

RMG 453119

122-G-46

Paolo Grossi

Mitologie giuridiche della modernità

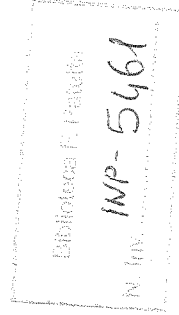
III edizione accresciuta

Giuffrè Editore 2007



€ 20,00

BIBLIOTECA E. PATETTA
122
G
46
UNIVERSITA' DI TORINO



I.
GIUSTIZIA COME LEGGE
O LEGGE COME GIUSTIZIA?

Annotazioni di uno storico del diritto (*)

(*) Lezione tenuta presso la Sapienza pisana il 23 novembre 1998 nell'ambito del Seminario, promosso dalla Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa nell'anno accademico 1998-99 e coordinato dal prof. Eugenio Ripepe, sul tema 'Interrogativi sul diritto giusto'. Un testo provvisorio è apparso in una pubblicazione interna dell'Ateneo ad esclusivo uso degli studenti (Pisa, Servizio Editoriale Universitario, 2000).

1. Diritto e legge tra medievale e moderno. — 2. L'ordine giuridico nella visione medievale. — 3. I segni del 'moderno': statualità del diritto e trasfigurazione della legge. — 4. Un itinerario 'moderno': dal diritto alla legge.

1. Diritto e legge tra medievale e moderno

Una circostanza che mi ha sempre profondamente allarmato, almeno da quando in anni lontani ero studente d'una Facoltà giuridica, è la pervicace diffidenza che l'uomo della strada, l'uomo comune, ha verso il diritto. Una diffidenza che nasce in lui dalla convinzione che il diritto è qualcosa di ben diverso dalla giustizia, mentre si immedesima nella legge (forse, potremo precisare: proprio perché si immedesima nella legge).

L'uomo della strada, portatore del buonsenso dell'uomo comune, non ha torto. Il diritto appare a lui soltanto come legge, e legge è il comando autoritario che piove dall'alto sulla inerme comunità dei cittadini senza tener conto dei fermenti circolanti nella coscienza collettiva, indifferente alla varietà delle situazioni che pretende di regolare. È infatti insegnamento corrente che virtù comune della legge sono: la astrat-

tezza e la generalità, cioè la sua imperturbabilità di fronte a casi e a motivi particolari; la rigidità, cioè la sua insensibilità alle possibili differenti esigenze dei destinatari; la autoritarità, cioè la indiscutibilità del suo contenuto.

Ciò che lo Stato moderno assicura ai cittadini è soltanto un complesso di garanzie formali: è legge unicamente l'atto che proviene da determinati organi (normalmente il Parlamento) e in base a un procedimento puntigliosamente precisato. Il problema dei suoi contenuti, cioè il problema della giustizia della legge, della rispondenza a quanto la comune coscienza reputa giusto, è sostanzialmente estraneo a questa visione. La giustizia resta ovviamente il fine dell'ordine giuridico, ma è un fine esterno; i cittadini possono soltanto sperare che i produttori di leggi — che sono, poi, i detentori del potere politico — vi si adeguino, ma devono in ogni modo prestare obbedienza anche alla legge ingiusta. Ricordo sempre con raccapriccio quanto scriveva, in un deprecabile parossismo legalistico, il mio maestro di diritto processuale civile, Piero Calamandrei, sulla necessità suprema della obbedienza anche a quel precetto legislativo che genera orrore nel comune cittadino ⁽¹⁾. E di leggi che fanno orrore alla

⁽¹⁾ P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* (1942), ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, Morano, 1985.

nostra coscienza morale il secolo Ventesimo, sciaguratamente, non è sprovvisto: segnalo almeno quei provvedimenti per la tutela della razza, del 1938, aberranti e ripugnanti nel loro perverso razzismo, che sentiamo ancora pesare come vergogna sulla civiltà giuridica italiana.

L'uomo della strada ha, dunque, ragione di diffidare: se il diritto è legge, e se legge è soltanto un comando astratto dai contenuti indiscutibili, pensato e voluto nel lontano olimpo dei palazzi romani del potere, la sua identificazione con un fulmine che piove sulla testa di malcapitati non è poi tanto peregrina.

All'uomo della strada lo storico del diritto può però dischiudere un orizzonte più consolante: la situazione di oggi, in cui cominciano ad affiorare fermenti nuovi, non ha radici né lontane né profonde; è nata appena ieri, anche se una propaganda sottile e sudente ha preteso di gabbellarla ai nostri occhi come soluzione unica ed ottimale. Lo storico del diritto che, per suo dovere professionale, ama distendere nei tempi lunghi il proprio sguardo, operare connessioni e comparazioni, è in grado di avvertirci che la riduzione del diritto nella legge, e la sua conseguente immedesimazione in un apparato autoritario, è il frutto di una scelta politica a noi prossima, e che altre esperienze storiche hanno vissuto la dimensione giuridica in altro modo, per esempio quella medievale.

La visione storica è consolante perché toglie asso-

lutezza alle certezze odierne, le relativizza ponendole in frizione con certezze diverse od opposte già sperimentate nel passato, demitizza il presente, avvalorando una sua analisi critica liberando i fermenti odierni dalla statica di ciò che è vigente e stimolando il cammino per la costruzione del futuro.

È per questo che io mi porrò in un osservatorio squisitamente comparativo, mettendomi — per così dire — a cavalcioni fra civiltà giuridica medievale e civiltà giuridica moderna con l'obiettivo di cogliere come il rapporto fra diritto, legge e giustizia sia vissuto in entrambe. Da questa comparazione penso che il nostro sguardo risulterà criticamente irrobustito, giacché di fronte alla formalistica soluzione moderna di una legge come giustizia prenderà consistenza la sostanzialistica soluzione medievale della giustizia come legge.

“Medievale” e “moderno”: due pianeti legati da una continuità cronologica, ma contrassegnati da una effettiva discontinuità, che è effettiva perché la diversità profonda nelle soluzioni adottate discende da radicalmente diverse fondazioni antropologiche. Porsi pertanto su un ideale confine divisorio varrà ad accentuare la tipicità cui ora si accennava, e varrà a esaltare le peculiarità della modernità giuridica.

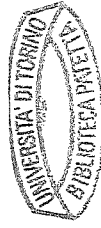
Su un punto soltanto civiltà medievale e civiltà moderna appaiono collimare agli occhi dell'osservatore giurista: sono ambedue civiltà *giuridiche*, nel si-

gnificato elementare che ambedue fanno gran conto del diritto come struttura cementante al loro seno. Ma di collimazione formale e apparente è questione: a spingere più a fondo lo sguardo, anche sotto questo profilo le scelte si fanno diverse se non opposte. È vero: intense sono le presenze del diritto nell'una e nell'altra, ma si tratta di presenze — per così dire — capovolte: al totale e innegabile rispetto, che per la dimensione giuridica circola costantemente nelle vene dell'organismo medievale, fa riscontro l'atteggiamento di completa strumentalizzazione che domina quello moderno; quanto si poneva — per il primo — tra i fini supremi della società civile, diventa — per il secondo — uno strumento, sia pure rilevante, nelle mani del potere politico contingente.

2. L'ordine giuridico nella visione medievale

L'universo medievale si caratterizza agli occhi attenti dello storico, perché esprime nel suo seno quello che io, altra volta, ho chiamato un potere politico incompiuto ⁽²⁾; intendo per incompiutezza non già la mancanza di effettività (che spesso c'è e che talora può acuirsi perfino in manifestazioni tiranniche), bensì l'as-

⁽²⁾ Nella valutazione sintetica da noi tentata in: *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995.



senza di un progetto totalizzante, omnicomprensivo. In altre parole, il potere politico non ha la pretesa di controllare l'interesse del sociale, anzi si contraddistingue per una sostanziale indifferenza verso quelle zone — anche ampie, anche amplissime — del sociale che non interferiscono direttamente con il governo della cosa pubblica.

E si ha una prima conseguenza rilevantisima: il sociale, fondamentalmente autonomo, senza costrizioni vincolanti, vive pienamente la sua storia in tutte le possibili ricchezze espressive; lasciato libero, si sbizzarrisce in mille combinazioni annodazioni sedimentazioni, dal piano politico a quello economico, da quello cetuale a quello professionale, da quello religioso a quello familiare sopraffamiliare gentilizio, proponendoci quel paesaggio di infinite figure corporative che sono il contrassegno del volto medievale e, per inerzia storica, anche post-medievale.

Se vi si aggiunge una psicologia collettiva percorsa da generale insicurezza e segnata dalla sincera umiltà dei singoli operatori, ne deriva una civiltà che ha due protagonisti essenziali: sullo sfondo, incombente e condizionante, la natura cosmica con i suoi fatti primordiali, avvertita quale alveo protettivo e benefica garanzia di sopravvivenza ma anche nella sua enormità indomabile; entro le trama del tessuto di esistenza quotidiana, la comunità, nicchia indispensabile per lo svolgersi delle vicende individuali nelle molteplici ma-

nifestazioni che estrinsecano tutta la complessità della vita comune.

È un mondo di formazioni sociali che si profila ai nostri occhi, incredibilmente articolato e sfaccettato, certamente alluvionale per quell'incessante generarsi integrarsi stratificarsi delle più disparate dimensioni comunitarie, dove l'individuo è un'astrazione giacché il singolo è pensabile soltanto all'interno della salda rete di rapporti offerta da quelle dimensioni.

È da qui che rampolla ed è qui che si colloca il diritto. Non il frutto della volontà di questo o quel potere politico contingente, di questo o quel Principe, ma una realtà storicamente e logicamente antecedente, che nasce nelle spire vaste del sociale, con esso si mescola, di esso si incorpora. Il diritto è un fenomeno primordiale e radicale della società; per sussistere, non attende quei coaguli storici legati allo sviluppo umano e rappresentati dalle diverse forme di pubblico reggimento. Gli sono invece terreno necessario e sufficiente quelle più plastiche organizzazioni comunitarie in cui il sociale si ordina e che non si fondano ancora sulla polis ma sul sangue, sul credo religioso, sul mestiere, sulla solidarietà cooperativa, sulla collaborazione economica.

Insomma: *prima c'era il diritto*; il potere politico viene dopo. Intendendo con questa affermazione apparentemente sorprendente sottolineare che, nella civiltà medievale, il diritto riposa negli strati profondi e

durevoli della società, ossatura secreta e riposta struttura di questa.

E una seconda conseguenza emerge, rilevante: non è la voce del potere, non ne porta il timbro, non ne soffre gli inevitabili immiserimenti, gli inevitabili particolarismi. Con questa doverosa precisazione: certo, v'è anche qui una porzione del giuridico che è legata e collegata a chi detiene il governo della cosa pubblica ed è quanto oggi siamo soliti qualificare come diritto costituzionale, amministrativo, penale, ma il diritto per eccellenza, quella ragion civile chiamata a regolare la vita quotidiana degli uomini, prende forma direttamente e immediatamente dal sociale e sulle sue forze sparse si disegna. Suoi canali sono: a livello genetico, un folto affiorare di consuetudini, in misura prevalente rispetto ai non numerosi interventi autoritari dei Principi; a livello sistematorio, un ricco ordinamento operato, più che da legislatori, da maestri teorici, giudici, notai o semplici mercanti immersi nella pratica degli affari e interpreti delle esigenze di questa.

Per la civiltà medievale si può correttamente parlare di autonomia del giuridico, relativa ma autonomia, allo stesso modo di come si è parlato prima di autonomia del sociale. Indubbiamente, il diritto non galleggia mai sulla storia, al contrario, tende sempre a incarnarsi e a compenetrarsene, però è qui una larga pluralità di forze circolanti libere nella società ad orientarlo, forze spirituali culturali economiche, tutte

le forze liberamente circolanti nel sociale. Il sociale e il giuridico tendono a fondersi, ed è impensabile una dimensione giuridica come mondo di pure forme o di semplici comandi separati da una sostanza sociale.

