem legem, vel rationem, id est, mentem, sive aequitatem legis scriptae, et legem, scilicet scriptam et strictam... vel rationem, id est legem, in qua est ratio... Et nota non minus attendi mentem sive rationem legis, quam ipsam legem». Una *ratio* che per la gl. *non omnium* alla l. *non omnium*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 19) «debet esse talis, quae sit generalis et necessaria», così che «ubicumque ratio locum habet, et lex». Al punto che, come diceva la gl. *et rei* alla l. *si cum exceptione*, ff. *de eo quod metus causa* (D. 4. 2. 14.

¹⁰⁴ Il passo si trova nel cod. *Paris. Lat.* 4546, f. 11 vb ed è stato pubblicato da CORTESE, *La norma giuridica*. cit., II, App. VI, 428 s.

¹⁰⁵ Roma, Biblioteca Nazionale 1369 (già Sessoriano 43), f. 70 ra, edito *ibid.* App. III, 407.

¹⁰⁶ Napoli, *Branccacciano IV*. D. 4, f. 32 rb, edito *ibid.*, 407. La distinzione tra *mens* e *verba* della legge appare correntemente accettata. La si trova, ad esempio, anche nella gl. *legitima* a Inst. 1. 17, pubblicata in *Glosse preaccursiane alle Istituzioni. Strato azzoniano. Libro primo*, a cura di S. Caprioli, V. Crescenzi, G. Diurni, P. Mari e P. Peruzzi, Roma, 1984, n. 468, 200, in cui si legge «Ex mente legis, non ex verbis, concepta».

2), «est autem tunc necessaria ratio, ut quando ipsa ratio deficit, deficiat ipsa lex».

v) La potestà di promulgare le leggi rientrava nell'*imperium* che il popolo romano aveva concesso al principe con la *lex regia de imperio*. Spettava, perciò, al solo imperatore. «Hodie potestas translata est in imperatorem» dichiarava una glossa alla l. *de quibus causis*, ff. *de legibus senatusque consultis* (D. 1. 3. 32) attribuita a Irnerio da Savigny¹⁰⁷. Lo confermavano, tra gli altri, la gl. *abrogentur* alla l. *de quibus causis*, ff. *de legibus senatusque consultis* § *inveterata consuetudo* (D. 1. 3. 32. 1) – secondo la quale la «potestas condendi leges... hodie per principem tantum sit» –, Piacentino – che dichiarava «hodie... solus Imperator, vel is cui Imperator permisit, poestatem habet condendi [leges]»¹⁰⁸ –, Azzone che ribadiva «lege regia in eum [principem] transtulit populus omne ius quod habebat»¹⁰⁹. Tale potestà legislativa del principe, comunque, apriva non pochi problemi.

Il primo era costituito dal rapporto tra la funzione correntemente riconosciuta al principe di garante del diritto della tradizione – un diritto che aveva origini immemorabili, che si evolveva spontaneamente al di fuori di ogni intervento del principe, che esprimeva l'identità culturale del popolo ed era perciò sacro per quest'ultimo, e la potestà dello stesso principe di violare il medesimo diritto con i suoi provvedimenti che modificavano le norme consuetudinarie. È noto che l'essenza della potestà del principe medievale risiedeva nella giustizia, cioè nel garantire il rispetto del diritto spontaneamente maturato nelle comunità che a lui facevano capo¹¹⁰. Ma la di-

¹⁰⁷ SAVIGNY, *Storia del diritto romano*, cit., III, 372.

¹⁰⁸ In *Codicis Domini Iustiniani Libros IX Summa a Placentino... conscripta*, Morguntiae, 1536, f. 17, ad C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14).

¹⁰⁹ AZONIS *Lectura super Codicem*, Parisiis, 1577 (ed. an. Augustae Taurinorum, 1966), ad l. *si imperialis*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 14. 12), f. 44, n. 50.

¹¹⁰ ANDREA D'ISERNIA nel *Proemio* al *Liber Augustalis* affermerà: «Princeps enim positus est ut faciat iustitiam et iudicium, id est iustu iudicium. Et ideo quando terminos justitie egreditur non dicitur Rex» (*Utriusque Regni Sicilie Consitutiones*, Lugduni, 1568, *Proemium*, f. 2 v). Sulla natura di giudice del re medievale rinvio a quanto detto in varie occasioni: cfr., in particolare, *La monarchia meridionale. Istituzioni e dottrina giuridica dai Normanni ai Borboni*, Roma-Bari, 1998. La medesima idea del re-giudice era condivisa dai canonisti: ad esempio Guido da Baisio dichiarava: «Iudex vero id est rex, cuius prius officium est facere iudicium atque iustitiam» (GUIDONIS A BAISSIO *Rosa-*

fesa e la tutela da parte del principe del diritto della tradizione non riguardavano tutti gli usi indistintamente, ma soltanto quelli che risultavano essere illuminati dall'*aequitas* e dalla *ratio*. «Consuetudo est ius quoddam moribus. Assiduisque actibus hominum institutum... Consuetudo quoque dicitur, quae est in communi usu... Consuetudo autem... debet esse rationabilis» affermava Azzone¹¹¹. E spettava al principe il compito di valutare l'esistenza di questo requisito¹¹². Lo dichiarava, ad esempio, la *Summa Codicis* attribuita ad Irnerio dove si legge: «interpretatio quidem quandoque necessaria est et generaliter, ut ea que fit a principe»¹¹³. Lo spiegava ampiamente Azzone: «ius est ars boni et aequi nulli tamen venit in dubium quod illi qui iura composuerunt, homines fuerunt, et quod errare poterunt. Immo et hoc aliter esse potuit, quia omnium habere memoriam, et in nullo penitus peccare, divinitatis potius est quam humanitatis... Si ergo ipsi erraverunt nimis dure constituendo in iure, soli principi licet interpretationem facere, si aequitas rudis quae adhuc in finibus iustitiae constituta, contra suadet»¹¹⁴. Il principe, allora, aveva la potestà di valutare l'equità e la razionalità delle consuetudini vigenti nelle comunità che a lui facevano capo; e ove le avesse giudicate prive di equità e razionalità aveva il dovere di intervenire con le sue leggi, con le quali sostituiva agli usi iniqui e irrazionali norme eque e razionali. Per Piacentino «hodie... solus Imperator... pote-

rium, seu in Decretorum Volumen Commentaria, Venetiis, 1601, c. 41. C. VII. q. 1). Al riguardo P. BELLINI, «Legis latio», in ID., *La coscienza del principe. Prospettazione ideologica e realtà politica delle interposizioni prelatizie nel governo della cosa pubblica*, Torino, 2000, I, 329.

¹¹¹ AZONIS *Summa Codicis*, cit., a C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52), col. 875, n. 7.

¹¹² Come ha messo in luce anni fa P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 1969, 148 (il volume è stato ristampato nella collana Per la storia del pensiero politico moderno, 62, Milano, 2002) nel Medioevo la funzione di giustizia del principe non poteva prescindere dal contenuto delle norme del diritto vigente, ma doveva esprimersi necessariamente anche nel curare che dette norme fossero conformi al principio superiore dell'*aequitas/ratio*, quello stesso principio che si attuava positivamente nella *lex*: di modo che la *iurisdictio* del principe si sostanziava contemporaneamente sia della potestà legislativa, sia di quella di giustizia, la prima come parte integrante della seconda.

¹¹³ *Summa Codicis des Irnerius*, cit., 16.

¹¹⁴ AZONIS *Lectura super Codicem*, cit., a C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 12), f. 39, nn. 1 s.

statem habet condendi iura et interpretandi»¹¹⁵, mentre Rogerio dichiarava «inter ius et equitatem interpretationem a solo principe factam iubet accipi»¹¹⁶; «cum quaestio vertitur inter aequitatem et ius, soli principi relinquitur dirimendum vel ei cui princeps concessit»¹¹⁷.

vi) Il rapporto tra *ius* e *lex* non si limitava, comunque, all'eliminazione da parte della seconda delle norme del primo contrarie all'*aequitas*; era molto più sfaccettato e i glossatori non mancarono di prenderne in esame altri aspetti. Innanzi tutto distinguevano tra consuetudine generale e consuetudine speciale. Per Azzone «consuetudo autem duplex est, generalis et particularis. Generalis est quae generaliter observatur. Specialis quae certis locis vigorem et obedientiam habet»¹¹⁸; e la medesima distinzione era accolta dalla gl. *abrogentur* a l. *de quibus causis*, ff. *de legibus senatusque consultis* § *invetrata consuetudo* (D. 1. 3. 32. 1) secondo la quale «distingue, aut est consuetudo generalis... aut est specialis». Rilevavano, poi, che la consuetudine era ottima interprete della legge, sottolineando come la realtà concreta plasmasse nel migliore dei modi la prescrizione legislativa. «Consuetudo est optima legum interpres» diceva Azzone¹¹⁹, usando le stesse parole di Paolo riportate in D. 1. 3. 37 che la gl. *usa fuit* così commentava «sed dic interpretatio consuetudinis est probabilis et necessaria non in scriptis redigenda... nisi ad memoriam».

Più complessa era poi la questione della capacità della consuetudine di eliminare una legge, in altri termini della forza delle desuetudine. La questione prendeva le mosse dalla convinzione di alcuni glossatori che con la *lex regia de imperio* il popolo romano non si fosse privato del tutto della sua tradizionale potestà legislativa: certamente in seguito a quella legge l'unica potestà legittimata a promulgare le leggi era l'imperatore, ma il popolo avrebbe conservato la possibilità di rendere inane, attraverso la desuetudine, la legge del

¹¹⁵ In *Codicis Domini Iustiniani Libros IX Summa a Placentino...conscripta*, cit., f. 17.

¹¹⁶ ROGERII *Enodationes*, cit., 282.

¹¹⁷ ROGERII *Summa Codicis*, in SAVIGNY, *Storia del diritto romano*, cit., IV, 423. L'idea sarà condivisa da Jacques de Révigny, per il quale «dicit Imperator ubi invenimus contrarietatem inter ius et equitatem nobis solum resevanda est interpretatio»: JACOBUS DE RAVANIS, in PETRI DE BELLA PERTICA *Lectura super Prima Parte Codicis*, Parisiis, 1519, ad C. *de lege et constitutionibus* (C. 1. 14), f. 32 va

¹¹⁸ AZONIS *Summa Codicis*, cit., quae sit longa consuetudo (C. 8. 52), col. 875, n.7.

¹¹⁹ *Ibid.*

principe. Che il popolo romano avesse conservato potestà legislativa lo sosteneva, ad esempio, la *Summa Codicis* attribuita ad Irnerio per la quale: «in condendis legibus spectandum est, a quo et quomodo condi debeant, is quidem auctoritatem legis condende habet. Ergo populus Romanus, ille immo cui a populo hoc permissum est: princeps enim hanc facultatem habent»¹²⁰. Anche Azzone condivideva questa idea: «populus romanus non habet potestatem legis condendae, quod olim habebat: sed lege regia in eum [Imperatorem] transtulit populus omne ius quod habebat... Videtur ergo quod hodie nullum ius habeat vel dic quod non transtulit ita quin sibi retineret. Transfert enim quandoque quis aliquid, et sibi retinet... Dic ergo quod hic non excluditur populus, sed singuli de populo»¹²¹.

Una tale residua potestà legislativa poteva giustificare la forza della desuetudine. Ne parlava la *Lectura* attribuita a Giovanni Bassiano, la quale, peraltro, nell'ammettere gli effetti sulla legge della desuetudine, di quest'ultima precisava in maniera netta i limiti: «Et quod lex possit tolli per consuetudinem ratione nitente, sicut et consuetudo per legem tollitur, etsi non pareat tonsoribus et lippis, tamen non est incognitum. Hoc enim eximia probatur ratione: vigor namque legum, sicut et consuetudinis, est voluntas populi; lex enim scriptura non contrahit auctoritatem, sed ideo redigitur in scripturam ut memorie mandetur; nam leges nulla alia causa tenent nos, quam quod iudicio populi recepte sunt. Si ergo lex ex sola populi voluntate pendet, certum est quoniam etiam populi destinatione tollitur: nihil enim tam naturale est, quam eo genere quicquid dissolvi, quo colligatum est... Vel aliter: quod ibi dicitur, quoniam consuetudo non potest vincere rationem aut legem... sic intellige: hoc est, non potest trahi ad similia contra legem... Vel, ut sit optima inter has leges concordia sic dicamus: consuetudo non vincit legem, scilicet naturalem»¹²².

¹²⁰ *Summa Codicis des Irnerius*, cit., 15 s.

¹²¹ AZONIS *Lectura super Codicem*, cit., ad l. *si imperialis*, C. *de legibus et constitutionibus* (C. 1. 14. 12), f. 44, nn. 50 s.

¹²² *Lectura* in *Inst. de iure naturali, gentium et civili* (Inst. 1. 2), in ms. Leiden, D'Ablaing 3, f. 3 rb-va, edita da. CORTESE, *La norma giuridica*, cit., II, App. III, 413 s. La medesima incapacità della consuetudine di intervenire contro una legge illuminata dalla *ratio* è sostenuta anche nella *Summa Institutionum* attribuita a Irnerio dove si legge «licet tamen consuetudo sit optima legum interpres, non tamen adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem, idest rationabilem legem»: WERNERII *Summa Institutionum*, cit., 274.

Chi ammetteva l'eliminazione della legge per desuetudine, dunque, precisava come la medesima desuetudine non potesse operare nei riguardi di una legge illuminata dalla *ratio* e dall'*aequitas*. Ma anche coloro che ammettevano la forza abrogativa della consuetudine, finivano per limitarla formulando alcune interessanti precisazioni. Così, ad esempio, Rogerio distingueva tra il mancato uso di una legge da parte di comunità che della medesima ignoravano l'esistenza e quello di un popolo che invece ne era a conoscenza. «Nam cum ideo vos leges tenent, quia sint populi recepte iudicio, nimirum et ab illis ideo liberamur, quia populi sint eiusdem sprete iudicio; legis autem spernende seu cassande voluntatem habere, cum eam sciens diu contra ipsam iudicat, non minus videtur populus, quam si contra eam legem facienti magistratui preberet suffragium quo casu quasi non utendo lex perit... Sin autem legem ignorans etiam diu contre eam utatur, ideo lex non tollitur, quia in hoc consensisse populus non potest credi, cum nichil consensus magis contrarium sit quam error qui detegit imperitiam»¹²³. Altri glossatori, poi, distinguevano tra consuetudine generale e consuetudine speciale. Così la già ricordata gl. *abrogentur* a l. *de quibus causis*, ff. *de legibus senatusque consultis* § *inveterata consuetudo* (D. 1. 3. 32. 1) affermava: «Nota per duo corrige legem. Prima per aliam legem, et hoc planum est. Secundo per consuetudinem... Distingue, aut est consuetudo generalis, et tunc generaliter vincit legem ut hic, aut est specialis et tunc vincit specialiter... non generaliter... Et haec est vera si consuetudo sequitur legem, nam si praecedat vincitur a lege... et hoc quando contra legem est consuetudo ex certa scientia, secus si per errorem». Stando a questa glossa, dunque, la consuetudine era in grado di abrogare la legge soltanto quando presentasse tre requisiti: che fosse generale e non speciale – nel senso che coinvolgesse l'intera disciplina disposta dalla legge, non soltanto alcuni suoi momenti –, che fosse successiva alla legge, che, infine, risultasse veramente contraria alla legge. Ove uno di questi requisiti fosse mancato, l'effetto abrogativo non si sarebbe verificato. Che la consuetudine per modificare la legge doveva essere venuta a maturazione in epoca posteriore alla promulgazione di questa era sottolineato anche da altri glossatori: lo dichiarava, ad esempio, la *Lectura* alle Istituzioni attri-

¹²³ ROGERII *De iure naturali gentium et civili*, in KANTOROWICZ - BUCKLAND, *Studies*, cit., 278.

buita a Giovanni Bassiano, dove si legge: «consuetudo non vincit legem, scilicet postea latam... antea enim latam vinceret»¹²⁴.

Sul tema intervenne anche Azzone, il quale innanzi tutto confermò, ancorché con precisi limiti, che l'effetto abrogativo poteva essere prodotto soltanto da una consuetudine successiva alla legge: «Sed distingue utrum lex sequatur consuetudinem, cui ipsa est contraria, an praecedat. Si lex sequatur, quia posterior est, derogat consuetudini, quae praecessit, alioquin legi consuetudo derogat, nisi lex consuetudine prohiberet admitti, ut in usuris habemus»¹²⁵. L'effetto abrogativo della consuetudine intervenuta dopo la legge non si sarebbe verificato ove quest'ultima avesse disposto la propria vigenza anche contro un'eventuale prassi diversa. Azzone procedeva, peraltro, nella propria riflessione prendendo in esame il problema della validità di un patto stretto da una società in deroga del dispositivo di una legge. «Alii distinguunt» – dichiarava – «an lex sit talis, cui derogari possit per pactum», in quanto «consuetudinem pacto parificant, quia ipsa consuetudo consensus dicitur tacitus». Opinione, questa, che era sostenuta da Giovanni Bassiano, ma che non convinceva Azzone, il quale dichiarava: «Sed hoc non videtur verum, quia secundum hoc furiosis, vel similibus, qui expressim consentire non possunt, consuetudo non obijceretur... nisi respondeas, imo obijceretur, quia maior pars universitatis consentit, unde perinde est ac si omnes consensissent... Secundum Io[hannem] Bas[sianum] responde, illa regula est in electionibus. Item vera est, ut universitas possit conveniri ideo, quia maior pars aliquid dicatur fecisse, non ut aliquis ignorans conveniatur. Haec autem consuetudo patrimonio singulorum detrahit, et inducit, ut singuli conveniantur, quod esse non potest. Nam si millies ipsi pascantur, quod ego tenerer, mihi non praeiudicaret»¹²⁶.

Non tutti i glossatori, comunque, pensavano che il popolo romano avesse conservato qualcosa dell'antica potestà legislativa; di conseguenza la funzione abrogativa della consuetudine non era condivisa. Lo dichiarava, ad esempio, una glossa (a l. *de quibus causis*, ff.

¹²⁴ *Lectura in Inst. de iure naturali, gentium et civilis* (Inst. 1. 2), cit., f. 3 va, in CORTESI, *La norma giuridica*, cit., II, 414

¹²⁵ AZONIS *Summa Codicis*, cit., a C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52), col. 875, n. 7.

¹²⁶ *Ibid.*

de legibus senatusque consultis [D. 1. 3. 32]) che Savigny attribuisce a Irnerio e che risulta in deciso contrasto con quanto si legge nel passo, prima ricordato, della *Summa Codicis* assegnata allo stesso glossatore: «loquitur haec lex secundum sua tempora, quibus populus habebat potestatem condendi leges, ideo tacito consensu omnium per consuetudinem abrogabantur. Sed quia hodie potestas translata est in imperatorem, nihil faceret desuetudo populi»¹²⁷. E la medesima opinione sosteneva Piacentino: «Ergo lex scripta tantum per legem scriptam cassabitur, et non scripta, id est consuetudo, tantum per legem non scriptam, id est per contrariam consuetudinem abrogabitur, multo fortius per legem scriptam... in principem per regiam legem populus Romanus omne ius transtulit, ergo ius condendi iura et abrogandi, sicque ius tale sibi non reservaverit»¹²⁸.

vii) E veniamo al punto che più ci interessa. Quale sorte conosceva la legge sacra, perenne, incarnazione della *ratio*, dell'*aequitas*, conforme allo *ius naturale* dopo che una successiva legge, altrettanto sacra, perenne, razionale, equa, naturale aveva introdotto una disciplina innovativa della materia da lei regolata? Rimaneva in vigore o era modificata, se non addirittura abrogata? Per esaminare la risposta formulata dai glossatori al quesito, appare opportuno procedere gradualmente.

Che le leggi potessero essere cambiate lo ritenevano tutti. «Lex alia rogatur, cum profertur. Alia derogatur, cum in parte diminuitur. Alia abrogatur, cum in toto deletur. Alia subrogatur, cum aliquid ei additur. Alia abrogatur, cum una sublata alia substituitur» si legge in uno degli *Opuscula incertorum auctorum* pubblicati da Kantorowicz-Buckland¹²⁹. E parole analoghe troviamo nella gl. *lex* a Inst. *de iure naturali, gentium et civili*, & *constat* (Inst. 1. 2. 3) della cosiddetta *Glossa di Poppi* secondo la quale «Lex autem a legendo dicta est, aliter electione. Lex autem rogatur, aut derogatur aut abrogatur vel subrogatur, aut obrogatur. Rogatur cum profertur, abrogatur cum aufertur, derogatur cum una pars ei detrahitur, subrogatur cum alia additur, obrogatur cum una detracta alia additur»¹³⁰. La modifica,

¹²⁷ SAVIGNY, *Storia del diritto romano*, cit., III, 370.

¹²⁸ PLACENTINI *Summa Codicis*, cit., f. 416.

¹²⁹ *Distinctio II*, in KANTOROWICZ - BUCKLAND, *Studies*, cit., 302.

¹³⁰ *La Glossa di Poppi alle Istituzioni di Giustiniano*, a cura di V. Crescenzi, Roma, 1990, gl. 158, 35 s.

l'integrazione, l'abrogazione della legge spettavano in via esclusiva al principe che sappiamo essere l'unica potestà legittimata a promulgare leggi scritte.

Il principe lo poteva fare perché sin dal I secolo aveva affermato, con Vespasiano¹³¹, di non essere vincolato dalle leggi dei suoi predecessori, era, in altre parole, come dirà nel III secolo Ulpiano, «legibus solutus» (D. 1.3.31). Una libertà che si esprimeva non soltanto nell'assenza dell'obbligo di osservare il dispositivo delle leggi precedenti, ma anche nella potestà di innovare il testo di queste ultime. Ma detta libertà era stata corretta all'inizio del V secolo dagli imperatori Teodosio e Valentiniano con una costituzione la quale disponeva: «Digna vox est maiestate regnantis, legibus alligatum se principem profiteri; adeo de auctoritate iuris nostri pendet auctoritas. Et re vera maius imperio est, submittere legibus principatum; et oraculo praesentis edicti, quod nobis licere non patimur, indicamus». I due imperatori, dunque, ritenevano opportuno che l'Augusto, pur essendo svincolato dall'obbligo giuridico di rispettare le leggi dei suoi predecessori, assumesse di propria volontà questo vincolo. E la costituzione venne accolta dai compilatori giustinianeî nel Codice (C. 1.4.14).

Su questi testi si appuntò da subito la riflessione dei glossatori. Essi accolsero il principio enunciato da Ulpiano, ne individuaronò il fondamento giuridico, ed al contempo cercarono di avvalersi delle aperture offerte dalla *Digna vox* per sottolineare che il principe doveva sottoporsi volontariamente alle leggi dei predecessori¹³². Intesero la formula ulpiana nel senso che la *lex*, come espressione del-

¹³¹ Nel 69 d.C. Vespasiano aveva affermato «...utique quibus legibus plebeive scitis scriptum fuit, ne divus Aug[ustus], Tiberiusve Iulius Caesar Aug[ustus] Tiberiusque Claudius Caesar Aug[ustus] Germanicus tenerentur, iis legibus plebisque scitis imp[er]ator] Caesar Vespasianus solutus sit...»: *Fontes iuris romani antejustinianeî in usum scholarum*, I, a cura di S. Riccobono, Florentiae, 1941 (n. ed. 1968), 154-156.

¹³² Il tema è stato oggetto di numerosi studi. Un ricco quadro della letteratura sull'argomento, insieme con attente considerazioni, si trova, ad esempio, in CORTESE, *La norma giuridica*, cit., I, 148-151; D. WYDUCKEL, *Princeps legibus solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts-und Staatslehre*, Berlin, 1979, 49-51, K. PENNINGTON, *The prince and the law. 1200-1600. Sovereignty and rights in the western legal tradition*, Berkeley-Los Angeles-London, 1993, 80 s. Rinvio altresì a quanto ho avuto occasione di dire in *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, 1994, 524-529 e in *Legibus solutio nel pensiero giuridico medievale*, in *Comitato nazionale per le celebrazioni del bi-millenario della nascita di Vespasiano, Acta flaviana*, I, Roma, 2009, 99-113.

l'*imperium*, consisteva in un ordine il quale doveva essere osservato da quanti erano subordinati al principe; ma tale subordinazione non esisteva tra i due principi – quello che aveva promulgato la legge e l'altro che l'avrebbe dovuta rispettare – i quali erano investiti dello stesso *imperium* e quindi erano di pari grado: e «par in parem non habet imperium»¹³³. Allo stesso tempo si impegnarono costantemente nel teorizzare, sul fondamento della *Digna vox*, limiti a detta libertà. Così, si appellarono alla *virtus animi* dell'imperatore¹³⁴, alla sua *voluntas* intimamente connessa alla *iustitia*¹³⁵, alla sua *hone-*

¹³³ Ad esempio ODOFREDI *Super Tribus Libris Codicis Praelectiones*, Lugduni, 1550, ad l. *nullus vacationem*, C. *de his qui a principe* (C. 10. 45. 1), f. 46 ra, n. 2: «cum princeps legibus sit solutus...non potuit se legibus ligare cum par in parem non habeat imperium...et quare non potuit sibi legem imponere a qua recedere non liceret». Azzone, poi, dichiarava che le *leges* «observandae sunt ab omnibus hominibus...Imperator tamen unus successori suo imperare non potest, sed suadere ut leges servet, et suasionis causam proponere: ut quia de lege, s[cilicet] regia pendet auctoritas principalis: quia per eam populus transtulit omne imperium in principem, merito et ipse hoc retribuat legi, ut servet eam». E aggiungeva che il principe, pur non avendo l'autorità di imporre ai successori l'osservanza delle sue leggi, poteva cercare di persuaderli ricorrendo ad alcune valide argomentazioni. In primo luogo ricordando loro che proprio una *lex*, la *lex regia de imperio* con cui il popolo romano aveva conferito l'*imperium* ad Ottaviano Augusto, era a fondamento della potestà del principe e, di conseguenza, anche le *leges* successive dovevano ritenersi vincolanti; in secondo luogo, collocando l'osservanza delle leggi tra le virtù d'animo richieste al principe: «primum enim de virtute animi est quia cum quis observet leges, non facit nisi licita et honestas»: AZONIS *Summa Codicis*, cit., a C. *de legibus et constitutionibus* (C. 1. 14), col. 26, n. 16. In proposito PENNINGTON, *The prince and the law*, cit., 80 s.

¹³⁴ AZONIS *Lectura super Codicem*, cit., ad l. *digna vox*, C. *de legibus et constitutionibus* (C. 14. 4), f. 40, n. 15: «Primum enim de virtute animi est, quia cum quis observat leges, non facit, nisi licita et honesta, et carnem refrenat a suis desideriis».

¹³⁵ La gl. *princeps legibus*, ad l. *princeps*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1.3.31), dopo aver dichiarato che il principe era libero sia dalle leggi «ab alio conditis», sia da quelle promulgate «a seipso», sosteneva che «voluntate tamen sua seipsum subijcit». E la *voluntas* del principe era intimamente connessa con la funzione di giustizia che costituiva, come sappiamo, l'essenza della sua potestà. Interpretando, infatti, il passo di Ulpiano per cui «iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum tribuendi» (D. 1.1.10), la glossa dichiarava: «Haec iustitiae definitio potest intelligi de divina iustitia, quod divina iustitia est constans...quia Deus retribuit cuique secundum opera sua». La giustizia dell'uomo non è altrettanto perfetta, ma deve tendere ad avvicinarsi a quella divina: e della giustizia umana volta ad avvicinarsi alla divina il glossatore indicava alcune definizioni: «Tullius definit: Iustitia est habitus animi communi utilitate servata, suam cuique tribuens dignitatem. Sed Plato ita: Iustitia est virtus, quae plurimum potest ijs, qui minimum possunt», per concludere con la propria idea: «...ego credo, Iustitia est congrua dispositio in singulis rebus recte dijudicans» (gl. *iustitia* ad l. *iustitia*, ff. *de iu-*

*stas*¹³⁶, tutte virtù che costituivano, a loro giudizio, componenti essenziali della *auctoritas* del principe e che, di conseguenza, guidavano la sua attività. Ne conseguiva che, da un canto i glossatori riconoscevano la potestà del principe di innovare le leggi dei suoi predecessori, dall'altro si affannavano nel sottolineare che il cambiamento doveva essere preferibilmente evitato. Così, ad esempio, la gl. *privilegio* alla Nov. 69 affermava: «... quidam dicunt illas duas esse correctas per istam, quod non placet: quia in quantum possum evitare legum correctiones, hoc facere debemus», idea ribadita dalla gl. *destruere* alla Nov. 89. 7 secondo la quale: «Et sic nota quod in dubio non debemus corrigere legem»¹³⁷.

Se il principe, per seguire le novità naturali¹³⁸ o per rispondere ad intervenute necessità¹³⁹ o per conseguire nuove utilità o per correggere disposizioni scorrette¹⁴⁰, decideva di promulgare una nuova legge che modificava la precedente, il rapporto tra la vecchia legge e la nuova presentava molteplici aspetti, sui quali le opinioni dei glossatori appaiono non univoche. Su un punto, comunque, esse sembrano convergere: la nuova legge regolava i casi futuri, non quelli ac-

stitia et iure [D. 1.1.10]). Se, allora, l'imperatore ricorrendo alla medesima *voluntas* si sottometteva alle leggi dei suoi predecessori e a quelle da lui stesso promulgate, tale scelta risultava diretta a conseguire la migliore giustizia umana e quindi ad esprimere la sua virtù naturale, a realizzare il compito che costituiva la propria ragione d'esistere. Sul pensiero di Accursio in merito al rapporto principe-legge si vedano B. TIERNY, «*The prince is not bound by the laws*». *Accursius and the origins of modern State*, in *Comparatives st. in soc. and hist.*, 1963, 378-400 e PENNINGTON, *The prince*, cit., 82-84

¹³⁶ Lo continuava a sostenere nel secolo XIII Jacques de Révigny: IACOBUS DE RAVANIS, *Lectura super Prima Parte Codicis*, Parisiis, 1519 (ed. an. Bologna, 1967), f. XXXIII ra (ad l. *digna vox*, C. *de legibus et constitutionibus* [C. 1.14.4]): il principe «non de necessitate est alligatus sed de honestate... unde honestas eum obligat».

¹³⁷ «Correctio legis est evitanda» confermerà nel secolo XIII Pierre de Belleperche: PETRUS A BELLA PERTICA, *Repetitiones in aliquot Divi Iustiniani Imperatoris Codicis Leges*, Francofurti, 1571, f. 19 b, n. 5.

¹³⁸ La gl. *utens* spiegava il dispositivo della Nov. 84 pr., secondo la quale la legge «naturae novitatibus utens», dichiarando «quia facta mutantur secundum cursum naturae».

¹³⁹ *Summa Codicis des Irnerius*, cit., 16: «[Iustinianus] iubet enim leges non aliter promulgandas esse, nisi causa necessaria hoc exposcat».

¹⁴⁰ Gl. *priora* a Nov. 18 «scilicet male posita. Nam nostras non piget leges emendare». E Giovanni Bassiano nella *Summa Authentici* affermava che Giustiniano aveva promulgato le costituzioni inserite in quella raccolta perché «intentio eius est imperfecta supplere, male composita corrigere»: Biblioteca Apostolica Vaticana, *Borgh. Lat.* 265, f. 191 ra.

caduti prima della sua promulgazione e non ancora risolti giudizialmente. Per Azzone «id est quod accidit post legem nam si factum praecedat novam legem si non erat decisum lex antiquam servatur, non nova»¹⁴¹, mentre la gl. *leges* indicava come «regula» il dispositivo della l. *leges et constitutiones*, C. *de legibus et constitutionibus* (C. 1. 14. 7) per la quale «leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis». E la medesima idea si trova nell'*Abbrevisatio Codicis*, edita da Palmieri, in cui si legge: «Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta preterita revocari»¹⁴².

Oggetto di discussione era, invece, la sorte della legge vecchia modificata o addirittura abrogata dalla nuova. Il punto non era di scarsa portata perché i glossatori si trovavano di fronte al Codice giustiniano il quale, come si è più volte sottolineato, comprendeva costituzioni vecchie accanto a quelle più recenti che le avevano modificate, nonché di fronte alla raccolta delle Novelle che avevano innovato in più casi la disciplina di quelle inserite nel Codice. Si trattava di un complesso di leggi ciascuna delle quali a pieno titolo faceva parte di quel diritto superiore e divino trasmesso da Giustiniano alle generazioni future, faceva parte, quindi, della complessa tradizione giuridica che serviva a disciplinare in maniera razionale ed equa la molteplicità della prassi.

E proprio sul rapporto tra vecchie e nuove costituzioni contenute nella raccolta giustiniana rifletteva Rogerio. «Imperator enim» – affermava – «cum dat auctoritatem novis legibus, duplicem auctoritatem prestare dicitur, idest ut narrentur a iurisconsulto, et in iudiciis observentur, veteribus autem contrariis ut narrentur, non modo ut confirmentur, et sic quid novum, quid vetus sit cognoscantur, sicuti in libro Institutionum dictum esse titulo de testamentis, cum dicit: 'ne penitus antiquitatem ignorare videamus, dicamus quid novum, quid vetus intelligatur'. Sic ergo non est inconveniens si Imperator dicat confirmando, aliud sollumodo narrando»¹⁴³. Secondo Rogerio Giustiniano aveva affiancato alle nuove le vecchie leggi al mero scopo di favorire la comprensione delle prime, il cui contenuto

¹⁴¹ AZONIS *Lectura super Codicem*, cit., ad l. *leges et constitutiones*, C. *de legibus et constitutionibus* (C. 1. 14. 7), f. 43, n. 41.

¹⁴² *Abbrevisatio Codicis*, cit., 517.

¹⁴³ ROGERII *Summa Codicis*, in *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*, a cura di A. Gaudenzi, I, Bononiae, 1914, 58 a, n. 2.

era radicato nelle seconde, non già perché anche queste ultime trovassero applicazione nelle corti di giustizia¹⁴⁴. Per il rapporto tra legge precedente e legge posteriore il giurista, dunque, adottava un criterio puramente cronologico: la legge nuova eliminava la precedente dall'applicazione nei giudizi.

Ma la sua opinione non risulta da tutti condivisa. Nelle *Distinctiones glossatorum* pubblicate da Seckel troviamo indicata l'idea di Rogerio tra quelle per le quali «leges que correcte sunt, in argumentum trahi non debent»: si ricorda, infatti, la tesi per la quale «secundum novas, non etiam secundum veteres correctas leges iudicandum est». E allora ci si chiedeva «cum iust(inianus) iusserit tantum ex secundo Codice constitutiones recitari et in iudicijs allegari... quare non illas exceptit, quas ante correxerat? Vel cur in Codice secundo eas inseri iusserit?». Al quesito «ita responderi potest ideo eas positas esse, non ut secundum eas aliquid iudicetur vel etiam statuatur, sed ut nichil antiquitatis penitus ignoretur». Ed era la risposta che sappiamo di Rogerio. Ma si aggiungeva: «Probatum contra, quod possint et debeant, quia simpliciter dixit iust(inianus) in C. de emendat(ione) Iustiniani Codicis ex Codice secundo leges in iudicijs allegandas et nullas exceptit; in infinitum ergo omnes allegari possunt... quod enim princeps non distinxit, nec debemus distinguere... Item hoc ipso, quod prohibentur extra corpus huius iuris leges recitari, de his omnibus permissum videtur, ut debeant allegari... In summa leges correctas iust(inianus) in argumentum inducit»¹⁴⁵. Si metteva, dunque, in evidenza che Giustiniano non aveva adottato il criterio temporale, ma aveva ordinato ai compilatori di inserire nel Codice tutte le costituzioni che, a prescindere dalla loro data di promulgazione, potevano trovare applicazione nelle corti di giustizia, esclu-

¹⁴⁴ Che le nuove leggi avessero il loro fondamento nelle precedenti lo ritenevano in molti. Così, ad esempio, la gl. *non novum* commentava il passo di Paolo – riportato dalla l. *non est novum*, ff. *de legibus* (D. 1. 3. 26) – per cui «non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur», dicendo: «tribus modis trahuntur, ut determinantur, suppleantur, corrigantur», mentre la gl. *sed et posteriores* di Accursio spiegava un ulteriore passo di Paolo (in l. *sed et posteriores*, ff. *de legibus* [D. 1. 3. 28]) con le parole «quasi dicat, non solum priores, sed contra posteriores ad priores».

¹⁴⁵ E. SECKEL, *Distinctiones glossatorum. Studien zur Distinktionen-Literatur der romanistischen Glossatorenschule*, in *Festschrift der berliner juristischen Facultät für Ferdinand von Moritz zum fünfzigjähren Doktorjubiläum am 24. Juli 1911*, Berlin, 1911, 396-398, & 5-7, 10

dendo dalla compilazione quelle che essi avessero giudicato non applicabili. In altre parole, il Codice aveva messo ordine alla lunga e complessa tradizione legislativa dell'Impero: ne era derivato un quadro più chiaro e definito della medesima tradizione, la quale, nella forma del Codice, era da considerare vigente, e quindi applicabile nelle corti di giustizia, in tutte le sue componenti, tutte essendo parte integrante della tradizione giuridica dell'Impero.

Era, allora, necessario, individuare criteri utili a regolare il rapporto tra leggi vecchie e leggi nuove. Il Digesto ne proponeva qualcuno. Come si è visto prima Paolo e Tertulliano affermavano che le leggi vecchie «trahuntur» alle nuove (D. 1. 3. 26, 27 e 28) e i glossatori cercarono di chiarire tale idea. Così la gl. *trahantur* a l. *non est novum*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 26) precisò «Tribus modis trahuntur: ut determinantur, suppleantur, corrigantur». Le leggi nuove correggevano, dunque, le precedenti, anche mitigandone il rigore, come affermava la gl. *ideo quia* a l. *ideo quia*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 27), edita da Besta, secondo la quale «multo magis posterioris legis auctoritate, prior mitigat rigorem verborum»¹⁴⁶. Paolo, comunque, aveva stabilito uno stretto legame tra le vecchie le nuove leggi, affermando. «Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur» (D. 1. 3. 26), passo che Odofredo commentò dicendo: «lex posterior debet intelligi secundum determinationem prioris... priores leges trahuntur ad posteriores aliquando determinando, aliquando supplendo, aliquando corrigendo... sicut priores leges trahuntur ad posteriores, ita posteriores trahuntur ad priores»¹⁴⁷. Le leggi nuove, dunque, dovevano essere interpretate ed applicate alla luce del dispositivo delle precedenti, in un reciproco accordo. Tanto che anche le nuove potevano essere corrette dalle vecchie. Lo aveva si poteva dedurre da un ulteriore passo di Paolo «sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint; idque multis argumentis probatur» (D. 1. 3. 28), che Accursio così commentava con la gl. *sed et posteriores*: «Quasi dicat, non solum priores, sed econtra posteriores ad priores», proponendo la possibilità che le leggi nuove potessero essere corrette dalle vecchie. Idea che sembra confermata dalla gl. *pertinent* al medesimo passo di

¹⁴⁶ BESTA, *L'opera d'Irnerio*, cit., 6.

¹⁴⁷ ODOFREDUS, *Lectura super Digesto Veteri*, cit., a l. *non est novum*, ff. *de legibus senatusque consultis et longa consuetudo* (D. 1. 3. 26), f. 13 va, nn. 1s., 4.

Paolo, glossa in cui si legge: «scilicet ut per eas [=prior]es posteriores corrigantur et determinentur, et suppleantur». E l'idea che la legge precedente potesse emendare la posteriore fu esplicitamente formulata da Bulgaro. Lo si legge in due glosse rispettivamente alla Nov. 9 e alla Nov. 111 edite da Savigny. Nella prima si dice: «Haec constitutio innovata est per inferiorem constitutionem. Haec const. innovat, secundum M[artinum] ita dicitur, secundum b[ulgarum] quod ista innovet inferiorem. Sed est ridiculum, ut prior corrigat posteriorem». E nella seconda: «Secundum quosdam haec constitutio innovat superiorem... secundum M[artinum] innovatur haec per illam, sed secundum b[ulgarum] innovatur illa per istam, quia ridiculum est inferiorem debere corrigi per superiorem»¹⁴⁸. Anche se bollata da molti come «ridicula», la tesi, comunque, risulta autorevolmente sostenuta.

Tutto questo non fa che confermare la vigenza della vecchia legge anche dopo la promulgazione della nuova. E allora bisognava individuare il fondamento giuridico della perdurante vigenza della legge emendata dalla successiva; e a questo fine si fece ricorso alla correntemente teorizzata distinzione, all'interno della legge, tra *ratio/mens* e *verba*. «Item, quia durat legis ratio, quae naturalis est, quamvis lex ipsa fuit abrogata»¹⁴⁹ sostenevano i glossatori, legando l'essenza della legge al principio superiore ed eterno della *ratio*, dello *ius naturale* e quidi dell'*aequitas*, il principio che l'ispirava indicandone gli obiettivi al di là delle parole usate nel testo, le quali erano mera espressione delle contingenti necessità avvertite dal legislatore e quindi di una cultura cangiante nel tempo. E che la vigenza della legge dipendesse dalla persistenza della sua *ratio*, non già dagli emendamenti introdotti da leggi successive viene confermato da altre glosse. Così, ad esempio, la gl. *non omnium* a l. *non omnium*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 19) affermava: «ratio enim debet esse talis, quae sit generalis et necessaria: et ubicumque ratio locum habet, et lex quia quandoque habet locum ratio et non lex». E la gl. *et rei* a l. *si cum exceptione*, ff. *de eo quod metus causa* (D. 4. 2. 14. 2) aggiungeva: «Haec ratio est probabilis sed non necessaria... Est autem tunc necessaria ratio, ut quando ipsa ratio deficit, deficiat ipsa

¹⁴⁸ SAVIGNY, *Storia del diritto romano*, cit., III, 385 s.

¹⁴⁹ SECKEL, *Distinctiones glossatorum*, cit., 397, & 8.

lex». Un'opinione, questa, che risulta condivisa dalla *Lectura Codicis* attribuita a Giovanni Bassiano dove nel commento alla l. *non dubium*, C. de legibus et constitutionibus (C. 1. 14. 5) si legge: «Quare dicit io[hannes] b[assianus] ubi non sit contra mentem legis non prohibetur quin contra verba possit committi»¹⁵⁰. Anche Carlo di Tocco legava la vigenza della legge alla sua *ratio*: nel commentare la l. *non dubium*, C. de legibus et constitutionibus (C. 1. 14. 5) così si esprimeva: «Sed queritur: quid si fiat contra verba legis expressim, non tamen contra mentem, nunquid videbitur in fraudem legis facere ac irritum erit ut supra? Respondetur: minime, imo licite possum contra verba venire, dum tamen mentem non offendam»¹⁵¹.

La legge, dunque, rimaneva in vigore – ed apparteneva a pieno titolo alla tradizione – fino a quando restava attuale la sua *ratio*. Ne conseguiva che l'interprete si trovava di fronte a due o più testi legislativi uniti – quanto meno in teoria – dalla medesima *ratio*, ma divergenti nelle parole del dispositivo. I glossatori lo invitavano a tentare una conciliazione tra i due testi. «Optima inter has leges concordia sic dicamus» si legge nella *Lectura Institutionum* attribuita a Giovanni Bassiano¹⁵². Una concordia che per Rogerio aveva costituito l'obiettivo di Giustiniano nel disporre la redazione del Codice: «Precipit etiam in sua Constitutione ius, seu leges, ita in unum congregari, ne aliquid imperfectum reliquatur, idest nec idem, vel simile inveniatur, nec contrarium, simile vel idem... quia... nihil debet inveniri contrarium»¹⁵³.

Non sempre, però, era possibile conseguire questo obiettivo; in tal caso per alcuni spettava all'interprete scegliere «secundum eam quae potior sibi videbitur: debet enim iudicare secundum quod melius ei videbitur secundum Aldricum»¹⁵⁴. L'abrogazione di una legge, comunque, non era esclusa, ma era limitata al solo caso in cui la legge successiva lo disponesse esplicitamente. «Lex non scripta consuetudine et alia lege tollitur: lex scripta alia lege tantum, secundum

¹⁵⁰ La *Lectura* è conservata, come si è già detto, nel ms. napoletano *Brancacciano*, IV. D. 4, f. 32 rb ed è stata edita da CORTESE, *La norma giuridica*, cit., II, App. III, 407.

¹⁵¹ Il testo è nel ms. *Paris. Lat.* 4546, f. 11 vb ed è edita *ibid.*, App. VI, 428.

¹⁵² Ad Inst. *de iure naturali, gentium et civili* (Inst. 1. 2) conservata nel ms. Leiden, *D'Ablaing* 3, f. 3 rb ed edita *ibid.*, App. III, 413.

¹⁵³ ROGERII *Summa Codicis*, cit., 58 a, n. 2.

¹⁵⁴ Ms. *Vat. Chis.* E. VII. 218, f. ra edita da CORTESE, *La norma giuridica*, cit., II, App. VII, 440.

P(lacentinum)» si affermava nella gl. *constituit* a Inst. 1. 2. 11¹⁵⁵. E «lex abrogatur, cum in toto deletur» si legge nella *distinctio II* degli *Opuscula incertorum auctorum* editi da Kantorowicz e Buckland¹⁵⁶. In questo caso la volontà esplicita dell'imperatore, unica *auctoritas* legislativa, eliminava la legge dal vasto patrimonio della tradizione legislativa. Comunque, se la legge antica era generale, la sua abrogazione poteva avvenire soltanto ad opera di una legge scritta altrettanto generale, non già da una legge speciale. Lo chiariva, ad esempio, Azzone per il quale «leges... speciales non facile tollunt iura communia. Ius enim per commune tollitur, non per speciale, unde habes quod publica utilitas est praeferenda privatae, quare per talem legem specialem non tolletur lex generalis, nisi imperator diceret non obstante lege quotiens»¹⁵⁷.

4. *Legge divina e legge umana in Graziano*

Gli storici appaiono concordi nel giudicare i glossatori civilisti scarsamente sensibili a riflessioni filosofiche di ampio respiro e poco disposti ad approfondirle, perché interessati, in via sostanzialmente esclusiva, all'interpretazione testuale della raccolta giustiniana ed alla soluzione di problemi giuridici positivi. E questo loro indirizzo avrebbe costituito un aspetto tra i principali della loro differenza dai canonisti che volsero la loro analisi al *Decretum* di Graziano, i quali erano portatori della ormai secolare tradizione di pensiero cristiano sulla legge e sulla giustizia¹⁵⁸. Ed in effetti alla legge avevano volto la loro attenzione sin dalla tarda antichità i pensatori cristiani: e lo avevano fatto in termini sensibilmente diversi da quelli dei giuristi. Per loro, infatti, il termine *lex* non si limitava ad indicare la legge umana positiva, ma riguardava anche da un canto l'ordine naturale creato da Dio, l'ordine eterno dell'universo, dall'altro i comandamenti dati da Dio agli uomini sia con il Decalogo e con le altre norme del Vecchio Testamento, sia con l'insegnamento di Cristo espresso nel Nuovo Testamento. Ne consegue che la riflessione sulla natura della

¹⁵⁵ *Glosse preaccursiane alle Istituzioni*, cit., n. 120, 69.

¹⁵⁶ KANTOROWICZ-BUCKLAND, *Studies*, cit., 302.

¹⁵⁷ AZONIS *Lectura super Codicem*, cit., ad l. *quotiens*, C. *de precibus imperatori offerendis* (C. 1. 19. 2), f. 49, nn. 12 s.

¹⁵⁸ Così, ad esempio, GUALAZZINI, «*Natura id est Deus*», cit., 421 e MAGLIO, *La coscienza giuridica medievale*, cit., 84.

legge umana positiva, sui suoi elementi costitutivi e sullo stesso problema che in questa sede si cerca di affrontare – quello del rapporto tra leggi di diversa età – si colloca necessariamente all'interno della più generale analisi sulla legge nel suo plurimo significato.

Particolarmente importante è, come noto, il pensiero di s. Agostino sull'analisi del quale gli studi sono numerosissimi¹⁵⁹. Per quanto riguarda il tema preso in esame in questa sede mi limito a sottolineare come la riflessione di s. Agostino prendesse le mosse dalla legge data da Dio agli uomini, una legge che si era espressa sia nei comandamenti definiti nel Vecchio e nel Nuovo Testamento¹⁶⁰, sia nell'ordine del creato. «Lex vero aeterna est ratio divina vel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari jubens, perturbare vetans» dichiarava nel *Contra Faustum Manichaeum*¹⁶¹: la *lex aeterna* è l'espressione della volontà divina che si manifesta sia nei comandamenti della Rivelazione, sia nell'ordine della natura¹⁶². Ai precetti di questa legge divina e naturale gli uomini devono obbedire per conseguire la salvezza. Il vero diritto, allora, era per s. Agostino «l'obbedienza ad una legge divina positiva» che l'uomo conosce non già con l'intelli-

¹⁵⁹ Impossibile darne un elenco esaustivo. Utili indicazioni della principale letteratura si possono trovare in *Bibliographia agustiniana*, a cura di C. Andresen, Darmstadt, 1973 e in G. CATAPANO, *L'idea di filosofia in Agostino: guida bibliografica*, Padova, 2000. Tra gli studi sull'idea di legge in s. Agostino mi limito a ricordare F.M. BONGIOVANNI, *Sul concetto di legge in Sant'Agostino e in San Tommaso*, in *Filosofia e cristianesimo. Atti del 2° Convegno italiano di studi filosofici cristiani. Gallarate 4-6 settembre 1946*, Milano, 1947, 113-124; D. MARAFIOTI., *Il tema della legge nel De diversis quaestionibus ad Simplicianum di Sant'Agostino*, in *Ecclesiae sacramentum. Studi in onore di p. Alfredo Marranzini S.J.*, a cura di G. Lorio e V. Scippa, Napoli, 1986, 273-286; M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, Paris, 1990, 33-38; L. ALICI, *La città e la legge*, in *Curiositas. Studi di cultura classica e medievale in onore di Ubaldo Pizzani*, Napoli, 2002, 315-327; F. TODESCAN, «Il giusnaturalismo» di S. Agostino, in *Etica & Politica / Ethics and Politics*, 2014, 1, 546-558; D. BURNS, *Augustin on moral significance of human law*, in *Rev. étud. agustin. et patr.*, 2015, 273-298.

¹⁶⁰ MARAFIOTI., *Il tema della legge*, cit., 273-286 ha sottolineato come abbia inizio da s. Agostino (*quaestio* 66) l'idea per cui la storia della salvezza si articola in quattro età, *ante legem, sub lege, sub gratia, in pace*, intendendo per legge il Decalogo, in virtù del quale l'uomo è diventato consapevole della propria debolezza ed è stato sollecitato a ricorrere alla grazia di Dio; ne consegue che la legge del Vecchio Testamento trova la sua più completa realizzazione nella parola di Cristo testimoniata dal Nuovo Testamento.

¹⁶¹ MIGNE, *Patrologia latina*, XLII, col. 418.

¹⁶² ORESTANO, *Elemento divino*, cit., 669; MAGLIO, *La coscienza giuridica medievale*, cit., 34 s.

genza, troppo corrotta per cogliere il contenuto autentico del giusto, ma soltanto mediante la fede¹⁶³. I comandamenti della legge divina e della legge naturale, comunque, disponevano in termini generali, senza entrare nei numerosi particolari che la concreta vita della società declinava.

Alla disciplina di tali particolari era deputata la legge umana, la quale, di conseguenza, poteva essere giusta soltanto se coerente con la legge divina e con la naturale. Non solo: attribuendo alla legge umana soprattutto questo ruolo, s. Agostino finiva per centrare la sua attenzione sulla legge penale, quella, cioè, che doveva articolare nella molteplice concretezza della realtà sociale gli ordini impartiti da Dio. Nel *De libero arbitrio*, ad esempio, s. Agostino si poneva il problema della corrispondenza al comandamento divino «Non uccidere» di una legge temporale che autorizzasse l'omicidio dell'aggressore da parte dell'aggregato o da parte di chi fosse intervenuto in difesa di quest'ultimo, nonché della norma che consentiva l'uccisione di nemici nel corso delle guerre. E ragionava precisando che la legge divina è eterna ed immutabile, mentre la legge umana tiene conto delle necessità concrete del popolo cui si riferisce: perciò quella è eterna e immutabile, questa è cangiante. «Appellamus ergo istam legem, si placet, temporalem, quae quanquam justa sit, commutari tamen per tempora juste potest»¹⁶⁴, mentre «illa lex quae summa ratio nominatur, cui semper obtemperandum est, et per quam mali miseram, boni beatam merentur» è quella che «video aeternam esse atque incommutabilem». Legge eterna, quest'ultima, «quae impressa nobis est... ea est quae justum est ut omnia sint ordinatissima»: si tratta di una legge unica («cum ergo haec sit una lex») che proprio per questa sua natura immutabile si differenzia dalle leggi umane le quali «illae omnes temporales ad homines regendos variantur». La legge umana cambia, dunque, seguendo la variabilità e la molteplicità della vita sociale, ma solo se si conforma alla legge eterna dispone il giusto: «etiam te videre arbitror in illa temporali nihil esse justum atque legitimum, quod non ex hac aeterna sibi homines derivaverint»¹⁶⁵.

¹⁶³ In proposito M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, 1961-1966, Paris, 1968, 89 s.

¹⁶⁴ AURELIJ AUGUSTINI *De libero arbitrio*, in MIGNE, *Patrologia latina*, XXXII, l. I, caput 6, n. 14, coll. 1228 s.

¹⁶⁵ *Ibid.*, n. 15, col. 1229.

Nella lettura agostiniana, dunque, la legge umana risulta intimamente connessa con la legge divina in un rapporto che secondo Orestano riprodurrebbe l'unità di *fas* e *ius* della concezione primitiva di Roma¹⁶⁶. In realtà al centro del discorso di s. Agostino sembra essere non tanto lo *ius*, il diritto innanzi tutto della tradizione, quanto soprattutto la *lex*, atto di imperio, espressione della volontà di una superiore *auctoritas*, Dio per la legge divina, le potestà temporali per l'umana. Legge divina e legge umana che risultano appartenere, quali *species*, ad un medesimo *genus*, quello della *lex*, e che si differenziano tra di loro sia per l'origine, sia per l'oggetto delle loro norme, essendo la prima costituita dai comandamenti impartiti da Dio agli uomini, la seconda dalle regole dirette ad attuare i questi stessi comandamenti nella concretezza del mondo sociale. Un *genus* all'interno del quale le *species* risultano collocate in ordine gerarchico, nel senso che la legge divina, costituita da norme eterne di equità, giustizia, razionalità, era superiore all'umana, la quale ad essa doveva conformarsi per realizzarne i precetti nelle singole comunità. Ne conseguiva che mentre la legge divina era indicata come eterna e immutabile, quella umana risultava cangiante perché differenti tra loro, per località e tempi, erano le società alle quali si rivolgeva. Ma in ogni caso, pur essendo cangiante, la legge umana era segnata dagli stessi caratteri della legge divina e naturale e in tanto poteva essere validamente definita legge in quanto riuscisse a svolgere correttamente il suo compito di rendere positivi i comandamenti della medesima legge divina.

Tale impostazione appare ulteriormente approfondita nel pensiero di Isidoro di Siviglia, nel quale si coniugano tradizione romana e ispirazione cristiana. Anche nella sua lettura il termine *lex* era plurisemico: «Omnes autem leges aut divinae sunt, aut humanae. Divinae natura, humanae moribus constant; ideoque haec discrepant, quoniam aliae aliis gentibus placent. Fas lex divina est, ius lex humana»¹⁶⁷. Le leggi divine si esprimono sia nell'ordine naturale, sia nei comandamenti espressamente dettati da Dio a Mosè: «proprie autem lex appellatur quae per Moysen data est»¹⁶⁸. Nella loro duplice

¹⁶⁶ In verità ORESTANO, *Dal ius al fas*, cit., 207 attribuisce questa opinione a Isidoro di Siviglia, il quale, peraltro, ripete nella sostanza il pensiero di s. Agostino.

¹⁶⁷ ISIDORI *Etymologiarum sive originum libri XX*, V, 2 (ed. a cura di W.M. Lindsay, I, Oxonii, 1957, 182).

¹⁶⁸ *Ibid.*, VI, 1, n. 5 (ed. cit., 216).

espressione esse risultano eterne ed immutabili, a differenza delle leggi umane positive che cambiano da società a società e con l'evoluzione di queste¹⁶⁹.

Per quanto concerne, poi, la legge umana, Isidoro dichiarava: «Lex est constitutio populi, quam maiores nati cum plebibus sancierunt», aggiungendo «institutio aequitatis duplex est, nunc in legibus, nunc in moribus. Inter legem autem et mores hoc interest, quod lex scripta est, mos vero est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta». Quindi *aequitas* e *ratio* costituiscono l'essenza sia della legge, sia della consuetudine. Ma poi precisava «porro si ratione lex consistat, lex erit omne iam quod ratione constiterit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod salutis proficiat»¹⁷⁰: la *ratio* viene indicata come elemento essenziale ed originario della legge, ma al contempo si affermava che la stessa *ratio* doveva essere conforme ai principi del cristianesimo e diretta alla salvezza eterna. E al pari di s. Agostino, Isidoro volgeva la sua attenzione in particolare alle leggi penali, là dove dichiarava: «Factae sunt autem leges, ut earum metu humana coherceatur audacia, ut sit inter improbos innocentia, et in ipsis improbis formidatio supplicio refrenetur nocendi facultas. Legis enim praemio vita moderatur humana»¹⁷¹.

In merito alla legge umana, poi, Isidoro arrivava ad una conclusione quanto mai interessante. Egli affermava che «erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo sed pro communi civium utilitate conscripta»¹⁷². Si tratta di una definizione¹⁷³ nella quale, accanto ai contenuti tradizionalmente riconosciuti alla legge, nuovi se ne aggiungono. La legge, infatti, era detta conforme alla tradizione della società per la quale era stata promulgata e rispondeva alle necessità del luogo e del momento: requisiti, questi, che sono con ogni evidenza

¹⁶⁹ In proposito MAGLIO, *La coscienza giuridica medievale*, cit., 55.

¹⁷⁰ ISIDORI *Etymologiarum*, cit., II, 10, nn. 1-3 (ed. cit., 91).

¹⁷¹ *Ibid.*, n. 5 (ed. cit., 91 s.).

¹⁷² *Ibid.*, n. 6 (ed. cit., 92).

¹⁷³ Critica questa definizione FASSÒ, *Storia*, I, 210 il quale definisce le qualificazioni isidoriane della legge «imprecise ed eclettiche, eterogenee e prive di originalità e di importanza».

legati alla funzione della legge umana di rendere concreti nelle singole comunità i comandamenti divini. Infine, la legge umana doveva essere chiara in modo da evitare interpretazioni capziose e diretta al bene dell'intera comunità, non di singoli componenti di questa. E le medesime idee – e con le stesse parole – poi Isidoro ribadiva nel libro V *de legibus et temporibus* dove presentò le leggi umane come *species* del *genus lex* del quale facevano parte in primo luogo le divine: «omnes autem leges aut divinae sunt, aut humanae... divinae natura, humanae moribus constant» dichiarava¹⁷⁴. E ripeteva ulteriormente che la funzione primaria della legge umana consiste nell'attuare nella realtà i precetti della legge divina, tenendo presente la concreta situazione delle singole società: «Factae sunt autem leges ut earum metu humana coerceatur audacia, tutaque sit inter inprobos innocentia, et in ipsis inpiis formidato supplicio refrenentur nocendi facultas»¹⁷⁵. Infine riconosceva la legge, al pari della consuetudine, come fonte dello *ius civile* e, ancora sulla scorta di s. Agostino, presentava quest'ultimo diritto come distinto dallo *ius divinum* in ragione dell'oggetto delle norme: «ius generale nomen est, lex autem est species. Ius autem dictum quia iustum est. Omne autem ius legibus et moribus constat... Ius autem naturale est, aut civile, aut gentium. Ius naturale est commune omnium nationum, et quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur... Ius civile est quod quisque populus vel civitas sibi proprium humana divinaque causa constituit... Ius gentium... quia eo iure omnes fere gentes utuntur»¹⁷⁶.

Nel pensiero cristiano altomedievale, dunque, la legge umana sembra perdere sia la sua individualità, sia la sua laicità, per assu-

¹⁷⁴ ISIDORI *Etymologiarum*, cit., V, 2 (ed. cit., 182).

¹⁷⁵ *Ibid.*, V, 20 (ed. cit., 185).

¹⁷⁶ *Ibid.*, V, 3-6 (ed. cit., 182 s.). Sul punto si veda ORESTANO, *Dal ius al fas*, cit., 207 s. Le idee di Isidoro risultano sostanzialmente condivise da IVO DI CHARTRES, *Decretum*, in MIGNE, *Patrologia latina*, CLXI, il quale propone l'unità del *genus lex*, conferma che la *lex aeterna* è immobile, in quanto essenziale per la salvezza dell'uomo, ripete la mutabilità della legge umana, perché espressione delle condizioni vissute da singole comunità, ribadisce che la *lex humana* è legge solo se conforme alla *lex aeterna*, concorda nel riconoscere alla legge positiva la funzione primaria di reprimere l'egoismo e la superbia degli uomini, dando concretezza ai comandamenti divini. Sul pensiero di Ivo di Chartres si vedano R. SPRANDEL, *Ivo von Chartres und seine Stellung in der Kirchengeschichte*, Stuttgart, 1964; C. ROLKER, *Canon law and the letters of Ivo of Chratres*, Cambridge, 2010 e MAGLIO, *La coscienza giuridica medievale*, cit., 76-78.

mere un carattere essenzialmente etico-religioso, quello di strumento per l'attuazione nel mondo dei precetti divini. La sua sacralità, allora, non nasceva dalla *auctoritas* che la produceva, come accadeva per la costituzione degli imperatori romani, né dal suo legame con la tradizione sacra del popolo romano; derivava esclusivamente dalla sua inclusione nel *genus lex* plasmato dalla legge divina.

S. Agostino e Isidoro di Siviglia sono, come noto, tra gli autori più saccheggiati da Graziano il quale apriva il *Decretum* affrontando proprio il problema della legge. Fedele all'insegnamento cristiano, Graziano ne adottava la tradizionale lettura plurima del termine *lex*¹⁷⁷, riproducendo, in particolare, le idee già esposte da Isidoro di Siviglia. Innanzi tutto dichiarava «Omnes leges aut divinae sunt aut humanae», precisando «divinae natura, humanae moribus constant, ideoque he discrepant, quoniam aliae aliis gentibus placent. Fas lex divina est; ius lex humana» (c. 1. D. I). La prima divisione era, dunque, tra leggi divine e leggi umane, quelle espressione del *fas*, cioè dell'ordine stabilito da Dio¹⁷⁸, queste dello *ius*, l'ordine stabilito dagli uomini, come lo stesso Graziano precisava nel *dictum post* c. 1. D. I: «Ex verbis huius auctoritatis evidenter datur intelligi, in quo differant inter se lex divina et humana, cum omne quod fas est, nomine divinae vel naturalis legis accipiat, nomine vero legis humanae mores iure conscripti et traditi intelligantur». Una seconda articolazione del termine *lex* era legata a quella del termine *ius*: «Ius aut naturale est, aut civile, aut gentium» (c. 6. D. I). Si deve notare, al riguardo, che per lo più Graziano quando si riferiva al diritto di natura ricorreva al termine *ius*, ma in alcuni casi usò quello di *lex*, come accade, ad esempio, nell'or ora citato *dictum post* c. 1. D. I¹⁷⁹ e nel *dictum post* c. 3. D. VI¹⁸⁰. Ancora. All'interno dello *ius naturale* Graziano operò un'ulteriore distinzione ed usò il termine *lex* per indicare il Decalogo: «ius naturae est, quod in lege et evangelio continetur» affermava, infatti, nel *dictum ante* c. 1. D. I, così che la legge divina si

¹⁷⁷ R. BALBI, *L'idea della legge. Momenti del pensiero graziano e della riflessione decretista*, Napoli, 2003, 12-15.

¹⁷⁸ *Ibid.*, 13. Si veda anche D. COMPOSTA, *Il diritto naturale in Graziano*, in *St. Grat.*, 1954, 164 s.

¹⁷⁹ *Dictum post* c. 1. D. I: «...cum omne quod fas est, nomine divinae vel naturalis legis accipiat».

¹⁸⁰ *Dictum post* c. 3 D. VI, & 1: «Ius vero consuetudinis post naturalem legem exordium habet». In proposito COMPOSTA, *Il diritto naturale*, cit., 165 s.

esprimeva non solo nell'ordine naturale delle cose, ma anche nei comandamenti dati agli uomini nel Vecchio Testamento¹⁸¹. Infine, per quanto riguarda la *lex humana* Graziano, dopo aver detto che «*lex est constitutio scripta*» (c. 3. D. I), distinse al suo interno tra leggi secolari e leggi ecclesiastiche, affermando nel *dictum ante* c. 1. D. III: «Sed quia constitutio alia est civilis, alia ecclesiastica: civilis vero forense vel civile ius appellatur, quo nomine ecclesiastica constitutio appellatur, videamus».

La legge, dunque, è divina, naturale, umana, civile, ecclesiastica. Ritornava, dunque, in Graziano l'idea già formulata da s. Agostino e da Isidoro, per la quale la legge umana altro non è che una *species* del *genus* legge. Un *genus* che consisteva in regole e «*regula dicta est eo quod recte ducit, nec aliquando aliorum trahit*» (c. 2. D. III) e che, quindi, «delinea una sfera entro cui si agisce rettamente, escludendo quindi ogni altra valutazione, ogni possibile alternativa che la realtà potrebbe presentare»¹⁸². Anche per Graziano, dunque, l'umana è legge quando presenta gli stessi elementi che caratterizzano il *genus* cui appartiene e che nella legge divina e in quella naturale trovano la loro più elevata espressione. Perciò Graziano poteva ripetere con Isidoro: «Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem inconueniens contineat, nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium conscripta» (c. 2. D. IV). E alla legge umana Graziano dedicò ampia attenzione.

i) In primo luogo, dopo aver affermato che «*lex est constitutio scripta*», offrì una duplice indicazione dell'autorità cui competeva la definizione e la promulgazione della legge perché, ancora una volta rifacendosi ad Isidoro, da un canto dichiarava che «*lex est constitutio populi, quam maiores natu simul cum plebibus aliquid sanxerunt*» (c. 1. D. II), dall'altro affermava che «*constitutio vel edictum est, quod rex vel imperator constituit vel edidit*» (c. 4. D. II). Graziano, dunque, indicava entrambe le potestà alle quali nel corso dell'evoluzione dell'ordinamento romano era stata riconosciuta l'*auctoritas* legislativa, il popolo prima, l'imperatore successivamente; ed è

¹⁸¹ BALBI, *L'idea della legge*, cit., 10 sottolinea l'adesione di Graziano alle idee già espresse da s. Agostino e da Isidoro.

