

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

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

DIRETTORE
Mario Caravale

nuova serie

5

2014



JOVENE EDITORE

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

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

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

5

2014



JOVENE EDITORE

Direttore: Mario Caravale

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

Comitato direttivo: Paolo Ridola - Giuseppe Santoro Passarelli - Luisa Avitabile - Nicola Boccella - Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Andrea Di Porto Antonio Fiorella - Laura Moscati - Cesare Pinelli - Leopoldo Tullio

Comitato scientifico: Jean - Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Giovanni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) Peter Häberle (Bayreuth) - Erik Jayme (Heidelberg) - Natalino Irti (Roma) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Gilberto Lozzi (Roma) - Alessandro Pace (Roma) - Mattia Persiani (Roma) - Fabrizio Ramacci (Roma) - Jerome H. Reichman (Durhan) - Pietro Rescigno (Roma) - Stefano Rodotà (Roma) - Alberto Romano (Roma) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

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

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

Abbonamento: € 35,00

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

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

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

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

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

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

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 NATALINO IRTI
Per la ristampa di una prolusione bettiana (Roma, 15 maggio 1948)
- 11 EMILIO BETTI
Le categorie civilistiche dell'interpretazione

SAGGI

- 73 GUIDO ALPA
Appunti sulla legislazione volta a governare la crisi economica
- 87 ENZO CANNIZZARO - BEATRICE I. BONAFÈ
Gli archetipi del pensiero giuridico moderno alla prova delle forme di interazione tra ordinamenti giuridici
- 111 LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI - MARIO CARVALE
Il diritto dei giuristi: una lunga storia
- 145 ANGELO ANTONIO CERVATI
Giuliano Crifò, il diritto romano e la cultura giuridica del nostro tempo
- 171 CESARE PINELLI
Machiavelli, Guicciardini e il "governo largo"

PRESENTAZIONI E INCONTRI DI STUDIO

- 201 CARLO ANGELICI
Sull'insegnamento di Paolo Ferro-Luzzi
- 209 GIOVANNI CAZZETTA
*Unità del diritto e 'missione della scienza'.
Prolusioni nella Facoltà giuridica romana in età liberale*

- 225 GUIDO ALPA
La dialettica tra legislatore e interprete.
A proposito del volume curato da Laura Moscati

LA PENA DA BECCARIA AD OGGI

- 235 LUISA AVITABILE
Riflessioni per una 'filosofia della pena'
- 245 DANIELA CHINNICI
I 'buchi neri' nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane
- 269 FRANCESCO ZACCHÈ
Pena e 'penitenziario': sicurezza interna e garanzie europee

RECENSIONI

- 281 *Il «judicial process» di Guido Calabresi. Ancora a proposito de «Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano», Il Mulino, Bologna, 2014 (Guido Alpa)*
- 285 *Corruzione, etica pubblica e diritto penale (a proposito di un recente volume di Massimo Donini) (Francesco Palazzo)*

PROLUSIONI

Per la ristampa di una prolusione bettiana
(Roma, 15 maggio 1948)

Natalino Irti

1. La prolusione, detta nella nostra Facoltà il 15 maggio 1948 (dal voto di chiamata, 30 novembre 1946, erano trascorsi quasi due anni, segnati da cupa ostilità e settarismo politico), si apre con largo respiro filosofico. Inconsueto in discorsi accademici, che sogliono restringersi a temi di singole discipline o muovere da labili atti di fede. Betti compie una professione filosofica, che lascia scorgere l'orma dell'idealismo tedesco e della cultura romantica: c'è una 'comune umanità', una spiritualità in cui gli individui si ritrovano e riconoscono, sicché le voci del passato vibrano nel capire e sentire dell'oggi. Gli 'altri' non sono estranei al nostro spirito, ma ci parlano con parole o segni, in modo diretto o indiretto, implicito o esplicito. Vivere consapevolmente è intendere gli altri, accogliere il loro messaggio in noi e calarlo nella nostra intelligenza.

Questa assidua dialettica non percorre strade misteriose, né si consegna a oscure intuizioni, ma presuppone una '*forma rappresentativa*', che in Betti è definita come «rapporto unitario di elementi sensibili, idoneo a serbare l'impronta di chi l'ha foggiate, e la qualifica o funzione 'rappresentativa' va intesa nel senso che attraverso la forma debba manifestarsi a noi, facendo appello alla nostra intelligenza, un altro spirito diverso dal nostro e tuttavia intimamente affine al nostro». Il concetto, così determinato ed enunciato, di 'forma rappresentativa' raccoglie tutti i temi della prolusione e li raccorda al disegno di una teoria generale dell'interpretazione.

2. La 'forma' non è un dato psicologico, o un'interiore vibrazione della volontà, ma un'*oggettività* percepibile nel mondo storico. C'è in Betti il *pathos* dell'oggettività, cioè di un mondo serio e rigoroso, che non conosce sottintesi o obliquità, ma un dire e un fare percepibili e intellegibili dagli altri. La forma è garanzia di oggettività, veicolo di un 'appello', di una istanza di comprensione: 'appello' che siamo in grado di ricevere, istanza che possiamo soddisfare, perché gli altri e noi ci ritroviamo nella 'comune umanità'.

La prolusione esprime un appassionato rifiuto del solipsismo, esaltando l'intima affinità e dialogicità degli uomini. I quali non s'intendono solo con parole e segni destinati a rivelare contenuti di pensiero, ma anche per contegni pratici, modi concreti di agire, da cui si ricava lo stile di un uomo e la personalità dell'autore. Così tutta la vita – al di là dello stesso testo bettiano – acquista dignità e serietà, ed esige coscienza ininterrotta di parole e di contegni, a cui gli altri rivolgono il loro animo e nel cui significato ripongono la loro fiducia.

3. La necessità di intendere gli altri (necessità, che è anche dovere morale) è necessità di interpretarne parole e contegni. L'interpretazione – insegna Betti con impiego di una diade propria ai giuristi – è «l'azione il cui esito o evento utile è l'intendere». Si interpreta al fine di intendere; non si può intendere senza interpretare. Questo processo è comune e generale in tutti gli ambiti del conoscere umano (dalla critica d'arte alla narrazione storiografica, dall'esegesi teologica al giudizio processuale, e via seguitando): in tutti si rivela l'identica esigenza, «che parte da un *oggetto*, costituito da forme rappresentative, nelle quali lo spirito si è oggettivato, e perviene ad un *soggetto*, che è spirito attuale, vivente e pensante, spronato e mosso ad intendere da interessi della vita presente, che possono essere variamente orientati».

Il soggetto non conosce un che di estraneo al mondo umano, ma una forma creata o espressa da un altro soggetto, sicché il suo conoscere è un 'tornare a conoscere', è un 'riconoscere e ricostruire' il cammino percorso dall'altro. «Si ha così – dice Betti con accenti vichiani, che saranno più limpidi e netti in anni e pagine successivi – una *inversione* del processo creativo nel processo interpretativo: una inversione per cui nell'*iter* ermeneutico l'interprete deve ripercorrere in senso retrospettivo l'*iter* genetico e operare in sé il ripensamento».

Qui Betti pone il dualismo, o piuttosto l'antitesi, fra la *soggettività* di chi interpreta e l'*oggettiva alterità* di ciò che è interpretato. E qui si dischiudono anche due orientamenti, che si sogliono individuare e semplificare sotto i nomi di Betti e di Hans Georg Gadamer (ma *Wahrheit und Methode* verrà fuori di là da dodici anni, nel 1960).

4. La teoria bettiana ha carattere *metodologico*: non a caso la prolusione tratta delle 'categorie civilistiche dell'interpretazione', cioè dei canoni o criterî applicabili nel processo ermeneutico. O, me-

glio, *da applicare*, in modo che i risultati ne siano valutabili e controllabili.

Il punto è di eccezionale rilievo.

Se si danno criterî metodici, che vincolano l'interprete e garantiscono o secondano la correttezza dei risultati, allora questi ultimi sono *controllabili*: e così, per restare al lavoro del giurista, 'impugnabili' nelle ulteriori istanze del processo. Ogni controllo presuppone un criterio o canone, che riconduca la spontaneità soggettiva entro lo schema di un metodo.

Alla teoria metodologica si oppone l'esperienza esistenziale o esistenzialistica dell'interpretare, la quale è per l'appunto una *esperienza*, e non una dottrina o scuola di canoni. Nell'esperienza, che si esperisce e non s'insegna o impara, alterità e soggettività si immedesimano, e l'una prosegue e penetra dentro l'altra, in una 'fusione di orizzonti' sottratta ad ogni verifica e controllo. Rimangono soltanto altre e passate 'esperienze', che possono dar luogo a una qualche tradizione interpretativa e segnare una cammino per il futuro. La storia di un diritto si converte così in una catena di esperienze esistenziali.

Il giurista, pur consapevole e partecipe di così alto disputare, trova dinanzi e sopra di sé i *canoni normativi dell'interpretare* (art. 12 disp. prel. cod. civ.; artt. 1362 ss. cod. civ.): canoni, dettati al fine di vincolare l'interprete e di controllare i risultati del suo lavoro. Tutto il sistema del processo, civile e penale, amministrativo o di altro diritto, è impiantato sulla teoria metodologica; le ulteriori istanze non formano un sovrapporsi di 'esperienze', ma un ordine di controlli; e questo è un fatto, da cui non possiamo prescindere.

5. I criterî metodici dell'interpretare – criterî generali, e non proprî ed esclusivi del mondo giuridico – hanno trovato (dice Betti con linguaggio jheringhiano) il punto di 'emersione' storica nel diritto civile, come nel diritto dove più che in altri àmbiti si stringono ed intrecciano rapporti fra soggetti «posti su un piano di reciproca parità». Le 'categorie civilistiche' sono in verità categorie generali dell'interpretazione, la quale vede in ogni fenomeno dell'intendere l'ardua dialettica fra oggettività del testo altrui e soggettività dell'interprete. Onde i criterî metodici attengono all'uno o all'altro profilo.

Viene dapprima quello che Betti denomina 'canone dell'*autonomia* ermeneutica o canone dell'immanenza del criterio ermeneutico',

ed è enunciabile nel ditteo «*sensus non est inferendus, sed efferendus*». La forma rappresentativa, che ci è dinanzi, risponde ad un'interiore legge di coerenza e razionalità, sicché il significato deve esserne ricavato ed estratto, e non introdotto dall'esterno in modo obliquo e surrettizio. L'oggettività va rispettata in sé, e non utilizzata e piegata a scopi esterni e accidentali.

Fondamentale è poi il 'canone della *totalità e coerenza*', anch'esso consegnato a un testo antico e celebre del giurista Celso: «*incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere*». Il tutto e la parte, la legge e il singolo articolo, il contratto e le varie clausole, si implicano e richiamano nel 'circolo di reciprocità ermeneutica'; l'intero non può intendersi senza il significato degli elementi, né questi fuori dall'intero in cui confluiscono e si dispongono. E se gli zelanti ermeneuti gadameriani non si stancano di ricantarci l'importanza e il vincolo dei 'pre-giudizi', di valutazioni d'insieme che stanno prima dell'analisi testuale e la orientano verso uno o altro esito, lo stesso Betti non nasconde la necessità di una comprensione '*provvisoria*', che, posta all'inizio del processo interpretativo, «si va perfezionando, correggendo e integrando, col crescente estendersi del discorso di cui l'interprete prende possesso, per modo che solo alla fine gli elementi singoli, tutti insieme abbracciati, risultano quasi di colpo messi in piena luce e rappresentati in precisi e perspicui contorni». Qui l'intendere non è un presupposto, ma un risultato conclusivo, che convalida o corregge o integra la comprensione 'provvisoria'.

6. Governa l'altro termine della dialettica interpretativa il 'canone dell'*attualità* dell'intendere', per cui la forma rappresentativa, proveniente dal passato, è da noi rivissuta, risolta nel nostro animo, trasposta all'interno della nostra spiritualità. L'intendere sorge da un *interesse dell'oggi*, che immerge il passato nella storicità dell'interprete. Le categorie mentali del soggetto non alterano l'autonomia dell'oggetto, ma recano un essenziale e insopprimibile contributo al processo interpretativo: «Solo così – osserva Betti – si spiega la mutevole vicenda storica delle concezioni interpretative di un medesimo oggetto».

Quarto ed ultimo è ancora un criterio attinente al soggetto, e da Betti denominato «canone dell'*adeguazione dell'intendere* o canone

della *corrispondenza* o *consonanza* ermeneutica», «per cui l'interprete deve sforzarsi di mettere la propria vivente attualità in intima adesione e armonia con l'incitamento che – secondo la calzante immagine di Humboldt – gli perviene dall'oggetto, per modo che l'una e l'altro vibrino in perfetto unisono». Si tratta, non tanto di un canone, che si aggiunga e sommi agli altri, quanto d'un atteggiamento spirituale, che tutti li raccoglie ed esprime. Adeguarsi e consonare significa spogliarsi di pregiudizî e abiti mentali, un aprirsi libero e franco all'alterità, una sorta di 'abnegazione di sé' entro la forma rappresentativa, da cui ci giunge l'appello dell'intendere.

7. Svolta l'analisi delle categorie civilistiche, le pagine di Betti si allargano a temi di teoria generale dell'interpretazione, in primo luogo segnando la differenza fra l'interpretare dello storico e l'interpretare del giurista. Fenomeni, che sembrano identici nel loro conoscere forme rappresentative del passato e nel ricondurle all'attualità dell'interprete. Ma – osserva Betti – il giurista, come interprete di un diritto in vigore, *va oltre*, compie un passo avanti, non si tiene alla pura ricognizione del significato; egli adempie una 'funzione normativa': «la funzione cioè di desumerne [dalla norma] in definitiva massime di decisione e di azione pratica (ancorché non immediata), da osservare e da applicare». Lo storico – potrebbe semplificarsi e riassumersi – mira ad un puro conoscere; il giurista *conosce per decidere*, nel senso o di comporre autoritativamente un conflitto o di apprestare criterî di azione pratica. Onde si dà un circolo produttivo tra legge e interpretazione: un circolo, «che fa della giurisprudenza, teorica e pratica, il complemento necessario della legislazione, e dell'una e dell'altra fa gli elementi indefettibili di quello che in una società, in un paese, è il diritto veramente vivo e vigente».

8. L'orizzonte bettiano si fa ancora più arioso e disteso nel tratteggiare l'interpretazione in funzione riproduttiva o rappresentativa, là dove un *intermediario* (che sia attore drammatico o traduttore, esecutore musicale o dicitore) s'interpone tra l'autore di un testo e un pubblico interessato a intenderlo.

Qui la funzione è «*transitiva e sociale*, in quanto presuppone un pubblico, visibile o invisibile, a cui rivolgersi», ed esige che l'originaria forma rappresentativa sia sostituita da altra «equivalente, dotata di una efficacia comunicativa idonea a farne intendere il senso».

Sono le pagine, in cui viene in rilievo la ‘fedeltà’ dell’interprete: problema, comune ad ogni tipo di interpretazione – che sempre conosce l’antinomia fra rispetto per l’oggettività della forma e spontaneità del lettore –, ma che qui si anima e colora di tratti più incisivi. E Betti vi profonde la sua immensa cultura, la assidua attenzione per il teatro drammatico e la musica (unici e solitari sviamenti, secondo ciò che leggiamo in *‘Notazioni autobiografiche’*, nella sua studiosa giovinezza e nella maturità accademica).

9. La prolusione bettiana – che, in codesto slargarsi a tutti gli ambiti spirituali e nel conclusivo delineare una teoria ermeneutica generale, forse perde la serrata unità dell’esordio – la prolusione, dicevamo, si chiude con pagine di singolare importanza e di alta moralità.