E una terza conseguenza emerge, ugualmente rilevante, ed è già sommariamente delineata nell'ultima affermazione. Il diritto, emanazione della società civile nella sua globalità, è qui realtà radicale, cioè di radici, cioè di radici le più profonde pensabili; è realtà di fondazioni di tutto un edificio di civiltà, e come tale intimamente collegato con i grandi fatti primordiali fondanti quell'edificio; fatti fisici e sociali a un tempo, appartenenti alla natura cosmica ma assunti a fondamento ultimo e primo di tutta la costruzione sociale.

Dal nostro angolo d'osservazione il risultato che si segnala in tutta la sua tipicità storica è un diritto che non sta nei progetti di un Principe, che non scaturisce dalla sua testa, che non esplicita le sue volontà benefiche o malefiche, comunque potestative, che non è controllato da un burattinaio manovrante a suo beneplacito tutti i fili. Questo diritto ha una sua *onticità*, appartiene a un ordine oggettivo, è all'interno della natura delle cose dove si può e si deve scoprirlo e leggerlo. Intima sapienzialità del diritto: scritto nelle cose da una suprema sapienza e la cui decifrazione e traduzione in regole non può che essere affidata a un ceto di sapienti, gli unici capaci di farlo con provvedutezza.

Ed è consequenziale che il diritto sia qui concepito soprattutto come interpretazione, ossia consista soprattutto nel lavoro di una comunità di giuristi (maestri, giudici, notai) che, sulla base di testi autorevoli (romani e canonici), legge i segni dei tempi e costruisce un diritto autenticamente medievale, anche a costo di andare oltre o contro quei testi che spesso assumono il ridotto ruolo di momento di validità formale.

Nessuno più di Tommaso d'Aquino, assommatore e corifeo a fine Dugento della antropologia e della politologia medievali, ha con tanta nitidezza tradotto una simile certezza in una essenziale definizione la cui sostanza circola ed è ampiamente ricevuta anche presso i giuristi professionali. È la giustamente celebrata definizione di *lex*, sulla quale converrà sostare un momento con la nostra attenzione, perché troppo spesso se ne è banalizzato il vigoroso contenuto di pensiero politico-giuridico lasciandosi monopolizzare dal pur rilevante riferimento al bene comune come fine della norma.

Leggiamola per nostro conto al centro della *questio* 90 della « Prima Secundae » della 'Somma Teologica' ⁽³⁾ dedicata appunto alla « *essentia legis* »:

un ordinamento della ragione rivolto al bene comune, proclamato da colui che ha il governo di una comunità.

⁽³⁾ *Summa Theologica*, Prima Secundae, q. 90, art. 4.

Un dato fa spicco in essa: la dimensione soggettiva cede il passo alla dimensione oggettiva; in altre parole, non è rilevante tanto il soggetto emanatore quanto il suo obbiettivo contenuto: che è doppiamente precisato; consiste in un ordinamento, ordinamento esclusivamente demandato alla ragione. *Ordinatio* è la parola che sposta l'asse della definizione dal soggetto all'oggetto, perché insiste non sulla sua libertà ma sui limiti alla sua libertà; ordinare è infatti una attività vincolata, giacché significa prendere atto di un ordine obbiettivo preesistente e non eludibile entro il quale inserire il contenuto della *lex*.

Ed è proprio per questo che lo strumento dell'ordinare è identificato nella ragione, cioè in un'attività psicologica prevalentemente conoscitiva: perché la conoscenza è il più grande atto di umiltà che un soggetto possa compiere nei confronti del cosmo e della società, perché la conoscenza è proiezione del soggetto al di fuori della propria individualità per scoprire nella realtà a lui esterna le verità in essa contenute, per scoprirvi l'ordine progettato e attuato dalla Divinità. Veramente essenziale è la ragionevolezza della *lex*, cioè la determinata e rigidissima corrispondenza del suo contenuto a un modello che né il Principe né il popolo né il ceto dei giuristi creano ma sono chiamati semplicemente a scoprire nella ontologia del creato. Qui la *lex*, che ha una dimensione conoscitiva sicuramente prevalente su quella volitiva, non può essere soltanto

forma e comando; è innanzi tutto un certo contenuto sostanziale perché è innanzi tutto lettura del reale.

Riandando alle tante fantasiose etimologie che trovano àlito nella cultura medievale, verrebbe voglia di dire: *lex* più *a legendo* che *a ligando*; ed è per ciò che indispensabile si propone la *ratio*, la ragione, perché è indispensabile la capacità di lettura e di misura del reale. Il che è proprio della ragione, tanto che si può affermare consistere la legge nella sola ragione ⁽⁴⁾.

A fronte di questo richiamo assillante alla ragionevolezza, al giurista italiano di oggi viene agevole una desolante considerazione: perché — nella nostra tradizione giurispubblicistica — si sia potuti arrivare a parlare di "ragionevolezza della legge", idea ritenuta intimamente dissacratoria per una mentalità tenacemente legalistica, si è dovuto attendere le aperture recentissime della Corte Costituzionale; ma siamo appena all'immediato ieri.

3. I segni del 'moderno': statualità del diritto e trasfigurazione della legge

Raccogliamo i punti fermi del discorso svolto sino a questo momento: nella civiltà medievale l'ordine giuridico è, fatte salve alcune zone delicate connesse al

(4) *Summa Theologica*, Prima Secundae, q. 90, art. 1.

governo della polis, una realtà òntica, cioè scritta nella natura delle cose, realtà squisitamente *radicale* perché rigogliante alle radici di una società e perciò immediatamente simata col costume, coi fatti tipizzanti che danno il volto peculiare a una civiltà storica; certamente, per questo, si presenta sempre all'insegna della complessità; realtà che nasce vive prospera si trasforma fuori delle spire del potere politico, il quale, in grazia della sua incompiutezza, non ha eccessive pretese, rispetta il pluralismo giuridico, rispetta il concorso di forze che lo provocano. Dimensione storica autenticamente medievale questa della relativa indifferenza del Principe verso il diritto ma che, per l'inerzia che è spesso componente primaria dei teatri storici, giunge — anche se discussa contestata erosa — sino ai grandi rivolgimenti politici e giuridici della fine del secolo XVIII.

Abbiam detto: discussa contestata erosa; ed è così. L'itinerario che sboccherà in quella visione nuova del rapporto fra potere politico e ordine giuridico che, nel suo perfetto capovolgimento rispetto alle soluzioni medievali, costituirà l'archetipo moderno, è una strada lunga e accidentata, lunga di quasi cinque secoli dove novità arroganti si mescolano con le resistenze cospicue d'un ordine che era riuscito a connaturarsi con le nervature più riposte della società.

Lentamente ma incessantemente emerge una nuova figura di Principe, e anche una connessione

tutta nuova fra lui e il diritto. Il nuovo Principe è, a livello politico, il frutto di un grande processo storico tutto proteso a liberare l'individuo dai lacci in cui la civiltà precedente lo aveva collocato. Quanto il pessimismo medievale aveva tenuto a inserire il singolo nel tessuto protettivo ma condizionante della natura cosmica e della società, tanto il pianeta moderno — in marcia sempre più decisa dal Trecento in poi — si sforza di liberare l'individuo, ogni individuo, da tutte le incrostazioni sedimentate su di lui.

Ciò avviene, innanzi tutto, a un generale livello antropologico: siamo alle origini dell'individualismo moderno. Ciò avviene anche a quel livello politico che qui ci interessa. Anche il Principe, questo individuo modello e modello di ogni individuo, subisce un pari processo liberatorio e si affranca dalle vecchie limitazioni medievali. Liberazione, per lui, significa il disegno di un nuovo soggetto politico, munito di una corazza che ne renda possibile la assoluta solitudine, sì che trovi soltanto in se stesso giustificazioni motivi finalit ; e il potere che viene deposto nelle sue mani perde quel contenuto delimitato ad esso connaturale nel vecchio assetto feudale, e si avvicina sempre pi  alla "potenza assoluta e perpetua" teorizzata a fine Cinquecento nella "République" di Bodin (5). Il nuovo

(5) Il giurista e politologo francese Jean Bodin, che scrive

Principe   un soggetto che non ama mortificazioni provenienti da realt  di questo mondo, che non   in dialogo con la natura e con la societ , che non tollera di umiliarsi a semplice capo di un rapporto, Egli — individuo dalla assoluta insularit  — tender  a proiettare all'esterno una volont  perfettamente definita, che ha trovato gi  in lui ogni possibile giustificazione.

Ci interessa in modo particolare la connessione nuova fra questo Principe e la dimensione giuridica: lentamente ma incessantemente, alla vecchia psicologia di indifferenza verso larghe zone del giuridico si sostituisce una psicologia di occhiuta attenzione, un atteggiamento invadente, un coinvolgimento sempre maggiore nella produzione del diritto. Tutto questo, ben inserito all'interno di una visione del potere politico quale potest  omnicomprendiva, potest  sempre pi  compiuta. Inizia una lunga strada che vedr  il Principe su una battaglia trincea contro ogni forma di pluralismo sociale e di pluralismo giuridico.

  un processo scopertamente tangibile in quel regno

nella seconda met  del sec. XVI,   l'espressione fedele del molto di nuovo ma anche di alcune venature di vecchio presenti in Francia a fine Cinquecento. Nei suoi *Six livres de la République* il politologo percepisce con lucidit  il nuovo modello di Principe e del suo potere sovrano, mentre il giurista (come si vedr  in seguito) contempla ancora persistenze della radicatissima prassi giuridica medievale.

di Francia che è, per il politologo e per il giurista, lo straordinario laboratorio storico in cui il 'moderno' prende dapprima un suo volto più determinato e sempre più se ne incrementano i tratti. La storia della monarchia francese dal Dugento al Settecento è la storia di una sempre più intensa presa di coscienza da parte del Principe, della sua sempre più precisa percezione della essenzialità del diritto nell'ambito del progetto statale, della esigenza sempre più sentita di proporsi come legislatore. Anzi, di cogliere nella produzione di norme autoritarie l'emblema e il nerbo della regalità e della sovranità, in opposizione all'ideale medievale che voleva il Principe soprattutto come giudice, giudice supremo, il gran giustiziere del suo popolo.

La linea di sviluppo corre nitida nei secoli tardomedievali e proto-moderni: prenderà sempre più campo la normazione diretta del Principe, sempre più addentrantesi in zone ritenute per l'innanzi precluse; finalmente — e siamo a fine Seicento — gli atti di normazione sparsa divengono un tessuto normativo ben programmato, sorretto da un approccio organico nella disciplina di rilevanti settori dell'esperienza giuridica, che tende ormai a sostituirsi monocraticamente al vecchio pluralismo di fonti ⁽⁶⁾.

(6) Il pensiero corre alle grandi *Ordonnances* promulgate a fine Seicento da Luigi XIV.

Campeggia il protagonismo della legge, intesa non più nella accezione vaga della *lex* di San Tommaso inclinata a sfumarsi nello *ius*, ma nel significato strettissimo della *loy*, legge in senso moderno, volizione autoritaria del detentore della nuova sovranità e caratterizzata dagli attributi della generalità e della rigidità.

Ma un altro discrimine mette conto di sottolineare fra la *lex* dei medievali e la *loy* dei moderni: quanto la prima era contrassegnata da ben stabiliti contenuti e ben stabilite finalità — la ragionevolezza, il bene comune —, tanto la seconda si propone come realtà che non trova in un contenuto o in uno scopo né il suo significato né la sua legittimazione sociale.

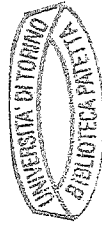
Forse nessuno meglio di quello spietato ma acutissimo osservatore di sé e del mondo, che fu, nella seconda metà del Cinquecento, Michel de Montaigne ha saputo esprimere questa verità elementare:

“le leggi si mantengono in credito non perché sono giuste, ma perché sono leggi.