¹⁸² *Ibid.*, 20.

anche possibile che intendesse riconoscere come non eliminata, bensì ancora vigente, quanto meno in parte, l'autorità popolare. Ma quello che qui interessa sottolineare è il fatto che per entrambe le soluzioni Graziano affermava che la legge umana si caratterizza come prodotto della volontà normativa di una *auctoritas* politica¹⁸³; concetto confermato nel *dictum post* c. 3. D. IV dove il monaco camaldolese dichiarava: «Leges instituuntur, cum promulgantur». Sotto questo aspetto, allora, la legge umana risulta perfettamente in linea con la legge divina e quella naturale, entrambe intese come manifestazione della *voluntas* superiore di Dio, ed è, quindi, pienamente coerente con uno dei caratteri essenziali del *genus* legge.

ii) Inserita, dunque, entro il grande contenitore del *genus* legge, la legge umana ha una funzione primaria, quella, già sottolineata da s. Agostino e da Isidoro, di sostanziare in norme positive i comandamenti della legge divina: «Omnis autem lex aut permittit aliquid, ut vir fortis petat premium, at vetat, ut sacrarum virginum nuptias nulli petere liceat, aut punit, ut qui cedem fecerit, capite plectatur, eius enim premio aut pena vita moderatur humana, aut precipit ut Dilige Dominum Deum tuum» affermava il c. 4. D. III. E riproducendo l'affermazione di Isidoro «factae sunt autem leges ut earum metu humana coherceatur audacia, tutaque sit inter improbos innocentia, et in ipsis improbis formidato supplicio refrenetur nocendi facultas» (c. 1. D. IV), Graziano dichiarava: «causa vero constitutionis legum est humanam cohercere audaciam et nocendi facultatem refrenare» (*dictum ante* c. 1. D. IV). La funzione primaria della legge positiva, dunque, era per Graziano quella di attuare nella realtà sociale il comandamento divino imponendo l'osservanza dei precetti, premiando coloro che li osservavano, comminando pene afflittive ai trasgressori. Una funzione, dunque, essenzialmente etica, la quale finiva per segnare in modo particolare le norme di carattere penale volte a colpire le azioni umane che violavano i comandamenti divini.

A questa direzione essenzialmente penalistica, comunque, facevano eccezione le leggi degli imperatori romani. Lo starebbe ad indicare il c. 12. D. X che riporta un passo di un'epistola diretta al re Teodorico in cui si legge «Certum est magnificentiam vestram leges

¹⁸³ L. DE LUCA, *La nozione della legge nel Decretum di Graziano. Legalità o assolutismo?*, in *St. Grat.*, 1967, 414; R. BALBI, *Riflessioni sulla legge nel Decretum di Graziano*, Napoli, 1996, 50-53; Id., *L'idea della legge*, cit., 23-31.

Romanorum principum, quas in negotiis hominum custodiendas esse precepit, multo magis circa reverentiam beati Petri apostoli pro suae felicitatis augmento velle servari». Le leggi degli imperatori romani erano, dunque, dirette a disciplinare i *negotia hominum*, i rapporti negoziali intersoggettivi. E «Romana lex nullius temeritate debet corrumpi» proclamava Graziano nel *dictum ante* il canone successivo: era una legge che a suo parere incarnava la funzione etica della legge umana.

iii) In quanto inclusa nel *genus lex*, la legge umana finiva per coincidere, per Graziano, con la *ratio*: «Lex erit omne ius, quod ratione constiterit» (c. 5. D. I.) ripeteva ancora una volta da Isidoro. E ribadiva l'endiadi *lex et ratio* in numerosi altri passi, ad esempio nel c. 1. D. XI dove si legge «pravum usum lex et ratio vincat» e nel successivo *dictum ante* c. 4 in cui affermava: «usus et consuetudo legem et rationem vincere non potest»¹⁸⁴. Ora, il significato del termine *ratio* in Graziano appare diverso da quello adottato dai glossatori civilisti ed in linea con la tradizione del pensiero cristiano¹⁸⁵; per lui equivaleva a *veritas*, come risulta chiaramente dall'uso dell'altra endiadi *ratio et veritas* ricorrente nel testo del *Decretum*¹⁸⁶. Un'endiadi che Graziano ripeteva da una lunga tradizione di pensiero cristiano di cui si trova espressione già in Tertulliano – il quale, dopo aver ricordato che Cristo aveva detto «ego sum veritas», aveva affermato «quodcumque adversus veritatem sapit, hoc erit haeresis, etiam vetus consuetudo»¹⁸⁷ e aveva assimilato la *lex fidei*, la cui interpretazione è opera degli apostoli, alla *lex veritatis* o *lex rationis*¹⁸⁸ – e che diventerà da allora «l'endiadi tradizionale della Chiesa»¹⁸⁹, ripetuta, ad esempio, da Cipriano, da retori cristiani, dallo stesso s. Agostino e da numerosi vescovi nelle assemblee conciliari¹⁹⁰. Per Graziano *veritas* «valet et invalescit in eternum, et vivit et obtinet in secula secu-

¹⁸⁴ Sul legame *lex-ratio* in Graziano BALBI, *L'idea della legge*, cit., 45-48.

¹⁸⁵ In proposito BALON, *La «ratio»*, cit., 11-25.

¹⁸⁶ Ad esempio, nel *dictum ante* c. 4. D. VIII («veritati et rationi consuetudo est postponenda») e nel c. 7. D. VIII («hoc plane verum est, quia ratio et veritas consuetudini preponenda est»).

¹⁸⁷ TERTULLIANUS, *De virginibus velandis*, 1, in MIGNE, *Patrologia latina*, II, col 887, citato da CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit., 202.

¹⁸⁸ GAUDEMET, *Coutume et raison*, cit., 163 s.

¹⁸⁹ CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit., 202.

¹⁹⁰ *Ibid.*, 202 s. e GAUDEMET, *Coutume et raison*, cit., 165-169.

lorum» (c. 8. D. VIII), è, in altre parole, la verità «della parola infallibile di Dio»¹⁹¹. La *ratio* graziana, dunque, presenta «precise connotazioni metafisiche»¹⁹².

Peraltro la volontà di Dio si esprimeva anche nello *ius naturale*: «*ius naturae est quod in lege et in evangelio continetur*» affermava Graziano nel *dictum ante* c. 1. D. I, identificando, sin dall'apertura dell'opera, il diritto naturale con i comandamenti impartiti agli uomini da Dio con il Vecchio ed il Nuovo Testamento. Idee confermate successivamente: «Cum ergo naturali iure nihil aliud precipiatur, quam quod Deus vult fieri, nichilque vetetur, quam quod Deus prohibet fieri; denique cum in canonica scriptura nichil aliud, quam in divinis legibus inveniatur, divinae vero leges in natura consistant» afferma Graziano nel *dictum post* c. 11. D. IX. In sostanza in Graziano «il valore della *lex* umana è necessariamente ricondotto alla *ratio* e, quindi, all'ordine divino»¹⁹³.

iv) All'interno del *genus lex*, quindi, la legge umana è subordinata sia alla *lex divina* («*lex imperatorum non est super legem Dei, sed subtus*» dichiarava, ad esempio, il c. 1. D. X e il canone successivo ribadiva «non licet imperatori, vel cuiquam pietatem custodiendi aliquid contra divina mandata presumere, nec quicquam, quod evangelicis, prophetis aut apostolicis regulis obviet, agere»), sia al diritto naturale (nel *dictum ante* c. 1. D. IX Graziano affermava «*leges principum naturali iuri prevalere non debent*» e nel *dictum post* c. 11. D. IX «*constitutiones ergo vel ecclesiasticae vel seculares, si naturali iuri contrariae probantur, penitus sunt excludendae*»). Non solo. La legge umana civile, oltre ad essere conforme alla legge divina e alla naturale, e quindi alla *ratio et veritas*, era tenuta a seguire i precetti della religione e quelli della Chiesa, in quanto doveva essere funzionale alla salvezza dei fedeli. Lo stabiliva il c. 5. D. I il quale, dopo aver detto che «*lex erit omne iam quod ratione constitit*», aggiungeva «*dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod salutis proficiat*». In particolare, le leggi civili erano subordinate alle ecclesiastiche, dato che la Chiesa era l'unica autentica interprete della volontà di Dio¹⁹⁴. «*Constitutiones contra*

¹⁹¹ Al riguardo MICHAUD QUANTIN, *La ratio*, cit., 104-108.

¹⁹² BALBI, *L'idea della legge*, cit., 59.

¹⁹³ *Ibid.*, 48.

¹⁹⁴ Si tratta di una tesi tradizionalmente sostenuta dalla Chiesa: la ritroviamo, ad esempio, nel *Liber canonum diversorum sanctorum patrum sive Collectio in CLXXXIII ti-*

canones et decreta Presulum Romanorum, vel bonos mores, nullius sunt momenti» disponeva il c. 4. D. X e Graziano chiariva nel *dictum ante* il medesimo canone «moribus et decretis Romanorum Pontificum constitutiones contraire non possunt», ribadendo nel *dictum post* c. 6. D. X constitutiones principum ecclesiasticis legibus postponendae sunt».

v) In sostanza nella costruzione di Graziano il *genus lex* presentava una struttura piramidale al vertice della quale si trovavano la legge divina e la naturale, cui seguivano leggi umane ecclesiastiche e infine le leggi umane civili. Queste ultime avevano la funzione, come si è detto, di tradurre i comandamenti della legge divina e naturale in norme positive che dovevano regolare la vita sociale della specifica comunità cui si riferivano e di conseguenza dovevano tener conto del patrimonio tradizionale e culturale da quella maturato, dovevano, in altri termini, essere compatibili con i suoi *mores*. Il rispetto della tradizione caratterizza il pensiero della Chiesa sin dal primo Millennio¹⁹⁵; Graziano se ne fece interprete sin dall'inizio del *Decretum* riportando nel c. 1. D. I il passo di Isidoro che tra l'altro affermava «leges... humanae moribus constant» e commentandolo nel *dictum* successivo allo stesso canone con le parole «nomine vero legis humanae mores iure conscripti et traditi intelligantur». Un tale rispetto della tradizione vissuta da ogni singola comunità deve essere letto in diretto collegamento con la funzione che Graziano, insieme con i pensatori cristiani precedenti, assegnava alla legge umana, quella – lo ripetiamo per l'ennesima volta – di attualizzare i comandamenti della legge divina. Nello svolgere questo compito il legislatore – sembra dire Graziano – deve tener conto della specifica tradizione vissuta dalla comunità cui si rivolge, al fine di definire regole che attuino la

tulos digesta, raccolta databile agli anni 1063-1083/1085, quindi in piena riforma gregoriana. In essa si legge «Lex imperatorum non est supra legem Dei, sed subtus» (tit. 75. 1) e «Non licet imperatori vel cuiquam pietatem custodienti aliquid contra mandata divina. Providendum est, ne in aliquo apostolica aut canonica decreta violentur» (tit. 75. 2). La *Collectio* è stata edita a cura di J. Malta, in *Monumenta iuris canonici. Seies B: Corpus Collectionum*, VII, Città del Vaticano, 1988: i passi citati sono a 117 s.

¹⁹⁵ R. WEHRLÉ, *De la coutume dans le droit canonique. Essai historique s'étendant des origines de l'Eglise au pontificat de Pie XI*, Paris, 1928, 33 s.; A.M. STICKLER, *La norma canonica nel primo millennio della Chiesa*, in *La norma en el derecho canonico. Actas del III Congreso Internacional de derecho canonico. Pamplona 10-15 Octubre 1976*, Pamplona, 1979, I, 45.

voce divina in termini adeguati a quella tradizione e quindi facilmente accettabili dalla comunità cui le leggi sono dirette. E poiché ogni popolo ha una propria tradizione la quale si evolve con il tempo, le leggi umane civili si differenziano tra loro a seconda dei luoghi e dei tempi, sono perciò numerose e cangianti, al contrario della legge divina e di quella naturale che sono eterne ed immutabili.

vi) Il rapporto tra legge e *mores*, peraltro, non si ferma qui: esso apre il problema della vigenza di una legge che non risulti conforme ai *mores*. Al riguardo Graziano dichiarava: «Leges instituuntur, cum promulgantur, firmanur, cum moribus utentium approbantur. Sicut enim moribus utentium in contrarium nonnullae leges hodie abrogatae sunt, ita moribus utentium ipsae leges confirmantur» (*dictum post.* c. 3. D. IV). Se fosse intesa come volta a riconoscere ai *mores* una effettiva autorità abrogativa delle leggi, questa dichiarazione risulterebbe in contraddizione con altre affermazioni. Ad esempio con il c. 4. D. I che dichiara: «Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex», delineando una posizione della legge superiore a quella dei *mores*. Una posizione confermata dal c. 4. D. XI, secondo cui «consuetudinis ususque longevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem scriptam» e dal *dictum* successivo allo stesso canone in cui Graziano afferma «cum vero nec sacris canonibus, nec humanis legibus consuetudo obviare monstratur, inconcussa servanda est». E un'ulteriore conferma può venire dal c. 6. D. XII: «diuturni mores nisi legi sunt adversi consensu utentium approbati legem imitantur», commentato da Graziano nel *dictum ante* con le parole «mores diuturni pro lege habendi»¹⁹⁶. Peraltro la contraddizione non si fermerebbe qui, ma riguarderebbe anche gli altri canoni e gli altri *dicta*, che abbiamo visto prima, i quali riservano la potestà legislativa alle sole *auctoritates* superiori – Dio per la legge umana e naturale, il pontefice e l'imperatore *in primis* per le leggi umane – e quindi individuano l'essenza del *genus* legge quale atto volontario d'imperio della potestà legittima.

Il problema ha attratto l'attenzione di non pochi studiosi che hanno esaminato non soltanto il testo di Graziano, ma anche le interpretazioni dei decretisti. Per quanto, in particolare, riguarda il *De*

¹⁹⁶ Al riguardo L. DE LUCA, *L'accettazione popolare della legge canonica nel pensiero di Graziano e dei suoi interpreti*, in *St. Grat.*, 1955, 227 s.

cretum si è cercato di conciliare in vario modo le contraddizioni ora segnalate. Così si è pensato che con il *dictum post* c. 3. D. IV in realtà Graziano non intenda formulare una tesi giuridica, ma solo constatare che ai suoi giorni alcune leggi antiche erano ormai cadute in desuetudine¹⁹⁷; oppure si è ritenuto che per Graziano legge e consuetudine appartengono a due *genera* distinti e, di conseguenza, la seconda non è in grado di abrogare, e nemmeno modificare, la prima¹⁹⁸; oppure che la legge carente di consensi nella comunità cui si rivolge rimane in vigore, ma le pene per i suoi trasgressori diventano meno severe¹⁹⁹: una lettura, quest'ultima, che sembra confermare l'identificazione della legge civile umana con la legge penale.

vii) Il problema della capacità della desuetudine di abrogare una legge umana conduce necessariamente a quello del rapporto tra legge precedente e legge posteriore che costituisce il tema della presente ricerca. Al riguardo appare interessante ricordare ancora una volta la valutazione graziana delle leggi imperiali romane. «Certum est magnificentiam vestram leges Romanorum principum, quas in negotiis hominum custodiendas esse precepit, multo magis circa reverentiam beati Petri apostoli pro suae felicitatis augmento velle servari» disponeva il c. 12. D. X che Graziano, nel *dictum ante*, commentava «serventur ab omnibus Romanorum principum leges». E il canone successivo dichiara: «vestram flagitamus clementiam, ut sicut hactenus Romana lex viguit absque universis procellis, et quod pro nullius persona hominis reminiscitur esse corrupta, ita nunc suum robur proprium est et vigorem obtineat», cui Graziano, nel *dictum ante*, aggiungeva: «Romana lex nullius temeritate debet corrumpi». Graziano, dunque, considerava le leggi imperiali romane, a differenza delle altre leggi umane, come immutabili e quindi più vicine alle leggi divine: e sembra che proprio per questo motivo Graziano qualificasse «sacra» la «lex principum» (*dictum post* c. 16. C. XXV. q. 1. par. 4). Le altre leggi umane, invece, legate come sono alla tradizione di ciascun popolo, con questa si evolvono e si modificano. Esplicitamente Graziano lo dichiarava, ad esempio, nel c. 22. D. III *de consecratione* che disciplinava la data della festività di Pasqua e regolava la celebrazione del sacramento del battesimo: al par. 2 il ca-

¹⁹⁷ *Ibid.*, 273-276.

¹⁹⁸ DE LUCA, *La nozione*, cit., 427.

¹⁹⁹ BALBI, *Riflessioni sulla legge*, cit., 57-59 e *L'idea della legge*, cit., 106-117.

none dichiarava: «Hec vero statuta nulla debent improbitate mutari, quia alia ratio causarum secularium, alia divinarum»: le norme divine sono in sé immutabili, al contrario delle secolari che sono varie e modificabili.

La legge secolare, come abbiamo visto prima, è sia civile, sia ecclesiastica, la quale ultima, come diceva il *dictum ante* c. 1. D. III «nomine canonis censetur»; e «canonum alii sunt decreta Pontificum, alii statuta conciliorum. Conciliorum vero alia sunt universalium, alia provincialia» dichiarava il *dictum post* c. 2. D. III. Ora, sembra che Graziano non sia interessato tanto al rapporto tra legge civile precedente e legge civile posteriore, quanto alla relazione tra due canoni di data diversa. Appare evidente dalla stessa compilazione del *Decretum* che Graziano riconosceva come norme parimenti disciplinanti la medesima materia canoni di epoche diverse e, di conseguenza, non giudicava abrogati dai canoni nuovi quelli più antichi, ma tutti considerava vigenti. I canoni precedenti, infatti, al pari dei posteriori erano l'espressione della legge divina, della *ratio et veritas*, e appartenevano, dunque, a pieno titolo al *genus lex*. Se, allora, mettiamo a confronto la lettura civilistica e quella canonistica della prosecuzione della vigenza di leggi umane antiche anche dopo la promulgazione di leggi nuove appare possibile cogliere significative differenze. Per la prima, infatti, le leggi vecchie sopravvivono alle nuove in quanto rientranti a pieno titolo nella complessa tradizione legislativa che l'*auctoritas* del principe giudica degna di rispetto; per la seconda, invece, la perdurante vigenza delle leggi precedenti si fonda sulla corrispondenza dei loro contenuti agli elementi caratterizzanti il *genus lex* e, quindi, sulla loro conformità alla legge divina: una conformità che per le leggi umane ecclesiastiche non poteva non spettare alla volontà dell'*auctoritas* legislativa del pontefice.

Di fronte alla coesistenza di norme vecchie e di norme nuove Graziano cercò di individuare un criterio che consentisse di conseguire una possibile concordia tra di loro. E sul punto interviene il c. 28. D. L, par. 3 secondo il quale «In fine autem huius epistulae hoc adiciendum putavi, ut quotioscumque in gestis conciliorum discors sententia invenitur, illius concilii magis teneatur sententia, cuius antiquior et potior extat auctoritas». Il contrasto tra le due delibere conciliari di epoche diverse si risolveva non già applicando il criterio cronologico per cui la successiva prevale sulla precedente, bensì al

contrario privilegiando la più antica e più significativa. Quindi, non soltanto il canone vecchio restava in vigore dopo la delibera del nuovo, ma addirittura era preferito a questo ove – se così si può interpretare – fosse più consono alla *ratio et veritas*.

Appare, infine, importante rilevare come in merito all'abrogazione di una legge umana conforme alla *ratio*, alla *veritas*, all'*aequitas*, allo *ius naturale*, Graziano prendesse in considerazione la sola ipotesi della desuetudine e non l'altra di una legge che in maniera esplicita abolisse la precedente. Il suo interesse sembra limitarsi alle «*malae leges*», quelle che dispongono «*contra veritatem*» (c. 1. D. IX), «*contra divina mandata*» (c. 2. D. X), «*contra canones et decreta Presulum Romanorum*» (c. 4. D. X). *Malae leges* che, pur rimanendo in vigore, «*nullius momenti sunt*», non erano, cioè, vincolanti per i fedeli in Cristo: «*quicumque ergo leges imperatorum, que contra voluntatem Dei feruntur, obtemperare non vult, acquirit grande premium*» dichiarava il c. 1. D. IX. Per le *bonae leges*, invece, non sembra profilarsi un'abrogazione da parte di leggi posteriori. Lo si potrebbe desumere dal c. 2. D. VII dove vengono ricostruiti i tentativi promossi nell'antica Roma per mettere ordine al materiale legislativo. Dopo aver ricordato le iniziative di Pompeo e di Cesare, entrambe fallite, il canone affermava: «*paulatim autem antiquae leges vetustate atque incuria obsoleverunt, quarum etsi iam nullus est usus, notitia tamen necessaria videtur. Novae a Constantino Cesare ceperunt et reliquis succedentibus, erantque permixtae et inordinatae. Postea Theodosius minor Augustus ad similitudinem Gregoriani et Ermogeniani codicem factum constitutionum a Constantini temporibus sub proprio cuiusque imperatoris titulo disposuit, quem a suo nomine Theodosianum vocavit*». Le leggi antiche, ancorché desuete, erano state inserite nelle raccolte promosse dagli imperatori in quanto partecipi della sacralità – meglio, della partecipazione alla essenza del *genus lex* – riconosciuta alle leggi imperiali nel sopra ricordato *dictum post* 16 C. XXV. q. 1, par. 4. La selezione delle leggi che gli imperatori avevano dovuto necessariamente adottare per redigere le loro raccolte, allora, non si era fondata su un rigido e meccanico criterio cronologico.

Appare, allora, possibile rilevare una significativa differenza tra il pensiero dei civilisti e quello di Graziano. Per i primi la vecchia legge continuava ad essere in vigore in quanto parte integrante del

grande e complesso patrimonio della tradizione giuridica romana, per Graziano la perdurante vigenza derivava dalla corretta appartenenza della vecchia legge al *genus lex*, plasmato dalla legge divina.

5. *I glossatori canonisti*

Ulteriori approfondimenti trovarono, poi, le disposizioni del *Decretum* nell'interpretazione dei decretisti. Costoro, innanzi tutto, condivisero l'impostazione tradizionale del pensiero cristiano, per la quale la legge umana era vista come una *species* del *genus lex* accanto alla legge divina e alla legge naturale e da queste nettamente distinta. «Est ergo lex generaliter accepta scriptum asciscens honestum, prohibens contrarium» dichiarava, ad esempio, la *Summa Coloniensis*. Ed aggiungeva: «Divina autem in declinandis peccatis sancta preceptio... Ast humana ea est qua maiores natu simul cum plebibus aliquid sanxerunt. Quam etiam ita describunt: lex commune preceptum est, virorum prudentium consultum, delictorum que sponte vel ignorantia nascuntur coercio, rei publice sponsio, idest approbatio communis»²⁰⁰. E subito dopo spiegava «Lex divina dividitur in legem nature, legem littere, legem gratie, que evangelium et scripta apostolorum complectitur et legem canonum, in qua non solum apostolorum set etiam orthodoxorum patrum scripta continentur»²⁰¹. Il *genus lex*, dunque, comprendeva la legge divina nelle sue articolazioni, la legge naturale e la legge umana. E in merito a quest'ultima i decretisti formularono interessanti tesi.

i) Per quanto riguarda la sua produzione la gl. *lex est* a c. 1. D. II dichiarava: «olim populus statuit leges, sed hodie non, quia transtulit hanc potestatem in imperatorem». Rufino aggiunse che il diritto imperiale non si limitava al documento costituzione, ma comprendeva anche la redazione per iscritto di consuetudini realizzata per volontà del principe. Affermava infatti «iura imperatorum non vocat hic illas constitutiones tantum, quae ab imperatoribus promulgate sunt, sed omne ius consuetudinis in scriptis redactum, cuius quidem plenaria auctoritas imperatori et in imperatorem collata est... Iura igitur imperatoris omnia iura consuetudinis scripta dicun-

²⁰⁰ *Summa 'Elegantius in iure divino' seu Coloniensis*, a cura di G. Fransen, in *Monumenta Iuris Canonici, Series A: Corpus Glossatorum*, I, New York, 1969, 5, c. 18.

²⁰¹ *Ibid.*, 7, c. 28.

tur, non inventione vel promulgatione sed robore et auctoritate»²⁰². Come la legge divina era atto d'imperio di Dio, così la legge umana era, dunque, per Rufino atto d'imperio del principe, la cui volontà si esprimeva sia nel disporre l'atto formale della costituzione, sia nel promuovere, o nell'accettare, la messa per iscritto di consuetudini locali. Volontà che il *magister* Onorio del Kent sottolineava citando l'affermazione di Ulpiano per cui «quod principi placuit legis habet vigorem»²⁰³.

I decretisti riconobbero il carattere sacro delle leggi imperiali. Lo dichiarava, ad esempio, la gl. *constitutiones* a c. 1. D. X, ricordando che era stato lo stesso Graziano a definirle tali²⁰⁴. Lo ripeteva la *Summa Coloniensis* secondo la quale erano gli stessi pontefici a riconoscere questa loro natura: «et Romanus pontifex leges principum nunc sacras nunc veneranda appellat»²⁰⁵. Ma non erano soltanto gli imperatori ad essere legittimati a promulgare costituzioni: lo erano anche i pontefici e le loro costituzioni erano, al pari delle imperiali, atti di comando²⁰⁶.

Le costituzioni ecclesiastiche, inoltre, come già aveva dichiarato Graziano, prevalevano sulle imperiali. Così si esprimeva, ad esempio, la suddetta gl. *constitutiones*: «In hac decima distinctione ostendit magister quod secularis constitutio cedit ecclesiasticae quia sacrae leges non dedignantur sequi sacros canones». Ma la gl. *constitutiones* al successivo c. 5. D. X precisava meglio il rapporto tra costituzioni im-

²⁰² RUFINUS, *Summa Decretorum*, a cura di H. Singer, Padeborn, 1902 (ed. an. Aalen, 1963), 21 s.

²⁰³ MAGISTRI HONORII *Summa De iure canonico tractaturus*, I, a cura di R. Weigand, P. Landau, W. Kozur, in *Monumenta Iuris canonici. Series A: Corpus glossatorum*, V, Città del Vaticano, 2004, 14, ad c. 4. D. II. Il magister Honorius è Onorio del Kent, appartenente alla scuola canonistica anglo-normanna della fine del secolo XII.

²⁰⁴ «In hac decima «distinctione ostendit magister quod saecularis constitutio cedit ecclesiasticae quia sacrae leges non dedignantur sequi sacros canones».

²⁰⁵ *Summa 'Elegantius in iure divino' seu Coloniensis*, cit., 19, c. 63.

²⁰⁶ BALBI, *Riflessioni*, cit., 35 s. ricorda che Uguccone (Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat lat. 2280, ff. 4 vb-5ra) nel commentare il c. 3. D. IV si chiede se per la costituzione pontificia sia necessario l'assenso dei cardinali: alla domanda «posset papa preter et contra voluntatem suorum cardinalium aliquid constituere» risponde «respondeo non deberet, si eorum consensu posset habere, alias potest, dummodo non sit contrarium rationi vel veteri vel novo testamento», chiarendo che «postquam communi consilio et assensu fuerint recepte et approbate, non possunt vel illi, id est clerici, vel isti, id est collaterales principis contradicere vel de ipsis iudicare».

periali ed ecclesiastiche. A suo giudizio: «Nunquid ergo legibus semper derogatur per canones. Absit, nisi quo ad causas spirituales, et hoc est, quod dicitur de conse. dist. iii c. celebritate ibi. Alia est ratio causarum secularium, alia divinarum... Nec Papa potest leges tollere, nisi quo ad suum forum. Imperium enim et sacerdotium ex eodem principio prodierunt». Quindi la prevalenza delle leggi pontificie sulle imperiali riguardava esclusivamente le materie ecclesiastiche: lo confermava, ad esempio, Paucapalea secondo il quale «quod ecclesiasticis legibus principum constitutiones sunt maxime in ecclesiarum [negotiis] postponendae, aperte multis auctoritatibus declarabitur. At ubi evangelicis et canonicis decretis non obviaverunt, omni honore et reverentia dignae habentur et in ecclesiae adiutorium assumantur»²⁰⁷.

Le leggi imperiali, sacre perché espressione della stessa autorità divina da cui derivava la potestà pontificia, contribuivano, dunque, alla disciplina delle materie ecclesiastiche allorché concordi con le leggi del papa. La medesima idea risulta condivisa da Raimondo di Peñafor per il quale «constitutio ecclesiastica abrogat omnes leges sibi contradicentes in causis spiritualibus, et breviter in omnibus quae spectant ad salutem animae, id est, sine quibus anima salvari non potest vel impeditur ad salutem. In talibus enim sacrae leges non dedignantur sacros canones imitari»²⁰⁸, mentre «in aliis vero causis saecularibus et coram iudice saeculari obtinent leges vigorem suum. Nec potest Papa eas tollere, nisi in casibus supra positis vel quoad suum forum, nam imperium vel sacerdotium ex eodem principio processerunt»²⁰⁹. Un rapporto, quello tra legge imperiale e legge pontificia, che la *Summa Coloniensis* teorizzava come costitutivo dell'*utrumque ius* dichiarando: «Hic advertendum est quod leges et canones mutuas sibi vices reponunt, quia et leges canonibus assurgunt et invicem canones in sui defectum leges assumunt in tantum ut quicquid in lege dicitur, si a canone non contradicitur, pro canone habeatur»²¹⁰.

ii) «Omnis enim lex consistit in praeceptis, prohibitionibus, permissionibus, consiliis» dichiarava Rolando Bandinelli, futuro

²⁰⁷ PAUCAPALEA, *Summa über das Decretum Gratiani*, a cura di J.F. von Schulte, Giessen, 1890 (ed. an. Aalen, 1965), 15, dist. X.

²⁰⁸ RAIMUNDUS DE PENNAFORTE, *Summa de iure canonico*, a cura di X. Ochoa e A. Diez, in *Universa Bibliotheca Iuris*, I, tomus A, Roma, 1975, 32, tit. XI, 1.

²⁰⁹ *Ibid.*, 34, tit. X, 3.

²¹⁰ *Summa 'Elegantius in iure divino' seu Coloniensis*, cit., 19, c. 63.

papa Alessandro III, riferendosi alla legge divina²¹¹. E la legge umana doveva concretizzare in norme positive tale essenza della legge divina. Per Ugucione da Pisa, ad esempio, «et est lex scriptum asciscens honestum, prohibens contrarium»²¹². Idee, queste, condivise, ad esempio, sia da Stefano Tornacense, per il quale «lex est scriptum asciscens honestum, prohibens contrarium. Iuris autem peritus ita: lex est commune praeceptum virorum prudentium, consultatio delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, rei publicae communis sponsio»²¹³, sia dalla *Rhetorica ecclesiastica*²¹⁴: «causa institutionis legum est ut earum metu humana refrenaretur audacia, vel ut tuta sit inter improbos innocentia, vel ut formidato supplicio peccandi facultas reprimatur et in sumendis talionibus modus et aequalitas servetur. Officium autem earum est, necessaria praecipere, mala prohibere, licita permittere et quaedam etiam minus licita, ut vitentur graviora»²¹⁵, sia, ancora, da Raimondo di Peñafort: «Causa constitutio est duplex: una, malitiae coercio; alia, novi articuli dubitatio. Officium constitutionis quadruplex est, unde versus: Quattuor ex verbis virtutem collige legis:/permittit, punit, imperat atque vetat»²¹⁶.

Seguendo Graziano, dunque, i decretisti finirono per identificare la legge umana secolare soprattutto con la legge penale. E commentavano la definizione isidoriana di legge riportata nel c. 2. D. IV enfatizzandone i contenuti. Così Paucaplea illustrava l'espressione «erit autem lex honesta» affermando «ut nihil inhonestum praecipiat», l'aggettivo «iusta» con le parole «ut quod iustum est iubeat», l'altro aggettivo «possibilis» dicendo «ut ultra vires non imperet vel possibilis secundum naturam hominum»²¹⁷, concordando sia con la gl. *honestata* a c. 1. D. IV, per la quale «quia in iure non tamen desi-

²¹¹ *Die Summa Magistri Rolandi nachmals Papstes Alexander III*, a cura di F. Thanner, Innsbruck, 1974, *praefatio*, 3.

²¹² UGUCCIONE DA PISA, *Derivationes*, a cura di E. Cecchini, Firenze, 2004, 658.

²¹³ STEPHANUS TORNACENSIS, *Die Summa über das Decretum Gratiani*, a cura di J.F. von Schulte, Giessen, 1891 (ed. an. Aalen, 1965), 9, c. 3. D. I.

²¹⁴ Su questo testo si veda l'Introduzione a *Die Rhetorica ecclesiastica*, in *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonistischen Processes im Mittelalter*, a cura di L. Wahrmund, I, 4, Innsbruck, 1906, VII-XV.

²¹⁵ *Ibid.*, 7.

²¹⁶ RAIMUNDUS DE PENNAFORTE, *Summa*, cit., 8, tit. V, 4.

²¹⁷ PAUCAPALEA, *Summa*, cit., 10, ad c. 2. D. IV.

deratur iustitia quam honestas», sia con la gl. *iusta* al medesimo canone, secondo cui «aliter enim non est ius nisi sit iustum», sia con la gl. *possibilis* ancora al suddetto canone, a detta della quale «quia si de impossibilitate legis quis transgrederetur frustra imputaretur ei ad poenam»²¹⁸: glossa, quest'ultima, che sembra ribadire l'essenza penalistica della legge umana mondana.

iii) La legge umana, in quanto *species* del *genus lex*, era tale solo se conforme allo *ius naturale*: lo affermano in modo unanime i decretisti. «In hac octava distinctione ostendit magister qualiter ius naturale excellat alia iura amplitudine» affermava, ad esempio la gl. *differt autem* al *dictum ante* c. 1. D. VIII; e la gl. *dignitate* al *dictum post* il medesimo canone aggiungeva «differt dignitate ab aliis ius naturale quia si constitutio vel consuetudo aliqua sit huic contraria irritatur»²¹⁹. E commentando la distinctio IX Rufino dichiarava: «In hac distinctione prosequitur, quomodo ius naturale constitutionis iuri prescribat: quecunque enim leges imperatorum, quecunque scripta auctorum, quecunque exempla sanctorum contraria sunt iuri naturali, ipsa omnia vana et irrita sunt habenda»²²⁰. «Constitutio vel consuetudo perversa est contra jus naturale» confermava la *Summa Parisiensis*²²¹. Stefano Tornacense commentava il c. 3. D. IX con le parole «videtur a proposito recedere, cum dixit constitutionem iuri naturali cedere... quia... constitutio cedit iuri naturali»²²² e con lui concordava Onorio del Kent dichiarando, in merito allo stesso canone «ius naturale premineat constitutionibus»²²³.

Per quanto, poi, concerne il diritto naturale, la gl. *naturali* a c. 1. D. I si limitava ad identificarlo con il diritto divino («id est divino» affermava infatti). E lo stesso facevano da un canto la *Summa Parisiensis*, per la quale «quod continetur in lege et in evangelio est jus naturae» e «jus naturale quod est lex divina»²²⁴, intendendo il diritto divino come diritto divino positivo, espresso nel Vecchio e nel Nuovo Testamento; dall'altro Onorio del Kent secondo il quale «ius

²¹⁸ La stessa spiegazione del canone si trova anche nella *Summa* del MAGISTER HONORIUS, cit., 16 s., ad c. 2. D. IV.

²¹⁹ Al riguardo BALBI, *Riflessioni*, cit., 31.

²²⁰ RUFINUS, *Summa Decretorum*, cit. 22 s.

²²¹ *The Summa Parisiensis*, cit., 7, c. 1. D. VIII.

²²² *Die Summa*, cit., 18.

²²³ *Summa 'De iure canonico tractaturus'*, cit., 30.

²²⁴ *The Summa Parisiensis*, cit., 1.

naturale de quo agit in libris veteris et novi testamenti continetur»²²⁵. Ma le interpretazioni del diritto naturale non si limitarono a questa identificazione. Lo ricordava, ad esempio, la gl. *ius naturale* a c. 7 D. I, che elencava un'ampia gamma di significati. «Natura multis modis dicitur: quandoque dicitur natura vis insita rebus similia de similibus procreans. Secundo modo dicitur natura quidam stimulus seu instinctus naturae ex sensualitate proveniens ad appetendum, vel ad procreandum... Tertio modo dicitur instinctus naturae ex ratione proveniens, et ius ex tali natura proveniens dicitur naturalis aequitas: et secundum hoc ius naturae dicuntur omnia communia, id est, communicanda tempore necessitatis... Quarto modo dicitur ius naturale praecepta naturalia, hoc est: Non furtum facies; non moecaberis... et omne ius divinum dicitur naturale ius et secundum istud ius similiter omnia dicuntur communia, id est communicanda, bene enim fuit aliquid proprium de iure divino». Secondo questa seconda glossa, dunque, le letture del diritto naturale erano numerose: esso era fatto coincidere sia con l'istinto di tutti gli animali, come aveva detto Ulpiano, sia con la *ratio* di cui solo gli uomini sono dotati, sia con l'*aequitas*, sia con il diritto divino. E la pluralità di significati è ricordata anche da Rufino, il quale nell'ampia trattazione dedicata al tema, escludeva l'identificazione del diritto naturale con l'istinto comune a tutti gli animali, lo limitava ai soli uomini e lo identificava da un canto con l'ordine dato da Dio alla natura, dall'altro con il diritto divino positivo, composto dai comandamenti dati da Dio agli uomini con il Vecchio ed il Nuovo Testamento, un diritto iscritto nella coscienza degli uomini, i quali in tal modo erano in grado di conoscere l'*aequitas*²²⁶. La medesima pluralità di accezioni è citata anche da Ste-

²²⁵ MAGISTRI HONORII *Summa*, cit., 31. Sul tema il maestro Onorio interviene anche nel commento del c. 7. D. I dove propone una lettura parzialmente differente: «Et nota quod ius naturale dicitur vel a natura et secundum hoc dicitur illud quod sola natura a Deo insita inspirat et est commune omni animanti, vel a naturali ratione et est commune soli homini» (*ibid.*, 11).

²²⁶ RUFINUS, *Summa Decretorum*, cit., 6 s.: «Gratianus tractaturus de iure canonico quasi altius rete ducto expandit iter operi, incipiens iure naturali, quod quidem et antiquius est tempore et excellentius dignitate. Hoc autem ius legistica traditio generalissime diffinit dicens: Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nos vero istam generalitate, que omnia concludit animalia, non curantes, de eo, iuxta quod humano generi solummodo ascribitur, breviter videamus... Est itaque naturale ius vis quaedam humane creature a natura insita ad faciendum bonum cavendumque contrarium. Consistit autem ius naturale in tribus, scilicet: mandatis, prohibitionibus, demonstrationibus.

fano Tornacense, il quale, peraltro, ricordava anche l'identificazione con l'istinto presente in tutti gli animali ed aggiungeva l'ulteriore lettura che faceva coincidere lo *ius naturale* con lo *ius gentium*²²⁷. Secondo la *Summa Lipsiensis*, poi, erano state formulate ben sei diverse interpretazioni del diritto naturale, che era stato fatto coincidere rispettivamente con l'istinto presente in tutti gli animali, con *fas*, cioè la giustizia divina, con le Sacre Scritture, con il libero arbitrio, con il giudizio della *ratio*, con l'obbedienza ai precetti divini: e di queste l'opera sembra sottolineare l'identificazione con i precetti del Vecchio e Nuovo Testamento²²⁸. Dal canto suo la *Summa Coloniensis*,

Mandat namque quod prosit, ut: 'diligas Dominum tuum'; prohibet quod ledit, ut 'non occides'; demonstrat quod convenit, ut 'omnis in commune habeantur'...Hoc igitur ius naturale peccante primo homine eo usque confusum est, ut deinceps homines nichil putarent fore illicitum...Postmodum vero per decem precepta in duabus tabulis designata ius naturale reformatum est...Et propterea evangelium substitutum est, ubi ius naturale in omnem suam generalitatem reparatur et reparando perficitur. Quoniam autem ista lex naturalis nudam rerum naturam prosequitur, ostendendo solummodo hac in natura sui equum esse, illud autem iniquum...Et hunc in modum flumina honestatis humane redeunt ad mare iuris naturalis, quod in primo homine pene perditum in lege Mosaica relevatur, in evangelio perficitur, in moribus decoratur».

²²⁷ STEPHANUS TORNACENSIS, *Die Summa*, cit., 7 s.: «Dicitur enim ius naturale, quod ab ipsa natura est introductum et non solum homini, sed etiam ceteris animalibus insitum, a quo descendit maris et feminae coniunctio, liberorum procreatio et educatio. Dicitur et ius naturale ius gentium, quod ab humana solum natura quasi cum ea incipiens traxit exordium. Ius etiam divinum dicitur naturale, quod summa natura nostra, id est deus nos docuit et per legem et per prophetas et evangelium suum nos obtulit. Dicitur etiam ius naturale, quod simul comprehendit humanum et divinum et illud, quod a natura omnibus est animalibus insitum. Et secundum hanc ultimam acceptionem ponit: naturali iure, id est divino, et illo alio primitivo. Vel si quintam iuris naturalis acceptionem non abhorreas, intellige, hic dici ius naturale, quod hominibus tantum et non aliis animalibus natura est insitum, scilicet ad faciendum bonum vitandumque contrarium». E aggiunge: «Ius naturale hic tantum intellige ius divinum, quod in lege et evangelio continetur».

²²⁸ *Summa 'Omnis qui iuste iudicat' sive Lipsiensis*, a cura di R. Weigand, P. Landau e W. Kozur, I, in *Monumenta Iuris Canonici. Series A: Corpus Glossatorum*, VII, Città del Vaticano, 2007, 6, D. I. pr.: «Videamus itaque multiplicis acceptiones iuris naturalis...Primo modo dicitur ius naturale ordo quidam et instinctus nature, secundum quem similia ex similibus procreantur. Hoc est illud ius, de quo iurisconsultus dicit 'Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Et ita large acceptitur. Secundo modo dicitur ius naturale licitum et approbatum, quod nec a Domino precipitur vel prohibitum, quod et fas appellatum, ut repetere suum vel non repetere...Tertio modo dicitur ius naturale precepta evangelica vel legalia, ad que observanda tenemur. Hoc autem ius appellatur naturale, vel quia a summa natura proditum est, id est a Deo, vel quia natu-

dopo averlo identificato con il solo istinto²²⁹, ne ricordava tre interpretazioni, la legge positiva di Dio, l'istinto comune a tutti gli animali, il libero arbitrio dei soli uomini²³⁰.

iv) In quanto conforme al diritto naturale, la legge umana coincideva necessariamente con la *ratio*. La gl. *secundum naturam* a c. 2. D. IV commentava la più volte ricordata definizione di Isidoro, per la quale la legge tra le altre caratteristiche «erit... secundum naturam», con le parole: «id est naturalem rationem». Paucapalea interpretava il c. 5. D. I dicendo: «lex scripta constat, lex erit omne ius, id est quoddam ex pluribus collectum, quod ratione constiterit»²³¹. Rufino dichiarava «lex auctoritate de ratione habeat»²³², mentre la *Summa Parisiensis* spiegava il *dictum* post c. 5. D. I, in cui Graziano dichiarava «non differt, utrum consuetudo scriptura, vel ratione consistat», dicendo «ratio dictet illud esse observandum quomodo legem, id est lex illa habet vigorem quae non contradicit rationi»²³³. E Onorio del Kent interpretava il passo del c. 5. D. I «si ratione lex constat» spiegando «idest si tantum constat pro lege habetur, vel

ralem sive innatam equitatem imitatur; vel appellatur ius divinum, quia a Deo sub miraculorum ostensione proditum est preter hominum ministerium ut doctrina Christi in linguis igneis, lex vetus in fulgure et tonitro. Quarto modo dicitur ius naturale habilitas quadam qua homo statim ut est, habilis fit ad discernendum inter bonum et malum. Secundum hoc dicitur ius naturale facultas discernendi bonum a malo cum approbatione unius et detestatione alterius, hoc est liberum arbitrium... Quinto modo ius naturale iudicium rationis... Sexto modo dicitur ius naturale ipsum operari, idest divinatorum mandatorum observatio... Consistit autem ius naturale in preceptis et prohibitionibus et demonstrationibus... Processit ius naturale ita: In primo homine pene perditum erat, in lege Mosayca revelatum, in evangelio perfectum, in moribus decoratum».

²²⁹ *Summa 'Elegantius in iure divino' seu Coloniensis*, cit., 2, c. 5: «ius... naturale... quod instinctu nature apud omnes est, puta maris et femine coniunctio, liberorum successio, libera eorumque in nullius bonis acquisitio, violentie per vim continuata et moderata repulsio, depositi seu commodati restitutio». Si deve notare che una tale definizione finisce per limitare l'istinto ai soli uomini, dato che, accanto al concepimento e alla procreazione dei figli, sono ricordate regole che non possono non riguardare in via esclusiva l'umanità.

²³⁰ *Ibid.*, 10 s., c. 38: «Iuris naturalis appellatio triplicetur, quia vel ius divinum a summa natura, que Deus est, per legem et prophetas et evangelium humane cognitioni oblatum, vel quod ab ipsa natura non in hominibus tantum vel etiam in omnibus animalibus plantatum, ut est fetuum educatio, commixtio sexuum, vel quod hominibus solis a natura est inditum ad faciendum bonum et ortandum contrarium sic dicitur».

²³¹ PAUCAPALEA, *Summa*, cit., 5.

²³² RUFINUS, *Summa Decretorum*, cit., 8.

²³³ *Summa Parisiensis*, cit., 2, ad c. 5. D. I.

idest lex auctoritatem de ratione trahit» e subito dopo aggiungeva «si ratione lex constat et lex perit, perit omne quod ratione constiterit»²³⁴, prospettando l'assoluta simbiosi tra *lex* e *ratio*. Una simbiosi condivisa da Stefano Tornacense che commentava il c. 5. D. I dichiarando «si ratio pro lege habeatur... si ratione lex constat et lex perit, perit omne quod ratione constiterit»²³⁵.

E *ratio* era intesa nel senso indicato da Graziano, intimamente connessa con la *veritas*, cioè con l'espressione della parola divina. Così Rufino spiegava il c. 4. D. VIII: «veritatem dicit precepta iuris naturalis in scriptis redacta, rationem dicit iuris naturalis instituta sine scriptis», aggiungendo che era da escludere la consuetudine «veritati et rationi contrariam»²³⁶. Paucapalea in merito al medesimo canone precisava: «Non enim dixit deus: Ego sum consuetudo, sed Ego sum veritas, ratio ergo et veritas consuetudini praeponenda est»²³⁷. E la *Summa Parisiensis* commentava il c. 7. D. VIII dicendo «consuetudo nulla penitus mutilanda est cui ratio et veritas concordant... Non ergo ratio et veritas semper consuetudinem excludunt sed cum sibi adversari inveniuntur»²³⁸. Quindi, diritto naturale, parola divina, *ratio* coincidono e con loro l'*aequitas*: nel commentare c. 1. D. I la *Summa Lipsiensis* spiegava l'espressione «divinae naturae» dicendo «idest Deo qui summa natura est initium habuit, vel qui a naturali equitate non discrepant»²³⁹. E Onorio del Kent interpretava le parole «transire per alienum fas est» del c. 1 D. I affermando: «Idest rudis equitas et informis demonstratio iuris naturalis secundum quem communis est usus omnium»²⁴⁰.

Ratio, *veritas* ed *aequitas* erano, dunque, gli aspetti costituenti il *genus lex*: segnavano con ogni evidenza la legge divina e quella naturale e, di conseguenza, dovevano essere presenti anche nella legge umana. Quest'ultima, peraltro, doveva anche essere conforme ai precetti della Chiesa, come aveva detto Graziano e come ripeteva, ad esempio, Paucapalea dicendo: «illa lex religioni christianae congruat,

²³⁴ MAGISTRI HONORII *Summa*, cit., 7.

²³⁵ STEPHANUS TORNACENSIS, *Die Summa*, cit., 9.

²³⁶ RUFINUS, *Summa*, cit., 22.

²³⁷ PAUCAPALEA, *Summa*, cit., 14.

²³⁸ *Summa Parisiensis*, cit., 8.

²³⁹ *Summa 'Omnis qui iuste iudicat' sive Lipsiensis*, cit., 8.

²⁴⁰ MAGISTRI HONORII *Summa*, cit., 4 s.

ut scilicet contra Christum aliquid non praecipiat», ma disponga «quod salutis animarum et corporum proficiat»²⁴¹.

v) La legge umana, ancorché conforme al diritto naturale, alla *ratio*, alla *veritas*, all'*aequitas*, a differenza della divina e della naturale era correntemente intesa come modificabile. «Lex autem rogatur aut abrogatur aut surrogatur aut obrogatur; rogatur, cum proferitur; abrogatur, cum aufertur; surrogatur, cum ei aliquid adicitur; obrogatur, cum una pars detracta alia ei adicitur; derogatur, cum una pars ei detrahitur» dichiarava Rufino nel commentare il *dictum ante* c. 4. D. IV²⁴². Una mutazione cui Onorio del Kent, nel commentare c. 3. D. IV, poneva una serie di limiti. «Is qui habet potestatem condendi et tollendi: papa, princeps, set rarum hiis passim licet tollere vel iudicare nisi ratio dictet esse mutandam; nam vinculo dignitatis etsi non necessitatis sunt ascripti suas leges servari»²⁴³. A suo parere, dunque, la modifica della legge umana poteva essere disposta esclusivamente dal papa e dall'imperatore, in quanto *auctoritates* politiche e quindi titolari della potestà legislativa; non solo: costoro potevano intervenire soltanto per necessità e sempre rispettando la *ratio* della legge medesima.

La potestà legislativa dell'autorità superiore poteva manifestarsi anche nell'abrogazione esplicita di una legge. Come era accaduto, a detta di Paucapalea, con Giustiniano: «Harum ergo constitutionum multitudinum Iustinianus ex praedictorum constitutionum codicum, et volumen novellarum colligens unum codicem suo nomine fulgentem in XII. libros divisum composuit, reiectis contrarietatibus, superfluitatibus, similitudinibusque non necessariis, additis vel detractis vel mutatis verbis, ut hoc rei commoditas exigebat»²⁴⁴. Parole, queste ultime, che si ritrovano identiche anche in Rufino²⁴⁵ e in Stefano Tornacense²⁴⁶. Giustiniano, dunque, aveva legittimamente eliminato, in tutto o in parte, leggi e provvedimenti precedenti al fine di dar vita ad una raccolta funzionale e utile: e detta selezione era stata fondata non già su un criterio cronologico, bensì sul contenuto delle leggi.

²⁴¹ PAUCAPALEA, *Summa*, cit., 5.

²⁴² RUFINUS, *Summa Decretorum*, cit., 20, ad c. 2. D. VII.

²⁴³ MAGISTRI HONORII *Summa*, cit., 17.

²⁴⁴ PAUCAPALEA, *Summa*, cit., 13 s.

²⁴⁵ RUFINUS, *Summa Decretorum*, cit., 14, ad c. 2. D. VII.

²⁴⁶ STEPHANUS TORNACENSIS, *Die Summa*, cit., 16 s., ad c. 2. D. VII.

vi) L'intervento della potestà legislativa era necessario per i decretisti anche nel caso in cui una legge fosse caduta in desuetudine: e qui si apre il problema del rapporto tra legge e *mores utentium* che era stato già affrontato, come sappiamo, da Graziano. Anche per i decretisti la legge umana era radicata nella tradizione della comunità cui si rivolgeva, nel senso che le sue norme attuative della volontà divina, per essere accettate e seguite, dovevano essere necessariamente compatibili con la tradizione della comunità cui erano dirette. «Lex non debet contravenire consuetudini patrie» dichiarava, ad esempio, Giovanni di Dio²⁴⁷. Ci si chiedeva, allora, cosa accadesse in caso di contrasto tra legge e consuetudine.

Paucapalea escludeva decisamente che la consuetudine potesse prevalere sulla legge: «nunc de consuetudine et usu, an legibus subii-ciantur, an praeponantur, ostendendum restat. Et sciendum quod auctoritas consuetudinis ac longaevi usus non vilis est, sed non usque adeo illa auctoritas est... ergo nec ecclesiasticis regulis nec imperatorum legibus consuetudo contraire ostenditur» perché non poteva vincere «rationem, id est aequitatem» e quindi «legem scriptam»²⁴⁸, che quella *ratio* e quella *aequitas*, impersonava. Ma altri decretisti avevano idee differenti. Stefano Tornacense, ad esempio, scriveva «non interest an scripta sit consuetudo... sed et si iuri scripto contraria sit, et populus, qui habet potestatem condendi leges, sciens legem contrariam esse, contra eam consuetudine utatur, consuetudo etiam praepo-nitur legi scriptae. Nihil enim interest, an suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis. Tanto enim consensu omnium per desuetudinem leges abrogantur»²⁴⁹. Per lui, dunque, la legge era abrogata per desuetudine; ma tale forza abrogativa la consuetudine possedeva in quanto espressione della potestà legislativa del popolo. Così che Stefano finiva per porsi sulla medesima linea di coloro che condizionavano gli effetti della desuetudine all'intervento dell'autorità titolare del potere legislativo, autorità che, a differenza di Stefano, riconoscevano non già al popolo, ma all'imperatore e al papa.

Così, la gl. *abrogatae* al *dictum post* c. 3. D. IV si chiedeva «postest populus abrogare canonem cum non possit canonem condere?»

²⁴⁷ IOANNIS DE DEO *Cavillationes seu Doctrina Advocatorum...*, in GUGLIELMI DURANDI *Speculum Iuris pars tertia et quarta*, Augustae Taurinorum, 1578, f. 82 rb, n. 5.

²⁴⁸ PAUCAPALEA, *Summa*, cit., 16, D. XI.

²⁴⁹ STEPHANUS TORNACENSIS, *Die Summa*, cit., 9.

e rispondeva «maxime ex quo tota potestas translata est in principem... dic quod non potest abrogare nisi per expressum consensum Pape... licet quidam dixerint quod sufficeret sola scientia Pape». Perché la consuetudine potesse abrogare la legge umana ecclesiastica appare, dunque, indispensabile l'intervento del pontefice, un intervento che poteva avvenire anche in modo implicito con l'accettazione consapevole della desuetudine. Ma il glossatore ammetteva anche che detta accettazione implicita potesse anche non essere consapevole: «sed credo» – aggiungeva – «quod consuetudo rationabilis et prescripta tollit leges... etiam sine scientia principis, difficile cum esset eum omnes consuetudines, quae servantur, scire». A suo parere l'accettazione implicita da parte della potestà legislativa del principe di una consuetudine razionale abrogativa di una legge poteva anche essere colta nella mancata opposizione alla stessa²⁵⁰. Un'idea, questa, condivisa da Uguccione per il quale in caso di mancato intervento del papa o dell'imperatore contro la consuetudine abrogativa della legge «tacito consensu videtur eam confirmare»²⁵¹. Per la desuetudine della legge, mondana o ecclesiastica, era, dunque, indispensabile il consenso del legislatore, consenso che poteva essere esplicito o assumere varie forme tacite: Onorio del Kent spiegava le parole «leges abrogatae» del c. 3. D. IV dicendo «quod verum ubi consensus conditoris canonis vel legis intervenit tacitus vel expressus»²⁵².

viii) Si apre, allora, il problema, che in questa sede ci interessa, della sorte riservata alla legge, sacra, razionale, equa, una volta che era stata modificata da una legge successiva. La questione era stata toccata, come sappiamo, nel c. 28. D. L, par. *in fine*, da Graziano il quale nella scelta tra due decisioni conciliari divergenti aveva proposto di far prevalere non già quella più recente, bensì la più antica e più valida. E su questo passo si concentrò in particolare l'attenzione dei decretisti. La gl. *discors* offrì un'analisi articolata, prendendo le mosse dalla consapevolezza che la norma modificata continuava ad essere vigente e che, di conseguenza, era necessario stabilire se la norma successiva prevalesse nei suoi confronti. Nella parte iniziale la glossa adottò un criterio opposto a quello suggerito da Graziano per-

²⁵⁰ Al riguardo BALBI, *Riflessioni*, cit., 39.

²⁵¹ *Ibid.*, 39 dove viene riportato il passo di UGUCCIONE, *Apparatus in Decretum Gratiani*, in Biblioteca Apostolica Vaticana, *Borgh. Lat.* 272, f. 3 va.

²⁵² MAGISTRI HONORII *Summa*, cit., 17 s.

ché sosteneva che la legge successiva doveva prevalere sulla precedente: «Nonne illa sententia est potius sequenda quae maiorem continet pietatem... licet enim canon apostolorum potior sit, quia antiquior sit aliis canonibus, tamen praeiudicatur ei per posteriores... Si ambae [constitutiones] sunt generales, semper posterior praeiudicat». Ma poi si chiedeva in merito ai canoni ecclesiastici «qualiter praefertur unus canoni alteri, cum omnes sint promulgati instinctu spiritus sancti?... responde quod duo canones possunt esse contrarii, et tamen uterque est iuste institutus. Quod enim unus statuit et iuste, alter contrarium potest statuere, et iuste». Il canone antico, espressione dello spirito divino, non poteva non continuare ad essere in vigore ed era offerto agli interpreti, al pari del canone successivo, perché le sue norme sono altrettanto giuste, razionali, eque, vere e conformi al diritto naturale. Nella parte finale del suo intervento, allora, il glossatore sembra non voler offrire all'interprete alcun criterio per la scelta tra il vecchio e il nuovo canone, ma presentare entrambi come degni di applicazione.

La vigenza della vecchia legge umana oggetto della modifica risulta unanimamente condivisa dai decretisti, i quali nel cercare un criterio per la scelta tra vecchia e nuova disposizione, sembrano guardare più al merito del provvedimento che al momento della sua decisione. Uguccione interpretava le parole di Graziano per cui la decisione più antica e più autorevole prevale sulla successiva affermando: «puto lex antiquior auctoritate et dignitate preponenda»²⁵³. Non si trattava, dunque, del mero dato oggettivo della maggior antichità: era necessario che la decisione più risalente fosse anche più autorevole e più degna della successiva. Tesi, questa, ribadita in termini ancora più espliciti da un canto da Stefano Tornacense – il quale spiegava le parole «cuius antiquior et sanctior» del canone in questione dichiarando «ut haec duo concurrant, nec enim sufficit esse antiquiorem, cum saepe priora trahuntur ad posteriora»²⁵⁴. Vel antiquiorem dicit non tempore sed sapientia et auctoritate»²⁵⁵ –, dall'altro da Onorio del Kent che interpretava il termine *antiquior* del ca-

²⁵³ UGUCCIONE, *Apparatus in Decretum Gratiani*, in Biblioteca Apostolica Vaticana, *Borgh. Lat. 272*, f. 33 va.

²⁵⁴ È appena il caso di ricordare che la gl. *praedecessores* a c. 22. D. III *de consecratione* dichiara: «In legibus enim saecularibus posteriores ad se trahunt priores... in divinis non sit sed potius econverso».

²⁵⁵ STEPHANUS TORNACENSIS, *Die Summa*, cit., 71 s.

none affermando «nam quod potius est antiquius dicitur, non tempore set dignitate»²⁵⁶.

L'idea dei decretisti appare, dunque, quella di invitare l'interprete a non avvalersi del criterio oggettivo costituito dalla successione delle leggi umane e ad adottare l'altro della maggior rispondenza di una delle due ai momenti essenziali del *genus lex*, un criterio che si affidava ovviamente alla sensibilità soggettiva del singolo. Nel commentare le parole *in fine* del canone in oggetto la *Summa Parisiensis* dichiarava: «Contrarium videtur quod dicitur: Priora trahantur ad posteriora, cum frequenter dicamus: illud vetus, istud novum. Si vero intelligamus, non quia antiquior sed quia potior, hoc sine auctoritate Isidori planum esset. Dicamus ergo hoc intelligendum de illis octo universalibus synodis, vel de quatuor principalibus, quia si in aliquo sibi obvient, prior et quae potiores habuit patres praejudicabit»²⁵⁷. E Guido da Baisio confermava tale indirizzo interpretativo: spiegava, infatti, le parole «antiquior tempore» del canone affermando: «et potior dignitate, et ita solvitur contrarium secundum Hu[guccionem]»²⁵⁸.

Si ammetteva, comunque, che i canoni nuovi potessero derogare ai vecchi. La dichiarava, ad esempio, la *Summa Lipsiensis*, la quale, tuttavia, fissava limiti precisi a tale possibilità. A suo parere, infatti, «novi [canones] derogant veteribus exceptis statutis quattuor conciliorum generalium quibus non possunt novi derogare... Sicut et dictis apostolorum que non possunt mutilari dummodo fuerint posita super statu»²⁵⁹.

6. Conclusioni

Glossatori civilisti e decretisti sembrano, dunque, avere due diverse nozioni di legge, ma questa differenza non impediva loro di condividere idee sostanzialmente uguali in merito alla relazione tra leggi di epoca diversa disciplinanti la medesima materia. Sia per i civilisti sia per i canonisti la legge precedente, ove non fosse stata esplicitamente abrogata dalla successiva, restava in vigore.

²⁵⁶ MAGISTRI HONORII *Summa*, cit., 158.

²⁵⁷ *The Summa Parisiensis*, cit., 45.

²⁵⁸ GUIDONIS A BAIISIO *Rosarium*, cit., f. 67 vb.

²⁵⁹ *Summa 'Omnis qui iuste iudicat' sive Lipsiensis*, cit., 220.

Per i civilisti la persistenza della sua *ratio* garantiva alla legge antica di continuare ad incarnare l'equità e di conseguenza a far parte a pieno titolo della tradizione giuridica della società cui si riferiva, un'appartenenza che era stata accertata dall'*auctoritas* del principe il quale non ne aveva disposto l'eliminazione. E in quanto tale era offerta, insieme e a pari titolo della nuova, al giudice per la soluzione del caso sottoposto al suo esame. Si trattava di una impostazione che trovava il suo modello più evidente nel *Codex* giustiniano: con esso l'imperatore aveva operato una selezione all'interno del ricco patrimonio legislativo di Roma, selezione mediante la quale egli, avvalendosi della sua superiore *auctoritas*, aveva da un canto abrogato in modo esplicito le leggi escluse dalla raccolta, dall'altro aveva ribadito la vigenza di tutte quelle che della stessa raccolta erano entrate a far parte. Una vigenza che prescindeva dalla data di promulgazione del provvedimento, di modo che i giudici erano tenuti ad applicare soltanto le leggi incluse nel *Codex*, ma al loro interno potevano scegliere liberamente. Si trattava della medesima impostazione adottata dal Digesto, nel quale erano stati riuniti gli *iura* dei giuristi romani senza tener in alcun conto la loro differente cronologia; e tali *iura* erano stati offerti ai giudici perché di loro si avvalessero in via esclusiva – senza, cioè, ricorrere alla giurisprudenza esclusa dalla raccolta – e potessero scegliere liberamente. Leggi vecchie e leggi nuove, anche se tra loro divergenti, si trovavano così affiancate nella disciplina della medesima materia. Gli interpreti medievali si impegnarono nella ricerca di criteri utili a sciogliere il contrasto tra le norme di diversa età, essendo consapevoli che la cultura del loro tempo, sia quella secolare sia quella ecclesiastica, alla legge attribuiva carattere sacro e quindi la dotava di eternità. I loro tentativi non sembrano essere pervenuti a risultati unanimemente condivisi, con la conseguenza che gli interpreti, ed in particolare i giudici, continuarono ad essere liberi di scegliere tra le tante leggi quella che a loro giudizio era la più adatta a risolvere il caso sottoposto al loro esame. Ed in virtù di tale decisione era la legge scelta, anche se risalente a tempi remoti e anche se le sue norme erano state variate da leggi successive, a costituire il diritto vigente nel momento della sentenza. La forza della tradizione appare risiedere proprio in questo: ogni legge che ne faceva parte costituiva a pieno titolo fonte autentica di diritto vigente, senza che avesse alcun rilievo il momento cronologico in cui il singolo provvedimento è stato sussunto nella tradizione medesima.

Dal canto loro i canonisti mettevano l'accento non tanto sull'appartenenza della vecchia legge umana alla tradizione giuridica della società, quanto piuttosto sulla sua conformità ai caratteri distintivi del *genus lex*, caratteri che erano incarnati dalla legge divina. Una legge umana che rispecchiava la *ratio et veritas*, che aveva attuato in concreto i comandamenti divini, sopravviveva necessariamente alla promulgazione di una nuova legge altrettanto conforme ai precetti divini. E il modello era chiaramente espresso dal *Decretum* graziano, che affiancava canoni vecchi a canoni nuovi e proponeva di conseguire una concordia tra di loro. Né Graziano, né i decretisti mettevano in dubbio la sopravvivenza di una vecchia legge umana, civile o ecclesiastica che fosse, all'introduzione della nuova: entrambe erano leggi in quanto realizzavano in concreto la volontà divina, e quindi le antiche sopravvivevano necessariamente alle nuove. Convinti di questa perpetuità, essi limitarono, pertanto, la loro discussione ai soli criteri da seguire per conseguire la concordia tra le due.

Il tema della relazione tra leggi di diversa datazione continuò ad attirare l'interesse delle successive generazioni di giuristi medievali, sia civilisti, sia canonisti. L'analisi del loro contributo alla riflessione sul tema in esame va, però, oltre i termini che il presente studio si è posto. Mi limito, pertanto, a ricordare soltanto due contributi, quello del canonista Enrico da Susa e quello del civilista Luca da Penne.

Nel commentare c. 1. X. 1. 2 l'Ostiense propose vari criteri per risolvere il contrasto tra due costituzioni. «Cum diversae constitutiones contradicunt» – affermava – «aut factae sunt a diversis, aut ab eo. Si a diversis, constitutio facta a maiori, alij praeiudicat... Si ab eodem, aut contrarium potest salvari, aut non. Si contrarium salvari potest, promptum est leges legibus concordare... si nullo modo salvari potest, semper priori per posteriorem derogatur... Hoc autem intelligas in priore et posteriore, secundum tempora, non secundum ordinem scripturae»²⁶⁰. La prevalenza della legge posteriore sulla precedente era, dunque, ammessa solo dopo un tentativo di conciliazione tra le due²⁶¹ e solo quando si trattava di costituzioni promulgate dal medesimo imperatore. E in ogni caso il canonista parlava di correzione,

²⁶⁰ HENRICI DE SEGUSIO *Summa aurea*, Venetiis, 1574, col. 24, n. 12.

²⁶¹ Sull'opportunità della ricerca di una concordia tra leggi divergenti l'Ostiense ritorna, ad esempio, nel commentare c. 8. X. 1. 4 dove dice: «promptum est enim leges legibus concordare»: HENRICI DE SEGUSIO *Commentaria*, Venetiis, 1581, I, f. 31 rb, n. 18.

non già di abrogazione della legge precedente, la quale risulta vigente anche dopo la promulgazione di una legge che la modificava, dato che anche su di essa avrebbe potuto volgersi la scelta dell'interprete. Che, poi, la prevalenza della costituzione più recente non fosse una regola scontata sembra essere rivelato dal bisogno dell'Ostiense di spiegare che il rapporto antecedenza-successione tra le costituzioni riguardava la data della loro promulgazione, non già la loro collocazione all'interno del *Codex* giustiniano. E d'altro canto il giurista sottolineava che l'innovazione legislativa poteva avvenire soltanto per evidente necessità, affermando «in rebus autem novis constituendis, evidens debet esse utilitas»²⁶²; ed al contempo rilevava l'eternità della legge non già nel testo che le era stato dato, bensì nella *ratio* che l'aveva ispirata: «ratio iuris antiqui... semper durat» dichiarava²⁶³. Di modo che nel caso di una legge modificata da una successiva, la sua «ratio tamen viget», di modo che ideo «ipsa [lex] allegari potest»²⁶⁴.