Particolare rilievo ha per il giurista l’analisi della ‘interpretazione tecnica in funzione storica’, «tendente cioè a ravvisare nelle diverse configurazioni della civiltà la soluzione di un problema morfologico o tecnico, ancorché non consapevolmente affacciato da chi ne fu l’autore». Qui Betti, respinto lo storicismo crociano, che isola le singole opere nella loro irripetibile unicità e dissolve nel giudizio qualsiasi tecnica impiegata per elaborarle e costruirle, si fa tenace sostenitore di ‘leggi di tendenza’, ravvisando «nelle svariate opere di pensiero e di azione la soluzione di problemi, che in senso ampio possono qualificarsi tecnici».

Così i cultori delle diverse discipline, nel ripercorrere e ricostruire gli ambiti dell’umana civiltà (dall’arte al diritto, dagli istituti economici alle forme organizzative del convivere, e via seguitando), utilizzano tipi e schemi interpretativi, che individuano i problemi e ne studiano le tecniche di soluzione. Ritornando alla prospettiva svolta nella celebre prolusione milanese del 1927, Betti scrive che «serve un’interpretazione tecnico-giuridica, operante con gli strumenti concettuali della dogmatica, e fare la storia del diritto secondo la logica interna degli istituti e dei principi». La storia del diritto, al pari della storia di altre configurazioni umane, non si scompone in frammenti, in capitoli solitari chiusi in se stessi, ma si svolge intorno a tendenze, a linee di formazione e di sviluppo, che ne ricordano le singole fasi e ne spiegano il reciproco significato.

10. Le ultime pagine della prolusione tornano al tema d’esordio: il ‘beneficio morale’, l’abito di tolleranza, il rispetto per le opinioni

diverse, il ‘senso storico e il gusto dell’umana equanimità’, quali la teoria ermeneutica può destare e educare in tutti. Betti si spinge fino a richiamare la massima evangelica di Luca (VI, 37-38, 41-42): «*nolite iudicare, et non iudicabimini*».

Vibra in Betti, così severo nell’esercizio della dogmatica giuridica e fermo per stile di vita e ordine morale, quasi un sentimento doloroso della storia, di questo tramontare e risorgere di istituti e forme, «secondo che in esse lo spirito attuale avverta una catena che lo imprigiona, lo appesantisce e lo inceppa, ovvero una potenza che lo promuove, lo solleva e lo innalza».

Sicché il discorso si affida da ultimo al «detto di profonda saggezza: *nemo contra Deum, nisi Deus ipse*’: soltanto lo spirito abbatte lo spirito; ma lo spirito che abbatte, è, insieme, uno spirito che suscita: *‘concussus surgit’*». Il giovane lettore, che non abbia ascoltato la voce del maestro (quella voce, che risuonava nell’umile cella, assegnatagli dai colleghi di Facoltà, e sempre ritorna nel nostro cuore di allievi), non si lasci intimidire dalle note dense di citazioni italiane e tedesche, non si disperda in viottoli laterali e secondarî, ma colga e serbi in sé il gusto di questa ‘lotta senza posa’, di questo dialogo con il passato, il quale non rinuncia a se stesso e tuttavia ci chiede di farlo nostro e di convertirlo nell’oggi della nostra vita*.

* La prolusione fu data in istampa sulla *Rivista italiana per le scienze giuridiche* del 1948, 31 ss. Il corso di diritto civile, svolto dal 25 novembre 1948 al 28 maggio 1949, fu pubblicato, per i tipi della Casa Giuffrè, nello stesso 1949 sotto il titolo *‘Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (teoria generale e dogmatica). Nel medesimo anno la *Riv. internaz. fil. dir.* ospitò il saggio «*Posizione dello spirito rispetto all’oggettività: prolegomeni a una teoria generale dell’interpretazione*». Il cammino di pensiero è tracciato nella ‘prefazione’ alla *‘Teoria generale dell’interpretazione’*, I, Milano, 1955, VII-X, che anche riproduce i ‘prolegomeni’. Ulteriori svolgimenti sono ricostruibili mercé le amorevoli rassegne bibliografiche di Giuliano Crifò (in *BIDR*, 1967, 309 ss.; *Lura*, 1969, 697 ss.), curatore nel 1990 di una ‘edizione corretta e ampliata’ della *‘Teoria generale’* (la ‘eroica autotraduzione tedesca’ – sono parole del Crifò – ne era apparsa nel 1967). Su questa seconda edizione è da vedere la nobile recensione di Luigi Mengoni, ricostruttore acuto della disputa con Gadamer, che considera Betti «l’ultimo grande dotto di una generazione di studiosi irripetibile» (in *Studia et documenta historiae et juris*, 1991, 326). Emilio Betti, nato a Camerino il 20 agosto 1890, si spense nella campagna marchigiana l’11 agosto 1968.

Una teoria particolarmente adatta ad educare nei giovani l'abito della tolleranza e il senso del rispetto verso le opinioni altrui, è la teo-

* Prolusione al corso di diritto civile pronunciata il 15 maggio 1948.

Signori,

Nel salire questa cattedra, illustrata dalla sapienza di un grande predecessore, Giuseppe Messina, adempio anzitutto il gradito dovere di tributare un reverente saluto al degno rappresentante dell'università, il prof. Cardinali, che fu già mio maestro all'università di Bologna, e di esprimere la mia profonda riconoscenza ai colleghi insigni che in questa cattedra mi chiamarono, per il voto sereno e scevro di preoccupazioni estranee, che essi formularono il 30 novembre 1946. Con essi colleghi sento di aver comune l'ideale degli uomini di pensiero, non sempre condiviso dagli uomini d'azione: ideale, per il quale mi sia lecito, oggi, fare una solenne professione di fede. Rivendichiamo all'insegnante e all'educatore la libertà di manifestare il proprio pensiero: libertà, che qui, come altrove, intendiamo con Montesquieu (*Esprit*, XI, 3) quale potere di fare ciò che la nostra coscienza morale ci addita come dovere, e assenza di ogni costrizione a fare ciò che la nostra coscienza riprova. Dovere dell'insegnante e dell'educatore è quello di dire la verità secondo sua scienza e convinzione. La libertà che noi gli rivendichiamo, è per l'appunto la libertà corrispondente a tale dovere, che è poi la sua missione. Né accuse di eresia, né denunce o persecuzioni di potenti debbono (così crediamo) valere a disanimarci nell'onesto coraggio** di dire la verità come la intendiamo, e a farci comunque deviare dalla diritta linea di condotta e di responsabilità segnataci dalla nostra missione. Siamo, d'altronde, ben consapevoli che la verità non è né un dato di natura, che si tratti solo di percepire e di registrare *ab extra*, né moneta coniata, che si tratti di contare e mettere in circolazione¹, ma è un valore che la nostra mente è chiamata a scoprire e a costruire nella sua sublime oggettività². Siamo, per conseguenza, ben consci di poter fallire, coi nostri mezzi, nell'assolvere l'arduo compito, ben consci che la verità non può essere un possesso definitivo, e tanto meno il monopolio o l'esclusività di alcuno, bensì è la mèta di un'aspirazione, che è perenne, perché mai pienamente appagata^{2a}, che è co-

** N. HARTMANN, *Ethik*, 395 sg.

¹ HEGEL, *Phänomenologie d. Geistes* (Lasson), 26.

² KANT, *Kritik d. reinen Vernunft*, 2^a ed., 82, definisce la verità quale corrispondenza concordanza o congruenza (*Uebereinstimmung*) della conoscenza col suo oggetto. Se dunque non il contenuto per sé costituisce la verità, bensì la concordanza del nostro concetto con esso, non si dovrebbe disconoscere la stretta attinenza della verità con la sintesi a priori, di cui Kant è lo scopritore (di qui la critica a lui mossa da HEGEL, *Logik*, III, 27-28; 231; A. MEUSEL, *Hegel u. d. Problem d. phil. Polemik*, 1942, 169-71.

^{2a} GIOACHINO DA FIORE, *Prologo alla expositio in apocalypsim*, 2 d (cit. in Grundmann, 155): qui querunt que sua sunt invenire nequeunt veritatem... BLONDEL, *L'action*, 1893, 340; 352.

ria dell'interpretazione, che abbiamo scelta ad oggetto del breve corso di quest'anno. Tenteremo qui di segnalare quelle categorie civilistiche che ci sembrano più istruttive al riguardo e di offrire il quadro di una teoria generale.

Ovunque ci troviamo in presenza di manifestazioni oggettive, attraverso le quali un altro spirito parla al nostro facendo appello alla nostra intelligenza, ivi entra in movimento la nostra attività interpretativa per intendere qual senso abbiano quelle manifestazioni, che cosa esse ci vogliano dire. Dal vivo e labile discorso parlato all'immobile documento e monumento, dalla scrittura al segno convenzionale, alla cifra e al simbolo artistico, dal linguaggio articolato, poetico, narrativo, deduttivo, al linguaggio non articolato come quello figurato o quello musicale, dalla dichiarazione al comportamento singolo, dalla fisionomia alla linea di condotta complessiva^{3a}, tutto quanto dall'altrui spirito ci provenga, rivolge un appello e un richiamo alla nostra sensibilità e intelligenza per essere inteso. Certamente non dovremo confondere i vari piani e le diverse dimensioni, nelle quali queste oggettivazioni dello spirito ci si presentano. Dovremo, anzi, tenere accuratamente distinto il linguaggio dai suoni che lo incarnano e dai segni che lo fissano, tener distinta – specie noi giuristi – la dichiarazione dal documento che serve a rappresentarla e ad identificarla in ordine sia alla comunicazione sia alla certificazione. Dovremo, in genere, guardarci bene dal confondere il sostegno o strumento materiale percettibile, che – labile o durevole che

mune, perché tale che da essa nessun essere umano, per nessuna ragione, deve essere escluso. Consapevoli di tutto ciò, noi respingiamo siccome assurda e oltraggiosa, da qualunque parte vengo, ogni pretesa di monopolizzare per sé la verità, come la morale. Respingiamo siccome immorale ogni forma d'intolleranza che neghi agli altri la libertà di manifestare un pensiero divergente e magari opposto^{2b}. Ben lontani dal fare la voce grossa, accusando di cecità mentale o morale chi sostiene vedute opposte alle nostre, noi rifuggiamo da ogni supino o farisaico conformismo e crediamo fermamente al beneficio della discussione obbiettiva e della serena polemica, quale strumento di reciproca illuminazione. In tutti i campi del pensiero e soprattutto nel processo dialettico della conoscenza scientifica³. Questa è la nostra professione di fede.

^{2b} GOETHE, *Lett. a Knebel* del 9. Nov. 1814; NIETZSCHE, *Wanderer*, 284.

³ Su ciò il cit. libro del MEUSEL, spec. 56, 60 sg., 185 sg.; HEGEL, *Phänom.*, 26 sg.

^{3a} «Haltung» nella terminologia del ROTHACKER, *Geschichtsphil.* (1934), 16 sgg., 82 sgg.; TRIEPEL, *Stil des rechts* (1947), 62 sg.

sia – appartiene alla dimensione del mondo fisico, dalla dotazione spirituale ad esso affidata, quasi veicolo, in esso, per così dire, trattenuta, incorporata e fissata: dotazione, il cui contenuto di spirito e di pensiero appartiene ad una dimensione radicalmente diversa da quella del mondo fisico⁴.

Ma d'altro canto e altrettanto decisamente manterremo sempre (contro una ognora risorgente opposta prevenzione) questo punto fermo: che interpretazione non può darsi se non in presenza di una *forma rappresentativa* – dove la parola «forma» va intesa nel senso amplissimo, delineato dal mio caro e compianto amico Adelchi Baratonno⁵, di rapporto unitario di elementi sensibili, idoneo a serbare l'impronta di chi l'ha foggiate, e la qualifica o funzione «rappresentativa» va intesa nel senso che attraverso la forma debba manifestarsi a noi, facendo appello alla nostra intelligenza, un altro spirito diverso dal nostro e tuttavia intimamente affine al nostro. Solo per il tramite di forme rappresentative, così concepite, gli uomini prevengono a intendersi fra loro e a costituire, nei rapporti reciproci, comunioni di spiritualità^{5a}. Sarebbe tuttavia un ricadere nel pregiudizio materialistico ora deprecato concepire quelle forme, in specie le dichiarazioni, come una sorta d'involucro o di imballaggio, con lo scambio del quale si opererebbe qualche cosa come una trasmissione e ricezione del pensiero, che vi si troverebbe racchiuso⁶. In verità gli uomini non pervengono a intendersi con lo scambiarsi segni materiali delle cose né col determinarsi per uno scambievole automatismo a

⁴ Può sembrare superfluo insistere qui su una distinzione così elementare, se non fosse che un ricorrente pregiudizio materialistico induca ancora taluno a confondere per es. la dichiarazione col documento in cui è incorporata: così SCHLOSSMANN, *Irrtum*, 33, che caratterizza la dichiaraz. legislativa quale «Kombination von Papier und Drucker-schwärze» [cfr. HECK, *Gesetzesausleg.*, 135]; R. SACCO, *Concetto di interpretaz.*, 1947, 59, «ovviamente» (!); FRIEDRICH, *D. allgemeine Teil d. Rechts*, 1927, 123-189, che parla sempre di «Urkunde». Cfr. per la lingua, HUMBOLDT, *Werke*, VI, 120.

⁵ *Il mio paradosso*, dal vol. *Filosofi italiani contemporanei*, 1947, estr. 24 sg. Cfr. per es. HANSLICK, *Vom. Musikalisch-Schönen.*, 6^a ed., 1881, 64, 78. Nel campo del dir. è merito del CARNELUTTI, *Sistema d. dir. proc. civ.*, II (1938), n. 456-58, p. 159-168, aver elaborato la nozione della forma come categoria generale; v. anche nostra *Teoria gener. d. negozio giur.*, n. 10: 81 sg.

^{5a} T. WACH, in «Festschr. Goetz»: *Kultur- u. Universalgesch.* 1927, 380 n. 1: «die Form, ohne die keine Mitteilung möglich wäre, die also alle Gemeinschaft bedingt». DILTHEY, *Ges. Schr.* V, 318.

⁶ Cfr. CARNELUTTI, *Teoria gener. d. dir.*, 1^a ed. n. 150: 386; 2^a ed. n. 119: 268.

produrre proprio la medesima idea, bensì col mettere in moto reciprocamente ciascuno il medesimo anello della catena delle proprie rappresentazioni o concezioni, e – diremmo con G. Humboldt⁷ – col toccare in ciascuno la medesima corda del proprio strumento spirituale come per intonare un accordo, per modo da suscitare e risvegliare negli altri idee corrispondenti a quelle di chi parla. Insomma (ben fu detto)⁸ le porte della mente non si aprono che dal di dentro, per interiore spontaneità, e ciò che si riceve è solo l'incitamento a vibrare in armonia con lo stimolo in funzione del suo valore significativo o semantico^{8a}. Del resto, l'interpretazione non presuppone di necessità che il pensiero sia stato manifestato con un fine rappresentativo o con un interesse dipendente dalla vita di relazione. Anche una manifestazione scevra di tale interesse e un comportamento non diretto di per sé a manifestare un pensiero⁹ possono essere oggetto d'interpretazione, in quanto si tratti di ricavare da quella manifestazione il valore espressivo che le è proprio, il suo stile d'arte o di vita, o rispettivamente si tratti di desumere da questo comportamento una presa di posizione o un orientamento, vale a dire il modo di concepire e di valutare cui esso si dimostra oggettivamente informato. In particolare, in ogni forma di attività pratica è insito un valore rappresentativo implicito, ossia sintomatico, in quanto se ne possa desumere, per illazione indiretta, un indice della personalità agente, un suo modo di concepire e d'intendere, che – per l'interprete – si tratti di rappresentare esplicitamente, riflettendovi sopra. Una illazione di tal genere potrà riuscire difficile, o persino impossibile, per un singolo atto pratico, quando non se ne conoscano le circostanze né gli antecedenti né gli atti conseguenti che con quello formano gli anelli

⁷ *Werke*, ed. Leitzmann, VII, 170; cfr. HEGEL, *Werke* (ed. 1841), V, 187; MEUSEL, *H. u. d. Probl. d. phil. Polemik*, 1942, 40; JHERING, *Geist*, II, 444 sgg.; STEINTHAL, *Einführung in d. Psychol. u. Sprachwiss.*, 1871, I, n. 512; DEGNI, *Interpr.*, 2^a ed., 242 sg.