È il fondamento mistico della loro autorità; non hanno altro fondamento, ed è bastante. Spesso sono fatte da sciocchi...”

Rincarando, qualche rigo sotto, la dose:

“chi obbedisce loro per il motivo che sono giuste, non dà loro la obbedienza dovuta”



e disincagliando, in maniera che a un moralista può sembrare impudente, il dovere di obbedienza del cittadino da qualsivoglia appiglio connesso al contenuto della norma ⁽⁷⁾.

La visione pessimistica — che Montaigne, esperto di diritto, contempla con i suoi occhi venati di un corrosivo scetticismo — si traduce in una diagnosi puntuale di che cosa sia diventata la *loy* in Francia nella seconda metà del Cinquecento: una norma che si autolegittima come legge, cioè come volizione di un soggetto sovrano. L'organismo politico, ormai assestosi in una robusta — sempre più robusta — struttura autenticamente statuale, ha necessità di uno strumento normativo capace di contenere il fenomeno giuridico e di vincolarlo strettamente al detentore del potere, strumento indiscutibile e incontrollabile, che permetta di sbarazzarsi finalmente delle vecchie salvaguardie che parlavano, con un linguaggio sempre più irricevibile dalla Monarchia, di accettazione da parte del popolo o di organismi giudiziarii e corporativi.

La legge diventa una pura forma, cioè un atto senza contenuto, cioè — per spiegarci meglio — un atto cui non sarà mai un determinato contenuto a

(7) *Essais*, libro III, cap. XIII. Di educazione giuridica, questo gentiluomo della provincia francese incarna bene la figura del nuovo intellettuale umanista, osservatore libero e spregiudicato della società circostante.

conferire il crisma della legalità, ma sempre e soltanto la provenienza dall'unico soggetto sovrano. Il quale si identifica sempre più in un legislatore, in un legislatore ingombrante, congiungendo strettissimamente la propria persona e la sua supremazia alla qualità della sua creatura normativa.

E nasce quella ipotesi pesante della civiltà giuridica moderna che è la mistica della legge, la mistica della legge in quanto legge, una eredità dell'assolutismo regio che la Rivoluzione di fine Settecento accoglierà senza batter ciglio, intensificandola e irrigidendola rispetto alle sussistenti aperture dell'antico regime sotto l'ammantamento di simulacri democratici. E, in un clima di conquistata e ostentata secolarizzazione, sacra sarà la legge intrinsecamente ingiusta, e sacra sarà la legge redatta e promulgata da un sovrano sciocco, per far nostro l'esempio offerto dallo stesso Montaigne.

Il vecchio sovrapporsi e integrarsi di fonti — leggi, consuetudini, opinioni dottrinali, sentenze, prassi — cede il passo alla fonte unica immedesimata nella volontà del Principe, l'unico personaggio al di sopra delle passioni e delle partigianerie, l'unico capace di leggere il libro della natura e tradurlo in norme, l'unico — aggiungo — che sia in grado — come soggetto forte — di liberarsi con una scrollata del groviglio inestricabile ma spesso anche irrazionale di usi e costumanze.

Al vecchio pluralismo si va sostituendo un rigido

monismo: il legame fra diritto e società, fra diritto e fatti economico-sociali emergenti, viene resecato, mentre si opera una sorta di canalizzazione obbligatoria. Il canale scorre ovviamente tra i fatti, ma vi scorre in mezzo a due argini alti e impenetrabili: politicizzazione (in senso stretto) e formalizzazione della dimensione giuridica sono il risultato più impressionante ma anche più corposo.

Il diritto si è ormai contratto nella legge: un sistema di regole autoritarie, di comandi pensati e voluti astratti e inelastici, insindacabili nel loro contenuto giacché non dalla qualità di esso ma dalla qualità del soggetto legislatore traggono la propria autorità. Tra poco, nel clima pre-rivoluzionario e rivoluzionario, la legge avrebbe ricevuto un ulteriore rafforzamento, quello democratico, grazie alla affermata (anche se non dimostrata) coincidenza fra volontà legislativa e volontà generale. In pieno secolarismo, il risultato paradossale è il perfetto compimento della mistica della legge, così acutamente percepita da Montaigne. Se parecchi altari ecclesiastici saranno accuratamente sconsacrati, altrettanti — e profani — saranno invece eretti e consacrati al culto della legge insieme alla teorizzazione di una vera e propria mitologia giuridica (mitologia, perché troppo spesso sorretta da una accettazione sostanzialmente acritica, o, il che è lo stesso, ideologicamente motivata).

Tanto per mantenerci nel laboratorio storico da

noi assunto a paradigma, la Francia, siamo ormai alle soglie della codificazione generale, che avrà inizio proprio dalla zona tradizionalmente riservata in guida gelosissima ai privati, e cioè dai rapporti civili. Il primo Codice voluto nel 1804 da Napoleone I sarà infatti proprio il Codice civile.

4. Un itinerario 'moderno': dal diritto alla legge

Lo storico attento non può non riscontrare la lentezza con cui il processo si sviluppa, e anche i molti intoppi che lungo il suo svolgersi si frappongono. Non dimentichiamoci mai che la civiltà spicciativamente liquidata dalla acredine umanistica come *media aetas*, età di mezzo, interludio insignificante o — peggio ancora — negativo fra due età storicamente creative, la antica (classica) e la moderna, ha la possibilità di svolgersi per un intero millennio, di mettere radici profundissime, di diventare — grazie anche all'ausilio della Chiesa — costume e mentalità, di forgiare la coscienza collettiva e una cultura appropriata a quella coscienza. Precisamente perché diventata ossatura dell'organismo sociale, i suoi valori non potranno essere frettolosamente cancellati, necessariamente il consolidarsi del nuovo sarà lento e faticoso.

Ce ne offre testimonianza proprio quel Cinquecento francese così fertile e gremito di novità. Un

crocevia storico, dove nuove figure prendono forma, nuove sensibilità affiorano e si mescolano col vecchio. Bodin, il fondatore della politologia moderna ma anche personaggio immerso nella esperienza pratica del diritto, offre la possibilità di seguire il senso del processo storico e di verificare la fatica con cui i nuovi modelli andavano a sostituirsi ai vecchi.

Si tratta di un testo — a mio avviso, di grosso rilievo sul piano storico-giuridico —, collocato nel capitolo centrale del libro primo della “*République*” sulla sovranità ⁽⁸⁾:

“C’è molta differenza tra il diritto e la legge, il primo registra fedelmente l’equità; la legge, invece, è soltanto comando di un sovrano che esercita il suo potere”.

Il Cinquecento è il secolo in cui il consolidatissimo potere della Monarchia si è già tradotto, in Francia, in un Principe legislatore, in un Principe che, identificando la regola giuridica da lui prodotta con la propria volontà assoluta e con l’espressione del proprio potere, per ciò stesso la sacralizza. La legge di questo Principe è la legge di cui parla spregiudicatamente Montaigne. Ma siamo agli inizi del grande processo storico che

⁽⁸⁾ *Les six livres de la République* lib. I, cap. VIII - *De la souveraineté*.

sboccherà, ai primi dell’Ottocento, nella codificazione napoleonica, una codificazione generale regolante tutte le zone dell’ordine giuridico. Alla fine del secolo XVI restano, infatti, ancora molti spazi su cui il Principe non ha voluto o non ha potuto legiferare; ed è, soprattutto, il territorio dei rapporti quotidiani fra privati — quello che noi chiameremo ‘diritto civile’ — ancora affidato al regolamento geloso del costume, delle consuetudini immemorabili rispettate e osservate da sapienti, giudici, operatori pratici.

Bodin, insomma, ancora a fine Cinquecento, registra due piani, due livelli dell’esperienza giuridica francese: quello — in crescita — delle leggi; quello, più sotterraneo, abbarbicato nella società, che egli non è stata a chiamare *diritto*. Piani diversi, ma anche realtà squisitamente diverse per le loro qualità intrinseche: la legge regia si ricollega soltanto alle volontà del Re, non avendo rilievo il suo contenuto sostanziale; il diritto è invece il frutto dell’esperienza di vita d’una comunità e registra in sé le soluzioni più eque che, quotidianamente, la comunità ha fatto sue.

Il diritto rappresentava ancora, nel momento in cui Bodin redigeva la sua ‘*République*’, l’estrema propaggine — destinata ad assottigliarsi e poi a scomparire — di una concezione tendente a coglierlo e a leggerlo nelle radici profonde della società, e a tradurlo in norme doverosamente rispettose di quelle radici.

Il dramma del pianeta moderno consisterà nell’as-

sorbimento di tutto il diritto nella legge, nella sua identificazione nella legge; pur che essa sia, malgrado che essa sia cattiva od iniqua, come dicevamo all'inizio.

E si è avuto spesso, sempre più spesso, un pericoloso, inevitabile scollamento tra diritto formale e legale, da un lato, e società civile in perenne corsa, dall'altro. Senza che ci fossero possibilità di verifica e quindi anche di salvaguardia per il diritto ormai tutto immobilizzato nelle trame rigidissime d'una costellazione legislativa. E il diritto, tessuto ordinante del corpo sociale, che deve armonicamente rivestirlo nella sua inarrestabile crescita, non poteva che subire una intima crisi, intendendo qui per crisi la incapacità di corrispondere alla propria natura e funzione.

Nel 1949, in un dopoguerra che stava rivelando in tutta Europa le lacerazioni di questa crisi, uno studioso francese del diritto commerciale, Georges Ripert, attentissimo alle relazioni tra forme giuridiche e realtà economica del capitalismo maturo, poteva scrivere, in un fortunato libretto dedicato significativamente al 'Declino del diritto' ⁽²⁾:

"quando il potere politico si manifesta in leggi che non sono più l'espressione del diritto, la società è in pericolo".

⁽²⁾ G. RIPERT, *Le déclin du droit - Etudes sur la législation contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1949, prefazione, p. VI.

Oggi, 1998, il giurista guarda in maniera più disincantata, più critica, le pretese conquiste della modernità giuridica; e sta procedendo da qualche tempo a una revisione di molte conclusioni che una suadente strategia aveva elevato a fondazioni dogmatiche. Di fronte a un occhiale giuridico più vigile e più penetrante taluni magnifici edifici vuoti eretti dalla cultura moderna (legge, legalità, certezza del diritto) gli sembranno meritevoli d'esser serbati ma bisognevoli di contenuti adeguati atti a dar loro una legittimazione non soltanto formale.

Lo storico del diritto, in grazia della sua sapienza specifica, evocando e comparando climi diversi, può dare un contributo fondamentale a questa doverosa opera di relativizzazione; può fungere — come io sto ripetendo insistentemente negli ultimi anni — da coscienza critica del cultore del diritto positivo; può cioè contribuire a che costui viva il presente e vigente nella sua storicità, punto di una grande linea storica che nasce nel passato, che non è destinata ad esaurirsi nell'oggi e si proietta invece nel futuro. In tal modo, lo storico diventa paradossalmente la garanzia di futuro per un cultore del diritto positivo costantemente sottoposto al rischio di un innaturale immobilismo.

II.

OLTRE LE MITOLOGIE GIURIDICHE DELLA MODERNITÀ (*)

(*) Generosa iniziativa del Comune di Amalfi è stata la istituzione nel 1999 del Premio internazionale Duca di Amalfi, uno dei pochissimi riservati a un giurista; premio che ha visto vincitore nella sua prima edizione il grande civilista italiano Pietro Rescigno. Nel 2000 il premio è stato assegnato all'autore delle pagine che seguono; le quali rappresentano il testo della 'prolusione ufficiale' tenuta il 1° settembre 2000 nella Sala consiliare del Municipio di Amalfi secondo il programma del Comitato organizzatore. Trattandosi di un discorso rivolto a un pubblico eterogeneo, costituito soprattutto da non-giuristi, debbono ritenersi giustificati taluni riferimenti elementari. Nella redazione scritta si omettono le doverose parole di circostanza pronunciate in esordio.