Ancora più articolata risulta, poi, la riflessione di Luca da Penne, il quale offre una lunga trattazione della questione nel commentare la l. *actuarios*, C. *de numerariis* (C. 12. 49. 7). «Si leges duae aut si plures erunt, aut quotquot erunt, conservari non possunt: quia discrepant inter se, ea maxime conservanda putetur quae ad maximas res pertinere videtur» dichiarava, concordando con i giuristi precedenti che escludevano il ricorso all'oggettivo criterio cronologico e affidavano al giudizio dell'interprete la scelta della legge più idonea a risolvere il caso concreto. E proseguiva cercando di indirizzare tale decisione nei differenti casi di contrasto tra leggi: «Deinde utra lex posterius lata sit, nam postrema quoque gravissima est. Deinde utra lex iubeat aliquid, utra permittat. Nam quod imperatur necessarium est, illud quod permittitur voluntarium. Deinde in utra lege si non obtemperatum sit, poena afficiatur, aut in utra poena maior statuatur, nam maxime conservanda est ea quae diligentissima et sancta est. Deinde utra lex iubeat, utra vetet. Nam saepe ea quae vetat, quasi exceptione quadam corrigere videtur illam quae iubet. Deinde utra lex de generi omni, utra de parte quadam, utra communiter in plures, utra in aliquam rem certam scripta est videatur. Nam quae in partem aliquam, et quae in certam quandam rem scripta est,

²⁶² Id., *Summa aurea*, cit., col. 25.

²⁶³ Id., *Commentaria*, cit., I, f. 4 va, n. 35 (in *Proemij declaratio*).

²⁶⁴ Id., *In Primum Decretalium Librum Commentaria*, Venetiis, 1581 (ed. an. Torino, 1965), f. 7 va, n. 2 (1. X. 1. 2).

promptius ad causam accedere videtur, et ad iudicium magis pertinere. Deinde ex lege utrum statim fieri necesse sit utrum habeat aliquam moram et substationem. Nam id quod statim faciendum sit, perfici prius oportet, deinde operam dare, ut sua lex ipso scripto videatur niti. Contraria autem aut per ambiguum, aut per ratiocinationem, aut per diffinitionem induci sanctius et firmitus id videatur esse quod apertius scriptum sit. Deinde suae legis ad scriptum ipsam sententiam quoque adiungere contrariam legem. Item ad aliam sententiam adducere, ut si fieri poterit ne discrepare quidem videantur inter se, postremo facere si causa facultatem dabit, ut ratione nostra utraque lex conservari videatur adversariorum ratione, altera sit necessario negligenda, locos autem communes aut omnes et quos ipsa causa det videri oportebit, et ex utilitatis et honestatis amplissimis partibus sumere demonstrantem per amplificationem ad utramque potius legem accedere oporteat». Un criterio, quest'ultimo, che Luca da Penne attribuiva a Cicerone ed era, perciò, da preferire, a suo giudizio, a quelli proposti da altri giuristi: «Hanc distinctionem ponit Tullius excellentissimus philosophus et Iurisconsultus, cum plures leges inter se discrepare videntur, quae posset per omnia scriptis legibus adiuvari, et eam legi et servari melius puto quam quae per doctores alios in his recitari diversimode consuevit»²⁶⁵. Luca da Penne, dunque, nel sostenere la vigenza della legge vecchia accanto alla nuova, invitava l'interprete a non scegliere tra le due, ma ad avvalersi di entrambe, che dividevano la medesima *ratio*, nelle disposizioni da lui reputate più utili per la soluzione del caso in esame. L'equità della *ratio* garantiva, dunque, la perpetua appartenenza della legge alla tradizione giuridica della comunità cui era stata diretta.

Abstracts

La *lex* romana era considerata *sacra* e quindi perenne. Per questo motivo essa rimaneva in vigore anche dopo la promulgazione di

²⁶⁵ *Commentaria Domini Lucae de Penna In Tres Posteriores Libros Codicis Iustyniani*, Lugduni, 1582, f. 939. L'idea di tentare il ricorso ad entrambe le leggi utilizzando quanto risultasse utile in ognuna delle due è esposta da Cicerone, ad esempio, nei *Topica* 2 dove si legge: «Nos autem, quoniam in utraque summa utilitas est et utramque, si erit otium, persequi cogitamus, ab ea quae prior est ordinemur...Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia».

una nuova legge riguardante la stessa materia da lei disciplinata, a meno che l'imperatore non l'abrogasse in modo esplicito. Ogni legge, infatti, rientrava nella grande tradizione legislativa romana fino a quando il principe decideva di escluderla dalla stessa. Giustiniano riunì nel *Codex* leggi di varie età, stabilendo che tutte potessero trovare applicazione nelle corti di giustizia, a differenza di quelle leggi che non erano state incluse nella raccolta. I glossatori civilisti seguirono questa impostazione, ribadendo che la *lex* era *sacra* e quando incarnava l'*aequitas*, la *ratio* e lo *ius naturale* non era cancellata dalla nuova e cercarono di stabilire criteri per il rapporto tra vecchia e nuova legge. Anche Graziano concordò sulla validità della vecchia legge umana dopo la nuova, a giustificò tale validità non con l'appartenenza della prima alla tradizione legislativa, ma con la sua conformità al *genus lex*, la cui essenza era espressa in primo luogo dalla *lex divina*. E i glossatori canonisti condivisero la sua idea, impegnandosi nella ricerca della concordia tra vecchia e nuova legge.

The Roman *lex* was considered as *sacra*, and therefore timeless. For this reason it was still in force after a new law's enactment concerning the same topic, unless the emperor explicitly abrogated it. Every *lex* was, indeed, part of the great Roman legal tradition as long as the emperor repealed it. In his *Codex* Justinian collected together laws from different ages, asserting that all of them could be applied in trials, unlike those not included in that collection. Civilian glossators followed this approach, confirming that *lex* was *sacra* and it was not cancelled by a new one when it embodied *aequitas*, *ratio* and *ius naturale*. They attempted to establish criteria for the relationship between the old and the new law. Graziano also agreed on the validity of the old law after the new one, but justified this validity not on its belonging to the old legal tradition. He thought that the old law was still in force by virtue of its conformity to the *genus lex*, the essence of which was primarily expressed by *lex divina*. The glossators of his *Decretum* shared his idea, dedicating themselves to the pursuit of harmony between the old and the new law.

Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. *Legacy & misfortune* dell'idealismo tra diritto, etica e politica*

Massimo Donini

Che il diritto sia morale è una esigenza...
non del diritto, ma della morale

Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*,
ristampa Giuffrè, Milano, 1983, 72 (Diritto e morale, § VII)¹

SOMMARIO: 1. Il “Manifesto” del tecnicismo giuridico e il metodo scientifico del penalista secondo Arturo Rocco. – 2. Se il diritto è solo norma: la cultura anti-filosofica del tecnicismo e i modelli internazionali di teoria generale orientati a una eutanasia della filosofia del diritto. – 3. Idealismo filosofico e diritto penale. Tra incomunicabilità epistemica e dialogo etico-politico. – 4. “Amoralità” e non “scientificità” del diritto (fatto individuale ed economico) secondo Benedetto Croce. – 5. La successiva lettura del diritto nella *Filosofia della pratica*. L'esempio dei fini della pena. – 6. L'utilitarismo di un diritto culturalmente declassato e il ruolo tecnico del giurista. A margine della polemica con Pietro Bonfante. – 7. Giovanni Gentile. L'astrattezza della legge e la concretezza-verità delle sole azioni giuridiche individuali, conformi alla legge. – 8. Il diritto come eticità. Il neohegelismo giuridico gentiliano e il modello dello Stato etico. – 9. La “moralità” dello Stato fascista e il suo diritto penale. – 10. Spiritualismo penale di Gentile. – 11. L'insuperato problema della legittimazione non populista, secondo il *ius*, di una *lex* maggioritaria.

1. *Il “Manifesto” del tecnicismo giuridico e il metodo scientifico del penalista secondo Arturo Rocco*

Arturo Rocco, nel 1910, muove da un'analisi della “crisi” della scienza penale, lacerata tra il modello epistemologico di una “Scuola classica” di impronta giusnaturalistica, antistorica, staccata dalle leggi dello Stato, e quello di una “Scuola positiva” che non studia

* Lo studio, che fa parte di più ampia ricerca su filosofia e diritto penale dopo l'illuminismo, è destinato alla pubblicazione nella *Rivista italiana di Scienze giuridiche*.

¹ Questo esergo fulminante rispecchia lo spirito del tempo ricostruito nel presente studio, e secondo la visione prevalente dei giuristi tecnici di allora, oltre che quello dell'idealismo sia crociano, sia in parte gentiliano. Oggi, dopo Norimberga, questa tradizionale e inappuntabile concezione del diritto fondato (a parte le letture giusnaturalistiche) sulla sola *lex* deve ovviamente essere mediata dalla comprensione del diritto come *ius* che conferisce alla *lex* razionalità e legittimazione sostanziale, ricostruendo diversamente i rapporti tra diritto e morale.

più il diritto penale, ma la criminologia, la sociologia e la statistica. Rocco intende perciò riconsegnare al diritto lo statuto di scienza giurisdittiva, anziché sociale, criminologica, sociologica, filosofica, politica etc., e nel far ciò prende le distanze sia dalla Scuola classica, che pensava a un diritto eterno, sovratemporale, razionale, sganciato da scelte storiche precise; e sia dalla Scuola positiva, che stava dissolvendo il diritto in una scienza empirico-causale, tutto orientato al futuro, alle riforme, alle “cause”, anziché alla responsabilità, trasformandolo così in un diritto penale... senza diritto². Stabilito che oggetto dello studio scientifico del diritto penale non sono le cause della criminalità (ciò appartiene alla criminologia o alla politica del diritto, semmai), ma le norme giuridiche vigenti, Rocco ne ripropone un metodo d’analisi che qualifica non certo nuovo, ma millenario: una scienza “vecchia di quasi tremila anni”³. Questa sapienza antica secondo Rocco è portatrice di valori antiformalistici: esegesi, interpretazione, dogmatica, sistematica e persino critica del diritto non vivono di sola logica formale, ma devono abbeverarsi e attingere alla comparazione, alla storia, alla criminologia, alla sociologia criminale, alle scienze sociali ed empiriche quali loro “fonti” complementari rispetto alla legge, e che sono di ausilio per l’intendimento del diritto positivo⁴. Tecnicamente, peraltro, esse non sono, secondo Rocco, “fonti del diritto”, ma “fonti della conoscenza scientifica del diritto”⁵. È necessario attingere a quelle fonti proprio onde evitare il formalismo. Purché sia chiaro che altro è diritto, altro è filosofia, altro è politica⁶, nulla si oppone all’impiego di ulteriori saperi in funzione complementare o sussidiaria⁷, quale materiale empirico da cui

² Così, nelle stesse parole di Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1910, 497 ss., poi in *Id.*, *Opere giuridiche*, vol. III, Ed. del Foro it., Roma, 1933, 273.

³ *Ivi*, 295.

⁴ *Ivi*, 317 ss.

⁵ *Ivi*, 322.

⁶ *Ivi*, 293.

⁷ Questo è il punto nodale: quanto complementare e quanto sussidiaria. Aveva già scritto lo stesso von Liszt, esponendo il programma della sua (ben diversa in apparenza) “scienza penale integrale” (in F. v. LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben*, in *ZStW*, Bd. 9, 1889, (452 ss.), 456: “non si pretende dal criminalista che conduca autonome indagini statistiche o antropologiche, ma gli chiediamo che abbia consuetudine con le acquisizioni della biologia criminale e della sociologia criminale, così come ce l’ha con le previsioni del codice penale e le decisioni della Cassazione”).

trarre i dati positivi delle costruzioni della scienza, integrando il metodo logico-deduttivo della dogmatica con l'«induzione sperimentale»⁸.

2. *Se il diritto è solo norma: la cultura antifilosofica del tecnicismo e i modelli internazionali di teoria generale orientati a una eutanasia della filosofia del diritto*

Il tecnicismo giuridico liberava il giurista da oneri di legittimazione della legge, assumendo quest'ultima come un prodotto altrui, da interpretare e applicare senza una necessaria adesione emotiva, possibile o auspicabile, ma non richiesta. Quasi come il botanico studia un bulbo e ne legge la struttura biochimica. Della legge era responsabile il Parlamento o il Governo, comunque lo Stato, non l'interprete. Quest'ultimo, anzi, non doveva "fare politica", ma neppure "filosofare" o confondere il piano ideale della giustizia con quello della legge. La critica al diritto positivo era un compito che gli era ovviamente consentito, ma o in una sede distinta o in una sezione diversa rispetto alle pagine o ai discorsi che trattavano del *ius positum* al fine di intenderlo e applicarlo. Secondo le parole ammonitrici di Arturo Rocco, infatti, "la discussione filosofica, morale, sociale economica, politica, storica e perfino biologica e psicologica circa il fondamento, la giustificazione, la bontà, la convenienza generica e specifica di un istituto, soffoca e seppellisce lo studio giuridico di esso, quando pure non serve addirittura a escluderlo"⁹.

⁸ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 317. Sull'integrazione di metodo deduttivo e induttivo nella teoria del reato (in prospettiva costituzionale e di integrazione tra dogmatica e politica criminale) si consenta il rinvio a M. DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 351 s., 365 ss.

⁹ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 314 (e di qui le citazioni). *Si noti bene*, però: Rocco non delegittima i saperi extragiuridici quanto alla loro funzione conoscitiva del diritto, ma quanto alla loro potenzialità "legittimante", "giustificativa" degli istituti normativi. È sul piano della giustificazione del diritto che egli si arresta alla sua esistenza come un dato primigenio per il giurista-interprete, laddove quando si tratta di intenderne origini e scopi, oppure di criticarlo *de lege ferenda*, si dà spazio alla politica, alla filosofia, alla sociologia, alla criminologia etc. Su questo punto spiegheremo il nostro dissenso, che attiene fondamentalmente alla giustificazione *ab origine* dell'intervento penale in termini di sussidiarietà e dunque all'esigenza di motivarne specificamente l'impiego, soprattutto laddove non si tratti di crimini gravi contro l'umanità, la vita o altri beni primari, o di forme di aggressione criminologicamente indiscusse ed evidenti, ma

Chi si occupava di filosofia e di politica, anziché di diritto, cessava in quell'istante di essere un interprete e ovviamente uno scienziato della legge: “sì che il giurista penalista... in quel momento... fa getto della toga del giurista, per vestir l'abito, sia pure altrettanto severo, del filosofo e del cultore di scienza politica”¹⁰. La vecchia “scienza della legislazione” di Filangieri o di Bentham, da intendersi adesso semplicemente come studio *de lege ferenda*, non era una categoria superiore che comprendeva in sé, come parte rilevante ma non assorbente, la legislazione dello Stato in un determinato settore (*accanto* alla storia giuridica, alla comparazione, alle analisi statistiche, criminologiche, di economia del diritto etc.), ma era un'attività *a parte*, accanto alla criminologia, alla sociologia criminale, alla politica del diritto, alla comparazione etc., parallela e distinta rispetto alla “scienza dogmatica”, che rappresentava la scienza giuridica in senso stretto.

Secondo Vincenzo Manzini, uno dei penalisti più influenti lungo tutto il primo e buona parte del secondo Novecento, le analisi filosofiche che si premettevano agli studi penali dal Settecento in poi erano del tutto superflue, e anzi “fu assai maggiore il danno che il vantaggio derivato al diritto penale dall'infezione filosofica che lo invase specialmente a partire dal sec. XVIII”¹¹, essendo l'evoluzione sociale che produce nuovo diritto, non le filosofie che riflettono quell'evoluzione, divise in “scuole settarie e rissose”, e che hanno rallentato il progresso della scienza penale, a differenza delle altre discipline del diritto pubblico e privato, “rimaste esenti da una cùscuta sì opprimente e tenace”¹².

Come ricorda recentemente Carlo Fiore, in una riflessione storica sul diritto penale del Novecento¹³, questi tratti del tecnicismo si

di scelte politiche e di opportunità, o strumentali ad altri scopi, che occupano ormai gran parte del diritto penale contemporaneo.

¹⁰ Notissime anche queste considerazioni sempre di Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 293.

¹¹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Flli Bocca, Torino, 1908, 4. Il giudizio è testualmente ripreso e allargato nelle edizioni successive sotto il codice Rocco. Cfr. il *Trattato* del 1950, ed. Utet, vol. I, 7-12.

¹² V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, ed. 1950, cit., 9.

¹³ C. FIORE, voce *Diritto penale*, in *La rete dei saperi nelle Università napoletane, da Federico II al Duemila*, II, *Giurisprudenza e Filosofia*, a cura di C. De Seta, Arte'm, Ed. Politecnica, Napoli, 2018, 306 (8 dell'estratto).

vedono molto bene anche in altri suoi esponenti. Forse davvero un po' estremizzati, ma espressivi del *trend*, sono quelli che si rinven-
gono nelle parole di Edoardo Massari, uno dei redattori del codice
Rocco: "Massari declinerà l'istanza giuspositivista, se possibile, in
forma anche più radicale, affermando perentoriamente che, non esi-
ste "altro diritto penale al di fuori di quello raccolto nella legisla-
zione dello Stato" e bollando come "semplice astrazione" ogni elab-
orazione derivata da principi "filosofici, ideali, razionali, naturali
(Le dottrine generali del diritto penale, 1928, 1)"¹⁴.

L'affrancarsi degli studi giuridici dalle fonti teologiche, dalla
Scolastica, dal diritto divino e infine anche da quello naturale, ha
reso possibile affidare l'evoluzione del sapere penale a *tecnici* che,
per guadagnare la propria indipendenza culturale, non hanno più
voluto coltivare espressamente il dialogo con la filosofia o la politica.
Va ricordato che la teoria generale del diritto (*allgemeine Recht-
slehre*) in area tedesca¹⁵, dai cui metodi di astrazione e generalizza-
zione concettuale dalle singole branche positive del diritto pubblico
e privato (la ricerca di concetti superiori a cui ricondurre tutto il 'si-
stema') prese le mosse anche il *modus procedendi della teoria "gene-
rale" del reato della prima metà del Novecento*¹⁶, inaugurò un para-
digma "scientifico" dominante fino a tempi recentissimi. Ebbene fu
uno dei suoi più illustri esponenti, Gustav Radbruch, a scrivere che
la teoria generale del diritto costituì una «eutanasia della filosofia del
diritto»¹⁷, perché da allora il giurista non aveva più bisogno di un ar-
ricchimento filosofico *ab extra*. La stessa teoria del diritto era la sua
filosofia, redatta ormai da un tecnico autosufficiente, che non poteva
essere più rappresentato da un filosofo non specialista ignaro dei
problemi specifici della materia. Proprio questa separatezza era ga-
ranzia di autonomia "scientifica".

Anche la dimensione scientifico-sperimentale del diritto viene
ricacciata così nella sistematica, nell'ermeneutica e nella conoscenza
dei testi, anziché dialogare con la realtà ad essi esterna: i *fatti positivi*

¹⁴ *Op. loc. ult. cit.*

¹⁵ A. BROCKMÖLLER, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 1997, 183 ss.

¹⁶ Ho sinteticamente tracciato le linee di tale sviluppo in M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, cap. I.

¹⁷ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*⁸, Koehler, Stuttgart, 1973, 109 s.

sono ormai le ‘norme’. Vero prodotto ideologico in senso marxiano, sovrastruttura in senso paretiano, il diritto è solo norma. E la scientificità del diritto si appaga al massimo di quella definizione kantiana *della scienza come complesso di conoscenze organizzato secondo principi ordinati in un sistema*, sistema costruito in forma deduttiva o comunque a priori, che già aveva illuminato le riflessioni dei pandettisti¹⁸. Se bastasse un sistema per fare una scienza, la teologia ne costituirebbe un paradigma. Ma per più di metà del secolo passato si è pensato concretamente dai più che il prodotto dell’interprete fosse scientifico se costruito su un solido impianto dogmatico-sistematico.

Negli stessi anni, nello stesso universo culturale, dominava in Italia l’idealismo filosofico. Mancano tuttavia ricostruzioni attuali sul ruolo che per il diritto penale ha avuto l’idealismo italiano¹⁹, ed è istruttivo ripercorrere alcune sue tappe particolarmente significative.

3. *Idealismo filosofico e diritto penale. Tra incomunicabilità epistemica e dialogo etico-politico*

Nel mutato quadro culturale del primo Novecento giuridico, ben diverso per esempio dal mondo dei campioni della penalistica italiana del secondo Ottocento, come Carrara e Pessina, l’età dell’oro del tecnicismo giuridico, cioè la prima metà del Novecento, ha coinciso con l’idealismo di Croce e Gentile.

Una pagina dimenticata dai penalisti, al riguardo, è quella dell’impatto dell’idealismo dominante al tempo del tecnicismo del ventennio sul modo di concepire la legge e il ruolo del giurista²⁰.

¹⁸ Ampiamente, P. CAPPELLINI, *Systema Iuris. I. Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, I, Giuffrè, Milano, 145 ss.

¹⁹ V. peraltro, L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 15 ss., 30 ss. Tra i filosofi-penalisti di formazione gentiliana v. U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*³, Sansoni, Firenze, 1974, 209 ss. (cap. VIII); G. MAGGIORE, *Il problema del diritto nel pensiero di Giovanni Gentile*, in *Giovanni Gentile. La vita e il pensiero*, vol. I, a cura della Fondazione G. Gentile per gli studi filosofici, Sansoni, Firenze, 1948, 231 ss. spec. 240-243.

²⁰ Cfr. V. FROSINI, *L’idealismo giuridico italiano del Novecento*, Giuffrè, Milano, 1978, 7 ss., 14 ss., 22 ss. Di particolare interesse sul rapporto tra Croce e Gentile in materia giuridica F. BATTAGLIA, *Corso di filosofia del diritto*, vol. 2, Soc. ed. del “Foro italiano”, Roma, 1950, 24 ss.; più di recente v. M. LALATTA COSTERBOSA, *Diritto e filosofia del diritto in Croce e Gentile*, in *Croce e Gentile. La cultura italiana e l’Europa*, Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2016, 317 ss.; L. PUNZO, *“I fondamenti della filosofia del*

Qualunque dottrina penalistica, aperta oppure chiusa al sapere filosofico contemporaneo, rimane condizionata dal contesto culturale nel quale si sviluppa. Il “tecnicismo” del giurista, se si afferma come metodo, riceve in tal senso alcuni *input* inevitabili. Nel nostro caso ci pare di poter dire che proprio l'autonomia della scienza giuridica a indirizzo tecnico le ha assicurato una singolare protezione “culturale” di fronte ad alcune influenze più distorcenti dell'idealismo gentiliano, ma ciò è avvenuto al prezzo di una separatezza culturale che è stata anche un impoverimento politico. Le “filosofie del diritto” di Croce e Gentile, aspetti non centrali ma neppure trascurabili del loro pensiero, hanno sicuramente segnato il destino, per vie peraltro molto diverse, della cultura giuridica, ma ciò ha prodotto un risultato conforme alle premesse del tecnicismo e come tale ad esso congeniale. È stato osservato che “l'egemonia del pensiero idealistico nella filosofia italiana tra le due guerre portò... a un divorzio tra filosofia del diritto e scienza giuridica ancora più profondo di quello che le aveva divise quando la filosofia del diritto era rappresentata, agli occhi dei giuristi, dal giusnaturalismo. Il motivo di reciproca incomprendimento era del resto questa volta assai più profondo: perché l'idealismo negava valore alla scienza in generale, se intesa, come la intendevano gli scienziati e, guardando all'esempio di questi, i giuristi, quale conoscenza di tipo naturalistico costituita da un sistema di concetti astratti dall'esperienza. Appunto perché formata da concetti astratti – gli “pseudoconcetti” crociani – essa era per gli idealisti conoscenza astratta, cioè non-conoscenza: conoscenza vera essendo solo quella dell'individuale (la storia) o quella dell'universale (la filosofia), e non mai quella del generale od astratto”²¹.

Troppo poco storia e poco filosofia, il diritto dei giuristi – il *ius*, che è cosa diversa dalla *lex* – ne risultava sottodimensionato in termini culturali ed epistemici. L'impatto più esplosivo e coinvolgente della riflessione idealistica, invece, riguarda i rapporti tra etica, politica e diritto, centrale per la cultura penalistica.

Su questo terreno l'eredità dell'idealismo, nel bene e nel male, è di permanente attualità.

diritto” di Giovanni Gentile, in Giovanni Gentile. *La filosofia italiana tra idealismo e anti-idealismo*, a cura di P. Di Giovanni, Franco Angeli, Milano, 2003, 367 ss.

²¹ Così G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, Bologna, Il Mulino, 1970, 388.

4. “Amoralità” e non “scientificità” del diritto (fatto individuale ed economico) secondo Benedetto Croce

Benedetto Croce ha dominato la cultura italiana, insieme a Giovanni Gentile, nella prima metà del Novecento²². Benché la sua posizione rispetto al diritto non rappresenti il centro della sua filosofia, essa costituisce un momento significativo della svalutazione di una serie di saperi, a cominciare da quelli scientifico-naturalistici, che condizionò fortemente l'autocomprensione culturale e la collocazione degli studi di molte discipline, fino alla seconda metà del Novecento. Anche se il centro dell'educazione scolastica collettiva divennero (con la riforma gentiliana degli studi) le discipline umanistiche²³, il diritto non vi prese parte, perché rimaneva o troppo “astratto” e specialistico, o troppo “tecnico”, troppo servilmente impiegato per diverse utilità, da poter assurgere a vero sapere universale. Questo suo limite è già presente in Croce, che si concentrò soprattutto sul rapporto tra diritto e morale, enfatizzandolo a problema centrale e decisivo della filosofia del diritto. Poiché la morale è universale e il diritto (secondo Croce) non lo è²⁴, occorre final-

²² E. GARIN, *Appunti sulla formazione e su alcuni caratteri del pensiero crociano*, in ID., *Intellettuali italiani del XX secolo*, Roma, Ed. Riuniti, 1987, 3. *Amplius* ID., *Cronache di filosofia italiana 1900/1943. Quindici anni dopo 1945/1960* Laterza, Bari, 1975². Sull'influenza profonda esercitata dalla concezione crociana della scienza giuridica non solo presso i filosofi del diritto italiani, ma sulla stessa scienza giuridica, cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Giuffrè, Milano, 1974. Quanto all'influenza di Gentile con riferimento la filosofia del diritto v. ora A. PINAZZI, *Attualismo e problema giuridico. La filosofia del diritto alla scuola di Giovanni Gentile*, Aracne, Roma, 2015. Più in generale, fra gli altri, C.A. VIANO, *Il carattere della filosofia italiana contemporanea*, in *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980*, Guida ed., Napoli, 1988, 13 ss.; V. VERRA, *Costanti e parabole nella filosofia italiana contemporanea*, *ibidem*, 63 ss.; V. FROSINI, *L'idealismo giuridico italiano*, cit.; *Il neoidealismo italiano*, a cura di P. Di Giovanni, Laterza, Bari, 1988, *passim*. Per un “aggiornamento” ricchissimo su questo straordinario dominio culturale di Croce e Gentile v. il volume a loro dedicato dall'Enciclopedia Treccani nel 2016: *Croce e Gentile. La cultura italiana e l'Europa*, cit.

²³ Cfr. G. GENTILE, *La riforma della scuola in Italia*, vol. XLI delle *Opere complete*, Casa ed. Le Lettere, Firenze. Su quanto fosse crociana e non solo gentiliana quella riforma v. E. GARIN, *Cronache di filosofia italiana*, cit., nell'appendice *Quindici anni dopo 1945/1960*, cit., 501, in nota.

²⁴ Assunto apodittico del discorso di Croce (v. per una stringente e liquidatoria, ma insuperata critica, G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, XII ed., Giuffrè, Milano, 1963, 116 s.). Oggi, in un contesto di pluralismo etico e non solo giuridico, parlare di universalità della morale appartiene a visioni private dell'etica, non certo a visioni davvero collettive. Neppure la teoria dei diritti fondamentali o universali appartiene,

mente risolvere il problema millenario della filosofia del diritto. Osserva Croce: “il rapporto di diritto e morale, che il giurista von Jhering chiamava il capo Horn (o capo delle Tempeste) della scienza giuridica, mi sembra, in verità, il capo dei naufragi”²⁵. Fino a Thomasius tutti i principali studi di filosofia del diritto non erano altro che trattati di etica. Da Aristotele a San Tommaso, fino a Grozio compreso²⁶. Anche la laicizzazione del diritto raggiunta dal giusnaturalismo dopo Grozio, di fronte al problema delle guerre di religione, non risolse il problema teorico dell'autonomia del diritto dalla morale, ma solo il problema pratico dell'autonomia del diritto dalla religione. Neppure Vico risolve il problema. Solo con Cristiano Thomasius si pone veramente nell'oggetto della filosofia del diritto l'esigenza di una separazione del diritto dalla morale. *Coazione* ed *esteriorità* sono i tratti che, da allora, e poi ancor più chiaramente da Kant in poi, vengono assegnati al diritto per distinguerlo dalla morale²⁷. Per Croce, tuttavia, questi tratti *non sono decisivi*: a) la *coercizione* non spiega perché il diritto possa comunque essere disobbedito: non obbliga veramente all'obbedienza, dato che viene continuamente disatteso; mentre se è di fatto obbedito, ciò non elimina la libertà di chi vuole attuarlo pur se costretto: è una “costrizione” che lascia intatta la libertà dei suoi destinatari²⁸; b) l'*esteriorità*, invece, cioè la sufficienza di comportamenti esteriormente conformi alla legge, non esclude l'esigenza che le norme giuridiche vengano comprese e interiorizzate per essere seguite: non si può separare nella condotta umana (anche quella giuridicamente conforme) una parte esterna da una parte interna, dato che esse costituiscono un'unità²⁹.

Questi due tratti, pertanto, per quanto rappresentino aspetti capaci di differenziare “a grandi linee” il diritto dalla morale, non ne scolpiscono veramente l'essenza, limitandosi al massimo a una descrizione negativa di qualcosa che non è la morale, rinviando senza esito la definizione *in positivo* di ciò che contrassegna il diritto.

come noto, a una ideologia condivisa in ambito internazionale, considerato il diverso riconoscimento degli stessi per es. nella cultura islamica.

²⁵ B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* (1907), ristampa con aggiunte, Ricciardi, Napoli, 1926, 10.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ivi*, 14 ss.

²⁸ *Ivi*, 15.

²⁹ *Ivi*, 17.

Per separare finalmente il diritto dalla morale occorre includerlo in una logica puramente utilitaristica come quella dell'economia³⁰: nel diritto, secondo Croce, ci sono sempre due persone, una che comanda e una che obbedisce, oppure una che chiede e una che accetta³¹. Ciò che lo identifica è “un rapporto di convenienza economica tra due individui”³², dove anche lo Stato può rappresentare una delle due parti di queste volontà. Due volontà che si incontrano nell'attuazione di un comportamento individuato, a cui manca l'universalità della regola morale. Esistono infatti diritti immorali. Il diritto non è etico.³³ Anche le norme di mafia e camorra, anche il codice cavalleresco, il galateo, l'ordinamento della Chiesa, ma pure della massoneria sono e producono diritto³⁴. Il diritto è del resto sempre soggettivo, in quanto opera della volontà di un uomo: “fuori delle azioni giuridiche, compiute dai singoli, che cosa resta?”³⁵. Anche il c.d. diritto oggettivo altro non è dunque che la somma di diritti soggettivi. Lo stesso carattere della “generalità” del diritto e di quello legislativo, è del tutto apparente: “Il diritto non è la legge, che dorme nel codice; ma la legge a cui si pone mano, e che cessa così di essere alcunché di generale, e diventa un'azione individuale”³⁶.

Soltanto con una visione amoralistica del diritto si può stabilire una dottrina autonoma dall'etica. L'attività giuridica riguarda l'individuale, mentre quella etica è attività dell'universale³⁷.

5. *La successiva lettura del diritto nella Filosofia della pratica. L'esempio dei fini della pena*

La lettura crociana conosce poi una migliore sistematizzazione nell'opera successiva dedicata alla *Filosofia della pratica*, la cui prima edizione è del 1908 (e prosegue il saggio sulla “Riduzione” della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia), ma che raggiunse la quinta edizione nel 1945³⁸.

³⁰ B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., 35 ss.

³¹ *Ivi*, 42 s.

³² *Ibidem*, 44.

³³ *Op. cit.*, 39.

³⁴ *Ivi*, 46.

³⁵ *Op. ult. cit.*, 50.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ivi*, 53.

³⁸ B. CROCE, *Filosofia della pratica. Economica ed etica*⁵, Laterza, Bari, 1945, parte

Qui si chiarisce bene che il diritto contiene molte norme di carattere etico nelle intenzioni del legislatore o nell'attività giuridica di chi esegue la legge, ma tale dato non è ad esse essenziale³⁹. Decisivo è sempre il carattere pratico e utilitario, che non manca mai, e che dunque ne contrassegna l'«essenza». Infatti le leggi sono ausili all'attività dei singoli che le osservano, ma solo le decisioni individuali sono “reali”, mentre gli schemi legali che le indirizzano sono “astratti” o “irreali”⁴⁰. Tuttavia e anzi per questo loro ausilio alle decisioni individuali le leggi sono del tutto necessarie alla società: “Coloro che raziocinano contro le leggi, possono ben farlo a cuor leggero, perché le leggi li circondano, li proteggono e li conservano in vita; per poco che le leggi accennassero a cadere tutte, passerebbe loro a un tratto la voglia di raziocinare e ciarlare”⁴¹.

Quando Croce parla del *possibile* carattere morale delle leggi si riferisce al fatto che il legislatore miri al bene in sé, a qualcosa di buono. Poiché tuttavia mira *sempre* a qualcosa di utile, il momento pratico e utilitaristico prevale su quello morale.

Con riferimento ai fini della pena, per esempio, si dice che “è del tutto vano dissertare sul carattere utilitario o morale” delle leggi, e in particolare “se fine della pena sia la *deterreatio* o l'*emendatio*”, cioè la prevenzione generale o l'emenda. Una immensa e plurisecolare letteratura ha affrontato questo tema: “La pena può essere concepita e voluta come minaccia utilitaria, per distogliere altri dal fare azioni di una certa classe, ancorché moralmente ottime; e con la morale sollecitudine di migliorare la società e l'individuo stesso che ha errato, costringendolo a rientrare in sé e a ravvedersi”⁴². “Tutti gli istituti, tutte le leggi possono ricevere questa doppia forma, e benché si diano leggi meramente utilitarie, quelle morali, com'è chiaro, sono insieme utilitarie o economiche, cioè non inutili, ma utili”⁴³. Ecco

terza, 308-386. Per una dettagliata ricostruzione del pensiero crociano in materia di filosofia del diritto, cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., spec. 96 ss., 189 ss.

³⁹ B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 348 s.

⁴⁰ *Ibidem*, 328 ss.

⁴¹ *Op. ult. cit.*, 333.

⁴² *Ivi*, 348, con l'aggiunta: “Perfino la pena di morte può essere diretta a questo scopo; e si può reputare non vana la morte se ha dato o ridato al colpevole un giorno, un'ora o un istante di quella vita umana, di quel contatto con l'infinito che egli aveva perduto”.

⁴³ *Ivi*, 349.

perché il carattere utilitario e pratico prevale comunque nella legislazione. Ma anche nell'attività concreta di applicazione delle leggi, in ambito giudiziario, le cose non stanno diversamente⁴⁴.

Con queste ricostruzioni Croce *non si occupa della norma giuridica*, che costituisce un oggetto decisivo dello studio del diritto come filosofia, ma guarda alle attività, alle condotte conformi o difformi rispetto alle norme. Egli non si occupa neppure del *contenuto* delle norme giuridiche rispetto a quelle morali: guardando al diritto come alle azioni ad esso conformi, il suo discorso rimane concentrato sulla qualificazione delle azioni, ma non tocca il parametro normativo che consente la qualificazione. Dal punto di vista del contenuto, si può dire che nella impostazione crociana la morale resta vicina all'imperativo categorico kantiano, relativo all'indicazione di ciò che è bene in sé, giusto in sé, mentre il diritto, quale imperativo ipotetico, persegue scopi di utilità eccentrici (e talora anche opposti) al bene in sé, recependo il bene sempre anche in quanto utile.

6. *L'utilitarismo di un diritto culturalmente declassato e il ruolo tecnico del giurista. A margine della polemica con Pietro Bonfante*

Il “demansionamento” dell'ambito culturale del diritto a ramo dell'economia era parimenti esteso, come noto, a una sottovalutazione anche delle scienze naturali, della matematica, della fisica etc., come “astrazioni” che non sono vera scienza (vera scienza sarebbe solo la filosofia), ma utilizzano *pseudoconcetti*, perché o non contengono universali (come le leggi naturali a base induttiva, sempre falsificabili), o non riguardano il mondo concreto dell'uomo (come la matematica), perché la realtà in cui si colloca l'universale è sempre storica, è un “universale concreto”, tipico della filosofia che è sempre anche storia, un universale calato nella storia, mentre le scienze classificano formule generali che esprimono universali astratti⁴⁵.

Da questo punto di vista il diritto “astratto” condivide la stessa problematicità epistemologica di altri saperi, come le scienze naturali. Un *pregiudizio culturale* rispetto al quale la caratterizzazione tec-

⁴⁴ Op. ult. cit., 349-350.

⁴⁵ Sulla categoria degli pseudoconcetti v. B. CROCE, *Lineamenti di una logica come scienza del concetto puro*, Giannini, Napoli, 1905; *amplius* ID., *Logica come scienza del concetto puro* (1909), 1947⁷, 13-25, 29 ss., 212 ss. (sulle scienze naturali), 237 ss. (sulla matematica).

nica del giurista ha sicuramente offerto validi punti di appoggio, ma si svela totalmente ingeneroso rispetto a una materia che dall'antichità è cresciuta – come Croce sapeva perfettamente⁴⁶ – insieme alla morale e dunque la sua forzata separazione nella sfera economica tradisce una svalutazione esiziale.

In ogni modo, la riflessione crociana è sicuramente adatta a descrivere una realtà normativa amorale e immorale, e ad autorizzare il giurista a occuparsi del diritto da puro tecnico, data la separazione insuperabile di quello strumento tecnico dall'eticità. Se lo Stato come la mafia e la camorra possono emanare “leggi”, o norme giuridiche, non sarà attraverso la filosofia del diritto che potrà guadagnarsi la distinzione più esplicativa tra quelle realtà normative e tantomeno sarà un criterio *interno al diritto* a definirne la moralità, mentre se si preferisce tenersi distaccati da una eccessiva “politicalità” del diritto, questa visione utilitaristico-amorale autorizza il giurista a non doversi certo immedesimare con i suoi contenuti.

Tuttavia, è evidente che in questo modo anche il diritto penale conosce una *delegittimazione culturale*: i suoi nessi strettissimi con letteratura, psicologia, teatro, cinema, politica, criminologia, sociologia, teologia, morale, storia del diritto, delle istituzioni etc. vengono liquidati come secondari o inessenziali. La più filosofica e colta delle materie giuridiche positive ne risulta decapitata nelle sue radici umanistiche.

Molto realistico e *ante litteram* invece, appare il messaggio crociano nei confronti degli indirizzi neo-giusnaturalistici costituzionali ed europei che vorrebbero oggi costringere il penalista a *legittimare a ogni costo* le leggi dello Stato, a “santificarle”, e ci ricorda che il momento utilitaristico della legge è insuperabile, anche quando essa persegue il giusto in sé.

Nel ventennio fascista Croce indicherà ai giuristi il compito di diventare filosofi, per elevarsi da un ruolo meramente utilitario⁴⁷, ma solo alcuni potranno seguirlo in questo obiettivo. La sua stessa visione del diritto faceva del giurista non un intellettuale, ma un tecnico. Un esito del tutto conforme alle premesse teoriche del tecnicismo. Ecco perché il giurista tecnico, lungi dal rappresentare un an-

⁴⁶ Si vedano per es. le interessanti annotazioni di storia della filosofia del diritto, da Tomasio all'Ottocento, in B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 359-386.

⁴⁷ Riferimenti in A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., 200 ss.

tagonista culturale all'idealismo, doveva e poteva restare isolato nel suo *hortus conclusus* purché non accampasse pretese culturali proprie delle discipline storico-filosofico-letterarie al punto di ritenere che quell'eutanasia della filosofia del diritto realizzata nelle teorie generali del primo Novecento (*supra*, § 2) soppiantasse la stessa filosofia ormai ritenuta una disciplina "prescientifica"⁴⁸: di qui una famosa e astiosa polemica tra Benedetto Croce, e solo in forma più rapida ma convergente tra Giovanni Gentile, e il grande romanista Pietro Bonfante⁴⁹, che in una *Prolusione romana* del 1917 delegittimava un possibile ruolo scientifico della filosofia in campo giuridico⁵⁰. La premessa teorica generale di Bonfante non poteva che risultare indigesta agli idealisti: prospettava modelli "naturalistici" di storiografia, conformemente a un suo poco noto, ma amplissimo testo di *Lezioni di filosofia del diritto* edito nel 1900 e ispirato alla rivalutazione del "metodo positivo naturalistico"⁵¹, vale a dire l'ingresso di saperi sociologici, di evoluzionismo degli istituti, tecnici, empirici, che avrebbero comportato una tecnicizzazione della stessa storia del diritto (romano, ma non solo), oltre che del diritto, così affrancandoli dai paradigmi "letterari" dell'idealismo.

Inoltre il diritto romano, per Bonfante, doveva costituire il *background* della formazione giuridica di tutti i laureati in giurisprudenza, dei quadri dello Stato, essendo la sua storia "la storia della genesi stessa del concetto di nazione", e da essa trassero origine "il concetto scientifico della storia e l'impulso della formazione di una vera scienza del diritto". Esso dunque ambiva a possedere, secondo Bonfante, un primato culturale, e pertanto una diretta concorrenza-

⁴⁸ «Una fase prescientifica nello studio del diritto» secondo il famoso giudizio di P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, in *Rivista italiana di sociologia*, 1917, 67, in nota.

⁴⁹ «Senza ombra di dubbio» il "più importante romanista dell'età moderna" secondo A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in Id. (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, 286.

⁵⁰ Sulla famosissima polemica tra Benedetto Croce e il romanista Pietro Bonfante, v. ora F. ARCARIA, *Storia, diritto e filosofia: la polemica tra Pietro Bonfante e Benedetto Croce (e Giovanni Gentile)* in *Legal Roots*, 2017, 243-290, con ogni opportuno richiamo. Per quanto detto nel testo risulta davvero centrale la sintetica ma puntualissima recensione di G. GENTILE, in *La Critica*, 1917, 254 ss.

⁵¹ Rinvio su tutte queste "premesse" della produzione filosofica non romanistica di Bonfante, e sul vasto dibattito che è seguito alla polemica metodologica contenuta nelle censure di Croce e Gentile, a F. ARCARIA, *Storia, diritto e filosofia*, cit., 258 ss.

lità nella pedagogia collettiva che l'idealismo assegnava agli studi filosofico-letterari⁵².

C'era peraltro qualcosa di ancora più grave. Scriveva Bonfante in un passaggio centrale che “la stessa presenza di una cattedra col nome di filosofia del diritto è l'ammonimento della nostra inferiorità. Noi soli siamo ancora dentro alla nebulosa”⁵³. Noi soli, a differenza di fisici, chimici, archeologi, glottologi, filologi⁵⁴. E poi, annidato in una nota, l'assunto che “ogni scienza è uscita dal grembo della filosofia. È sul perdurare di questa dipendenza significata dal titolo della cattedra che io richiamo l'attenzione. Esso è per me il simbolo di una fase prescientifica nello studio del diritto, e questo stato di cose non manca di esercitare la sua influenza”⁵⁵.

Già anni prima Bonfante si era fatto promotore di progetti per togliere, a livello ministeriale, i corsi di filosofia del diritto tra le materie obbligatorie della laurea in giurisprudenza per sostituirli con corsi di “Teoria generale del diritto”, e dunque la controversia non appariva solo teorica⁵⁶.

L'opposizione di Croce al possibile demansionamento della filosofia era peraltro paradossalmente convergente con le posizioni “autonomiste” dei giuristi tecnici, perché la sua stessa riduzione del diritto all'utile ne faceva una tecnica culturalmente impermeabile. Ma proprio per questo non avrebbe dovuto avanzare troppe pretese scientifiche! O addirittura di formazione culturale attraverso le antichità romanistiche.

Di fronte a questo indirizzo, pertanto, e al cospetto di una realtà politico-giuridica come quella dell'Italia fascista, assai più immediato e facile per il penalista (mestiere diverso da quello dello storico o del filosofo del diritto) restava il qualificarsi di fronte al *proprio* diritto

⁵² Più che una riduzione del diritto e della sua storia a *Naturwissenschaft* vi era la rivendicazione di una *Geisteswissenschaft* più scientifica, più aggiornata, più attenta alle proprie dimensioni evolutive e tecniche, che il vecchio giusnaturalismo e il nuovo idealismo misconoscevano. Una forte accentuazione di questo motivo per il conflitto con Croce è presente nella ricostruzione di A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta*, cit., spec. 286-293. Schiavone arriva a ritenere questa polemica come “il punto più alto toccato dal diritto romano nella parabola dell'Italia unita: il compimento di un'ascesa iniziata nel 1871, e fino ad allora mai interrotta” (*ivi*, 292).

⁵³ P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, cit., 67.

⁵⁴ *Ivi*, 66.

⁵⁵ *Ivi*, 67 in nota.

⁵⁶ Ne riferisce F. ARCARIA, *Storia, diritto e filosofia*, cit., 265.

vigente, come un tecnico, o anche scienziato del diritto, cioè di norme – pochissima cosa per lo spiritualismo idealistico – “separando” così tutto il retroterra culturale e anche politico, collocato in una *dimensione parallela* rispetto al momento specificamente giuspositivo del suo compito ermeneutico, e staccando coscienzialmente l’utile dal vero e dal giusto.

7. *Giovanni Gentile. L'astrattezza della legge e la concretezza-verità delle sole azioni giuridiche individuali, conformi alla legge*

Vi era certo anche una diversa risposta possibile: quella degli intellettuali fascisti. Tra questi il più rappresentativo e “organico” filosofo del regime fu Giovanni Gentile (1875-1944), figura tragica che fa da contrappunto emblematico all'utilitarismo crociano sul tema del diritto.

La filosofia del diritto di Gentile è profondamente divergente da quella di Croce, perché mira a una nuova e diversa immedesimazione tra diritto, politica e morale. Però su un punto i due filosofi idealisti concordano pienamente: il diritto astratto, l'enunciazione della legge, è solo “formula, definizione, di carattere meramente teorico, senza nessun valore pratico. La legge è legge in quanto regolatrice dei singoli atti di volontà; osservarla è possibile soltanto nei casi pratici... Grave errore è pertanto quello che si commette, secondo l'assurda teoria logica dei pseudoconcetti, quando si attribuisce una qualsiasi consistenza alle leggi astratte nella loro fantastica universalità”⁵⁷. Come Croce diceva che la legge dorme nel codice diventando concreta nell'azione individuale, anche Gentile nega valore alla legge astratta⁵⁸, che sarebbe, usando e rivedendo l'analoga nozione crociana, uno “pseudoconcetto”⁵⁹.

⁵⁷ G. GENTILE, *Filosofia del diritto* (1916, 1937³), Sansoni, Firenze, 1937, 122. Per una analisi dell'evoluzione del pensiero gentiliano nelle tre edizioni dell'opera cfr. L. PUNZO, “I fondamenti della filosofia del diritto” di Giovanni Gentile, cit., 367 ss.; quanto alla sua origine v. A. VOLPICELLI, *La genesi dei fondamenti della filosofia del diritto di Giovanni Gentile*, in *Giovanni Gentile. La vita e il pensiero*, cit., vol. I, cit., 364 ss.

⁵⁸ V. la ricostruzione di G. SOLARI, *Diritto astratto e diritto concreto*, in *Giovanni Gentile. La vita e il pensiero*, a cura della Fondazione G. Gentile per gli studi filosofici, vol. II, Sansoni, Firenze, 1950, 171 ss., spec. 194 ss., 209 ss.

⁵⁹ Per Croce “il concetto è sintesi di universale e di individuale; è giudizio sintetico a priori; quindi non sono veri concetti, ma finzioni (nel senso della *fictio* vichiana), cioè pseudoconcetti, *tutti* quei concetti che considerano soltanto uno degli elementi co-

Mentre nella matematica o nelle scienze naturali abbiamo nozioni che o sono universali, ma non individuali, o sono individuali, ma non universali – laddove per Croce i veri concetti scientifici sarebbero una sintesi di universale e individuale⁶⁰ – anche nel diritto “astratto” avremmo dunque l’universale come mera forma, ma non l’individuale⁶¹.

“La legge insomma è la forma universale degli atti che si compiono in funzione di essa; e che si devono compiere in quanto sono da essa prescritti. La forma di cui si parla non è vuota forma, se la legge è legge e si dimostra tale; ma ha il suo contenuto nelle singole volizioni. Ciascuna delle quali non è qualche cosa che si aggiunga dall’esterno alla forma universale; anzi è la determinazione che essa, in quanto legge del volere o volere conforme a legge, si dà da se stessa”⁶².

Non esiste dunque veramente la legge come realtà spirituale se da forma astratta non si “invera” in un’azione: e solo in quell’unità, in quell’azione *giuridica* essa diventa universale e individuale insieme. La legge astratta, invece, non è né individuale, né veramente universale. Non è individuale, perché (o finché) nessuno ancora l’ha fatta propria in una decisione concreta; non è universale, perché è ancora solo formalmente universale finché non si compie, e non è di per sé effettiva.

Lo studio del diritto è pertanto anch’esso “astratto”, riguardando un sapere non universale. La realtà del *diritto* rimane così formula vuota senza le decisioni che lo attuano, e dunque non ha la sostanza di concetto “scientifico”, che suppone categorie concrete, attuali, vere nella realtà.

L’attualismo di Gentile, nel campo del diritto, si manifesta esigendo anche qui che sia attuale e vero solo il momento della deci-

stitutivi o l’universale senza l’individuale o l’individuale senza l’universale [...]. Le scienze naturali poggiano sopra concetti empirici senza universalità; la matematica è formata da concetti universali senza concretezza”. La disciplina che si occupa dei concetti puri resta per Croce la filosofia, alla quale peraltro è attribuito un carattere storico, tanto da identificarsi con la storia e la storia con la filosofia: ID., *Logica come scienza del concetto puro*⁷, cit., 168 ss. 208 ss.: “l’una e l’altra nascono a un parto”, *ivi*, 208. Sulla posizione di Croce e Gentile rispetto alle scienze v. in sintesi S. ZAPPOLI, *Croce, Gentile, le scienze*, in *Croce e Gentile. La cultura italiana e l’Europa*, cit., spec. 153 ss.

⁶⁰ V. la nota precedente.

⁶¹ Ampiamente sulla questione dell’astratto e del concreto v. G. SASSO, *Filosofia e idealismo*, vol. II, *Giovanni Gentile*, Bibliopolis, Napoli, 1995, 165 ss.

⁶² G. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit., 123.

sione etica, di quella che il filosofo chiama la “moralità storica” perché è sempre nella storia che anche il pensiero non è più astratto ma un pensiero vivente che non appartiene a un Io empirico particolare, ma a un universale storico⁶³.

Ma se il diritto astratto non è neanche morale, lo è invece, paradossalmente, la politica: “la *politica*, non è diritto, ma *morale*: non è né astratto volere, né astratto voluto. È volere in atto”⁶⁴. Essa si identifica con la morale, perché è volere in atto, non una morale legale ancorata a una definizione scritta, pura forma.

Da queste premesse, peraltro, Gentile arriverà a risolvere il rapporto tra legge ed etica in modo del tutto opposto a Croce, riconoscendo eticità al diritto che si esplica in azioni individuali, conformi all’eticità dello Stato, perché è lo Stato etico che fa una differenza fondamentale nel suo pensiero. Non è dunque vero per Gentile (come invece per Croce) che solo la moralità (o l’etica) sarebbe universale mentre la legalità sarebbe individuale e utilitaristica. Gentile ricollega il rapporto tra diritto e morale a quello tra diritto e Stato secondo un’impastazione di matrice hegeliana, che vede solo nello Stato una vera moralità, che è però sintesi della dialettica tra diritto astratto e volontà individuale. “Operare moralmente è realizzare questa sintesi in guisa che il contenuto del volere sia lo stesso volere,

⁶³ Non è qui possibile affrontare una sia pur schematica illustrazione dell’attualismo, concentrato nelle tre opere di Gentile *Sommario di pedagogia come scienza filosofica* (1913-1914), *Teoria generale dello spirito come atto puro* (1916) e *Sistema di logica come teoria del conoscere* (1917-1922). Tra le innumerevoli letture generaliste o specialistiche, v. la sintetica esposizione di A. LO SCHIAVO, *Introduzione a Gentile*, Laterza, Roma-Bari, 1986, 61 ss.; ID., *La filosofia politica di Giovanni Gentile*, Armando, Roca, 1971, 145 ss.; cfr. comunque le diverse “testimonianze” di U. SPIRITO, *L’idealismo italiano e i suoi critici*, Le Monnier, Firenze, 1930; G. BONTADINI, *Gentile e noi*, in ID., *Dal problematicismo alla metafisica*, Marzorati, Milano, 1952, 7 ss.; E. GARIN, *Cronache di filosofia italiana 1900/1943. Quindici anni dopo 1945/1960*, cit., vol. I, 222 ss.; vol. II, 345 ss., 364 ss.; E. SEVERINO, *Introduzione: attualismo e storia dell’Occidente* in G. GENTILE, *L’attualismo*, Bompiani, Milano, 2014, §§ 6-7; A. DEL NOCE, *Giovanni Gentile. Per una interpretazione filosofica della storia contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1990, 17 ss. Sul’importanza della *Filosofia del diritto* per la comprensione dell’attualismo di Gentile si è soffermato in particolare G. SASSO, *Le due Italie di Giovanni Gentile*, Il Mulino, Bologna, 1998, cap. VII. V. pure quanto ad attualismo e filosofia del diritto A. PINAZZI, *Attualismo e problema giuridico*, cit., spec. 49 ss. (sulla filosofia del diritto di Gentile), 77-268 (sui filosofi gentiliani: Maggiore, Spirito, Volpicelli, Calogero, Cammarata).

⁶⁴ G. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit., 128.

libertà e diritto coincidano e attraverso la sua determinazione il libero soggetto non faccia che realizzare se stesso”⁶⁵.

Vediamo ora perché il rapporto tra diritto e morale viene compreso nel concetto di Stato etico.

8. *Il diritto come eticità. Il neohegelismo giuridico gentiliano e il modello dello Stato etico*

Gentile ricorda che “spetta a Hegel nella storia del pensiero il merito di aver costruito, o come altri direbbe, di avere scoperto, il concetto dello Stato. Prima di lui... non si sospetta nemmeno il carattere spirituale... dello Stato”⁶⁶, venendo concepito per lo più come qualcosa di negativo, come un limite per l’individuo. Erano infatti individualistiche le concezioni giusnaturaliste, incentrate sui diritti dell’individuo contro o verso lo Stato. Lo stesso dicasi per le dottrine contrattualistiche, che riconoscevano lo Stato solo di fronte all’individuo, ipostatizzando il contrasto tra di essi, senza risolverlo in superiore unità. Tutto l’individualismo espresso nelle teorie giusnaturalistiche e poi in quelle contrattualistiche, contiene una negazione dell’essenza dello Stato⁶⁷. Il superamento di queste astratte contrapposizioni viene spiegato per la prima volta nella *Fenomenologia dello spirito* di Hegel⁶⁸: non solo *il soggetto* cosciente della sua individualità diventa *autocosciente* attraverso la dialettica dei processi storici, ma raggiunge una *vera spiritualità* che supera il *materialismo individualistico*, attraverso una concezione di sé non più *naturalistica*, ma *storica*, nella quale lo Stato, per la prima volta, assurge al concetto di “sostanza etica consapevole di sé”⁶⁹.

⁶⁵ *Op. ult. cit.*, 127 s.

⁶⁶ G. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit., 103.

⁶⁷ *Ivi*, 104 s.

⁶⁸ *Ibidem*, 107.

⁶⁹ *Ivi*, 108, e qui il richiamo delle fonti hegeliane: v. ora HEGEL, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio* (trad. it. di *Enzyklopdie der philosophischen Wissenschaften im Grundriß*, dritte Ausgabe, 1830), Bompiani, Milano, 2000, § 535; e ID., *Lineamenti di filosofia del diritto* (trad. it. di *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [1821]), Laterza, Bari, (1913), 1979, § 257. Secondo Gentile il processo storico di autocoscienza dello spirito e della storia dell’individuo ne comporta una crescita spirituale, perché “chi dice autocoscienza dice sapere. Sapere che non è logicamente concepibile come sapere di un soggetto particolare, perché sapere è sempre sapere universalmente” (*Filosofia del diritto*, cit., 109). Tuttavia, anche il processo dell’autocoscienza non è solo

È questa una delle “maggiori conquiste della coscienza moderna, politica e filosofica”⁷⁰, di fronte all’individualismo che vedeva sempre nello Stato una negazione della libertà. “Nella realtà politica il costume (“ethos”, in cui la moralità come universalità del volere, si viene attuando e determinando), diventa diritto...Ond’è che lo Stato cessa finalmente di opporsi e sovrapporsi all’individuo, per interiorizzarsi tanto, di quanto l’individuo si oggettiva ed universalizza”⁷¹.

Fermi i diritti dell’individuo di realizzarsi, e la propria libertà, resta anche il diritto dello Stato di realizzare il proprio ideale: cessa l’opposizione della libertà con la legge o con l’autorità, e chi rimprovera Hegel di autoritarismo o statolatria non comprende l’acquisizione fondamentale della sua ricerca: “l’autorità è la stessa esistenza della libertà; e la libertà fuori della legge è una mera astrattezza”⁷².

Ciò premesso, siamo pronti a comprendere l’eticità dello Stato e quindi del diritto, secondo Gentile.

Per la prima volta con Hegel emerge che l’eticità è il suggello della sostanzialità e spiritualità dello Stato, il quale ha appunto una “realtà spirituale”, che in quanto tale non può non possedere un carattere etico⁷³. Lo Stato non è un “mezzo” a disposizione degli individui, non è uno strumento, o una cosa, “ma ha in sé quel divino, che è l’essenza della vita morale e di tutta la vita spirituale: la libertà”⁷⁴. Lo Stato opera attraverso la politica che produce il diritto, il quale finché rimane scritto, astratto, non è reale perché ancora non si attua attraverso un atto di volontà che lo realizza. “Nella concreta sintesi della volontà e del diritto, della libertà e della legge, è l’attualità del volere. Il quale, in tale sua attualità, è volere *morale*”⁷⁵. Ma anche la politica si identifica con la morale (morale dello Stato), perché è vo-

teorico sapere, è anche volere. “Ma il volere consapevole è come il sapere stesso, universale. E il soggetto che vuole, vuole sempre ponendosi come soggetto universale. E se sbaglia non se ne può accorgere se non universalizzando, e così correggendo, il proprio volere. La dura scuola della vita è questo imparare a volere, trasformarsi in un volere sempre più universale, svestendosi a volta a volta della forma che, non essendo sufficientemente universale, rispetto a quella che ne palesa la insufficienza, è relativamente particolare” (*Ibidem*, 110).

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Op.ult.cit.*, 111.

⁷² *Ivi*.

⁷³ *Ibidem*, 112.

⁷⁴ *Ivi*, 113.

⁷⁵ *Ivi*, 127, corsivo originale.

lere in atto, non è volere astratto, non è diritto, ma appunto morale⁷⁶. Essa però crea il diritto astratto, che a sua volta si traduce in azione morale se viene attuato. L'unità di volontà e diritto che si attua nell'azione, è un atto morale, è morale.

Il concetto di Stato etico, in definitiva, dipende dall'aver concepito lo Stato come sostanza spirituale, identità politica in azione. Il diritto stesso, così rielaborato, riconquista in Gentile una valenza etica attraverso la volontà di chi lo attua.

9. *La "moralità" dello Stato fascista e il suo diritto penale*

Alcuni studiosi sono persuasi che Hegel, che ha re-inventato il concetto dello Stato etico, di per sé già anticipato da Platone ne *La Repubblica* e nelle *Leggi*⁷⁷, avrebbe corretto alcune sue affermazioni quasi divinizzanti lo Stato, se invece di morire a sessant'anni per un fulminante attacco di colera, avesse vissuto le successive evoluzioni dello Stato prussiano che bene o male costituiva un inevitabile modello storico per le sue costruzioni. Orbene, ciò non dovrebbe esser nulla se si confrontano le vicende politiche dello "Stato etico" di Gentile, concretizzato nel regime fascista dell'Italia degli anni '20-'30 del secolo scorso, fino agli anni della Repubblica di Salò, per la quale Gentile continuò a spendere la sua coerenza politica.

Gentile proclama e declama la moralità dello Stato fascista. Fino in fondo, fino al sacrificio subito per le sue idee⁷⁸. Scendere dalle al-

⁷⁶ *Op. cit.*, 128, 131.

⁷⁷ Certo, ma non soltanto, secondo la lettura hegeliana: cfr. HEGEL, *Vorlesungen über Plato*, in ID., *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie* (1832-1845), Bd. II, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1971, 105 ss. V. sul tema V. CICERO, *Il Platone di Hegel. Fondamenti e struttura delle "Lezioni su Platone"*, Vita e pensiero, Milano, 1998, 257 ss. Sul rapporto tra la *paideia* platonica e lo Stato, ricordo soltanto le due opposte e paradigmatiche letture (ma non opposte sul ruolo "educativo" dello Stato e delle sue leggi anche penali in Platone): quella filologico-celebrativa di W. JAEGER, *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen* (1955²), tr. it. *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, spec. il vol. II, La Nuova Italia, Firenze, 1963 (anche il vol. III sulle Leggi) a quella ideologica fortemente critica verso il contestato totalitarismo di Platone, di K. POPPER, *The Open Society and its Enemies* (1966⁵), tr. it. *La società aperta e i suoi nemici*, Armando, Milano, 1998, vol. I, *Platone totalitario*. Più in generale, per un utile raffronto tra *La Repubblica* e le Leggi di Platone v. R.F. STALLEY, *An Introduction to Plato's Laws*, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1983, spec. i Cap. 8 e 9, su *The Sovereignty of Law e Towards the Ideal State*, 87 ss.

⁷⁸ Sulla fine tragica di Gentile rinvio tra le opere più recenti, al di là delle sugge-

tezze delle categorie gentiliane alla concreta drammaticità dei referenti storici delle sue elaborazioni non deve sembrare fuor d'opera o ingeneroso. È esattamente ciò che ha tentato di spiegare lo stesso Gentile in numerosi scritti e discorsi sulla eticità dello Stato fascista⁷⁹. La sua filosofia del diritto è dunque coesenziale alla riflessione sulla politica e la “morale” dello Stato a lui più vicino. Anche lo squadristo, e la violenza impiegata per raggiungere il potere trovano spazio in questa legittimazione. La “violenza fascista” viene giustificata per la sua temporanea funzione svolta in quella fase che dal movimento condusse allo Stato, e benedetta insieme alla “violenza che è voluta da Dio e da tutti gli uomini che credono in Dio e nella legge che Dio certamente vuole nel mondo”⁸⁰. Nessun cenno, però, alle successive violenze di Stato. Si mettono in campo Vico, Alfieri, Mazzini e il Risorgimento, in un *climax* ascendente di enfasi politico-religiosa per lo *Stato spirituale* che il regime avrebbe rappresentato portando a compimento un *destino nazionale*.

Pagine tragiche. Al di là dell'accezione tecnica che alcuni filosofi intendono dare a quei termini, le parole veicolano significati che non sono sempre disponibili da parte di chi le usa: sgomento e vergogna, accecamento e ottusità esplodono dal linguaggio e dalla realtà ad esso esterna oltre ogni *self-restraint* disciplinare, quando si voglia qualificare come morali le bastonature omicide dello squadristo, le condanne a morte dei dissidenti, la distruzione dell'attività del Parlamento, le leggi razziali, la dittatura eretta a sistema politico.

Nessun richiamo particolare in Gentile neanche alla legislazione penale di questo Stato⁸¹, del resto perfettamente legittimato dall'im-

stioni complottiste internazionali evocate, all'ampia documentazione del libro di L. MECCACCI, *La Ghirlanda fiorentina e la morte di Giovanni Gentile*, Adelphi, Milano, 2014; e alla biografia di G. TURI, *Giovanni Gentile. Una biografia* (1995), Utet, Torino, 2006.

⁷⁹ Se ne veda il compendio in G. GENTILE, *Politica e cultura*, a cura di Hervé A. Cavallera, vol. XLV e XLVI delle *Opere complete di Giovanni Gentile*, Casa ed. Le Lettere, Firenze, 1990, 1991.

⁸⁰ G. GENTILE, *Che cosa è il Fascismo*, Vallecchi, Firenze, 1925, poi in Id., *Politica e cultura*, vol. XLV delle *Opere complete di Giovanni Gentile*, cit., 29; tesi riproposte peraltro anche più tardi, in *L'essenza del fascismo*, 1929, poi in Id., *Politica e cultura*, vol. XLV, cit., 394 ss., nonché in *La filosofia del fascismo*, in *Italia oggi*, 1941, poi in *Politica e cultura*, cit., vol. XLVI, 165 ss., 177 ss.