⁸ Dal CARNELUTTI, *Teoria gener. d. dir.*, 1^a ed., § 148: 376; cfr. 2^a ed., § 116: 264 sg.

^{8a} HUMBOLDT, *Werke*, VII, 50 sg.; HARTMANN, *Problem d. geist. S.* 394-96. Luminosa la formulazione di Goethe, n. lettera al Zelter del 7 novembre 1816: «freilich erfahren wir erst im Alter, was uns in der Jugend begegnete: wir lernen und begreifen ein für allemal nichts! Alles, was auf uns wirkt, ist nur *Anregung*, und Gott sei Dank, wenn sich nur etwas regt und klingt». Cfr. HARTMANN, *op. c.*, 232: Eingang finden.

⁹ Cfr. T. WACH, *Verstehen.*, n. 16, che distingue sotto questo profilo «Ausdrucksinn» e «Bedeutungssinn»; LITT, *Individuum und Gemeinschaft*³, 182 sgg.; HARTMANN, *Problem d. geist. Seins*, 216 sg.; KAHLER, *Deut. Charakt.* 13.

d'una catena; ma quando essi si conoscano, ecco presentarsi possibile un riferimento a quel tutto che è la personalità dell'autore.

L'interesse a indagare l'implicito valore rappresentativo di comportamenti pratici sorge con particolare intensità nel giurista e nello storiografo, naturalmente con una differenza d'indirizzi che è determinata dal diverso ufficio dell'uno e dell'altro. Nel giurista l'interesse sorge massimamente in ordine all'interpretazione di usi e consuetudini, di prassi costituzionali e amministrative¹⁰, di negozi giuridici, dei quali i comportamenti in questione costituiscono la fattispecie o elementi integranti o chiarificatori, ossia indici di un modo di vedere, e pertanto di un'interpretazione autentica, che gli stessi autori danno col fatto al precetto da loro posto in essere^{10a}. Nello storiografo un interesse analogo, ma diversamente orientato, nasce dal fatto che gli atteggiamenti pratici, per la stessa assenza di una consapevole finalità rappresentativa, sono gli indici o sintomi più genuini e sinceri che denunciano la mentalità degli autori: in lui nasce l'interesse in ordine al compito di ricostruire dalla linea di condotta effettivamente tenuta il reale modo di concepire e d'intendere problemi, la cui enunciazione teorica può essere infirmata dall'interferenza di tendenze deformanti e da un interesse alla insincerità. Si noti bene, però, che anche nei casi ora detti, oggetto d'interpretazione è pur sempre l'oggettiva manifestazione di un pensiero che si denuncia in un atteggiamento pratico: giacché questo vien valutato come rappresentazione indiretta, ossia implicita, di un dato modo di pensare; onde esso atteggiamento, considerato sotto il profilo di questo suo valore sintomatico, può ben qualificarsi come una forma rappresentativa nell'ampio significato di oggettivazione dello spirito, da noi testè accolto. C'imbattiamo qui (nel campo ermeneutico) in una distinzione basata sul criterio del carattere diretto o indiretto, esplicito o implicito, della funzione rappresentativa attribuita alla forma: distinzione, che per l'identità del criterio ritorna in termini perfettamente analoghi in altri campi. Così nel campo dei negozi e atti giuridici si è da lungo tempo intuita dai civi-

¹⁰ Cfr. HATSCHKE, *Englisches Staatsrecht*, II, 1906, 638 sgg.; SAVEKOULS, *Das englische Kabinettsystem*, 1934.

^{10a} Su questo carattere degli usi interpretativi, OPPO, *Profili di interpretazione oggettiva*, 82 sg. Degna d'attenzione è la norma dell'art. 1362 capov. e civ. Anche i comportamenti illeciti, in quanto manifestano un orientamento mentale e morale, formano oggetto di una interpretazione psicologica che interessa il giurista (Fr. SCHREIER, *Die Interpr. der Ges. u. Rechtsgesch.*, 1927, 84-85).

listi la distinzione fra dichiarazione e contegno concludente¹¹; nel campo delle prove si è intuita dai processualisti l'analogia distinzione fra prova rappresentativa (storica) e prova critica (indiziaria); nel materiale che è fonte della cognizione storica è stata delineata dagli storiografi la differenza tra fonti rappresentative tramandate dalla trattazione scritta, orale o figurativa, e sopravvivenze, vestigi o rudimenti superstiti dell'età studiata, caratterizzati, questi, dall'assenza di una consapevole destinazione alla funzione rappresentativa e inoltre dalla correlazione che lega il frammento al tutto dell'età passata, della quale è indice di ricognizione¹².

Contro un equivoco abbastanza diffuso specie tra noi giuristi, non si insisterà mai abbastanza sul punto che nei comportamenti pratici, non meno che nelle dichiarazioni, oggetto d'interpretazione non è la «volontà» come tale, ma sempre soltanto la forma, in cui essa si è esplicata ed attuata: ciò che si è fatto o ciò che si è detto¹³. La «volontà» potrà essere e sarà, come il senso logico o estetico, ciò che viene ricavato dall'atteggiamento pratico per mezzo dell'interpretazione, quindi non già l'oggetto di questa, ma un suo risultato, ossia una mèta dell'accertamento ermeneutico. Quando, perciò, si parla, come spesso accade, d'interpretare la «volontà», o si allude all'esito del processo interpretativo e si usa una frase che è impropria, perché scambia l'azione con l'evento, o si allude all'oggetto, e si adotta una formola che è equivoca, perché anziché alla volontà al-

¹¹ Nostra *Teoria d. negozio giuridico*, n. 14; n. 11 e 3 cfr. *Diritto processuale civile*, 434, n. 32; MANIGK, *Willenserklärung u. Willensgeschäft*, 425; SCHREIER, *Interpr.*, cit., 136-57, 88.

¹² DROYSEN, *Historik*, 1937, 37 sg., 62, 65; BERNHEIM, *Lehrb. d. histor. Methode*, 6^a ed., 1908, 255-58, 466-7, 470-71; 503-4, 569; ALBERS, *Man. d. propedeut. stor.*, 1909, 62 sgg., 81-2. Non bisogna, tuttavia, dimenticare la essenziale relatività della funzione rappresentativa: su di essa DROYSEN, *Historik*, 51, 60, 54; CARNELUTTI, *Lezioni dir. proc. civ.*, II, n. 150. Piuttosto confusa è la nozione generica di «documenti», che propone il CROCE, *Storia come pens. e come azione*, 1938, 109-110. Illuminante è la sintetica enunciazione di Goethe n. lett. allo Schubarth del 3 aprile 1818: «alles was geschieht, ist Symbol, und indem es vollkommen sich selbst darstellt, deutet es auf das übrige». Sul simbolo, TRIEPEL, *Still del Rechts*, 142-147; JHERING, *Geist.*, II, 2, 506 sgg.; GUNDOLF, *Goethe*, 23. Cfr. DILTHEY, *Schriften*, VII, 232 sgg. (Bedeutung).

¹³ Contro il pregiudizio volontaristico v. da ultimo TITZE, in *Zschr. f. ausländisches u. internat. Privatrecht*, XIII, 1941, 980, nella recensione a GRASSETTI, *Interpr.*, 1938; SCHREIER, *Interpr.*, 56; cfr. BÜLOW, *Geständnisrecht*, 128 sg.; FRIEDRICH, *D. allgemeine Teil d. R.*, 162-63; 177.

lude ellitticamente alle sue oggettive esplicazioni nella vita sociale, o, se per «volontà» intende in senso proprio una pura entità psicologica interna, induce a pensare che l'interpretazione possa fare a meno d'una forma rappresentativa: il che è assurdo.

Più difficile è che un analogo equivoco sorga in altri campi, diversi da quello del diritto, dove l'interpretazione è chiamata a svolgere il suo compito. Le opere d'arte e di poesia che lo spirito umano ha concepito e creato, le svariatissime forme che il pensiero e la mano dell'uomo hanno foggiate e modellato – una specie di *aerugo nobilis*, che si è diffusa man mano su questa terra –, le sopravvivenze e i rudimenti superstiti del passato dell'umanità, sono tutte oggettivazioni dello spirito, le quali, come vennero in origine impresse o configurate da uno spirito vivente e pensante, così fanno assegnamento sopra uno spirito capace d'intenderne il senso, che nel presente le ritrovi, le riconosca e le risusciti, animandole della sua stessa vita¹⁴.

Che poi la oggettivazione nello spirito abbia impresso la sua impronta sopra una materia durevole per il tramite della quale si sia conservata, o che – labile di per sé, come sono in genere i comportamenti pratici – sopravviva solo nel ricordo o nella tradizione^{14a}, non importa una differenza essenziale: nell'una e nell'altra ipotesi l'interprete si trova sempre dinanzi forme rappresentative, dirette o indirette, immediate o mediate, di primo o di secondo grado. Non su siffatte differenze preme qui richiamare l'attenzione, ma su quanto vi ha di comune nel processo interpretativo, sui tratti costanti che questo processo presenta, pur nella varietà di atteggiamenti e di sfumature che esso assume e deve assumere, conforme alle esigenze dell'oggetto da interpretare e in funzione degli scopi e problemi che deve proporsi.

Il processo interpretativo, in generale, risponde al *problema* epistemologico *dell'intendere*. Utilizzando qui la nota distinzione fra azione ed evento, possiamo provvisoriamente caratterizzare l'interpretazione come l'azione il cui esito od evento utile è l'intendere. Per comprendere l'unità del processo interpretativo bisogna risalire al fenomeno elementare dell'intendere che si opera attraverso il linguag-

¹⁴ Cfr. DROYSEN, *Historik*, § 7: 328; § 51: 347; cfr. J. WACH, *Verstehen*, III, 162, n. 2.

^{14a} Su questa differenza richiama l'attenzione già il DROYSEN, *Historik*, 187, 273 sg.; poi il FREYER, in «Festschr. Goetz», 1927, 494-96.

gio. Questo fenomeno – analizzato con insuperata chiarezza da Gugl. Humboldt¹⁵ – ci mostra che il linguaggio da altri adoperato non può essere da noi ricevuto così, bell'è fatto, come qualcosa di corporale, bensì accolto come un richiamo e un incitamento alla nostra intelligenza, come un'esigenza di ritradurre, ri-creare dal di dentro e riesprimere in noi, con le nostre categorie mentali, l'idea che esso suscita e rappresenta. Orbene riteniamo che l'osservazione di Humboldt possa essere generalizzata. Il processo interpretativo, in quanto risponde al problema dell'intendere (com'è posto da Humboldt) è unico e identico ne' suoi elementi fondamentali, non ostante il necessario differenziarsi delle sue applicazioni. Si tratta sempre di un'esigenza che sollecita la spontaneità spirituale di chi è chiamato ad intendere e che non può essere soddisfatta senza la sua attiva *collaborazione*¹⁶. Esigenza, che parte da un *oggetto*, costituito da forme rappresentative, nelle quali lo spirito si è oggettivato, e perviene ad un *soggetto*, che è spirito attuale, vivente e pensante, spronato e mosso ad intendere da interessi della vita presente, che possono essere variamente orientati. Questi due termini del processo, soggetto e oggetto, sono gli stessi due termini che si rinvergono in ogni processo conoscitivo; ma qui essi appaiono caratterizzati da particolari qualifiche date dal fatto che non si tratta di un oggetto qualunque, ma, per l'appunto, di oggettivazioni dello spirito, e che qui il compito del soggetto consiste nel tornare a conoscere, nel riconoscere in quelle oggettivazioni, il pensiero animatore, nel ripensare la concezione, o nell'evocare l'intuizione che vi si rivela¹⁷. Qui, insomma, il conoscere è un riconoscere e ricostruire lo spirito che, attraverso le forme nella sua oggettivazione, parla allo spirito pensante, il quale si sente ad esso affine nella comune umanità^{17a}: è un ricondurre e ri-

¹⁵ *Ueber die Verschiedenheit d. menschl. Sprachbaues*, 1827-29, in *Werke*, ed. Leitzmann, VI, 121 sg., 177; id. 1830-35, ivi VII, 56 sg., 177.

¹⁶ Cfr. da ultimo CARNELUTTI, *Teor. gen. dir.*, 1^a ed., n. 148: 376; 2^a ed., n. 171: 356.

¹⁷ Cfr. BOECKH, *Encykl. u. Method. d. philolog. Wiss.*, 2^a ed., 1886, 10, 20: dove, però, il *Wissen* (10 sg., 16, 56, 257), che è oggetto del riconoscere è da intendere come attività teoretica del concepire e rappresentare, che si è esplicata nella creazione della forma rappresentativa. Cfr. HUMBOLDT, *Werke*, VII, 63. Steinthal, in uno scritto del 1880 richiamato in BERNARDINI-RIGHI, *Concetto di filologia*, 554; BLASS, in *Handb. d. Klass. Alt. Wiss.*, I, 1892, 165; BERNARDINI-RIGHI, ivi, 608.

^{17a} Cfr. SPINOZA, *Ethica*, IV, 29: *res quaecumque nostram agendi potentiam nec iuvare nec coercere potest, nisi commune aliquid nobiscum habeat*. Sulla comune umanità

congiungere quelle forme alla interiorità che le ha generate e dalla quale si sono staccate, un interiorizzarle, trasponendone tuttavia il contenuto in una soggettività diversa da quella loro originaria¹⁸. Si ha così una *inversione* del processo creativo nel processo interpretativo: una inversione per cui nell'*iter* ermeneutico l'interprete deve ripercorrere in senso retrospettivo l'*iter* genetico e operarne in sé il ripensamento¹⁹.

Ora il punto delicato di siffatta inversione sta nell'accennata *traspunzione* in una soggettività diversa da quella originaria. Di qui, invero, nasce l'antinomia di due esigenze, alle quali l'interpretazione deve del pari obbedire. Dall'un canto, si pone all'interprete un'esigenza di *oggettività*, in quanto la riproduzione, il ripensamento, deve essere il più possibile aderente e fedele al valore espressivo della forma rappresentativa che si tratta d'intendere: un'esigenza, pertanto, di subordinazione. Ma d'altronde tale oggettività non è attuabile se non attraverso la *soggettività* dell'interprete, mercé la sua sensibilità di quel valore espressivo e la sua capacità di risalire ad un grado di consapevolezza che ad esso si adegui. Vale a dire: l'interprete è chiamato a rinnovare e riprodurre l'altrui pensiero dal di dentro, come qualcosa che diventa proprio; ma, sebbene divenuto proprio, deve in pari tempo porsi di contro siccome un che di oggettivo e di altro²⁰. Sono fra loro in antinomia, dall'un lato, la soggettività inseparabile dalla *spontaneità* dell'intendere, dall'altro, l'oggettività, per così dire l'*alterità* del senso che si tratta di ricavare. Si vedrà nel corso come da quest'antinomia scaturisca tutta la dialettica

quale presupposto di possibilità dell'intendere: W. HUMBOLDT, *Werke*, VII, 56, 57, 63; VI, 176, 177; DILTHEY, *Ges. Schr.* VII, 191 sg.; FREYER, in «*Kulturgesch.*» (Festschr. Goetz) 1927, 486; BERNHEIM, *Histor. Methode*, 6^a ed., 114, 192 sg., 575, 606 sg.; Ast, in WACH, *Verstehen*, I, 39 sg.; BERNHARDY, in WACH, *Verst.* III, 259, n. 3.