1. Mitologia giuridica come strategia vincente della modernità. —
2. Progetto moderno del diritto e complessità dell'universo giuridico. — 3. Riduzioni moderne: una visione potestativa del diritto. — 4. Verso il recupero della complessità: la scoperta del diritto come ordinamento. — 5. Verso nuove fondazioni della positività del diritto. — 6. Interpretazione-applicazione e nuovi confini della positività del diritto. — 7. Verso il declino della mitologia giuridica post-illuministica.

1. Mitologia giuridica come strategia vincente della modernità

Sembra quasi un accostare due contrarii quando — come si fa nel titolo di questa prolusione — si mettono accanto 'mitologie' e 'modernità'. Nella comune coscienza, infatti, il richiamo al 'moderno' evoca un tempo percorso e dominato dal vittorioso smantellamento di antiche mitizzazioni sedimentate e abbarricate nel costume grazie a due conquiste dell'umano progresso: la secolarizzazione e il conseguente possesso di verità scientifiche evidenti. Esiliata finalmente in un cantuccio appartato la vecchia approntatrice di favole, la Chiesa Romana, l'orgoglio è tutto di guardare il mondo con occhi incorrotti capaci di leggersi le verità



in esso immanenti, verità non *rivelate* (e pertanto indimostrate) ma piuttosto *scoperte* nella solida e cretissima natura delle cose.

Eppure, se lo storico libera il suo sguardo da vizi apologetici, questa civiltà, che ha la puntigliosa pretesa di proporsi come dissacratrice e demolitrice di miti, mostra al contrario di esserne una formidabile costruttrice. Per calare al nostro campo d'indagine, il giurista che abbia occhi disincantati non può fare a meno di rilevarlo in quelle forti correnti del giusnaturalismo settecentesco così incisive nella modellatura del moderno, che siamo soliti qualificare come l'illuminismo giuridico dell'Europa continentale. Qui si può forse rinvenire la più intelligente, la più consapevole, la più abile fonderia di miti giuridici mai riscontrabile nella lunga storia giuridica occidentale; un complesso di miti organicamente immaginati e affiancati che danno vita ad una vera e propria mitologia giuridica.

Non sono certo il primo ad usare questo sintagma; i giureconsulti, per esempio, sanno bene che specificamente ad esso è dedicata una 'voce' di quei 'Frammenti di un dizionario giuridico' che sono il lucido testamento intellettuale di Santi Romano, forse il più pensoso giurista italiano del Novecento ⁽¹⁾. L'interesse di Romano

(1) SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, voce *Mitologia giuridica*.

non è né storico né filosofico; come sempre, egli si pone problemi di teoria giuridica impegnandosi a non varcarne i confini. È, tuttavia, singolare che la sua esemplificazione attinga quasi esclusivamente nel grande ideario sei-settecentesco: stato di natura, contratto sociale, rappresentanza politica, uguaglianza giuridica, volontà generale, e così via. È un ideario che compone e congiunge in sé spregiudicatezza metodologica e, insieme, ricerca di una fondazione mitica, offrendoci lo sconcertante prospetto di un ceto intellettuale che ritiene irrinunciabile quella operazione fondativa,

Non dimentichiamo che, per la storia giuridica continentale, il secolo XVIII è momento di rottura, di discontinuità profonda — pervicacemente voluta — con il passato. Abbiām più sopra accennato alla secolarizzazione; le sue conseguenze sono note e sono enormi ma con un risultato strategicamente negativo: le nuove conquiste politico-giuridiche pelesavano la loro debolezza senza il tenace sostegno delle metafisiche religiose, domandavano a loro volta di poggiare non sulle sabbie mobili della storia ma più in là, più a fondo o, se vogliamo, più al di sopra dove i vènti storici non arrivavano a squassare e sradicare.

A questo serve il mito nel suo significato essenziale di trasposizione di piani, di processo cioè che costringe una *realtà* a compiere un vistoso salto di piani trasformandosi in una *metarealtà*; e se ogni realtà è nella storia, dalla storia nasce e con la storia varia, la meta-

realtà costituita dal mito diventa una entità metastorica e, quel che più conta, si assolutizza, diventa oggetto di credenza piuttosto che di conoscenza. Il risultato strettamente negativo derivante dalla secolarizzazione può essere esorcizzato unicamente con una orditura mitologica.

L'illuminismo politico-giuridico ha bisogno del mito perché ha bisogno di un assoluto a cui aggrapparsi; il mito supplisce egregiamente alla carenza di assoluto che si è attuata e colma un vuoto altrimenti rischiosissimo per la stessa stabilità della nuova interlatura della società civile. Le nuove ideologie politiche e economiche giuridiche hanno finalmente un supporto che ne garantisce la inalterabilità.

Vedremo tra poco nella sua concretezza questo tessuto ideologico che si intreccia indissolubilmente con una trama mitica. Allo storico del diritto preme di fissare liminalmente una riflessione, che è anche un ammonimento metodologico: costringere la realtà storica a un salto di piani non implica soltanto la sua trasposizione, bensì anche la sua trasfigurazione; sotto la copertura della credenza essa lascia la dimensione relativa che è tipica della storia e subisce una assottigliamento. Lo storico avverte di trovarsi di fronte a prodotti storici assottigliati nella coscienza collettiva e profondamente deformati nel loro volto originario. Le istanze mitizzatrici segnano e stravolgono tutta una cultura giuridica, nella quale si esalta la perdita di

storicità di principii istituiti figure, originati tutti ovviamente da scelte storiche, suscitati da carnali interessi di classe, ma collocati nella sicura nicchia protettiva rappresentata dal mito. Il paesaggio storico depona con fusione disordine terribilità complessità per ridursi a un disegno semplice nitido lineare.

Lo storico del diritto, nella sua funzione primaria di coscienza critica del giurista di diritto positivo ⁽²⁾, non può che diffidare di paesaggi troppo semplici, memore che la complessità è la ricchezza di ogni clima storico, e avanza legittimamente il sospetto che quella geometria semplice sia il frutto di un sapientissimo artificio, si risolva in una costruzione artefatta; e sarà questo, già nei primi del Novecento, negli anni di prime incrinature dell'ideario giuridico post-illuministico, il sospetto che affiorerà nei giuristi più consapevoli appena che gli occhi si siano cominciati a liberare dal velame suadente di bi-secolari suggestioni ⁽³⁾.

⁽²⁾ Questa visione dello storico del diritto e del suo ruolo in seno agli studi giuridici e alle Facoltà universitarie di Giurisprudenza ho ribadito ripetutamente negli ultimi anni; recentemente ed espressamente nella mia lezione dottorale alla Università di Sevilla che è leggibile anche in lingua italiana; cfr. P. Grossi, *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXX (1997).

⁽³⁾ Icasticamente, da Santi Romano in parecchi suoi saggi costituzionalistici ma soprattutto nel discorso inaugurale mode-

La cerebralità e finitezza del paesaggio si rivelava nella sua stessa armonia di costruzione geometrica dove tutto appare esatto e preciso, contenuto com'è nel rigore di linee angoli cerchi. Il problema ineliminabile e insolubile è che non di astratte figure si discorre ma di creazioni e creature storiche incontentibili nei rigorismi d'un teorema. Eppure, di un vero teorema politico-giuridico si tratta.

Ripercorriamo da vicino i suoi tratti: il nuovo assetto socio-politico ha da essere democratico, in opposizione al decrepito assetto cetuale, esprime cioè la volontà generale della nazione; la quale ha il suo unico e conveniente strumento di espressione nella rappresentanza politica intesa come rappresentanza di volontà; il nuovo Parlamento è pertanto il depositario della volontà generale e la sua voce a livello normativo — la legge — si identifica con la volontà generale; il principio di legalità, cioè la conformità alla legge di ogni manifestazione giuridica, diventa la regola fondamentale di ogni democrazia moderna. Tutto torna

nese del 1907 su 'Le prime carte costituzionali'; con respiro filosofico, dal primo Capograssi del 'Saggio sullo Stato' (1918), delle 'Riflessioni sull'autorità e la sua crisi' (1921), de 'La nuova democrazia diretta' (1922). Per un inquadramento di queste voci nel panorama dottrinale italiano, cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, rispettivamente pp. 112-114 e 120-121.

perfettamente come in un teorema o, per scendere ad attrezzi a noi più congeniali, come in un sillogismo.

Dietro questo proscenio dove tutto viene idealizzato, dietro questo ragionar per modelli, resta in ombra lo Stato monoclasse, lo spesso strato di filtri tra società e potere, la elitarità esclusiva delle forme di rappresentanza, la grossolana difesa di polposi interessi che tutto il purissimo teorema veniva a tutelare e a rinsaldare (4). E per lo storico del diritto appare carica di venature ideologiche la verità assiomatica che la legge e soltanto la legge esprime la volontà generale e, come tale, produce e condiziona ogni manifestazione della giuridicità; ovverosia, quanto viene proposto come verità si prospetta, a un esame più incalzante, piuttosto come una pseudo-verità tutelatrice nella sostanza di interessi particolari dei detentori del potere.

Filosofi, politologi, giuristi si eran però dati da fare per costruire il castello inespugnabile di una suadentissima mitologia politico-giuridica; inespugnabile perché rispetto ad essa si imponeva, più che una conoscenza, una credenza; e di credenze ci siamo abbeverati e ap pagati fino a ieri, fino quasi ad oggi. La propaganda illuministica e post-illuministica aveva colto nel segno centrando con precisione il proprio obbiettivo.

(4) Pagine lucide e culturalmente consapevoli ha scritto G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1984, Introduzione, pp. X-XI.

Ora, il titolo di questa prolusione si capisce meglio e si capisce quale ne sia il suo fine elementare: un pacato esame critico che consenta allo storico del diritto di andare oltre le mitologie giuridiche della modernità, di liberarsi delle ombre gigantesche abilmente create da una straordinaria lanterna magica, ripopolando un paesaggio storico di creazioni e creature concretamente viventi ricondotte nella concretezza delle loro reali proporzioni.

2. Progetto moderno del diritto e complessità dell'universo giuridico

La grande operazione, che si consolida in Francia a fine Settecento e che tende parossisticamente a ridurre il diritto nella legge, ha parecchi significati, ma ve n'è uno su cui la apologetica liberale ha sempre sorvolato e che, invece, conviene sottolineare per la sua incisività sugli sviluppi futuri: si aveva piena coscienza della enorme rilevanza del diritto, di tutto il diritto, ovviamente anche del diritto privato in una cultura squisitamente borghese attentissima alla sfera patrimoniale; di conseguenza, si tendeva, a una sua monopolizzazione da parte del potere; di conseguenza, si veniva a vincolare strettamente, quasi indissolubilmente, diritto e potere; di conseguenza, il diritto, che per tutto lo scorrere della civiltà medievale era stato dimensione della società e perciò manifestazione prima d'una in-

tiera civiltà, diventa dimensione del potere e dal potere resta nel suo intimo segnato. In altre parole, si esaspera la dimensione autoritaria del 'giuridico', esasperando altresì la sua allarmante separazione dal 'sociale'.

Non ha torto l'uomo della strada anche dei nostri giorni, che reca in sé ancora freschi i cromosomi del proletario dell'età borghese, a diffidare del diritto: lo percepisce come qualcosa a lui completamente estraneo, che gli piove sul capo dall'alto come un tegolo dal tetto, confezionato nei misteri dei palazzi del potere ed evocante sempre gli spettri sgradevoli della autorità sanzionatoria, il giudice o il funzionario di polizia.

È stata questa la più grossa tragedia del diritto continentale moderno, di essere identificato in una dimensione patologica della convivenza civile, in un meccanismo legato alla violazione dell'ordine costuito. Ohimè, il diritto più crudamente e severamente sanzionatorio, quello penale, è sembrato assicurare a modello della giuridicità proprio per consistere nella piena espressione della potestà punitiva.