⁸¹ Cfr. soprattutto L. LACCHÈ, a cura di, *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Donzelli, Roma, 2015; M. SARFATTI, *Gli ebrei nell'Italia fascista. Vite, identità, persecuzione*, Einaudi, Torino, 2000; G. NEPPI MODONA - M. PELISSERO,

perante tecnicismo. Ma l'“eticità” dello Stato superava secondo Gentile gli errori e le singole azioni del Governo, derivando dalle *premesse filosofiche sullo Stato in generale*, che il filosofo riprende sistematicamente nei discorsi politico-culturali che affianca a quelli tecnico-filosofici. Ecco che “lo Stato non può non essere sostanza etica”⁸², ma non l'etica individualistica e in fondo materialista dei liberali che non concepiscono la spiritualità dello Stato agnostico di cui hanno solo una visione negativa⁸³. Nella sua ultima, importante opera di sintesi, pubblicata postuma, su “Genesi e struttura della società”⁸⁴, si precisa che lo Stato è lo stesso individuo nella sua universalità. Impossibile quindi che non gli competa la stessa moralità dell'individuo, quando nell'individuo lo Stato non sia un presupposto – limite della sua libertà – ma la stessa attualità storica del suo volere⁸⁵. Chi nega a tale Stato l'eticità si contraddice, afferma Gentile pensando forse agli antifascisti, in quanto lo fa perché non è il suo Stato, ma “quello degli altri”, eppure se gli si tributasse il riconoscimento politico della sua azione non gli si negherebbe l'eticità che ora gli si disconosce⁸⁶. E in effetti ogni forma di Stato e di governo pretende di essere riconosciuta anche per una sorta di vincolo morale e non solo legale da parte dei suoi componenti, oggi come allora, e come allora è possibile una diversa lettura pedagogica della funzione, al di là del contenuto, della legge⁸⁷. Ma è soprattutto lo Stato che ri-nasce da un contratto – e dunque da un neo-contrattualismo del tutto negato dalla tradizione hegeliana – ad assicurare ai singoli un valore originario che non potrà dissolversi nell'organismo totalitario del Le-

La politica criminale durante il fascismo, in *La criminalità, Storia d'Italia. Annali*, vol. 12, Einaudi, Torino, 1997, 759 ss.; G. DODARO, *Giuliano Vassalli penalista partigiano*, Aracne, Canterano (RM), 2018, 95 ss., 121 ss.; D. SICILIANO, *Della violenza nel diritto penale fascista. Il caso della legittima difesa a tutela del patrimonio*, Libreria Alfani, 2018, V. pure il classico A. ACQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario* (1965), Einaudi, Torino, 1995.

⁸² G. GENTILE, *Che cosa è il Fascismo*, cit., 33; ID., *La filosofia del fascismo*, cit., 179 s.

⁸³ *Op. ult. cit.*, 172 ss.

⁸⁴ G. GENTILE, *Genesi e struttura della società* (1943), in *Opere complete di Giovanni Gentile*, IX, Casa ed. Le lettere, Firenze, 1945.

⁸⁵ G. GENTILE, *Genesi e struttura della società*, cit., 67.

⁸⁶ *Ibidem*, 67 s.

⁸⁷ Lettura presente, per es., in un allievo non certo fascista di Gentile, Guido CALOGERO, *Etica, giuridica, politica*, Einaudi, Torino, 1947.

viatano e del suo diritto pubblico. E che dunque deve essere visto, nella visione gentiliana, come un errore individualistico e liberale.

10. *Spiritualismo penale di Gentile*

Il diritto penale, quel diritto penale che l'illuminismo aveva rifondato sui diritti dell'individuo verso lo Stato, che ruolo "filosofico" può avere in questo contesto?

Dell'eredità classica gli idealisti, crociani e gentiliani, conservano e difendono il valore della libertà individuale quale fondamento della responsabilità, e anche per questo combattono i positivisti⁸⁸, ma in Gentile tale idea è tutt'uno con la responsabilizzazione attraverso la morale e il diritto dello Stato. È così che Gentile aveva criticato da tempo, insieme alla filosofia del positivismo, anche la Scuola positiva di Lombroso, di Garofalo e di Ferri⁸⁹. In quella critica si trova l'essenza della sua concezione penalistica, o meglio dei riflessi penali del suo pensiero "spirituale", antimaterialista, ma proprio per

⁸⁸ Tutti i principali studi sul neoidealismo ricordano questo tratto comune, al di là delle diversità delle correnti idealiste italiane. Merita di essere ricordato, tuttavia, un breve scritto di B. CROCE, *Responsabilità*, in ID., *Frammenti di etica*, Laterza, Bari, 1922, 102 ss., dove il filosofo critica i positivisti e i naturalisti per il credo nel determinismo e la rozzezza della loro visione meccanicistica. Tuttavia egli ammette che siamo assai più condizionati di quanto si possa pensare, consapevoli dei limiti che ci fanno agire in modo quasi necessitato, sì che l'individuo non è pienamente responsabile della sua azione, ma è fatto responsabile dalla società e dalle leggi (*ivi*, 103 s.). Il vero fondamento della sua responsabilità è nella capacità di intendere, che non deve mancare, risiede qui il "presupposto delle pene e dei premi" (*ivi*, 105), ciò che assicura comunque alla pena ricevuta un "valore energetico sulle coscienze... la condizione per un cambiamento volitivo" (*ibidem*). Questa ambigua concessione all'idea che non si è propriamente responsabili, ma si è fatti responsabili, attirerà su Croce una forte critica da parte di U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., 211 ss. Tuttavia si trattava più che di una forma di cripto-determinismo, del riconoscimento (anche se in parte ambiguo nelle espressioni usate) della condizionabilità del volere che è il presupposto stesso della responsabilizzazione da parte della legge: una condizionabilità di cui la norma giuridica è peraltro solo uno dei numerosi fattori, insieme allo stesso atto volitivo.

⁸⁹ G. GENTILE, *Cesare Lombroso e la Scuola italiana di antropologia criminale*, cap. sesto di *I positivisti*, libro II di ID., *Le origini della filosofia contemporanea in Italia* (Principato, Messina, 1917-1923, 3 voll.) poi in ID., *Storia della filosofia italiana*, a cura di E. Garin, vol. II, Sansoni, Firenze, 1969, 308 ss. Pagine di rara brillantezza e *vis polemica*, come quelle (memorabili) su Roberto Ardigò (*ivi*, 351-388), disseminate in tutto il libro, contro i positivisti in generale. Il tomo su *I positivisti* è ripubblicato anche nelle *Opere complete di Giovanni Gentile*, vol. XXXII, Casa ed. Le lettere, Firenze, 2003.

questo in definitiva anche antiliberal⁹⁰. Lombroso e la sua Scuola hanno grandi meriti sul piano empirico, secondo Gentile, per le riforme sanzionatorie propugnate, l'attenzione ai profili individuali, la miglior conoscenza di statistiche e tipologie di autori, etc.; invece, sul piano teorico i loro scritti sono pieni di "contaminazioni" di materialismo semplicistico e positivismo filosofico che riducono l'uomo ad anatomia e la pena a selezione naturale. "Il genio come il delinquente sono uomini, sono spirito...normali e anormali sono sempre spirito"⁹¹. Invece, nella concezione lombrosiana "l'anima non è più vista; non c'è più. E qual meraviglia che le mute ossa degli spiriti maghi insanguinati col mozzo capo il sangue che lasciò sul patibolo i delitti? Il Parini e il ladro non sono più in quel capo mozzo. E il bravo Lombroso, da medico che non cura anime e non studia pensieri, ma squadra crani e osserva urine, non s'accorse mai di questo piccolo inconveniente; cioè che egli non ha mai studiato il genio dei genii, né la delinquenza dei delinquenti. Si vanta bensì, egli e i suoi, di aver sostituito allo studio del delitto proseguito dalla vecchia criminologia lo studio del delinquente. Ed è vero che quel delitto era un'idea astratta; ma è anche vero che il delinquente del Lombroso non è delinquente – lo spirito che delinque e che solo può delinquere – ma il corpo del delinquente, che non può delinquere mai"⁹².

Il positivismo, inoltre, liberava l'uomo dalla responsabilità e dallo Stato, di fatto incolpando la natura o la società per il cattivo funzionamento del delinquente. In questa despiritualizzazione della responsabilità c'era anche il misconoscimento dello Stato come valore etico, perché lo Stato non ha nessun valore etico se gli individui sono meccanismi coartati e destinati a delinquere o a obbedire, a seconda delle precondizioni naturalistico-sociali che li azionano. È tutta una concezione del mondo a diventare improponibile, ma non solo per Gentile.

⁹⁰ Liberalismo come materialismo sono concetti di cui è disseminata l'opera gentiliana. In seguito, l'intensificarsi dello statualismo accentuerà anche i tratti anti-individualistici in modo coerente a quelle premesse, per collocare la vera spiritualità nello Stato, anziché nella persona del singolo. Che questo esito sia davvero spiritualista, e non piuttosto aperto a tutte le deviazioni materiali ed "etico-politiche" della *civitas terrena*, si è palesato nella vita stessa di Giovanni Gentile.

⁹¹ *Op. ult. cit.*, 314.

⁹² *Op. ult. cit.*, 315.

Se non ci fu mai una filosofia “ufficiale” del fascismo, ma solo una “dottrina”⁹³, la filosofia del diritto penale nazionale del tempo c’era eccome, e dal punto di vista del Governo era già stata espressa in modo straordinariamente lucido dal Guardasigilli Alfredo Rocco, nella sua *Relazione introduttiva* al codice penale del 1930, *in termini quasi gentiliani*⁹⁴: “il Regime politico instauratosi in Italia dopo la guerra vittoriosa non fu un semplice mutamento di Governo, ma una sostanziale e profonda trasformazione dello Stato. Tale trasformazione attinge la sua giustificazione storica a tutto un nuovo sistema di filosofia sociale, politica e giuridica che può ben dirsi propria del Fascismo. Per esso lo Stato è concepito come un organismo, ad un tempo, economico e sociale, politico e giuridico, etico e religioso... lo Stato non più si rappresenta come la somma aritmetica degli individui che lo compongono, bensì come la risultante, la sintesi o composizione degli individui, delle categorie e delle classi che lo costituiscono, avente propria vita, propri fini, propri bisogni e interessi che trascendono per estensione e per durata la vita stessa degli individui... e si estendono a tutte le generazioni passate, presenti e future. A tali preminenti fini e interessi che sono i fini e interessi statuali debbono, dunque, venire subordinati, nel caso di eventuali conflitti, tutti gli altri interessi individuali o collettivi”⁹⁵.

E poi ancora: “quale organismo etico-religioso, lo Stato ci appare come la Nazione medesima, in esso organizzata, cioè come un’unità non solo sociale, ma altresì etnica, legata da vincoli di razza, di lingua, di costume, di tradizioni storiche, di moralità, di religione,

⁹³ Cfr. A. TARQUINI, *Il Gentile dei fascisti. Gentiliani e antigentiliani nel regime fascista*, Il Mulino, Bologna, 2009, 213 ss., 216.

⁹⁴ Corrispondenti del resto alla concezione dello Stato esposta nella famosa voce *Fascismo. Dottrina*, in *Enc. Italiana Treccani*, vol. XIV, 1932, (847) 850, redatta da G. Gentile e firmata da B. Mussolini. Su convergenze e differenze tra le posizioni culturali e politiche di Gentile e Alfredo Rocco, v. A. TARQUINI, *Alfredo Rocco e Giovanni Gentile. Riflessioni su Stato, nazione e politica di un regime totalitario*, in *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, a cura di E. Gentile, F. Lancaster, A. Tarquini, Carocci, Roma, 2010, 83 ss.

⁹⁵ Alfr. ROCCO, *Relazione del Ministro Guardasigilli al Re*, per l’approvazione del testo definitivo del codice penale, in *Codice penale*, a cura del Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, Istituto poligrafico dello Stato. Libreria, Roma, 1930, 6; v. pure ID., *La dottrina del Fascismo e il suo posto nella storia del pensiero politico*, Stabilimento Tipografico la Periodica Lombarda, Milano, 1925; ID., *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, “La Voce” Anonima Editrice, 1927, spec. 5-31 (Introduzione) e 99 ss. (Legge sulla difesa dello Stato).

e vivente, quindi, non di puri bisogni materiali o economici, ma anche e soprattutto, di bisogni psicologici e spirituali, siano essi intellettuali o morali o religiosi”⁹⁶.

Nel pensiero di Giuseppe Maggiore, penalista palermitano illustre, romanziere e filosofo di formazione gentiliana⁹⁷, da una premessa in sé ripetuta anche ai giorni nostri, cioè che dalla concezione dello Stato discende la concezione del diritto penale⁹⁸, emergeva un altro concetto caratterizzante scolpito per le menti dello Stato totalitario, cioè che il reato – contro tutta la tradizione individualistico-illuminista – non offende individui o leggi, ma lo Stato. Maggiore va ben oltre Rocco: ogni delitto è un *crimen laesae maiestatis*, un delitto politico, che aggredisce l’ordine etico-giuridico e l’onore dello Stato⁹⁹; mal tollerato lo stesso principio di legalità che il codice invece conservava, insieme al divieto di analogia, esso va ora declinato nel senso che in caso di incertezza giuridica – non di incertezza di fatto – occorre ispirarsi “al principio *in dubio pro republica* che prende il posto, nello stato totalitario, dell’antico *in dubio pro reo*”¹⁰⁰, e si prospetta una sua integrazione estendendo la nozione di reato anche alle offese all’autorità dello Stato “secondo lo spirito della Rivoluzione fascista e la volontà del Duce unico interprete della volontà del popolo italiano”¹⁰¹.

I giuristi tecnici non erano tenuti a una simile adesione “morale”, ma di fatto l’hanno accompagnata lungo tutto il Ventennio¹⁰².

Non possiamo adesso proseguire questa narrazione, ma vediamo di concludere il discorso sull’eredità dell’idealismo, che come

⁹⁶ Alfr. ROCCO, *Relazione del Ministro Guardasigilli*, cit., 6-7.

⁹⁷ V. più in generale sul pensiero di Giuseppe Maggiore filosofo idealista A. PINAZZI, *Attualismo e problema giuridico*, cit., 79 ss. Per un bilancio conclusivo e un distacco dall’attualismo di Gentile, v. comunque lo stesso G. MAGGIORE, *Il problema del diritto nel pensiero di Giovanni Gentile*, cit., 231 ss.

⁹⁸ G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 149.

⁹⁹ *Ibidem*, 155.

¹⁰⁰ G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 159, dove pure si richiama la possibilità di far riferimento alla volontà del Duce, cioè del Capo, “che non parla attraverso il parlamento e le sue [loro] leggi, ma si esprime rivolgendosi direttamente al popolo, dei cui sentimenti e dei cui ideali è l’unico interprete” (*ibidem*).

¹⁰¹ *Ivi*, 160.

¹⁰² V. per tutti la pur comprensiva lettura M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo* (già in QF 1999) in *Id.*, *Sto-*

abbiamo oramai compreso non è unitaria, come differenziatissima è quella stessa corrente di pensiero¹⁰³.

11. *L'insuperato problema della legittimazione non populista, secondo il ius, di una lex maggioritaria*

Chi legittima il diritto sul piano sostanziale? Il contrasto tra Croce e Gentile sul punto appare insuperato.

Lo scetticismo etico-giuridico di Croce non scalda il cuore, ma preserva da adesioni fatali allo Stato etico¹⁰⁴. La passione etico-politica di Gentile è un'autostrada che termina in un abisso. Nessuna di queste avventure concettuali, che il penalista incontra solo tangenzialmente sul suo cammino, è stata davvero rielaborata nella nostra tradizione culturale giuridico-penale¹⁰⁵. Entrambe le letture dei due maggiori filosofi idealisti hanno una comprensione limitata del diritto¹⁰⁶, ma pongono drammaticamente il tema della legittimazione: per il tecnico-giuridico era un argomento pre-supposto e non discusso, come un postulato. Lui era un apoto, che non se la beveva, perché appena cominciava a solidarizzare con il nuovo diritto non c'era via d'uscita dalla fascistizzazione della "scienza". Per il liberale

ria del diritto penale e della giustizia, vol. II, Giuffrè, Milano, 2009, 1001 ss.; Id., *Il problema penale* (2001) in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2009, 671 ss.; ma v. anche G. DODARO, *Giuliano Vassalli penalista partigiano*, cit., 95 ss., 121 ss.; D. SICILIANO, *Della violenza nel diritto penale fascista*, cit., 83 ss., 105 ss.

¹⁰³ Differenziatissima in generale (v. il bilancio a più voci in *Il neoidealismo italiano*, a cura di P. Di Giovanni, cit., 211 ss.), ma anche nella filosofia del diritto. Cfr. il conforme giudizio nel bilancio a metà del secolo scorso di P. PIOVANI, *L'attuale filosofia del diritto in Italia*, in *Momenti della filosofia giuridico-politica italiana*, Giuffrè, Milano, 1951, 36. E un quarto di secolo più tardi, a idealismo ormai defunto, v. l'inventario di V. FROSINI, *L'idealismo giuridico italiano*, cit., 28 ss.

¹⁰⁴ Veramente CROCE, *Lo stato etico*, in Id., *Etica e politica*⁴, Laterza, Bari, 1956, 183 ss. ribadisce la amoralità dello Stato, perché pensa sempre a Machiavelli e sa che non si governa "coi paternostri", ma riconosce anche che "lo Stato è un valore morale" anche nella sua laicità, nel suo secolarismo, e dunque non mantiene la astratta contrapposizione fra amoralità ed eticità, risolvendola nel miracolo della "dialettica" tra quelle posizioni contrapposte, poli appunto superabili solo dialetticamente dell'agire storico (*ivi*, 185 s.).

¹⁰⁵ V. comunque gli scritti cit. *supra*, nota 17.

¹⁰⁶ V. ancora V. FROSINI, *L'idealismo giuridico italiano*, cit., 31 s. che accomuna marxismo e idealismo in un giudizio negativo, sotto questo aspetto, di incomprensione del diritto: sovrastruttura per il primo, astrattismo o volere già voluto e inattuale per il secondo.

Croce l'onere della legittimazione riguardava parimenti l'etica e la filosofia, prima che il diritto, suo strumento. Per Gentile, invece, costituiva il centro del problema dello Stato e della sua eticità, essendo il diritto la moralità dello Stato.

Oggi che il giurista è *quasi obbligato a legittimare la legislazione* mediante *interpretazioni conformi* nazionali ed europee, questa lezione storica non deve essere dimenticata: erano sistemi che non avevano conosciuto Auschwitz, che ha cambiato tutto nella nostra coscienza¹⁰⁷. Perché dopo l'Olocausto e Norimberga, ma anche dopo Hiroshima e Nagasaki, non ci sembra ancora retorica dover rifondare continuamente i diritti e le leggi su premesse che non possono apparire sufficientemente garantite né dall'obbedienza a una legge valida, né da un consenso popolare totalitario, ma neppure da Carte dei diritti quotidianamente riscritte nel contenuto normativo dalle Alte Corti, pseudo-depositarie della *public Reason*¹⁰⁸. La ricerca dei fondamenti, da allora, appare sempre in bilico tra nuovi contrattualismi (magari ermeneutici), appelli alle mitologie populistiche o elettorali – quelle che *ex post facto*, dopo un appuntamento elettorale, ricostruiscono miracolosamente un nuovo volere collettivo, una “volontà” che propriamente non esiste se non dopo un conteggio numerico: un’astuzia della ragione o della forza – e sacralizzazioni dei testi fondanti. Una storia nazionale i cui momenti di maggior gloria ideale o collettiva sono stati il Rinascimento, il Risorgimento e la Resistenza, mentre la Rivoluzione scientifica è stata soffocata da roghi e abiure, ha inconsapevolmente indotto molti di noi a cercare la moralità del diritto nella Costituzione del 1948, prima illuministicamente, e poi giudizialmente e dialetticamente (tra diversi attori e interpreti) rivisitata, piuttosto che nei semplici codici o nelle leggi ordinarie: nel *ius*, piuttosto che nella *lex*¹⁰⁹, troppo disseminata nei secoli tra Imperi, Regni, Principati, Signorie, Comuni e Stati stranieri, e ancora oggi decostruita tra molteplici fonti plurilivello, nazionali e sovranazionali. Da questo punto di vista, lo scetticismo crociano e lo spiritualismo di Gentile

¹⁰⁷ Con diverse ma convergenti argomentazioni cfr. M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il neo-illuminismo penale tra lex e ius*, Mucchi, Modena, 2019, § 10; M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 45 ss.

¹⁰⁸ A chi spetti veramente esprimere la ragione pubblica è un problema al quale è dedicato lo studio M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, cit.

¹⁰⁹ *Op. ult. cit.*, dove è ampiamente tematizzata la dialettica tra *lex* e *ius*.

hanno avuto modo di trasfigurarsi e ricomporsi in nuove dialettiche che però conservano – a saperle vedere – le tracce di una storia antica e presente. Si tratta peraltro di una eredità politica e non meramente filosofica che rischia di trasmettere più fiducia nei principi e dunque *oggi* nel controllo giudiziario sulla politica, piuttosto che nella legislazione ordinaria o nelle stesse virtù repubblicane¹¹⁰. Se questa è la sua *misfortune*, noi non siamo peraltro rassegnati a tale eredità come a un dato insuperabile. È sempre il *ius* che legittima la *lex*, ricostruendo la sua ragione pubblica: verifica giuridica collettiva, dunque non solo giurisdizionale, dei prodotti legislativi in un contesto di diritto e di diritti sovraordinati al risultato di una maggioranza che spesso sa motivare le leggi solo in forma populistico-epidittica.

Abstracts

Il saggio si incentra sul rapporto fra l'indirizzo positivistico, che dominò la scienza del diritto penale in Italia nella prima metà del Novecento, e l'idealismo, che nello stesso periodo contrassegnò la filosofia, compresa la filosofia del diritto, da Croce a Gentile. La tesi centrale è che l'egemonia del pensiero idealistico in campo filosofico, che negava valore alla scienza in generale, abbia finito col confermare presso i giuristi delle buone ragioni della separatezza tecnica insita nell'orientamento positivistico, lasciando duraturi influssi anche sugli sviluppi scientifici successivi.

The essay is centered on the relationship between the positivistic orientation that dominated criminal law in Italy in the first half of the 20th century, and idealism, that in such period affected philosophy, including legal philosophy, from Croce to Gentile. The essay's main thesis is that the hegemony of idealistic thought in the philosophic field, which denied value to science at large, confirmed the conviction of jurists that their science should remain removed from other disciplines, with enduring effects on further scientific developments.

¹¹⁰ Come noto, lo scetticismo crociano verso i diritti universali e verso il diritto in genere non era disgiunto, nella sua *vision*, da una profonda fede liberale ed "europea" in quella che si può definire la morale e la religione della libertà: B. CROCE, *Storia d'Europa nel secolo decimonono* (1932), Adelphi, Milano, 2007, cap. I ("La religione della libertà"). Sulla "storia della critica" di questo fortunato motivo crociano, v. M. VIROLI, *Come se Dio ci fosse. Religione e libertà nella storia d'Italia*, Einaudi, Torino, 2009, 279 ss., 295 ss.

Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro

Giuseppe Santoro-Passarelli

SOMMARIO: 1. Civiltà giuridica e trasformazioni sociali: significati e conseguenze. – 2. Implicazioni della crisi economica sul mondo del lavoro autonomo. – 2.1. L'area delle collaborazioni continuative e coordinate. – 3. Le vicende dei *riders* e della *Gig economy*. – 4. La crisi economica e le modificazioni degli istituti tipici del lavoro subordinato. – 5. Processo di trasformazione e superamento dell'impresa fordista: Reti d'impresa e codatorialità assunzione congiunta. – 5.1. Appalto, distacco, somministrazione di lavoro. – 6. Insufficienza della fattispecie subordinazione a garantire i lavoratori non subordinati meritevoli di tutele e diversità di discipline del lavoro subordinato. – 7. Crisi della fattispecie e rapporto di lavoro. – 8. Modifiche legislative, omissioni del legislatore e valori costituzionali. – 9. Il lavoro è un valore fondante della Costituzione. – 9.1. Diversa rilevanza del lavoro nella normativa UE. – 9.2. La Costituzione protegge il lavoratore come parte debole del rapporto di lavoro. – 9.3. La Costituzione tutela la dignità della persona attraverso una retribuzione sufficiente a chi lavora e la garanzia del reddito a chi non lavora perché disoccupato. – 10. Attenuazione della disciplina inderogabile del rapporto di lavoro ed estensione della platea dei destinatari delle tutele contro la disoccupazione. – 11. Reddito di cittadinanza e reddito di inclusione contro la povertà e la riforma dei centri per l'impiego. – 12. Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato non è l'unica forma di occupazione. – 13. La tutela della dignità del lavoratore. Il decreto dignità e la precarietà del lavoro: Rimedi alternativi. – 14. L'utilità sociale è un *empty box* che deve essere riempito dal legislatore ordinario. Utilità sociale e pluralità delle normative in materia di licenziamento. – 15. L'incidenza della disciplina europea su quella interna. – 16. La questione dell'interpretazione giuridica e la cosiddetta certezza del diritto. – 17. Il rapporto di impiego pubblico e la sua privatizzazione: luci e ombre. – 18. Le relazioni industriali: un processo in trasformazione. – 19. Conclusioni.

1. *Civiltà giuridica e trasformazioni sociali: significati e conseguenze*

Se per civiltà giuridica si intende il complesso di valori e di principi e regole che conformano una determinata società, a proposito dell'Italia, dall'unificazione del Paese, si possono individuare, ovviamente con un certo margine di approssimazione, tre tipi di società: la prima è stata una società essenzialmente rurale dall'unità nazionale del 1861 fino agli inizi del secolo scorso ben rappresentata dal codice civile del 1865 che riconosceva la proprietà come istituto centrale di quell'ordinamento. Viceversa la nascita dell'industria ha progressiva-

mente segnato, nell'Italia settentrionale, il passaggio ad una società contraddistinta dall'impresa fordista e gerarchica in un'economia di mercato pur sempre nazionale e che solo, nel 1942, il nuovo codice accoglierà come modello di riferimento (artt. 2086 e 2094 c.c.).

Bisogna aggiungere che il codice civile del 1942, alla cui redazione non partecipò Barassi¹, anche per impulso della evoluzione della legislazione precedente, ha abbandonato lo schema della locazione delle opere per quello del contratto di lavoro. Il richiamo è importante per una duplice ragione: in primo luogo viene accolto come criterio di identificazione della fattispecie la nozione elaborata da Barassi di subordinazione tecnico-funzionale (art. 2094 c.c.) e non socio-economica, pur diffusa nella dottrina prebarassiana², e in secondo luogo perché, viene superato lo schema locativo, con la conseguenza che l'oggetto del contratto non è più costituito dalle opere staccate dalla persona del lavoratore ma dalla persona del lavoratore come produttore delle opere e pertanto, nel contratto di lavoro, e soltanto in questo contratto, viene in considerazione il coinvolgimento della persona del lavoratore. E questa è la ragione alla base della normativa inderogabile che in misura crescente almeno fino agli anni 80 del secolo scorso ha regolato il rapporto di lavoro.

A proposito del passaggio dalla società rurale a quella industriale è opportuno osservare che, alla fine dell'800 in Italia quando iniziò il processo di formazione della grande industria è riscontrabile quella che Aris Accornero³ chiama l'epoca della eterogeneità, caratterizzata dalla precarietà di mercato, dall'instabilità del posto e dalla fluttuazione dei mestieri ... fino a quando si profilò un gruppo sociale che avrebbe poi assunto la fisionomia degli operai.

Viceversa con l'introduzione del taylor-fordismo e la produzione di massa, alla eterogeneità è seguita l'epoca della uniformazione, caratterizzata da una standardizzazione delle norme⁴, e da un

¹ Il riferimento è d'obbligo a L. BARASSI, considerato il fondatore della nostra disciplina: *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901 e 2 ed. in due tomi ed. 1916-17.

² Mi permetto rinviare al mio contributo *Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 4, I, 1009-1051 e ora in *Realtà e Forma nel diritto del lavoro*, tomo III, Giappichelli, Torino, 2018, 1 ss.

³ A. ACCORNERO, *Era il secolo del lavoro*, Il Mulino, 2007, 15.

⁴ V. ancora A. ACCORNERO, *Ibidem*.

livellamento delle prestazioni che omologarono e compattarono schiere di colletti blu e di colletti bianchi.

È opportuno sottolineare che agli inizi del secolo XX in Italia nell'impresa capitalista l'imprenditore ha un interesse contrapposto a quello dei propri dipendenti perché il primo rischia capitali per trarre sempre maggior profitto dall'impresa mentre gruppi di lavoratori, inizialmente sottopagati e sfruttati fino a quando non si organizzarono in strutture stabili denominate, prima società di mutuo soccorso e poi veri e propri sindacati, iniziarono ad autotutelare i propri interessi organizzando i primi scioperi, inizialmente repressi brutalmente, e poi ammessi penalmente, ma pur sempre civilmente illeciti, per ottenere progressivi miglioramenti salariali e di trattamento normativo. Va anche ricordato che agli inizi del '900 ci fu un tentativo di regolare il rapporto di lavoro con il disegno di legge Cocco Ortù Baccelli che non fu neppure discusso in Parlamento⁵. E solo nel 1924 dopo lunghe discussioni⁶ e vivaci resistenze, bene illustrate nella famosa relazione Orlando⁷ e invece contrastate da Turati⁸

⁵ Nel 1901 fu istituita la Commissione Chimirri con il compito di predisporre un disegno di legge sul contratto di lavoro ma non conseguì alcun risultato e il disegno di legge Cocco Ortù-Baccelli del 1902 sul contratto di lavoro non fu neppure discusso in Parlamento.

⁶ Infatti, solo nel 1905 il Consiglio superiore del lavoro, a seguito della mancata approvazione del progetto di legge Cocco Ortù-Baccelli, fu dell'opinione che sarebbe stato più produttivo affrontare il problema, anziché nel suo complesso, per categorie e così fu presentata alla Camera una proposta di legge per regolare solo il rapporto di impiego privato dall'on. Luzzatti il 12 dicembre 1912 che servirà da modello per la legislazione futura. Si pensi per esempio al solo art. 1 riprodotto quasi nella sua totalità nel r.d.l. 9 febbraio 1919, n. 112.

⁷ Sulla proposta di legge dell'on. Luzzati Orlando presentava il 24 aprile 1913 la nota relazione nella quale opportunamente sottolineava come il progetto, per la natura inderogabile di alcune norme, ovviamente poste a tutela della parte debole e cioè dell'operaio, costituisse una novità assoluta nel diritto privato dell'epoca, dominato dal principio dell'uguaglianza delle parti, e costituisse perciò un *vulnus* "alla libertà, intesa nel suo triplice senso di libertà giuridica, economica, e politica": cfr. V.E. ORLANDO, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Giuffrè, Milano, 1950, 151.

⁸ Per contro Turati presentava una relazione al consiglio superiore del lavoro, pubblicata in *Ministero agricoltura, Atti consiglio superiore del lavoro XVIII sess. nov. 1912*, Roma, 1913, 166, assolutamente favorevole all'approvazione di questa legge perché, coerentemente con una logica ed un disegno riformatore, si rendeva conto che in quel contesto l'alternativa era il nulla e non una legge sul contratto di lavoro. Turati aveva ben presente la diversa capacità di aggregazione degli operai e parimenti lo stato di disorganizzazione e di frammentazione del ceto impiegatizio: "I commessi di negozio

fu approvata il RDL n. 1825 sull'impiego privato⁹. E, come è noto, successivamente il codice del 1942 ha ricompreso nella figura del lavoratore subordinato nell'impresa (art. 2014 c.c.) collocato nel libro V "Del Lavoro" anche il lavoro manuale e ha previsto (art. 2095 c.c.) in origine tre figure di lavoratori subordinati: gli operai, gli impiegati e i dirigenti i quali ultimi avevano e continuano ad avere una propria contrattazione collettiva.

Certamente una cesura con gli ordinamenti precedenti, in particolare quello liberale e successivamente quello corporativo, è stato segnato dalla Costituzione che, come si vedrà in seguito, ha riconosciuto il lavoro, il principio di uguaglianza sostanziale e la centralità della persona come valori fondanti del nuovo ordinamento democratico e ha riconosciuto lo sciopero come diritto.

Dagli anni 90 del secolo scorso stiamo assistendo ad un progressivo sviluppo tecnologico che ha imposto l'uso di apparecchiature telematiche (*computer, tablet, smartphone, internet*) e dei *robot* che hanno dato vita, a mio avviso ad un terzo tipo di società, quella post industriale che preferirei chiamare telematica, destinata a sostituire quella industriale e i suoi metodi di produzione e a ridurre in modo vistoso il lavoro umano.

Come risulta da una ricerca coordinata da Domenico De Masi¹⁰, uno dei settori maggiormente toccati da questo passaggio dalla società industriale a quella postindustriale è il lavoro sotto il cui manto convivono realtà molto diversificate. Ad esempio i lavoratori che svolgono mansioni prevalentemente manuali raggiungono appena il

sono sparpagliati in mille botteghe e subiscono più facilmente le rappresaglie dei padroni, difficilmente possono fare con successo uno sciopero che sarebbe pure un'arma difensiva non indifferente" (replica alla relazione, 16). Secondo Turati (*ibidem*), questa legge doveva assolvere ad una funzione di uniformità della disciplina simile a quella che avevano avuto le norme proposte dalle camere di commercio rispetto agli usi e alle consuetudini e all'equità del giudice, ma si rendeva conto dell'impossibilità di disciplinare nella legge il contratto di lavoro di tutte le categorie di impiegati privati e di coagulare una materia così mobile entro la formula ferrea di un articolo di legge. Non a caso, nel progetto di legge sul contratto di impiego privato, modificato secondo i voti del consiglio superiore, non compare la definizione di impiegato.

⁹ Infine, nel 1924 il r.d.l. n. 1825 menziona il termine impiegato e v. U. ROMAGNOLI, *Giolittismo, burocrazia e legge sull'impiego privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 189 e ora in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, cit., 77, considera questa legge classista.

¹⁰ D. DE MASI, "Lavoro 2025", Marsilio nodi, 2017, 29.

33 % della forza lavoro e sono sostituiti dai *robot*. Un altro 33 % è costituito da impiegati che svolgono mansioni intellettuali di tipo esecutivo e sono anch'essi in via di sostituzione da parte dei *computer*, mentre il restante 33 % è costituito da operatori che svolgono attività intellettuali di tipo creativo e che, allo stato, difficilmente possono essere sostituiti dall'intelligenza artificiale.

E a questo proposito va citata un'altra ricerca di Enrico Moretti¹¹ secondo il quale ha iniziato a manifestarsi negli Stati Uniti e anche in Europa “la grande divergenza”, ossia l'occupazione e le retribuzioni sono aumentate in quelle aree come la Silicon Valley e Boston che hanno puntato sull'innovazione e sulla conoscenza facendo leva sulle Università e sui laureati con un tasso superiore al 50%, mentre la disoccupazione e i bassi salari si è manifestata in quelle zone che hanno meno del 15% dei laureati. E Moretti ha riscontrato questa divergenza anche in Europa e in Asia e quindi afferma che “la scolarità è divenuta la nuova discriminante sociale, a livello sia individuale sia di comunità. Le aree ad alto tasso di scolarità sono diventati i motori del mondo dove si progetta il futuro. Va detto però che il criterio proposto da Moretti, e cioè il livello di istruzione, colloca l'Italia, che ha un tasso di laureati pari al 23 %, e quindi inferiore rispetto ad altre zone più disastrose d'America, indietro a questi Paesi, e questa circostanza aiuta a comprendere perché nel nostro Paese l'innovazione e la ricerca non si sono sviluppate mai in misura apprezzabile.

L'industria 4.0¹² è un processo di modernizzazione nel quale ogni azienda procede con passi diversi. Ed è stato attivato da un programma del governo precedente centrato su agevolazioni agli investimenti tecnologici. È comprensibile che questo processo di modernizzazione tecnologico si sviluppa più velocemente ed in modo più articolato nei confronti delle grandi imprese rispetto alle piccole e medie imprese. Ma è interessante porsi la domanda, alla quale allo stato è difficile rispondere, quali saranno le conseguenze della 4a Rivoluzione industriale attivata dalla digitalizzazione.

¹¹ E. MORETTI, *La nuova geografia del lavoro*, Mondadori, 2017, 77 ss.

¹² Sulla quale v. un ampio saggio di FEDERICO BUTERA, *Industria 4.0 come progettazione partecipata di sistemi socio-tecnici in rete*, in *Lavoro 4.0, La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, a cura di A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari, University Press, Firenze, 2018.

Allo stato attuale si può dire che in questo ultimo trentennio siamo passati dall'epoca dell'uniformazione all'epoca della diversificazione determinata dalla variabilità e dalla globalizzazione dei mercati che ha reso "le imprese molto flessibili sia favorendo una produzione "snella", organigrammi non più piramidali ma "piatti", tempi de-sincronizzati e gli organici modulari"¹³. Ancora va osservato che nell'epoca denominata convenzionalmente della diversificazione mutano i contenuti della prestazione e i connotati della professionalità, le modalità di impiego e i tipi di contratto tanto che lo stesso Accornero intitola l'ultimo capitolo del suo libro "dal lavoro ai lavori"¹⁴ e sottolinea che la transizione in corso sta producendo lavori con modulazione di durata e regimi di tutela diversi dai tradizionali rapporti a tempo indeterminato e con statuti diversificati.

È noto infatti che la normativa non prende in considerazione il rapporto di lavoro a tempo indeterminato come unica forma di occupazione ma ha previsto rapporti temporanei (contratto a tempo determinato, somministrazione di lavoro, apprendistato, *stages*) utilizzati sempre più spesso dal datore di lavoro perché per lui economicamente più convenienti ma sovente precari¹⁵ per il lavoratore perché non gli consentono di programmare una stabilità di vita (v. *infra*, § 12 e 13).

Va anche detto che la globalizzazione ha favorito i Paesi più poveri perché ha elevato il tenore di vita dei suoi abitanti mentre ha finito per danneggiare i Paesi più ricchi perché ha ridotto sensibilmente il tenore di vita dei propri abitanti.

Infatti, in un mercato globale la concorrenza tra le imprese diventa brutale perché tende a sopprimere tutto ciò che non ha capacità di stare sul mercato globale.

Le conseguenze sono molteplici: in primo luogo basta un *clic* per spostare capitali enormi che non servono a creare lavoro ma a creare altro denaro. È noto, però, che la finanza, se non è accompagnata da una corrispondente crescita di beni e servizi e di lavoro, rischia di creare bolle speculative che hanno determinato spaventose

¹³ Così, A. ACCORNERO, *Ibidem*.

¹⁴ A. ACCORNERO, *op. cit.*, 202 ss.

¹⁵ Dagli ultimi dati Istat risulta che rispetto al 2008 sono oltre 700.000 gli occupati a termine in più (+30,9%), i dipendenti stabili sono di poco superiori a quelli del periodo precrisi. Crollano gli autonomi (-600.000).

crisi economiche in tutti i Paesi occidentali a cominciare dagli Stati Uniti, e poi propagatesi in tutti i paesi dell'Europa e, come è noto, anche in Italia.

2. *Implicazioni della crisi economica sul mondo del lavoro autonomo*

La crisi economica in Italia sta producendo nel tessuto produttivo del Paese una serie di trasformazioni sociali. In primo luogo nell'area del lavoro autonomo: la globalizzazione sta determinando la progressiva scomparsa dei piccoli esercizi commerciali a favore dei supermercati, degli artigiani a favore della media e grande industria e dei piccoli professionisti a favore dei grandi studi professionali. In particolare rispetto a talune professionalità (v. avvocati) si deve osservare che il loro numero è eccessivo e assolutamente superiore al fabbisogno. Si calcola che gli avvocati iscritti all'albo a Roma siano in numero superiore a quelli di tutta la Francia. E questo aiuta a comprendere le ragioni che spingono i giovani professionisti a preferire i grandi Studi cosiddetti associati.

Sta quindi scomparendo un mondo, e direi una civiltà fatta di tradizione, di competenza e di valori non facilmente recuperabili nell'economia del Paese. Sotto questo profilo si può dire che il vecchio ceto medio colto e sufficientemente abbiente sta trasformandosi in un ceto medio declassato a lavori non entusiasmanti e poco retribuiti¹⁶.

E inoltre è possibile riscontrare nell'ambito degli autonomi un contingente di lavoratori autonomi *deboli*. “Questi si presentano chiaramente come meno dotati di potere di mercato e segnati per di più dalla presenza di retribuzioni significativamente basse, oltre che da tutele di welfare più fragili e limitate. E sono proprio i lavoratori autonomi a mostrare una maggiore percezione di sofferenza economica (probabilmente anche in rapporto alle loro maggiori aspettative), *dentro un quadro di imprevisto avvicinamento – ma verso il basso – tra autonomi e dipendenti*”¹⁷.

¹⁶ D. CARRIERI, *Introduzione, I lavoratori italiani tra insicurezze crescenti e riforme possibili*, in *Il lavoro che cambia verso l'era digitale, Terza indagine sui lavoratori italiani*, a cura di D. Carrieri, C. Damiano, Roma, Ediesse, 2018, 32.

¹⁷ Così D. CARRIERI, *Introduzione*, cit., 49 il quale ha cura di precisare (p. 50) che rispetto alla posizione professionale la componente più numerosa è costituita dai professionisti non regolati da albi o enti e che rappresentano il 40%, gli ordinisti sono in-

Come pure va segnalato che la dinamica salariale spesso è direttamente proporzionale al numero degli addetti. In altri termini nelle aziende con pochi addetti le retribuzioni spesso sono basse mentre crescono nelle aziende più grandi. La retribuzione dunque sale al crescere del numero di addetti, con buona pace della retorica sulle *start-up* innovative¹⁸.

2.1. *L'area delle collaborazioni continuative e coordinate*

Nell'area del lavoro autonomo uno spazio non piccolo è occupato dalle collaborazioni continuative e coordinate prese in considerazione nel 1973 dalla riforma del codice di procedura civile con l'introduzione dell'art. 409 n. 3 c.p.c. È inutile in questa sede ripercorrere l'evoluzione normativa di questo tipo di rapporto che, sovente, era ed è usato dai committenti in modo fraudolento per non applicare la disciplina del lavoro subordinato.

Almeno in passato il rischio era determinato dal fatto che non è agevole sempre distinguere nel concreto svolgimento del rapporto la coordinazione dalla subordinazione. Infatti la coordinazione, e cioè l'accordo delle parti sulle modalità di esecuzione¹⁹ finisce per essere, da un lato, inefficiente se non viene indicata quale delle due parti (committente o collaboratore) organizza la prestazione di lavoro. E dall'altro può risultare insufficiente quando sia il committente a organizzare la prestazione²⁰, come avveniva nel lavoro a progetto, perché il rischio di elusione della disciplina del lavoro subordinato era elevato mentre con la nuova disciplina dell'art. 2 comma 1 del d.lgs. 81/21015 questo rischio allo stato sembra sventato.

Infatti sia per effetto di questa norma che ha assoggettato il potere del committente quando verta sulle modalità di esecuzione della

vece nettamente meno numerosi (22,6), mentre il resto (36,8%) è rappresentato dalle altre categorie di lavoratori autonomi (artigiano, commerciante, coltivatore diretto ecc.).

¹⁸ D. CARRIERI, *Introduzione*, cit., 46-47.

¹⁹ Su questa definizione v. tra i primi G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979.

²⁰ Una compiuta definizione del potere di coordinamento del committente e la valorizzazione del *tertium genus* poi accolto dal d.lgs. n. 276 del 2003 in R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI, *La crisi della subordinazione della sua idoneità selettiva nei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione del tertium genus: il lavoro coordinato*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, n. 21, 331 ss.

prestazione di lavoro alla disciplina del lavoro subordinato, sia per l'art. 3 della legge 81 del 2017 che non consente al committente di modificare unilateralmente le condizioni del contratto, sia per l'art. 15 della stessa legge che limita la coordinazione nell'ambito dell'accordo tra le parti, alla organizzazione autonoma del collaboratore, *sembra escluso uno spazio autonomo per il potere di coordinamento del committente, potere che, come si è appena rilevato, aveva dato corpo e sostanza normativa alle collaborazioni continuative e coordinate e soprattutto al lavoro a progetto* che effettivamente riconosceva al committente un potere di coordinamento.

Si può quindi proporre una prima conclusione e cioè che l'attività di coordinamento e cioè la determinazione del luogo del tempo e del come lavorare non compete al committente ma compete alle parti.

Eppure anche di recente diversi autori ritengono che nella variegata tipologia della realtà esista uno spazio per un'area del lavoro coordinato e continuativo organizzato (*sic*) dal committente²¹. E arrivano a questa conclusione richiamando “le istruzioni” del committente, del preponente, del mandante previste dalla disciplina dei rispettivi contratti²².

È vero che le istruzioni che il committente dà al collaboratore sono analoghe a quelle del preponente nei confronti dell'agente o a quelle del mandante nei confronti del mandatario²³, ma non sono idonee a modificare le modalità di esecuzione della prestazione già stabilite dalle parti, diversamente dal potere direttivo nel lavoro subordinato²⁴.

²¹ V. in proposito le interessanti, anche se non del tutto condivisibili, riflessioni di C. PISANI, *La nozione legale di coordinamento introdotta dall'art. 15 legge n.81 del 2017*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 823.

²² C. PISANI, *op. ult. cit.*

²³ V. in part. art. 1711 c.c. relativo ai limiti del mandato e in particolare al secondo comma.

²⁴ E in proposito può soccorrere qualche esempio. Si pensi al preponente che nei confronti del proprio agente di commercio non può stabilire un orario di lavoro e un itinerario nella visita dei clienti, ma può dare allo stesso istruzioni circa i prodotti da privilegiare nella vendita mentre il datore di lavoro stabilisce anche l'itinerario e l'orario di lavoro del proprio commesso viaggiatore. Altri esempi possono riguardare il se lavorare e i tempi di lavoro dei *riders* che vogliono restare autonomi, le direttive di larga massima del committente nei confronti degli informatori scientifici e dei programmatori di *computer*, gli stessi addetti ai *call center* quando non siano soggetti al potere direttivo del da-

Se dunque ai sensi dell'art. 15 della legge n. 81 del 2017 l'attività di coordinamento compete alle parti e non può essere qualificata come potere unilaterale del committente ne consegue che le istruzioni del committente, come quelle del preponente nei confronti dell'agente, sono dichiarazioni recettizie destinate a dare attuazione a quanto stabilito dalle parti, a specificare il contenuto dell'obbligo del destinatario²⁵ ma non implicano una forma di controllo del tempo e del luogo di lavoro del collaboratore diversamente dalle direttive che il datore di lavoro impartisce al prestatore di lavoro subordinato perché queste ultime presuppongono la continuità della disponibilità da parte del datore di lavoro del comportamento del lavoratore. Viceversa l'attività organizzativa del collaboratore è una forma di adempimento che ha per oggetto o il compimento di più "opera" collegate da un nesso di continuità o lo svolgimento di una prestazione continuativa che soddisfa un interesse durevole del committente, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo tra le parti.

Di conseguenza il committente nel rapporto di lavoro continuativo e coordinato, a seguito dell'interpretazione autentica stabilita dall'art. 15 della legge n. 81 del 2017 non può modificare unilateralmente le condizioni del contratto né può modificare le modalità di esecuzione della prestazione. In caso contrario si crea un cortocircuito, e si favorisce un contenzioso rilevante, come è avvenuto in passato, prima con le collaborazioni continuative e coordinate, e poi con il lavoro a progetto.

tore di lavoro; i professionisti, quando nel contratto non siano stabiliti gli orari dell'attività svolta in regime di autonomia presso una determinata azienda (ad es. i medici che prestano la loro attività libero professionale presso una casa di cura), questi possono essere specificati dal committente. E così pure nei confronti di tutti quelli che lavorano tramite *app* o piattaforma informatica, ecc.

²⁵ V. G. GHEZZI, nel suo non dimenticato, *Contratto di agenzia*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, 108-109 ha cura di precisare che "le istruzioni fornite dal preponente all'agente formano oggetto di altrettante dichiarazioni recettizie in senso tecnico e sono finalizzate a creare o modificare (specificandolo) il contenuto dell'obbligo del destinatario, individuando così in pratica l'attività che egli è tenuto a svolgere. Quanto al loro variabile tenore è poi a dirsi che nella grande maggioranza dei casi si tratterà di direttive di carattere generale". Su questa tematica la mia riflessione dura da circa 40 anni iniziata con *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979 e con numerosi altri scritti fino a G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, 350.

3. *Le vicende dei riders e della Gig economy*

Le vicende dei *riders* e della *gig economy*

A questo proposito non si può fare a meno di parlare della recente vicenda dei *riders*²⁶, e cioè di coloro che portano il cibo a domicilio, definiti dalla giurisprudenza lavoratori autonomi o autonomi ex art. 2 comma 1 d.lgs. n. 81 del 2015.

Di recente il contratto collettivo della logistica è applicato anche ai *riders* con il riconoscimento di tutte le coperture assicurative e previdenziali, comprese la sanità integrativa e la bilateralità. La retribuzione base è di 867 euro lordi mensili e l'orario di lavoro di 39 ore settimanali distribuite in 6 giorni.

Secondo i dati della fondazione De Benedetti 10 mila *riders* stimati in Italia costituiscono solo una piccola parte della *gig economy*, che nel nostro Paese conta circa 800 mila addetti che vanno dai servizi di *clouding* come l'elaborazione dati, all'offerta di *babysitting* o di pulizie.

Fino ad oggi il 10% di questi lavoratori sono contrattualizzati come co.co.co. mentre il 50% come collaboratori occasionali con ritenuta d'acconto al 20%. Taluni di essi sono pagati ad ora, altri a consegna, e cioè a cottimo. Molti di essi svolgono questo lavoro in via principale e guadagnano mediamente circa 839 euro, solo una minoranza lo svolge in via saltuaria e guadagna mediamente circa 343 euro.

Ma bisogna aver presente che i *riders* quasi mai si relazionano con un unico datore di lavoro ma con un'applicazione dedicata ad una o più piattaforme e nessuna di queste piattaforme applica ai *riders* la disciplina del contratto collettivo della logistica anche perché i rappresentanti delle piattaforme come quelli dei *riders* non erano presenti al tavolo della trattativa per la conclusione di quel contratto.

E invece una recentissima sentenza della Corte di appello di Torino (11 gennaio 2019). ha utilizzato come parametro di riferimento questo contratto collettivo per riconoscere pragmaticamente un minimo di tutela economica ai *riders*.

E tuttavia questa sentenza non ha una motivazione convincente²⁷ perché afferma che si tratta di un rapporto di lavoro auto-

²⁶ V. sulla vicenda dei *riders* v. già G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione del diritto del lavoro*, cit., 348.

²⁷ V. anche C. PISANI, *Riders "quasi subordinati" un improbabile tertium genus*, di prossima pubblicazione su Guida al lavoro.

nomo riconducibile all'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81 del 2015, qualificato dalla Corte come una sorta di *tertium genus* mentre trascura completamente la tesi della natura antifraudolenta della norma.

E a questo proposito deve essere respinta l'affermazione contenuta nella sentenza secondo la quale bisognerebbe distinguere l'interpretazione giurisprudenziale da quella dottrinale, perché come è a tutti noto, l'art. 12 delle preleggi detta i criteri per l'interpretazione della legge che devono essere seguiti dall'interprete e quindi l'interpretazione è unica.

E non si può fare a meno di rilevare una contraddizione palese laddove afferma l'applicazione parziale e non totale della disciplina del lavoro subordinato come invece stabilisce l'art. 2 comma 1 richiamato dalla stessa sentenza. Né si può escludere l'applicazione della disciplina del licenziamento ingiustificato affermando che si trattava di contratti a tempo determinato e quindi secondo la sentenza, la cessazione del rapporto a termine non poteva essere equiparata al licenziamento. In realtà secondo una giurisprudenza della Cassazione la riqualificazione del rapporto compete al giudice.

Mentre appare condivisibile la tesi che non la piattaforma ma la società di servizi che si avvale della piattaforma mediante *app*, in questo caso Foodora sia il datore di lavoro. Non è infatti sempre facile distinguere tra società di servizi e piattaforma che di solito svolge una funzione di intermediazione con chi è l'effettivo datore di lavoro.

Infine la Corte d'appello riconosce ai fattorini ricorrenti la corresponsione, per il periodo di collaborazione con la Foodora di “somme di danaro calcolate sulla base della retribuzione diretta indiretta e differita applicata ai dipendenti del quinto livello del contratto collettivo della logistica trasporto merci”²⁸.

D'altra parte, talvolta, il *rider*, (ovviamente non quelli che hanno fatto ricorso contro la Foodora) vuole godere di maggiore autonomia nell'esecuzione della prestazione lavorativa, anche se il *ranking* reputazionale non può più essere il criterio che guida l'organizzazione dei turni, nel senso che nelle chiamate si deve garantire una rotazione e non preferire solo colui che è sempre stato a disposizione.

²⁸ E sembra opportuno distinguere i *riders* che svolgono questo lavoro in modo abituale o prevalente da coloro che vogliono svolgerlo in modo saltuario e riconoscere ad essi un diverso trattamento economico e normativo.

Infatti se si parte dall'osservazione della realtà, non si può fare a meno di rilevare che diversi *riders* vogliono essere e restare autonomi ma, non per questo, ad essi non deve essere riconosciuta una retribuzione sufficiente, e perciò non a cottimo, l'assicurazione infortuni e la malattia e l'assicurazione del mezzo di trasporto.

Ma, come ho già affermato, a mio avviso non è persuasiva la scelta operata dalla Corte di Appello di Torino di individuare nell'art. 2 la base normativa per l'applicazione parziale della disciplina del lavoro subordinato ai *riders* perché, se effettivamente il legislatore avesse voluto individuare un *tertium genus* avrebbe dovuto stabilire, a somiglianza di quanto stabilisce l'art. 2239 c.c. per i rapporti di lavoro subordinato non inerenti all'esercizio dell'impresa, che la disciplina del rapporto di lavoro subordinato si applica in quanto compatibile con la natura autonoma del rapporto di lavoro.

Ma l'art. 2 non ha adottato questa tecnica e quindi la sentenza discutibilmente individua una parte della disciplina da applicare ai riders utilizzando come parametro di riferimento il contratto collettivo della logistica che si applica ai lavoratori subordinati.

La tesi di applicare solo parzialmente la disciplina del lavoro subordinato si potrebbe fondare eventualmente sull'art. 2 comma 2 se le parti interessate stipulassero un accordo economico collettivo applicabile a queste professionalità, come avviene per i *call center*²⁹. Ma questa eventualità conferma che non compete al giudice ma al contratto collettivo individuare la disciplina del lavoro subordinato applicabile a questo tipo di rapporti.

Un altro percorso potrebbe essere quello dell'individuazione di una nozione di dipendenza economica del lavoratore i cui indici di individuazione non sono di agevole identificazione.

È vero che nel 2012 una nozione di dipendenza economica fu accolta dal legislatore (art. 1 commi 23-26 legge n. 92 del 2012) con la norma che estendeva l'applicazione integrale del diritto del lavoro

²⁹ Come si legge in questi giorni sui giornali un altro percorso, peraltro già stoppato, potrebbe essere quello secondo il quale, il legislatore prevederebbe una disciplina non solo per i *riders*, ma per tutte “*quelle collaborazioni che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e la cui organizzazione è predisposta dal committente, anche attraverso il ricorso a piattaforme digitali*”. Con questa formula si amplia a dismisura il campo di applicazione della disciplina del lavoro subordinato e, a dire il vero, non risulta chiaro se il committente possa essere la piattaforma o la società di servizi che si avvale mediante *app* della piattaforma.

subordinato ai rapporti caratterizzati da una durata superiore alla soglia minima prestabilita, dalla monocommittenza e da un livello retributivo medio basso.

La verità è però che questa norma ha avuto una modesta applicazione perché le fattispecie concrete non presentano sempre congiuntamente i tre requisiti. Secondo un autore³⁰, se fosse stata in vigore una norma del genere avrebbe potuto essere applicata ai *pony express* di trenta anni fa e ora ai rapporti di lavoro dei ciclofattorini la cui natura autonoma è stata riaffermata da due sentenze del Tribunale di Milano e di Torino³¹.

In realtà se si tiene conto che si tratta pur sempre di rapporti che non sono occasionali ma riguardano attività che vengono, anche se intervallate, reiterate nel tempo, il giudice, in base al combinato disposto degli artt. 35 e 36 Cost., e non sulla base dell'art. 2 comma 1 del d.lgs. n.81 del 2015, può riconoscere ai *riders*, per il periodo di collaborazione con il committente la corresponsione di “somme di danaro calcolate sulla base della retribuzione diretta indiretta e differita applicata ai dipendenti del quinto livello del contratto collettivo della logistica trasporto merci”.

4. *La crisi economica e le modificazioni degli istituti tipici del lavoro subordinato*

Come è noto la crisi economica ha modificato in misura rilevante taluni connotati del volto del diritto del lavoro subordinato. Basti pensare all'incapacità della subordinazione a continuare a funzionare come criterio di identificazione dei soggetti effettivamente meritevoli di tutela, al declino della norma inderogabile di legge e di contratto collettivo. Il contratto aziendale può addirittura derogare norme di legge bypassando il contratto nazionale. I rapporti tra diversi livelli contrattuali sono ormai fungibili. La disciplina delle mansioni è ormai inderogabile solo in casi residuali. Il potenziamento del potere di controllo del datore di lavoro, il notevole ridimensionamento dell'ambito di applicazione della reintegrazione come sanzione del licenziamento ingiustificato. Gli alterni rapporti tra rappre-

³⁰ P. ICHINO, *Subordinazione autonomia e protezione del lavoro nella Gig-Economy*, in *Riv. it. dir. lav.* 2018, II, 294.

³¹ Trib. Torino 7 maggio 2018, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 283.

sentatività e contrattazione e legittimazione al conflitto. La rivalutazione delle categorie civilistiche, che, a mio avviso, possono integrare le lacune della normativa lavoristica, ma non derogare ad essa. I complessi problemi di interpretazione della legge da parte del giudice del lavoro, che inevitabilmente svolge un ruolo anche di mediatore fra opposti interessi. La certezza del diritto, che non è più definitiva ma provvisoria, perché l'interprete costituzionale deve tenere conto del contesto e può modificare un'interpretazione della norma anche a legislazione invariata, mentre il giudice ordinario può attribuire alla norma diversi significati ma non arrivare al punto di assegnare ad essa un significato opposto a quello testuale.

5. *Processo di trasformazione e superamento dell'impresa fordista: Reti d'impresa e codatorialità assunzione congiunta*

È facile osservare nell'attuale contesto che le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa subordinata si atteggiavano diversamente rispetto alle origini della civiltà industriale: allora l'impresa era gerarchica e fordista e l'imprenditore non a caso è definito dal codice civile il capo dell'impresa (2086 c.c.) e il potere direttivo dell'imprenditore che contraddistingueva il lavoro subordinato si estrinsecava in ordini e comandi. Oggi nella grande impresa ha grande spazio l'automazione e rileva più che lo svolgimento di una prestazione di lavoro, il conseguimento di risultati e il potere direttivo tende a manifestarsi come potere organizzativo con la conseguenza che cambia anche l'organizzazione dell'impresa non più gerarchica e fordista ma piatta. Si noti però che tale potere organizzativo, ai sensi del diritto vigente, non ha una rilevanza autonoma rispetto al potere direttivo e soprattutto non va confuso con il potere di coordinamento del committente (ammesso che allo stato del diritto vigente sia configurabile) nel lavoro autonomo continuativo.

È vero che il progressivo superamento del modello fordista di organizzazione dell'impresa sta appannando la prospettiva di un datore di lavoro unico e di agevole identificazione³², il padrone o capo della fabbrica, capace di porsi quale istituzione sociale centrale con

³² V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, 1 ss.; e L. CORAZZA, *Contractual integration e rapporti di lavoro*, Cedam, 2004.

cui il movimento operaio si confrontava e sulla cui collaborazione il legislatore faceva affidamento per assicurare l'effettività delle tutele individuali e collettive.

Ma una riflessione sui nuovi assetti organizzativi dell'impresa impone di segnalare opportune distinzioni e di non dare per consolidate realtà ancora fluide e marginali rispetto all'impresa come organizzazione unitaria di comando.

Vengono in evidenza, a questo proposito, fenomeni di più recente diffusione come la cosiddetta "impresa acentrica", nozione cui sono riconducibili alcune piattaforme digitali che operano nell'*internet* o attraverso l'utilizzo di tecnologie di comunicazione digitale.

Altro rilevante modello organizzativo è la rete d'impresa³³, riconducibile alla nozione di impresa "policentrica" sia quando si costituisce come rete-contratto in difetto di una comune struttura organizzativa avente soggettività giuridica, sia quando viene in luce il diverso fenomeno della rete-soggetto che acquisisce soggettività giuridica distinta da quella dei retisti che la compongono.

Mentre il fenomeno delle piattaforme digitali non è disciplinato nel nostro ordinamento, il modello organizzativo della "rete" è oggetto di specifica regolamentazione (art. 3 comma 4-*ter* e seguenti del d.l. 5 del 2009, conv. l. 33 del 2009, mod. l. 99 del 2009).

La legge prevede che «con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa», eventualmente costituendo un fondo patrimoniale comune e nominando un organo comune incaricato della gestione (art. 3 comma 4 *ter*, ult. cit.). Dal punto di vista del diritto del lavoro, la rete offre ai propri componenti il notevole vantaggio organizzativo di poter "condividere" an-

³³ T. TREU, *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazione del lavoro*, in MCR (Mercato, Concorrenza, Regole), 2012, n. 1, 7 ss. Cfr. in tema M.T. CARINCI, *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro)*, Giuffrè, 2015; e I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Giuffrè, 2015.

che le prestazioni di lavoro secondo le modalità stabilite dal contratto di rete e nei limiti dettati dalla legge.

Il contratto di rete è un contratto commerciale che riguarda i rapporti tra retisti e che può prevedere l'uso congiunto della prestazione dello stesso lavoratore (codatorialità ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 30 comma 4-ter, d.lgs. 276 del 2003).

La codatorialità si traduce generalmente nella possibilità di più retisti di condividere le prestazioni lavorative di un soggetto e di esercitare congiuntamente nei confronti dello stesso i poteri datoriali.

Diversamente dalla codatorialità, l'assunzione congiunta è una forma di contitolarità del rapporto di lavoro ed è espressamente contemplata dall'art. 31, commi 3-bis e 3-ter, del d.lgs. 276 del 2003³⁴.

Nella rete è possibile anche utilizzare l'istituto del distacco³⁵.

Al fine di incentivare il ricorso alla rete e facilitare la condivisione delle risorse umane al suo interno, la legge dispone che, in caso di distacco nell'ambito della rete, l'interesse del distaccante si presume sulla base di una valutazione legale tipica (art. 30 comma 4-ter, d.lgs. 276 del 2003)³⁶.

In conclusione, il distacco nell'ambito della rete, la codatorialità e l'assunzione congiunta sono fenomeni distinti tra di loro che corrispondono ad altrettanti moduli organizzativi e da cui derivano problematiche giuridiche che riflettono e al contempo causano metamorfosi del modo di intendere il lavoro nell'organizzazione dell'impresa.

Non a caso, le reti d'impresa, ancora non molto diffuse, stanno cominciando a trovare spazio in molti settori, soprattutto in agricol-

³⁴ L'assunzione congiunta è consentita in agricoltura sia alle condizioni dettate dal comma 3-bis, sia in reti con partecipazione di imprese agricole che siano in numero pari ad almeno il 40% del totale dei retisti (comma 3-ter). La *ratio* di queste norme è favorire una maggiore stabilizzazione dei rapporti in agricoltura, spesso stagionali o di breve durata, attraverso una distribuzione dei relativi oneri tra più datori di lavoro.

³⁵ Il distacco realizza una forma particolare di utilizzazione indiretta di prestazioni di lavoro senza però alterare l'unitarietà della figura datoriale. Ed infatti può configurarsi solamente nell'interesse del distaccante, per l'esecuzione di una determinata attività, e deve essere temporaneo.

³⁶ Ciò significa che il requisito dell'interesse del distaccante non deve più essere preventivamente identificato poiché resta assorbito, nella valutazione del legislatore, nel reciproco interesse dei retisti alla condivisione delle prestazioni di lavoro. In tal senso la norma recita che «l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente *in forza dell'operare della rete*».

tura, nel terziario e nel mondo dei professionisti (art. 12 comma 2, lett. a, l. 81 del 2017). Secondo i più recenti dati³⁷ del registro delle imprese, dove i contratti di rete devono essere iscritti a norma di legge (art. 3 comma 4-*quater*, d.l. 5 del 2009, conv. l. 33 del 2009), gli accordi al 3 gennaio 2019 erano 5.135 e le imprese coinvolte 31.405. Si tratta di numeri non ancora elevati ma il *trend*, seppure in settori circoscritti, è in crescita costante.

Come si è detto queste nuove figure delineate per sommi capi contribuiscono solo a scalfire la fattispecie dell'impresa come organizzazione complessa e unitaria che comunque continua ad essere la forma più diffusa. Ciò che invece risulta ridimensionata, ma non a causa di queste nuove forme organizzative, è la sua tradizionale funzione sociale quale fonte di "garanzia" del posto di lavoro e, indirettamente, del reddito da lavoro.

5.1. Appalto, distacco, somministrazione di lavoro

Esistono, inoltre, e sono, invece, assai diffusi istituti noti e ormai regolamentati, come l'appalto, il distacco al di fuori dell'ambito delle reti e la somministrazione di lavoro che, a mio avviso non possono essere qualificate come forme di codatorialità nel significato stabilito dalla legge ma rispondono a logiche diverse: infatti con l'appalto l'imprenditore tende ad esternalizzare intere fasi della produzione e a disfarsi della mano d'opera (v. in part. art. 29 d.lgs. n. 276 del 2003), con il distacco il l'imprenditore distaccatario utilizza temporaneamente la prestazione di un dipendente del distaccante nell'interesse di quest'ultimo, mentre con la somministrazione l'imprenditore (utilizzatore) tende ad acquisire dall'esterno mano d'opera necessaria al completamento del proprio organico.

Sia l'appalto sia la somministrazione sia il distacco sono forme organizzative ampiamente diffuse in quasi tutte le realtà produttive. La somministrazione a tempo determinato è stata però oggetto di un intervento di riforma noto come "decreto dignità" (d.l. 87 del 2018, conv. mod. l. 96 del 2018) volto a limitarne considerevolmente l'uso rispetto alla liberalizzazione promossa a partire dal 2014.

³⁷ Reperibili con aggiornamenti su <http://contrattidirete.registroimprese.it/reti/index.action>.

Questi istituti soddisfano esigenze di economia della gestione dell'impresa ma non mettono in discussione l'unità di comando della stessa.

6. *Insufficienza della fattispecie subordinazione a garantire i lavoratori non subordinati meritevoli di tutele e diversità di discipline del lavoro subordinato*

Di fronte a queste trasformazioni del modo di lavorare bisogna prendere atto che la stessa subordinazione, così come è disegnata dall'art. 2094 c.c. non assicura più una protezione adeguata ad una vasta area di soggetti che pur non essendo subordinati in senso tecnico appaiono tuttavia meritevoli di talune tutele del lavoro subordinato³⁸. E d'altra parte non si può fare a meno di segnalare che a fronte di una fattispecie che continua ad essere monolitica le discipline di tutela dei lavoratori subordinati sono molteplici. Basta pensare ai dirigenti, al telelavoro, al tempo parziale, al contratto a tempo determinato, alla somministrazione di mano d'opera, al lavoro occasionale, agli *stages*.

Anche la disciplina del lavoro agile affida ad un accordo tra le parti la determinazione delle modalità dell'esercizio del potere direttivo all'esterno dei locali aziendali e quindi finisce per escludere fuori dell'azienda l'unilateralità dello stesso potere che fino ad oggi era il connotato essenziale della subordinazione³⁹.

In questo contesto sarebbe opportuna una revisione della fattispecie subordinazione come categoria unitaria, anche a fronte di fenomeni nuovi come le piattaforme o il lavoro mediante *app*, mentre, allo stato, come si è detto, siamo in presenza non di una subordinazione, ma di diverse subordinazioni⁴⁰, tanto che si potrebbe parafrasare il titolo di un'opera celebre *La proprietà, Le proprietà* di Salvatore Pugliatti con una formula simile: *La subordinazione. Le subordinazioni*.