¹⁸ DILTHEY, *Beiträge zum Studium d. Individualität*, in *Ges. Schr.*, V, 263-65; inoltre, VII, 136, 193, 224 sg.; SIMMEL, *Probleme d. Geschichtsphil.*, 4^a ed., 1922, 39-41; N. HARTMANN, *Problem d. geist. Seins*, 1933, 393 sgg., 415 sgg.; CROCE, *La poesia*, 1936, 2^a ed., 1937, 72, 260, 83 sg.

¹⁹ SCHLEIERMACHER, *Hermeneutik und Kritik*, in *Werke*, I Abt. VII, 10; BOECKH, *Enc. u. Method.*, 144; J. WACH, *Verstehen*, I, 217; DE SANCTIS, *Letteratura ital. nel sec. XIX*, I (1931), 277; CIONE, *B. Croce*, 1944, 67; CROCE, *Poesia*, 72, 65; *Estetica*, 5^a ed., 105-6; CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 190, c. 500; *Teoria gen. d. dir.*, 2^a ed., 269; DENTI, *Interpr. a. sent.*, 4.

²⁰ BOECKH, *Enc. u. Method.*, 20.

del processo interpretativo, e come su di essa possa costruirsi una teoria generale dell'interpretazione.

Qui per intanto ci corre l'obbligo di respingere siccome improprio il parlare d'«interpretazione» in tema di fenomeni naturali, che sottostanno a leggi di natura e si spiegano con la categoria della causalità: per essi, invero, non d'interpretazione dovrebbe parlarsi, ma di diagnosi causale. Del pari improprio è parlare d'«interpretazione» per ogni spiegazione speculativa della vita e del mondo²¹. Perché il corso e i risultati dell'interpretazione propriamente detta sono controllabili quanto alla loro esattezza, secondo l'osservanza impegnativa in certi canoni ermeneutici; la spiegazione speculativa, no: essa resta abbandonata all'intuito e alla coerenza del sistema prescelto. Solo nella vera interpretazione l'osservanza di criteri metodici, congiunta alla costante consapevolezza del dipendere da una prospettiva condizionante, garantisce la controllabilità e, in questo senso, una relativa oggettività dell'intendere^{21a}.

Nel campo del diritto il territorio più fertile di questioni interpretative è stato fin da antico quello del diritto civile. Il che non è senza una profonda ragione. In nessun altro settore, invero, è così fervido l'intrecciarsi di rapporti fra soggetti di diritto posti su piano di reciproca parità. In nessun altro si avverte così imperiosa l'esigenza di ritrovare i criteri per la giusta composizione degli interessi

²¹ Cfr. J. WACH, in *Histor. Zschr.* 142, 1930, 13; *Das Verstehen*, II, 9-15, 86 (frainteso da C. ANTONI, *Considerazioni su Hegel e M.*, 1946, 137); BERNHEIM, *Hist. Methode*, 6^a ed., 763, 766, 768 sgg.; DROYSEN, *Histor.* 23: «ganz versteht nur der Mensch den Menschen».

Contro l'intrusione della categoria di causalità nel campo delle scienze dello spirito, al quale l'interpretaz. deve restar limitata, v. ROTHACKER, *Logik u. System. d. Geisteswiss.* 1926, 119-131; *Geschichtsphil.* 44; DROYSEN, *Hist.* 151; H. MÜNSTERBERG, *Grundzüge der Psychologie*, I, 1900 (al quale a torto contradice BERNHEIM, *Hist. Methode*, 6^a ed., 110, n. 3); J. WACH, in «Festsch. f. Goetz» 1927, 382^a, e gli autori ivi citati (Dilthey, Spann, Below); STAMMLER, *Theorie d. Rechtswiss.*, 2^a ed., 1923, I A. n. 4 e 9: 33, 46-48; IV A., n. 9 e 15; 179 sg., 197-99; OERTMANN, *Rechtsordn. u. Verkehrssitte*, 1914, 229-33; MANIGK, *Rechtswirks. Verhalten*, 1939, 1 sgg.; nostra *Teoria d. neg. giur.*, 3; «Nuova riv. di dir. comm.», 1947, 71 sg.

^{21a} Improprio è anche il qualificare come «interpretaz.» l'appercepire che fa del nostro rappresentare un «tornare a conoscere» ciò che si è già conosciuto: LAZARUS, *Leben der Seele*, II, 2^a ed., 1878, 41-43; 141-42; 252-57, spec. 253 (Wiedererkennen des bereits Erkannten); KANT, *Kritik d. rein. Vern.*, 1^a ed., 115 sg. (die Apperception stellt die Erscheinungen in der Recognition vor); GEMELLI-ZUNINI, *Introduzione alla psicologia*, 1947, 148 sg.

in conflitto tanto attraverso la retta comprensione del precetto di legge o di consuetudine, alla cui stregua va composto il conflitto, quanto attraverso il retto intendimento delle svariatissime esplicazioni dell'autonomia individuale. I peculiari caratteri di questo territorio ci rendono anche ragione del fatto che proprio nel diritto civile siano stati scoperti per la prima volta, abbiano cioè trovato quello che col Jhering²² chiameremo il loro punto di «emersione» storica, *canoni* ermeneutici *fondamentali*, che, elaborati dapprima come categorie civilistiche in questo ramo del diritto, vennero in prosieguo riconosciuti idonei a governare l'interpretazione anche in altri rami, e, più giustamente, sono stati, in età recente, attribuiti alla teoria generale dell'interpretazione. Abbiamo detto che tutta la dialettica del processo interpretativo scaturisce dall'antinomia fra la soggettività dell'intendere e l'oggettività del senso da attribuire, come del resto, dall'antinomia fra attualità del soggetto e alterità dell'oggetto sgorga la dialettica di ogni processo conoscitivo. Orbene, dei canoni ermeneutici scoperti dalla giurisprudenza civilistica gli uni sono attinenti all'*oggetto*, gli altri sono, piuttosto, attinenti al soggetto dell'interpretazione.

A) Quanto ai primi, il giurista Giuvenzio Celso (Pal. 219: Dig. 1, 3, 17)²³, trattando dell'interpretazione delle *leges* (probabilmente delle *leges stipulationis*), enuncia il criterio che non alla nuda lettera (*verba*) si debba attendere, ma alla «*vis act potestas*»; e trattando dell'interpretazione di negozi *mortis causa*, mentre riafferma la necessità del suo fondarsi sulla dichiarazione (Pal. 168: Dig. 33, 10, 7, 2: *nemo sine voce dixisse existimatur*) enuncia il criterio della preminenza e superiorità ermeneutica della «*mens dicentis*» rispetto alla «*vox dicentis*»: superiorità, cioè, del pensiero immanente alla dichiarazione in confronto della lettera astrattamente considerata. Ora in codeste enunciazioni di Celso, che richiamano l'attenzione dell'interprete sulla *mens dicentis*, cioè sul valore di espressione del pensiero, e sulla *vis act potestas*, cioè sul valore normativo della dichiarazione – enun-

²² *Geist*, 7^a ed., II, 338.

²³ «Pal.» indica la «*Palingenesia iuris civilis*» (Lipsia, 1889) di Otto Lenel, nella quale i frammenti de' vari giuristi romani contenuti nei Digesti giustiniani e altri frammenti minori, vengono – per quanto possibile in una ricostruzione congetturale tentata sulla scorta dell'autore, dell'opera e del libro – ricollocati nel loro presumibile contesto originario.

ciazioni, che ad un esame superficiale possono sembrare ovvie se non banali –, affiora per chi tenti di approfondirne il senso, la consapevolezza di un fondamentale canone ermeneutico attinente all'oggetto da interpretare.

Vediamo di renderci conto del canone in parola nel sistema di una teoria generale. Se le forme rappresentative che costituiscono l'oggetto dell'interpretazione, sono essenzialmente oggettivazioni dello spirito e, in particolare, manifestazioni del pensiero, è chiaro che esse debbono essere intese secondo quello spirito che in esse si è oggettivato, secondo quel pensiero che in esse si è manifestato, non già secondo uno spirito e un pensiero diversi, e neppure secondo il significato che alla nuda forma può venire attribuito, quando si faccia astrazione dalla funzione rappresentativa cui essa serve rispetto a quello spirito e a quel pensiero. In età più vicina a noi i teorici dell'ermeneutica hanno dato al canone della *mens dicentis* una formulazione più incisiva affermando: «sensus non est inferendus, sed efferendus»: vale a dire che il senso di cui si tratta, non si deve indebitamente e surrettiziamente introdurre, ma si deve al contrario, estrarre, ricavare dalla forma rappresentativa. Noi proponemmo di qualificare questo primo canone direttivo di ogni interpretazione come canone dell'*autonomia* ermeneutica o canone dell'*immanenza* del criterio ermeneutico. Con che intendiamo dire che la forma rappresentativa dev'essere intesa nella sua autonomia, secondo la sua propria legge di formazione, secondo una sua interiore necessità, coerenza e razionalità: dev'essere quindi apprezzata alla stregua immanente della esigenza cui l'opera doveva rispondere per l'autore all'atto della creazione – non già secondo la sua idoneità a servire a questo o a quello scopo estrinseco, che all'interprete può sembrare più prossimo, o secondo un compito o valore oggettivo, sì, ma sempre desunto *ab extra*, col quale essa possa astrattamente essere messa a raffronto: che sarebbe, comunque, una stregua di valutazione accidentale e di carattere eteronomo²⁴.

²⁴ L'esigenza dell'autonomia ermeneutica e dell'immanenza del criterio ermeneutico è avvertita da: RANKE, *Ueber die Epochen der neueren Geschichte*, ed. Rothacker, 61-62 (J. WACH, *Verstehen*, III, 98; ROTHACKER, *Logik u. Systematik d. Geisteswiss.*, 114, 118 sg.), già prima, HERDER, *Ideen zur Phil. d. Gesch. d. Menschheit*, XV, 3; IX, 1: XII, 6; poi, DROYSEN, *Historik*, 156, 178, 341 (WACH, *Verstehen*, III, 173; I, 192, n. 2); TROELTSCH, *Historismus u. seine Probleme* (Schriften), III, 1922), 138; W. HUMBOLDT, *Das XVIII. Jahrhundert*, in *Werke*, ed. Leitzm., II, 69 (WACH, *Verstehen*, I, 245); M. WEBER, *Wirtschaft*

B) Un'altra fondamentale categoria civilistica attinente all'oggetto da interpretare viene avvertita con esemplare consapevolezza e affermata in modo singolarmente incisivo dallo stesso giurista Celso in un celebre testo (Pal. 86: Dig. 1, 3, 24; cfr. Dig. 32, 79 e 50, 16, 93: Pal. 159-61), che dice «incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere». Dove è evidente la punta polemica rivolta contro le atomizzanti cavillazioni di retori patrocinatori, interessati a togliere ogni senso plausibile alla clausola contrattuale (*lex*), o a farle dire cosa difforme dal suo spirito e senso complessivo nell'orbita del contratto²⁵. Il testo, che in origine si riferiva all'interpretazione di negozi giuridici, è stato opportunamente collocato nel titolo «de legibus» dei digesti giustinianeî, dove così assume una portata e un significato più generali riferibili all'interpretazione di qualsiasi precetto giuridico, e s'integra con altri testi come quello di Paolo (Dig. 1, 3, 29: Pal. 920; cfr. Dig. 49, 14, 40 pr.: Pal. 1412), che definisce l'«agere in fraudem legis» siccome l'operare obliquo di chi «salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit». Il canone ermeneutico affermato in questo celebre testo si potrebbe qualificare come il canone della *totalità* e *coerenza* della considerazione ermeneutica. Con che si fa presente la correlazione che intercede fra le parti costitutive nel discorso, come di ogni manifestazione del pensiero, e il loro comune riferimento al tutto di cui fanno parte: correlazione e riferimento, che rendono possibile la reciproca illuminazione di significato fra il tutto e gli elementi costitutivi.

Che la correlazione fra parti e tutto, quindi la coerenza e la sintesi rispondano a un bisogno dello spirito – bisogno comune all'autore e a chi è chiamato ad intenderlo²⁶ – si può dare per ammesso anche dal senso comune. Se poi si dà uno sguardo alla moderna erme-

und Gesellschaft, 9; FREYER, *Soziologie als Wirklichkeitswiss.*, 176; BERNHEIM, *Hist. Methode*, 6^a ed., 514 e nota 1; ROTHACKER, *Logik u. Systematik*, 129; CAPOGRASSI, *Problema d. scienza d. dir.*, 105 (mens spectanda); E. DE MARTINO, *Il mondo magico*, 1948, 157 sg., 183. Per la qualifica d'immanenza, HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, III, 326: was Plato von dem Erkennen forderte: die Dinge an und für sich selbst zu betrachten... nicht von ihnen abzuirren, sondern sie allein vor sich zu haben, und was in ihnen immanent ist, zum Bewusstsein zu bringen. A proposito di HEGEL, *Phil. d. Rechts*, Vorr. 14 (ed. Lasson): MEUSEL, *Hegel u. d. Problem der phil. Polemik*, 1942, 171: cfr. DE RUGGIERO, *Hegel*, 15, 264, 268; su Herder, Kaerst, in «*Histor. Zschr.*» 106, 1911, 512.

²⁵ Cfr. Quintil., *Inst. or.*, II, 17, 18, 21, 23, 26 sgg.; SCHULZ, *Prinzipien*, 88, n. 114.