Questa dimensione potestale del diritto — che constatiamo anche recentissimamente e convintamente riaffermata, addirittura in un testo introduttivo per novizi (⁵) — è fuorviante perché, assumendo la dimen-

(⁵) Dal costituzionalista MAURIZIO PEDRAZZA GORLERO, *Il potere e il diritto - Elementi per una introduzione agli studi giuridici*,

sione patologica a cifra di identificazione, fa dimenticare la autentica fisiologia del fenomeno giuridico e ne fraintende l'essenza. La fisiologia del giuridico è di essere intimamente compenetrata con la fisiologia della società, ovverosia è al centro della φύσις di questa, strutturalmente partecipe di questa. Non è lo strumento coercitivo del sovrano o lo spazio per i volti teorici di un dottrinario; può *anche* esserlo, può diventare, ma *prima* è qualcosa di più e d'altro. Appartiene all'essere di una società, condizione ineliminabile perché quella società viva e continui a vivere come società né si tramuti in un ammasso di uomini in perenne rissa fra di loro.

Il diritto, per la sua tensione a incarnarsi, prima di essere potere, norma, sistema di categorie formali, è esperienza, è cioè una dimensione della vita sociale. Urge recuperare la giuridicità oltre lo Stato e oltre il potere, urge recuperarla alla società come realtà globale, con un recupero che è, prima di ogni altro, ufficio del giurista.

Se vi insistiamo oggi, in questo anno Duemila, dopo che tutto il secolo precedente è stato ricco di affioramenti e fermenti in questo senso, è perché constatiamo che tante consapevoli percezioni non son

Padova, Cedam, 1999, che si prefigge di ricollocare il potere politico al centro del fenomeno giuridico.

valse a incrinare nel cuore del giurista — più nel cuore che nel suo assetto razionale — quelle compatte mura di Gerico costituite da statalismo e legalismo; per lui le trombe di Giosuè debbono ancora suonare, o sono suonate invano. Eppure, è stato questo — e ben ottanta anni fa — il merito principale del Santi Romano teorico del diritto, quando ha indicato nella società il referente della giuridicità ⁽⁶⁾, con un messaggio tanto citato dalla riflessione scientifica successiva quanto respinto nella adesione spirituale dei lettori citanti ⁽⁷⁾.

Si badi. Prendere coscienza della socialità del diritto non significa arrestarsi alla affermazione elementare e, tutto sommato, banale che dovunque c'è una pluralità di uomini, ivi c'è diritto. Deve essere invece il punto d'avvio per una coscienza ulteriore: che il necessario vincolo fra società e diritto implica la riscoperta della complessità di quest'ultimo. Specchio della società, ne riflette la struttura variegata stratificata

⁽⁶⁾ Con tutta una serie di contributi riflessivi di diritto pubblico generale, che si snodano nei primi due decenni del Novecento e che culminano in quel classico della letteratura giuridica italiana che è 'L'ordinamento giuridico' pubblicato nel 1917-18.

⁽⁷⁾ Lo rilevava con amarezza lo stesso Romano, prefando la seconda edizione del suo libello (cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946, Prefazione).

differenziata. In conclusione, il diritto non è e non può essere la realtà semplice e unilineare come la pensano i nostri avi settecenteschi. Se una siffatta conclusione si giustificava allora per la valenza strategica che allora assumeva, oggi appare soltanto come un segno di aridità culturale e nulla più.

I nostri avi lo pensarono nello Stato e per lo Stato, ma con ciò stesso lo sottoposero a un radicale impoverimento. Rispetto alla globalità del sociale lo Stato, come apparato, come indispensabile apparato di potere, ne costituisce una cristallizzazione; per di più uno Stato che, per parecchi buoni motivi, viene costruito quale persona dalla giurispubblicistica ottocentesca e come tale separato dal magma fluidissimo della società.

Fu — lo sappiamo — una operazione geometrica di estrema semplificazione, particolarmente grave nel mondo dei soggetti ormai ridotto a un palcoscenico di persone individue pubbliche e private. Di tutta questa operazione lo storico deve rilevare un risultato di estremo impoverimento: si era seppellita o ignorata o rimossa in nome di una mitologia-ideologia giuridica costrittiva e di una strategia al suo servizio una parte cospicua di ricchezza vitale dell'ordinamento giuridico del sociale; urge riscoprire il tesoro nascosto, ossia tutta la svariata gamma di ricchezze dell'universo giuridico.

3. Riduzioni moderne: una visione potestativa del diritto

In questo fine secolo, se vogliamo serbare oggettività al nostro sguardo, siamo in grado di contemplare i rischi (e anche i danni) del normativismo che ci ha così conquistati, di un diritto ridotto a norme sanzioniforme. Pensare il diritto come norma (e, quindi, ovviamente, come sanzione) significa continuare a pensarlo come potere, perché significa coagulare ed esaurire l'attenzione dell'ordinamento nel momento in cui il comando si produce e si manifesta.

Per una visione squisitamente normativa ciò che conta è il 'comandante' e la sua volontà imperativa (o, se vogliamo, i 'comandanti' e la loro volontà imperativa), mentre contano assai poco gli utenti della norma e la vita della norma nella utilizzazione che ne fa la comunità dei consociati. Il problema interpretativo della norma, in questa ottica ristretta, non può non ridursi a un procedimento di ricostruzione — procedimento previsto con aritmetica precisione — della volontà imperativa nel momento in cui essa si separò dal 'comandante' (sempre antropomorficamente pensato) e si coagulò in un testo immobilizzandosi in esso fino all'erompere di una nuova, contraria o diversa, manifestazione di volontà.

Insomma, far capo alla norma, lo si voglia o non lo si voglia, significa sempre e in ogni modo concepire il diritto in modo potestativo, legarlo strettamente al

potere, anche se si tratta di potere di cui si percepisce la riottosità, e che è pertanto una realtà pericolosa da controllare orientare arginare. Far capo alla norma e al sistema di norme significa anche imboccare la strada di una separazione netta fra produzione e applicazione del diritto, fra comando e vita, fra un comando che si conchiude e si esaurisce in un testo e la vita che continua e diviene malgrado il testo e ben spesso oltre e contro il testo: è la strada che conduce a un formalismo talora esasperato nella sua astrattezza.

È la strada che vediamo percorrere a uno dei protagonisti della riflessione giuridica del Novecento, l'austriaco Hans Kelsen, il cui messaggio scientifico ha avuto uno straordinario successo fra i giuristi ed è ancor oggi particolarmente ascoltato. In un discorso prolusivo come il nostro, che non vuole imboccare i molti sentieri delle possibili particolarizzazioni, è però indispensabile che si accenni alla avventura intellettuale di Kelsen sia per la sua valenza esemplare, sia appunto per la sua carica mordente.

Kelsen è sempre riuscito a parlare al cuore del giurista di ieri e di oggi per parecchi buoni motivi: in primo luogo, perché non è un filosofo che parla, ma un giurista tecnico e impegnatissimo in grosse operazioni costituzionali ⁽⁸⁾ anche se nutrito di eccellenti letture

(8) Un esempio: la Costituzione austriaca del 1920; da ul-

filosofiche e dotato di notevole forza speculativa; in secondo luogo, perché la sua è autenticamente una avventura intellettuale, rispettabilissima come tentativo appassionato di ricerca di nuove fondazioni epistemologiche per la *scientia iuris* dopo tanti dubbi demolitivi sulla sua scientificità accumulatisi nel corso dell'età moderna; in terzo luogo (e vengo al punto che più ci preme in ordine al fine di questa prolusione), perché, anche se tutta la sua opera può essere vista come un grandioso esorcismo contro il potere attraverso la sua razionalizzazione formale-normativa ⁽⁹⁾, avendo prescelto il punto di vista della norma come perno dell'ordine giuridico, momento essenziale deve necessariamente essere il tempo della sua produzione, evento essenziale il comando, contenuto essenziale la coercizione, manifestazione essenziale la sua forma, con il risultato che il grandioso esorcismo si palesa come sostanzialmente inefficace, e il potere domina indirettamente ma con una presenza greve tutto l'iti-

timo, cfr. G. BONGIOVANNI, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato - Hans Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Milano, Giuffrè, 1998.

(9) Ottima la ricostruzione che ne offre A. CARRINO, *L'ordine delle norme - Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, ESI, 1990², uno studioso benemerito per traduzioni italiane di opere kelseniane e per iniziative di riflessione in Italia sul pensiero di Kelsen.

nerario kelseniano quasi come il coro nell'antica tragedia greca ⁽¹⁰⁾.

Al giurista moderno imperativista e formalista sorride parecchio la costruzione kelseniana di una 'Dottrina giuridica pura' anche se si risolve in un castello di forme, in una armonia astratta di linee angoli cerchi, insomma in una geometria che doveva trarre forza da se stessa ma che era scaturita dal nulla e nel nulla si fondava.

4. Verso il recupero della complessità: la scoperta del diritto come ordinamento

Il richiamo a Kelsen serve per indicare l'esito estremo a cui può condurre un diritto ridotto a un universo di norme e sanzioni; è un universo ben positivo, che rischia di galleggiare sulla società o addirittura, perversamente, di forzarla e di condannarla nei suoi sviluppi vitali. Giova, invece, insistere sul diritto come ordinamento.

Non si tratta di un espediente linguistico sosti-

⁽¹⁰⁾ Senza contare che è facile il rilievo come « il problema del potere giuridico è venuto assumendo un rilievo sempre maggiore nelle ultime opere » (N. BOBBIO, *Kelsen e il potere giuridico*, in *Ricerche politiche - Saggi su Kelsen, Horkheimer, Habermas, Luhmann, Foucault, Rawls*, a cura di M. Bovero, Milano, Il Saggiatore, 1982, p. 6).

tuendo un termine all'altro e lasciando immutato il contenuto. Ordinamento significa l'atto di ordinare, del mettere ordine; e ordine è nozione preziosa ⁽¹¹⁾ almeno in un suo aspetto: fa i conti con la realtà sottostante, la presuppone nella sua onticità se vuol raggiungere il fine di ordinarla e non di coartarla; di conseguenza, ne registra e ne rispetta tutta la complessità. Assumere il diritto come ordinamento ha, dunque, il significato di iniziare il tentativo di recupero della complessità, della complessa ricchezza dell'universo giuridico.

Forse, noi giuristi non ne abbiamo piena consapevolezza, ma siamo ancora, in buona misura, gli eredi e le vittime della grande riduzione illuministica. « Illuminismo significa ampliamento della capacità umana di cogliere e di ridurre la complessità del mondo », « sviluppo di meccanismi di riduzione della complessità », consiste nella comprensione ma anche riduzione di complessità. Questo ci ha lucidamente insegnato Niklas Luhmann ⁽¹²⁾, un mentore che fino a ieri ogni giurista si sentiva in dovere di citare almeno una volta

⁽¹¹⁾ Una lettura assai istruttiva è quella di F. VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, Giappichelli, 1987, una riflessione dal respiro aperto, che disegna per il giurista nuove e più sicure frontiere.

⁽¹²⁾ N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, Milano, Il Saggiatore, 1983; le citazioni sono rispettivamente, a p. 75 e a p. 83.

nella sua opera (quasi come lo zelante musulmano nel suo obbligo di compiere una visita a La Mecca durante il corso della sua vita). Luhmann, il teorico della complessità, con la sua sociologia dalle rinverdate fondazioni illuministiche, diventa anche il teorico della riduzione.

La riduzione ha avuto ed ha le sue valenze positive: il paesaggio giuridico è semplice, pertanto è chiaro; illuminato da una sapiente regia centralistica è anche armonioso. Insomma, un paesaggio suadente che soffre agli occhi dello storico di due vizii gravi: la astrattezza e, consequentissimo, la artificiosità.