³⁸ Sulla crisi della subordinazione come criterio inadeguato ad assicurare protezione a soggetti comunque meritevoli di tutela v. già G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione del diritto del lavoro*, cit., 347.

³⁹ V. art. 19 della legge n. 81 del 2017.

⁴⁰ V. in questo senso, con punto interrogativo, F. CARINCI, *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, in *Arg. dir. lav.*, n. 4-5, 2018, 961 ss.

Ormai accanto alla eterodirezione, bisogna chiedersi se merita un proprio spazio normativo anche la eteroorganizzazione, che allo stato rientra nell'area disegnata dall'art. 2094 c.c., mentre emerge in modo sempre più vistoso un'area di lavoro contrassegnata dalla dipendenza economica del lavoratore. Va detto che la nozione di dipendenza economica può coesistere con la subordinazione tecnico funzionale e le due nozioni non si elidono a vicenda. E tuttavia bisogna riconoscere che gli indici di individuazione della dipendenza economica non sono di agevole identificazione.

È vero che nel 2012 una nozione di dipendenza economica fu accolta dal legislatore (art. 1 commi 23-26 legge n. 92 del 2012) con la norma che estendeva l'applicazione integrale del diritto del lavoro subordinato ai rapporti caratterizzati da una durata superiore alla soglia minima prestabilita, dalla monocommittenza e da un livello retributivo medio basso ma, come si è già detto, questa norma ha avuto una modesta applicazione.

7. *Crisi della fattispecie e rapporto di lavoro*

La dialettica non ancora risolta tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, come risulta dalla difficoltà di inquadrare tutte queste nuove forme di lavoro, offre lo spunto per affrontare un tema delicato qual è quello della crisi della fattispecie e anzi per sottoporre a verifica la tenuta di questa tesi nell'area della nostra disciplina.

Secondo Natalino Irti⁴¹ “il fatto non ha più bisogno di convertirsi in caso, poiché il valore – il criterio supremo di decisione – non richiede un tipo di evento, ma una situazione di vita da approvare o disapprovare... La crisi storica e le tempeste economiche tra cui conduciamo questi nostri giorni, rendono più acuto il fenomeno: gli stati di eccezione e le emergenze sono eventi imprevedibili e irriconoscibili ed escludono di per sé il vincolo logico della fattispecie”.

Come riconosce lo stesso a., se è vero che la radicalità del discorso sulla crisi della fattispecie serve a cogliere indici del fenomeno e linee di tendenza nel campo del diritto civile, dominato da norme in larga misura dispositive, bisogna porsi l'interrogativo se lo stesso discorso può risultare efficiente anche in un'area, come quella del diritto del lavoro, dove ancora ha largo spazio il cospicuo apparato di

⁴¹ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, 36.

norme inderogabili a tutela del lavoratore subordinato e ora anche autonomo.

In altri termini si tratta di chiedersi se nel diritto del lavoro il caso necessita ancora, se così si può dire, della stampella della fattispecie come supporto per l'applicazione di una determinata disciplina inderogabile.

Infatti se è indubbio che la fattispecie dal punto di vista logico non è idonea a risolvere l'imprevedibilità del caso, bisogna domandarsi, quando il caso sia riconducibile alla fattispecie, se sia utile per le parti ricorrere ad essa: e non solo al datore di lavoro per calcolare con notevole precisione i costi del lavoro di un determinato rapporto ma anche al lavoratore perché gli consente di quantificare in termini economici i suoi diritti.

E allora pragmaticamente si può proporre una conclusione non assoluta ma improntata al principio della relatività e cioè che la fattispecie è utile quando il caso è perfettamente riconducibile ad essa. Ma quando il caso non è perfettamente riconducibile alla fattispecie, come ormai si verifica per alcune forme di lavoro, bisogna avere riguardo più che alle norme del codice, che in questi casi risultano inadeguate ad individuare la disciplina applicabile, alle norme della Costituzione che non indicano fattispecie ma principi e valori. Gli unici punti fermi restano nel caso in esame i valori costituzionali che riguardano il lavoro e la persona del lavoratore. Seguendo questo percorso argomentativo il giudice dovrà avere riguardo al caso concreto (fatto) e al valore che esso sottende e applicare l'intera o soltanto parti di disciplina del lavoro subordinato o del lavoro autonomo quando da una ponderazione dei diversi elementi il giudice riconduca il caso nell'area dell'art. 35 Cost. che è riferibile tanto al lavoro subordinato quanto al lavoro autonomo. Ovviamente si tratta in questi casi di lavoro svolto in forma esclusivamente o prevalentemente personale e non certo di lavoro esercitato in forma di impresa riconducibile in questo caso all'art. 41 Cost.

D'altra parte, come sottolinea Irti, "la crisi della fattispecie non è crisi della decisione. Il diritto sente orrore del vuoto; e le società umane hanno bisogno sempre del giudizio, ossia di quelle decisioni che, troncando il conflitto in uno o altro modo, consentono di archiviare il passato e di proseguire nel cammino. La necessità storica della decisione potrebbe pur spogliarsi di un vecchio utensile, che ci

era caro per educazione mentale e tradizione di studi. Il nostro lavoro non si interrompe, ma continua in un nuovo orizzonte”⁴².

8. *Modifiche legislative, omissioni del legislatore e valori costituzionali*

A questo punto si tratta di accertare se le rilevanti modifiche legislative intervenute nella disciplina del rapporto di lavoro subordinato, riducendo in modo vistoso il tasso di inderogabilità delle norme e riducendo sensibilmente l’ambito di applicazione della sanzione della reintegrazione, e quelle che non sono state riconosciute ai lavoratori autonomi deboli, abbiano come da qualche parte si sostiene, destrutturato il diritto del lavoro⁴³ o se invece, si tratta, secondo altri, di mutamenti determinati dalle esigenze di competitività delle imprese, imposti dalla globalizzazione dei mercati.

Entrambe le risposte non appaiono appaganti perché, pur contenendo una parte di verità, appaiono motivate da valutazioni parziali. Infatti, da un lato, considerano il vero diritto del lavoro, quello dello Statuto dei lavoratori, sul quale, noi della nostra generazione ci siamo formati, o, dall’altro lato, altri ritengono che nell’attuale contesto debbano prevalere le ragioni del mercato e quindi dell’impresa su quelle del lavoro che non a caso viene considerato solo un costo di produzione⁴⁴. Una terza posizione, più vicina alla seconda che alla prima, è rappresentata da chi ritiene che nell’attuale contesto stiamo assistendo ad un cambio di paradigma contrassegnato da una seconda fase della *flexicurity* per l’occupabilità⁴⁵, nella quale, in realtà, la flessibilità sembra occupare maggiore spazio rispetto alla sicurezza.

A mio modo di vedere, invece, si tratta di verificare se gli interventi dei diversi legislatori che si sono susseguiti negli ultimi 50 anni e anche le omissioni del legislatore concernenti, per esempio, la mancata introduzione della nozione di dipendenza economica abbiano in qualche misura intaccato o ridimensionato i valori della nostra Costituzione.

⁴² N. IRTI, *op. ult. cit.*, 44.

⁴³ In questo senso M. RUSCIANO, *Sul metodo delle riforme del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, n. 2, 2018, 1.

⁴⁴ In questo senso, *ex multis*, P. ICHINO, *La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 205.

⁴⁵ T. TREU, *Istituzioni e regole del mercato del lavoro. Una seconda fase della flexicurity per l’occupabilità*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 597.

9. *Il lavoro è un valore fondante della Costituzione*

È incontestato che la nostra Costituzione riconosce al lavoro un valore fondante del nostro ordinamento quando sancisce all'art. 1 che l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro. È noto a tutti che fu una formula di mediazione dell'on. Fanfani rispetto alla proposta dei comunisti e socialisti che recitava "l'Italia è una repubblica democratica di lavoratori". In ogni caso è consolidata l'interpretazione che il lavoro fosse inteso in senso ampio e non limitato al solo lavoro manuale o salariato⁴⁶. D'altra parte il significato del termine lavoro, come insegna Mortati, non può che essere determinato in positivo richiamando gli art. 4 e 35 Cost. che dell'art. 1 sono diretto svolgimento⁴⁷. Secondo questo insegnamento "nel lavoro si realizza la sintesi tra il principio personalistico che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa e quello solidarista che conferisce a tale attività carattere doveroso"⁴⁸.

9.1. *Diversa rilevanza del lavoro nella normativa UE*

Dal riconoscimento di questo principio discendono tre corollari⁴⁹: il primo consente di considerare la tutela del lavoro un valore fondante e non ancillare alle ragioni dell'impresa come invece è avvenuto, all'origine per la legislazione dell'Unione Europea, che per molto tempo ha concepito la tutela del lavoro strumentale alle ragioni dell'impresa e del mercato e solo di recente ha equiparato i diritti sociali ai diritti dell'impresa. Mi riferisco al Trattato di Lisbona che ha incorporato la Carta di Nizza.

9.2. *La Costituzione protegge il lavoratore come parte debole del rapporto di lavoro*

Il secondo corollario che discende dal primo consente di considerare la Costituzione programmaticamente orientata a tutelare il lavoratore come soggetto debole del rapporto di lavoro (artt. 4, 35, 36).

⁴⁶ V. in questo senso C. MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, 159 ss.

⁴⁷ C. MORTATI, *Sub art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione: Principi Fondamentali: art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 11.

⁴⁸ Così C. MORTATI, *op. cit.*, 12.

⁴⁹ Su questi argomenti v. già G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione*, cit., 342 ss.

9.3. *La Costituzione tutela la dignità della persona attraverso una retribuzione sufficiente a chi lavora e la garanzia del reddito a chi non lavora perché disoccupato*

E infine il terzo corollario derivante dagli artt. 3, comma 2, 4, 36 e 38 Cost. implica e sta a significare che deve essere garantita, prima di tutto, la dignità della persona⁵⁰ che lavora con o senza vincolo di subordinazione, e di conseguenza, deve essere garantito a chi lavora un corrispettivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro e comunque sufficiente (art. 36), e dal sistema di sicurezza sociale un reddito a chi ha perso il posto di lavoro (disoccupato).

10. *Attenuazione della disciplina inderogabile del rapporto di lavoro ed estensione della platea dei destinatari delle tutele contro la disoccupazione*

E a questo proposito mentre, per un verso, non si può negare che negli ultimi anni la tutela del lavoratore nel rapporto di lavoro si sia attenuata per il ridimensionamento vistoso della normativa inderogabile, per altro verso, bisogna riconoscere che è stata estesa la platea dei destinatari delle tutele contro la disoccupazione.

Il declino della norma inderogabile è particolarmente vistoso nell'art. 2103 c.c. che ha previsto, come è noto, tre deroghe al divieto assoluto previsto dalla vecchia disposizione. La norma così modificata ha accentuato ovviamente l'impatto dello *jus variandi* del datore di lavoro sull'organizzazione dell'impresa e ha inevitabilmente ridotto le tutele del lavoratore. Non solo, ma anche l'eliminazione della reintegrazione come sanzione in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ha spostato il baricentro della tutela, dall'interesse del lavoratore alla continuità del rapporto di lavoro all'interesse del datore di lavoro alla temporaneità dei vincoli contrattuali.

⁵⁰ Il riferimento nell'art. 3, comma 2 ai lavoratori non deve essere intesa come riserva esclusiva ad essi di partecipare all'organizzazione politica e sociale del Paese ma significa che sono i lavoratori che incontrano maggiori difficoltà a partecipare v. in questo senso R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro, disciplina costituzionale*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, 4.

11. *Reddito di cittadinanza e reddito di inclusione contro la povertà e la riforma dei centri per l'impiego*

Per quanto concerne l'estensione della platea dei destinatari delle tutele contro la disoccupazione va subito sottolineato che essa è superiore al 40% nel Mezzogiorno, il problema occupazionale non sembra risolto anche se tutti i programmi dei partiti hanno previsto forme di erogazione del reddito⁵¹: dal reddito di inclusione a quello di cittadinanza, pur diversi per presupposti e obbiettivi, non a chi ha perso il posto di lavoro ma a chi è in condizione di povertà, e quindi a chi non ha mai trovato un posto di lavoro.

Dalle statistiche ufficiali risultano almeno 5 milioni di persone al di sotto della soglia di povertà. E questa situazione legittima la preoccupazione per le condizioni di vita immediate e nello stesso tempo contribuisce ad accrescere le ansie per il futuro.

La precarietà non colpisce solo i lavoratori temporanei ma la percezione dell'insicurezza del posto investe anche larga parte dei lavoratori *standard*. Il quadro dei disagi è dovuto alla somma di diverse componenti: i bassi salari (in alcuni casi bassissimi), il lavoro povero, e poi le tutele percepite come decrescenti da pezzi importanti di ceto medio, tanto nel lavoro autonomo che in quello dipendente. Emerge una nuova gamma di bisogni che non si rivelano come adeguatamente coperti e radicalizzano la percezione di *flex-insecurity* come carattere di fondo del mercato del lavoro. Questi bisogni vanno dalla tenuta dei redditi, non solo in caso di perdita del lavoro, fino alla necessità della ricalibratura di un sistema di *welfare* che lascia al momento sguarniti troppi gruppi e troppe domande⁵².

E tuttavia è fin troppo evidente che per soddisfare questi bisogni e per limitare la precarietà, in primo luogo, è indispensabile una riforma dei centri per l'impiego che consenta un migliore e più efficiente incontro tra domanda e offerta di lavoro, ma soprattutto è necessario reperire risorse ingenti che, secondo alcuni, possono derivare da un ampliamento del debito pubblico, ovvero, secondo altri, possono essere raccolte anche da una diversa e più equa distribuzione della ricchezza e dal contrasto severo all'evasione fiscale, ancora molto elevata in Italia. E certamente il contrasto all'evasione fiscale

⁵¹ V. già G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione*, cit., 343.

⁵² Così D. CARRIERI, *Introduzione*, cit., 53-54.

deve colpire anche quelle pratiche diffuse di evasione contributiva e di lavoro irregolare o addirittura di lavoro nero, d'accordo tra le parti, in cui il lavoratore percepisce l'indennità di disoccupazione e il compenso in nero e il datore di lavoro evita il versamento dei contributi.

12. *Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato non è l'unica forma di occupazione*

Come si è già rilevato il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, altrimenti denominato rapporto a tutele crescenti, pur essendo definito solennemente dall'art. 1 del d.lgs. n. 23 del 2015 la forma comune del rapporto di lavoro, non è affatto l'unica forma di occupazione. Infatti l'impresa può avvalersi di diverse forme di occupazione temporanea (contratto a tempo determinato, somministrazione di mano d'opera, lavoro occasionale, apprendistato, *stage*) che, sovente, rendono il rapporto di lavoro precario.

Come si è detto, la Costituzione garantisce la tutela della persona che lavora e non l'individuo. Ed è lampante la differenza tra i due termini, perché il primo evoca la sua individualità, il suo egoismo e, con una metafora, la sua insularità, mentre la persona indica la sua relazione con gli altri e di conseguenza la sua qualità di soggetto sociale.

13. *La tutela della dignità del lavoratore. Il decreto dignità e la precarietà del lavoro: Rimedi alternativi*

E, tuttavia, come si è già accennato, la tutela della dignità della persona è un principio che precede e non va confuso con il diverso principio del contemperamento degli interessi dell'impresa con quelli dei lavoratori. Il fondamento di questo contemperamento, a mio avviso, risiede nell'art. 41, comma 2, Cost. laddove si afferma che l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Dove l'utilità sociale e la dignità umana devono essere considerate limiti esterni e non funzionali all'impresa e necessitano della mediazione del legislatore.

Invero anche l'art. 2087 c.c. tutela l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore e costituisce la base normativa del c.d. ob-

bligo generale di sicurezza. Questa disposizione, pur essendo del codice del 1942, è modernissima e può considerarsi il fondamento normativo della tutela della dignità del lavoratore, (il richiamo alla personalità morale del lavoratore altro non è che la dignità del lavoratore) sul quale la giurisprudenza della Cassazione⁵³ al termine di un percorso piuttosto variegato ha stabilito che il danno non patrimoniale è una fattispecie tipica rispetto all'atipicità del danno patrimoniale e deve essere considerato una categoria unitaria e non tollera la tripartizione in danno morale, danno biologico ed esistenziale. Non solo ma nella cornice dell'art. 2087 c.c. si iscrive anche la tutela contro i cd. atti vessatori (*mobbing*, emarginazione, isolamento).

Dedicate alla tutela della dignità del lavoratore devono essere menzionate le norme del titolo primo dello Statuto dei lavoratori rubricato della libertà e dignità del lavoratore. In particolare, la disciplina del potere di controllo (art. 4) e il divieto di indagini sulle opinioni del lavoratore (art. 8). Ma il vero valore aggiunto è la introduzione del divieto di discriminazione (art. 15) ormai esteso a diverse forme di discriminazione nel rapporto di lavoro che è sicuramente una forma di lesione della dignità del lavoratore. Ma ormai la lesione della dignità del lavoratore si verifica anche fuori del rapporto di lavoro e, a questo proposito, deve essere segnalato il recentissimo decreto legge 12 luglio 2018 n. 87 convertito in legge 9 agosto 2018 n. 96 contenente nel capo I misure per il contrasto al precariato.

Senza entrare nel merito delle novità normative introdotte da questo provvedimento, bisogna convenire⁵⁴ che la pluralità delle proroghe e dei rinnovi consentita dalla normativa per i contratti temporanei costituisce sicuramente una delle maggiori cause del precariato e, conseguentemente, questa legge tutela la dignità della persona del lavoratore nella misura in cui riconosce che la temporaneità del rapporto può determinare precarietà e quindi ledere la dignità della persona. E tuttavia bisogna chiedersi se gli interventi di modifica della disciplina del contratto a termine proposti risolvono positivamente il problema della precarietà e quindi della dignità del lavoratore. O la precarietà si combatte più efficacemente, da un lato incentivando il

⁵³ Cass. SS.UU. 18 novembre 2008, n. 26972, in *Guida al dir.*, 2008, n. 47, 18. Orientamento nuovamente ribadito da Cass. SS.UU. 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2682.

⁵⁴ V. già G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione*, cit., 345.

ricorso al contratto a tempo indeterminato, attraverso la riduzione sensibile del cuneo fiscale e con una politica di contrasto intransigente alla pratica molto diffusa del lavoro nero, dall'altro lato, immaginando un sistema di *welfare* sganciato, almeno in parte, dal rapporto di lavoro.

Nella nuova organizzazione dell'impresa la prospettiva del contratto di lavoro che dura per tutto l'arco della vita lavorativa presso la stessa azienda diventa sempre più evanescente. E quindi, come si è detto, è indispensabile creare le strutture che favoriscano un più efficiente incontro tra domanda e offerta di lavoro, assicurando, se necessario, formazione e riqualificazione. Ma non solo. Il decreto, a mio avviso, opportunamente ha elevato da 6 a 36 mesi l'indennità dovuta al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo. E la Corte costituzionale ha accolto un'eccezione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Roma nel luglio dello scorso anno concernente l'automatismo previsto dal decreto n. 23/2015 nella determinazione del risarcimento, ossia ha ritenuto irragionevole per violazione degli art. 4 e 35 Cost., la predeterminazione del risarcimento calcolato solo in base al parametro dell'anzianità del lavoratore⁵⁵. A parte il rilievo che la norma dichiarata illegittima non qualifica risarcimento ma indennità la somma dovuta al lavoratore, diversamente dall'art. 8 della legge n. 604, che espressamente menzionava la natura risarcitoria dell'indennità, competerà ora alla Cassazione, per evitare una eccessiva discrezionalità del giudice di merito, dare un'indicazione sui criteri e sull'ordine prioritario degli stessi, per quantificare il risarcimento dovuto al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo.

14. *L'utilità sociale è un empty box che deve essere riempito dal legislatore ordinario. Utilità sociale e pluralità delle normative in materia di licenziamento*

Anche l'utilità sociale è stata considerata dalla migliore dottrina limite esterno e non funzionale all'impresa e necessita della mediazione del legislatore⁵⁶.

⁵⁵ Corte cost., 8.11.2018, n. 194.

⁵⁶ G. MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618; F. MANCINI, *Il diritto al lavoro rivisitato*, in *Pol. dir.*, 1973, 687.

In altri termini l'utilità sociale non è un criterio applicabile immediatamente dal giudice pena la non univocità dei giudicati su controversie identiche, ma è un contenitore che deve essere riempito di contenuto normativo dal legislatore e, conseguentemente risente e rispecchia gli orientamenti delle diverse maggioranze parlamentari che possono variare nelle diverse legislature.

In proposito è sufficiente osservare il segno politico delle diverse leggi in materia di licenziamento: da quella sui licenziamenti individuali del 1966, all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori del 1970, alla legge Monti Fornero del 2012, al *Jobs Act* del 2015.

Orbene è facile constatare che i provvedimenti normativi successivi allo Statuto dei lavoratori hanno spostato la cosiddetta frontiera mobile tra la tutela dell'interesse del lavoratore alla stabilità del rapporto di lavoro e l'interesse dell'imprenditore alla temporaneità dei vincoli contrattuali a favore di quest'ultimo.

15. *L'incidenza della disciplina europea su quella interna*

Quando si affronta il tema della civiltà giuridica non può essere trascurato il processo di integrazione europea, che ha introdotto valori e principi estranei alla nostra tradizione normativa nazionale: mi riferisco in particolare alla valorizzazione della concorrenza e al divieto degli Aiuti di Stato.

A ben vedere il principio della concorrenza è uno dei valori fondanti dell'Unione Europea e ha messo in discussione il convincimento, da un lato, che il modello di sviluppo disegnato dalla volontà politica potesse e dovesse sovrapporsi ai meccanismi del mercato, dall'altro, che l'intervento pubblico potesse sostituirsi alle leggi del mercato nel ruolo di guida del processo economico⁵⁷. Anche se recentemente in periodo di crisi economica persistente assistiamo in Italia ad un pesante intervento pubblico di sostegno delle banche in difficoltà e da più parti si invoca l'opportunità di favorire investimenti pubblici per rilanciare, come si dice oggi, la crescita economica.

⁵⁷ G. SANTORO-PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005, 1, 63 ss. e *Crisi economica globale e valori fondanti del Diritto del lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2012, 3, 425 ss.

È noto altresì il *pressing* delle autorità comunitarie di flessibilizzare la disciplina del licenziamento che ha indotto il legislatore italiano a ridurre sensibilmente l'ambito di applicazione della reintegrazione a poche fattispecie di licenziamento illegittimo, privilegiando per la generalità delle ipotesi di licenziamento ingiustificato il risarcimento del danno (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015). Come dire che il licenziamento pur ingiustificato è comunque idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro, nella convinzione peraltro tutta da dimostrare che una maggiore libertà di licenziamento costituirebbe uno stimolo alla maggiore occupazione. In realtà la nuova normativa riduce i costi di produzione e in particolare consente di calcolare il costo del lavoro e conseguentemente aiuta l'impresa ad una maggiore competitività nel mercato globale.

D'altra parte bisogna essere consapevoli che il valore della concorrenza proprio nell'ambito del mondo del lavoro non può eliminare certi istituti volti a salvaguardare la dignità della persona che lavora, come l'inderogabilità di determinate norme di legge o clausole del contratto collettivo che è un istituto per definizione diretto all'eliminazione della concorrenza.

È vero che i diritti del lavoro a seguito dell'incorporazione della Carta Nizza nel Trattato di Lisbona in qualche misura sono stati equiparati alle libertà economiche, ma si tratta di un'equiparazione ancora priva di effettività.

Non c'è dubbio però che a livello interpretativo il giudice nazionale è obbligato a tenere conto ormai non solo della legislazione nazionale, ma anche di quella europea e internazionale e della giurisprudenza della corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, sicché si afferma a proposito che ormai l'attività interpretativa del giudice è multilivello.

16. *La questione dell'interpretazione giuridica e la cosiddetta certezza del diritto*

Il discorso sull'interpretazione della legge europea da parte del giudice induce ad ampliare il discorso e ad esaminare i problemi che più in generale pone l'interpretazione della legge⁵⁸.

⁵⁸ Su questi problemi cfr. già G. SANTORO-PASSARELLI, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 513 ss.

E in primo luogo bisogna chiedersi se l'applicazione del principio dell'interpretazione conforme a Costituzione possa condurre l'interprete a leggere nel testo quello che non c'è o addirittura ad attribuire alla norma un significato opposto a quello del testo⁵⁹. Nel dialogo tra legislatore e giudice ordinario l'interpretazione conforme a Costituzione non può risolversi in un soggettivismo incontrollato che metta in discussione il principio costituzionale sancito dall'art. 101 comma 2 Cost. e cioè la subordinazione del giudice ordinario alla legge. È fin troppo evidente che nel caso prima richiamato il giudice ordinario potrà rimettere alla Corte costituzionale il testo in questione ma non può sostituirsi al giudice costituzionale e attribuire alla norma un significato opposto a quello del testo perché, a suo avviso, incostituzionale⁶⁰.

Certamente il richiamo all'art. 12 delle preleggi non appare ormai più sufficiente a sollevare il giudice dai dilemmi interpretativi connessi all'attività di mediazione che gli è istituzionalmente affidata.

Non si può negare infatti che in generale, nell'applicazione della norma alla fattispecie concreta, il compito del giudice non si risolve in un mero ragionamento di stampo sillogistico deduttivo, anche perché se così fosse, non ci sarebbe molto spazio per il controllo del suo operato e per il controllo dell'obbligo di terzietà del giudice.

In realtà, quando il giudice del lavoro è chiamato a pronunciare la norma di diritto, la sua attività interpretativa non è certamente immune da giudizi di valore o più in generale da valutazioni soggettive che tengono conto non solo degli enunciati normativi, ma anche del fatto che il più delle volte non esiste un'unica interpretazione del te-

⁵⁹ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir. Annali*, IX, Milano, s.d. ma 2016, 434; *contra* F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Riv. Telematica dell'AIC (associazione italiana costituzionalisti)*, del 18 aprile 2014, 2, nega il limite testuale all'interpretazione conforme. Sul tema dell'interpretazione dei principi generali v. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, 201 ss., ma v. anche 173, in part. 174.

⁶⁰ Interessante l'ordinanza di rimessione del tribunale di Roma 26/7/2017 sulla costituzionalità del d.lgs. n. 23/2015 che sottolineava correttamente l'impraticabilità in questo caso dell'interpretazione conforme, e si veda la sentenza 194 dell'8 novembre 2018 che ha accolto l'eccezione di costituzionalità sollevata dalla suddetta ordinanza, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 comma del d.lgs. n. 23 del 2015 perché il giudice nel determinare il risarcimento non tenga conto solo dell'anzianità di servizio, ma del numero dei dipendenti, delle dimensioni dell'attività economica e del comportamento e delle condizioni delle parti.

sto, e soprattutto nei casi in cui il testo sia volutamente ambiguo, all'unicità del testo corrisponde la pluralità delle norme che si possono ricavare dal testo.

E in questa prospettiva si comprende perché il giudice possa attribuire alla stessa norma un significato diverso⁶¹. In secondo luogo il giudice deve interpretare la norma tenendo conto del contesto socio-economico e culturale nel quale la norma, pur rimanendo immutata, si trova ad operare.

E tuttavia, come si è già più volte detto, il giudice è soggetto alla legge e perciò non può attribuire ad essa, in virtù della cosiddetta interpretazione costituzionalmente orientata, un significato opposto a quello testuale⁶².

L'interpretazione della legge da parte del Giudice Costituzionale impone qualche altra osservazione e cioè che la Corte può dichiarare incostituzionale una norma che precedentemente aveva ritenuto costituzionalmente illegittima. Mi riferisco, ad esempio, alla sentenza n. 231 del 2013 che con sentenza additiva ha dichiarato incostituzionale, *pur a legislazione invariata*, il testo dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori che nel 1996 la stessa Corte (relatore Mengoni) aveva dichiarato costituzionalmente legittima. E questo perché è potuto avvenire? Perché l'interpretazione del giudice costituzionale, come del resto quella del giudice ordinario, deve tenere conto del contesto, ma l'interpretazione del giudice costituzionale può cancellare una norma mentre l'interpretazione del giudice ordinario può attribuire un significato diverso al testo tenendo conto del contesto ma mai opposto a quello del testo.

E questa precisazione aiuta a sciogliere se non a risolvere la *vexata quaestio* tra il *prius* costituito dal fatto e il *posterius* costituito dal testo. È ovvio che anche in questo caso il giudice deve applicare

⁶¹ Interessanti le osservazioni di T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, II, 140-141 dove l'a. distingue testo e norma "è in forza dell'interpretazione del testo e perciò sempre in forza di un dato che può dirsi passato, storico che si formula la norma. Questa una volta espressa torna necessariamente ad essere testo. Non esistono d'altra parte testi rigorosamente univoci. Esistono solo testi che hanno ricevuto un'applicazione concreta ecc."

⁶² Si veda con diversa intonazione U. ROMAGNOLI, *Le parole sono pietre*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 233 ss.; O. MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico fra metodo e diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 235 ss.; B. CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un "manifesto ermeneutico"*, *ivi*, 245 ss.

al fatto il testo nel significato dettato dal contesto. Con questa affermazione si vuole dire che il giudice deve tenere conto del significato che il testo assume in quel determinato contesto.

Se si condivide questa conclusione, si comprende come strettamente connesso al problema dell'interpretazione sia quello della cd. certezza del diritto. Infatti bisogna essere avvertiti che nel tempo presente questa certezza non può essere considerata imm modificabile a legislazione invariata, secondo la logica giuspositivista, ma può essere soggetta a revisione perché i criteri che hanno contribuito a formarla, e cioè i principi e i valori, inevitabilmente risentono dei fattori di contestualizzazione e questa circostanza conferma che, in particolare nella nostra materia, ormai la certezza del diritto non può che essere provvisoria e non definitiva e richiede al giudice, più che una risposta esatta, una risposta ragionevole⁶³.

E quindi il giudice del lavoro è tenuto a dare una motivazione ampia ed esauriente che tenga conto della molteplicità dei valori sottostanti, al fine di consentire un controllo il più possibile oggettivo della stessa motivazione. In altri termini, il controllo della motivazione della sentenza deve censurare la sentenza ove il giudice sostituisca alla ragionevolezza della risposta il suo personale convincimento.

E allora per comprendere il senso e il limite della funzione interpretativa del giudice del lavoro bisogna sgombrare il campo da un equivoco ricorrente: in primo luogo il giurista in generale e quello del lavoro in particolare, pur rimanendo soggetto alle regole sulla produzione e sull'interpretazione della legge e dei contratti, e pur essendo obbligato a tenere conto anche dei vincoli derivanti dalle normative internazionali ed europee, nell'interpretare le norme non può prescindere dai principi fondamentali che costituiscono la base del nostro sistema costituzionale⁶⁴ e che non sono negoziabili.

⁶³ In termini generali v. già A. ABIGNENTE, *Note minime in margine ad un interessante dibattito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 4, 733-734.

⁶⁴ Cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia su metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, spec. 24, in cui l'a. evidenzia come i problemi di fondo siano il rapporto del giurista con la società civile ed essenzialmente il metodo, perché il ruolo della giurisprudenza di fronte allo sviluppo sociale non può essere correttamente definito se non mediante una riflessione sul metodo; importante è anche la lezione di R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, I, 273 e in part. 286 che, pur riconoscendo la funzione della politica del diritto, mette in guardia da eccessi di furore progettuale.

17. *Il rapporto di impiego pubblico e la sua privatizzazione: luci e ombre*

Se i mutamenti socio-economici hanno determinato una progressiva evoluzione della disciplina del lavoro privato, lo stesso non può dirsi in egual misura per il lavoro pubblico, rispetto al quale, riprendendo l'icastica espressione di Hobsbawn⁶⁵, si è parlato, non a caso, di "secolo breve del pubblico impiego"⁶⁶, per indicare come le principali riforme del lavoro pubblico del xx secolo si siano concentrate negli ultimi venti anni, dopo un lungo periodo di relativa stabilità.

Il pubblico, impiego, costituiva in Italia, fin dalle origini, un ordinamento speciale, che vede il rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti distinguersi nettamente dalla *locatio operarum*⁶⁷, perché regolato da normative, spesso eterogenee, volte a tutelare principalmente interessi pubblici.

Il rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, infatti, non aveva natura contrattuale ed era caratterizzato da una posizione di "supremazia speciale"⁶⁸ dell'amministrazione, in quanto soggetto esponenziale di interessi pubblici sovraordinati.

Questa concezione del pubblico impiego ha finito per caratterizzare, con diverse sfumature, tutti i tentativi di regolamentazione organica della materia, a partire da quelle del 1908, passando per le riforme del periodo fascista del 1923/1924, fino al d.p.r. n. 3 del 1957.

E se, da una parte, la legislazione fascista rispose all'esigenza di accentuare ancor di più lo spirito autoritario del pubblico impiego, in coerenza con i principi del regime, al fine di assicurare una maggiore efficienza e fedeltà degli impiegati, quella legislazione tenne anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che, come icasticamente sottolineato, "passò sopra gli apparati statali senza toccarli"⁶⁹.

L'Assemblea costituente, infatti, non concepì un'amministra-

⁶⁵ E. HOBSBAWN, *Secolo breve 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, Milano, 1995.

⁶⁶ M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "legge Bassanini"*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 1; vedi anche G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, 2.

⁶⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, voce *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. dir.*, 1970, vol. XX, 297.

⁶⁸ Cfr. E. GHERA, *Il pubblico impiego*, Bari, 1975, 14; M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, 143.

⁶⁹ S. CASSESE, *Immunità ed "inefficienza" della burocrazia*, in ID., *La formazione dello stato amministrativo*, Milano, 1974, 227.

zione statale nuova nel tipo strutturale o nella ripartizione di competenze e accolse il sistema del pubblico impiego tradizionale. Questa “continuità storica (teoricamente) innaturale” si spiega anche in considerazione della necessità per la pubblica amministrazione di continuare a funzionare senza interruzioni all’indomani della fine della guerra e nel passaggio tra vecchio e nuovo regime⁷⁰.

Ad una analisi più approfondita, in linea di principio, l’art. 97, al comma 2, Cost, poneva astrattamente le basi per il superamento del modello burocratico accentratore delineando un diverso sistema di amministrazione organizzato per sfere di competenza, ma questa istanza risultò frustrata dalla riserva di legge in materia di organizzazione degli uffici di cui all’art. 97 comma 1, tradizionalmente estesa anche al fattore organizzativo costituito dal personale. Questa circostanza aiuta a comprendere perché anche il successivo d.p.r. n. 3 del 1957, nonostante negli anni 50 si cominciasse a sentire l’esigenza di superare il sistema gerarchico, non stravolse i tradizionali assetti regolativi del pubblico impiego.

In questo contesto anche il sindacato si sviluppa diversamente rispetto al settore privato: esclusa la possibilità di negoziare trattamenti dei pubblici dipendenti, l’azione sindacale è per lo più strumentale a fare pressione sul Parlamento e sul Governo affinché nei provvedimenti legislativi e in quelli amministrativi si tenga conto di determinati interessi dei dipendenti.

Dopo il timido tentativo di introdurre la contrattazione collettiva nel pubblico impiego da parte della legge n. 93 del 1983, che comunque richiedeva il recepimento dell’accordo in un d.p.r. per dare al contratto efficacia normativa, è solo negli anni ’90 che si realizza il superamento del pubblico impiego come ordinamento speciale all’esito del grande processo riformatore comunemente indicato come “privatizzazione” del pubblico impiego.

Questa riforma epocale prevede la riconduzione del rapporto di lavoro dei pubblici impiegati sotto la disciplina del codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell’impresa, l’introduzione del contratto (collettivo ed individuale) quale fonte di disciplina del rapporto e la devoluzione delle controversie di lavoro pubblico al giudice ordinario⁷¹.

⁷⁰ Cfr., anche per l’espressione tra virgolette, M. RUSCIANO, *op. cit.*, 150.

⁷¹ Restano ovviamente alcune eccezioni, soggettive ed oggettive, rispetto alle quali

Tra le ragioni che la resero possibile possono essere annoverate:

a) la crisi di rappresentatività vissuta dai partiti negli anni '90, che consente ai sindacati di acquisire maggiore forza e potere politico e crea i presupposti per una loro nuova rilevanza anche nel pubblico impiego⁷²;

b) esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica, con il contratto collettivo che avrebbe dovuto porre fine alla ormai intollerabile situazione di grande disomogeneità dei trattamenti tra diverse categorie di dipendenti, ognuna regolata dalla propria legge speciale⁷³;

c) ragioni di efficienza, in considerazione della discrepanza tra il quinto posto dell'Italia nella classifica dei paesi più industrializzati e il trentunesimo posto in quella relativa alla qualità dei servizi pubblici⁷⁴. Gli strumenti privatistici, dunque, avrebbero dovuto rivelarsi funzionali al buon andamento dell'organizzazione amministrativa, fermo restando il principio di imparzialità.

Dopo le riforme Bassanini della seconda metà degli anni '90, che, in una diversa ottica di maggiore decentramento amministrativo, completarono il processo riformatore, restano ancora dei nodi irrisolti.

La privatizzazione avrebbe dovuto fondarsi sul principio di distinzione tra politica e amministrazione, lasciando agli organi di vertice politico le sole funzioni di indirizzo e garantendo ai dirigenti autonomi poteri di gestione e la responsabilità esclusiva dell'attività amministrativa.

continuano a trovare applicazione le normative speciali, ma per espressa previsione di legge e non sulla base di una asserita "specialità" del rapporto rimessa alla valutazione dell'interprete. Sulla specialità cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *La specialità del rapporto e il regime transitorio nella c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Lav. dir.*, 1993, 568.

⁷² Cfr., sul punto, F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, sulle ragioni della privatizzazione sopra evidenziate, nelle non privatizzato (vedi *infra*) e voleva rispondere, dunque, ad essi in F. CARINCI, M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. 29/93 ai d.lgs. nn. 396/97, 80/98 e 387/98. Commentario*, Milano, 2000, 180.

⁷³ Cfr., sul punto, M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro...*, cit., 42.

⁷⁴ Sulle ragioni della privatizzazione sopra evidenziate cfr. U. ROMAGNOLI, *La revisione della disciplina del pubblico impiego: dal disastro verso l'ignoto*, in *Lav. dir.*, 1993, 232 nonché S. CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Dal-l'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, a cura di S. Battini, S. Cassese, Milano, 1997, 78.

Nonostante i dubbi di legittimità costituzionale della riforma espressi dal Consiglio di Stato⁷⁵, che dubitava dell'idoneità degli strumenti privatistici a garantire il perseguimento dell'imparzialità e del pubblico interesse da parte di un soggetto che pur essendo parte contrattuale rimane pubblico, la Corte costituzionale ha sempre ritenuto il nuovo impianto regolativo conforme a Costituzione, legittimando il c.d. passaggio dalla legge al contratto attraverso un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici⁷⁶.

Questo equilibrio, però, è difficilissimo da trovare, come testimoniano, del resto, i continui interventi riformatori che, negli ultimi anni, si succedono nel tentativo, ancora non pienamente riuscito, di risolvere i vari problemi che riguardano il lavoro pubblico⁷⁷.

Ancora oggi la dirigenza non può dirsi effettivamente autonoma ed indipendente ed il principio di distinzione tra politica e amministrazione non completamente assicurato per almeno tre ordini di ragioni: in primo luogo, per i meccanismi di nomina degli incarichi dirigenziali, non sempre tali da assicurare la nomina dei dirigenti più preparati e da garantire una adeguata tutela dei controinteressati; in secondo luogo, per la disciplina dello *spoils system*, che sebbene riferita agli incarichi apicali, realizza a cascata una forte ingerenza della politica nell'attività amministrativa⁷⁸; in terzo luogo per l'inefficienza di molti sistemi di valutazione della *performance*, in mancanza dei quali una dirigenza autonoma e responsabile non potrà mai affermarsi.

Il fallimento dei sistemi di valutazione, pur previsti sulla carta, deriva anche da una contrapposizione di interessi tra sindacati e

⁷⁵ Cnf. Cons. Stato, parere n. 146 del 1992.

⁷⁶ Tra le altre si veda, Corte cost. n. 309 del 1997. La riforma è resa possibile anche alla luce di fondamentali contributi dottrinali che, da una parte, già da tempo ragionavano sulle condizioni per un possibile avvicinamento tra le discipline dei rapporti di lavoro pubblico e privato e, d'altra parte, evidenziano la conformità a costituzione dell'intero impianto. Si vedano, in particolare, M. S. GIANNINI, voce *Impiego pubblico...* cit., 305, nonché, Id., *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro it.*, 1979, V, c. 301; A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 471.

⁷⁷ Cfr., da ultimo, la c.d. riforma "Madia" (d.lgs. n. 74 e 75 del 2017).

⁷⁸ Sul rischio che determinate normative possano rendere i dirigenti "dipendenti e precari e, quindi, facilmente manipolabili e perfino ricattabili" cfr. S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modifica costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1344.

pubbliche amministrazioni/datori di lavoro spesso solo formale: quella contrapposizione, naturale nel lavoro privato, si traduce nel lavoro pubblico in una sorta di cogestione di determinati fenomeni oggetto di contrattazione collettiva. Basti pensare, ad esempio, all'annoso problema delle retribuzioni di risultato, spesso attribuite "a pioggia" a tutti i dipendenti senza alcuna logica meritocratica. Non è un segreto, del resto, che molte scelte contrattuali sindacali nel lavoro pubblico si siano dimostrate "quasi mai virtuose"⁷⁹.

Il problema, dunque, non è solo normativo, ma è anche, principalmente, culturale: il mutamento di determinate dinamiche sindacali⁸⁰ o la tanto auspicata trasformazione del dirigente da burocrate a *manager* non avviene certamente sulla base di una modifica legislativa.

Sono necessari, da un lato, innovazioni nelle modalità di formazione e di selezione dei dirigenti e, dall'altro lato, meccanismi di responsabilizzazione che possano ovviare all'ineludibile differenza tra pubblica amministrazione ed impresa privata: l'assenza del rischio imprenditoriale e del mercato come elemento di necessaria eliminazione delle inefficienze organizzative, pena il fallimento dell'impresa.

18. *Le relazioni industriali: un processo in trasformazione*

Qualche notazione merita anche l'area delle relazioni industriali in Italia, a mio avviso improntate ancora ad un sistema sindacale di fatto, anche se il contesto attuale è profondamente mutato rispetto a quello dell'attesa della legge sindacale (anni 60) e più tardi, dello Statuto dei lavoratori. Infatti da più parti si evoca l'intervento legislativo sulla rappresentatività.

È noto che nel nostro diritto sindacale delle origini erano vistose le lacune lasciate dal legislatore ordinario nella definizione delle regole del diritto sindacale. Per la verità la legge sindacale pur prevista dall'art. 39 è stata osteggiata alle origini non soltanto dai sindacati e in particolare dalla Cisl, ma anche contrarietà fu manifestata dalla

⁷⁹ M. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 61.

⁸⁰ Per non parlare della vicenda scandalosa dei distacchi sindacali, ora in parte ridimensionata.

prevalente dottrina. I cosiddetti trentanovisti almeno inizialmente erano una sparuta minoranza⁸¹.

Lacune che l'attività creatrice della dottrina in modo più vistoso, ma anche la giurisprudenza hanno cercato di colmare, utilizzando le categorie civilistiche dell'autonomia collettiva come specie dell'autonomia privata⁸² e quindi del contratto collettivo di diritto comune e della sua inderogabilità rispetto al contratto individuale, ma che oggi, soprattutto per quanto attiene alla sua efficacia soggettiva, in un periodo di superamento del monopolio dell'azione sindacale da parte del sindacato confederale, mostrano crepe sempre più evidenti perché la limitata efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune non risolve, ma aggrava il problema del conflitto di rappresentanza tra sindacati⁸³.

A) Per cinquanta anni, esattamente dalla prolusione bolognese di Mancini sulla libertà sindacale e contratto collettivo *erga omnes*⁸⁴, la dottrina maggioritaria aveva aderito alla impostazione sostenuta anche da Giugni⁸⁵, con la nota teoria dell'ordinamento intersindacale della inutilità dell'attuazione dell'art. 39 perché si era consolidato nel nostro ordinamento il sistema sindacale di fatto.

Già precedentemente Pietro Rescigno⁸⁶ riteneva non necessaria l'attuazione dell'art. 39 Cost., perché esisteva l'unità di azione sinda-

⁸¹ V. per tutti l'opera di G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960.

⁸² F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 133 ss.; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in ID., *Persona e comunità: Saggi di diritto privato*, II (1967-1987), Padova, 1988, 422-442; M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1967, *passim* in part. 31 ss.

⁸³ G. SANTORO-PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale, clausola di rinvio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 3, 487.

⁸⁴ F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, I, 570.

⁸⁵ G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960, 134.

⁸⁶ P. RESCIGNO, *Le società intermedie*, in *Persona e comunità: Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, 48. Lezione inaugurale dell'anno accademico, 1954, Università di Macerata. In questa lezione sono assai interessanti le osservazioni iniziali dell'a. a. 29: "in ogni caso mancò, negli scritti di politica e di diritto il tentativo di studiare questi gruppi dall'interno e di legare l'indagine giuridica ad una più vasta ricerca relativa al sostrato sociale di queste formazioni, ai rapporti con i gruppi di pressione con la società generale e con le classi esistenti nel Paese e relative allo sviluppo e alla involuzione del metodo democratico nella vita e nell'attività delle associazioni, sempre meno rispettose dell'autonomia dei singoli e delle frazioni, sempre più dominate dagli apparati" e conclude che il modo più felice di accostarsi ai partiti e ai sindacati sarebbe lo studio degli statuti.

cale che rendeva inutile la misurazione della rappresentatività sindacale di ciascuna associazione sindacale e sottolineava che nell'ordinamento costituzionale, pur con luci ed ombre “i partiti e i sindacati, pur vivendo ai confini del diritto privato, non vogliono lasciare quegli schemi. Anzi, nell'evoluzione del regime giuridico delle associazioni, essi ravvisano nel regolamento di diritto privato comune il punto più alto della parabola, per quanto riguarda l'alternativa vicenda dei loro rapporti con lo Stato”⁸⁷. Ed ancora “la richiesta dei partiti e dei sindacati di rimanere nel diritto privato retti dalle brevi e povere norme sull'associazione non riconosciuta si traduce in un'esaltazione del diritto privato come ultima garanzia di libertà e in un atto di sfiducia verso lo Stato”⁸⁸.

È anche vero però che la contrarietà ad una legge di attuazione dell'art. 39 Cost. determinata in particolare dall'avversione all'intervento dello Stato e dal rischio di un ritorno della esperienza corporativa, sia pure democratica, evocata nel 4 comma dell'art. 39 Cost. dal riferimento alla categoria, è ormai notevolmente ridimensionata.

In altre parole, l'inattuazione dell'art. 39 non è più ineluttabile perché tutte le parti, sia datoriali che sindacali, hanno dichiarato di volere una legge sulla rappresentanza sindacale. E l'esigenza di attuare, se non la lettera, almeno lo spirito dell'art. 39, comma 4, Cost. è sicuramente confermata dal noto accordo interconfederale del 2014, denominato, significativamente Testo Unico, non solo per regolare e misurare la rappresentatività sindacale effettiva di ciascun sindacato, ma per riconoscere efficacia generale al contratto collettivo, se stipulato dai sindacati che raggiungono un livello di rappresentatività almeno pari al 50%+1. Ovviamente il Testo unico vale soltanto nei confronti dei soggetti che lo hanno sottoscritto, perché rimane pur sempre un atto negoziale e non normativo.

Ma per comprendere le ragioni che hanno determinato, almeno a parole, un'inversione di rotta e cioè l'opportunità di un intervento legislativo bisogna necessariamente rivolgere lo sguardo al passato.

Negli anni settanta anche a seguito dell'autunno caldo sindacale, il sindacato era ampiamente rappresentativo degli interessi dei

⁸⁷ P. RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato*, cit., 1966, 190.

⁸⁸ P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 191, è questa la risposta dell'illustre a. alla domanda formulata a 143 “ascrivere partiti e sindacati al diritto privato è effetto di una finzione deformante o non è piuttosto adesione alla realtà dell'esperienza?”.

lavoratori perché la sua politica era effettivamente unitaria, anche se non si è mai arrivati all'unità organica, pur auspicata dallo Statuto dei lavoratori (v. art. 29). E il tasso di sindacalizzazione era assai più elevato di oggi. Si è poi passati alla fase concertativa con il famoso patto triangolare del '93 e annesso accordo interconfederale che ha avuto il merito di superare la crisi dell'unità di azione sindacale attraverso l'istituzione delle rsu, organismo sindacale unitario. Questa struttura sindacale è riuscita a contenere la forte spinta centrifuga generata dal *referendum* del 1995 a favore anche di organizzazioni sindacali minori tuttavia firmatarie del contratto collettivo.

A ben vedere, la riforma introdotta dal *referendum* del 1995 non alterò il sistema sindacale di fatto perché legittimava pur sempre le organizzazioni sindacali firmatarie. Ma nello stesso tempo superando il sistema della maggiore rappresentatività sindacale presunta, determinò un cambio di paradigma perché spinse ogni organizzazione sindacale a misurare la propria rappresentatività. E qui il sistema si è inceppato perché i diversi tentativi compiuti con il Testo Unico del 2014 e anche nel 2018 dalle parti sociali diretti a misurare la rappresentatività effettiva di ciascun sindacato, non hanno avuto alcuna attuazione. A mio avviso però la rappresentatività quantificata, e cioè desunta da dati formali, richiede più che un protocollo tra le parti, un intervento legislativo nell'orizzonte dell'art. 39 cost⁸⁹. Ed è evidente che un intervento legislativo di questo tipo potrebbe favorire la soluzione di una serie di problemi conseguenti: da quelli relativi alla legittimazione dei sindacati a trattare, configurando in capo ad essi un diritto a trattare (sulla falsariga del sistema vigente nel lavoro pubblico) che la Corte costituzionale con la sentenza n. 231 del 2013, aveva in qualche misura già adombrato⁹⁰, alla individuazione dei soggetti legittimati a stipulare il contratto collettivo e infine a risolvere anche la *vexata quaestio* della titolarità individuale o collettiva o congiunta ai fini della proclamazione dello sciopero.

B) Un altro tema che merita qualche precisazione è costituito dall'art. 51 del d.lgs. 81 del 2015. Secondo un certo orientamento da questa norma si può ricavare la fungibilità tra contratti collettivi di

⁸⁹ V. in questo senso di recente anche R. DE LUCA TAMAJO, *Incertezze e contraddizioni del diritto sindacale italiano. È tempo di regolamentazione legislativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, 273.

⁹⁰ V. in senso critico R. DE LUCA TAMAJO, *op. ult. cit.*, 280-281.

diverso livello con il risultato di ampliare a dismisura lo spazio del contratto collettivo aziendale che non tollererebbe più i paletti fissati dall'accordo interconfederale del 2013 e dal testo unico del 2014 secondo il quale il contratto aziendale può derogare *in peius* le clausole del contratto nazionale nei limiti e secondo le procedure del contratto nazionale. È chiaro che secondo questa impostazione il governo della contrattazione rimarrebbe in capo ai sindacati nazionali. Ma non si può fare a meno di ricordare che esiste e campeggia ancora l'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011 convertito con modifiche in legge n. 148 del 2011.

A questo punto diventa inevitabile la domanda, anche alla luce del decreto delegato sulle tutele crescenti e del nuovo testo dell'art. 2103 c.c. se il suddetto art. 8 possa considerarsi un episodio normativo isolato o abbia segnato l'inizio di un'inversione di tendenza e cioè che il contratto aziendale sia abilitato a derogare *in peius* norme inderogabili di legge prescindendo dai limiti e dalle procedure previste dal contratto nazionale.

Orbene, alla prima questione si deve rispondere che la normativa successiva non solo ricorre alla stessa tecnica, nel senso che autorizza il contratto aziendale a derogare *in peius* norme di legge bypassando la funzione ordinante del contratto collettivo nazionale, ma interviene anche direttamente a modificare talune normative inderogabili che regolavano il rapporto di lavoro.

In questo senso basta richiamare, nell'ambito della disciplina attuativa della legge n. 183 del 2014 (c.d. *Jobs Act*), l'art. 2103 c.c. che per certi versi addirittura supera quanto previsto, in linea generale, dall'art. 8.

L'art. 8, infatti, subordina la possibilità di derogare alle norme di legge all'intervento di un contratto collettivo, seppur aziendale.

La nuova disposizione, oltre ad estendere notevolmente le fattispecie legali di legittima adibizione a mansioni inferiori, abilita i contratti collettivi, anche aziendali, ad individuare ulteriori ipotesi di demansionamento.

A differenza di quanto stabilito dall'art. 8, tuttavia, tale competenza derogatoria dei contratti aziendali non deve rispondere a finalità particolari ed è riconosciuta in via ordinaria.

Certo il ricorso sempre più frequente al contratto collettivo con il fine di derogare a discipline che possono rivelarsi troppo rigide in

determinati contesti può risultare penalizzante per il singolo lavoratore laddove intervengano deroghe peggiorative.

In quest'ottica, allora, il baricentro delle tutele accordate dal diritto del lavoro, tradizionalmente incentrate sulla protezione del singolo lavoratore come contraente debole, sembra tendenzialmente spostarsi verso una dimensione collettiva, tesa a mantenere i livelli occupazionali anche a costo di cedere qualcosa sul piano delle garanzie individuali.

Le minori garanzie individuali a seguito delle deroghe peggiorative o dell'introduzione di discipline più flessibili rispetto alle precedenti sarebbero controbilanciate dal mantenimento del posto di lavoro, considerato prevalente in un'ottica di temperamento dei vari interessi.

D'altra parte non si può non rilevare che la sempre più estesa facoltà di deroga del contratto nazionale da parte di quello aziendale nel nome della lotta all'uniformità "oppressiva" della normativa inderogabile del contratto nazionale rischia di compromettere, di fatto, la funzione solidaristica che il contratto nazionale tradizionalmente assume.

Le condizioni minime stabilite nel contratto nazionale, infatti, proprio perché uniformi, sono determinate tenendo conto dei differenti contesti socio-economici del territorio italiano e assicurano i minimi di trattamento a quella miriade di lavoratori che non hanno un contratto aziendale.

Il potenziamento del contratto aziendale in deroga, soprattutto se svincolato dal controllo a monte da parte del contratto nazionale, rischia inevitabilmente di far saltare il primo livello di contrattazione e le relative logiche solidaristiche, a tutto vantaggio di discipline patrizie aziendali che tengono conto esclusivamente di interessi particolari e in cui il sindacato può essere più condizionato dalla controparte.

La seconda questione riguarda la eventuale abrogazione dell'art. 8 del d.l. 148 del 2011 da parte della normativa successiva.

La risposta deve essere sostanzialmente negativa perché, come è noto, l'art. 8 riconosce al contratto aziendale un duplice effetto e cioè l'efficacia generale e quella derogatoria.

E per queste ragioni la prevalente dottrina considera i contratti aziendali dell'art. 8 una specie particolare di contratti.

Queste caratteristiche del contratto inducono a ritenere che l'art. 8 non può ritenersi formalmente abrogato da normative successive che abbiano disciplinato diversamente la materia già prese in considerazione dall'art. 8.

Infatti, la flessibilizzazione della disciplina del contratto a termine rimessa dall'art. 8 al contratto collettivo è stata direttamente realizzata dalla legge 16 maggio 2014 n. 78, che ha eliminato le causali per la conclusione del contratto a termine.

E un discorso analogo può essere fatto, come si è visto, per la nuova disciplina delle mansioni.

D'altra parte la non abrogazione dell'art. 8 da parte delle normative successive, ma soprattutto la previsione dell'art. 12 della legge n. 604 del 1966, sicuramente non abrogata, fa salve le condizioni più favorevoli previste dai contratti collettivi in materia di licenziamento⁹¹.

C) Qualche osservazione merita la contrattazione non solo e non tanto per la fungibilità tra livelli contrattuali ormai sempre più frequente ma per riflettere sui dati di una ricerca impiegati e quadri verso il lavoro 4.0. Questa ricerca conferma come ormai sia indispensabile che la contrattazione si adegui ad un lavoro che sta cambiando: formazione, lavoro, *welfare*, *smart working* sono temi che emergono nelle richieste di impiegati e quadri, mentre come riconosce lo stesso Bentivogli⁹², l'inquadramento professionale è fermo al 1973. Dopo oltre quaranta anni, bisogna adeguarlo alleprofessionalità profondamente cambiate cogliendo le opportunità offerte da contratti come quelli di FCA e Leonardo. Secondo lo stesso Bentivogli, il sindacato tradizionale è sempre più inutile: la semplice rivendicazione o la vecchia tutela non intercetta né mette insieme le persone. Bisogna che il sindacato passi dalla concezione della *Job protection* allo *skill development*. L'alternativa è stare con chi pro-

⁹¹ In proposito v. l'accordo Novartis che ha previsto il mantenimento dell'art. 18 St. lav. da parte dell'impresa cessionaria Novartis ai 7 lavoratori dell'impresa cedente (ALCON).

Ovviamente si tratta di un caso isolato e come tale non può essere considerato un esempio consolidato, ma certo l'applicazione dell'art. 18 ai nuovi assunti dal 7 marzo in poi, per via contrattuale, non è affatto vietata perché il giudice potrebbe considerarlo come trattamento di migliore favore.

⁹² M. BENTIVOGLI, *Impiegati, contratto ibrido per il lavoro 4.0*, in *Il Sole 24 ore* del 13 ottobre 2018.

getta e si fa carico della grande trasformazione del lavoro o essere spazzati via dalla disintermediazione favorita dal digitale. E Bentivogli formula una proposta interessante e cioè un contratto ibrido, ossia un contratto formato da due parti una collettiva e solidarista più utilizzata per il lavoro dipendente e un'altra che riguarda aspetti che ultimamente riguardano solo la contrattazione individuale (orari e quote di salario) proprie della tutela di un professionista incaricato di un progetto. In questo modo, secondo Bentivogli si potrebbe ottenere un duplice risultato e cioè maggiore flessibilità ma anche maggiore tutela considerato che anche per le alte professionalità nel rapporto individuale con l'azienda il potere contrattuale del singolo lavoratore talvolta risulta ridimensionato.

19. Conclusioni

Dalle precedenti osservazioni si può ricavare una triplice conclusione. La prima di carattere contingente è che bisogna tenere conto della tipologia della realtà e quindi probabilmente la variegata tipologia dei rapporti di lavoro richiede il superamento del dualismo lavoro subordinato-lavoro autonomo e l'introduzione anche di una nozione di dipendenza economica, i cui indici, come si è già rilevato, non è agevole individuare.

La seconda conclusione adombrata alla fine di questo saggio è che il legislatore dovrebbe intervenire in materia di rappresentatività sindacale perché solo in questo modo si prende atto che è intervenuto un cambio di paradigma con il passaggio, dapprima, dalla maggiore rappresentatività sindacale presunta e quindi dal sistema sindacale di fatto, a seguito del *referendum*, alla rappresentatività dei sindacati firmatari del contratto collettivo, e infine, se interviene la legge sindacale, al sistema della rappresentatività quantificata in base a dati oggettivi, che finirebbe per riconoscere al sindacato il diritto a trattare. Bisogna comunque essere consapevoli che una legge sulla rappresentatività sindacale e la necessaria determinazione dell'ambito in cui misurare la stessa rappresentatività, così come avviene nel lavoro pubblico, comporterebbe inevitabilmente un superamento del sistema sindacale fondato sul mutuo riconoscimento.

La terza conclusione che deriva proprio dall'osservazione delle modifiche normative intervenute in questi anni, consente di ribadire

che il diritto del lavoro non deve e non può essere considerato un diritto che comporta la cristallizzazione di un sistema di valori immutabile, ma al pari di tutti i fenomeni umani è calato nella storia, e quindi risente inevitabilmente dei diversi contesti storici e geopolitici.

Di fronte a queste evidenti e rilevanti trasformazioni sociali, dell'organizzazione e dell'ambiente di lavoro che non si prestano alle classificazioni tradizionali, ciò che interessa in questa sede sottolineare è che il diritto che dal lavoro prende nome e ragione continuerà ad esistere se riuscirà ad assolvere alla sua funzione tipica ed insostituibile, e cioè se riuscirà a tutelare la parte debole del rapporto individuale e collettivo, senza cadere nella facile e ambigua illusione di trasformarsi o diventare una parte del diritto dell'economia⁹³. Con queste sintetiche riflessioni ho inteso affermare che l'applicazione delle diverse normative in materia di lavoro non deve far venire meno quella che, a mio modo di vedere, è la funzione ontologica e quindi permanente del diritto del lavoro, o se si preferisce, la ragion d'essere della nostra disciplina, e cioè la tutela della dignità della parte debole del rapporto di lavoro, che non può non implicare il ricorso sia pure temperato alla tecnica della normativa inderogabile, e che rimane il vero presidio della tutela del lavoratore. È necessario però essere avvertiti che nella misura in cui si amplia lo spazio della normativa derogabile si riduce quello della normativa inderogabile, e di conseguenza si riduce anche l'area dei diritti indisponibili, e l'operatività del regime di invalidità, temperato, ragionevole e sempre valido, dell'art 2113 c.c.⁹⁴

⁹³ F. SANTORO-PASSARELLI *“Se tutti gli altri contratti riguardano l'avere delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'avere per l'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere che è condizione dell'avere e di ogni altro bene”* già in *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-48, 3 e ora in *Saggi diritto civile*, Napoli, 1961, 1071. Cfr. anche R. SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1960, I, 83 ss.; e ancora R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal Protocollo Giugni al decreto Biagi*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di P. Ichino, Giuffrè, Milano, 2008, 402 ss., in part. il § *Il lavoro nel diritto*, riporta un'una frase di Matteo Dell'Olio il quale affermava che *il valore di fondo del diritto del lavoro è quello della libertà e della dignità del lavoratore, la tutela della libertà umana del lavoratore e quindi non può essere annegato nel diritto commerciale, né con questo, magari con tutto il diritto, nell'economia*. Questi pensieri e concetti sono stati condivisi da P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 30-31.

⁹⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene. Napoli, 1976.

Abstracts

L'A. affronta il tema delle trasformazioni intervenute nel campo del diritto del lavoro a seguito dei processi di innovazione tecnologica e di globalizzazione economica. In proposito, la chiave fondamentale di comprensione del fenomeno è offerta dalla crescente diversificazione delle tipologie di lavoro, autonomo e subordinato, tale da rimettere in discussione la stessa distinzione fra le due categorie, nonché dall'emergere di una nuova concezione dell'organizzazione del lavoro, soprattutto a seguito della diffusione delle reti tecnologiche. Tali trasformazioni producono incertezza giuridica, che legislatori e corti stentano tuttora ad arginare, e alle quali secondo l'A. dovrebbe comunque risponderci in base ai principi costituzionali di dignità, di sicurezza e di libertà dei lavoratori.

The Author affords an account of the transformations occurred in the field of labour law due to the processes of technological innovation and economic globalisation. The main criterion for comprehending the issue is given by the increasing diversification of labour typologies, namely those of autonomous and subordinated labour, that questions the very distinction between these categories, as well as by the emergence of a new conception of work organisation, particularly due to the diffusion of the web. Such transformations engender legal uncertainty, to which both legislatures and courts are far from giving adequate responses. According to the Author, these should be given in light of the constitutional principles of dignity, security and liberty of workers.

L'uomo della strada, lo sviluppo della tecnica e il costituzionalismo del Novecento

Cesare Pinelli

SOMMARIO: 1. L'uomo della strada dopo la catastrofe e la proposta di un'accezione minima di civiltà giuridica. – 2. Crisi della civiltà e progresso tecnico. – 3. Il costituzionalismo e la ricerca di una giusta distanza fra cittadini e pubblici poteri. – 4. Rinnovati interrogativi sulla sopravvivenza del costituzionalismo. – 5. I rischi di blocco dei processi di apprendimento. – 6. Storicità del diritto per principi.

1. *L'uomo della strada dopo la catastrofe e la proposta di un'accezione minima di civiltà giuridica*

Nel 1945 Giovanni Miele denunciava “l'insoddisfazione dell'uomo della strada” per una scienza giuridica “non tanto a servizio della società, quanto a servizio del «legislatore», e quindi strumento di ogni e qualunque concezione che dai recessi di questo essere immateriale venisse a quando a quando espressa”¹. La tecnica giuridica, aggiungeva, “va mantenuta e perfezionata: ma, perché non si ritorca contro chi l'adopera, essa va, al pari di ogni altra tecnica, associata e piegata a quei valori universali che hanno la loro radice nella natura dell'uomo. Sono questi valori universali che devono guidare costantemente il giurista nella fatica quotidiana e che egli deve difendere a ogni prezzo contro gli sbandamenti di singoli e di folle. Solo così la tecnica diviene manifestazione di vera civiltà”².

Una sequenza simile si ritrova in Giuseppe Capograssi, per il quale “proprio nell'animo dell'uomo comune nasce una domanda veramente semplice. Se gli ordinamenti sono la difesa della vita e della umanità della loro vita, quale ostacolo essi hanno opposto a questo tentativo di trasformarli in mero complesso di mezzi tecnici, per di più, diretti proprio contro quei beni che erano nati per tutelare? La risposta è, non può non essere: nessuno”³. La catastrofe aveva dimo-

¹ G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, (1945), in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1987, 446.

² G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, cit., 456.

³ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959, 172-173.

strato “con la efficacia che solo la storia dà alle dimostrazioni, la mancanza di fondamento e di principio degli ordinamenti giuridici contemporanei, la loro singolare e caratteristica vacuità, che si prestava a qualunque attentato, e poteva riempirsi delle correnti più negative, e servire agli scopi più negativi della umanità della vita. Lo Stato sovrano ha messo la sua sovranità e il suo potere di creare il diritto al servizio di queste dottrine di morte: e queste dottrine hanno avuto così il suggello della legge e dell’ordine giuridico, si sono imposte come diritto sono diventate diritto”⁴. La Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo rifletteva per contro “intuizioni vive della coscienza pratica della parte più viva dell’umanità”, e non bisognava scambiare “questo concretissimo documento per uno dei soliti e morti cataloghi di diritti naturali, cari agli addottrinati di altri tempi”⁵.

Dopo aver ricordato le “nuove, inesauribili forme di delitto” escogitate negli anni di pace dalla “mente criminale dei governanti” con l’ausilio del progresso della tecnica e dell’affinarsi della abilità legislativa, Giuliano Vassalli affermava a sua volta che “tutti gli insegnamenti” della punizione dei delitti contro l’umanità conducevano “al superamento, ogni giorno più evidente, del dogma della *statualità del diritto*”⁶. Né i tentativi di “governanti infami” di “condurre, in nome del «sano sentimento giuridico popolare», i loro popoli ai più nefandi delitti” costituivano una ragione per rifugiarsi nell’ossequio alla legge scritta: “Il popolo, pur nei suoi fatali errori e in alcune concezioni che possono apparire grossolane, sente come delitti, e come i più gravi delitti, proprio certi fatti che alla stregua della legge scritta dello Stato noi saremmo tenuti a considerare «giustificati» e cioè non delitti. Deve esser opera del giurista cercare di comprendere e di spiegare tutto questo facendo sentire il diritto come cosa viva, come alimento di tutti e per tutti, come prodotto genuino dello spirito umano”⁷.