²⁶ GOETHE, *Faust*, I, 424-25, 447-48.

neutica filologica, l'esigenza della totalità si trova affermata con particolare insistenza ed energia da uno dei più grandi teorici dell'interpretazione, il teologo Federico Schleiermacher²⁷. Egli mette in rilievo il circolo di reciprocità ermeneutica che corre fra l'unità del tutto e i singoli elementi di un'opera: reciprocità tale, che consente d'intraprenderne l'interpretazione sia assumendo d'intendere l'unità del tutto per mezzo delle singole parti, sia assumendo d'intendere il valore delle singole parti in virtù dell'unità del tutto. Invero, dalla premessa che il tutto del discorso, come di ogni manifestazione del pensiero, è generato da un unico spirito e ad un unico spirito e senso tende a tornare e a ridursi, si trae un'illazione fondata sulla rilevata corrispondenza fra *iter* genetico e *iter* ermeneutico: il criterio, cioè, di ricavare dai singoli elementi il senso del tutto, e d'intendere l'elemento singolo in funzione del tutto di cui è parte integrante. Come il significato, l'intensità, la sfumatura di una parola non possono essere intesi se non nel contesto in cui essa fu detta, o si trova, così anche il significato e valore di una proposizione e di quelle che con essa si legano, non possono comprendersi se non dal nesso reciproco e

²⁷ *Hermeneutik und Kritik*, in *Werke*, I. Abt., VII, 33, n. 20; 37, 39, n. 1; 144; 158 sg.: e, con fermento critico alla teoria dell'Ast, in una comunicazione svolta all'accademia di Berlino il 22 ottobre 1829, riedita in *Werke*, III. Abt., III, 365-86; cfr., J. WACH, *Das Verstehen*, I, 40-44; 98-109; 131 sg.; 139; BERNARDINI-RIGHI, *Concetto d. filolog. class.*, 1948, 438-40; 384. Avvertono l'esigenza della totalità: W. HUMBOLDT, *Werke*, ed. Leitzm., VII, 81, 173, 176, 178-180; 184; 102; VI, 204; HEGEL, *Gesch. d. Phil.*, I (*Werke*, XIII), 69; *Logik*, III, 328 (cfr. HÄRING, *Hegel*, II (1938), 96-117, spec. 109); *Phänomen d. Geist.* (Lass.) 14; 438 (W. II, 496); *Phil. d. Rechts*, Vorrede, 15 (Lass.); DILTHEY, *Ges. Schriften*, V, 325; VII, 119, 138, 155; TROELTSCH, *Historismus u. seine Probleme (Schriften)*, III, 1922), 32 sg., 42 (ove si qualifica in categoria della totalità individuale come la fondamentale categoria storica); HÖFFDING, *Der Totalitätsbegriff; eine erkenntnistheoretische Untersuchung*, 1917, 35 sgg., 80 sgg., 103 sg., 109 sg.; UTITZ, *Grundleg. d. allg. Kunstwiss.*, II, 389; KAHLER, *Deutsche Charakter in der Gesch. Europas*, 25-28; MEUSEL, *Hegel u. d. Probl. d. phil. Polemik*, 61; DURKEN, *Entwicklungsbiologie und Ganzheit*, 1940 (trad. it. *Biologia dello sviluppo ed olismo*, 1944); GEMELLI-ZUNINI, *Introduz. alla psicologia*, 1947, 377 sg.; KASSIRER, *Philos. der symbolischen Formen*, I (1923), 39; E. DE MARTINO, *Il mondo magico*, 187. Nel campo dell'interpretazione teologica è già avvertita da FLACIUS, *Clavis*, 1567 (DILTHEY, *Schr.*, V, 325). Nel campo dell'interpretazione drammatica ne trae un'interessante illazione per l'unità e coerenza stilistica della rappresentazione GORDON CRAIG, *L'art. du théâtre*, 1916, 247-263 (a proposito degli spettri nelle tragedie di Shakespeare). Nell'interpretazione filologica insiste sul circolo di reciprocità ermeneutica fra parti e tutto BOECKH, *u. Kritik*, 167 (circolo delle opere al carattere della personalità).

dal complesso organico del discorso cui appartengono²⁸. Onde può dirsi che dall'inizio del processo interpretativo si ha un graduale progresso verso la comprensione dagli elementi singoli ai nuclei in cui si organizzano, fino al tutto che in essi si articola. La comprensione, dapprima provvisoria, si va perfezionando, correggendo e integrando, col crescente estendersi del discorso di cui l'interprete prende possesso, per modo che solo alla fine gli elementi singoli, tutti insieme abbracciati, risultano quasi di colpo messi in piena luce e rappresentati in precisi e perspicui contorni²⁹.

Ma il criterio della illuminazione reciproca fra parti e tutto importa uno sviluppo ulteriore nel senso che ogni discorso, ogni opera espressiva si può e si deve considerare a sua volta come una parte da subordinare e da inquadrare in una totalità più elevata e comprensiva. La quale totalità va intesa, con Schleiermacher³⁰, sia in riferimento soggettivo alla vita dell'autore, costituendone ogni atto un momento spirituale collegato al complesso degli altri atti nella misura della reciproca influenza ed affinità, sia in riferimento oggettivo alla sfera di spiritualità cui l'opera in questione appartiene, costituendo essa un anello nella concatenazione ideale che intercede fra opere di consimile contenuto e genere. Quindi, anche su questo superiore livello, all'inizio del processo interpretativo la comprensione avrà carattere provvisorio e si andrà progressivamente consolidando e arricchendo, ispirata come dev'essere all'ideale di costruire una attendibile caratterizzazione psicologica della personalità dell'autore in base al complesso delle sue manifestazioni, o rispettivamente di costruire una caratterizzazione morfologica o tecnica di quel tipo o genere di produzioni spirituali, cui l'opera sua appartiene, in base a un raffronto d'interi gruppi di opere che vi rientrano³¹.

²⁸ Cfr. LITT, *Individuum u. Gemeinschaft*, 3^a ed., 313 sgg., 326.

²⁹ SCHLEIERMACHER, *Werke*, III Abt., III, 369. Cfr. GRUNDMANN, *Joachim v. Floris*, 148 per un interessante illazione filos. storica.

³⁰ W. I-VII. 13, 148; 156; III-III, 373 sg.

³¹ Cfr. anche per il dissenso che divide la nostra dalla sua veduta, CROCE, *La poesia*, 2^a ed., 1937, 123-27; *La storia come pensiero e come azione*, 1938, 262-64; *Carattere d. filos. mod.*, 1941, 213-15; per una critica, CIONE, B. Croce, 1944, 68-69, 237 sg.; nel senso al quale la nostra veduta aderisce v., dopo SCHLEIERMACHER, *Hermen.*, 143 sgg., e W. III-III, 374 sgg.; BOECKH, *Enc. u. Method.*, 2^a ed., 140 sgg.; DROYSEN, *Historik*, 25, 156; SIMMEL, *Probleme d. Gesch. phil.*, 4^a ed., 36 sg., in nota; HARTMANN, *Problem. d. geist. Seins*, 201 sgg.; LITT, *Indiv. u. Gemein.*, 3^a ed., 320 sgg., 230, ove si accentua il riferimento oggettivo al tutto della sfera di spiritualità; per precedenti accenni,

Nel campo del diritto il canone ermeneutico della totalità si applica oggi sia all'interpretazione di dichiarazioni e di comportamenti, sia a quella di norme e precetti giuridici. È ben noto che ad esso si richiama il codice civile (nell'art. 1363, come già il precedente codice nell'art. 1136) nel disciplinare l'interpretazione de' negozi giuridici. Ma l'applicazione ch'esso trova è assai più vasta. Per esempio: forse che non obbedisce all'esigenza di un riferimento al tutto il trattamento penale del delinquente secondo il postulato della scuola positiva di risalire dalla singola azione delittuosa apprezzata nel suo valore sintomatico alla personalità che in essa si è manifestata?³² Nell'interpretazione delle norme, giuristi e leggi fanno appello, consapevolmente o meno, al canone della totalità, specie allorché si tratta di eliminare interpretazioni che appaiano in contrasto con la logica del sistema elaborato con gli strumenti della dogmatica giuridica – sistema, di cui è parte integrante la norma in discussione –³³, oppure allorché si tratta di escludere il richiamo di norme straniere contrastanti con lo spirito della legislazione nella quale si dovrebbero inserire secondo i criteri del diritto internazionale privato³⁴. Ma anche a prescindere da specifiche preoccupazioni d'indole pratica, si ricava dal concetto stesso di ordine giuridico elaborato dalla moderna dogmatica l'idea che ogni norma la quale ne fa, o entra a farne, parte integrante, ha necessario riferimento al tutto, e che questo tutto costituisce – per usare un'espressione del Dilthey³⁵ – una operante con-

LAZARUS, in *Zeitschr. f. Völkerpsych.*, II, 1862, 413, 418 sgg.; *Leben der Seele*, I, 2^a ed., 1876, 358, 364 sgg. L'esigenza di riferimento al tutto che è l'uomo individuo, è avvertita anche nell'idea greca della paideia: W. JÄGER, *Antike und Humanismus* (1925), in *Human. Reden u. Vortr.*, 115 sg.

³² RANIERI, *Colpevolezza e personalità del reo*, 1933, 77 sgg.; *Scuola positiva*, 1947, 370 sg.; GRISPIGNI, *Dir. pen. it.*, I, 1947, pref. 13; 207 sgg. Non è dubbio che qui si tratti d'interpretaz. psicologica (SCHREIER, *Interpr.* 84 sg.); L.M. TERMAN, *The measurement of persolanility*, in «Science» 1934, 607 (cit. da GORDON W. ALLPORT, *Use of personal documents*, 1942, 145).

³³ A. WACH, *Handb. deut. Civilprozessrechts*, I, 1895, 257, 269; cfr. SAVIGNY, *System*, I, 214, 292.

³⁴ Giusta la formola del codice argentino del 1871, art. 14, n. 2: su di essa, ZITELMANN, *Internat. Privatrecht*, I, 371; cfr. ROMANO, *Ord. giur.*, 2^a ed., 141; 151; nostri rilievi in *Riv. dir. internaz.*, 1925, 53-57; G. CANSACCHI, *Scelta e adattamento di norme straniere richiamate*, Memorie ist. Torino, 42, 1939.

³⁵ *Der Aufbau d. geschichtl. Welt in den Geisteswiss.*, in *Ges. Schr.*, VII, 119, 138, 153 sgg.: Wirkungszusammenhang.

catenazione produttiva, e crea una organica correlazione, interdipendenza e armonica coerenza non solo fra norme di uno stesso gruppo o settore, ma anche tra norme di gruppi o settori diversi, nella misura in cui si pervenga a ravvisare in essi le parti o ramificazioni di un unico coerente sistema³⁶.

Certamente gli ordinamenti oggi vigenti non sono tutti egualmente sorretti da giuristi consapevoli di siffatta totalità dell'ordine giuridico; basta ricordare quelli anglosassoni, col loro procedere empirico per massime giudiziarie e col loro ripugnare alle idee e ai principi generali³⁷, per avere dinanzi agli occhi l'esempio tipico di una interpretazione in cui il canone della totalità viene meno osservato, o almeno la totalità viene avvertita in modo più relativo, sporadico e circoscritto.

C) Una terza categoria civilistica troviamo affermata in testi collocati nel medesimo titolo dei digesti giustinianeî (1, 3, 13-14-15) e riferiti a giureconsulti illustri, quali Sesto Pedio (Pal. 42), Giuliano (Pal. 402) e Paolo (Pal. 657): testi ne' quali si afferma legittima una interpretazione suppletiva (*interpretatione suppleri*) di una disciplina legale lacunosa dove ricorra la «*eadem utilitas*» e insieme si nega che si possa «*producere ad consequentias*» un precetto giuridico che sia stato posto od accolto «*contra rationem iuris*». Qui si tratta, non più di riferire la parte alla totalità, ma d'*integrare* la valutazione normativa nella sua razionalità, sviluppandone ulteriori conseguenze ad essa coerenti, oppure, in caso di negata razionalità, di limitarne la portata. Orientata verso codesto compito, l'interpretazione dei giuristi viene sollevata al medesimo livello della *iurisdictio* del pretore, alla quale Pedio (42: D. 1, 3, 13)^{37a}, Pomponio (325: D. 19, 5, 11) e Papiniano (46: D. 1, 1, 7, 1) riconoscono del pari l'ufficio di «*supplere*» alla deficienza delle norme di *ius civile* ed eventualmente di

³⁶ Cfr. ROMANO, *Ord. giur.*, § 34-42; *Frammenti di dizion. giur.*, 1947, 119-25; PUGLIATTI, *Istit. dir. civ.*, 2^a ed., 1935, III, 232 sg.; particolarmente GRISPIGNI, *Dir. pen. it.*, 2^a ed., n. 47: 232-257 e la letteratura ivi cit., specie CARNELUTTI, *Danno e reato*, 1926, n. 39: 82-90.

³⁷ CAPOGRASSI in *Riv. intern. fil. dir.*, 1941, 112. Cfr. ad es. STEPHEN, *Commentaries on the law of England* (ed. 17, Jenks) III, 78-81; CH. ODGERS, *The construction of deeds and statutes*, 1939, e altri scritt. riferiti dal GIANNINI, *Interpr. d. atto ammin.*, 60, nota 53; R. POUND, *The political and social factor in legal interpretation*, in «Michigan law review», 45, 1947, 599-606-

^{37a} RICCOBONO, *Abuso di diritto*, in «Bull. dir. rom.» 1939 [46], 42 sg.

correggerne l'applicazione in base a un apprezzamento della «*utilitas legis*» o della «*utilitas publica*», dell'interesse sociale. Un apprezzamento, questo, che richiama alla mente le considerazioni che in un noto testo di Gellio³⁸, il giureconsulto Sesto Cecilio espone a Favonino circa il necessario variare e adattarsi che le valutazioni di opportunità e le provvidenze legislative debbono fare «*pro temporum moribus et pro rerum publicarum generibus ac pro utilitatum praesentium rationibus*». Noi avvertiamo subito che la integrazione, come la limitazione, qui postulate, – e che oggi vanno sotto il nome di analogia e d'interpretazione estensiva o restrittiva –, introducono nel processo interpretativo un elemento che va al di là del semplice compito di chiarificazione, per innestare su di esso un ulteriore compito di *adattamento* e di *adeguazione* della norma giuridica³⁹.

Ora, mentre, dall'un lato, dobbiamo tener fermo – contro un tenace, ricorrente pregiudizio intellettualistico – che questo ulteriore compito è essenziale all'interpretazione nel campo del diritto e che senza di esso questa mancherebbe al suo ufficio⁴⁰; dall'altro lato dob-

³⁸ *Noctes atticae*, XX, 1: su di esso HEGEL, *Phil. d. Rechts*, § 3; LENEL, *Pal.*, I, 35, n. 3. Cfr. Tertull, 5 Dig. 1, 3, 27; Quintil., *inst. or.*, I, 6.

³⁹ Cfr. CONSTANT. ROGERIUS, in *Tractatus univ. iuris*, 1584, I, 387 n. 5; BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 1938, *Memorie ist.*, Torino, 36, 137-138. Contro ASCOLI, *Interpr. d. legge*, 1928, § 24, *ivi*, 135; SCHREIER, *Interpr.* 28, 51, contrappone *ausdenken* (= entfalten) e *nachdenken* (= ergänzen) spiegare e integrare (71 sg.). Cfr. lo «accommodare» p. es. in Gai IV, 110.

⁴⁰ Cfr. MERKL., *Zum interpretationsproblem*, in *Zeitschr. f. d. Privat- u. öffentl. Recht. d. Gegenv.* del Grünhnt, 42, 1916, spec. 544-553; Kelsen, *Zur Theorie der Interpretation*, in *Revue internat. de théorie générale du droit*, 8 (1934), 1-17; e contro la loro veduta i nostri rilievi in *Festschrift für Leo Raape*, 1948, I, 379-399. Pregiudizio ancora largamente diffuso: per es., GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, 2^a ed., 1919, I, n. 107: 312-14; M.S. GIANNINI, *Interpretaz. d. atto amministrativo*, 1939, n. 21: 86-91; G. MIELE, *Principi d. dir. ammin.*, 1945, § 29: 282. La mentalità anglosassone avverte una vera ripugnanza a qualificare come «interpretazione» l'argomentazione ermeneutica per analogia: ROSCOE POUND, *The political and social factor in legal interpretation*, in «Michigan law review», 45, 1947, 600; come avverte una istintiva diffidenza per ogni procedimento interpretativo, in quanto sia causa di incertezza: BENTHAM, *Works* (ed. J. Bowring, Edinburgh, 1843) II, 325: «with this manner of proceeding there is no security». Esattamente, al contrario, il ROMANO, *L'interpretaz. d. legg d. dir. pubbl.* (1899), ried. in «*Prolusioni e disc. accad.*» (pubbl. Modena, 50), 8-10, 19. *Corso dir. amm.*, I, 78, riconosce carattere di vera interpretaz. a quella che egli qualifica «interpr. di secondo grado», e che, a nostro avviso, s'incontra anche nel dir. privato: es. 2373 (cfr. 1394) c. civ. Il suo carattere peculiare è, invece, sconosciuto dal GIANNINI, *Interpr. d. atto ammin.*, 301. Sulla discrezionalità inerente all'ufficio di dir. provato, CANDIAN, *Nozioni istituzionali*

biamo anche riconoscere, alla base di questo ulteriore compito, un canone attinente non più all'oggetto, ma al soggetto dell'interpretazione. Vediamo, anche qui, di renderci conto del canone in discussione, inquadrandolo nel sistema di una teoria ermeneutica generale.

Accanto ai canoni dell'autonomia e della totalità ermeneutica, che obbediscono all'esigenza di una stregua immanente all'oggetto da interpretare considerato nella sua interiore coerenza, e pertanto rispondono al momento dell'oggettività del senso da ricavare nel processo interpretativo, la riflessione ci scopre altri canoni da osservare in ogni interpretazione: canoni, i quali obbediscono, invece, all'esigenza di una efficiente collaborazione da parte del soggetto chiamato ad intendere, e quindi rispondono al momento, dianzi rilevato, della soggettività inseparabile dalla spontaneità dell'intendere.