Altra volta io ho evocato in contrappunto l'arcadia letteraria che, partendo dalla esigenza di liberarsi dei grovigli del barocco, arrivò però alla suprema finzione di pastorelli imparruccati ed incipriati. Il palcoscenico giuridico non è popolato di pastorelli, ma di modelli sì, modelli formali estratti da un irreale mondo prestorico e — quel che è importante — tutti soggetti individui; dei quali due soltanto fungono da protagonisti, lo Stato-persona e l'individuo abbiente.

La perdita più sostanziosa che consegue a questa operazione riduttiva (che è — lo sappiamo — una callidissima operazione strategica) è quella della dimensione collettiva della società ormai contratta nella cristallizzazione statuale. Soffocata dalla totalità macrocollettiva dello Stato e dalla dialettica esclusiva 'Stato-individuo' è tutta la articolazione comunitaria

fisiologica alla società, a ogni società, la quale si esprime in comunità, è e non può non essere comunità di comunità. Era la articolazione esasperatamente valorizzata nell'antico regime con il protagonismo di famiglie, aggregati soprafamiliari, corporazioni, associazioni assistenziali e religiose, aggregati sociali e politici intermedi.

Al centro della riscoperta della complessità dell'universo giuridico occorre riscoprire anche quella dimensione collettiva, cioè di microcollettività, pesantemente sacrificata dal progetto individualista.

Lo storico, percettore di una linea lunga, sa che, per la scienza giuridica, il corso del Novecento è stato un lento ma costante affioramento di una coscienza più ampia valevole a recuperare le forze collettive precedentemente represses con la violenza o, tutt'al più, esorcizzate con l'irrilevanza. Una conquista faticosa, e dai risultati grami, almeno nei suoi primi passi.

Per averne un saggio di collaudo, basta aprire e scorrere il Codice civile italiano del 1942, che pure è anche espressione del clima corporativistico dell'Italia di quegli anni: è facile osservazione che il fenomeno associativo è considerato in modo riduttivo; è valorizzato quello nascente da un contratto come sono i vari contratti di società e, primi fra essi, le società commerciali; timida è la presenza di quelle associazioni libere che il legislatore — quasi per sottolineare un deprezzamento — chiama 'associazioni non riconosciute'

contrapponendole alle formalizzatissime 'persone giuridiche'.

Si ignorano le società intermedie. Occorrerà attendere la Costituzione repubblicana del 1948 perché, grazie all'impulso del solidarismo cattolico di un Moritati e di un Dossetti, alle formazioni sociali sia riconosciuto il ruolo che esse, di fatto, avevano nella società. In mezzo al generale disinteresse dei privatisti italiani dell'immediato secondo dopo-guerra segnalò il grande merito culturale del mio predecessore in questa istituzione ducale amalfitana, il civilista Pietro Rescigno, che, nutrito di una eccellente preparazione sociologica, ha cominciato a studiare le più cospicue manifestazioni associative (e cioè partiti e sindacati), da privatista ma senza stemperarne la valenza in un generico e anonimo associazionismo, e cogliendole invece quali autentiche formazioni sociali ⁽¹³⁾.

Una considerazione va fatta: ci sono strati e dimensioni dell'universo giuridico da dissepellire e valorizzare; certamente l'esperienza giuridica italiana, anche la attuale, ha una estensione e una profondità ben maggiori di quanto può coprire l'ombra protettiva ma condizionante della esperienza politica dello Stato. Il diritto, nella sua autonomia, forte delle sue radici nel co-

(13) I principali saggi cui si fa riferimento possono ora leggersi in: P. RESCIGNO, *Persona e comunità - Saggi di diritto privato*, Padova, Cedam, 1987.

stume sociale, ha vissuto e vive, si è sviluppato e si sviluppa anche al di fuori di quel cono d'ombra, anche fuori dei binari obbliganti del cosiddetto diritto ufficiale: conseguenza inevitabile di non essere dimensione del potere e dello Stato, ma della società nella sua globalità.

Non è un discorso anarcoide, ma piuttosto la registrazione di quella realtà effettiva che è la pluralità degli ordinamenti giuridici. È il grande regno delle libertà del diritto, che non coincide affatto con il solo maestoso e autorevole ordinamento giuridico dello Stato. Quella che fu, ai primi dei Novecento, una felice intuizione dottrinale ha la sua verifica puntuale nell'effettività della vita giuridica sol che non si abbia sul nostro naso degli occhiali deformanti. Come storico del diritto, ho toccato e tocco con mano questa realtà pluriordinamentale quando, per compito inerente al mestier mio, sono chiamato a occuparmi delle proprietà collettive dell'arco alpino, soprattutto dell'arco alpino orientale: un assetto giuridico affondante in costumanze primordiali, che non è avventato qualificare come preromane, che fanno a pugni con la configurazione individualistica e quiritaria della proprietà moderna spalleggiata dal diritto ufficiale, che hanno avuto una continuità di vita appartatissima fino ai tempi nostri, che lo Stato moderno ha sempre tentato di 'liquidare', non ha mai mancato di perseguire e snaturare. Come storico del diritto non ho esitazione nel registrare nello stesso territorio dello Stato italiano



ordinamenti giuridici originari, ordinamenti alieni, che nascono da antropologie diverse (se non opposte) e sono portatori di diversi (se non opposti) valori giuridici, che hanno la sacrosanta pretesa di convivere con la ufficialità dominante perché sono il segno della complessità della esperienza giuridica che il diritto dello Stato non esaurisce.

Ho, come altre volte, fatto riferimento al caso delle proprietà collettive per la mia familiarità con esso, ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi. La conclusione è scontata, ed è che il paesaggio giuridico, proprio perché innervato nel sociale, è per sua natura complesso, e va rispettato e recuperato in questa complessità. L'età moderna, età di mitologie giuridiche, si è rattrappita in un costringente orizzonte di modelli, e la complessità dell'esperienza giuridica è stata notevolmente sacrificata. Visione potestativa del diritto, sua statualità, sua legalità hanno costituito un osservatorio deformante, giacché, puntando unicamente sul momento e sull'atto della produzione, la regola giuridica si presenta come norma, cioè come comando autoritario dell'investito del potere.

5. Verso nuove fondazioni della positività del diritto

È un osservatorio che va, se non depresso, integrato; a questo proposito, la visione ordinamentale può fungere da vero salvataggio.

Ripetiamolo: ordinamento è nozione che ha al suo cuore quella di ordine; e ordine, proprio perché non può prescindere dalla realtà da ordinare, proprio perché è necessariamente ascolto e accoglimento di istanze provenienti dal reale, si pone quale preziosa mediazione fra autorità e società e non assume l'aspetto sgradevole della coercizione. Se è vero che si parla correntemente di un ordine che un tempo regnò sotto il tallone russo a Varsavia in forza di un enorme tributo di sangue e di morti, o si parla dell'ordine di Hitler o di quello di Stalin ottenuti con la violenza poliziesca, è chiaro che qui siamo di fronte a un falsante simulacro di ordine.

L'ordine è — questo sì — nozione rigorizzante perché compone e sistema la rissa inevitabile dei fatti storici di per sé riotosi e slegati; ordine implica rigore, così come rigore implica la trasformazione in diritto di ogni incomposta e magmatica realtà sociale. La visione di un diritto 'mite', come viene proposto nel suadente disegno di uno dei nostri più intelligenti e colti costituzionalisti italiani ⁽¹⁴⁾, ci appare consegnata alle trame di una felice idealizzazione più che a quelle di una diagnosi realistica.

Una cosa è però certa: l'ordine, se è rigore, se rigorizza il mondo indòcile dei fatti, significa però

⁽¹⁴⁾ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite - Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

rispetto della complessità e della pluralità del reale; è cioè l'opposto di massificazione e di semplificazione forzosa. L'ingegno aguzzo di Tommaso d'Aquino, contemplatore di un paesaggio universale non ancora frammentato né politicamente né giuridicamente e invece percorso e sorretto da una ordinatrice coscienza collettiva — il paesaggio del secolo XIII —, lo puntualizza bene in una di quelle precisazioni dove emerge nitida la sua eccezionale forza speculativa: « esse unum secundum ordinem, non est esse unum simpliciter », l'unità realizzata mediante l'ordine non è mai una unità semplice ⁽¹⁵⁾. In altre parole, ordinare non significa sottoporre il reale a una palinogenesi fittizia facendo 'de albo nigrum', costruendo una unità smentita dai fatti sottostanti, ma componendo quella unità complessa e plurale sì da permettere alle diversità di diventare forza di quella unità senza annichilirsi. Come sottolinea lo stesso Tommaso, l'ordine è l'unità che armonizza ma rispetta le diversità ⁽¹⁶⁾.

Di tutto questo è urgente tener conto dopo che per due secoli ci siamo affannati in un assillante zelo di formalizzazione e di sclerotizzazione della positività

⁽¹⁵⁾ S. TOMMASO, *Summa contra gentiles*, II, c. 58.

⁽¹⁶⁾ "Ordo includit distinctionem, quia non est ordo aliquorum nisi distinctorum" (S. TOMMASO, *Scriptum in 4 Libros Sententiarum magistri Petri Lombardi*, I. 20. I. 3. 1c.).

del diritto. Parlar di diritto positivo ha valso fino a ieri far riferimento a una nozione chiusa, impermeabile.

Il giurista la pronunciava con insipiente orgoglio intendendo riferirsi a un universo di norme conchiuso in sé come una fortezza di confine, forte della sua separatezza da tutto il resto che statualità ufficiale, autoritarità approfondivano in un fossato invalicabile. E il giurista si è compiaciuto di questa corazza senza capacitarsi dell'inchiodamento e della immobilizzazione che per lui costituiva.

Era — ed ancor oggi è — una nozione di positività che non ci restituisce se non opacamente la complessità che l'ordine giuridico è chiamato a organizzare e non a tradire; che però si continua a tradire quando il diritto positivo continua ad essere pensato come un universo di norme, un castello di comandi, posto (*positum*) da una autorità formalmente investita del potere e pertanto munita del crisma tranquillizzante della ufficialità.

Tutto ciò è, da un punto di vista culturale, cioè per una cultura giuridica che voglia prefiggersi come valida ordinatrice del presente, una posizione tanto criticamente bassa da impedire una osservazione compiuta. Questo ieri, che potevamo sperare completamente superato, continua nell'oggi all'interno della coscienza di molti giuristi, soprattutto dei pratici diseducati da una dottrina giuridica che ha abdicato alla sua nobile funzione pedagogica. Questo ieri continua nell'oggi con la

perfetta vigenza dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile del 1942, che conferma il dogma della statualità del diritto e fissa i confini della giuridicità identificandoli con quelli dello Stato. So bene che quell'articolo è palesemente violatore del pluralismo giuridico impresso nella nostra carta costituzionale, so bene che i giuristi più consapevoli lo hanno ritenuto reliquia di convinzioni passate, ma so altrettanto bene che le reliquie — finché ci sono, esposte al pubblico — possono anche ricevere la venerazione degli insipienti. Come ho altre volte sostenuto, sarò più tranquillo quando l'art. 12 verrà cancellato dalla nostra splendida codificazione come traccia inammissibile dello statualismo autoritario fascista in modo non dissimile da come si sono prontamente espunte le tracce immonde sul primato della razza ariana.

Un segno efficace dell'ambiguo spartiacque in cui ci stiamo ancora trovando è una iniziativa presa una decina d'anni fa da un intelligente filosofo italiano del diritto, Giuseppe Zaccaria, che ha chiamato a raccolta parecchi colleghi di disciplina ma anche provvedamente alcuni cultori del diritto positivo per discutere su 'Diritto positivo e positività del diritto' ⁽¹⁷⁾.