L’invito di questi giuristi a guardare al diritto dalla prospettiva dell’“uomo comune” o dell’“uomo della strada” non era un espe-

⁴ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., 181.

⁵ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., risp. 193 e 194 *sub* (1).

⁶ G. VASSALLI, *I delitti contro l’umanità e il problema giuridico della loro punizione*, Prolusione letta il 31 gennaio 1946 dalla cattedra di diritto penale della Università di Genova, in questa *Rivista*, 2010, risp. 18 e 37-38.

⁷ G. VASSALLI, *I delitti contro l’umanità*, cit. 39.

diente retorico per rafforzare una certa dimostrazione. Costituiva la presa d'atto che chiunque, scomparso l'ordine censitario, poteva giudicare il significato del diritto nella sua vita e per la sua vita, e perciò anche gli esiti ultimi di un diritto piegato a tecnica di potere e a "dottrine di morte". Con l'ingresso di larghi strati popolari nella sfera pubblica, l'"uomo della strada" era ritenuto ancora in grado di emettere giudizi del genere, senza aver subito quei processi di omologazione culturale che per Ortega y Gasset avevano fatto emergere l'"*hombre-masa*"⁸.

Era quanto presupponeva la speranza in un diritto capace di parlare a tutti in quanto evocativo di valori comuni elementari, e quindi linguaggio necessario a comprendere i molti e differenti fini cui gli uomini possono aspirare restando tali⁹. Non era, si chiariva, l'auspicio di un ritorno al diritto naturale, ai cataloghi "cari agli addottrinati di altri tempi"; e si era ben avvertiti dei rischi degli sciagurati appelli alla coscienza giuridica del popolo, specie nel diritto penale. L'antica dicotomia diritto positivo/diritto naturale veniva a perdere la portata di un escludente spartiacque su ambedue i fronti, nel momento in cui al centro delle preoccupazioni era la distanza dall'uomo di un diritto ridotto a tecnica legislativa, così come di un diritto sapienziale dispensato alla "massa ignara" da "una casta interpretante"¹⁰. Anche da qui sarebbe scaturito un costituzionalismo imperniato su principi di convivenza.

D'altra parte, chi scriveva che la tecnica giuridica poteva divenire "manifestazione di vera civiltà" solo a condizione di farsi guidare da certi valori universali, aveva già preso congedo da quell'astratta e orgogliosa rivendicazione di unicità della *civilisation* che traspare dall'*incipit* della *Déclaration* del 1789. Per "civiltà" intendeva piuttosto un minimo denominatore comune agli uomini quale quello da lì a breve ipotizzato nel preambolo della Dichiarazione Universale del 1948, che evocando una tragedia appena vissuta si traduceva in un doloroso monito permanente. Il solo contributo possibile degli europei alla formazione di una comunità internazionale che non era più nelle loro mani.

⁸ J. ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas* (1930), Tecnos, Madrid, 2003, 86 ss.

⁹ Così I. BERLIN, *La ricerca dell'ideale* (1988), poi in *Il legno storto dell'umanità. Capitoli della storia delle idee*, Adelphi, Milano, 1996, 31, con riferimento a Vico e a Herder quali esponenti di un pensiero pluralistico diverso dal relativismo di Spengler.

¹⁰ Come dirà N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2013, X.

2. *Crisi della civiltà e progresso tecnico*

Un'accezione del pari modesta di 'civiltà' veniva allora proposta da Huizinga, secondo cui "Il concetto di civiltà, come tanti altri concetti storici, è giustificato e utile solo perché non siamo capaci di sostituirvi un concetto migliore. [...] È passato il tempo in cui credevamo di aver detto tutto dicendo progresso, in cui credevamo di vivere nel secolo illuminato e di avere sconfitto definitivamente le potenze delle tenebre"¹¹. Egli si dichiarava convinto "che la nostra civiltà, per arrivare a quel risanamento che è umanamente possibile, deve passare attraverso un processo di semplificazione; essa dovrebbe porsi consapevolmente certi limiti, diventare più parca rinunciando volontariamente alle esagerazioni, all'eccesso di particolari, di raffinatezze e di analisi che minaccia di soffocarla"¹².

Era ancora in corso una "guerra totale", che veniva "combattuta non solo in una misura finora ignota e con mezzi di distruzione inauditi, ma anche con un accanimento spirituale quale non si è mai scatenato nei grandi conflitti del passato. Questo è dunque il bene che i miracoli del pensiero tecnico hanno recato all'umanità! Il vecchio odio è rimasto, il nuovo si è accumulato dappertutto e con questo materiale il nostro povero mondo, cioè gli uomini che lo abitano dovranno costruire una nuova civiltà. Si tratta sempre della stessa umanità sventurata che non può rinunciare all'ardente desiderio di pace, di libertà e di sentimenti umani"¹³.

La guerra aveva mostrato fino a che punto i progressi tecnici potessero venire piegati a calcoli di potere. Per Huizinga, questa era però solo l'espressione estrema degli effetti perversi dell'avanzare della tecnica sulla razionalità umana. Già prima di allora aveva notato l'incapacità della ragione, legata alla logica aristotelica, a tenere il passo con la fisica e con la matematica: "Il sapere meravigliosamente cresciuto non è ancora entrato a far parte di una concezione di vita nuova ed armonica, che ci irradii ed illumini come chiara luce solare entro la quale ci muoviamo. La somma di tutta la scienza non è ancor diventata civiltà"¹⁴. Nello stesso tempo, "In una società con

¹¹ J. HUIZINGA, *Lo scempio del mondo* (1943), Bruno Mondadori, Milano, 2004, 55.

¹² J. HUIZINGA, *Lo scempio del mondo*, cit., 156.

¹³ J. HUIZINGA, *Lo scempio del mondo*, cit., 157.

¹⁴ J. HUIZINGA, *La crisi della civiltà* (1935), Einaudi, Torino, 1937, 40-41.

istruzione elementare diffusa, e immediata pubblicità dei fatti del giorno, e divisione del lavoro assai spinta, l'uomo comune diventa sempre meno dipendente dalle proprie facoltà di pensiero e di espressione", e "La suggestibilità visiva, sempre pronta, è il punto in cui la pubblicità afferra l'uomo moderno e lo colpisce nel lato debole della sua diminuita capacità di giudicare. Questo vale ugualmente per la pubblicità commerciale come per la propaganda politica"¹⁵.

Al pari dei giuristi italiani, lo storico olandese guardava alla crisi della civiltà, e alle possibilità di una sua ripresa, dal punto di vista dell'"uomo comune", senza richiedere "un distacco aristocratico dal mondo": poiché, "se la civiltà è una realtà vissuta, ne deriva quasi da sé che soltanto nella personalità essa può sorgere e quindi anche guarire. Perciò occorre una comunità la cui forza di vita favorisca lo sviluppo e l'evoluzione della personalità"¹⁶.

3. *Il costituzionalismo e la ricerca di una giusta distanza fra cittadini e pubblici poteri*

Se dovessimo condensare gli obiettivi dei Costituenti europei del secondo dopoguerra, non potremmo partire da una prospettiva diversa. Si pensi all'"*homme situé*"¹⁷, o al principio direttivo dell'anteriorità della persona allo stato che guidò la stesura della Costituzione repubblicana in ordine ai diritti fondamentali. La forma statale di convivenza organizzata non era in discussione, e talvolta era addirittura da ripristinare¹⁸. Si sentiva però l'urgenza di dissociarla dall'ideologia, convertitasi in dogma della statualità del diritto, che aveva assegnato allo stato la piena disponibilità dei fini della collettività.

Avendo alle spalle tanto il totalitarismo quanto il fallimento del liberalismo, i redattori di quei testi si proposero di fissare principi indisponibili per il pubblico potere, onde scongiurare la pericolosa concretezza di un potere che aveva colonizzato le coscienze, e nello stesso tempo espressivi di valori socialmente condivisi, anziché dei costrutti formali cui era ancorato lo stato liberale. Come verrà poi

¹⁵ J. HUIZINGA, *La crisi della civiltà*, cit., 50.

¹⁶ J. HUIZINGA, *Lo scempio del mondo*, cit., 160.

¹⁷ G. BURDEAU, *La démocratie*, Seuil, Paris, 1956, 63.

¹⁸ F. NEUMANN, *Bebemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo* (1942), Milano, Feltrinelli, 1977.

detto, se l'identificazione fra stato e società fa venire meno la delimitazione delle funzioni statali, che rende possibile la separazione dell'esistenza privata da quella pubblica e senza la quale la libertà non può realizzarsi, "non è soltanto l'identità ma anche la distinzione tra stato e società a non essere priva di pericoli, benché questi ultimi saltino meno agli occhi rispetto al rischio di derive totalitarie. Si può dire che qui i pericoli sussistano sul versante opposto: nella creazione di una distanza troppo ampia tra stato e società, nello sviluppo di uno stato di potere, che si pone al di sopra della società e che da essa si estrania sempre di più"¹⁹.

Occorreva dunque individuare un primo equilibrio fra astratto e concreto, attraverso un diritto per principi capace di canalizzare processi volti alla ricerca, mai compiuta una volta per tutte, di una giusta distanza del pubblico potere dai cittadini.

La tendenza risulta, in primo luogo, dal modo con cui sono riconosciuti e tutelati i diritti fondamentali. Nello specificare principi sottratti alla disponibilità del pubblico potere, come libertà, dignità ed eguaglianza, tali diritti presentano al tempo stesso una dimensione sostanziale ed egualitaria sconosciuta all'assetto liberale-oligarchico, in cui la proclamazione dell'eguaglianza formale e la figura del contratto quale scambio di volontà fra parti eguali nascondevano disparità effettive. Il contestuale spostamento delle garanzie dei diritti soggettivi dal potere legislativo ai giudici non risponde solo all'esigenza di separare il potere, ma mira altresì a conferire effettività al godimento di tali diritti rispetto all'epoca in cui la generalità ed astrattezza dei precetti legislativi, con l'inerente prestito di intrinseca razionalità, assorbivano ogni pretesa di giustizia.

La garanzia giurisdizionale dei diritti fondamentali nei confronti del potere politico e la legittimazione dell'esercizio di tale potere attraverso i diritti politici fondamentali si combinano in vista di una massimizzazione delle possibilità di pretese e di apprendimenti *ex parte populi*. A costo di tradursi in istituzioni che stanno in un rapporto di reciproca tensione strutturale *ex parte principis*, dove le diverse fonti di legittimazione del rispettivo potere ben possono diventare motivo di contestazione reciproca, dalla bickeliana "difficoltà

¹⁹ K. HESSE, *Osservazioni sull'attuale problematica e sulla portata della distinzione tra stato e società* (1975), in *L'unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, a cura di A. Di Martino e G. Repetto, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 233.

contro-maggioritaria” alla tocquevilliana “dittatura della maggioranza”. Sono conflitti presupposti da quelle costituzioni, tanto che appositi istituti servono a dirimerli, con una sofisticazione del principio di separazione dei poteri sconosciuta alla tradizione costituzionale del continente.

Una ricerca della giusta distanza si avverte altresì nelle formulazioni del principio di sovranità popolare. Il popolo è reso titolare di una sovranità che può esercitare alle condizioni costituzionalmente previste, non è onnipotente in quanto è dichiarato sovrano. Nel prendere congedo dall'equivalenza tra sovranità e onnipotenza, le costituzioni europee disciplinano le stesse manifestazioni del sovrano sul presupposto di condensare un condiviso patrimonio di valori, compresa la democrazia pluralistica. L'esigenza di limitare ogni concentrazione di potere si combina con una valutazione positiva degli esiti concreti della sua differenziazione.

La stessa ricerca si coglie, infine, nel riconoscimento del pluralismo delle associazioni e dei gruppi organizzati, di una dimensione intersoggettiva che supera la dicotomia liberale fra stato e individuo senza per ciò preconstituire strutture corporative. Al contempo il pluralismo, e ciò esplicitamente nella versione della Costituzione italiana, non avrebbe potuto pregiudicare programmi di rimozione delle disuguaglianze, che dovendo però a loro volta rispettare una garanzia di compresenza dei gruppi, diventavano oggetto di un permanente compito di riequilibrio per i pubblici poteri. Dalla combinazione dei due vincoli scaturiva una dinamica orientata a promuovere il valore primario della persona, e perciò priva di implicazioni paternalistiche²⁰.

Un disegno strutturalmente e volutamente incompiuto, perché fondato su conflitti e interazioni fra associazioni e gruppi, non meno che fra pubblici poteri, i cui risultati non erano preventivamente conoscibili. Ogni armonia prestabilita vi era esclusa nella misura in cui le ferite del passato, non meno dei necessari compromessi reciproci, richiedevano di porre limiti alle pretese della razionalità sinottica come dell'artificio politico. Ciò che occorreva predisporre erano le condizioni affinché nel futuro il potere – stavolta non solo politico, ma anche economico o culturale – non bloccasse i processi di mobi-

²⁰ Per questa ricostruzione C. PINELLI, *Forme di stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Jovene, Napoli, 2009, seconda edizione, 137 ss.

lità sociale, di circolazione delle idee e degli stili di vita, di mutuo apprendimento di esperienze, onde proseguire la ricerca della giusta distanza anche sul versante societario. Una ricerca, dunque, solo in parte consegnata al diritto – a partire dalla legislazione, dalle convenzioni costituzionali, dalla giurisprudenza, a fini di attuazione del testo –, e per il resto affidata proprio all'uomo della strada di Miele e di Capograssi, ora reso cittadino abbastanza garantito nei suoi diritti da poter interagire responsabilmente con gli altri.

Si può cogliere qui, più tangibilmente che negli altri punti, il contributo del costituzionalismo all'incivilimento: un contributo che pure non può andare oltre la predisposizione delle sue condizioni.

4. *Rinnovati interrogativi sulla sopravvivenza del costituzionalismo*

Oggi non abbiamo alle spalle una catastrofe, né una scienza al servizio del legislatore, né un diritto lontano dall'uomo. Eppure una diffusa impressione di crisi degli assetti giuridici consolidati della convivenza già induce a rinnovati interrogativi sulla sopravvivenza del costituzionalismo²¹, se non sulla fine del diritto²².

I punti di partenza variano a seconda del grado di discontinuità attribuito al costituzionalismo post-totalitario. Vi è chi lo iscrive “nel progetto storico-politico della modernità illuministica”, che nel secondo Novecento sarebbe giunto “a identificare i testi costituzionali con il programma entro cui si sarebbe dovuta sviluppare la spinta del progresso”²³. Altri ammettono la svolta, ma pur sempre in termini “di arricchimento, o di perfezionamento, del patrimonio storico dello stato nazionale di diritto, e non come punto di avvio della costruzione di una nuova *forma politica*, certo non estranea a quel patrimonio, ma destinata a trasformarlo e in qualche modo a superarlo”²⁴. Altri ancora evidenziano la portata della ridefinizione dei paradigmi della modernità, quello hobbesiano e quello weberiano, risultante dal costituzionalismo post-totalitario²⁵, o le sostanziali no-

²¹ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

²² P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, il Mulino, Bologna, 2009.

²³ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno*, cit., 130.

²⁴ Opinione riferita da M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in *Fine del diritto?*, cit., 58.

²⁵ Così M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, cit., 54 ss.

vità del suo quadro pluralistico rispetto allo statalismo e al legalismo della modernità²⁶.

La tesi della massima discontinuità mi appare più convincente per le ragioni prima esposte. Ma da esse risulta pure l'insufficienza di una ricerca sulla sorte del costituzionalismo contemporaneo tutta incentrata nella presa del testo sulla realtà sociale, tenendo conto solo delle (ambivalenti) fortune del diritto e delle (perdute) virtù trasformative della politica: che sarebbe comunque una presa dall'alto. L'ipotesi di un costituzionalismo estroverso, che con la precostituzione di una serie di limiti al potere consente l'avvio di processi di mobilità sociale, di circolazione delle idee e degli stili di vita, di mutuo apprendimento di esperienze, presuppone che né il diritto né la politica possano dettarne gli andamenti o sovrapporre proprie dottrine al loro libero sviluppo.

Le pretese di dominio sociale incontrarono in una prima fase argini sufficienti, o vennero canalizzati i conflitti che potevano derivare dal loro spontaneo dispiegamento. E quei processi ebbero corso. Negli ultimi decenni, al contrario, si sono progressivamente moltiplicati i rischi di una loro distorsione o atrofizzazione: con un ritorno alla predestinazione dei ruoli e delle posizioni economiche, con una perdita di senso del contenuto delle comunicazioni inversamente proporzionale alla sofisticazione degli strumenti tecnici che le consentono, con una sfiducia negli esiti dell'apprendere reciproco che porta all'anomia e alla passività.

Come è stato detto, "la spazialità globale e autosufficiente, la compatibilità totale e di superficie, per giustapposizioni solo esterne, hanno preso il posto del confronto capace di arricchire e far crescere, della mediazione che non si accontenta solo del 'politicamente corretto', ma che incide sui contenuti e li trasforma attraverso la reciprocità, la misura, la forza di discutere a fondo se stessi"²⁷.

Eppure la regressione verso forme primitive di comunicazione, la sfiducia negli esiti dell'apprendere reciproco, l'individualismo arelazionale si combattono solo con libere manifestazioni e modalità espressive di segno opposto.

²⁶ P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 35.

²⁷ A. SCHIAVONE, *Storia e destino*, Einaudi, Torino, 2007, 8.

5. *I rischi di blocco dei processi di apprendimento*

Gli elementi principali che rischiano di bloccare i processi pluralistici di apprendimento sono stati da tempo e da più parti rinvenuti nella smisurata potenza della tecnica e della finanza globale, del resto fra loro connesse. Ben più controverse sono le risposte alle domande che ne derivano, ora perché pongono paradossi, dal momento che quella potenza è emersa dagli stessi processi pluralistici, ora perché costringono a percorrere terre incognite, risultandone travolte certezze elementari su cui anche il diritto è costruito.

Sul primo piano si è parlato di un prepotente riemergere del “lato oscuro della socializzazione”, termine convenzionalmente associato a processi sociali capaci di espellere la barbarie, e invece riferibile pure a un “accrescimento delle proprie prerogative sociali poste come dura necessità contro la quale altre esistenze sociali si scontrano fino ad essere destinate alla espulsione, alla subornazione, alla dissoluzione, allo scarto, alla eliminazione”²⁸.

D’altro lato, le innovazioni tecniche hanno travolto certezze basilari della convivenza, come quelle sulla vita e sulla morte, o sul rapporto tra mente e corpo²⁹, così come la formazione di imprese giganti ha creato asimmetrie strutturali rispetto ai mercati non meno che agli stati³⁰.

Già Huizinga, lo abbiamo visto, ragionava di un’incapacità del pensiero di stare al passo col progresso scientifico e tecnico. Ma la sua accelerazione sembra oggi sfidare ogni potenziale di adattamento umano. Gli stessi scienziati avvertono che l’innovazione digitale sottopone l’uomo a un sovraccarico di informazione che egli non riesce a metabolizzare, e che se una singola generazione diviene capace di innovare se stessa e l’innovazione diventa intragenerazionale, da intergenerazionale che era, il meccanismo neurale di apprendimento è messo a dura prova³¹. Altri ipotizzano anzi che, in un contesto sociale globale che spinge a un linguaggio sempre più semplificato, in

²⁸ A. BIXIO, *Riflessioni sul diritto naturale e sulla naturalità del diritto*, in E. BILLOTTI, D. FARACE, M.C. MALAGUTI (a cura di), *Cultura giuridica per un nuovo umanesimo*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2015, 21.

²⁹ A. SCHIAVONE, *Storia e destino*, cit., 70.

³⁰ C. CROUCH, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 58 ss.

³¹ R. CINGOLANI, Intervista a G.Geuna, in *L'Espresso*, 19 agosto 2018, 83.

una fideistica idea di ottimizzazione del tempo, il cervello tornerebbe a usare funzioni più primitive per avere risposte rapide, col “paradosso che la globalizzazione, ultimo traguardo della civiltà, potrebbe produrre un’involuzione cerebrale”³².

6. *Storicità del diritto per principi*

Può un diritto per principi fungere ancora da norma di riconoscimento, e quindi da argine a innovazioni pericolose per il futuro della specie, o a poteri spesso ritenuti non delimitabili coi consueti strumenti giuridico-istituzionali, e comunque rimasti largamente incontrollati?

Guardando a una politica tenuta a misurarsi con le “condizioni esterne della comunicazione sociale” anziché “col vecchio paradosso della sovranità”, e a un diritto pensato non più per regolare conflitti bensì per produrre comportamenti specifici, già Luhmann rilevava che “forse il fascino della Legge fondamentale, delle sue professioni di valore, l’idea di un’istanza suprema gerarchicamente garantita e l’uso quotidiano di tale regolamentazione non fanno che illuderci sul tragitto percorso su di una via che ha abbandonato ormai da tempo i suoi fondamenti”³³. Le conclusioni non sono diverse quando si osserva come, in un’epoca in cui “l’unica fundamentalità è la necessaria potenza della tecnica”, le costituzioni, delegittimate come meta-narrazioni, scadono al ruolo “di generali regole procedurali e organizzative, essenzialmente funzionali al dispiegarsi della tecnica e delle sue necessità”³⁴.

Occorre distinguere. Non è mancata la predisposizione di limiti a nuovi artifici lesivi della persona umana, e perciò volti a mettere in salvo le colonne d’Ercole dei principi costituzionali³⁵, anche quando questi siano stati integrati da fonti diverse, come i divieti di clonazione riproduttiva e di pratiche eugenetiche posti dalla Carta dei di-

³² L. MAFFEI, *Elogio della lentezza*, il Mulino, Bologna, 2014, 101.

³³ N. LUHMANN, *La costituzione come conquista evolutiva* (1990), in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Einaudi, Torino, 1996, 124.

³⁴ G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2000, 258.

³⁵ G. AMATO, *Fede e ragione nel discorso di Ratisbona* (2013), in *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant’anni*, il Mulino, Bologna, 2014, 223.

ritti fondamentali dell'Unione europea, o di modifiche genetiche ereditabili dalle generazioni future e di selezione del sesso come scelta procreativa salvo che per evitare la trasmissione di malattie ereditarie, che sono stati sanciti dalla Convenzione di Oviedo del Consiglio d'Europa.

In molti altri casi la tenuta del diritto per principi rischia invece una progressiva erosione. Talvolta dipende da complicità o da rinuncia dei pubblici poteri e da vischiosità delle categorie giuridiche, come quelle che lasciano indisturbate le oligarchie finanziarie³⁶, o la circolazione di notizie false in rete³⁷. Quando il *rating* dei debiti sovrani è affidato ad agenzie private afflitte da conflitti di interessi, malgrado possano provvedervi istituzioni sovranazionali o internazionali di rinomata indipendenza, o quando falsi circolanti in rete, accertati e produttivi di danni irreversibili, rimangono impuniti, siamo oltre la soglia della ragionevolezza. Qui non vi sono alibi al mancato contenimento degli “*excessive growth processes*” generati da sistemi sociali autopropulsivi³⁸.

Infine può accadere che i pubblici poteri non siano in condizione di agire nonostante le notevoli ricadute sulla convivenza dei processi di innovazione tecnica. Ad esempio, gli effetti della rarefazione del confine fra scienza e tecnica sulle opportunità di sfruttamento economico delle innovazioni non potrebbero venire individuati senza il contributo delle comunità scientifiche, il quale può però essere al massimo sollecitato dall'esterno. Nonostante si tratti di evitare la formazione di inediti *arcana imperii*, stavolta a scapito del potere politico, in questo come in tanti altri casi alle istituzioni pubbliche è giuridicamente inibito ingerirsi nei circuiti di formazione del sapere.

Nello stesso tempo, ed è un secondo paradosso, gli esiti delle innovazioni tecniche incidono da ogni parte sull'azione pubblica. Quando nei processi decisionali un calcolo di probabilità compiuto da esseri umani viene sostituito da un algoritmo, le nuove certezze

³⁶ C. PINELLI, *Pubblico e privato di fronte al potere della finanza globale*, in questa *Rivista*, 2016, 403 ss.

³⁷ C. PINELLI, “*Postverità*”, *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in questa *Rivista*, 2017, 467 ss.

³⁸ Dei quali parla G. TEUBNER, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 75.

così raggiunte non si pagano forse in termini di responsabilità giuridica per l'esercizio del pubblico potere e di accresciuta distanza dai cittadini? Può anche accadere che la formazione dei nuovi poteri e lo sviluppo tecnico diventino occasione di pericolose svolte verso il concreto. I giudici che riconoscano nuovi diritti scaturiti da innovazioni tecniche in nome del principio di dignità non finiranno invece col riflettere una retorica di diritti insaziabili al servizio di un diffuso individualismo arelazionale? I rappresentanti della nazione che rispecchino le paure dei rappresentati per l'incombere di poteri sovrastanti non rinunceranno a curare l'interesse generale a contenere quegli stessi poteri?

Appare così travolto l'equilibrio fra astratto e concreto intorno al quale il costituzionalismo post-totalitario aveva imperniato la ricerca della giusta distanza dei poteri pubblici dai cittadini. Il pluralismo, che tanta parte aveva nella prospettazione di quella ricerca, ha mostrato il suo lato oscuro, ha creato nuove siderali distanze e ha perciò distorto gli spazi della politica e del diritto fino a suscitare nei loro protagonisti la tentazione di nuove concretezze.

Di tale ricerca è rimasta la bussola di valori destinata ad orientarla, e tradotta in un quadro di principi costituzionali vincolanti. Anche se le innovazioni tecniche costringono ormai a difficili apprendimenti infragenerazionali, essa ben potrebbe continuare a valere per più generazioni. Scomparsa da tempo dai nostri discorsi la vecchia figura dell'uomo della strada, non è infatti per ciò andata perduta l'esigenza di tenere fermo, per il futuro, il riconoscimento di quel minimo di attese e di istanze umane che aveva espresso il confine che separa la civiltà dalla barbarie. E, a partire da qui, la possibilità di pensare assetti giuridici di convivenza idonei ad avviare nuovi processi di apprendimento e nuove forme di responsabilità per l'esercizio del potere pubblico e privato.

Abstracts

Dopo aver fornito un breve resoconto dei tratti fondamentali del costituzionalismo europeo post-totalitario, e in particolare dell'affermazione di un pluralismo costituzionale, l'A. si concentra sulle sfide che le società e gli ordini giuridici europei stanno fronteggiando a seguito dello sviluppo tecnologico e della globalizzazione fi-

nanziaria. Secondo l'A., queste sfide dovrebbero essere riguardate dal punto di vista epistemologico, considerata le difficoltà cerebrali di adattamento ai crescenti cambiamenti tecnologici, non meno che dal punto di vista sociale, a seguito dell'emergere di gruppi e reti finanziarie che gli stati non sembrano ancora in grado di affrontare.

After giving a brief account of the main features of post-totalitarian European constitutionalism, and of the emergence of constitutional pluralism in particular, the Author focuses on the challenges which European societies and legal orders are currently meeting due to the technological developments and finance globalisation. According to the Author these challenges should be viewed on epistemological grounds, given the difficulties of human minds to adapt themselves to the increasing technological changes, no less than on social grounds, given the emergence of financial groups and networks which states still appear unable to deal with.

1. Quando ho letto il tema enunciato per il prossimo numero della RISG, la mia reazione è stata di grande interesse: è ovvio che proprio la mia sensibilità di storico fosse fortemente stimolata dal titolo prescelto, dove l'accento cade indubbiamente sul significato delle ‘trasformazioni sociali’, tale da evocare il peso l'attenzione per i fenomeni contemporanei. Quando però mi sono messo a riflettere più attentamente sul possibile contenuto del mio intervento, sono stato soprattutto attratto dal primo dei due paradigmi di riferimento del titolo stesso: ‘civiltà giuridica’. Dove, proprio il riferimento alle trasformazioni sociali indirettamente riferisce questo paradigma al nostro presente.

Si tratta di un termine molto pesante e carico di storia: il suo impiego raramente è stato un fatto neutro, se pure è partito spesso dai fatti, da descrizioni, s'è quasi sempre sostanziato in giudizi di valore, espliciti o, assai spesso, solo impliciti. Aggiungere una qualificazione e determinazione dell'area di riferimento – ‘giuridica’ – non impedisce infatti la forte connotazione di ‘civiltà’ come fenomeno storico. Fenomeno neutro, a smentire apparentemente quanto or ora da me affermato, nell'uso molto diffuso del termine a indica semplicemente, con le parole dello Zingarelli, “il complesso delle strutture e degli sviluppi sociali, politici, economici, culturali che caratterizzano la società umana”. Riferibili dunque a qualsiasi tipo d'organizzazione del genere¹. Cui tuttavia si contrappone un significato più ristretto, ma ben presente negli impieghi correnti della parola, associato all'idea di progresso ed all'accresciuto livello di civiltà raggiunto dalle società umane nella loro storia, a superamento della loro originaria condizione di barbarie.

Io credo che gli organizzatori di questa discussione abbiano assunto questo punto di vista, dove inevitabilmente la qualificazione

¹ Tant'è che lo stesso Zingarelli, *Vocabolario della lingua italiana*¹² (1996), individuando un'a portata più specifica del vocabolo, come riferito alle “strutture culturali che caratterizzano una data società umana o un dato periodo nella storia della società”, ne menzionava le varie applicazioni, come ‘civiltà antica, medievale, assira’ etc.

del nostro ordinamento in termini di civiltà parrebbe echeggiare il riorientamento dell'intero sistema giuridico sulla base dei valori alla base del costituzionalismo del Novecento. Insomma come, se non un punto d'arrivo, uno stadio particolarmente elevato in un processo di crescita. Attenzione, però, perché il riferimento ad uno stadio elevato, se è del tutto consono all'idea di 'civiltà', del resto largamente diffuso negli usi correnti, si sostanzia però in una parola-chiave in ogni tipo di ricostruzione evoluzionista della storia sociale. Strumento che noi abbiamo ereditato da quella cultura ottocentesca che aveva organizzato tutta la storia delle società umane in un percorso, tendenzialmente unilineare, i cui vari 'stadi' erano appunto illustrati dalle condizioni delle varie società storicamente conosciute, al vertice delle quali, ovviamente, si collocava quella degli osservatori, possibilmente la società inglese (o americana) tardo-vittoriana.

Con queste puntualizzazioni io non intendo tuttavia rimettere in discussione il valore di quella che possiamo chiamare la 'costituzionalizzazione della vita giuridica' venutasi progressivamente affermando, almeno in Italia, nel corso della seconda metà del Novecento. Il mio obiettivo è più limitato, ma non per questo meno spiacevole dovendo andare contro l'opinione dei più. Io contesto infatti l'applicazione nell'interpretazione della storia giuridica delle nostre società, dal paradigma del 'progresso'. So bene che, malgrado che l'applicazione di tale parametro sia stata radicalmente contestata sin dall'inizio del Novecento e con forti argomenti, esso continui ad operare largamente nei nostri giudizi storici. Ma tale diffusione in nessun modo elimina o circoscrive la pericolosità, se non l'erroneità di tale impostazione. Questo non significa certo che non vi sia spazio per giudizi di valore, giacché essi sono essenziali al nostro agire politico ed al nostro pensare in termini politici anche ai fenomeni storici. Non è la neutralità dello storico che qui rivendico, ma l'isolamento del giudizio di valore rispetto alla ricostruzione storica. Una cosa è affermare che il sistema giuridico proprio di una società di ordini o di un mondo fondato su criteri di casta o di razza, o un'idea dei rapporti sociali associata esclusivamente al rilievo dei diritti e delle pretese individuali, senza nessun riferimento alle esigenze ed agli interessi comuni ci siano estranei, essendo riferibili ad altri assetti storicamente determinati, che la nostra storia ha cercato di superare, rendendoli per ciò stesso modelli inutilizzabili per le nostre società,

altra è costruire una vera e propria storia evolutiva secondo un'idea preconcepita di 'progresso' e fondare su di essa una specie di tassonomia dei sistemi giuridici.

2. Ma lasciamo perdere queste precisazioni teoriche – che pur non sono irrilevanti, se consideriamo l'uso fortemente ideologico che soprattutto le società occidentali hanno fatto del concetto di 'civiltà' nei loro rapporti con altre culture ed altri popoli. Concentriamoci dunque sulla questione concreta se un certo sviluppo dei sistemi giuridici contemporanei e del loro inquadramento teorico giustifichi l'idea di un livello superiore di 'civiltà' da essi conseguito, rispetto ad altri ordinamenti: ad es, rispetto ai classici sistemi di matrice borghese e liberale di stampo ottocentesco, più fortemente basati sulle logiche proprie delle relazioni privatistiche e individualistiche. La risposta positiva appare pressoché intuitiva ed è connaturata alla narrazione costante che se ne viene facendo da vari decenni da parte dei nostri giuristi. E come, d'altra parte, potrebbe essere altrimenti, se pensiamo agli alti valori etici, oltre che politici, che ispirano anche formalmente la nostra Costituzione e che, attraverso la sua espansione tendono a ridisegnare l'intero ordinamento, collocandolo quindi su un piano che, complessivamente, appare coincidere con un livello elevato di 'civiltà'?

Il patto fondativo stretto tra le forze politiche emerse dopo la catastrofe del Fascismo e della seconda guerra mondiale ha infatti, anche attraverso la forza pervasiva della Corte costituzionale, iniziato a permeare di sé ed a riorientare tutto l'ordinamento, imponendo valori nuovi e finalità, assenti nel suo impianto originario. Credo che da questa consapevolezza siano partiti gli organizzatori di questo nostro dialogo, identificando in tale processo l'elemento qualificante alla base del loro richiamo alla 'civiltà giuridica'. Un'operazione affatto legittima, intendiamoci, ma che rischia di indurci nell'erronea prospettiva di identificare in questi aspetti l'intera storia del sistema giuridico italiano a partire dal secondo Dopoguerra, interpretata come progressiva realizzazione di un alto modello, qualificabile, appunto, in termini di 'civiltà' (dove mi sembra di poter cogliere una celata ansia per le minacce che il presente sembrano riservare alla sua stessa persistenza).

Con questo mio richiamo al 'sistema giuridico', io tenderei ad ampliare il nostro sistema di riferimenti, al di là di quei fenomeni

evocati dagli organizzatori come i fattori costitutivi della presente ‘civiltà giuridica’. ‘Sistema giuridico’, in effetti, non è solo un termine più neutro, ma anche e soprattutto ci aiuta maggiormente a tener conto di tutti gli elementi costitutivi di quei processi sociali che tendiamo in genere a far rientrare nella categoria di ‘giuridico’ e che, forse, uno dei maestri della nostra Facoltà che abbiamo di recente commemorato, Riccardo Orestano, ci avrebbe invitato a far rientrare nel più generico, ma anche più consapevolmente comprensivo paradigma dell’‘esperienza giuridica’. Assumendo questo punto di vista, ci renderemo immediatamente conto che il colossale processo di trasformazione subito dal nostro ordinamento a partire dal secondo Dopoguerra è più ampio e complesso del solo, pur importantissimo suo riorientamento derivato dalla nostra Costituzione, da cui siamo partiti. Esso infatti coincide anche con altri fenomeni, di cui abbiamo preso ormai sufficiente consapevolezza, che in un discorso tra specialisti mi limiterò semplicemente ad elencare.

Si tratta di problemi nuovi, di carattere strutturale, come l’enorme crescita di domanda di giustizia derivante dalla crescente complessità delle società avanzate, con la caratteristica risposta costituita da un’altrettanto diffusa e sovente confusa *overlegification*. A ciò s’è poi venuta aggiungendo la moltiplicazione delle fonti di diritto, sia nell’ambito dello stato nazionale, sia e soprattutto a livello sovranazionale che ha reso ancor più incerta l’individuazione e la conoscenza della singola *regula iuris*, offrendo sì, spesso maggiori tutele ai singoli, ma contribuendo ad erodere quei criteri di certezza e chiarezza del diritto che appaiono una ricorrente esigenza delle varie società, dalle XII Tavole alla moderna stagione dei Codici. Non a caso questi processi hanno contribuito a riorientare l’intero nostro ordinamento verso un parziale distacco dalle logiche dei sistemi di diritto scritto, per introiettare elementi propri dei sistemi fondati sul valore precettivo della sentenza. Non potendo essere che il giudice ad orientarsi autoritativamente all’interno di un panorama normativo sempre più incerto e contraddittorio per la sua stessa crescita quantitativa. Non solo in ragione di questi fattori, ma certo anche in relazione ad essi s’impone non da oggi in primo piano la crisi, da tutti denunciata, di un aspetto qualificante della nostra ‘civiltà giuridica’, e che, per millenni, s’è identificata con l’idea stessa della sovranità politica: il ‘render giustizia’. Parlo della possibilità di ciascun indivi-

duo di fruire della protezione dell'ordinamento: della sua persona, dei suoi diritti, rivolgendosi a un giudice imparziale. Che oggi, qui in Italia, è gravemente limitata, giacché i tempi della giustizia sono essenziali per valutare il livello effettivo della protezione offerta dall'ordinamento: quei tempi ragionevoli, utili a fornire adeguata protezione che il nostro ordinamento non è in grado assolutamente di rispettare. Sono cose note, così come sono evidenti – e se ne parla ad ogni piè sospinto – di quanto ciò incida anche sul sistema economico del paese. Senza considerare quanto pesante possa esser per il singolo individuo la lentezza della giustizia penale. Ma qui, purtroppo, v'è un rimedio ancor più barbarico, costituito dalla rapidità di quella 'giustizia popolare' che s'è di fatto sostituita ai tribunali, grazie alla saldatura del tutto nuova con i grandi sistemi di comunicazione e d'informazione, dove uno strumento di garanzia ed un semplice sospetto in attesa di prove, sono divenuti essi stessi la condanna, con la pubblica gogna impartita al presunto colpevole. Talché è parte della nostra 'esperienza giuridica' il sedimentarsi di un pubblico permanente di 'tricoteuses', con un sistema organizzato di sicofanti che ricorda altre epoche storiche, tutte segnate, ricordiamolo dalla trasformazione in senso tirannico del potere politico, sia nel basso impero romano, che negli esiti della Rivoluzione dell'89.

Se a questo aggiungiamo le forme di iperprotezione delle pretese dei singoli rispetto al funzionamento dell'apparato amministrativo – si pensi solo all'uso devastante delle 'sospensive' dei TAR – s'evidenzia in modo drammatico quanto tali processi finiscano col pesare sull'intero funzionamento della macchina sociale, giacché, complessivamente i costi economici, diretti e indiretti, e talora le vere e proprie crisi da essi ingenerati, gravano su di essa e sul funzionamento della nostra economia, oltre che sugli individui. Come in ogni altro aspetto determinante della vita sociale ed economica il rapporto tra l'individuo e l'ordinamento (giuridico, economico, amministrativo), cioè con i portatori di autorità e di poteri vari, atti a incidere sulla sua vita, s'è allontanato, ingenerando quel generalizzato malessere che si sta variamente e pericolosamente esprimendo in tutte le società avanzate. Dove il paradosso è che la volontà di massimizzare la protezione giuridica per ciascuno finisce con l'erosare quelle esigenze d'efficacia e di certezza della legge che sono alla base dei nostri ordinamenti.

3. Come dicevo, non credo sia necessario approfondire ed estendere ulteriormente questa parte delle mie considerazioni², mi sembrano infatti sufficienti questi rapidi cenni ad evidenziare quanto d'ideologico vi sia nel modo in cui il rapporto tra forme giuridiche e trasformazioni sociali è evocato attraverso il riferimento alla 'civiltà giuridica' come prodotto del comune consenso intorno ad alcuni principi fondanti dell'ordinamento. Questo comune consenso, infatti, non ha evitato e non evita che si possa verificare un dissesto interno alla comune esperienza giuridica dei nostri tempi e della nostra società³. Dissesto che, francamente, rende un po' incongruo il termine autocelebrativo di 'civiltà'.

Nel frattempo – e questo concerne anche gli amici costituzionalisti che sono stati giustamente i primi a incentrare l'interesse gene-

² Anche se pure, un giorno dovremo pur fare un'adeguata riflessione sul modo in cui le nostre Facoltà giuridiche hanno evitato di farsi carico, per quanto le concerneva come sistema di sapere unitario, di segnalare in modo sufficientemente chiaro e drammatico il generalizzato avvitrarsi dei nostri sistemi giuridici: si pensi solo al silenzio che ha accompagnato l'uso politico del processo penale e la generalizzata caccia alle streghe che non ha segnato solo i destini di un ceto politico, ma le forme attuali della vita collettiva, preparando quella rottura del patto sociale che ormai si viene delineando ai nostri orizzonti. E quanto sia grave questo nostro silenzio lo attesta il fatto che esso non deriva tanto da timore o da conformismo, quanto da una divisione interna agli stessi specialisti, molti dei quali tuttora non credo siano disposti ad accogliere queste riflessioni autocritiche, oltre che l'esplicita critica a come la macchina della giustizia è stata utilizzata in Italia, sotto l'ipocrisia dell'"obbligatorietà dell'azione penale".

³ Quando osserviamo da vicino le complessive trasformazioni che segnarono il sistema giuridico romano nel corso dell'età imperiale, riscontriamo il lento sopravvenire, già avvertibile peraltro nel corso del II secolo d.C., di due fenomeni pressoché paralleli. Da un lato la crescita delle norme volte a regolare aspetti anche molto particolari della vita giuridica dell'Impero e del *modus operandi* di una burocrazia in rapido accrescimento, dall'altro l'indurimento della legislazione nei riguardi di tutte le violazioni delle regole giuridiche. In particolare nei riguardi dei loro stessi burocrati gli imperatori appaiono accanirsi, specie nella società ingessata del III-V sec. d.C., con pene pesantissime, torture, condanne a morte, per ogni minore infrazione ma anche per semplici errori in cui possano essere incorsi i privati od anche i funzionari imperiali. È l'aspetto più tetto, ma anche più sintomatico della profonda decadenza dell'intera macchina imperiale, che si ricava a proposito di questa tarda stagione della storia romana. È ovvio che, nel seguire le vicende di questi ultimi decenni così tormentati della nostra storia comune, il pensiero di questa tarda legislazione imperiale mi torni in mente, a evocare sinistri parallelismi. Perché il paradosso della nostra legislazione così preoccupata di garantire la moralità della pubblica amministrazione, di lottare contro la corruzione, è che il risultato finale da essa prodotta è un sistema di regole sempre più soffocante e inefficiente.

ralizzato sulla nostra Costituzione – già prima che i nuovi barbari aggreddissero esplicitamente le strutture fondanti dello stato moderno, e quindi di quella ‘civiltà giuridica’ di cui stiamo parlando, nel corso della ‘vecchia Repubblica, negli ultimi decenni, erano venuti meno alcuni elementi fondanti delle garanzie di libertà faticosamente costruite nei secoli, anzitutto in Inghilterra e negli Stati Uniti, oltre che nella riflessione continentale. Prima tra tutte l’idea del limite intrinseco ai poteri del Sovrano: giacché essa ha segnato l’inizio del processo di razionalizzazione delle moderne società occidentali.

Del resto, a ben pensarci, uno storico dovrebbe ricordare che ‘il diritto’ è nato come ‘limite’, limite all’arbitrio del singolo che non può andar oltre ai confini segnati da ‘ciò che è diritto’, oltrepassando i quali egli violerebbe ‘i diritti’ di un altro individuo. Ma limiti anche all’azione del potere politico: lo avevano già scoperto gli antichi, ma lo riscopriranno progressivamente anche gli uomini del Medioevo, ancor prima di desacralizzare il potere del sovrano⁴. Talché ancora possente è il valore mitico di passaggi come quelli associati alla *Magna Charta*. Non è solo la costruzione di Montesquieu a fondarsi integralmente sullo schema dei limiti, ma, seppure secondo una logica che ha sempre differenziato il liberalismo anglosassone da quello continentale, il meccanismo del ‘limite’ era stato fondante anche nel maturare dell’esperienza costituzionale inglese. E le costituzioni scritte nascono anzitutto come un patto volto a sancire i limiti, perché i confini che garantiscono le libertà individuali sono limiti ad ogni forma di potere sovraordinato: sia quello politico che giudiziario, sia allo stesso potere della legge.

Mi scuso per queste banalità, ma esse mi servono per introdurre, seppure con la cautela che richiede un discorso così problematico e sicuramente destinato a suscitare più d’una perplessità, un ultimo elemento di riflessione. Perché sempre più, nel corso di questi decenni, s’è venuta affermando una nuova idea dei diritti individuali o collettivi, non già come garanzia degli spazi di libertà: come obbligo di *non facere* di altri soggetti pubblici o privati, ma come

⁴ Che certo nasce quasi onnipotente, rispetto ai suoi cittadini, nelle *poleis* greco-italiche, e ancor più forti negli imperi e nelle monarchie dove il sovrano s’identifica con la divinità o la rappresenta. Eppure già Cicerone, riflettendo sulla sua *Res publica*, riconosce che vi sono regole che non possono essere violate neppure dai detentori della sovranità politica: magistrati, Senato o gli stessi Comizi.

pretesa di un *facere* da parte di questi altri soggetti. Il nucleo di partenza di questi sviluppi è probabilmente da individuarsi in quel insieme di garanzie a favore dei cittadini, introdotto dai padri Costituenti, associato non alle loro libertà, ma a qualcosa di più: a loro diritti. Questi diritti – il diritto al lavoro, alla salute etc, quelli insomma menzionati nella prima parte del testo costituzionale, erano il risultato di un compromesso politico tra i grandi soggetti politici presenti nella Costituente, ma riflettevano anche l'età del grande salto in avanti delle democrazie occidentali, con i primi passi del *Welfare*, in una stagione ricca di speranze quanto carica di difficoltà. Si delineava così il progetto di una comunità politica garantita nelle sue libertà, abbastanza chiaramente disciplinata nelle sue forme di governo, e impegnata a favorire lo sviluppo individuale e migliori e più giuste condizioni di vita.

Questo era congruo con la natura complessiva del grande compromesso politico che resse e ispirò la nostra Costituzione e addirittura anticipava, nelle sue prospettive di fondo, la costruzione di quei sistemi di *Welfare* che coincise, soprattutto nei principali stati europei, dall'Inghilterra alla Germania ed alla Francia, insieme al nostro, con quelli che oggi si indicano come i 'gloriosi trent'anni' in cui le nostre società forse raggiunsero il loro maggiore equilibrio tra sviluppo economico e giustizia sociale. Non sto qui a ricordare la storia successiva, con la svolta imposta dalla Thatcher e da Reagan prima, con il trionfo di un culto molto rozzo, nella sua semplificazione, del libero mercato dopo la caduta del Muro e con la sostanziale afonia della tradizione socialista europea (e, con Clinton, anche della migliore tradizione democratica in USA). Mi limiterò a richiamare l'attenzione sulla deformazione prospettica ingenerata dalla giuridicizzazione fatta nel nostro ordinamento di obiettivi sostanzialmente politici. Perché, in tal modo, poté sembrare che questi, come ogni altro 'diritto' che si rispetta, potessero esser tutelati dai tribunali, mentre invece il carattere profondamente politico del loro contenuto era realizzabile solo attraverso la politica e l'azione di governo della società. Si venne così perdendo progressivamente la consapevolezza che tali particolari 'diritti' fossero attuabili solo attraverso lo sforzo collettivo, assicurato attraverso un insieme di patti e compromessi tra tutte le componenti della nostra società. L'idea di un diritto inalienabile ha fatto dimenticare che questi doveri della collettività – dello

Stato – verso il singolo erano attuabili solo attraverso lo sforzo comune, trasformando gli obiettivi politici in motivi di lotta *contro* lo Stato ed aggravando i processi di disgregazione sociale che gli sviluppi imprevisi del nuovo capitalismo degli anni ‘2000 erano destinati ad ingenerare.

4. Naturalmente non possiamo imputare la crisi di un sistema e le ombre che gravano oggi su quello che noi intuitivamente ed approssimativamente sentiamo come la nostra ‘civiltà giuridica’, solo ad una cattiva configurazione del nostro sistema di norme, od al difettoso funzionamento della loro applicazione. E tuttavia anche questi aspetti sono entrati in gioco e negativamente, insieme a fenomeni totalmente nuovi come la stessa perdita di sovranità dei nostri ordinamenti. Queste mie precisazioni servono, non tanto a segnalare la necessità di una certa cautela nel rappresentare il carattere di fondo e le concrete forme d’efficacia del nostro ordinamento⁵. Mi sembra, infatti, che esso, non diversamente, si badi, da tutti gli altri sistemi giuridici delle società avanzate, seppure in forme diverse, sia sottoposto ad una crescente pressione esterna. Espressione ultima di quelle ‘trasformazioni sociali’ di cui parlava il titolo propostoci, appare infatti una moltiplicazione delle domande di giustizia in cui si riversano aspettative eccessive da parte della comunità. Domande, al plurale, perché non si tratta più della grande questione – peraltro essa stessa paurosamente in crisi con l’avvento di una nuova forma di capitalismo agli inizi del nuovo millennio – che ha attraversato tutto il secolo scorso, in cui gli assetti politico-sociali *e quindi* i vari ordinamenti giuridici si sono orientati a cercare d’assicurare un’eguaglianza non solo formale tra i propri cittadini, dando origine, appunto al moderno *Welfare*. Mi sembra infatti che, anche grazie all’indetermi-

⁵ È ancora da esplorare l’impatto sui criteri fondanti dei nostri ordinamenti dell’assunzione da parte di una superpotenza politica dei compiti di poliziotto e giudice sovranazionale a sancire le condotte corruttive di qualsiasi soggetto economico, appartenente a qualsiasi ordinamento politico, per presunti illeciti compiuti nell’ambito di sovranità di qualsiasi stato del mondo. Seppure ciò è un fatto politico (come politico è la capacità di imporsi a tali soggetti sulla base delle capacità di pressione derivanti dal controllo delle transazioni in dollari e dalla minaccia d’esclusione da ogni relazione economica con le aziende e nel mercato sottoposti alla sua sovranità). Tuttavia questo intacca come mai è avvenuto prima l’identificazione tra il diritto vigente e l’ordinamento politico nazionale (ma anche sovranazionale).

natezza di moderne categorie oggi in forte espansione – ad es. i ‘diritti umani’ – una moltitudine d’interessi e di valori, variamente presenti in società sempre più articolati, cerchi di introdurre nell’ordinamento generale nuove finalità e valori, sino ad adombrare lo snaturamento stesso di quello che è stato, nella tradizione europea ed occidentale, con le sue radici romanistiche, il ‘diritto’. È questo disarticolarsi ed una sperimentazione senza limiti, e proprio per questo aperta alle più diverse influenze, che ha reso possibile, ad es., una discussione ormai avviata intorno ad un ‘diritto degli animali’. È un progetto più avanzato, forse, nello sperimentalismo statunitense che in Europa, che, comunque, dà la misura dello snaturamento delle nostre categorie e di quel minimo condiviso di idee di fondo e di cultura in senso lato, essenziale a fare di una moltitudine d’individui una comunità: gli abitanti di quella ‘casa comune’ che evocava uno dei grandi maestri romani: Arturo Carlo Jemolo⁶. Mai come oggi tanti filoni diversi sembrano convergere nella direzione di una radicale rimessa in discussione dei valori storicamente condivisi su cui s’è fondata la costruzione di un diritto formale-razionale, come garanzia e difesa dei singoli.

Abstracts

Il saggio si sofferma sulla relazione fra il concetto di ‘civiltà giuridica’ e lo sviluppo del costituzionalismo nel Novecento. In particolare, secondo l’A., un conto è dire che, anche grazie a tale sviluppo, è stata superata una società ordinata secondo criteri di razza o di casta, un altro conto è ritenere il costituzionalismo abbia assicurato a tale società un progresso costante, secondo un presupposto ancora fortemente radicato nella nostra cultura. L’A. contesta la seconda tesi, e proprio per questo, anziché di ‘civiltà giuridica’ preferisce parlare di ‘sistema giuridico’, esaminando i problemi e le sfide che lo attraversano, dalla moltiplicazione delle fonti del diritto alla crescente

⁶ Non è solo una provocazione da parte mia, con un richiamo a follie individuali del tutto irrilevanti, se una rivista importante e attenta come *The Economist* vi ha dedicato di recente una specifica attenzione. Naturalmente v’è ancora una capacità di resistenza in nome di un’antica razionalità, ma v’è un’indubbia spinta fatta di pii desideri che rischia di prevalere: si v. le due esemplari reazioni pubblicate dalla stessa rivista tra le lettere (*The Economist*, 12-18.1.2019, 14).

domanda di giustizia, che determinano una crisi profonda dei rapporti fra giudici e legislatori, e erodono la certezza che è alla base dei nostri sistemi giuridici.

The essay is devoted to the relationship between 'legal civilization' and the development of constitutionalism in the 20th century. In particular, according to the Author, the assumption that such development has concurred to overcome a social order founded on race or on caste should be distinguished from the thesis that constitutionalism has ensured a constant social progress, relying on a presumption which is still deeply embedded in our culture. The Author questions the latter, and prefers therefore to concentrate on the 'legal system' rather than on 'legal civilization'. While examining the problems and the challenges affecting the legal system, he mentions *inter alia* the proliferation of the sources of law and the ever increasing quests for justice, engendering a deep crisis of the relationship between courts and legislatures and therefore of certainty, that lies at the core of our legal systems.

GIURISTI DELLA SAPIENZA

Ho avuto la ventura, nella mia vita di studioso, di poter constatare che ampie coincidenze mi accumulavano a Leopoldo Elia. Coincidenze di teoria costituzionale e anche di merito, pur se tanto diverse e distanti erano le concezioni del mondo da cui le traevamo. È certo che a farle coincidere avevano contribuito e per aspetti non secondari, le acquisizioni ricavate nel corso della nostra formazione di costituzionalisti, nel luogo del quotidiano dispiegarsi della dinamica costituzionale. Siamo stati infatti funzionari parlamentari tutti e due, Elia al Senato, io alla Camera, per un periodo anche contemporaneamente. Una esperienza singolare, come si sa, per le “regole d’ingaggio” che impongono la assoluta neutralità politica per il servizio alla politica, regole che noi rigorosamente osservavamo nell’esercizio dei compiti affidatici pur partecipando al dibattito culturale e programmatico dei due partiti di riferimento, Elia la Dc, io il PSI prima di Craxi. Dei quali partiti non potevamo essere e non fummo militanti perché militanti lo eravamo, sì, ma della Costituzione nella quale noi due, anche se con diversa accentuazione e per differenti sviluppi, riconoscevamo i nostri ideali etico-politici. Ricordo che ci capitò di dircelo e di dirci pure che avevamo fortuna: studiavamo quel che amavamo e volevamo che si diffondesse nella piena effettività giuridica e sociale.

Perché lo si volesse credo che Elia lo abbia come confessato, in altissima sintesi, scegliendo l’interpretazione di un diritto: quello della libertà personale, riconosciuta con l’articolo 13 della Costituzione. Diritto, quindi libertà che definì “vuota” di fini, perciò dall’estensione massima della garanzia e irriducibile del suo contenuto. Ricordo, ora è tant’anni, che a leggere quella sua interpretazione, parve subito a me che perché massimo e irriducibile, quel contenuto poteva essere riempito dal “pieno sviluppo della persona umana”, il compito che l’articolo 3 della Costituzione imponeva alla Repubblica. Pensai pure che quella interpretazione della libertà personale come titolarità, esercizio, godimento, dissolveva la mistificante, pur se insistente contrapposizione della libertà all’eguaglianza da parte della ideologia liberista.

Sui Discorsi parlamentari di Leopoldo Elia, non credo che possa esserci meglio o di più da dire di quel che si legge nella mirabile Presentazione del Presidente del Senato, nella esaustiva nota biografica del dottor Buonomo e nella Introduzione ricostruttiva così puntuale e fedele del pensiero di Elia che ha scritto Andrea Manzella. Dei tanti e da meditare tutti e tutti caratterizzati dall'essere esemplari discorsi parlamentari e magistrali lezioni universitarie ne ho scelto uno solo, quello che mi è parso come la migliore monografia di diritto costituzionale sul tema della revisione costituzionale.

Elia tenne questo discorso in occasione del dibattito sul messaggio che il Presidente della Repubblica Cossiga aveva inviato alle Camere il 26 giugno 1991. Il tema era della massima rilevanza e della massima difficoltà come solo poteva essere quello della critica della Costituzione della Repubblica da parte di un Presidente della Repubblica definito come “picconatore” della Costituzione della Repubblica.

Come era suo costume Elia lo affrontò adottando la linea del *juste milieu*. Alle picconate oppose la ragione, la razionalità giuridica delle distinzioni e delle connessioni, la razionalità giuridica arricchita dall'esperienza della storia degli stati e delle istituzioni degli stati, della storia *tout court*, la razionalità sottesa alle acquisizioni delle altre scienze umane. E c'era una fonte in più della razionalità, quella che si apprende, che abbiamo appreso studiando la Costituzione della Repubblica, la razionalità che è scritta nelle pagine degli Atti parlamentari dell'Assemblea Costituente.

È ricercando, ricostruendo e usando questa razionalità che Elia disegna il quadro delle revisioni costituzionali possibili e che ritiene auspicabili. Tenendo fermi tutti i principi fondamentali sanciti in Costituzione, sia se dettati come tali, sia se derivanti dalle norme sul procedimento di revisione, soprattutto in ragione della necessità etico-politica più alta, quella della salvaguardia dei “principi che costituiscono il diritto comune dei «rami altissimi» degli ordinamenti democratici di tradizione occidentale”. Principi di civiltà più che noti, ma Elia li elenca, *ed è bene che li si ricordi*, citando “le elezioni libere e periodiche, il mantenimento degli organi parlamentari rappresentativi del popolo, la separazione dei poteri, particolarmente dell'ordine giudiziario, la garanzia dei diritti fondamentali della persona”.

Altri due i principi inderogabili indicò Elia come limiti al potere di revisione. Derivavano dalla riflessione sulla nostra storia costituzionale. Era stata l'Italia il primo Paese in Europa, a sostituire un ordinamento giuridico liberale in timido avvio democratico in un ordinamento giuridico illiberale autodefinitosi anche totalitario, il fascismo. Lo aveva realizzato con l'uso del potere legislativo. Lo avrebbe impedito la rigidità della Costituzione. Che perciò si imponeva (e si impone) come principio inderogabile. Così come la stessa ragione storica impone la "non ripristinabilità del potere costituente esaurito con l'approvazione, nel 1947, della Costituzione repubblicana", nella stagione più alta della nostra storia.

Rigidità della Costituzione e procedimento di revisione. Elia apprezzava molto l'equilibrio raggiunto con l'articolo 138 della Costituzione tra la tendenza garantista e quella giacobina che sempre si affrontano sul terreno del potere costituente, l'una per limitarlo, l'altra per eternarlo. Lo apprezza non soltanto per la specificità della soluzione cui il Costituente pervenne, ma, credo io, perché è sui massimi problemi del costituzionalismo, della filosofia del diritto e della filosofia politica che si era raggiunto un accordo. Ed Elia constatava che anche su questioni che opponevano radicali diversità era quindi possibile una soluzione concorde.

Elia era il giurista, il politico, l'intellettuale più che del *juste milieu*, della sintesi. Ed è perciò che a fronte della questione della revisione della forma di governo, in linea con l'ordine del giorno Perassi, raccomandava la forma neoparlamentare perché "a certe condizioni può garantire tutti i vantaggi sostanziali del sistema semi presidenziale alla francese senza correre i rischi ...", quelli che "realizzerebbe un massimo di concentrazione di potere in una sola persona". Quanto alla legge elettorale, poi, sosteneva l'inclusione nel sistema elettorale proporzionale di "una virtualità maggioritaria". Ma essenzialmente sosteneva da ultimo, dopo una vita dedicata al loro studio, che le forme di governo potessero distinguersi tutte in due soli tipi: quelle equilibrate nel sistema costituzionale della divisione dei poteri, e quelle non equilibrate, foriere di immensi rischi per il costituzionalismo e la democrazia.

Signori Presidenti, Signore, Signori, appartengo alla stessa generazione di costituzionalisti di Elia. Abbiamo studiato la Costituzione, la abbiamo insegnata, noi la abbiamo anche amata. Io continuerò ad amarla, anche a nome di Elia.

INCONTRI DI STUDIO

Presentazione del volume:

M. CARTABIA - L. VIOLANTE, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone e Creonte* (il Mulino, Bologna, 2018)

Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma

27 settembre 2018

Intervento

Giovanni Canzio

1. Mentre sembrano dominare nella società postmoderna diffusi fenomeni di frammentazione e liquidità, due eminenti personalità delle istituzioni repubblicane – Luciano Violante, già presidente della Camera dei deputati e della Commissione antimafia, e Marta Cartabia, vice-presidente della Corte costituzionale – s’interrogano e dialogano intorno a figure e temi della tragedia greca che incrociano il senso profondo e la complessità dell’esperienza umana. Il confronto, serrato e leale, si svolge attraverso le dense riflessioni di un “*libriccino fortunato*”¹, di forte intensità morale, nel quale non viene affatto taciata la diversità degli schemi di lettura che talora li oppongono.

Rileggendo Sofocle, i due Autori avvertono che, nei tempi lunghi della storia dell’umanità, i “classici” della letteratura, della storia e della filosofia della Grecia antica si rivelano, a ben vedere, nostri contemporanei, perché segnano le radici e fondano gli archetipi della storia della mentalità e della cultura dell’Occidente, illuminano la realtà, danno senso alle multiformi, talora drammatiche e indecifrabili, esperienze della vita, aprono squarci di luce sul futuro.

Il giurista moderno, accostandosi all’esperienza dell’uomo greco, nei personaggi e nelle tragiche vicende di Edipo, Creonte e Antigone, che Sofocle narra (in un linguaggio poetico di cui si consiglia di non perdere la ricchezza semantica originaria), nel crogiuolo del dibattito intellettuale e politico ateniese del V secolo a.C., identifica taluni luoghi strategici del pensiero occidentale, all’incrocio fra le categorie della letteratura, del diritto, della giustizia e della morale.

¹ Fu questa l’espressione che utilizzò Alessandro Manzoni per commentare l’opera “*Dei delitti e delle pene*” di Cesare Beccaria.

In *Edipo Re* è prefigurato il modello del pur debole “paradigma indiziario”², le cui linee di fondo si rintracciano nello statuto epistemologico dell’inchiesta giudiziaria e del processo penale moderno.

In *Antigone* si fronteggiano le ragioni e le regole del nuovo ordine isonomico della *polis* democratica, espresse dal re Creonte, e quelle tradizionali e aristocratiche di natura religiosa, morale e familiare, invocate da Antigone. Risulta così rappresentato, nello scontro fra gli opposti disciplinamenti, il tema della perenne dialettica e della ricerca di un difficile equilibrio fra le esigenze di ordine del potere pubblico, da un lato, e le scelte individuali e le libertà del singolo, dall’altro.

2. In *Edipo Re*, nell’intreccio fra sapere divino e sapere dell’uomo, Sofocle costruisce una storia, per un verso, di enigmi, vaticini, profezie e, per altro verso, di ricerca e scoperta della verità (*alétheia*, da *a-lanthànōmai*: l’alfa privativo indica l’atto che rende manifesto ciò che è celato e oscuro, svela e produce chiarezza, contro l’apparenza o *doxa*).

Edipo, scioglitore di enigmi e liberatore della città, diventa protagonista dell’inchiesta su sé stesso e del riconoscimento (*ànagnòrīsis*) della sua reale identità e dei crimini innaturali e mostruosi da lui commessi (l’assassinio del padre, il re Laio, e l’incesto con la madre, la regina Giocasta). Ascolta gli oracoli di Tiresia, ma li considera un’inverosimile ipotesi, sfidando la potenza della mantica tradizionale e revocando in dubbio il sapere di origine divina. Procede alla raccolta di segni e indizi (*sémeia* e *tekméria*, secondo la metodologia d’indagine della *technè* medica, descritta nel *Corpus Hippocraticum* del V secolo a.C.³), anche con l’ascolto di testimoni oculari, quali il pastore e il servo. Perviene, infine, alla terribile scoperta della verità, che risulta coincidente con quella rivelata dal vecchio vate. È proprio lui, l’annientatore della Sfinge e re di Tebe, ad avere ucciso il padre e ad essersi congiunto con la madre, generando a sua volta quattro figli: Eteocle, Polinice, Antigone e Ismene.

L’arrogante sfida (*hybris*) lanciata, nell’ansia di conoscenza, al sapere tradizionale e alla verità del dio si converte nella catastrofe del

² C. GINZBURG, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in A. GARGANI (a cura di), *Crisi della ragione*, Einaudi, Torino, 1979, 59-106.

³ M. VEGETTI, *Tra Edipo e Euclide*, Il Saggiatore, Milano, 1983.

protagonista: Edipo, ormai cieco, è il *pharmakòs* da espellere dalla città per porre rimedio alla peste ed espiare la pena. E però, a ben vedere, l'operazione conoscitiva, frutto della razionalità indagatrice dell'uomo, ha avuto successo con l'approdo alla verità (umana) dei fatti. Oltre l'ineluttabilità del fato e l'arcaica *Dike* emerge lentamente la soggettività dell'individuo, che si fa artefice del proprio destino, con il conseguente carico di colpa e responsabilità.

3. Nel dualismo concettuale ricerca/scoperta e apparenza/verità sono tratteggiati i primi lineamenti di una fenomenologia della prova, che segna una tappa importante nell'evoluzione da un paradigma indiziario fondato su segni deboli a uno di segni più forti: da un principio d'ipotesi (*arché*), attraverso un percorso investigativo (*hodòs*), condotto sulla base di indizi (*sémeia*), fino alla scoperta (*héuresis*) chiara e completa della verità. Concetti, questi, che appaiono pertinenti alla "tradizione razionalista occidentale" e costitutivi del sapere scientifico⁴. La funzione cognitiva e il fine di accertare la verità ispirano, infatti, i percorsi e gli snodi decisori del processo penale moderno, le cui coordinate restano le ipotesi, gli indizi, le prove, i fatti, la verità, il dubbio (*a-porìa*, da *a-pòros*: ancora l'*alfa* privativo indica l'assenza di una via certa). Il pubblico ministero formula l'atto di accusa contro l'imputato all'esito di indagini dirette a selezionare la più verosimile fra le ipotesi esplicative del fatto. Il giudice, terzo e imparziale, è chiamato a verificare e valutare l'enunciato di accusa, nel contraddittorio fra le parti, in termini di conferma (o di falsificazione) della stessa "*al di là di ogni ragionevole dubbio*" e dare infine conto in motivazione del ragionamento probatorio e della soluzione decisoria. Nell'ormai acquisita consapevolezza, peraltro, che il processo è imperniato su inferenze cognitive prevalentemente probabilistiche (*trial by probabilities*), rispetto a fatti avvenuti nel passato che vanno ricostruiti nel presente, in termini cioè di verosimiglianza, corrispondenza, più o meno alta probabilità.