Un terzo canone, anzitutto, da osservare in ogni interpretazione è quello che si potrebbe dire il canone dell'*attualità dell'attendere*, per cui l'interprete è chiamato a ripercorrere in se stesso il processo creativo, e così a rivivere dal di dentro e a risolvere ogni volta nella propria attualità un pensiero, un'esperienza di vita, che appartiene al passato, vale a dire, ad immetterlo come fatto di esperienza propria, attraverso una specie di trasposizione nel circolo della propria vita spirituale, in virtù della stessa sintesi con cui lo riconosce e ricostruisce⁴¹. Assurda sembra, pertanto, l'aspirazione prospettata da qualche storiografo, a spogliarsi della propria soggettività: giacché, privato di questa, l'interprete perderebbe gli occhi per vedere, come perderebbe il mezzo onde muoversi il colombo che fosse privato dell'aria, nella quale (come rilevava Kant) esso può essere incline a ravvisare solo un ostacolo al volo⁴². Analogamente la soggettività dell'interiore riprodurre, lungi dal costituire un ostacolo all'interpretazione, è la indispensabile condizione della sua possibilità (nel senso della gno-seologia kantiana). Proprio in tema d'interpretazione storica è inge-

(1946), n. 30: 49-55. In generale, G. CODACCI-PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di nome non giuridiche* (1940), 43 sgg., 94 sg., con esatta impostazione.

⁴¹ DILTHEY, in *Ges. Schr.*, V, 263-65; VII, 120, 136, 193, 224 sg.; cfr. G. GRAZIOSI, in *Rassegna musicale*, 1938, 197-98; PUGLIATTI, *Interpr. music.*, 1940, 38; CARNELUTTI, *Meditazioni*, 1942, 143; N. HARTMANN, *Problem d. geist. Seins*, 412 sg., 418, 420, 443, 448, 453, 467, 475.

⁴² SIMMEL, *Probleme der Geschichtsphil.*, 4^a ed., 1922, 77 sg., criticando il Ranke; contro siffatta aspirazione v. anche DROYSEN, *Historik*, 286-87; BERNHEIM, *Hist. Methode*, 759, 762, 770 sg.

nuo ritenere d'aver esaurito il compito dello storiografo col riferire puramente quanto è attestato dalle fonti, nella credenza che vera storia sia quella sola che in esse si ritrova⁴³. Fa il paio con questa ingenuità del giurista, il quale credesse di aver assolto il proprio compito ermeneutico e didattico col dare lettura degli articoli della legge. Chi così pensa, dimentica che ciò di cui s'impone la nostra mente, entra per ciò stesso nella totalità organica del mondo di rappresentazioni e di concetti che portiamo in noi, e ne diviene, per una sorta di assimilazione, parte vivente, soggetta al suo medesimo svolgimento e alle sue vicende⁴⁴. Ben vero che ufficio dell'interprete è unicamente quello di ricercare e intendere il senso dell'altrui (passata) manifestazione di pensiero, il modo di concepire e di rappresentare che in essa si rivela. Ma tale senso e modo non è qualcosa che la forma rappresentativa gli offra già bell'e pronto e che resti soltanto da travasare in lui quasi in un morto recipiente con una operazione passiva e meccanica: è, al contrario, qualcosa che l'interprete deve ricostruire e riprodurre in se stesso con la sua sensibilità e intelligenza, con le categorie della sua mente, col suo intuito e con le forze inventive della sua educazione⁴⁵. L'attività interpretativa ha origine e impulso da uno specifico interesse ad intendere, da un legame che unifica l'altrui manifestazione di pensiero – ancorché si tratti di una realtà da gran tempo passata – con un *interesse attuale della nostra vita presente* e fa vibrare nell'animo nostro di interpreti una corda che le risponde⁴⁶.

Si può dire, anzi⁴⁷, che, quanto più vivo è l'interesse attuale ad

⁴³ DROYSEN, *Historik*, 134, 182, 286.

⁴⁴ DROYSEN, *Historik*, 62, 275, 287; HUMBOLDT, *W.* VI, 119-120, 178-180; VII, 60, 176. Cfr. LAZARUS, *Ueber die Ideen in der Geschichte*, in *Zeitschr. f. Völkerpsych.*, III, 1865, 403 sg.; STEINTHAL, *ivi*, II, 1862, 169 sgg.; BERNHEIM, *Hist. Methode* (6^a ed.), 484 sgg., 496 sgg., 587 sg., 593; LITT, *Indiv. u. Gemein.*, 3^a ed., 254-56, 191 sg.; HEUSSI, *Krisis d. Historismus* (1932), 51 sg.; CROCE, *Storia come pensiero e come azione*, 265, 115.

⁴⁵ *Arch. giur.*, 99, 147; *Bull. dir. rom.*, 39, 53.

⁴⁶ DILTHEY, *Ges. Schr.*, V, 263, 265; VII, 136, 147 sg., 193; LITT, *Indiv. u. Gemein.*, 3^a ed., 121, 401 sg.; SIMMEL, *Probleme d. Gesch. phil.*, 4^a ed., 175 sgg., 179, 187; BELOW, *Deutsche Gesch. Schreibung*, 2^a ed., 116; BERNHEIM, *Methode*, 6^a ed., 758; 760 sg., 768 sgg.; SPRANGER, *Lebensformen*, 7^a ed., 446; *Bildungsideal*, 66 sg.; CROCE, *Teoria e st. d. storiografia*, 2^a ed., 4; *Storia come pensiero*, 128 sg., 265 (cfr. CIONE, *B. Croce*, 1944, 233 sg.); *Bull. dir. rom.*, 39, 41; N. HARTMANN, *Problem d. geist. Seins*, 479-81; BERENSON, *Estetica*, 220; 346.

⁴⁷ DILTHEY, *Ges. Schr.*, V, 319; cfr. NIETZSCHE, *Morgenr.*, 460, 195; LAZARUS, *Leben der Seele*, II², 96 sg.

intendere, tanto più alto sarà, a parità di altre condizioni, il grado della comprensione: dove l'interesse langue o è ristretto, anche la comprensione sarà deficiente o limitata; dove l'interesse è più intenso e comprensivo, l'interprete riuscirà a vivificare e ad animare l'oggetto della sua stessa vita e anima, come esperienza presente ed attuale. Con questo, in verità, non si vuol disconoscere la propria autonomia dell'oggetto da interpretare, la sua storicità, la sua alterità rispetto al soggetto: il che sarebbe in contrasto coi canoni ermeneutici testé enunciati in primo e secondo luogo. Si tratta soltanto di riconoscere la spontaneità del soggetto che interpreta, la sua storicità e, diciamo pure, la sua totalità spirituale^{47a}, restando ben consapevoli dell'essenziale *contributo* che al processo interpretativo apportano, e debbono apportare, senza pregiudizio dell'autonomia dell'oggetto, la vivente spiritualità e le categorie mentali del soggetto. Solo così si spiega la mutevole vicenda storica delle concezioni interpretative di un medesimo oggetto⁴⁸.

D) Ma con questo la disamina dei canoni ermeneutici attinenti al soggetto non è esaurita. Certamente indispensabile è la spontaneità dell'interprete; ma essa non deve sovrapporsi e imporsi dal di fuori all'oggetto da interpretare: che ciò porterebbe a metterne in non cale l'autonomia e a pregiudicarne la conoscenza, che qui è essenzialmente ricognizione, cioè assimilazione congeniale dell'oggetto da parte del soggetto⁴⁹.

Se è vero che solo lo spirito parla allo spirito, è vero anche che solo uno spirito di pari livello e congenialmente disposto è in grado d'intendere in modo adeguato lo spirito che gli parla. Non basta un interesse attuale ad intendere, per quanto vivo esso possa essere; occorre anche un'*apertura mentale* che permetta all'interprete di collo-

^{47a} Cfr. KASSIRER, *Phil. d. symb. Formen*, I, 39; E. DE MARTINO, *Mondo magico*, 187.

⁴⁸ Su questa mutevole vicenda, E. UTTIZ, *Gundleg. d. allgem. Kunstwiss.*, I (1914), 244, 258; H. TIETZE, *Die Methode der Kunstgesch.*, Leipzig, 1913, 417 sg., 352, 372; CROCE, *Estet.*, 5^a ed., 136 sg.; con riguardo all'interpretazione storica Loebell, in *Histor. Zschr.*, I, 1858, 229 sg.; BERNHEIM, *Methode*, 772; all'interpretazione giuridica Jhering, *Geist*, I, 8^a ed., 47; *Arch. giur.*, 99, 132, n. 3; in generale, N. HARTMANN, *Problem*, 414-425.

⁴⁹ W. HUMBOLDT, *Aufgabe d. Gesch. Schreib.*, in *Werke*, ed. Leitzm., IV, 38; BOECKH, *Enc. u. Method.*, 2^a ed., 20; 26; per l'esigenza di sensibilità, 86, 174, 241; per l'esigenza di congenialità, 119, 168, 260; DROYSEN, *Historik*, 14, 22 sg., 302 (cfr. ANTONI, *Consid.* 121); BERNHEIM, *Methode*, 6^a ed., 575, 589; CROCE, *Poesia*, 2^a ed., 83, 86.

carsi nella prospettiva giusta, più favorevole per scoprire e intendere⁵⁰. Si tratta di un atteggiamento, etico e teoretico insieme, che sotto l'aspetto negativo si può caratterizzare come abnegazione di sé e ravvisare in un risoluto prescindere da propri pregiudizi e abiti mentali ostacolanti, mentre sotto l'aspetto positivo è da caratterizzare come ampiezza e capacità d'orizzonte, che genera una disposizione congeniale e fraterna verso ciò ch'è oggetto d'interpretazione⁵¹. Se per riuscire ad intendere, l'interprete deve penetrare e *trasferirsi* e immergersi nello spirito che gli parla⁵², è chiaro qual intuizione di verità ispiri il vecchio criterio che solo il simile conosce il suo simile^{52a} e lo riconosce per una sorta di platonica anamnesis, o l'altro detto, che l'interprete vede ciò che ha nel cuore, e non può ritrovare nell'oggetto ciò che non porti già virtualmente in se stesso⁵³, o l'altro ancora, che, dove all'interprete si richieda di mettersi ad eccessiva distanza da tutte le sue interiori esperienze, ivi egli non può riuscire ad intendere⁵⁴, e così chi abbia animo piccolo o arido non può intendere il magnanimo o l'appassionato, o chi abbia mentalità miope o da cameriere non può intendere il grand'uomo che l'abbia ammesso alla sua intimità⁵⁵.

⁵⁰ Cfr. NIETZSCHE, *Frl. Wiss.*, 339, 334.

⁵¹ Sul primo aspetto, NIETZSCHE, *Zarath.*, 224 sg.; J. WACH, *Verstehen*, II, 12; sul secondo aspetto, NIETZSCHE, *Morgenr.*, 441; *Frl. Wiss.*, 162, 289; 334; Goethe, lett. a Jacobi 10 maggio 1812: «man lernt nichts kennen als was man liebt»; HARTMANN, *Ethik*, 446; WACH, *Verstehen*, I, 78, n. 2; II, 183 (a proposito del teologo Olshausen); III, 166, n. 1; 236, n. 6 (a proposito di STEINTHAL, *Einleitung*, n. 472; 355); UTTIZ, *Grundleg. d. allg. Kunstwiss.*, II, 381 sg.; I, 112-18; LITT, *Indiv. n. Gemein.*, 3^a ed., 185; ROTHAKER, *Logik u. System d. Geisteswiss.*, 127 sg.; CROCE, *Poesia*, 2^a ed., 80.

⁵² SIMMEL, *Probleme d. Gesch. phil.*, 80, 83; DILTHEY, *Ges. Schr.*, VII, 214 sg. [ANTONI, *Storic.* 24], DROYSEN, *Hist.* 155, e altri parlano di «sich hineinversetzen». Cfr. BERENSON, *Estetica*, 220.

^{52a} Letteratura cit. in WACH, *Verstehen*, I, 38, n. 2. Inoltre, p. es. GERVINUS, *Grundzüge der Historik*, 1837, 79, a quanto ne riferisce WACH, *Verstehen*, III, 81 sg.; UTTIZ, *Gr. d. Kunst*, II, 381, 387.

⁵³ GOETHE, *Wahrheit u. Dichtung*, XV; «was einer nicht schon mitbringt, kann er nicht erhalten». *Gespräche mit Eckermann*, 26 febr. 1824: «dasz die Antizipation sich nur soweit erstreckt, als die Gegenstände dem Talent analog seien». Cfr. LAZARUS, *Leben d. Seele*, II, 42; 257; GEMELLI-ZUNINI, *Psic.*, 148 sg.

⁵⁴ SIMMEL, *Probleme*, cit., 39, 83 sg.; BERNHEIM, *Methode*, 707.

⁵⁵ HEGEL, *Phänomenologie d. Geistes*, ed. Lass., 430, ed. 1840, 486; HEGEL, *Phil. d. Gesch.* (Brunstedt) 69: frainteso dall'Autoni, *Considerazioni su Hegel e Marx*, 30. Cfr. NIETZSCHE, *Wanderer*, 20; *Menschliches allzu Menschl.* II, 186.

Ebbene, l'esigenza ora segnalata si fa valere per l'appunto in un quarto canone ermeneutico, strettamente connesso col precedente e, come questo, attinente al soggetto del processo interpretativo: quello che proponemmo di chiamare il canone dell'*adeguazione dell'intendere*, o canone della *corrispondenza* o *consonanza* ermeneutica, per cui l'interprete deve sforzarsi di mettere la propria vivente attualità in intima adesione e *armonia* con l'incitamento che – secondo la calzante immagine di Humboldt⁵⁶, – gli perviene dall'oggetto, per modo che l'una e l'altro vibrino in perfetto *unisono*.

Questo canone della corrispondenza si presenta con una evidenza particolare nel campo dell'interpretazione storica, dove l'osservazione comune lo ha avvertito per primo⁵⁷. Qui, invero, il fatto dell'individualità, quale si verifica nella personalità storica, deve divenire operativo anche nella personalità di chi è chiamato a conoscerla, affinché quella possa essere da questa riconosciuta compresa e ricostruita⁵⁸. Se la personalità si manifesta nel modo e grado in cui date rappresentazioni si unificano in una coscienza, proprio l'affinità di siffatto modo e grado è una delle condizioni necessarie allo storico per poter ricreare una personalità. Ma il canone dell'adeguazione dell'intendere, di cui parliamo, ha una portata generale, che abbraccia ogni processo interpretativo⁵⁹. Soltanto, bisogna soggiungere che esso assume, e deve assumere, atteggiamenti diversi e sfumature svariate secondo la qualità dell'oggetto da interpretare e in conformità degli scopi e problemi che l'interpretazione si prefigge. È intuitivo, ad esempio, che nell'interpretazione della legge l'adeguazione dell'intendere non può procedere alla medesima guisa che nell'interpretazione

⁵⁶ *Werke*, VI, 174, 177; 122; VII, 56 sg.; 177; cfr. N. HARTMANN, *Problem*, 207 sg.

⁵⁷ Taluno, come il BOECKH, *Enc. u. Method.*, 6^a ed., 76, formula il canone in parola come esigenza di «obbiettività e recettività»; parimenti il BERNHEIM, *Methode*, 6^a ed., 750-776, come esigenza di «obbiettività», che si richiede alla concezione e anche all'esposizione (796): ma codesta è qualifica da evitare per il malinteso cui può dar luogo, che lo storico possa spogliarsi della propria soggettività: DROYSEN, *Historik*, 287; MEINECKE, in *Histor. Zeitsch.*, 141, 283; J. WACH, *ivi*, 142, 14 sg.; N. HARTMANN, *Ethik*, 45 in f.