Nella sua presentazione del volume Zaccaria insiste, con rara coscienza del grande bisogno di rifonda-

(17) Torino, Giappichelli, 1991.

zione culturale dell'attuale giurista, su "l'organismo globale della positività", sul "funzionamento necessariamente 'plurale' della positività" ⁽¹⁸⁾ additando con giustezza un traguardo da compiere con urgenza, e cioè l'improcrastinabile allargamento della tradizionale sclerotica nozione di positività del diritto.

Se l'invito del coordinatore è raccolto e sviluppato da alcuni giusfilosofi, soprattutto da Francesco Viola ⁽¹⁹⁾, la pagina dei cultori del diritto positivo italiano si pone, invece, all'insegna di una sostanziale ambiguità; eppure, nell'amministrativista Guido Corso e nel commercialista Mario Libertini, Zaccaria poteva contare su due colti e sensibili rappresentanti della nostra giuristica.

Il saggio di Corso è dominato dall'idea di fondo del primato della norma disegnando un giuspubblicista come personaggio in disperata ricerca di norme ⁽²⁰⁾; e precisa Corso: "il giurista positivo, anche il più disposto a riconoscere gli apporti della giurisprudenza, avverte la norma come un *quid* che logicamente e idealmente precede e condiziona l'interpreta-

(18) G. ZACCARIA, *Presentatione, ibidem* (i testi citati sono a p. XII).

(19) F. VIOLA, *Tre forme di positività nel diritto, ibidem*.

(20) G. CORSO, *In che senso il diritto positivo costituisce un vincolo per il giurista, ibidem*, pp. 42-43.

zione" (21), dove mi sembra ripetersi con ostinatezza quella separazione fra norma e interpretazione che ha spesso condannato a morte per soffocazione zone delicate del sistema normativo.

Libertini sembra ancora avvinto da dei lacci culturali dei quali però non intende sbarazzarsi; ed è tutto teso a fornir loro qualche giustificazione che possa appagare la sua limpida coscienza di fine giurista. "L'accettazione di una etica della legalità — egli scrive —, per cui il rispetto delle leggi è espressione del più generale principio di civiltà dello 'stare pactis' e quindi riconoscimento della appartenenza di tutti i cittadini alla stessa organizzazione sociale" (22); "la fedeltà alla legge va intesa non come obbedienza ad un comando, ma come leale esecuzione di un patto" (23), "il principio di lealtà impone l'accettazione dell'idea del primato del potere legislativo e quindi il dovere di 'prendere sul serio' le scelte politiche del legislatore" (24), dove, a parte il rigurgito di argomentazioni paleo-giusnaturalistiche, si ritorna al vecchio fondamento mitico di un potere legislativo — e quindi politico — che interpreta ed esprime con fedeltà il

(21) CORSO, *ibidem*, p. 54.

(22) M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, *ibidem*, p. 74.

(23) *Ibidem*, p. 75.

(24) *Ibidem*, p. 76.

bene comune ed è quindi in grado di rappresentarlo normativamente. Insiste Libertini nel timore che non si fosse ben capito: "riconoscere il principio (l'esigenza, il valore) della tassatività delle fonti è anche un modo per 'prendere sul serio' lo Stato; e ciò mi sembra a tutt'oggi indispensabile (necessario ancorché non sufficiente) se si hanno a cuore certi valori e scopi politici (libertà, uguaglianza e sicurezza degli individui)..." (25); concludendo per lo "accoglimento del postulato della sovranità, unità e completezza dell'ordinamento statale" e la "tassatività delle fonti formalmente riconosciute" (26), soluzione giuspositivistica che "resta più moderna e più duttile" (27). Una linea lunga, linea bisecolare, sembra continuare in questa pagina, e lo tradisce quella vena risorgimentale, quasi deamicisiana, di cui è intrisa.

6. Interpretazione-applicazione e nuovi confini della positività del diritto

Se ci siamo dilungati sull'iniziativa di Zaccaria e su taluni apporti, è perché il tutto ci sembra sintomatico del travaglio attuale del giurista italiano quando ci si introduce nel santo dei santi del moderno diritto bor-

(25) *Ibidem*, p. 89.

(26) *Ibidem*, p. 90.

(27) *Ibidem*, p. 92.

ghese, e cioè il recinto delle fonti, che assomiglia molto a quello spazio sacro dove solo una suprema gerarchia sacerdotale aveva ingresso. L'invito di Zaccaria è sostanzialmente non raccolto dai cultori del diritto positivo ancora tutti involuppati nel loro protettivo mantello di normativismo legalista. Un punto specifico di questo invito viene espressamente respinto, quello a "spostare l'accento sulla dimensione ermeneutica" (28) quale componente interna, essenziale, della positività della norma.

È la conquista che resta ancora da compiere. La teoria ermeneutica ha fatto, nel corso del Novecento, passi da gigante, con un indubbio ravvicinamento fra momento normativo e momento interpretativo-applicativo. Siamo ben lontani dal tessere oggi l'elogio dell'esegesi, anche se vi sono pur stati recentemente dei rigurgiti neo-esegetici. Ma il salto del fosso, quello che ci avrebbe permesso di rompere con le pastoie normativistiche e acquisire una visione ampia e integrale della normatività e della positività, questo salto non abbiamo avuto il coraggio di fare, verisimilmente perché non avevamo le liberatorie capacità culturali e perché la tradizione post-illuministica ha avuto buon gioco su operatori troppo fragili.

(28) Come lo stesso Zaccaria precisa nella sua *Presentazione* del volume (*ibidem*, p. X).

Il saggio di Guido Corso poco sopra menzionato mi sembra che stia a indicare l'ultimo anello di una lunga catena, catena ancora solidissima. Eppure, nell'arco del Novecento, v'erano pur stati messaggi nella opposta direzione, che dovevano essere ben ricevuti perché provenienti non dalla fantasia di un filosofo ma da robusti tecnici del diritto ben immersi nella prassi quotidiana (il primo nome che mi viene a mente è quello di un autore a me caro, il commercialista Ascarelli).

L'unico strumento per togliere al diritto il tradizionale ripugnante smalto potestativo e autoritario era ed è di concepire la normazione come un procedimento che non si compie con la produzione ma che ha un momento susseguente, il momento interpretativo, come interno alla formazione della realtà complessa della norma; insomma, l'interpretazione quale momento essenziale della positività della norma stessa, condizione ineliminabile per il concretarsi della sua positività.

Certamente, per arrivare a questo, occorrono altri occhiali sul naso dei giuristi; occhiali che non sminuiscono l'interpretazione a una dimensione meramente conoscitiva ma la colgano come vita della norma nel tempo e nello spazio, carnalità della norma in quanto esercizio, prassi, uso; occhiali che siano disposti ad accogliere entro il paesaggio giuridico anche la comunità degli utenti in funzione non meramente passiva,

che siano disposti ad ammettere non un solo protagonista monocratico (il detentore del potere) ma una pluralità folta di soggetti. Forse, è proprio giunto il tempo di cominciare a costruire il diritto anche dalla parte di quelli che la tradizione ha chiamato, con implicito dispregio, i destinatari del comando.

Avviandoci alla conclusione di questa prolusione, il suo senso può essere raccolto con la indicazione di due recuperi.

Il diritto è più applicazione che norma. Guai se lo si immobilizza in un comando, tanto più se il comando trova la propria immobilizzazione in un testo; guai se la regola giuridica diventa e rimane testo cartaceo. Il rischio probabile è la separazione dalla vita.

Il diritto è, in primo luogo, ordinamento; col che si vuole sottolineare, al di là del cambio terminologico, che la sua autorità sta nei contenuti di cui si intesse e che propone, sta nel suo essere lettura obbiettiva del reale, tentativo di razionalizzazione del reale. È un'autorità che muove dal basso, che rende spontanea l'accezione sociale e l'osservanza; l'osservanza — che è il mistero grande del diritto — perde per ciò stesso la ripugnanza della coercizione. Con il diritto-ordinamento anche l'uomo della strada può riconciliarsi.

7. Verso il declino della mitologia giuridica post-illuministica

Abbiam parlato di contenuti e di razionalizzazione del reale ed è una deviazione brusca rispetto a come il progetto giuridico borghese si era andato fra Sette-Ottocento definendo con un progressivo processo consolidatorio.

La norma suprema al vertice della piramide gerarchica, cioè la legge, è in questo progetto un contenitore vuoto, perché — essendo per definizione assiomatica espressione della volontà generale — non ha dai diversi contenuti alcun contributo alla sua figura essenziale. Una norma è infatti legge non in grazia di determinati contenuti ma per la sua provenienza dal detentore della sovranità che la filtra mediante un rigoroso procedimento formale.

La legge vuota era una sorta di sapientissima forma entro la quale un legislatore onnisciente infallibile onnipotente poteva ospitare a suo arbitrio qualsiasi contenuto. L'ordinamento giuridico, risolto in un grande scheletro legislativo, ammetteva un solo corone ombelicale, quello col potere, l'unico da cui traesse vitalità nutrimento effettività, mentre non ne riconosceva alcuno con la complessità della società.

In un simile assetto legicentrico e legolatrico il supremo principio costituzionale è pertanto quello di legalità, che funge da preziosa cerniera concludente;

ed è chiaro che è una legalità concepita in senso strettissimo quale rispetto della forma-legge; ed è chiaro perciò che è legalità sia il rispetto della legge che proibisce l'omicidio (con tutto il suo carico etico), sia della legge che sancisce il primato di una razza sull'altra e impone diminuzioni di capacità per gli appartenenti a un *ethnos* ritenuto inferiore. Ossia il principio di legalità perde qui ogni sua valenza garantistica per rappresentare soltanto il fossato invalicabile che circonda perfettamente e chiude il castello mitico così edificato. Di ciò sarebbe bene che i tanti legalisti inconsapevoli, legalisti ad ogni costo, si rendessero finalmente conto.

È ovvio che questa mitologia sottoposta all'usura di due secoli di vita giuridica si è lentamente e beneficamente deteriorata, via via che la dominica di cui si cementava rivelava il proprio carattere mitico; ed è ovvio che oggi il profondo fossato circondante il castello si sia per buona parte colmato. Ma con quanta lentezza e con quanta fatica in questa nostra Europa continentale così caratterizzata e quasi marcata a fuoco dalla abilissima propaganda post-illuministica!

Appena ieri, colui che vi parla ha ricevuto con soddisfazione un ricco volume in cui si compendia il lavoro di un gruppo di ricerca, promosso e coordinato con sensibilità e intelligenza critica da Michele Scudiero, sul problema della discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana

nel decennio 1988-1998 ⁽²⁹⁾. La discrezionalità del legislatore! Uno dei curatori dell'opera collettiva ha ben ragione di qualificarlo "tema indocile" ⁽³⁰⁾ nel suo aspetto di clamorosa e rovinosa incrinatura nelle mura del castello mitologico di cui si è ora parlato, con la previsione di un giudice delle leggi e il crollo del mito dell'infallibilità.

E finalmente, da tempo, la nostra Corte Costituzionale fa precisi e incisivi richiami alla ragionevolezza come limite dell'azione legislativa e al diritto vivente. A un esame formalistico possono anche apparire delle semplici "formule verbali" ⁽³¹⁾; lo storico non ha invece esitazione nel vedervi le tracce della faticosa ricerca di ancoraggi (magari grezzi e imperfetti) alla conquista di quel traguardo di civiltà giuridica che è, deposto lo schermo inappagante del mito, la legge giusta, la giustizia delle leggi. Una conquista che il cemento mitologico-dommatico ha reso incerta e difficile.

⁽²⁹⁾ *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* (1988-1998), a cura di M. Scudiero e S. Staiano, Napoli, Jovene, 1999.

⁽³⁰⁾ S. STAIANO, *Introduzione*, *ibidem*, p. XIII.

⁽³¹⁾ Così L. PALADIN, *Esiste un 'principio di ragionevolezza' nella giurisprudenza costituzionale?*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* (Atti del Seminario, Roma 13-14 ottobre 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 164 ss.