F.M. Pagano, giurista e filosofo fra i maggiori esponenti dell'Illuminismo napoletano e personaggio di spicco della Repubblica partenopea del 1799, intitolava alla "*logica de' probabili*"⁵ il saggio del

⁴ J.R. SEARLE, *Occidente e multiculturalismo*, Luiss University Press, Roma, 2008, 25.

⁵ F.M. PAGANO, *Principj del codice penale e logica de' probabili per servire di teoria alle pruove nei giudizj criminali*, Napoli, 1824, ristampa anastatica 1997 a cura dell'Unione Camere Penali Italiane.

1819 sui principi del codice penale e del processo criminale, citando in epigrafe un passo della *Retorica* di Aristotele⁶ circa il sillogismo o entimema retorico: “*non deve il giudice sentenziar sempre dalle cose necessarie, ma dalle verisimili ancora*” (οὐ γὰρ ἐκ τὸν ἀνankaίων δὲ αὐτὸν μὲν κρῖνειν, ἀλλὰ καὶ ἐκ τὸν εἰκòτον). Aggiunge anzi ARISTOTELE, nel medesimo passo, che “*in questo consiste il giudicare servendosi della migliore facoltà di giudizio*” (τοῦτο γὰρ ἐστὶ τὸ γνòμε τέ αριστε κρῖνειν) e che “*non basta confutare un argomento perché non è necessario ma lo si deve confutare perché non è verisimile*”.

Il moderno codice di rito del 1989 prende atto del tessuto probabilistico della spiegazione degli eventi e, per garantire la solidità della ricostruzione probatoria ed escludere l'arbitrio del decidere, disegna una diffusa rete di regole di tipo procedurale e logico che debbono guidare il ragionamento del giudice – i percorsi della verità –. Di rango più elevato rispetto a quelle procedurali o logiche premono inoltre le regole costituzionali, le quali, presidiando i meta-valori dell'ordinamento, segnano i confini dei giudizi di tipo probabilistico: la presunzione d'innocenza dell'imputato, che può essere dichiarato colpevole e condannato solo se ne “*risulta*” provata la colpevolezza “*al di là di ogni ragionevole dubbio*”⁷; l'addebito esclusivo dell'onere della prova dell'enunciato di accusa a carico del pubblico ministero; il metodo del contraddittorio, imperniato sul diritto alla confutazione e alla prova contraria, secondo la peculiare tecnica avversativa del processo accusatorio; l'obbligo di motivazione della decisione; il controllo di legalità e logicità di questa nei giudizi d'impugnazione.

4. Nell'*Antigone* Sofocle narra un altro capitolo della tragica storia della stirpe dei Labdacidi e dei figli di Edipo. Polinice muove guerra a Tebe e muore insieme col fratello Eteocle che invece la difende. Creonte, fratello di Giocasta e re/tiranno di Tebe dopo l'esilio di Edipo, emana un decreto che vieta la sepoltura di Polinice, nemico della città. Antigone, sorella di Polinice e promessa sposa ad Emone, figlio di Creonte, non rispetta il decreto invocando le leggi divine sulle onoranze funebri comunque dovute ai morti. La cata-

⁶ ARISTOTELE, *Retorica*, II, cap. 25, 1402b.

⁷ Per la rilevanza del principio nelle democrazie postmoderne, caratterizzate dalla c.d. società del rischio, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, Milano, 2003.

strofe incombe ancora una volta. Creonte condanna a morte Antigone; Emone si uccide accanto al cadavere di Antigone; alla notizia della sua morte, la madre Euridice si uccide a sua volta; Creonte, infine, riconoscendosi colpevole, si assume la responsabilità di quanto avvenuto e impazzisce dal dolore.

Nell'*agòn* tragico si fronteggiano due contendenti, Creonte e Antigone, intransigenti sostenitori, rispettivamente, delle ragioni del nuovo ordine isonomico della *polis*, il primo, e della priorità delle tradizionali e aristocratiche prescrizioni familiari, religiose ed etiche, la seconda. Il duello fra Creonte e Antigone (cui s'accompagnano altre opposizioni: fra uomo e donna, padre e figlio, vecchio e giovane, comunità/coro e individuo, re/tiranno e cittadino) rispecchia la polarità duale fra i tipi di *nòmoi* rispettivamente invocati dai protagonisti. Da un lato, il singolo e vigente decreto (*kérygma*) di Creonte, atto normativo e autoritativo di portata generale emanato dal legittimo detentore del potere nella città. Dall'altro, le leggi non scritte (*àgrapta nòmina*), invocate da Antigone per giustificare la disobbedienza a un provvedimento ritenuto ingiusto, frutto di prescrizioni arcaiche, universali, sacre e immutabili, discendenti dall'appartenenza al *ghènos* e risalenti al perenne ordine divino. Una dualità nomica⁸ di cui si rintraccia un'eco – di segno ben diverso – nel *Critone* platonico, dove Socrate esalta invece l'efficacia inviolabile dei *nòmoi* ateniesi, considerati non in conflitto con i sacri *nòmoi* dell'Ade, e rifiuta di fuggire in ossequio alle leggi della sua città sebbene ritenute ingiuste.

Sofocle non rimuove affatto la potenza distruttiva del conflitto, non ne addita la soluzione, anzi esaspera gli eccessi e la dismisura degli antagonisti, entrambi intransigenti e riluttanti a trovare un'equa composizione, sottolineandone la *hybris*. Egli ammonisce tuttavia i concittadini circa le terribili conseguenze delle divisioni (*stàsis*) dentro la comunità, lasciando immaginare l'esistenza di una via alternativa, pure faticosa, nella sapiente mediazione e riconciliazione, che mira a tenere insieme il disciplinamento isonomico della *polis* e il rispetto delle nobili tradizioni familiari, sacre agli dei. “*La saggezza è la prima condizione della felicità*” (*to phronèin eudaimonias pròton upàrkei*) recita il Coro negli ultimi versi della tragedia. Se ne coglie

⁸ E. STOLFI, *Dualità nomiche*, in *Dike*, 17, 2014, 101-119; E. STOLFI, *Nomoi e dualità tragiche*. Un seminario su Antigone, in *SDHI* 80 (2014), 467 ss.

l'eco nella predilezione del poeta per la figura di Emone e per i contenuti delle parole da questi pronunciate nel serrato dialogo col padre, laddove il primo, benché più giovane, richiama inutilmente l'anziano sovrano alla ragione (*"Pàter, teoi phùousin anthròpois phrénas pànton òs ésti ktemàton ùpértaton"*: Padre, la ragione è il bene più alto che gli dei abbiano concesso all'uomo), all'ascolto delle opinioni degli altri, all'umile esercizio del dubbio, alla saggia disponibilità d'animo al riconoscimento dell'errore (*àmartìa*) e al cambiamento della deliberazione, oltre ogni ostinazione.

5. Il dialogo e le riflessioni di L. Violante e M. Cartabia ci ricordano che i rapporti fra il potere politico, la morale, il diritto e le polarità irrisolte, fra il comando dell'autorità e la regola di equità e giustizia, hanno spesso generato lo scontro – con conseguenti scelte tragiche – fra le opposte esigenze di ordine e stabilità della comunità o i dogmi ideologico-religiosi, da un lato, e i progetti del singolo, le libertà e le scelte individuali, dall'altro.

La filosofia moderna ha elaborato la teoria dell'"agire comunicativo orientato all'intesa"⁹, per la quale ogni decisione, per non risultare meramente autoritativa, va preceduta dal confronto e dal dialogo e fondata sulla persuasione, frutto della forza degli argomenti, così da risultare sorretta dalla "etica del discorso argomentativo" e ispirata alla virtuosa costruzione di un condiviso e necessario "orizzonte d'intesa" fra gli interessati.

Per altro verso, sulle pagine buie della storia dell'umanità, segnate dall'avvento dei totalitarismi, da due devastanti guerre mondiali, dalla tragica esperienza prima del "diritto diseguale" delle leggi razziali (i *kérygmata* dei regimi dittatoriali, costituenti fonti normative formalmente legittime ma spietatamente ingiuste, siccome deliberatamente persecutorie dei diritti e delle vite degli appartenenti alla comunità ebraica di minoranza) e poi della Shoah, si è radicato verso la metà del secolo scorso il fondamento degli ordinamenti democratici delle Nazioni europee. Uno dei tratti distintivi dello scenario giuridico degli ultimi decenni è rappresentato dal fenomeno della internazionalizzazione dei diritti umani e delle libertà della persona,

⁹ J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, a cura di G.E. Rusconi, Bologna, 1986; Id., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Milano, 1996.

il cui rispetto è affidato ai precetti delle Carte costituzionali (fra le quali la Costituzione italiana del 1948) e delle Carte internazionali dei diritti fondamentali, fra le quali spiccano la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Alla “*dignità*” della persona si riconosce la natura di meta-valore, perno imprescindibile di ogni pur stretto e rigoroso disciplinamento statuale, il cui connotato di ragionevolezza e proporzionalità viene infine commisurato al rispetto di quel valore primario in tutta la sua ricca e complessa fattualità. La tutela contro ogni violazione delle libertà e dei diritti della persona è affidata alle garanzie e alla saggezza pratica della giurisdizione, autonoma e indipendente dal potere politico, davanti sia ai giudici nazionali sia alle Corti costituzionali o alle Corti internazionali, perché anche nelle vicende più drammatiche “*fiat iustitia ne (non già “et”) pereat mundus*”.

E però, i luoghi del sapere presidiati dai “classici” ci ammoniscono che la storia rappresenta “*ktéma és aiéi*”¹⁰ (un'utilità perenne), a condizione che ne venga serbata e trasmessa la memoria. La progressiva conquista di principi di civiltà giuridica a presidio della dignità e libertà individuale non può darsi per acquisita “per sempre”, contro ogni forma di ingiusta discriminazione o violazione dei diritti fondamentali. È necessario coltivare sistematicamente la memoria “attiva” delle vicende del passato e analizzare gli eventi in termini di verità e responsabilità, per poter difendere e trasmettere alle nuove generazioni i valori dello Stato di diritto e della democrazia, con gli spazi di dignità e di libertà faticosamente conquistati, nel fermo rifiuto di ogni acquiescenza, indifferenza o rassegnazione al Male. Ed è proprio questo il monito ultimo (la maledizione, forse) lanciato da Primo Levi nel verso “*Meditate che questo è stato*”¹¹.

¹⁰ TUCIDIDE, *Storia della guerra del Peloponneso*, Libro I.

¹¹ P. LEVI, *Se questo è un uomo*, Einaudi, Torino, 1958.

1. Quanti impedimenti abbiamo nell'intendere i romani; quanti, ancor più grandi, nell'intendere i greci; quanto ci risulta difficile penetrare il segreto delle loro opere! "Sottrazione di un mondo e dissoluzione di un mondo non sono mai reversibili. Le opere non sono più quelle che erano" e, una volta "estrapolate dallo spazio del loro essenziare", ci sfuggono irrimediabilmente. Queste riflessioni di Martin Heidegger¹ inducono a grande cautela quando si affrontano i classici del pensiero greco, perché l'interprete non ha di fronte semplicemente il problema dell'*Entfremdung*, dell'alienazione del testo dal suo autore, ma anche quello, ben più radicale, della scomparsa del mondo nel quale l'autore ha scritto e per il quale ciò che ha scritto è stato concepito. Sono i veicoli dei nostri *archetipi*², certo, ma è con grande difficoltà che possiamo davvero riguardare l'*arché*.

La Grecia ci è sempre presente, perché è là che le categorie essenziali del nostro pensiero (del pensiero occidentale) sono state forgiate. "*Nous respirons l'air de la Grèce, sans le savoir, à chaque instant*"³, perché la cultura greca ha sin dall'inizio⁴ avuto una "*tendance à l'universel*"⁵, guardando al singolo essere umano, ma cercando di coglierne gli aspetti generali⁶, così logicamente proiettando le proprie acquisizioni nello spazio e nel tempo. Eppure, purtroppo, nel corso dei secoli, "La Grecia [...] perdette la sua spontaneità, la sua freschezza, la sua vita; diventò simile a quei cimiteri che sono popolati di statue; i suoi capolavori originali non furono più che codici, repertori di trovate artificiose"⁷. Quindi, se pure, nella classica impostazione di

¹ M. HEIDEGGER, *Holzwege*, 7^a ed., Frankfurt am Main, Klostermann, 1994, trad. it. di V. Cicero, *Holzwege. Sentieri erranti nella nebbia*, Bompiani, Milano, 2002, 34.

² Tra i giuristi lo sottolinea, da ultimo, G. CANZIO, *La "dike" degli antichi e la "giustizia" dei moderni: "Edipo Re" e "Antigone"*, in DPC, 2018, 1.

³ J. DE ROMILLY, *Pourquoi la Grèce?*, 12^a ed., Fallois, Paris, 2018, 11.

⁴ Questo è leggibile già nell'Iliade, nella quale, dice esattamente J. DE ROMILLY, *Pourquoi la Grèce ?*, cit., 29, le emozioni sono presentate "dans leur essence même".

⁵ J. DE ROMILLY, *Pourquoi la Grèce?*, cit., 242.

⁶ C. MEIER, *Die politische Kunst der griechischen Tragödie*, Beck, München, 1988, 233.

⁷ P. HAZARD, *La crise de la conscience européenne*, Boivin, Paris, 1935, trad. it. di P. Serini, *La crisi della coscienza europea*, Il Saggiatore, Milano, 1968, 424.

Wilamowitz, “il compito della filologia è di far rivivere con la forza della scienza quella vita scomparsa”⁸, questa pretesa non riesce mai a realizzarsi davvero, non trova mai il suo pieno compimento. Il mondo reale della Grecia antica (assieme alla sua lingua, che non possiamo più “imparare a *parlare*” in senso proprio)⁹ è scomparso da troppo tempo perché noi, nonostante i documenti e le testimonianze di cui disponiamo, possiamo coglierne il *colore*, immedesimandoci nell’esperienza vitale di allora. Ma questo ostacola gravemente la nostra comprensione del pensiero greco, perché esso non ha vissuto d’una vita propria e separata. Azzardare una separazione fra mondo del pensiero e realtà sociale è, per la Grecia antica, ancor più pericoloso di quanto possa essere per altre esperienze culturali. Non a caso, il sottotitolo di uno dei libri da noi meno conosciuti di un grande studioso del mondo greco qual è Pierre Vidal-Naquet, *Le chasseur noir*, è “*Formes de pensée et formes de société dans le monde grec*”; ancor meno a caso, in quel libro si compie il tentativo di mettere in relazione, per la Grecia, “*le textuel et le social*”¹⁰.

Il legame strettissimo fra i due piani d’indagine emerge con particolare evidenza quando non abbiamo a che fare con la speculazione filosofica, ma con la rappresentazione teatrale e in particolare con la tragedia. Qui gli ostacoli diventano più alti. Per un verso, dell’oggetto interpretando abbiamo irrimediabilmente perduto il *cotesto*, perché non disponiamo più della musica che accompagnava la rappresentazione scenica ed era parte essenziale del messaggio recepito dagli spettatori¹¹. Per l’altro, abbiamo gravi difficoltà nella ricostruzione del *contesto*, a causa della relativa penuria di dati che consentono di cogliere lo specifico rapporto che legava la tragedia al suo mondo scomparso. E, ancora, se possiamo percepire che la tragedia era un punto d’incontro fra cultura “alta” e cultura “popolare”¹²,

⁸ U. v. WILAMOWITZ-MOELLENDORFF, *Geschichte der Philologie*, Teubner, Leipzig, 1927, trad. it. di F. CODINO, *Storia della filologia classica*, Einaudi, Torino, 3ª ed., 1967, 19.

⁹ G. STEINER, *Antigones*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1984, trad. it. di N. Marini, *Le Antigoni*, Garzanti, Milano, 2018, 230 (cors. mio).

¹⁰ P. VIDAL-NAQUET, *Le chasseur noir. Formes de pensée et formes de société dans le monde grec*, 2ª ed., Maspero, Paris, 1983, 15.

¹¹ Così già le considerazioni di F. NIETZSCHE, *Die Geburt der Tragödie aus dem Geiste der Musik*, Leipzig. Fritzsche, 1886, trad. it. di L. Scalero, *La nascita della tragedia*, Longanesi, Milano, 1976, spec. 30. Ora, v. anche G. STEINER, *Le Antigoni*, cit., 233.

¹² C. MEIER, *Die politische Kunst*, cit., 239.

non siamo in grado di determinare dove si situasse il punto di equilibrio e quale fosse la sostanza del rapporto fra le due. Quel che è certo, però, è il legame strettissimo fra tragedia e vita politica.

La tragedia si colloca all'incrocio fra la Grecia arcaica dei miti degli eroi e la Grecia storica della palpitante realtà della *polis*¹³ e registra un vero e proprio passaggio epocale, mettendo in scena i problemi del nuovo pensiero sociale della città¹⁴, in corrispondenza del tornante storico di quel passaggio alla democrazia¹⁵ che determinò un vero e proprio mutamento *antropologico*, conseguente alla rivoluzione dell'isonomia¹⁶. Per questo essa è *politica* nel senso proprio di attinente alla *polis*: non solo perché “è potuta nascere soltanto quando le improvvisazioni religiose, che ne costituiscono l'origine, vennero prese in carico e riorganizzate da un'autorità politica fondata sul popolo”¹⁷, ma anche e soprattutto perché rappresenta e interpreta i bisogni della nuova forma di convivenza civile e, rappresentandoli e interpretandoli, li porta all'emersione della coscienza e ne antevede il soddisfacimento. Non a caso, dunque, i giurati chiamati a decidere il vincitore dell'agone tragico erano dieci, sorteggiati fra quelli indicati dalle dieci tribù attiche, “simbolo dell'unità territoriale e politica della città”¹⁸. Non a caso i tragedi greci non erano semplici scrittori, poeti o uomini di teatro, ma uomini d'azione: Eschilo combatté a Maratona e a Salamina; Sofocle ebbe molte cariche pubbliche e fu addirittura due volte (forse senza troppo successo...) stratego. Uomini simili non gettavano le loro opere nell'empireo dell'astrazione artistica, ma avevano costantemente d'occhio la situazione politica concreta del loro tempo. La tragedia “ci

¹³ J.P. VERNANT - P. VIDAL NAQUET, *Mythe et tragédie en Grèce ancienne*, I, La Découverte & Syros, Paris, 2001, 7.

¹⁴ J.P. VERNANT - P. VIDAL NAQUET, *Mythe et tragédie*, I, cit., 15.

¹⁵ G. MASTROMARCO - P. TOTARO, *Storia del teatro greco*, Le Monnier, Firenze, 2012, 51.

¹⁶ C. MEIER, *Die politische Kunst*, cit., 19. Questa trasformazione antropologica aumentava i dubbi e le ansie, aprendo le porte a interrogativi sulla responsabilità dell'uomo e sui fondamenti della sua azione, che potevano essere affrontati in modo meno dolorosamente immediato proprio attraverso la tragedia. È per questo che i Greci (dell'Atene del quinto secolo) della tragedia avevano *bisogno* (ivi, 236; 238).

¹⁷ J. DE ROMILLY, *La tragédie grecque*, PUF, Paris, 1970, trad. it. di A. Panciera, *La tragedia greca*, Il Mulino, Bologna, 2017, 15.

¹⁸ G. MASTROMARCO - P. TOTARO, *Storia del teatro greco*, cit., 12.

¹⁹ G. MASTROMARCO - P. TOTARO, *Storia del teatro greco*, cit., 16.

appare legata, dagli esordi, all'attività della *polis*²⁰ e, sebbene ci si debba guardare dalla tentazione di ascriverla al genere della "letteratura impegnata"²¹, dal ricercarvi "riferimenti immediati alla realtà politica dell'epoca"²², dall'ipotizzare "meccaniche connessioni con la realtà contingente"²³, essa aveva sempre uno sguardo al presente politico, come dimostra l'opera sofoclea, nella quale²⁴ sembra aleggiare un sotterraneo intento di moderazione della democrazia e di tutela di talune prerogative aristocratiche²⁵. Insomma: "*la tragédie n'est pas seulement une forme d'art: elle est une institution sociale*" e in essa "*la cité se fait théâtre*"²⁶.

Questo genera, però, evidenti difficoltà di inquadramento e di comprensione. E non sono difficoltà di poco conto. Quando Marta Cartabia e Luciano Violante hanno deciso di scrivere su due personaggi tragici come Edipo e Antigone, dunque, hanno accettato una sfida impervia. E credo che la loro scelta debba essere molto apprezzata, sia perché è stata accompagnata da un serio impegno di soluzione del problema preliminare che ho illustrato, sia perché è stata fatta da giuristi (di primo piano) chiamati ad accostarsi a temi nei quali la dimensione giuridica, come in tutta la tragedia greca, è centrale²⁷. Semmai, confesso, sorprende l'osservazione che "l'esplorazione si è rivelata più interessante di quanto potessimo immaginare"²⁸: da sempre questo è un terreno d'indagine dei giuristi²⁹ e non v'era da dubitare che non si sarebbe esplorato invano.

Ma veniamo alle linee principali del volume, che presenta un'introduzione a quattro mani, due saggi separati di ciascuno degli Au-

²⁰ J. DE ROMILLY, *La tragedia greca*, cit., 16.

²¹ J. DE ROMILLY, *La tragedia greca*, cit., 144 ss. I tragedi erano cittadini che partecipavano alla vita della *polis*, ma erano anche poeti, la cui opera "consisteva per lo più nel trascendere gli interessi del momento, per tradurli in interessi umani" (*ivi*, 146).

²² G. GIORGINI, *La città e il tiranno. Il concetto di tirannide nella Grecia del VII-IV secolo a.C.*, Giuffrè, Milano, 1993, 149.

²³ G. MASTROMARCO - P. TOTARO, *Storia del teatro greco*, cit., 105.

²⁴ In *Antigone*, in particolare, il tema del "politico" domina dall'inizio alla fine: C. MEIER, *Die politische Kunst*, cit., 224.

²⁵ Fra i giuristi, questa osservazione è ben sviluppata da A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, 35 ss.

²⁶ J.P. VERNANT - P. VIDAL NAQUET, *Mythe et tragédie*, I, cit., 24.

²⁷ J.P. VERNANT - P. VIDAL NAQUET, *Mythe et tragédie*, I, cit., 15; 31.

²⁸ M. CARTABIA - L. VIOLANTE, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*, il Mulino, Bologna, 2018, 9.

tori e, infine, un dialogo in forma di risposte (anch'esse individuali) a quesiti posti da Danila Aprea e Alessandro Baro. A me sembra che i temi fondamentali siano due: la responsabilità e la giustizia.

2. La questione della responsabilità è posta in prospettiva diversa dai due Autori: se Marta Cartabia la legge nella chiave del rapporto con la colpa, Luciano Violante la pone in quella del rapporto con la funzione di governo.

Nel saggio di Cartabia l'attenzione si appunta sulla responsabilità senza dolo e senza colpa: Edipo non ha agito con dolo, perché era inconsapevole della propria ascendenza; non ha agito con colpa, perché non ha ommesso di indagare sul delitto che era stato commesso. Questo, per chi pratica il diritto nell'era della modernità, è un problema serio, perché proprio la modernità non vede di buon occhio le ipotesi di responsabilità oggettiva. Certo, proprio la Corte costituzionale, distinguendo fra le ipotesi di *“responsabilità oggettiva spuria od impropria”*, quali sono quelle *“nelle quali anche un solo, magari accidentale, elemento del fatto, a differenza di altri elementi, non è coperto dal dolo o dalla colpa dell'agente”* e quelle di *“responsabilità oggettiva pura o propria”*, nelle quali l'elemento soggettivo è del tutto assente³⁰, ha lasciato aperto qualche spiraglio. Certo, la giurisprudenza comune mostra ancora alcune incertezze, forse perché – come è stato scritto in dottrina – ancora subisce il fascino di un istituto che “lascia almeno in parte sopravvivere una concezione primitiva della responsabilità penale basata sul mero nesso di causalità, concezione mai definitivamente sepolta, nella coscienza individuale e collettiva”; che consente “una notevole semplificazione probatoria”; che sembra assicurare “una maggior efficacia generalpreventiva rispetto alla colpa”³¹. Sì, vero tutto questo, ma resta il fatto che la responsabilità oggettiva, fosse pure in forme attenuate, stride con i principi del diritto penale moderno e, da noi, con l'art. 27, comma 1, Cost.

Il tema si presenta in termini ben diversi nella Grecia classica. Il personaggio tragico, come hanno mostrato assai bene Jean-Pierre

²⁹ Da ultimo, l'osserva giustamente A. SCHILLACI, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2018, 245 ss.

³⁰ Sent. n. 364 del 1988.

³¹ F. BASILE, *La responsabilità oggettiva nella più recente giurisprudenza della Cassazione relativa agli artt. 116, 584 e 586 c.p.*, in *D.P.C.*, n. 3/2013, 354.

Vernant e Pierre Vidal-Naquet, agisce sotto la spinta di forze soverchianti che lo condizionano, ma il suo agire non è quello istintivo dell'animale, bensì quello propriamente umano di colui che finisce per volere quel che è fatalmente necessario³². Questa diversità di concezione dell'agire umano, totalmente estranea a quella che ormai ci è familiare (nella quale o si vuole o non si vuole, senza commistione fra le due alternative), fa sì che da parte di noi moderni si guardi a Edipo con occhio compassionevole e comprensivo, come a colui che va incontro a un destino ingovernabile e inarrestabile.

La lettura di Marta Cartabia è più rigorosa. Edipo avrebbe commesso un atto di superbia, si sarebbe macchiato di dismisura. La sua *hybris* (la quale è, appunto, all'un tempo, superbia e dismisura)³³ si radicherebbe nella sua "impetuosità", che l'avrebbe portato "a credere di sapere, a credere di capire il contenuto del vaticinio di Apollo"³⁴, mentre le sue modeste forze umane non glielo consentivano. E questo peccato di *hybris* renderebbe Edipo, "oggettivamente", un tiranno³⁵, perché è proprio la *hybris* la caratteristica più evidente di chi tiranno si fa.

Si tratta di una lettura molto interessante, ma evidenzio due dubbi. Il primo è se la *hybris* stia nel mancato ascolto del vaticinio oppure già nello scioglimento dell'enigma della Sfinge, cioè nella sfida alla riserva agli dei della piena sapienza³⁶. Il secondo (e per noi giuristi più importante) è se la *hybris* possa davvero considerarsi non solo condizione necessaria, ma anche sufficiente perché s'abbia un tiranno. Ovviamente – e Marta Cartabia ne è ben avvertita – non basta che nel titolo della tragedia Edipo sia qualificato *tyrannos*, perché, come dimostra soprattutto l'*Antigone* (in cui tutti i termini che seguono sono spesi in riferimento a Creonte), nelle fonti classiche le denominazioni del governante non sono rigorose e variano da *tyran-*

³² J.P. VERNANT - P. VIDAL NAQUET, *Mythe et tragédie*, I, cit., spec. 46.

³³ È, questo, un punto molto delicato, che tornerà nella successiva riflessione medievale. In San Tommaso, in particolare, la superbia è intesa in due modi: "uno modo secundum quod importat quondam rebellionem ad legem Dei [...]. Alio modo potest accipi superbia secundum quod est inordinatus appetitus cuiusdam excellentie" (*De vitiis capitalibus, Articulus primus, Responsio ad obiecta*, 16). Intesa nel primo senso la superbia è la "universalis radix omnium peccatorum".

³⁴ M. CARTABIA, *Edipo Re*, in M. CARTABIA - L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, cit., 37.

³⁵ M. CARTABIA, *Edipo Re*, cit., 39.

³⁶ F. NIETZSCHE, *La nascita della tragedia*, cit., 38.

nos a basileus, da *anax* a *strategos*, senza che a ciascuno di questi lemmi sia assegnato un significato tecnico³⁷. Indubbiamente, la *hybris*, nell'opera sofoclea, è un tratto caratteristico del tiranno e lo è specificamente di Creonte e di Edipo³⁸, ma se è inevitabile che un tiranno sia *hybristes*³⁹ non è inevitabile che un *hybristes* sia tiranno, tant'è vero che nelle fonti antiche (mi riferisco a Erodoto, caso assai significativo, perché nella sua opera "tiranno" e "re" sono termini impiegati con maggiore tecnicità)⁴⁰ non mancano esempi in cui anche di un re (sia pure asiatico) si dice che è affetto da *hybris*⁴¹. Del resto, sia la difficoltà del passo in cui il coro, nell'*Edipo re*, collega la tirannide e la *hybris*⁴², sia la difficoltà di definire cosa sia la *hybris* e chi sia *hybristes* invitano alla prudenza⁴³.

Non solo. Se leggiamo lo stesso *Gerone* di Senofonte, nel quale ascoltiamo più la voce del tiranno che quella del poeta (Simonide) che dialoga con lui, vediamo che la tirannide è qualcosa che si desidera, che è "agognata"⁴⁴; che è circondata dalle lodi⁴⁵; che ha aspetti di agio, se non di lusso⁴⁶; che vive di furti⁴⁷, etc. Tutti tratti caratteristici che non ritroviamo nel modo in cui Sofocle ci presenta Edipo. In secondo luogo, se si ritiene che Edipo sia colpevole di *hybris* perché ha avuto la presunzione d'intendere da solo, di *hybris* è colpevole, assieme a Creonte, la stessa Antigone, che si è rifiutata di vedere la complessità del mondo e di comprendere le posizioni del suo

³⁷ V. alcuni esempi in G. GIORGINI, *La città e il tiranno*, cit., 161.

³⁸ G. GIORGINI, *La città e il tiranno*, cit., rispettivamente 198; 201.

³⁹ G. GIORGINI, *La città e il tiranno*, cit., 142.

⁴⁰ G. GIORGINI, *La città e il tiranno*, cit., 179.

⁴¹ È il caso di ERODOTO, *Storie*, III, 80, a proposito di Cambise.

⁴² Se è vero, infatti, che ivi si imputa alla *hybris* la responsabilità di generare i tiranni, non è meno vero che quella *hybris* sembra essere connessa all'intenzionale (e non solo colposa) mancanza di rispetto (di paura) per *Dike*: v. i versi 873 ss.

⁴³ Nello stesso senso, D. M. MACDOWELL, *Hybris in Athens*, in *Greece & Rome*, 1976, 20.

⁴⁴ *Gerone*, I, 9. L'edizione dalla quale traggio le citazioni è quella che troviamo pubblicata in L. STRAUSS, *On Tyranny: An Interpretation of Xenophon's "Hiero"*, Glencoe, The Free Press, 1950, trad. it. di M. Scarlata Fazio (per il testo greco) e di F. Mercadante (per il saggio di Strauss), *La tirannide. Saggio sul "Gerone" di Senofonte*, Giuffrè, Milano, 1968.

⁴⁵ *Gerone*, cit., I, 14.

⁴⁶ *Gerone*, cit., I, 20.

⁴⁷ *Gerone*, cit., IV, 11.

antagonista⁴⁸: solo un pre-giudizio, a me sembra, può spingere una studiosa autorevole come Jacqueline de Romilly a collocare Creonte fra gli “ostinati” e Antigone fra gli “eroi”⁴⁹, visto che questi ultimi sono considerati tali perché “rifiutano di lasciarsi piegare, di rinunciare ad un loro ideale”⁵⁰, il che vuol dire che vanno ritenuti eroi proprio perché sono... ostinati. Il pre-giudizio, del resto, è coltivato anche da chi, come Martha Nussbaum, più correttamente riconosce che “Antigone, come Creonte, è impegnata in una spietata semplificazione del mondo dei valori, che di fatto elimina le obbligazioni conflittuali. Come Creonte, anch’ella può essere biasimata perché rifiuta di vedere”⁵¹. Nonostante questa corretta premessa, infatti, Nussbaum afferma che l’atteggiamento di Antigone sarebbe “di sicuro meno odioso”⁵²; che “sembra *chiaro* che nel mondo del dramma la scelta di Antigone è preferibile a quella di Creonte”⁵³; che “questa vulnerabilità nella virtù, questa abilità a riconoscere il mondo della natura [...], contribuiscono *certamente* a fare di Antigone il più umanamente razionale e il più ricco dei due protagonisti”⁵⁴; che “la scelta di Antigone è *chiaramente* superiore a quella di Creonte”⁵⁵. Di sicuro, chiaro e certo, invece, qui non v’è proprio nulla, come dimostra a sufficienza la scelta sofoclea di destinare entrambi i protagonisti al dolore⁵⁶.

⁴⁸ Su questa indisponibilità di Antigone (oltre che di Creonte), G. GIORGINI, *La città e il tiranno*, cit., 199.

⁴⁹ J. DE ROMILLY, *La tragedia greca*, cit., 81.

⁵⁰ J. DE ROMILLY, *La tragedia greca*, cit., 89. È chiaro che il pre-giudizio sta nella diversa valutazione dell’ostinazione: una è negativa perché – evidentemente – non corrisponde a un preciso assetto di valori; l’altra è positiva perché gli è conforme.

⁵¹ M.C. NUSSBAUM, *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1986, trad. it. di M. Scattola e (per l’Introduzione) R. Scognamiglio, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, Il Mulino, Bologna, 2004, 151.

⁵² M.C. NUSSBAUM, *La fragilità del bene*, cit., 154 (qui e per le citazioni di questo scritto che immediatamente seguono i corsivi sono miei).

⁵³ M.C. NUSSBAUM, *La fragilità del bene*, cit., 156.

⁵⁴ M.C. NUSSBAUM, *La fragilità del bene*, cit., 157.

⁵⁵ M.C. NUSSBAUM, *La fragilità del bene*, cit., 157.

⁵⁶ Nussbaum, per la verità, cerca (*op. cit.*, 156) di argomentare, molto brevemente, le “certezze” di cui si parla nel testo, ma senza riuscire affatto a convincere. Solo in forza di un’indimostrata scelta di gerarchia assiologica, infatti, si può dire che l’inosservanza delle leggi della città da parte di Antigone è meno grave della violazione religiosa commessa da Creonte. Solo per un’inconfessata preferenza si può dire che Antigone, al con-

Infine, va segnalato che, come ha rilevato Claude Mossé, è ben possibile una “*hybris* femminile”, una “mancanza di misura” delle donne, che è stata rappresentata proprio dai tragedi⁵⁷. Ebbene: poiché è da escludere che la donna, per quanto superba e incapace di misura, possa farsi tiranno, il problema di una *hybris* che da sola sia capace di rendere tiranno chi se ne macchia, a mio avviso, resta: può essere tiranno chi non lo è *quoad exercitium* e, a ben vedere, nemmeno *quoad titulum*?

Luciano Violante, per ragioni ben comprensibili, assume la prospettiva dell'uomo di governo, di colui che deve far “funzionare la polis”⁵⁸. Creonte, egli dice, “è un governante responsabile”⁵⁹ e “responsabile”, a me pare, sta qui sia per pensoso degli interessi della polis, sia per responsabile di fronte ai cittadini, anche se – ovviamente – non nel senso in cui lo è il governante delle democrazie rappresentative e, dunque, a mandato sempre contestabile. Il rigore con cui Creonte decide, afferma Violante, “è razionalmente e politicamente giustificato” ed è indispensabile per assicurare il pieno rispetto dei doveri dei cittadini⁶⁰.

Anche discutere questa opinione non è semplice. Mi limito, allora, pure in questo caso, a proporre una pista di riflessione. È vero che l'agire del politico, dell'uomo di governo, deve essere valutato assumendo a paradigma il buon funzionamento della città. Ma, al di là d'ogni valutazione d'ordine morale, proprio dal punto di vista dell'efficacia dell'azione politica la moderazione non dovrebbe star dentro quel paradigma? A me sembra di sì, perché il primo obiettivo del governante è il mantenimento della pace sociale e perché proprio la *moderazione*, in quanto condizione prima d'ogni possibile *mediazione*, può rivelarsi, a fronte di temi fortemente disputati, la strategia

trario di Creonte, “non fa violenza” al mondo (come se la violazione delle leggi non fosse, in sé, una violenza). Solo per un'aprioristica sottovalutazione delle ragioni di Creonte si può dire che unicamente Antigone è “pronta ad ammettere la presenza di un conflitto” (come se Creonte, *prima* di apprendere della morte di Emone non avesse riconosciuto il conflitto tra obbedienza alle leggi della città e sventura provocata dalla violazione delle leggi non scritte: *Antigone*, 1095-1097).

⁵⁷ C. MOSSÉ, *La femme dans la Grèce antique*, Albin Michel, Paris, 1983, trad. it. di R. Pelà, *La vita quotidiana della donna nella Grecia antica*, RCS, Milano, 2018, 132.

⁵⁸ M. VIOLANTE, *Antigone*, in M. CARTABIA - L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, cit., 97.

⁵⁹ M. VIOLANTE, *Antigone*, cit., 99.

⁶⁰ M. VIOLANTE, *Antigone*, cit., 101.

politicamente più accorta per chi deve far “funzionare la *polis*” e – anche – sopravvivere una volta che dovesse perdere il potere. È un tema che troviamo già nel drammatico e paradigmatico dialogo tucidideo fra Ateniesi e Meli. Questi ultimi, dopo aver tentato di usare argomenti morali, si piegano alla logica dei loro nemici e passano agli argomenti *ex utilitate*, cercando di mettersi nei panni di chi vorrebbe costringerli alla resa e – dunque – alla perdita della libertà: “secondo noi è utile [...] che voi non distruggiate un principio che è bene comune per tutti [...]. E questo si adatta, non meno, al caso vostro, giacché, ove sconfitti, diverreste un esempio per gli altri, se ora esercitate una vendetta durissima”⁶¹. La moderazione, insomma, è per il politico una tecnica di captazione del consenso e un’assicurazione sulla vita (politica e, talora, fisica). Nella vicenda che si svolge nell’*Antigone*, dunque, se è vero che entrambi i protagonisti sono intransigenti e poco disposti all’ascolto dell’altro⁶², è ancor più vero che il problema sta maggiormente dalla parte di Creonte, perché è un tratto proprio del buon governante (di colui, cioè, che sa guidare *bene* le masse, per dirla con Solone)⁶³ il trovare spazi di mediazione e di ascolto anche là dove, a prima vista, essi appaiono indisponibili⁶⁴. Nel suo caso, dunque, l’incapacità di dialogo, la *Kommunikationsunfähigkeit*⁶⁵, è più grave che per qualunque altro cittadino.

3. Il vero *focus* del libro sta, però, nel secondo tema, cioè nella giustizia. I nostri Autori non prendono esplicita posizione sul tipo di conflitto che si agita nell’*Antigone*, questione che – invece – ha da secoli attraversato la discussione filologica, giuridica e filosofica. Cosa

⁶¹ *La guerra del Peloponneso*, V, 90. Cito dalla traduzione italiana di L. Canfora e A. Favuzzi, Mondadori, Milano, 2007.

⁶² G. CANZIO, *La “dike”*, cit., 6. Questione diversa è quella delle ragioni dell’intransigenza di Antigone. La lettura di F. RAMACCI, *Alle origini della tensione tra diritti umani e diritto positivo: i Sette contro Tebe e Antigone*, in *Sociologia*, n. 1/2012, 8 s., che contesta la diffusa immagine di un’Antigone “resistente” per affermare quella di un’Antigone docilmente obbediente al comando religioso, ha più di un fondamento.

⁶³ *Lettera a Epimenide*, in DIOGENE LAERZIO, *Vite e dottrine dei più celebri filosofi*, Libro I, 64.

⁶⁴ Condivido dunque solo parzialmente l’affermazione che “Creonte *non può* negoziare con Antigone perché lei rifiuta ogni forma di mediazione” (M. VIOLANTE, *Antigone*, cit., 121: cors. mio).

⁶⁵ C. MEIER, *Die politische Kunst*, cit., 218.

sono gli *ágrapta nómina* dell'*Antigone* sofoclea⁶⁶? Precetti del diritto divino, come nella classica lettura hegeliana⁶⁷, contrapposti a quelli dello Stato, come l'elemento femminile lo è al maschile⁶⁸ e l'elemento privato-familiare lo è al pubblico-politico ("i penati si contrappongono allo spirito universale")⁶⁹? Indifferentemente leggi divine e leggi della natura⁷⁰? Espressioni di due tipi diversi di religiosità, familiare da una parte e pubblica dall'altra⁷¹? Umane "norme di tradizione orale", componenti un "*corpus* legislativo di origine antichissima"⁷²? In più di un luogo, a mio parere, Cartabia e Violante mostrano di propendere per la tesi dell'opposizione fra leggi divine e leggi umane⁷³, ma quel che più conta, anche al di là del fatto che il dialogo fra Antigone e Creonte si presta a tutte queste letture perché mette in campo almeno cinque opposizioni fondamentali⁷⁴, è che, in ogni caso, la questione della natura delle leggi non scritte costituisce un punto centrale, attorno al quale tutta la cruciale problematica della giustizia, in *Antigone*, ruota⁷⁵.

⁶⁶ *Antigone*, 454 s. La struttura del testo sofocleo fa sì che la citazione debba essere fatta nel caso accusativo.

⁶⁷ Si tratta di leggi che valgono "als der Götter *ungeschriebenes und untrügliches Recht*", cioè "diritto degli dèi, *non scritto e infallibile*": G.W.F. HEGEL, *Die Phänomenologie des Geistes* (1807), trad. it. di E. De Negri, *Fenomenologia dello Spirito*, La Nuova Italia, Firenze, 2ª rist., 1976, I, 360 (cors. nell'orig.).

⁶⁸ Un conflitto morale "in der Weiblichkeit und Männlichkeit daselbst individualisiert" (G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820, § 166).

⁶⁹ G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, cit., 9.

⁷⁰ R. HIRZEL, *ΑΓΡΑΦΟΣ ΝΟΜΟΣ*, Teubner, Leipzig, 1900, 24.

⁷¹ J.P. VERNANT - P. VIDAL NAQUET, *Mythe et tragédie en Grèce ancienne*, I, cit., 24.

⁷² Così G. CERRI, *Antigone, Creonte e l'idea della tirannide nell'Atene del V secolo* (*Alcune tesi di V. Di Benedetto*), in *Quaderni Urbinati di Cultura Classica*, 1982, 150.

⁷³ M. CARTABIA - L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, cit., 29; 89; 97; 113. Potremmo definire questa tesi "hegeliana" se in Hegel l'opposizione tra divino umano non portasse con sé anche quella tra familiare e pubblico e quella tra femminile e maschile. Divino e umano, per giunta, in Hegel s'incontrano nel punto in cui si afferma la necessità storica della guerra come strumento di coesione della comunità politica e di rimedio all'individualistico ripiegamento di ciascuno dei suoi membri nella sfera della privatezza: "la comunità trova dunque la verità e il rafforzamento del suo potere nell'essenza della *legge divina* e nel *regno delle ombre*" (G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, cit., 15).

⁷⁴ "Uomini e donne, vecchi e giovani, individuo e *communitas*, vivi e defunti, mortali e divinità": G. STEINER, *Le Antigoni*, cit., 260.

⁷⁵ Quella tematica si fa recessiva nelle (probabilmente forzate) letture che ricostruiscono l'intera vicenda nella chiave di un'opposizione fra maschile/politico e femminile/impolitico (così, ad es., A. CAVARERO, *Corpo in figure. Filosofia e politica della cor-*

Marcello Gigante ha richiamato l'attenzione sul significato profondo della distinzione fra legge scritta e legge non scritta, che di per sé mette in discussione "l'unitaria concezione arcaica del νόμος⁷⁶, sicché è indubbio che qui siamo a un passaggio cruciale della vicenda politica e culturale della Grecia e – quindi – dell'Occidente. Raramente, fra quinto e quarto secolo, la differenza fra legge scritta e legge non scritta è intesa in senso meramente "tecnico"⁷⁷, connettendosi soltanto all'assolvimento delle formalità di pubblicazione (con l'affissione nella *στοά*), come accade in un famoso (e discusso) passo dell'orazione *Sui misteri* di Andocide, nel quale si dà conto di una disposizione che impegna i magistrati a non dare applicazione, in nessun caso, a una legge non scritta (cioè non pubblicata)⁷⁸. Di norma l'alternativa è assai più radicale, ma la sua vera sostanza non è sempre chiara, sicché meriterebbe un'adeguata indagine caso per caso, che qui non può nemmeno essere accennata. Mi interessa, semmai, mettere in luce un profilo più generale.

È stata registrata, nella Grecia classica, "una precoce tendenza a secolarizzare le leggi non scritte trasformandole nei costumi e negli usi tradizionali dei popoli, sedimentati nel loro *ethos* pubblico"⁷⁹, ma anche a prescindere e anche a voler ritenere che in *Antigone* le leggi non scritte siano proprio ciò che sembra indicare il tenore testuale del passo che le menziona, ovvero le leggi divine, e non un "*corpus* legislativo di origine antichissima", non cambia la conclusione che si deve raggiungere: come il *corpus* delle leggi tradizionali era "affidato alla memoria delle famiglie aristocratiche"⁸⁰, così il patrimonio dei principi del diritto naturale o della famiglia è affidato alla custodia di un ceto privilegiato, in genere sacerdotale. Come è stato ottimamente detto da Giovanni Cerri, "la «legge non scritta», cui si richiama An-

poreità, Feltrinelli, Milano, 1995, spec. 18 ss.). Questa, infatti, è solo *una* delle molteplici chiavi in cui quella vicenda può essere letta (fra i giuristi lo nota, ad es., G. CANZIO, *La "dike"*, cit., 5).

⁷⁶ M. GIGANTE, *NOMOS ΒΑΣΙΛΕΥΕΙ. Con un'appendice*, Bibliopolis, Napoli, 1993, 13.

⁷⁷ J. DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque. Des origines à Aristote*, Les Belles Lettres, Paris, 2001, trad. it. di E. Lana, *La legge nel pensiero greco*, Garzanti, Milano, 2005, 28.

⁷⁸ *Sui misteri*, 85: "ἀγράφω δὲ νόμῳ τὰς ἀρχὰς μὴ χρῆσθαι μηδὲ περὶ ἐνός".

⁷⁹ M. VEGETTI, *Chi comanda nella città. I Greci e il potere*, Carocci, Roma, 2017, 40.

⁸⁰ Così G. CERRI, *Antigone*, Creonte, loc. cit.

tigone” rinvia comunque a “un sistema legislativo di tradizione orale, di cui erano depositari i *ghene*, le grandi casate aristocratiche”⁸¹, mentre “le «leggi scritte», esaltate da Teseo nel suo elogio della democrazia [che troviamo nelle *Supplici* di Euripide], sono le deliberazioni degli organi costituzionali della *polis*”⁸². Questo, per semplificare al massimo, significa che la prospettiva di Antigone è tradizionale/aristocratica e quella di Creonte è innovativa/democratica⁸³; la prima fa valere l’immutabilità della legge non scritta; il secondo l’apertura al futuro di quella scritta⁸⁴. E questo ha conseguenze profonde sul rapporto fra potere e legge, perché la legge scritta è stata da subito “un mezzo di emancipazione politica: grazie a essa diventava semplice stabilire, una volta per tutte e a uso di tutti, le regole che, fino ad allora, potevano rappresentare solo tradizioni incerte, sottomesse o al segreto o *all’arbitrio delle interpretazioni*”⁸⁵. Insomma: “se la legge scritta è democratica, la tradizione non scritta è aristocratica”⁸⁶ e solo la legge scritta può assoggettare all’eguaglianza (almeno politico-formale, diremmo noi) tanto il povero quanto il ricco, come, del resto, aveva ben inteso già Euripide, nel passo delle *Supplici* cui allude Cerri⁸⁷.

Inutile dire che questa antica contrapposizione riemerge continuamente, ancora ai nostri giorni, specie nella forma della critica alla modernità e dell’affermazione dell’avvento di un’era postmoderna nella quale tutti i paradigmi dell’illuminismo, a partire dalla certezza

⁸¹ Non causalmente, C. MEIER, *Die politische Kunst*, cit., 219, traduce “nomima” non con “Gesetze” (leggi), ma con “Gebräuchlichkeiten” (usi).

⁸² G. CERRI, *Legislazione orale e tragedia greca. Studi sull’Antigone di Sofocle e sulle Supplici di Euripide*, Liguori, Napoli, 1979, 13. Questa prospettiva è seguita, fra i giuristi, da A. DENUZZO, *L’elaborazione concettuale del diritto di resistenza: itinerari per un excursus di storia costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 3. Molto diversa quella di A. SCHILLACI, *Le storie degli altri*, cit., spec. 244, secondo il quale “traguardata nel prisma dell’intersoggettività, la radicale rivendicazione individuale di Antigone appare [...] immersa sin dall’origine nel paradigma fraterno, che tuttavia progressivamente assume un respiro più ampio di solidarietà civile”. Confesso di non trovare troppo convincente questo approccio, troppo distante dalle plausibili intenzioni sofoclee e dal contesto in cui esse trovavano traduzione nel testo tragico.

⁸³ Analogamente lo stesso M. VIOLANTE, *Antigone*, cit., 97.

⁸⁴ Un opportuno elogio della capacità della legge scritta di adattarsi al presente in vista del futuro è in F. RAMACCI, *Alle origini della tensione*, cit., 10.

⁸⁵ J. DE ROMILLY, *La legge nel pensiero greco*, cit., 14 s. (cors. mio).

⁸⁶ J. DE ROMILLY, *La legge nel pensiero greco*, cit., 44.

⁸⁷ *Supplici*, 429-441.

del diritto, sarebbero venuti meno⁸⁸. Non posso riprendere, in critica alla critica, cose dette più ampiamente in altra sede⁸⁹ e mi limito all'essenziale, nei limiti propri di una riflessione come questa, che tocca questioni generalissime, ma si collega pur sempre agli stimoli venuti dalla lettura di uno specifico libro.

La diversità di opinione fra i nostri due Autori su questo punto fondamentale mi sembra evidente e non meno evidente è che Cartabia propenda per Antigone e Violante per Creonte. Nessuno dei due, tuttavia, è così ingenuo da schierarsi *toto corde* con l'uno o con l'altro e lascia – invece – spazio al dubbio. La cosa è tanto più apprezzabile se si pensa alla vera e propria infatuazione per Antigone che ha attraversato gli ultimi secoli e ha fatto dire a Hegel che Antigone sarebbe stata la figura più nobile mai apparsa sulla terra (*“die himmlische Antigone, die herrlichste Gestalt, die je auf Erden erschienen”*)⁹⁰. Un'infatuazione che perdura ai nostri giorni, anche nelle opere letterarie, come dimostra – fra le molte – *La tomba di Antigone* di María Zambrano, nella quale Antigone emerge come un'eroina pura e immune da colpe, mentre il diritto (dello Stato) si configura come un mostruoso apparato repressivo, finalizzato solo alla sanzione⁹¹.

In realtà, prendere parte con nettezza per l'uno o per l'altro non è consigliabile. Non lo fa Sofocle⁹²; non possiamo farlo noi moderni. Il finale della tragedia accoppia la catastrofe di Creonte alla fine di Antigone: nessuno esce indenne dallo scontro e non lo può, fra l'altro, perché la struttura sociale della *polis* greca del quinto secolo è ancora in-decisa, presentando elementi democratici ed elementi aristocratici fortemente intrecciati gli uni agli altri. Se il tragedia avesse fatto prevalere l'uno o l'altro dei protagonisti l'ambiguità della co-

⁸⁸ Il più coerente ed efficace sostenitore di questa posizione, a mio avviso, è Paolo Grossi (da ultimo, v. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2018, *passim*).

⁸⁹ Alludo, in particolare, al mio *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. - Annali*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, 391 ss.

⁹⁰ G.W.F. HEGEL, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie* (1821), I, 1, 2, B, 3.

⁹¹ M. ZAMBRANO, *La tumba de Antígona* (1967), trad. it. di C. Ferrucci, *La tomba di Antigone*, SE, Milano, 2014, spec. 61 (“Il Giudice doveva condannarmi perché la sua Legge è questa, condannare”); 66 (“il giudice [...] non ammazza... no, lui no, lui ordina, di ammazzare, perché sta già nel regno della ragione pura, la legge”).

⁹² Della “equità di Sofocle” ha parlato G. STEINER, *Le Antigoni*, cit., 247.

struzione sociale e politica di Atene non sarebbe stata adeguatamente replicata sulla scena.

Qui ci si potrebbe fermare, se non fosse per un importante corollario che Marta Cartabia desume dalla posizione di fondo che, nell'alternativa che sono andato descrivendo, ha sostenuto. Mi riferisco al rapporto fra diritto e morale e – conseguentemente – alla nozione di giudice ideale. Qui, è bene dirlo subito, manifesto un amichevole, ma fermo, dissenso.

Nel saggio iniziale, a quattro mani, i nostri Autori affermano (richiamando non casualmente Radbruch) che “dopo la tragica epoca dell'ingiustizia della legge [...] il diritto e la morale dovevano gravitare su orbite distinte, ma non del tutto incidenti”⁹³. È una formula molto elegante, ma vaga ed elusiva, perché fra diritto e morale o c'è separazione o c'è sovrapposizione (fosse pur parziale): *tertium non datur*⁹⁴. Non si potrebbe replicare che l'esistenza di costituzioni scritte e per valori dimostrerebbe il contrario, perché anche le costituzioni sono diritto positivo e il fatto che proclamino (ma sempre – si badi – nella forma di principi giuridici) valori non altera il loro essere frutto di decisione *politica*, storicamente contingente⁹⁵ e disputabile. In ogni caso, che una posizione realmente terza non possa darsi è dimostrato proprio da questo libro, nel quale i due Autori, dopo aver proposto la formula apparentemente conciliante che ho riportato, finiscono per seguire strade opposte. Per quanto mi riguarda, mi trovo in maggiore sintonia con quella che ha imboccato Luciano Violante, specialmente quanto ai rapporti fra legislazione e giurisdizione e ai limiti della discrezionalità degli interpreti.

Marta Cartabia sostiene che si dovrebbe mitigare “la rigidità delle regole e dei comandi legislativi generali e astratti per tenere in considerazione le esigenze dei particolari casi della vita”⁹⁶ e che in

⁹³ M. CARTABIA - L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, cit., 25.

⁹⁴ Prevengo subito l'equivoco spesso strumentalmente alimentato dagli antipositivisti: separazione fra diritto e morale significa che l'interpretazione del diritto non deve essere intenzionalmente piegata al perseguimento di finalità d'ordine morale (alla ricerca della “giustizia del caso singolo”), ma non può significare che l'interprete sia un essere amorale o miracolosamente scampato alla “precomprensione” del reale impostagli dal momento storico in cui vive e dalla cultura in cui si è formato.

⁹⁵ Pone l'accento su questo punto, proprio a proposito del contrasto fra diritto positivo e diritto naturale, F. RAMACCI, *Alle origini della tensione*, cit., 5.

⁹⁶ M. CARTABIA, *Antigone*, cit., 55.

questa prospettiva sarebbe particolarmente preziosa la ragionevolezza, perché usandola “il giudice dilata i canoni logico-razionali, per accostarsi a una conoscenza aperta a tutte le componenti della realtà”, così “liberandosi dalle limitazioni della ragione astratta ed euclidea”⁹⁷. Come è possibile, però, tutto questo? Si può davvero chiedere al giudice di intendere “tutte le componenti della realtà”? Può davvero pretendersi dal giudice “una profonda conoscenza della realtà e dell’animo umano”, senza la quale non si darebbe “il giudizio giusto per eccellenza”⁹⁸? Personalmente, ho dubbi addirittura su cosa la realtà sia, sicché non oso nemmeno azzardarmi a immaginare che mi sia possibile conoscerla “profondamente”. Né credo che una simile conoscenza risulti accessibile a qualsivoglia essere umano, giudice o meno che sia. Quanto all’animo umano, mi permetto di dire, esso conosce abissi e vette che (per il vichiano principio del *verum-factum*) solo un pensiero divino potrebbe esplorare e che nessun mortale può sperare di attingere (non saremmo forse di fronte, qui, a una manifestazione di *hybris* se qualcuno dicesse d’esserne capace?). Né le cose cambierebbero se questo giudice onnisciente fosse assunto ad astratto paradigma idealtipico e non a concreto soggetto sociale storicamente possibile. Per *dicere ius* basta (e certo non è poco, nella calamitosa confusione legislativa che ci affligge) pronunciarsi *tota lege*, non anche *tota realitate*⁹⁹, *perspecta*. Porre quel paradigma idealtipico rischia di suggerire modelli di autorappresentazione e di comportamento incompatibili con i limiti logici e sistemici della giurisdizione.

Anche Marta Cartabia avverte, con encomiabile onestà intellettuale, le difficoltà connesse a una simile concezione e non a caso lo mette in luce in più punti: “la storia ci offre non pochi esempi di gravi ingiustizie nate dall’affermazione caparbia di una giustizia umana senza limite, inconsapevole della propria intrinseca finitezza”¹⁰⁰; “la storia offre immagini di distruzione scaturita da una ideologia della lotta contro l’ingiustizia a tutti i costi”¹⁰¹; occorre “consapevolezza dell’intrinseca incapacità dell’uomo di raggiungere

⁹⁷ M. CARTABIA, *Antigone*, cit., 57.

⁹⁸ M. CARTABIA, *Antigone*, cit., 59.

⁹⁹ Il lemma *realitas* non si incontra nel lessico della classicità, ma nel latino medievale. I puristi me ne perdoneranno, spero, l’uso.

¹⁰⁰ M. CARTABIA, *Edipo Re*, cit., 50.

¹⁰¹ M. CARTABIA, *Edipo Re*, cit., 51.

la pienezza e il compimento delle sue aspirazioni”¹⁰²; “neppure il più grande degli uomini conosce in profondità la sua identità [...], mancando sul piano della consapevolezza di sé”¹⁰³. Proprio queste considerazioni, però, avrebbero dovuto condurla, a me sembra, a conclusioni diverse, accettando l’idea che il giudice deve muoversi su un terreno più solido, senza rischiare forzature e senza immaginare di far prevalere le ragioni della morale su quelle della legge scritta, perché la morale, anche a non ritenerla *disputabile* qualora si assuma una prospettiva non relativista, ma assolutista, è di fatto, oggettivamente, *disputata*. La separazione fra diritto e morale donataci dal positivismo, lungi dall’essere un vecchio arnese, è una *garanzia* che non dobbiamo abbandonare. E proprio il richiamo che i nostri Autori fanno a Radbruch¹⁰⁴ deve invitare alla cautela: la sua posizione è storicamente comprensibile, ma ci espone all’insanabile conflitto di valori e a ogni possibile abuso (come quelli, segnalati da Herbert Hart, commessi dai tribunali tedeschi nel secondo dopoguerra)¹⁰⁵.

La contraddizione che ho rilevato deriva, a me sembra, dall’accoglimento della dottrina del “diritto mite” di Gustavo Zagrebelsky¹⁰⁶, che, però, è mite esclusivamente *nomine*¹⁰⁷. Non è “mite”, infatti, già in sede di argomentazione della tesi sostenuta, laddove si afferma che i “giuristi puri” sarebbero “orgogliosi e inutili”¹⁰⁸ o che “gli uomini e anche i giuristi «tutti d’un pezzo» non fanno per il tipo di vita individuale e sociale al quale chiama lo Stato costituzionale del nostro tempo” (una sorta di espulsione dalla comunità dei giuristi...) ¹⁰⁹. Ma non è mite, soprattutto, nei suoi contenuti e nei suoi effetti. A parte il fatto che il diritto, essendo uno strumento di regola-

¹⁰² M. CARTABIA, *Edipo Re*, cit., 54.

¹⁰³ M. CARTABIA, *Edipo Re*, cit., 79.

¹⁰⁴ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *SJZ*, 1946, 105 ss.

¹⁰⁵ H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 *Harv. L. Rev.* (1958), spec. 618 ss. V. anche la replica di L.L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, in 71 *Harv. L. Rev.* (1958), spec. 632 e 650 ss.

¹⁰⁶ M. CARTABIA, *Edipo Re*, cit., 55.

¹⁰⁷ Riprendo, nel testo, considerazioni già sviluppate in M. LUCIANI, *Quanto è mite il diritto mite di Gustavo Zagrebelsky?*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, Torino, 2016, 36 ss.

¹⁰⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, 182.

¹⁰⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 16.

zione sociale (che, alla fine, implica la possibilità dell'uso della forza), per la sua stessa essenza non può essere davvero mite, va detto che la tesi di Zagrebelsky appare la riedizione contemporanea della risalente aspirazione a sostituire al governo degli uomini il governo delle leggi, la cui realizzazione (è questa, in tutti gli autori che sostengono questa posizione, l'esplicita o implicita premessa) consentirebbe di rimpiazzare la soggettività della volontà dei primi con l'oggettività delle seconde. Sennonché, pure le leggi non sono altro che la manifestazione di una volontà umana e – come abbiamo già visto – le stesse costituzioni contemporanee, anche a volerle considerare “diritto naturale positivizzato”, manifestazione di una volontà umana lo restano comunque, volontà che si positivizza (nelle forme di una costituzione) solo se è imputabile a un potere capace di imporsi nella realtà dei rapporti sociali. Nell'esercizio del potere, dunque, non c'è mai alcunché di mite, nemmeno (e, anzi, soprattutto) all'atto della sua manifestazione primigenia (costituzionale). L'attenzione, allora, si sposta dalla fondazione all'attuazione e all'applicazione del diritto e qui la dottrina del diritto mite manifesta un'evidente opzione per la centralità della giurisdizione, in danno della risalente centralità della legislazione. Tuttavia, dire che la giurisdizione (specie se osservante dei principi di ragionevolezza e proporzionalità) sarebbe manifestazione di potere mite è logicamente errato, perché nessun giudice ha gli strumenti flessibili che possiede il legislatore e non può (anzi: non è legittimato a) praticare quell'arte della mediazione che sola può conferire un tratto di almeno parziale mitezza alla decisione pubblica. Ci sono limiti intrinseci della funzione giurisdizionale nella determinazione delle soluzioni di compromesso non solo fra parti, ma anche fra principi (valori, direbbe Zagrebelsky), che restano assolutamente insormontabili (e quando il giudice prova a valicarli invade il dominio della politica, facendosi indebitamente soggetto politico a tutto tondo). La vera partita, pertanto, non è fra mitezza e durezza, ma fra una concezione aristocratica e una concezione democratica del sistema istituzionale, partita che le democrazie moderne hanno sinora tenuto sul filo dell'equilibrio e le cui sorti sono adesso fortemente sbilanciate sul lato di una giurisdizione che tende sempre più a emanciparsi dal testo delle norme da applicare (è questa la conseguenza ultima della dominante dottrina dell'interpretazione) e così facendo sostituisce la (pretesa) mitezza alla certezza. Ma il diritto è tanto meno

mite quanto più è incerto, perché nello spazio dell'incertezza hanno agio di muoversi le più incontrollate preferenze di valore e le meno trasparenti istanze di potere.

Che un terreno più saldo sia necessario, in ogni caso, lo dimostra la scelta delle due paradigmatiche figure di giudice ideale che Marta Cartabia ci propone: Salomone e Porzia.

Salomone, ci dice, “è giusto, non perché spartisce equamente il bene in gioco [...] ma perché comprende integralmente”, perché ha “un cuore docile” e sa “distinguere il bene dal male”¹¹⁰. Al che, però, vanno opposte due osservazioni. La prima: se si può ammettere che a un re biblico fosse dato “comprendere integralmente” non credo che lo stesso sia dato a un comune mortale. La seconda: nel giudizio di Salomone, in realtà, non v'è alcuna “giustizia” (la stessa nostra Autrice riconosce che la sua decisione avrebbe condotto “ad esiti aberranti, nel caso di specie”)¹¹¹, ma solo abilità logica e psicologica. La sua non è una vera decisione, ma un espediente del tipo di quelli che sovente giudici, pubblici ministeri e avvocati usano su imputati, parti o testimoni per sapere se dicono il vero. È tanto poco una vera decisione che, non appena la falsa madre si è tradita, il re la rovescia assegnando il bene in giuoco (il figlio) alla madre vera (solo a questo punto la giustizia si manifesta). Il giudizio di Salomone, dunque, sarebbe perfettamente compatibile con una cultura giuspositivista. Il suo non è altro che uno stratagemma istruttorio (e più da pubblico ministero, direi, che da giudice), che (per la palese non plausibilità della soluzione inizialmente adottata) appare assai ingenuo ai nostri occhi ormai smalizati, ma era molto efficace nei confronti di due prostitute mediorientali di tremila anni fa, i cui mezzi culturali non dovevano essere dei più raffinati. Non un atto di giustizia, ma un atto preliminare alla giustizia, e infatti, dicono le Scritture, “la sapienza di Dio era in lui, *affinché* potesse giudicare con giustizia”¹¹².

Altra cosa, del tutto diversa, è Porzia. Porzia, più che Antigone, sarebbe il modello positivo cui dovrebbe avvicinarsi un buon giudice, “aperto a vagliare tutte le possibilità, in un percorso fatto di coraggio e di pazienza e di «prudenza»”¹¹³. Per quanto mi riguarda, in-

¹¹⁰ M. CARTABIA, *Antigone*, cit., 59.

¹¹¹ M. CARTABIA, *Antigone*, loc. cit.

¹¹² *Re*, I, 3, 28 (cors. mio).

¹¹³ M. CARTABIA, *A due voci*, in M. CARTABIA - L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, cit.,

vece, Porzia è un modello del tutto negativo. Lo stesso Ascarelli, che opportunamente Cartabia richiama, sebbene sia sostenitore di una dottrina dell'interpretazione (da me non condivisa) che definirei “a maglie larghe”, mostra un serissimo imbarazzo a dirne bene, visto che, mentre ne loda l'abilità dialettica, non può tacere il suo “accento quasi che furbesco, accentuato e insieme nobilitato dalla figura muliebre”¹¹⁴. Porzia è astuta, non giusta, e non può certo sorprendere che, in un “giudizio” su un ipotetico appello di Shylock, tenutosi prima a Venezia nel 2016 e poi a Washington nel 2017 di fronte a un collegio presieduto da Ruth Bader Ginsburg (ringrazio Patrizio Ivo D'Andrea che me l'ha segnalato), il gravame di Shylock sia stato parzialmente accolto e Porzia sia stata condannata in quanto “*an impostor*” e “*a hypocrite*”¹¹⁵.

Cosa fa, in realtà, Porzia ne *Il mercante di Venezia*? Quel che fa è prendere un contratto, liberamente stipulato dalle parti, e, con un espediente lessicale, ridurlo a carta straccia. L'espediente è abile sul piano teatrale e può sembrar credibile solo nella finzione scenica, non certo nella realtà giuridica: chi mai, applicando la logica dell'interpretazione dei contratti (quella che nel nostro ordinamento troviamo scolpita all'art. 1362 cod. civ.) potrebbe raggiungere quel risultato? Dove sono gli appigli testuali? Dove quelli teleologici? Dove quelli sistematici? Porzia non fa leva su una possibile nullità della clausola per la sua contrarietà all'ordine pubblico (così ragioneremmo noi), ma la manipola, la distorce, la tradisce (e sì che Antonio aveva avuto il suo bravo prestito, tanto che non aveva di che lamentarsi se la scommessa sulla buona sorte dei suoi carichi di mercanzia era andata male). Metto da canto il fatto (pur non trascurabile) che, salvando Antonio, Porzia condanna Shylock e che questa condanna è da leggere nel contesto del rinfocolarsi delle polemiche antisemitiche nell'Inghilterra elisabettiana, e vado al punto. Porzia ha dalla sua l'intento di salvare una vita, certo, ma a che prezzo? Rudolf von Jhering, in *Der Kampf um's Recht*, ha chiarito quanto fosse alto: né più né meno che la distruzione delle leggi di Venezia. “*Sein Recht [il diritto di Shylock] und das Recht Venedigs sind eins; mit seinem Recht stürzt letzteres selber*”¹¹⁶. Se le leggi di Venezia, se le norme del diritto veneziano dei

¹¹⁴ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1955, 761.