⁵⁸ SIMMEL, *Probleme*, 4^a ed., 78; BOECKH, *Method.*, 260; TROELTSCH, *Historismus*, 32 sgg.; NIETZSCHE, *Menschl.*, I, 149, 621; *Frl. Wiss.*, 334; cfr. C. STANISLAWSKI, *An actor prepares*, 1936, 288 (accustom yourself); 289 (find in yourself a responsive cord); CIONE, *Fil. d. personalità*, 1948, 59 sg.

⁵⁹ Come ogni proc. conoscitivo: KANT, *Kritik d. r. Verm.*, 2^a ed., 82; HEGEL, *Logik*, III, 27 sg.; MEUSEL, *Pr. phil. Polem.* 169-70, sopra n. 2.

storica, e che è fuor di strada chi, come il Gorla⁶⁰, male applicando al diritto certi criteri proposti dal Croce⁶¹ per l'interpretazione storico-politica e storico-estetica vorrebbe vederla esaurita, o vederne la fase culminante, in un «rivivere» e «dispiegare in sé» l'atto normativo.

Giunti a questo punto, ci corre proprio l'obbligo di dilucidare, anzitutto, la differenza che intercede fra interpretazione storica e interpretazione giuridica, e di passare, quindi, in rassegna le varie forme o tipi d'interpretazione, ordinandole secondo la rispettiva funzione nel quadro di una teoria generale. Si è rilevato dianzi che la categoria civilistica avvertita dai giuristi romani quando postulano una integrazione ovvero una limitazione della disciplina legale – categoria che oggi va sotto i nomi di analogia e d'interpretazione estensiva o restrittiva – inserisce nel processo interpretativo un ulteriore compito di adattamento e di adeguamento della norma giuridica, e che alla base di questo compito deve trovarsi un canone ermeneutico attinente non più al mero oggetto, ma al soggetto dell'interpretazione. Codesto canone, da noi ricercato, abbiamo ritenuto di ritrovarlo nella direttiva dell'attualità del soggetto e di poterlo identificare nel canone dell'adeguazione dell'intendere, o della corrispondenza ermeneutica.

In verità, l'adeguazione dell'intendere consiste, secondo la formulazione proposta, nel mettere all'unisono fra loro, in intima adesione e armonia, i due termini del processo interpretativo: vale a dire, l'oggetto, che nel nostro campo è la norma giuridica, e l'attualità del soggetto: attualità, nella quale, qui confluiscono le fervide, molteplici e mutevoli esigenze della vita sociale, alla cui disciplina il diritto è destinato.

Il punto saliente della differenza fra interpretazione storica e giuridica è tutto qui: che nella prima si tratta unicamente di riev-

⁶⁰ *Interpr. d. dir.*, 1941, 3 sgg., 20-22, 52 sgg. In adesione parziale al Gorla, R. SACCO, *Concetto di interpretaz. del dir.*, 1947 (Memorie ist. Torino, 60), 23-31, 120 sg. Già il BIERLING, *Jurist. Prinzipienlehre*, IV, 197 sgg., tende ad equiparare l'interp. di un dir. vigente all'interp. meramente ricognitiva (SCHREIER, *Int.*, 62-63).

⁶¹ *Poesia*, cap. II, *Storia*, 130 sgg.

⁶² CAPOGRASSI, in *Riv. intern. fil. dir.*, 21, 1941, 110; *Problema d. scienza d. dir.*, 1937, 104 sgg. Un caratteristico esempio di quelle «costruzioni di comodo», alle quali è costretta a ricorrere certa mentalità astrattistica per mettersi d'accordo col dato fenomenologico che ripugna ai suoi schemi, è la costruzione di una «norma generale che assume a suo contenuto i risultati dell'interpretaz.», che il GORLA, *Interpr.* 22, propone per liberarsi di quel fenomeno che chiama «la cosiddetta integrazione».

care nella sua autonomia, di ricostruire nella sua totalità, d'integrare nella sua originaria coerenza, il senso – in sé conchiuso – della forma rappresentativa, il pensiero che in essa si esprime; per contro, nell'interpretazione giuridica di un ordinamento vigente non ci si può arrestare a rievocare il senso originario della norma, ma si deve fare un passo avanti⁶², perché la norma, lungi dall'esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha *vigore attuale* in una con l'ordinamento di cui fa parte integrante, ed è destinata a passare e a trasfondersi nella vita sociale alla cui disciplina deve servire. Qui, pertanto, l'interprete non ha ancora finito di adempiere al suo compito, quando ha ricostruito l'idea originaria della formola legislativa – cosa che pur deve fare –, ma deve, dopo ciò, *mettere d'accordo* quell'idea con la presente attualità, infondendovi la vita di questa, perché appunto a questa la valutazione normativa dev'essere riferita. Insomma, qui, si tratta non solo e non tanto di far muovere il soggetto incontro all'oggetto, tenendo fermo questo al suo posto nel primitivo storico collocamento, quanto soprattutto di far muovere l'oggetto incontro al soggetto, rendendolo partecipe della viva attualità di questo e aderente alla perenne dinamica della vita storica del diritto⁶³.

Un raffronto gioverà a chiarire subito la differenza nel modo di procedere, che lo storico e il giurista adottano quando, trovandosi dinanzi a lacune del rispettivo oggetto, debbano assolvere un compito di integrazione. Per lo storico, che si trovi dinanzi a una narrazione lacunosa degli eventi tramandata dalle varie fonti della tradizione, si tratta, in primo luogo, di ricostruire come un tutto le testimonianze⁶⁴ e di combinarle fra loro, interrogandole in contraddittorio – come fa, ad esempio, il Niebuhr con le fonti romane –⁶⁵ e, assolto

⁶² CAPOGRASSI, *Problema*, 104 sg., 114 sg.; BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 1938, 115 sg., 121 sg.; cfr. GRISPIGNI, *Dir. penale it.*, 2^a ed., I, 27, 350; questo processo non ci sembra colto esattamente dal ROMANO, *Frammenti di dizion. giur.*, 1947, 120-122: v. più avanti, nota 96. In altro campo, DROYSSEN, *Historik*, 115-16. Per vero il FREYER, *Soziologie als Wirklichkeitswiss*, 1930, 82 sg., 88 sg., 100, rivendica anche all'interpretaz. sociologica e storica il significato pregnante dell'attualità e la nostra esigenza di far muovere l'oggetto incontro al soggetto. Ma si tratta di una veduta equivoca basata su un argomento che prova troppo: «l'identità del materiale (oggetto) col soggetto» (82), in quanto è costituito da una «realtà vivente che conosce se stessa».

⁶⁴ DROYSSEN, *Historik*, 25.

⁶⁵ Cfr. DROYSSEN, *Historik*, 83; WACH, *Verstehen*, II, 11. Es.: NIEBUHR, *Röm. Gesch.*, I, 3^a ed., 1829, 55 sg., 384 sg., 411 sgg.

questo compito preliminare di natura critica, si tratta soprattutto d'integrare la narrazione e di ricostruire la concatenazione oggettiva secondo la logica degli eventi: logica che, avendo questi il precipuo carattere di comportamenti, è massimamente una logica e psicologia dell'azione. Sotto tale aspetto un autorevole storico, il Droysen⁶⁶, qualifica questa come «interpretazione pragmatica» e ne assegna il compito dicendo che per essa le concatenazioni e le connessioni, le cui tracce sono riconoscibili nelle fonti, vengono integrate nella direzione di tali tracce e delle conseguenze spiegate, i motivi in esse accennati vengono sviluppati nella loro coerenza e tradotti dalla tipicità astratta sul terreno concreto⁶⁷. Criterio metodico, codesto, che in età più recente è stato ripreso e svolto da sociologi come Max Weber⁶⁸. Analogamente procede l'archeologo nell'interpretare, ricostruendo il tutto, i frammenti superstiti^{68a}.

Invece per il giurista, che avverta la deficienza, o l'insufficienza, o la disarmonia della disciplina legislativa della materia o del caso sottoposto alla sua decisione, il problema dell'integrazione si pone in tutt'altro modo. A questo proposito giova ricordare preliminarmente, perché istruttivo nella sua stessa erroneità, lo scambio di piani di valutazione, in cui si è caduti quando, nel lodevole intento di mantenere l'interpretazione giuridica entro confini che escludano l'arbitrio, si è tentato di riavvicinare il compito del giudice a quello dello psicologo o a quello che si crede essere il compito dello storico. Così, per tacere di altri tentativi di raffronto più ingenui e mal riusciti⁶⁹, si consiglia da

⁶⁶ *Historik*, 156-63; cfr. HARTMANN, *Problem. d. geist. Seins*, 425 sg.

⁶⁷ DROYSEN, *Historik*, 91, 184, 285; cfr. H. FREYER, *Soziologie*, 196; SIMMEL, *Probleme*, 4^a ed., 181 sg., 74.

⁶⁸ Roscher und Knies u. die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie, in *Schmollers Jahrbuch f. Gesetzgeb., Verwaltung u. Volkswirt.*, 29, 1905, 1347 sgg., 1369 sgg.; 30, 1906, 96 sgg., 105 sgg.

^{68a} NIETZSCHE, *Meschl. allzu. Meschl.*, I, 274 (*Werke*, II, 255); ROTHACKER, *Logik u. System. d. Geisteswiss.*, 92; «*Bull. dir. rom.*», 39, 54, 57; 41, 279; nostro «*Dir. rom.*», I, pref. XIX; scr. cit. più avanti, n. 125.

⁶⁹ Come quelli fatti dal CALOGERO, *La logica del giudice*, 1937, 140-42, e dal CALAMANDREI, in *Studi Besta*, 1939, II, 353-376: contro la tesi sostenuta *ivi*, p. 364, per l'accertamento del fatto, v. CARNELUTTI, *Prova civile*, 1915, n. 6, 36; *Sistema*, I, n. 305, d. 745; contro la tesi seguita *ivi*, 367, con inconseguenti ammissioni, *ivi*, 372 v. nostri rilievi in *Studi Chiovenda*, 1927, 67-70. Come Caam. GIANNINI, *Potere discrezionale*, 69, n. 28.

taluno, come Walter Jellinek⁷⁰, di argomentare «dalla personalità del legislatore il presumibile pensiero legislativo», cioè l'ipotetica «più verosimile risposta» che il legislatore avrebbe dato per la decisione cercata, a quel modo che dal carattere di una personalità storica manifestatosi nella sua linea di condotta s'inferisce (così si dice) la decisione o posizione ch'essa avrebbe presa di fronte a certe date situazioni di fatto. Senonché (è ovvio osservare), è già un errore – come fu a suo tempo dimostrato⁷¹ – credere che sia compito dello storico una interpretazione psicologica individuale diretta ad argomentare dal carattere e dallo stato d'animo dei personaggi il loro modo di comportarsi in date occasioni. Una siffatta interpretazione psicologica, rientra piuttosto, per quanto attiene al campo della fantasia, fra i compiti dello scrittore di storie romanzate o del drammaturgo⁷², o (in sede d'interpretaz. riproduttiva) dell'attore drammatico⁷³; per quanto attiene, poi, al campo dell'agire pratico, rientra, se mai, in quella interpretazione psicotipica in funzione pratica (n. 107) alla quale sono chiamati gli uomini d'azione-politici, strateghi, conduttori d'eserciti o di masse, educatori, in genere chi ha un compito di governo degli uomini –, allorché debbono intendere, in vista dell'azione da compiere, caratteri, passioni e doti degli strumenti di cui si servono o degli ostacoli che hanno da superare, e soprattutto debbono prevedere le presumibili reazioni, con cui strumenti ed ostacoli, amici e nemici, risponderanno a certe loro iniziative. Ora, è agevole immaginare a quali risultati si arriverebbe, se il giurista, in particolare il giudice, dovesse, con un'assurda finzione antropomorfa, mettersi dal punto di vista del mitico «legislatore» alla ricerca di una volontà ipotetica, del tutto irreali⁷⁴. Un primo immancabile risultato sarebbe quello, che egli resterebbe vincolato anche da formole concettuali e da espedienti mal riusciti, niente affatto richiesti dalla *ratio iuris* della norma in discussione, così da trarne, e magari da poten-

⁷⁰ Gesetz, Gesetzesanwendung u. Zweckmässigkeitserwägung, 1913, 167-68; inoltre, 169-68; già WINDSCHEID, *Pandektenr.*, 9^a ed., I, § 22: 102; cfr. SCHREIER, *Interpret.*, 29-30, 81.

⁷¹ DROYSEN, *Historik*, 174-178.

⁷² DROYSEN, *op. cit.*, 174 sg. Cfr. L. FEUCHTWANGER, *Perché si leggono romanzi storici?*, nell'«Almanacco d. medusa» 1934, 263 sg.

⁷³ WACH, *Verstehen*, I, 206, n. 3.

⁷⁴ ENNECERUS, *Lebrb.*, I, § 53, n. 17: cfr. ZITELMANN, *Internat. Privatr.*, II, 219, anche BOBBIO, *Analogia*, 129 sg.

ziarne, conseguenze ad essa *ratio* contrarie⁷⁵. Un altro risultato sarebbe che, di fronte a una legislazione formata per strati successivi, ispirati da concezioni e valutazioni tra loro divergenti, il giurista non potrebbe adeguare gli strati più vecchi a quelli più recenti e ristabilire la coerenza dove è disarmonia, ma resterebbe legato all'espressione di passioni ormai placate o a concezioni superate e rivelatesi anacronistiche col progresso della legislazione⁷⁶. Viceversa, se l'ipotesica risposta del legislatore si dovesse cercare dal punto di vista dello strato più recente, accadrebbe che essa, data la sovrana discrezionalità legislativa, non sarebbe tenuta a rispettare certi interessi alla stabilità e conservazione, che il giudice deve pure tenere in conto, vincolato com'è a mantenere un disegno e una linea di logica coerenza nell'intero complesso del *ius conditum*⁷⁷.

Certamente il giudice deve, come ogni giurista, prospettarsi le reazioni, che è da presumere siano per ricollegarsi a un dato modo d'intendere la trattazione normativa della legge, e così deve mettere in conto tanto il vantaggio che se ne può sperare, quanto il danno eventuale che se ne ha da temere nell'applicarla a risolvere il conflitto degli interessi in questione: nel che consisterebbe il «*legem probare*», di cui parla Leibniz: *rationem legis veram reddere, non tantum scilicet cum sit lata, sed etiam cur sit tuenda*⁷⁸. Ma questo ulteriore apprezzamento dev'essere condotto non già dal punto di vista di un fittizio «legislatore» di allora, bensì da quello della *società contemporanea* all'interprete, nella quale la legge è destinata a svolgere la sua funzione normativa, e quindi ha tutt'altro senso che un apprezzamento meramente contemplativo e retrospettivo, qual è nell'ufficio dello storico^{78a}.

Insomma il giurista deve considerare il complesso dell'ordine giuridico non già staticamente come un'ossatura fossilizzata o come una formazione graduale di cristalli, della quale si tratti solo di met-

⁷⁵ HECK, *Gesetzesauslegung*, 240-41; 249, n. 379 in f.; COSACK, *Lehrb. d. bürgerl. R.*, I, § 11 in f. N. rilievi in *Festschrift Raape*, 389 sg.

⁷⁶ Contro codesto modo di vedere, GRISPIGNI, *Dir. pen.*, 2^a ed., I, 27, 349.

⁷⁷ HECK, *Gesetzesauslegung*, 241-42; cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, 117.