La Francia, questo laboratorio della modernità giuridica continentale, ne è lo specchio più fedele; sarebbe infatti istruttivo ripercorrere l'erta salita, piena di ostacoli e di tortuosità, al cui sommo, nel 1958, con la Costituzione della Quinta Repubblica, si arriva alla previsione, con il *Conseil Constitutionnel*, di un giudice delle leggi; e sarebbe istruttivo ripercorrere il dibattito costellato di incredibili asperità⁽³²⁾; e sarebbe istruttivo seguire l'impegno con cui la sinistra democratica francese, nella sua veste di autentica erede dei programmi giacobini, ha interpretato quella previsione come un 'coup d'état permanent'⁽³³⁾, come un permanente fattore di rischio per la stabilità del sublime progressivo edificio costituzionale progettato negli anni fertili della Rivoluzione.

Un punto solo ci preme di rilevare a chiusura e conclusione di questo discorso: ragionevolezza, adeguatezza, non arbitrarietà, richiamo al diritto vivente, al di là del loro essere indicatori generici e anche

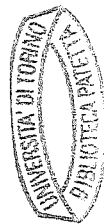
(32) Si veda, nel già citato volume curato da Scudiero e Staiano, il saggio di A. PATRONI GRIFFI, *Il Conseil Constitutionnel e il controllo della 'ragionevolezza': peculiarità e tecniche di intervento del giudice costituzionale francese*.

(33) Il riferimento è al celebre pamphlet di François Mitterrand, *Le coup d'état permanent*, Paris, Plon, 1964 (cfr. *Le Conseil Constitutionnel et les partis politiques*, ed. L. Favoreu, Aix-en-Provence, Presses Universitaires, 1988, Introduction).

ambigui, hanno almeno il senso e il valore di un tentativo di appiglio al di sotto delle forme. Le mitologie, che hanno giocato un ruolo tanto fondativo nel progetto giuridico borghese, non reggono di fronte ai bisogni e alle richieste della società contemporanea, estremamente complessa sotto i profili sociale, economico, tecnologico. Al di sotto delle ossature formali — lineari, semplici, armonicissime — v'è una costituzione materiale che preme e di cui urge tener conto se non si vuole arrivare a separazioni che trasmòdino in strappi.

Il diritto — e tanto meno il diritto moderno — non può abdicare alla sua dimensione formale, fornendo categorie alla incandescente fluidità dei fatti sociali ed economici, tuttavia con la coscienza sempre viva che quelle categorie danno forma e figura a un sapere incarnato, a una storia vivente. Insomma, di categorie ordinanti deve sempre trattarsi, che pescano nel reale, che non galleggiano sul reale, com'è proprio di ogni fenomeno autenticamente e non fittiziamente ordinativo. Essere e dover essere necessariamente si mescolano condannando le teorie pure fra le mirabili esercitazioni retoriche di ingegnosi giuristi.

Ha ragione Gustavo Zagrebelsky quando — qualche anno fa — affermava risolutamente: "l'idea di diritto che lo Stato costituzionale attuale implica non è entrata pienamente nell'aria che respirano i giuri-



sti" (34). A una vecchia idea di legalità, legalità formale, va sostituendosi e sempre più deve sostituirsi una legalità diversa che tenga alfine pienamente conto dei due piani di legalità in cui ormai si articolano i moderni ordinamenti, quello — per intendersi — codicistico e quello costituzionale, questo secondo esprimente la società nei suoi valori portanti e non soltanto la cristallizzazione assai più povera dello Stato-apparato.

E deve finire l'idea che il diritto si fa mediante leggi e che solo il legislatore è soggetto giusproduttivo capace di trasformare tutto in diritto quasi come un re Mida dei nostri giorni. Ohimè, quante volte i prodotti normativi dei legislatori moderni sono lontani dall'essere diritto! L'ipertrofia e la ipervalutazione della legge sono costate già molto care alla società e cultura dell'Europa continentale e alle zone mondiali da essa condizionate. In un'ottica siffatta si è parlato di 'deco-dificazione' e addirittura di 'delegificazione'. L'esigenza è una e una soltanto: togliere alla legge quel ruolo totalizzante e socialmente insopportabile che l'età borghese le ha dato.

Solo un folle potrebbe pensare di fare a meno d'una presenza di norme imperative generali o anche di Codici. Non abbiamo invece bisogno dello strumento, a lungo andare, pernicioso di leggi e Codici

(34) ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 4.

che, col dettaglio di una minuta regolamentazione della vita economica e sociale, rischiano di restar lettera morta un istante dopo la promulgazione perché rifiutati dalla comunità degli utenti o, peggio ancora, finiscono per imbavagliare la comunità impedendole di esprimersi secondo il divenire del costume e l'evolversi delle realtà economiche e degli assetti sociali.

La rapidità del mutamento contemporaneo in tutte le sue manifestazioni esalta un primato della prassi. Quanti istituti, soprattutto nel diritto degli affari, sono intuiti inventati modellati nella pratica quotidiana, mentre il legislatore nazionale o comunitario si limita a intervenire tardivamente appropriandosi di quanto già l'uso aveva efficacemente consolidato! Il futuro diritto dell'economia tende ad avere un volto geneticamente estralegislativo con un forte contributo offerto dalla riflessione scientifica. E si assiste a "mutati attori protagonisti del processo giuridico", a "diverse modalità di produzione e funzionamento delle regole giuridiche" (35), a una crescente privatizzazione della produzione giuridica: vitali centrali nomopoietiche (ossia produttive di regole giuridiche puntualmente osservate

(35) Come ben si esprime una intelligente sociologa del diritto in un libro tutto da leggere e meditare da parte del giurista (cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione - Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 7).

dai privati) sono ormai collocate in nuclei sociali economici culturali ben lontani dagli Stati ⁽³⁶⁾.

È un rilievo che mi piace far qui, in seno alla Civitas Amalfitana, nella sede del suo municipio, in questa straordinaria cucina giuridica medievale, dove mercanti e navigatori intraprendenti han concorso a creare, poveri di leggi e di scienza, forti della propria capacità di ascolto delle forze economiche, fidando quasi unicamente su sensibilità e intuizione, il diritto commerciale e marittimo della coinè mediterranea dell'età di mezzo ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ Si tratta di istituzioni internazionali di organizzazione culturale, di grossi studi professionali, di gruppi imprenditoriali, e così via.

⁽³⁷⁾ Ai mercanti e navigatori amalfitani, che avevano solidi punti di appoggio nel mediterraneo orientale, fu dato di importare un folto insieme di consuetudini greche. Cfr. G. P. BOGNETTI, *La funzione di Amalfi nella formazione di un diritto comune del Medioevo*, in *Mostra bibliografica e Convegno internazionale di studi storici del diritto marittimo medioevale* - Amalfi, luglio-ottobre 1934, Atti, Napoli, Assoc. Italiana di diritto marittimo, 1934, pp. 50-51.

III.

CODICI: QUALCHE CONCLUSIONE TRA UN MILLENNIO E L'ALTRO (*)

(*) È il testo della Relazione conclusiva al Convegno "Codici - Una riflessione di fine millennio" tenutosi a Firenze nei giorni 26-28 ottobre 2000. Questo spiega i riferimenti a relatori e relazioni del medesimo Convegno. Sono omesse le iniziali parole di circostanza, che si leggono invece nel testo pubblicato in seno agli 'Atti' congressuali. In questa redazione — che è rivolta a un possibile pubblico più vasto, anche di studenti — si sono aggiunte note esplicative e integrative al fine di rendere più chiari a questo pubblico di lettori affermazioni e riferimenti concisi perfettamente comprensibili (pur nella loro concisione) dagli uditori del Congresso fiorentino.

INDICE

<i>Prefazione alla terza edizione.</i>	IX
<i>Prefazione alla seconda edizione.</i>	XI
<i>Prefazione.</i>	XIII

UN LIBRO, LA SUA INDOLE, IL SUO MESSAGGIO

QUALCHE NOTA INTRODUTTIVA

1. Le mitologie giuridiche della modernità e l'ufficio dello storico del diritto	3
2. Comprensione storiografica e strumenti comparativi	8
3. Un cenno sul contenuto	9

I.

GIUSTIZIA COME LEGGE O LEGGE COME GIUSTIZIA?

ANNOTAZIONI DI UNO STORICO DEL DIRITTO

1. Diritto e legge tra medievale e moderno	15
2. L'ordine giuridico nella visione medievale	19
3. I segni del 'moderno': statualità del diritto e trasfigurazione della legge	26

4. Un itinerario 'moderno': dal diritto alla legge. 35

II.

OLTRE LE MITOLOGIE GIURIDICHE DELLA MODERNITÀ

1. Mitologia giuridica come strategia vincente della modernità. 43
2. Progetto moderno del diritto e complessità dell'unitario verso giuridico 50
3. Riduzioni moderne: una visione potestativa del diritto. 55
4. Verso il recupero della complessità: la scoperta del diritto come ordinamento 58
5. Verso nuove fondazioni della positività del diritto. 64
6. Interpretazione-applicazione e nuovi confini della positività del diritto 71
7. Verso il declino della mitologia giuridica post-illuministica 75

III.

CODICI: QUALCHE CONCLUSIONE TRA UN MILLENNIO E L'ALTRO

1. Il Codice e il suo significato nella modernità giuridica. 85
2. Il Codice e i suoi caratteri storicamente tipizzanti. 99
3. Il Codice oggi: qualche considerazione dello storico del diritto. 116

IV.

LE MOLTE VITE DEL GIACOBINISMO GIURIDICO OVERO: 'LA CARTA DI NIZZA', IL PROGETTO DI 'COSTITUZIONE EUROPEA' E LE INSODDISFAZIONI DI UNO STORICO DEL DIRITTO

1. Il ruolo critico dello storico del diritto nel suo colloquio con il cultore d'un diritto vigente 127
2. Un rischio della modernità: assolutizzazioni e mitizzazioni 129
3. Una precisazione indispensabile: significati e messaggi del giacobinismo giuridico 132
4. La 'riduzione' giacobina della complessità sociale 135
5. La 'Carta di Nizza' come l'ultima *carta* dei diritti 141
6. E l'illusione d'una riduzione del diritto in *testi* cartacei 145
7. E il suo marcato individualismo: l'individuo come indubbio protagonista. 148
8. E individuo insulare 151
9. L'insufficiente disegno della dimensione collettiva del soggetto nel tessuto della 'Carta': un segno di continuità post-illuministica 154
10. E l'esigenza di un recupero: contro la monopolizzazione statuale della dimensione politica; la società intermedia come situazione autenticamente politica. 155
11. L'insufficiente disegno della dimensione sociale del soggetto. 161

V.

IL COSTITUZIONALISMO MODERNO FRA MITO E STORIA

1. Una preliminare esigenza affrancatrice 167
2. Un recupero per il diritto: società, diritto, Stato. 169

3. Il monismo giuridico moderno: l'età dell'assolutismo giuridico	172
4. Assolutismo giuridico e costituzionalismo: il costituzionalismo moderno e le sue matrici borghesi	177
5. Le 'Carte dei diritti': un costituzionalismo senza Costituzione	186
6. Un mito duro a morire: l'uguaglianza	197
7. Un mito duro a morire: la rappresentanza politica e lo svuotamento della sovranità popolare	201
8. Un mito duro a morire: la legalità	208
9. Legalità, legge, Codice: la testualità dell'imperativo giuridico	215
10. L'esilio dei fatti: l'avversione per i fatti normativi	219
11. L'esilio della interpretazione/applicazione	222
12. La riduzione delle fonti del diritto: la piramide gerarchica	227
13. Semplicismo del paesaggio costituzionale moderno: Stato/persona e individuo. L'esilio delle società intermedie	232

UN LIBRO, LA SUA INDOLE, IL SUO MESSAGGIO

Qualche nota introduttiva