¹¹⁵ Così riferisce la cronaca del *New York Times* del 27 luglio 2016.

¹¹⁶ R. v. JHERING, *Der Kampf um's Recht*, G.J. Manz'schen Buchhandlung, Wien, 1872, 64 (cors. nell'orig.).

contratti possono essere aggirate a piacimento, che ne è della convivenza civile, che ne è della comunità politica? Troppo a caro prezzo si paga l'ambizione del giudice di fare giustizia sostanziale, passando sopra la durezza della norma scritta. In questo caso si trattava di quella del contratto, ma la posizione di Porzia, come Jhering ha ben compreso, travolge anche la legge; legge che *deve* contenere, in via di principio, norme generali e astratte, se il diritto vuole assolvere alla funzione sua propria di disciplinare il futuro¹¹⁷. Certo, la norma generale e astratta può anche essere ritenuta inadeguata alla regolazione del caso singolo, ma: a) questo si può affermare solo a condizione di possedere dei *paradigmi* in base ai quali giudicare dell'“adeguatezza” o meno di una norma (paradigmi che, però, l'interprete non è legittimato a pescare nella propria coscienza); b) una norma generale e astratta è sempre migliore dell'assenza di qualunque norma per il caso singolo, se si vuole evitare l'arbitrio del giudice (*“Denn wenn es ein Übel ist, daß die Entscheidung im Einzelfalle unzweckmäßig ist: ein noch größeres Übel ist es, wenn überhaupt jede Norm für den Einzelfall fehlt und damit der Willkür freier Spielraum gegeben ist”*)¹¹⁸.

Ma non basta. Porzia non può essere un esempio positivo e, anzi, è negativo proprio nella prospettiva della classicità, nella quale il libro qui discusso ci immerge. Quello che Shakespeare ci propone non è un esempio di esercizio del *lógos* in funzione di giustizia: è un esempio di uso della *metis*, cioè dell'astuzia, dell'inganno. Lo è sotto *tutti* i suoi possibili profili, anche simbolici. Vediamo.

i) Porzia (forse per non casuale scelta misogina²) è donna e, a parte successivi sviluppi, nelle teogonie arcaiche Metis è anch'essa donna, divinità femminile andata in sposa a Zeus che l'inghiottirà per impossessarsi di tutte le sue abilità e diventare, così, re dell'Olimpo¹¹⁹.

ii) La *metis* è un'arma preziosa dell'intelligenza, ma “si accosta all'astuzia sleale”¹²⁰, come sleale è l'artificio di Porzia.

iii) La dea Metis era “dotata del potere di metamorfosi”¹²¹ e la

¹¹⁷ E. ZITELMANN, *Die Möglichkeit eines Weltrechts*, rist. dell'ed. 1888 (con una postfazione), Duncker u. Humblot, Leipzig, 1916, 15.

¹¹⁸ E. ZITELMANN, *Die Möglichkeit eines Weltrechts*, cit., 16.

¹¹⁹ M. DETIENNE - J.-P. VERNANT, *Les ruses de l'intelligence. La mêtis des Grecs*, Flammarion, Paris, 1974, trad. it. di A. Giardina, *Le astuzie dell'intelligenza nell'antica Grecia*, Laterza, Roma-Bari, 1977, 41; 52; 79.

¹²⁰ M. DETIENNE - J.-P. VERNANT, *Le astuzie dell'intelligenza*, cit., 5.

¹²¹ M. DETIENNE - J.-P. VERNANT, *Le astuzie dell'intelligenza*, cit., 13.

metis è “essa stessa una potenza di astuzia e d’inganno. Essa agisce per travestimenti”¹²². Esattamente come Porzia, che si traveste e inganna doppiamente: per sembrare maschio e per sembrare dottore in legge (oltretutto particolarmente autorevole, perché in arrivo da Roma), alterando due volte la realtà.

iv) La *metis* è una qualità positiva del sovrano (“non c’è [...] sovranità senza *Metis*”)¹²³ e usando la *metis* nel giudizio, nel momento in cui interpreta la legge (dunque al di là dei limiti legittimi, indicati proprio dall’episodio del giudizio di Salomone), il giudice si appropria di un’arma non sua, quasi indossando le vesti di quel sovrano che non gli è consentito essere.

Insomma, Porzia, discepolo di Metis, non può essere evocata quale modello di giudice perché il *dikastes* non è il *kubernetes* e deve rifuggire dall’artificio, dall’inganno, fosse pure dalle semplici forzature, quand’anche volesse utilizzarle a fin di bene. Il modello, semmai, è un’altra divinità femminile. È Temi¹²⁴. Temi, che – significativamente – succede a Metis quale seconda moglie di Zeus in un mondo divino ormai finalmente pacificato e ordinato. Temi che è madre di Eunomia, di Dike e di Eirene¹²⁵. Temi che “esprime, nel mondo divino, gli aspetti di stabilità, di continuità, di regolarità”¹²⁶. Temi che campeggia sulle copertine dei libri dei giuristi. È a Temi che dobbiamo guardare. A Temi e alla sua funzione stabilizzatrice. A quella funzione che già nella Grecia classica aveva il suo posto e che deve averne uno ancora maggiore nella modernità, occupando lo spazio fragile e prezioso che noi giuristi siamo soliti chiamare così: *certezza del diritto*.

¹²² M. DETIENNE - J.-P. VERNANT, *Le astuzie dell'intelligenza*, cit., 14.

¹²³ M. DETIENNE - J.-P. VERNANT, *Le astuzie dell'intelligenza*, cit., 41.

¹²⁴ Anche qui, peraltro, occorre prudenza, perché Temi è solo all’origine del percorso che condurrà alla costruzione dell’edificio del diritto nel quale vivranno gli uomini (sulla natura primordiale di Temi, ad es., G. STEINER, *Le Antigoni*, cit., 277).

¹²⁵ ESIODO, *Teogonia*, 901 ss.: “δεύτερον ἡγάγετο ἀρὴν Θέμιν, ἣ τέκεν Ὠρας, Εὐνομίην τε Δίκην τε Εἰρήνην τε καὶ Εἰρήνην τεθάλυιαν”. La successione di Dike a Temi è interpretata non solo in prospettiva *teogonica*, ma *politica*, da O. SPENGLER, *Der Untergang des Abendlandes. Umrisse einer Morphologie der Weltgeschichte*, Braumüller, Wien, 1918 e C.H. Beck, München, 1922, trad. it. di J. Evola, *Il Tramonto dell'occidente. Lineamenti di una morfologia della Storia mondiale*, 2ª ed., Longanesi, Milano, 1970: “il sentimento dell’esercizio del potere, della *themis*, si trasforma nel sentimento del governare, della *dike*” (cors. nell’orig.).

¹²⁶ M. DETIENNE - J.-P. VERNANT, *Le astuzie dell'intelligenza*, cit., 78.

Massimo Luciani ha detto che bisogna avere cautela quando si affrontano i classici greci. Ha ragione. Dico subito che Marta ed io non abbiamo deciso di riflettere su questi due grandi classici perché travolti da incontenibile *hybris*.

Due anni fa Il Mulino, la casa editrice di questo piccolo libro, ha proposto alcune conferenze invernali e ha chiesto a Marta di riflettere sull'Edipo re e a me di riflettere sull'Antigone, in momenti diversi, per cui non ci siamo incontrati. Pare che le due esposizioni siano piaciute e quindi ci hanno chiesto: "ma perché non ci fate un libro?".

Uno dei risultati migliori di questo lavoro comune è che siamo diventati amici. Prima non ci conoscevamo; anzi io avevo conosciuto Marta come studiosa attraverso i suoi scritti. E già questo è stato un risultato umanamente significativo. Quando due autori scrivono un libro, per quello che io ricordo, a un certo punto litigano o per lo meno diventano insofferenti l'uno dell'altro. Questa volta non è accaduto.

Il libro come lo impostiamo? La domanda di partenza fu questa: di che cosa parliamo e come ne parliamo?

Un primo passaggio ha riguardato il rapporto tra teatro e giustizia. Perché tra giustizia e teatro, pensate alla forma di un'aula di tribunale, c'è un rapporto stretto, quasi indissolubile. Fino a tutto il Settecento, la punizione era pubblica e teatrale: c'era il palco, dove il boia avrebbe frustato o decapitato o impiccato o bruciato il colpevole; il colpevole attraversava la città su un carro con una scorta armata; a volte la testa era coperta con un cappello che lo ridicolizzava, o era costretto a portare sul dorso o sul petto un cartello che aveva la stessa funzione o indicava il delitto commesso. Attraverso la teatralità insomma il sovrano manifestava continuamente la giustizia come frutto della propria potenza. La massima esibizione di crudeltà del boia costituiva la massima prova della potenza del sovrano. Oggi resta la teatralità, con una differenza. Ieri il processo era segreto e l'esecuzione pubblica. Oggi il processo è pubblico ma l'esecuzione è segreta.

Il teatro può essere profetico. La tragedia, quando rappresenta i sentimenti profondi dell'animo umano, mette in scena conflitti che

non hanno tempo e quindi in alcuni casi può apparire preveggen-
 te. Non è un miracolo: i conflitti umani profondi non si prescrivono
 mai. Ad esempio nell'Enrico VI parte II, di Shakespeare, il duca di
 York per conquistare il pieno potere decide di fomentare il malcon-
 tento contro le *élites* (di cui fa parte) contro la corruzione (da lui
 praticata), contro i privilegi (lui è un privilegiato). Assolda perciò un
 lanaiolo, Jack Cade. Cade promette alla folla che ci saranno "riforme
 coraggiose", che "si venderanno per un soldo sette pagnotte da un
 soldo", che "il boccale da tre decilitri conterrà dieci decilitri". Non
 ci saranno più tasse né vagabondi a dare fastidio. Per prima cosa uc-
 cideremo tutti gli avvocati, grida un suo seguace e lui dice che è
 quello che farà. Incontra un cittadino che è sospettato perché istruito
 e gli chiede: *"Lo scrivi per intero questo nome quando firmi, o fai solo
 una crocetta, come fa ogni onesto galantuomo? Signore, sono abba-
 stanza istruito, se Dio vuole, da essere capace di scrivere il mio nome."*

Ha confessato! A morte! È una canaglia e un traditore!

A morte, sì. Impiccatelo, con penna e calamaio intorno al collo!

Cade sarà ucciso dai seguaci delusi.

Torniamo ad Antigone. Con questa tragedia Sofocle ha forgiato
 la forma nella quale sarebbe stato rappresentato, in tutte le lingue e
 in tutte le epoche, il conflitto tra coscienza individuale e ragion di
 stato, tra legge morale e legge positiva, tra la legge ancestrale dei le-
 gami familiari e la legge moderna della città. In molti momenti della
 storia, le rappresentazioni di quei conflitti è servita per denunciare
 un potere dispotico in conflitto con una limpida coscienza civile.

Il teatro è il luogo per rappresentare una verità che non si può
 rappresentare altrimenti. In un altro grande classico, Amleto, la tra-
 gedia ne contiene un'altra. Amleto sa che lo zio ha ucciso suo padre,
 re di Danimarca, per prenderne il posto, ma non ha le prove. Chiede
 perciò ad una compagnia di teatranti, che sta per arrivare al castello,
 di mettere in scena "L'assassinio di Gonzalo", con alcune varianti
 scritte da lui per far corrispondere la rappresentazione alla verità.
 Non è un processo, ma ha la stessa finalità di un processo: smasche-
 rare lo zio, rendere a tutti evidente ciò che tutti sospettano e cioè che
 è lui l'assassino del padre. La compagnia recita questa *pièce* teatrale,
 riadattata, ma quando arriva al punto dell'assassinio, il re usurpatore
 impedisce che la tragedia vada avanti.

Nel corso del lavoro le discussioni con Marta sono scivolte sull'oggetto del processo. Il compito dei giudici, a mio avviso, non è accertare la verità ma accertare la responsabilità. Guai se compito dei giudici fosse la verità: a questo ci pensano altri, per fortuna, che non possiedono strumenti coercitivi. Se la verità fosse l'oggetto del processo non ci sarebbero regole per disciplinare l'acquisizione della prova. A me sembra che nella storia della giustizia i giudici che si sono investiti dell'accertamento della verità hanno commesso delitti: penso all'Inquisizione. Se l'oggetto del processo fosse la verità, i codici non potrebbero porre limiti alla acquisizione della prova: non potrebbero dire che se una parte del processo ha presentato una prova dopo la scadenza del termine, decade dal diritto di utilizzarla. L'invalidità della prova illecita, inoltre, non avrebbe senso e così via. Del tutto distinto è il tema della cosiddetta verità processuale, che può coincidere con la verità oggettiva, ma è una eventualità, non una certezza. Il tema è stato oggetto di profonde discussioni tra Marta e me; consapevole della forza di alcuni argomenti di Marta, ho corretto la drasticità della mia posizione iniziale.

Il confronto su questi temi è stato agevolato da Alessandro Baro e Danila Aprea, nostri collaboratori, che leggendo il testo provvisorio hanno selezionato i temi che sono oggetto del nostro dialogo nella terza parte del lavoro.

Il titolo proposto dal Mulino era *Antigone ed Edipo*. Io ho chiesto che ci fosse anche Creonte, perché dedicare il titolo del libro solo ad Antigone rischiava di non comunicare immediatamente la complessità delle questioni. Il nodo di fondo della tragedia è il governo della città. Creonte deve mantenere l'ordine nella città. Perciò emana un decreto con il quale riconosce i massimi onori funebri ad Eteocle che è caduto per difendere Tebe e condanna alla non sepoltura, all'abbandono ai cani e agli uccelli rapaci, il corpo di Polinice, che ha preso le armi contro la patria. Creonte lo fa per distinguere i due comportamenti, ma anche per mettere sull'avviso gli avversari, che sono presenti in ogni sistema politico. Creonte è preoccupato dell'anarchia di un paese senza leggi. Il fatto che sia severo con Polinice, suo nipote, fa capire immediatamente che la legge della città ha un primato assoluto anche nei confronti delle leggi che riflettono i vincoli familiari.

Anche Edipo deve affrontare un problema di governo. A Tebe c'è la peste; l'oracolo fa sapere che per liberare la città da questa

piaga bisogna scoprire chi ha ucciso Laio. Edipo emette un decreto, anche qui un decreto: chi sa qualcosa ha l'obbligo di parlare e il colpevole sarà accecato o cacciato dalla città, in un perpetuo esilio. Edipo assume le vesti di giudice e conduce l'inchiesta. Man mano che l'inchiesta procede quel giudice scopre che sta indagando su se stesso; è stato incolpevolmente lui stesso l'assassinio di Laio con il quale si era scontrato per una questione di precedenza sulla strada. Come fra' Cristoforo.

Edipo ha ucciso perché Laio, del quale ignorava l'identità, incontrato sulla strada verso Tebe, gli ha ingiunto di farsi da parte e lo ha colpito con un bastone. Egli ha reagito, per legittima difesa, si direbbe oggi. Non è colpevole; ma come ha spiegato Margherita Rubino, quando abbiamo discusso di questi temi a Siracusa, è impuro. È un impuro perché su di lui grava una forma di maledizione. L'impurità non è ragionevolmente risolubile. Ma non è un concetto che è stato sepolto dal tempo. Oggi nel civilissimo Occidente che cos'è l'immigrato africano, centro americano, se non un impuro? La sua colpa è esistere e pretendere di vivere. Perciò assume lo *status* di nemico. La stessa cosa vale per lo zingaro, e in alcuni Paesi europei, drammaticamente, per l'ebreo.

Per quanto io sappia, il primo riferimento alla necessità della consapevolezza del male commesso per essere ritenuto colpevole è nel Vangelo di Luca quando Gesù dalla croce e dice "Pare, perdona loro perché non sanno quello che fanno": se non sai quello che fai non puoi essere responsabile. ma per Edipo questo problema non si pone. Egli è maledetto.

La tragedia non va forzatamente attualizzata, ma i temi che essa tratta sono ancora oggi drammaticamente attuali. C'è una questione che mi ha colpito: l'offesa arrecata al corpo del nemico ucciso.

Qualcuno di noi sa dove è sepolto Bin Laden? Qualcuno di noi sa dove è sepolto Saddam Hussein? La insepoltura del nemico, o la sepoltura nascosta del nemico, è un *topos* che ritorna tutt'oggi, anche più drammaticamente del passato. Benazir Bhutto, che poi è stata capo del governo del Pakistan, quando dirigeva l'opposizione contro il tiranno del posto, era aiutata dal fratello Mustaza: il fratello fu ucciso dagli uomini del tiranno, il quale ordinò che il corpo non fosse sepolto, fosse esposto a macerare, ad autodistruggersi.

In Salvador durante la dittatura militare, una giovane donna si era assunto il compito di seppellire i militanti dell'opposizione uccisi

dai paramilitari. È stata uccisa a sua volta perché il corpo del nemico doveva giacere nelle strade e scomporsi in modo che fosse chiaro che la persona alla quale quel corpo apparteneva non era da celebrare, né da ricordare.

D'altra parte in un passaggio dell'*Antigone* le guardie che riferiscono a Creonte del delitto di Antigone, dicono "qui siamo messi su una collinetta ma controvento perché il cattivo odore era troppo forte". Il tema è la marcescenza, del corpo del nemico.

Nella storia delle rappresentazioni dell'*Antigone* si misura un grande divario tra la tragedia e il mito. Nel mito Antigone rappresenta il conflitto eroico tra la giovane donna che si batte senza paura per un ideale assoluto, per la legge della coscienza e della libertà, contro il sovrano che impone il suo cieco potere. Ma nella tragedia di Eschilo le cose non sono così banalmente definite. Creonte si pone il problema del governo della città e del non poter favorire un familiare, violando per di più un proprio decreto. E Antigone a un certo punto della vicenda ridimensiona il proprio impegno per il fratello. Gli dice quasi parlandogli: io non mi batterei per te se avessi un altro fratello o se i miei genitori fossero vivi e potessero generare un altro fratello, né se potessi avere un figlio, ma io non voglio sposarmi e quindi non potrò avere un figlio. Ho solo te e quindi a te devo tributare gli onori.

La tragedia è scritta in una fase di passaggio dalla struttura familistica alla struttura della *polis*. Il modernizzatore è Creonte che parla della legge della *polis* contro l'anarchia e della impossibilità che il vincolo familiare prevalga sul vincolo della *polis*. Antigone dice il contrario: il vincolo familiare è assoluto e la legge degli dei che lei richiama è una legge superiore, anche se nessuno l'ha letta. Il decreto di Creonte è una legge moderna, scritta, conoscibile e conosciuta.

Quando nasce il mito? *Antigone* diventa mito di libertà dopo la seconda guerra mondiale. E già durante l'occupazione nazista di Parigi, Anouilh rappresenta Antigone non presentando Creonte come il sovrano violento e assoluto; lo rappresenta alle prese con i problemi del governo. Fu accusato di collaborazionismo.

Nelle versioni successive il mito permanente è quello del debole contro il forte, del debole che impugna un grande diritto fondamentale, contro il sovrano potente, cieco e sordo. Dopo la tragedia del nazismo e gli arbitri dello stalinismo, questa versione acquista un grande fascino interpretativo, anche se essa è distante dalla parola di

Sofocle. Il mito nasce perché l'essere umano ha bisogno di modelli che proiettino il reale in una dimensione dove l'etica domina, strumento morale per contestare l'esercizio del potere politico.

Marta ha giustamente insistito, nel testo, sull'ostinazione di Creonte e sull'ostinazione di Edipo. Creonte ed Edipo sono governanti troppo sicuri di sé. Il primo non ascolta le ragioni dell'altra; neanche Antigone ascolta le ragioni di Creonte, ma Creonte è il sovrano e perciò ha il dovere dell'ascolto. Edipo, a sua volta, tutto preso da se stesso, non si rende conto dei messaggi che gli sono arrivati. Un commensale ubriaco, a Corinto, gli aveva detto che era un bastardo, non il vero figlio dei sovrani della città. Effettivamente i genitori naturali, conoscendo la profezia, il figlio di Laio ucciderà il padre e giacerà con la madre, avevano cercato di liberarsi di lui. Ma il pastore cui era stato affidato perché fosse abbandonato nel bosco, lo aveva fatto giungere ai sovrani di Corinto che desideravano un figlio ma non riuscivano ad averlo. Dopo l'insulto dell'ubriaco, Edipo consulta l'oracolo di Apollo e gli chiede di chi sia figlio. L'oracolo non risponde alla domanda, già questo avrebbe dovuto preoccuparlo, e profetizza che avrebbe ucciso il padre e sposato la madre. Edipo non cerca di cogliere i segnali che gli sono arrivati, di interpretarli; è troppo sicuro di sé.

Le due tragedie possono anche essere lette come codice per il politico. Un manuale *ante litteram* per il Principe. Chi governa deve anche sapere ascoltare e capire se sta superando il confine della sua responsabilità nei confronti della *polis*; deve capire quando è opportuno correggere la rotta. Emone, figlio di Creonte, fidanzato di Antigone, appare più saggio del padre. Gli dice: ascolta, rifletti, il popolo, che all'inizio era d'accordo con te, sta cambiando idea perché comincia a condividere le ragioni di Antigone. Sofocle, stratega con Pericle nella guerra contro Samo, politico di ieri, suggerisce al politico di oggi di non considerare immutabili le opinioni del popolo, che sono variabili, come la conclusione della tragedia dimostra.

Ringrazio il prof. Cesare Pinelli e l'Università La Sapienza che ci ospita in questa sede insieme a relatori di tanto prestigio che hanno speso il loro tempo e le loro energie intellettuali per leggere e riflettere su questo nostro testo. È un libro che mi è divenuto carissimo, non essendo stato preventivato come tutte le cose più belle della mia vita, nate quasi per caso.

Il primo elemento che desidero segnalare è l'amicizia nata con Luciano Violante: è andata proprio come detto da lui. Prima di questa avventura, ci conoscevamo di lontano e siamo stati avvicinati da un'intuizione dell'editore che ci ha chiesto di rielaborare e pubblicare insieme gli interventi che avevamo realizzato separatamente nell'ambito di un'iniziativa di incontri mattutini domenicali a Bologna. A partire dalle frequentazioni dovute alla stesura del volume, si è sviluppata un'amicizia crescente, grazie a un metodo di lavoro comune che ha favorito appuntamenti, giornate condivise e scambi; ed è un'amicizia che continua anche al di là dell'occasione del libro e delle sue presentazioni.

C'è un secondo elemento che mi piace sottolineare e che mi colpisce davvero: in un'epoca come quella odierna, dove sembra che i giovani siano disinteressati a tutto, dove la comunicazione è stentata e frammentata, dove la lettura non oltrepassa il limite di formule rapide e poco più articolate di un *tweet*, dove l'informazione si adegua allo spessore banalizzante dello *slogan*, un libro che rivisita testi classici che tutti pensiamo già di conoscere – o quanto meno ne abbiamo delle immagini in mente – si è rivelato così magneticamente attraente da generare presentazioni e discussioni nelle scuole, nelle università, nelle piazze, un po' ovunque e in ogni tipo di ambiente. La pervasiva trasversalità delle tragedie è stata fonte per me di una ricchezza enorme: perché non abbiamo incontrato solo il mondo accademico e istituzionale che già conoscevo, ma un mondo più ampio che ci si è

* Ringrazio il dott. Alessandro Baro per il prezioso aiuto nella redazione del testo, per il completamento dei riferimenti di dottrina, giurisprudenza e letteratura e per le attente osservazioni di contenuto che mi hanno permesso di approfondire e chiarire molti passaggi di questa conversazione.

dischiuso attraverso queste bellissime occasioni. E il merito di questo non è stato prima di tutto degli autori: il grande fascino delle tragedie risiede nella loro potenza eidetica, nella forza conoscitiva delle loro immagini che si fissano indelebilmente nella nostra memoria. In questo modo, parlano di cose eterne, di verità e problemi senza tempo, affrontano le questioni di sempre dell'animo umano, con un linguaggio che si adatta meravigliosamente a quello moderno.

Voglio sottolineare ancora una volta, come peraltro già chiarito nell'introduzione a quattro mani del volume, che la ragione per cui ci siamo messi a scrivere da profani intorno a questi testi classici – sicuramente, almeno, per quel che mi riguarda – non è perché abbiamo ritenuto di aver capito più di altri queste tragedie o perché abbiamo voluto fissarne una chiave ermeneutica definitiva. Al contrario, rispondendo alla richiesta dell'editore che è già stata menzionata, questi testi sono stati letti e riletti con le domande del presente, della nostra storia presente. Per questo, mi ritrovo perfettamente nell'osservazione di Pedullà nell'introduzione al volume che raccoglie una serie di saggi di Nicole Loraux sul tema della città divisa: la studiosa francese opera in difesa di una «pratica controllata dell'anacronismo» che

«può essere letta come una rivendicazione del diritto di porre agli antichi le domande che appaiono più pertinenti a noi moderni»¹.

Le tragedie, dunque, se lambiscono il presente, non sono da attualizzare in senso stretto: poiché raccontano i problemi della *polis* senza riferimenti, che pure si possono leggere in filigrana, alle circostanze dell'attualità del momento ricollocandoli in un contesto mitico, senza tempo, conferiscono alla narrazione quella *distanza tragica*, che la spoglia di ogni contingenza e la focalizza sulle dinamiche proprie di ogni relazione umana privata, pubblica, sociale o politica di sempre. Così, anche noi, giuristi del XXI secolo, possiamo sentirci legittimati a porre agli antichi domande sul presente, non per trarne una risposta sillogistica e puntuale, ma perché esso possa essere illuminato anche da quella luce.

È accaduto, allora, che, pur essendo due giuristi, con due storie personali molto diverse, abbiamo riscoperto attraverso le nostre do-

¹ G. PEDULLÀ, *Introduzione*, in N. LORAUX, *La città divisa. L'oblio nella memoria di Atene*, Neri Pozza Editore, Vicenza, 2006, 14.

mande alcune possibili sfaccettature che, con modestia e, speriamo, con garbo, desideriamo porgere alla riflessione di tutti come potenziali spunti di riflessione ulteriore. Niente più di questo. Certamente, per non attribuire a queste tragedie le proiezioni del nostro pensiero, abbiamo lavorato, abbiamo letto, abbiamo effettuato più di un'incursione nei commenti più significativi, facendoci aiutare dalle letture di chi ci ha preceduto; pur tuttavia, in *Giustizia e mito*, non troverete il commento definitivo sull'*Edipo re* e sull'*Antigone*, ma semplicemente suggerimenti che speriamo possano riuscire non inutili ai nostri venticinque lettori.

Per la parte che mi riguarda direttamente, non posso esimermi dal rilevare la singolare inversione che si è verificata nella redazione del libro: l'*Edipo re*, come giustamente è stato osservato da Gianni Canzio, è essenzialmente un'inchiesta giudiziaria di tipo penale: a un certo punto, nella trama dei fatti rappresentati, emerge la necessità di trovare il colpevole del miasma che sta affliggendo la città, di espellere l'impuro perché la comunità piagata da un male sconosciuto e mortifero possa rinascere a nuova vita. Questo è il tema di cui mi sono occupata io che conosco poco o niente – e sicuramente non dalla prassi – il processo penale. L'*Antigone*, invece, è l'emblema del processo costituzionale, due norme che si raffrontano, qualunque esse siano, morali, familiari, antiche, nuove, non scritte o positive. Il confronto tra due dati normativi è il ruolo tipicamente svolto dalla Corte costituzionale: di questo si è occupato Luciano Violante che, invece, è profondo conoscitore del processo penale. Questa inversione dei ruoli ci ha costretti a dismettere i panni del già noto e a provare a guardare con occhi freschi ciò che forse altrimenti avremmo pensato già di conoscere. Antigone mi era naturalmente più familiare, perché il costituzionalista italiano difficilmente non si è imbattuto in qualche richiamo all'eroina tragica che sfida il potere costituito, non fosse altro proprio per quella storia delle origini secondo cui le costituzioni si pongono quasi in posizione dialettica rispetto alla legge ordinaria positiva e richiamano a importanti principi e valori positivizzati che sono iscritti nei loro testi.

Attraverso l'entusiasmante esperienza dell'elaborazione di questo libro e delle presentazioni che ne sono seguite, la vicenda di Edipo mi ha consegnato molti insegnamenti. Prima di rimettermi a studiarlo per questa occasione, mi era rimasto quel calco forse un po'

stereotipico che la psicanalisi ha contribuito a formare nella memoria della maggior parte di noi. Nel tempo, però, mi si è svelato un mondo completamente diverso in cui ciò che domina le pagine che ho provato a scrivere sono innanzitutto il dramma e la centralità della questione della conoscenza.

La caratteristica principale che viene presentata di Edipo è la sua intelligenza straordinaria: non ci viene restituita l'immagine che ci aspetteremmo di un tiranno che affligge la città, che la piega sotto i suoi comandi ingiusti e insensati, con egoismo e aggressività. Non c'è nulla di tutto questo, anzi. Edipo è un uomo dotato di un fascino enorme: arrivando a Tebe in fuga da Corinto, per evitare il compiersi della profezia che gli aveva vaticinato l'assassinio del padre e il matrimonio con la madre, risolve l'enigma della Sfinge e libera così la città dalla sua oppressione. Edipo è dunque il risolutore di enigmi: alla vittoria sulla Sfinge fa cenno il sacerdote nella sua supplica iniziale; allo stesso episodio fa riferimento egli stesso durante il dialogo duro e agguerrito con Tiresia che, sin dall'inizio, ruota intorno alle nozioni di sapere e di conoscenza: «E invece proprio io, Edipo, io che nulla sapevo, appena giunto ammutolii la Sfinge con la forza della mia intelligenza, senza nulla avere appreso dal volo degli uccelli»; «scopritore di enigmi», infine, lo apostrofa sarcasticamente Tiresia prima dell'ultima rivelazione. Non stupisce certo che in Grecia la sapienza, la conoscenza e la ragione siano fatte oggetto di ricerca e di riflessione teorica e drammatica e siano portate al loro massimo splendore.

Il fascino di Edipo si sprigiona proprio nella sua capacità di decifrare tutti gli indizi, in un percorso che, non senza ondeggiamenti e divagazioni, il re di Tebe è indotto a intraprendere dalla forza stessa degli eventi: dalla fase iniziale in cui il popolo prostrato dalla peste lo implora di liberare la città, al responso dell'oracolo interrogato da Creonte, agli interrogatori nei confronti di vari interlocutori, fino allo svelamento finale in cui egli comprende in tutta la sua portata ciò che gli è successo arrivando a vedere con chiarezza ciò che credeva di conoscere e che invece non sapeva.

Il popolo, dunque, tramite il sacerdote, domanda a Edipo di liberare la città e, in base a quanto riferito da Creonte nel suo primo ingresso in scena, subito si capisce che è necessario capire chi è il colpevole dell'assassinio di Laio perché sia cacciato, con la pratica del φαρμακός che lo rende, allo stesso tempo, l'impuro e il rimedio

al male. Edipo incomincia di qui un'indagine difficilissima perché tutti i soggetti che via via interPELLa sono reticenti: Tiresia sa ma non dice, Creonte fa strane allusioni che danno a credere che stia tramando una congiura per sostituirsi al cognato nel governo della città; in seguito, compare un nunzio da Corinto che si rivela essere il pastore che lo aveva raccolto sul monte Citerone; infine, giunge il servo di Laio a fornire ulteriori dettagli, mentre Giocasta, per prima, a poco a poco si rende conto da quali abissi nefandi la verità incomincia a emergere e prendere forma. Come in un gioco di specchi, si svelano e si velano allo stesso tempo i dettagli dei fatti avvenuti, e sia Edipo, che non sa, sia lo spettatore, che sa già, sono condotti piano piano a scoprire il colpevole con la stessa *suspence* dei migliori gialli letterari o cinematografici.

Ci troviamo così di fronte a una delle tante ambiguità di cui queste tragedie sono intessute: da un lato, c'è l'esaltazione in lui della capacità di conoscere il dato della realtà, di capire le persone che ha davanti, i testimoni, gli indizi che vengono portati. La sua capacità di conoscenza sprigiona un fascino enorme, ma è anche il suo punto debole.

Parlando di Edipo, ho usato la parola ὄβρις, così come viene introdotta nel famoso secondo coro dove si dice che ὄβρις genera tiranni. Entrando in profondità nella lettura del testo, essa si manifesta non tanto nel suo ardire, nell'aver oltrepassato i limiti, nell'aver voluto realizzare qualcosa al di fuori della portata dell'umano. La ὄβρις di Edipo si manifesta nel fatto che, con un'inversione singolare rispetto al principio socratico, quando va a interrogare l'oracolo e ne ascolta la profezia, egli non sa di non sapere; al contrario, ritiene di sapere già e quindi non si accorge che la domanda che pone all'oracolo rimane senza risposta. La descrizione di Sofocle di ciò che si agita in Edipo è magistrale: ad un banchetto, un ubriaco lo chiama «falso figlio» di suo padre; Edipo ne chiede conto a Polibo e Merope i quali si indignano dell'oltraggio, soddisfacendo per un momento la sua inquietudine. Essa, però, non si placa e questa parola continua a pungerlo sempre. Per questo, di nascosto dal padre e dalla madre si reca da Apollo che lo rimanda, senza degnarlo della risposta per cui gli si era rivolto, con la predizione dei delitti orrendi che conosciamo. Edipo, dunque, nel resoconto che ne fa a Giocasta in un dialogo teso e drammatico, riconosce di non avere avuto risposta, ma

non si concede la pazienza di valutare se è in possesso di tutti i tasselli decisivi e fugge da Corinto volgendo inesorabilmente incontro al suo destino di compiere esattamente ciò che gli era stato vaticinato².

La mente più fervida e acuta manca proprio su quel piano della conoscenza che sembra essere il suo punto di forza e questo aspetto mi ha colpito molto anche alla luce dei compiti che in questo momento sto svolgendo nell'ambito del ruolo che ricopro. Perché Edipo è la causa del male che distrugge la *polis* nonostante non sia un malvagio? Non è un malvagio, non avrebbe voluto uccidere suo padre, casomai è un impetuoso.

A guardarla con attenzione, la storia di Edipo ci avverte di una possibile degenerazione dell'uso del potere che non deriva da un animo corrotto, non deriva da un animo intenzionalmente cattivo, non proviene da quell'immagine giustamente deteriore che abbiamo del tiranno come nemico della democrazia – che anche nella riflessione di Atene si formerà successivamente alla fase in cui scrive Sofocle, quando le riforme di Clistene e di Efialte si stanno ancora consolidando – ma può scaturire da una mancanza di conoscenza adeguata o, soprattutto, dalla mancanza di consapevolezza che, di fronte a qualunque problema, il giudice, il politico, il cittadino comune deve sempre partire umilmente dalla coscienza che “so di non sapere” tutto. Questa è l'esperienza più entusiasmante di questi anni di servizio alla Corte costituzionale: si entra in camera di consiglio con una convinzione che si è formata dopo avere letto e studiato le carte, dopo avere ascoltato gli avvocati delle parti e i gli assistenti, ma la δόξα di ciascuno dei quindici giudici illumina con un fascio di luce suo proprio, svela i dettagli del problema che si ha davanti – certo non la realtà intera – con una potenza che nessuna applicazione solitaria per quanto acuta, meticolosa e dedita permetterebbe di raggiungere. Non si tratta di sognare un giudice onnisciente od onnipotente. La «profonda conoscenza della realtà», cui accenno nel libro, non coincide con la comprensione esatta ed esaustiva che, sono d'accordo, non è accessibile «a qualsivoglia essere umano, giudice o meno che sia»³. È proprio il contrario! A partire dalla consapevo-

² Per questa lettura del rapporto tra Edipo e il responso di Apollo, cfr. J.-P. VERNANT, *Edipo senza complesso*, in J.-P. VERNANT - P. VIDAL-NAQUET, *Mito e tragedia nell'antica Grecia*, Einaudi, Torino, 1976, 81.

³ M. LUCIANI, *Antigone, Salomone, Porzia e la certezza del diritto (a proposito di un libro di Marta Cartabia e Luciano Violante)*, 14 del manoscritto.

lezza dei limiti della conoscenza, per giudicare di un fatto o della conformità di una legge ordinaria con la Costituzione, è imprescindibile usare tutti gli strumenti a disposizione per illuminare il più possibile il caso da decidere, senza lasciare intentata alcuna strada che consenta di raggiungere la sua adeguata approssimazione conoscitiva. La sola ragione intesa come pura *razionalità* logica, geometrica ed euclidea non basta; occorre una più ampia *ragionevolezza* che non a caso è il criterio più utilizzato nei giudizi di legittimità costituzionale. A proposito dei principi di ragionevolezza e proporzionalità ho sostenuto che «la peculiare collocazione della Corte, che la contraddistingue da ogni altro giudice, perché la pone al crocevia tra la singola controversia e l'intero sistema giuridico, offre un privilegiato punto di osservazione, idoneo ad abbracciare tanto le circostanze specifiche della singola situazione da cui origina il caso, quanto gli effetti della legge sull'intera realtà sociale e le possibili conseguenze della decisione sul sistema giuridico. Lo spettro di osservazione dell'esperienza giuridica consentito alla Corte costituzionale è, dunque, particolarmente ampio e, perciò, confacente al giudizio di ragionevolezza.

Per quanto difficile sia afferrare ogni possibile risvolto del principio di ragionevolezza e per quanto arduo sia offrirne una definizione compiuta, ciò nondimeno si può affermare, senza timore d'incorrere in errori, che esso contiene un invito al giudice a spalancare la ragione sulla realtà regolata dal diritto, tanto sulle esigenze del caso, quanto sugli effetti generali della decisione, liberandosi dalle limitazioni della ragione astratta e uscendo dalle anguste strettoie della concezione “pura” del diritto che tuttora esplica una grande influenza sulla cultura giuridica.

Ragionevole, dunque, non esprime una pura razionalità, ma, come è stato efficacemente detto con parole pertinenti anche all'universo giuridico, è sottomettere la ragione all'esperienza»⁴.

Ancora, è un'idea in cui non mi riconosco quella che mi si attribuisce – e che non è in alcun modo reperibile nel libro, se non a

⁴ Mi si permetta di rimandare al mio *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, (disponibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf). Sul concetto di ragionevole come ragione sottomessa all'esperienza, cfr. J. GUITTON, *Arte nuova di pensare*, Paoline, Cinisello Balsamo, 1986, 71.

pena di forzature di quanto ivi affermato – secondo cui si possa «immaginare di far prevalere le ragioni della morale su quella della legge scritta». In *Giustizia e mito* si ribadisce piuttosto che «diritto, religione, morale» sono dimensioni che «si trovano sempre in necessaria relazione fra loro, ma allo stesso tempo sono irriducibili l'una alle altre. [...] L'esperienza politica del continente europeo nell'ultimo secolo ha assistito alle gravi conseguenze che si generano quando si verifica una indebita sovrapposizione di piani tra legge, religione e morale»⁵. Se c'è qualcosa che mi viene rimandato continuamente dalla frequentazione con Edipo e dalla sua immagine è questo monito a lasciare sempre uno spazio all'ascolto dell'altro anche quando, anzi, soprattutto quando si è molto convinti della propria posizione: perché davvero ci può essere un punto di vista in cui il tuo occhio non riesce ad arrivare e che può essere invece completato da quello di un altro che è davanti a te. La collegialità così stretta, a volte così faticosa, del lavoro della Corte costituzionale costituisce in realtà un enorme arricchimento che richiede una pazienza infinita e che si colloca esattamente all'opposto della fuga rappresentata dalla comodità della pura affermazione e difesa della propria intuizione astratta dalla relazione con quella degli altri. È in fondo, in altro modo e con un ulteriore passaggio, ciò che veicola indirettamente l'*Antigone*, attraverso la supplica di Emone al padre Creonte, appena prima del precipitarsi delle vicende verso la tragica conclusione:

«Non chiuderti nella convinzione inconfida,
che sia giusto soltanto quello che dici tu, e nient'altro.
Chi crede di essere l'unico ad avere saggezza, o parola, o *animo*, quali
[nessun altro,
una volta aperto, si scopre che è vuoto.
Un uomo, anche se è saggio,
non deve vergognarsi di continuare a imparare, e di non essere rigido:
vedi come lungo il corso vorticoso dei torrenti
gli alberi flessibili salvano i loro rami,
mentre quelli che oppongono resistenza vengono distrutti fino alla
[radice.
E così il timoniere che tende la scotta della nave, e non la allenta mai,
finisce per farla ribaltare e navigare con il ponte capovolto.
Piegati! Concediti di cambiare idea!

⁵ M. CARTABIA - L. VIOLANTE, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*, il Mulino, Bologna, 2018, 24-25.

Se posso esprimere un'opinione, anche se sono giovane,
dico che sarebbe molto bello, se l'uomo fosse colmo di saggezza per
[natura;

ma poiché questo non accade quasi mai,
è meglio che impari da chi dice cose giuste»

(Antigone, vv. 710-723).

Vorrei aggiungere una breve considerazione sulla questione di Antigone su cui mi soffermerò un istante anche per spiegare e approfondire le ragioni della distanza che Massimo Luciani ha sentito rispetto alla mia lettura, correggendo, tuttavia, un poco l'interpretazione del ruolo del giudice che ne è emersa e confermando, per questa particolare angolatura del problema, che il dissenso è tutto mio. Grazie alle riflessioni, ai dibattiti e ai dialoghi innanzitutto con Luciano Violante e poi anche con chi ci ha aiutato in questo lavoro, il rapporto tra Antigone e Creonte mi si è presentato sotto un volto diverso. Nel conflitto tra i due protagonisti, la bilancia aveva sempre pesato a favore della figlia di Edipo: insomma, sono una costituzionalista cresciuta in un'atmosfera giuridica che è sempre stata attenta a segnalare i limiti della legge positiva, a partire dalle conseguenze pratiche e teoriche derivate, per esempio, dalle famose leggi razziali, che il positivismo, da solo, non è stato sufficiente a neutralizzare. Non posso, dunque, non apprezzare quella voce critica che ti dice "attento che le leggi possono essere ingiuste". Inoltre, la vicenda di Polinice solleva più di un dubbio, perché se è vero che portando guerra alla sua città, ne diveniva il traditore, è vero anche che a sua volta era stato tradito da Eteocle che, venendo meno ai patti secondo cui a turno i due fratelli avrebbero dovuto lasciare il potere all'altro, l'aveva privato di un suo diritto che lo aveva indignato per una ingiustizia subita in prima persona. Lo stesso Calamandrei, almeno a partire dal 1946, ha introdotto nel dibattito giuridico il tema del contrasto tra Antigone e Creonte parlandone in almeno due saggi poi raccolti in un libro dal titolo significativo⁶ con una introduzione di Alessandro Galante Garrone e una nota biografica di Mauro Capelletti.

Era corretto che questo uomo, traditore perché aveva dichiarato guerra alla sua città, rimanesse insepolto, con tutto ciò che l'insepolt-

⁶ Cfr. P. CALAMANDREI, *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, La Nuova Italia, Firenze, 1996.

tura comportava secondo i bellissimi richiami ricordati da Luciano Violante? Davvero era una norma giusta quella che impediva alla sorella non solo di seppellirlo, ma anche solo di gettare una manciata di terra sopra di lui per onorare antiche leggi, antiche tradizioni, forse poco più che superstizioni ai nostri occhi, ma che rappresentavano un segno di affetto e di pietà verso il fratello che era morto disonorato in guerra, in una guerra fratricida? La lettura di Luciano Violante ha ribilanciato le mie posizioni e mi ha fatto scoprire un mondo che è tuttora oggetto delle mie riflessioni e delle mie letture.

Partiamo subito dal constatare la positività delle polarità irrisolte. Nella tragedia è comune che il contrasto e il conflitto vengano disegnati con una definizione particolare per far emergere nelle loro contraddittorietà e drammaticità aspetti dell'esistere che altrimenti potrebbero passare inosservati, offrendoli così con maggiore risalto al lavoro del pensiero. Lo aveva riconosciuto anche Jean Paul Vernant: le polarità situano l'uomo tragico «in un universo sociale, naturale, divino, ambiguo, lacerato dalle contraddizioni, ove nessuna regola appare stabilita definitivamente, ove un dio lotta contro un dio, un diritto contro un diritto, ove la giustizia nel corso stesso dell'azione si sposta, gira e si trasforma nel suo contrario»⁷.

Ora, se noi riduciamo all'essenziale la vicenda di Antigone e Creonte, in cosa consiste? I due punti di vista sono difesi dai protagonisti in un modo caparbio e intransigente; le posizioni ad oltranza di entrambi ci sembrano indifendibili, poiché, proprio in seguito ai dialoghi che sono nati con Luciano Violante e che hanno messo in luce le ragioni peculiari di Creonte, l'uomo di governo, ho avvertito che la simpatia che quasi naturalmente ha suscitato Antigone a partire dal secondo dopoguerra deve essere riequilibrata. Nell'*Antigone*, troviamo due polarità che generano una forte tensione, due polarità che sono generate da posizioni di cui non vorremmo fare a meno, ma che sono sostenute senza concedere all'altra il minimo spazio di ascolto: Creonte, nella sua rigidità, trascura un lato umano della vicenda che è anche politica; Antigone da sola non si rende conto di che cosa possano significare l'irruzione di un elemento privato e una trasgressione familiare delle leggi della città come quella che si appresta a compiere. Entrambi i punti di vista sono necessari e, come

⁷ J.-P. VERNANT, *Inserire il titolo*, in J.-P. VERNANT - P. VIDAL-NAQUET, *Mito e tragedia nell'antica Grecia*, Einaudi, Torino, 1976, 11.

già mostrato, è il solo Emone ad offrire la prospettiva più interessante, ancorché non raccolta da Creonte.

Quando questa tensione diventa tragedia? Quando un polo prevale sull'altro annientandolo. Niente di più lontano da quello che io percepisco come necessario in situazioni di aperta conflittualità è la dialettica di tipo hegeliano, almeno secondo la *vulgata* più comune di questo aspetto del pensiero di Hegel. Il tipo di dinamica dialettica che vedo più efficace non termina il suo movimento in una sintesi di mero superamento che cancella i termini precedenti, ma rimane aperta e sospesa. Si tratta, cioè, di evidenziare e non di trascurare gli elementi contrapposti e i termini di tutte le dicotomie di cui spesso è costituita la nostra energia conoscitiva sotto molteplici profili. Per rimanere nel nostro ambito: diritto e morale, legge e giustizia. Molto spesso, nel nostro approccio alla conoscenza delle cose umane, in queste inevitabili tensioni facciamo prevalere un aspetto, talora l'altro. È di tutta la storia dell'umanità il susseguirsi dell'accento ora su un polo, ora sull'altro: come Antigone e Creonte.

La tragedia ci sarebbe manifestata ugualmente se anziché Creonte avesse prevalso Antigone, perché quando la polarità non persegue un equilibrio dinamico, non rimane in sospensione – per usare una parola presa a prestito da Romano Guardini⁸ – il cedere di un polo sull'altro finisce per generare una distruzione complessiva.

Nella loro opposizione, ribadisco che morale e diritto devono rimanere distinti. Abbiamo già visto che cosa vuol dire unificare questi termini, mentre l'opera degli ultimi vent'anni del ventesimo secolo è stata tesa allo smantellamento di tutta una serie di norme – positive – che pretendevano di imporre una certa visione morale attraverso la forza della legge, perché la legge non è fatta solo di principi, ma è anche forza. L'implosione della morale nella legge, ma anche della legge nella morale, ha un effetto distruttivo sulla libertà delle persone. Tuttavia quando si dice che le due orbite non possono essere inincidenti, si intende che il diritto, anche quando il principio è stato positivizzato, si nutre di valori morali. Solo per esemplificare un tema il cui approfondimento non è opportuno fare in questa sede, molte norme del codice penale non sono altro che l'ipostatizzazione di principi che non hanno altro fondamento che nella mo-

⁸ Si veda R. GUARDINI, *Opera Omnia I. Scritti di metodologia filosofica*, Morcelliana, Brescia, 2017, in particolare 28-29 e 234-235.

rale: il divieto assoluto di tortura di uno anche quando si otterrebbe la salvezza della vita di molti ha questa origine. Lo stesso diritto di punire ammette, secondo Ricoeur, «un elemento morale, ossia l'intenzione colpevole. Questo elemento morale è così essenziale da permettere, proprio esso, che l'infrazione sia imputata al suo autore come crimine [...]». Tale fattore morale rende punibile rendendo *imputabile*⁹. L'universo del diritto e quello della morale non possono, dunque, rimanere totalmente separati, ma tendere ad un punto di equilibrio e sospensione, tale per cui non ci siano né l'anarchia né lo Stato etico.

Allora, il tema della continua e irrisolvibile tensione polare – Antigone e Creonte, diritto e morale, legge e giurisprudenza – richiede una posizione in cui non domini l'*aut aut*, ma l'*et et*: il nostro pensiero di moderni, sotto troppi profili, è da sempre intrappolato nella difficoltà di abitare questo paradosso che la condizione umana ci impone, di non poter semplificare gli aspetti contraddittori in un unico principio – ad esempio, o la legge o il giudice. Io non sono aprioristicamente a favore della giurisprudenza contro la legge, ma mi piace segnalare come la Corte costituzionale ha sempre lavorato per consentire l'ammorbidente di quegli automatismi legislativi che impediscono al giudice di discernere quali misure applicare caso per caso, ma che fanno scattare una sanzione automatica qualunque sia l'entità del caso concreto da ricondurre a una fattispecie astratta. Una sua recente decisione¹⁰ mostra come si possano coniugare questi elementi. Anziché la regola fissa di due anni di anzianità per il risarcimento dell'indennità dei licenziamenti ingiusti, rimanendo la norma risarcitoria cambia la sua misura che torna variabile – tra sei e i trentasei mesi – ma il giudice deve prendere in considerazione tutti gli elementi del caso, senza la pretesa di conoscere tutto il dato della realtà, ma introducendo quella flessibilità che altrimenti la regola automatica da sola non consentirebbe e che, in nome di una giustizia più certa, più perfetta, più geometrica, più euclidea, finirebbe per generare un'ingiustizia.

Non mi riconosco, perciò nella critica che mi muove Massimo Luciani quando ritiene che io auspico un modello di un giudice on-

⁹ P. RICOEUR, *Il diritto di punire* (1958), in L. ALICI (a cura di), *Il diritto di punire. Testi di Paul Ricoeur*, Morcelliana, Brescia, 2012, 33.

¹⁰ Sentenza n. 194 del 2018.

nisciente che ritiene di possedere tutta la realtà, compreso l'animo umano. Proprio a evitare questa eventualità è dedicato l'elogio dell'imperfezione che si può leggere nel libro. Il lessico della complessità, della prudenza, dell'imperfezione, della polarità e della δόξα suggerisce invece l'immagine di un giudice – e di un legislatore – che invece è molto cauto, è molto consapevole del potere enorme che ha fra le mani, consapevole del fatto che, come dice il Qoelet¹¹, ci si debba guardare dal voler essere troppo giusti, con un'ammonizione contro quell'arroganza che in nome della giustizia perfetta può generare danni e ingiustizie per chi è sottoposto ai comandi della giustizia.

L'elogio dell'imperfezione è teso a riconoscere la complessità, la necessità di una sospensione che non è paralisi, ma un'apertura che considera fondamentale il dato normativo, caratterizzato da quelle spaziature, da quelle fenditure che lasciano sempre la possibilità che un'altra variabile possa entrare nell'equazione e chiarisca ciò che nel testo scritto o comunque nella decisione già presa manca.

¹¹ Qo 7, 16.

RECENSIONI

A. ARGENIO, *Alexis de Tocqueville e Hanna Arendt: un dialogo a distanza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, pp. XI-452.

Antonella Argenio ha proposto un suggestivo confronto tra due pensatori che significativamente si pongono «uno all'inizio e l'altra alla fine di un ciclo storico – quello della genesi, della crescita e della deriva della democrazia europea»¹.

Si tratta di un saggio articolato in quattro parti, nelle quali l'autrice realizza continue comunicazioni tra le filosofie politiche illustrate dai due pensatori.

Nella prima parte (*L'urto degli eventi*) viene costruita una sorta di comunanza di metodo: sia Tocqueville che Arendt, infatti, muoverebbero da elementi di fatto e dal loro totalizzante coinvolgimento nel «presente di questo passato» (40).

L'assunzione principale dell'analisi di Tocqueville è data dalla riscoperta dell'eguaglianza, o meglio l'avvento dell'«uguagliamento delle condizioni», che dagli Stati Uniti si apprende essere divenuto ormai un fatto necessario, prendendo la forma della sovranità popolare (27). L'eguaglianza è la categoria con cui Tocqueville interpreta la modernità: scopo de *L'Ancien Régime et la Révolution* sarebbe quello di «render conto del come sia avvenuto lo sfaldamento della fitta rete comunitaria premoderna per comprendere le ragioni che intralciano [...] la congiunzione di uguaglianza e libertà», mentre nella *Démocratie en Amérique* è fornito copioso materiale per la «ricostruzione di un archetipo aristocratico messo in risalto dalla tecnica argomentativa del contrappunto rispetto al modello della società democratica» (64). Più precisamente, viene rilevato come la superfluità con cui era stata sanzionata l'aristocrazia divenga, nel corso dell'analisi di Tocqueville, una categoria evocativa del «carattere non indispensabile del coinvolgimento partecipativo-democratico», poiché laddove esistono burocrazie capaci di durare e di adattarsi alle richieste di cura e protezione, «il cittadino stesso inteso in senso forte risulta superfluo»: lo studio sulla democrazia in America, in altri termini, dimostrerebbe come l'esercizio pieno e completo della cittadinanza sia «ben altro dal mero riconoscimento giuridico-formale dei diritti politici e il suffragio popolare può rivelarsi vuota for-

¹ Così R. ESPOSITO nella Prefazione, X.

mula se l'eguagliamento delle condizioni riesce a curvare l'*homme démocratique* in direzione di autoesclusione» (73).

Ad Hanna Arendt lo scenario prospettato è quello del totalitarismo, o meglio dell'«uguaglianza nella radicale accezione totalitaria di superfluità» (35). I casi di studio offerti alla studiosa sono quelli dell'antisemitismo (85 ss.), dell'imperialismo (102 ss.) e del razzismo (108 ss.), tutti e tre «pilastri dell'inferno in terra»: l'antisemitismo nasconde la «questione ebraica» (il percorso che ha portato al discredito e all'odio dei gruppi ebraici è simile a quello vissuto dalla nobiltà alla vigilia della rivoluzione francese), l'imperialismo «cela il decentrarsi dell'Europa rispetto al mondo e la riduzione di quest'ultimo a villaggio globale», il razzismo «oculta la ridefinizione concettuale del *genere umano* sotto l'urto della molteplicità delle etnie» (77).

Rispetto a Tocqueville, Arendt marca più consapevolmente la separazione tra la «sfera del politico» e quello che definisce «l'*ibrido* del sociale» (315): se è vero anche per la studiosa tedesca che il concetto di parità delle condizioni è il «principio di organizzazione politica nel cui ambito individui diseguali hanno uguali diritti», l'insegnamento tocquevilliano sembra sfumare del tutto «nel momento in cui si parla di un pervertimento dell'uguaglianza da concetto politico in concetto psico-sociale» (99). Se, cioè, «l'*uguagliamento delle condizioni* è il *fatto* che apre il discorso tocquevilliano e lo chiude nel rifiuto di una politica degradata ad amministrazione della società», per Arendt «in gioco è sempre e soltanto quella libertà degli antichi, pur oramai fuori dalla loro *polis*, da difendere con intransigente fermezza» (36).

La seconda parte del lavoro di Argenio è intitolata *L'imprescindibile uguaglianza dei diritti*. Anche in questo caso si muove da un'assunzione che accomuna le riflessioni dei due pensatori: la ferma consapevolezza, imposta dall'avvento dell'*age démocratique*, che la vita non è «né un piacere né un dolore, ma una faccenda seria di cui siamo responsabili» (Tocqueville) e che «solo il cuore umano può assumere il fardello che il dono divino dell'azione – cioè di essere un inizio e per ciò stesso dotato di capacità di essere un inizio – fa pesare su di noi» (Arendt) (125).

Tocqueville infatti, all'ingresso della era moderna, individua lucidamente il pericolo di uno scenario di uniformità, omologazione e conformismo, ricostruendo la figura di un individuo raccolto in se

stesso che affannosamente cerca di tener testa alle necessità della vita e ne è assorbito fino al punto di non opporre resistenza a una mano tutelare che può offrirgli un intervento anonimo (sollecitudini, passioni e aspirazioni lo predispongono dunque alla spontanea perdita della propria identità di cittadino: «non si subisce un'espropriazione, la si richiede» – 132).

E Arendt, col favore della prospettiva storica, non può che confermare l'intuizione del pensatore francese. Per entrambi gli autori congiunti da Argenio il perseguimento della felicità privata finisce per essere l'obiettivo primario dell'esistenza e la politica diviene una sfera di forza precipuamente volta a proteggere e riflettere il gioco di interessi privati: di qui l'insistenza sulla socializzazione della politica, che anima le letture dei due pensatori. Arendt, seguendo l'insegnamento di Tocqueville, ritiene che «se si tenta di dirigere il mondo sociale, si intacca la libertà»: l'unica eguaglianza possibile è quindi quella giuridica, poiché «permette l'interazione su un piano paritario di individui e popoli differenti». In altri termini, sintetizza Argenio, quello stesso diritto che Tocqueville invoca, «contrapponendolo ai “capricci della folla” e ai “rischi della forza”, viene definito dalla Arendt come *diritto ad avere diritti*, vale a dire diritto all'*apparire*» (171).

La terza parte del lavoro di Argenio (*Le due sponde dell'Atlantico*) sembra declinata seguendo le suggestioni quasi etnografiche suscitate dalle indagini dei due autori.

Attraverso profonde citazioni si ricorda come a Tocqueville l'esperienza americana insegna non soltanto che il popolo è divenuto sovrano ma anche che la repubblica statunitense è da considerare «una versione moderna della democrazia diretta degli antichi»: quello che prende luogo su quella sponda dell'Atlantico non è un esercizio di diritti politici semplicemente esaurito nella scelta elettorale, anzi «quelle espressioni di volontà sono tanto regolarmente periodiche da presupporre un ben più intenso e costante livello di coinvolgimento» (198). Di qui le considerazioni tocquevilliane sulla forza della maggioranza, ritenuta l'unico organo dotato di «ragione», e sull'assenza di limiti posti al corpo legislativo diversi dalla propria «volontà» (205): considerazioni quindi arricchite da Argenio con un confronto a distanza tra i lavori di Tocqueville e François Guizot da un lato (224 ss.), e tra quelli di Tocqueville e Benjamin Constant dall'altro (237 ss., 378 ss.).

Lo studio di Arendt qui maggiormente analizzato da Argenio è evidentemente il saggio *Sulla rivoluzione*. Il legame con le pagine tocquevilliane è fornito, tra gli altri, dalla caratteristica qualificante dell'esperienza democratica americana, che tanto segna lo scarto con quella europea: la lunga esperienza di autogoverno rappresentata dalle municipalità delle ex colonie. Arendt, soprattutto nelle parti finali del lavoro citato, muove appunto dall'osservazione di Tocqueville secondo cui, scoppiata la rivoluzione, «il dogma della sovranità del popolo uscì dal comune e si impadronì dello Stato» (257). Ma se la rivoluzione americana è stata realizzata da individui che erano rimasti *uomini d'azione*, non altrettanto può dirsi dell'assetto dei poteri consegnato alla costituzione federale, priva di luoghi istituzionali capaci di consentire la ricerca della felicità pubblica: decisivo sarebbe stato, ricorda Arendt, il mancato inserimento nel dettato costituzionale delle «repubbliche elementari» di ispirazione jeffersoniana (269 ss.).

Nella quarta parte, intitolata *L'orizzonte della libertà*, Argenio annoda ulteriormente i profili dei due pensatori approfondendo la connessione tra società di massa e dispotismo di specie nuova. Una connessione già intravista da Tocqueville e che viene ora assunta da Arendt: l'emergere della prima trova come corrispettivo l'affermarsi del secondo e «la radice comune di entrambi è l'insignificanza dell'individuo dinanzi ai suoi simili» (286). L'uomo delle masse di cui parla Arendt è l'*homme démocratique* tocquevilliano definito dall'autore francese a partire dalla distinzione tra il concetto di egoismo e quello di individualismo: quest'ultimo «è un sentimento ponderato e tranquillo, che spinge ogni singolo cittadino ad appartarsi dalla massa dei suoi simili», cosicché, «dopo essersi creato una piccola società per conto proprio, abbandona volentieri la grande società a se stessa». Separato l'uomo dal cittadino e la morale dalla politica, l'individuo trova così nel parallelo rafforzamento delle relazioni private una ricompensa che sembra offrirgli migliori gratificazioni (304).

Conseguenza dell'uguaglianza è, per Arendt, il formarsi della folla: e tale «è la folla solitaria non più dominata ma amministrata»; la burocrazia si pone come «*rule of Nobody*», e in parallelo, l'opinione pubblica si presenta come «opinione di nessuno» (286). L'eguagliamento delle condizioni, per la studiosa, ha portato a una ten-

denziale indistinzione del tessuto sociale. Inevitabile quindi il «ricordo della polis» (325 ss.), così centrale nella *Vita Activa* di Arendt.

Il saggio di Argenio, ricco dei riferimenti bibliografici fondamentali per una comprensione dei due pensatori – inclusa la letteratura che già aveva sperimentato una lettura associata dei lavori di Tocqueville e Arendt – si presenta molto utile al giurista e in generale allo studioso dei rapporti tra potere e libertà. Nell'articolazione a volte molto fitta delle pagine, le suggestioni si inseguono e trovano autorevoli riscontri nei temi che da sempre, e sempre di più, interessano questa dottrina.

Il profilo della rivoluzione, in particolare, coinvolge gli studi sul riconoscimento dei nuovi inizi e sulla manutenzione dell'autorità pubblica. Si segnala in proposito il confronto, approfondito da Argenio, tra il concetto di *potestas in populo* di cui scrive Tocqueville e quello di *auctoritas* marcato da Arendt, in entrambi i casi con riferimento al ruolo assunto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella ricerca di un equilibrio tra lo spirito di conservazione e durata da un lato e l'animazione e l'instabilità democratica dall'altro (276 ss.)².

Il rapporto circolare tra politica e autonomia³, d'altro canto, fa da sfondo allo studio sempre più urgente sulle dimensioni dei diritti⁴

² Arendt, come detto, mostra chiaramente più disincanto nel ritenere soddisfacente la soluzione istituzionale individuata nella giurisdizione federale: per la studiosa, spirito rivoluzionario e felicità pubblica sono principi che non risultano consegnati a un'istituzione che sia riuscita a custodirli; l'americano è progressivamente divenuto «sempre meno cittadino e sempre più privato», la «felicità privata» ha prevalso sulle aspirazioni del cittadino, e la società «schiaccia e comprime lo spazio della politica non con le urgenze del bisogno, ma con le lusinghe del benessere» (279). Cfr. sul tema il dialogo instaurato con i saggi di Arendt da P.W. KAHN in *The Reign of Law. Marbury v. Madison and The Construction of America* (Yale University Press, New Haven CT, Londra, 1997). Sul profilo del tempo nel diritto costituzionale v. oggi C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale* (in *Rivista AIC*, 1/2014), e A. LONGO, *Testo interpretazione costituzione* (Editoriale Scientifica, Napoli, 2016).

³ Si segnala una ripresa degli studi arendtiani in seguito alla pubblicazione della raccolta H. ARENDT, *Thinking without a Banister. Essays in Understanding, 1953-1975* (Schocken, New York NY, 2018), e alla traduzione in italiano di H. ARENDT, *Socrate* (a cura di I. Possenti, Raffaello Cortina, Milano, 2015). Sul tema v. O. GUARALDO, «La libertà di essere liberi». *Circolarità della politica della rivoluzione in Hanna Arendt* (in «Filosofia politica» 2/2018).

⁴ Cfr. A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali* (in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 10 giugno 2016).

e sulle possibilità di individuazione ed effettività degli stessi⁵: sfide, a ben vedere, solo in parte inedite, dal momento che «tensione dell'individuo verso la propria autorealizzazione ed impossibilità di sfuggire ad un quadro sociale di riferimento segnano l'intera vicenda storica dei diritti costituzionali»⁶.

NICOLA CEZZI

⁵ Cfr. A. SCHILLACI, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti* (Jovene, Napoli, 2018).

⁶ P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006, 183.

Regolamento della procedura di valutazione dei contributi proposti per la pubblicazione sulla “Rivista italiana per le Scienze Giuridiche”

1. La Rivista pubblica articoli scientifici di contenuto giuridico.
2. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione.
3. Gli articoli devono essere corredati da una sintesi del testo in italiano e in inglese.
4. La Direzione può eccezionalmente decidere della pubblicazione in deroga ai punti 2. e 3., per specifiche ragioni.
5. La Direzione effettua una prima istruttoria e decide se il contributo sia meritevole di essere pubblicato sulla rivista.
6. La Direzione sottopone successivamente a valutazione esterna gli articoli scientifici che ha accettato, e, una volta espletata la procedura, decide definitivamente sulla pubblicazione.
7. La Direzione può decidere di non sottoporre a valutazione esterna gli articoli che ha ricevuto, per la loro natura o per i contenuti, o per l'autorevolezza dell'autore. Tali articoli non possono superare il 40% delle pagine dello stesso.
8. La Direzione invia gli articoli che sottopone a valutazione esterna ad almeno due referenti, esterni alla Direzione e alla Redazione, scelti tra i professori ordinari e associati, anche a riposo, della stessa materia o di materie affini, esperti dei temi trattati dallo scritto. Possono essere interpellati anche abilitati alla prima e seconda fascia, seppure ancora non chiamati, durante il periodo di validità della loro abilitazione.
9. La valutazione avviene secondo il metodo del c.d. doppio cieco: gli autori non avranno conoscenza dell'identità dei valutatori e i valutatori non avranno conoscenza degli autori.
10. Direzione e valutatori sono tenuti al riserbo sulla procedura di valutazione.
11. I valutatori possono subordinare l'approvazione del lavoro a miglioramenti e integrazioni del testo.
12. La Direzione comunica le indicazioni dei valutatori all'autore, e decide sull'adeguatezza delle modifiche da questi apportate, nel caso in cui i valutatori non richiedano espressamente di riesaminare il lavoro.
13. La Direzione cura per tre anni la conservazione degli scritti ricevuti e delle valutazioni esterne.

Finito di stampare
nel giugno 2019
PL Print - Napoli