⁷⁸ Cit. dal LEONI in *Riv. d. filos.*, 1947, 91, cfr. 93: *hae rationes sumuntur ex ethicis vel politicis, et vel etiam nunc subsistunt vel nunc cessant; perché si tratta di «probare enuntiationis huiusmodi non veritatem absolutam, sed ipsam probabilitatem».*

^{78a} Per la differenza, HARTMANN, *Problem d. geist. Seins*. 477-78; TRIEPEL, *Stil des Rechts*, 41. Cfr. STAMMLER, *Theorie d. Rechtsmiss.* (1923), sez. VII, n. 12: 373.

tere in luce e allo scoperto le successive stratificazioni, ma dinamicamente come una viva e operante concatenazione produttiva (per dirla col Dilthey), come un organismo in perenne movimento, che, immergendosi nel mondo dell'attualità, è capace di *auto-integrarsi* secondo un disegno di razionale *coerenza* e in accordo con le mutevoli vicende e le sopravvenienti vitali esigenze della *società presente* in quanto vi si possano dimostrare rispecchiate⁷⁹. Nell'orbita dell'ordine giuridico dinamicamente considerato, si tratta di ritrovare le valutazioni immanenti e latenti, che, mentre formano la *ratio iuris* di norme già formulate, possano servire di base o di addentellato, da cui ricavare e rendere esplicite le massime adatte alla decisione cercata. Nel che non si deve mai dimenticare che il mutarsi dei rapporti sociali nel tempo reagisce sulla originaria *ratio iuris* e matura un esito sociale ulteriore, nel senso di additare il criterio di analogia per comporre il conflitto fra altre categorie d'interessi all'infuori di quelle previste⁸⁰. Quando si parla di una presunta «completezza logica» dell'ordine giuridico, si ha torto di considerarla – per un'erronea prospettiva intellettualistica e immobilizzante – quasi fosse un dato definitivo preconstituito e acquisito una volta per tutte: senza riflettere che, a concepirla in tal modo, sarebbe sbarrato il passo ad ogni interpretazione analogica⁸¹: in verità una simile completezza va prospettata non già come un presupposto e un punto di partenza, ma, se mai, come un punto d'arrivo ideale e una meta, mai definitivamente raggiunta, del processo interpretativo. Il complesso unitario dell'ordine giuridico dev'essere rielaborato e approfondito di continuo ad occasione di ogni singola norma: perché riportare la norma alla tota-

⁷⁹ CARNELUTTI, *Sistema*, 1, 11.7; GRISPIGNI, *Dir. pen. it.*, 2^a ed., I, 349: salva sempre la possibilità di un'etero-integrazione: DEL VECCHIO, *Riforma del cod. civ. e principi generali di dir.*, 2^a ed., 1938, 7 sg. Anche n. *Dir. proc. civ.* n. 6. Questa legge d'integrazione in virtù di analogia vale anche nell'evoluzione storica della lingua (HUMBOLDT, *Werke*, VII, 81 sg., 165) e nel progressivo accrescimento delle forme letterarie (SCHLEIERMACHER, *Hermen.* 155). Una corrispondente «Geschlossenheit jeder Menschennatur» è segnalata da HUMBOLDT, *Werke*, VI, 204.

⁸⁰ BRÜTT, *Kunst der Rechtsanwendung*, 1907, 58, 65; HECK, *Gesetzesauslegung*, 39 sg., 230-238; cfr. HELLWIG, *Lehrb. d. deut. Civilproz.*, II, 1907, § 93: 169 sg.; RIEZLER, *Venire contra factum proprium*, 1912, 126 sg.

⁸¹ Cfr. per es. i rilievi critici del JUNG, *Von der «logischen Geschlossenheit» des Rechts*, in *Festgabe d. Gless. Jur. Fak. f. Dernburg*, 1900, 14 sgg., 20, 22; e nostri in *Riv. int. fil. dir.*, 1925, 56-63. *Contra*: DONATI, *Lacune*, 168-71.

lità del sistema significa già riformarne l'unità e rinnovare l'integrazione, ritrovando di ciascuna norma la ragion sufficiente e rimuovendo le disarmonie⁸². In particolare – fu già osservato dallo Heck⁸³ e dal Grispigni⁸⁴ – il sopravvenire di nuove leggi, che completano e modificano la precedente disciplina, pone al giurista un compito di adeguamento e di messa in accordo, che non deve arrestarsi agli effetti prossimi e più appariscenti nella materia disciplinata, ma abbracciare anche altri effetti, remoti o riflessi, e le ripercussioni spiegate su istituti diversi, che si possano cogliere inquadrando le nuove norme in tutto il sistema.

La differenza essenziale ora rilevata fra interpretazione storica e giuridica, mentre vale a mettere in guardia contro lo scambio, che solo una statica visione intellettualistica può generare, fra il piano interpretativo del giurista e quello dello storico, non trova una spiegazione sufficiente nella sola diversa qualità del rispettivo oggetto, ma in una differenza più profonda, che a questa si connette, e che concerne la rispettiva funzione ermeneutica dell'una e dell'altra.

Che nell'interpretazione giuridica l'adeguazione dell'intendere si ottenga soprattutto facendo muovere l'oggetto incontro al soggetto e rendendolo partecipe dell'attualità di questo, si può dimostrare, oltre che col fatto dell'interpretazione integrativa di cui si è parlato, anche con altri fatti di cui è ricca la fenomenologia del diritto. In questa si osserva, ad es., come nel trapasso storico da una legislazione precedente ad una posteriore di secoli, orientata in senso sostanzialmente diverso, conforme al diverso ambiente sociale e al diverso clima di cultura, testi di legge conservati immutati quanto alla lettera, acquistano per una *duplex interpretatio* tutt'altro significato dal primitivo⁸⁵. Si osserva parimenti come nella recezione di un codice, che sia messo in vigore in un paese diverso da quello d'origine, avvengano fenomeni di assimilazione positiva e di refrattarietà, per cui, nel trapianto degli istituti ivi disciplinati, alcuni di essi prendono radice e si rivelano vitali, altri viceversa non attecchiscono e si pale-

⁸² CAPOGRASSI, *Problema della scienza del diritto*, 104; DEL VECCHIO, *Il problema delle fonti del dir. posit.*, 2^a ed., 1938, 15 sg.

⁸³ *Gesetzesauslegung*, 179, 189-91; cfr. 230, 232.

⁸⁴ *Dir. pen. it.*, 2^a ed., I, 27, 350, e già prima in altri scritti.

⁸⁵ ROTHENBÜCHER, *Ueber des Wesen des Geschichtlichen und die gesellschaftlichen Gebilde*, 1926, 90 sgg.; da ultimo, RICCOBONO, *Duplex interpret.*, in *Bull. dir. rom.*, 1948.

sano inoperanti⁸⁶. Il testo letterale del codice funziona come un'impalcatura o intelaiatura, che non si rianima se non al contatto con la vita della società cui è destinato, e si rianima solo nella misura in cui risponda alla forma anteriore del vivente senso giuridico⁸⁷. Onde, quanto più ampio apprezzamento integrativo vi è consentito al giudice, tanto più è da prevedere che le divergenti concezioni etiche, religiose, economico-sociali e in genere il differente clima di civiltà condurranno ad elaborare un diritto vivo diverso⁸⁸. Ora, di fronte a codesti innegabili fenomeni, non è evidentemente consentito a chi non voglia rendersi vittima di un'illusione, ridurre la segnalata differenza di piani interpretativi alla sola differenza di oggetto⁸⁹. Sarebbe come l'illusione geocentrica di chi negasse il moto della terra intorno al sole: negazione non più lecita dopo la rivoluzione copernicana. In realtà la differenza, che a quella dell'oggetto si collega, è più profonda e concerne la stessa funzione dell'interpretazione.

Vediamo di rendercene conto. Nel campo di un diritto in vigore l'ufficio d'interpretare, che spetta al giurista, non si esaurisce nel tornare a conoscere una manifestazione di pensiero, ma va oltre la pura ricognizione di essa, per integrarla e realizzarla nella vita di relazione in ordine al componimento preventivo di conflitti d'interesse in questa prevedibili. L'interpretazione giuridica contiene bensì, come ogni altra interpretazione, un momento conoscitivo, cioè ricognitivo del pensiero (della legge o di altra fonte di diritto), ma ha inoltre *funzione normativa*: la funzione cioè di desumerne in definitiva massime di decisione e di azione pratica (ancorché non immediata), da osservare e da applicare: la funzione di svilupparne criteri direttivi, ai quali il prender posizione e l'agire nel mondo sociale debbono conformarsi, secondo l'ordine giuridico che in esso ha vigore. Perché

⁸⁶ A.B. SCHWARZ, *La réception et l'assimilation des droits étrangers*, in *Introduction à l'étude du droit comparé: Recueil en l'honneur de Lambert* (1938), II: parte IV: 581-90, spec. 585.

⁸⁷ SCHWARZ, *op. cit.*, 585; N. HARTMANN, *Problem. d. geist. Seins*, 252, 446; cfr. 197; in questo senso è nel vero KOHELER, *Lehrb. d. bürgerl. R. I.*, 123, 125; cfr. KOSCHAKER, *Europa u. d. rom. Recht.*, 1947, 153 sg., 161 sg.; cfr. 184-187.

⁸⁸ SCHWARZ, *l. cit.*, 586; nostri rilievi in *Riv. dir. comm.*, 1929, 668; *Riv. proc. civ.*, 1930, 256; *Dir. pr. civ.*, 402 sg.; JELLINEK, *Gesetzesanw.* 180-83; G. CODACCI-PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, 1940, 55 sgg.

⁸⁹ Così, da ultimo, ROMANO, *Frammenti di dizion. giur.*, 122, fr. del 1945. Cfr. HARTMANN, *Problemi d. geist. S.*, 389: «die ontischen Zwischenstufen sind in die Betrachtung als solche hineinverschwunden».

questo ordine giuridico in tanto ha, e continua ad avere, vigore⁹⁰, in quanto, integrato e sviluppato a dovere da chi l'interpreta, detta la massima della decisione di possibili conflitti e, attraverso la massima, determina l'agire richiesto dal diritto nella vita sociale: ragione questa, per cui esso ordine giuridico disciplina la stessa attività interpretativa⁹¹. Vale a dire: qui l'interpretazione ha la funzione di mantenere in vita la legge o altra fonte di diritto mediante l'intendere, e così di conservare in perenne efficienza nella vita di una società precetti, norme e valutazioni normative, che sono destinate a regolarla e a servirle di orientamento⁹²: tanto da potersi dire che, viceversa, le norme non più interpretate finiscano per restare lettera morta e perdano da ultimo la loro capacità di attuarsi e di farsi valere⁹³.

Insomma, qui l'interpretazione, lungi dall'esaurirsi in una ricognizione meramente contemplativa del significato proprio della norma considerata nella sua astrattezza e generalità⁹⁴, va al di là ed opera una specificazione e integrazione del precetto da interpretare⁹⁵: il che porta a stabilire una complementarità concorrente, un

⁹⁰ ROMANO, *Frammenti*, cit., 124-125.

⁹¹ Cfr. C. SCHMITT, *Ueber die drei Arien des rechtswissens. Denkens*, in *Schriften d. Akad. f. deut. Recht.*, 1934, 24 sgg., i cui rilievi critici colpiscono soltanto un'accentuazione unilaterale di questo modo di vedere.

Alla esigenza di disciplinare l'interpretazione nell'interesse della certezza e dell'uniformità (eguaglianza di trattamento), si ricollega anche il problema dell'interp. autentica, come ha bene avvertito CAMMEO, *Interpretazione autentica*, in «Giurispr. ital.», 1907, IV, 310-312.

⁹² In questo senso ha un fondo di vero la veduta del BÜLOW, *Gesetz u. Richteramt*, 1885, 46 sg.

⁹³ BOBBIO, *Analogia*, 136-37; già, FR. SCHREIER, *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte*, 1927, 6; per la rilevazione del fenomeno generale, BERNHEIM, *Methode*, 6^a ed., 17; SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 18 sgg.; HEGEL, *Phil. d. Rechts*, § 270, Zus. (Lasson, 354): *der Staat hat eine belebende Seele und dies Beseelende ist die Subjektivität*; SPRANGER, *Lebensformen*, 393; per l'opposto pregiudizio, DE RUGGIERO, *Hegel*, 1948, 178-79: «manchevole oggettivismo» (!), 187-89, 196, 203, preceduto da C. ANTONI, *Storicismo di Hegel*, in «Considerazioni su Hegel», 24, 28-29, 31-34: che sostiene con sufficienza una interpretazione cristallizzante statica e conservatrice della concezione oggettiva dell'ethos propria di Hegel, che egli fa passare per puramente estrinseca e «istituzionale». Invece HYPOLITE, *Génèse et structure d. l. phénoménologie*, 1946, 280 sgg., 290 sgg., 323 sgg.; MACDOUGALL, *The group mind*, 1927, 18, 297.

⁹⁴ Così, erroneamente, KELSEN, *Zur Theorie d. Interpretation*, in *Revue de théorie génér. du droit*, 8, 1934, 11; GORLA, *Interpr.*, 21; SACCO, *Interpr.*, 120 sg., 124, 129, 135 sg.

⁹⁵ SCHLEIERMACHER, *Werke*, III-III, 347, nota.

circolo di *reciproca e continua rispondenza*, fra il vigore della legge (o fonte di diritto) onde si desumono le massime della decisione, e il processo interpretativo che se ne fa nella giurisprudenza e nella Scienza giuridica⁹⁶. Un circolo, codesto, che fa della giurisprudenza, teorica e pratica, il complemento necessario della legislazione, e dell'una e dell'altra fa gli elementi indefettibili di quello che in una società, in un paese, è il diritto veramente vivo e vigente.

Se con questi rilievi ci siamo resi conto della differenza che corre fra due possibili funzioni dell'interpretazione – dall'un lato, la funzione meramente conoscitiva cioè ricognitiva, che adempie la interpretazione storica così di fonti rappresentative e di sopravvivenze, come di opere d'arte e di pensiero o di comportamenti, che appartengono al passato, dall'altro la funzione normativa, cui è chiamata l'interpretazione giuridica rispetto a un diritto in vigore –, ci resta ora a dar conto di una terza funzione, differente da entrambe, che viene affidata ad altri tipi d'interpretazione (completato il quadro, ordineremo, poi, in una breve rassegna, i vari tipi d'interpretazione secondo ciascuna di queste tre funzioni). Questa terza funzione, che proponiamo di qualificare come *riproduttiva* o *rappresentativa*, è caratterizzata dalla presenza di un intermediario che, interponendosi fra la manifestazione di pensiero di un autore e un pubblico interessato ad intenderla, assume l'ufficio di *sostituire* a quella una forma rappresentativa *equivalente*, dotata di una efficacia comunicativa idonea a farne intendere il senso. Veramente, anche in funzione puramente ricognitiva, l'interpretazione, come fatto spirituale del sog-

⁹⁶ SCHREIER, *Interpretation der Gesetze u. Rechtsgesch.*, 6, n. 3. Per la concezione dinamica qui propugnata. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, 158 sg.; JUNG, *Von der «logischen Geschlossenheit» des Rechts*, in «*Festgabe Dernburg*» (1900), 14 sgg.; HELMWIG, *Lb. d. Civilpr.*, II, 169, 173; FERRARA, *Trattato*, I, 210; DEGNI, *Interpr.*, 2^a ed., n. 134 sgg.; CARNE-LUTTI, *Teoria gen. dir.*, 1^a ed., 388, 2^a ed., 269. Vi contrappone una visione, secondo noi, ingenuamente oggettivistica il ROMANO, *Frammenti*, 122, senza rilevare che, proprio in virtù dell'interpretazione, l'ord. giur. non è qualcosa di bell'e fatto, ma *che si fa di continuo*; MONTAIGNE, *Essais*, II, XII (ed. Garnier, I, 552), da lui cit. è, in realtà, consapevole dell'efficienza evolutiva dell'interpretazione.

Vi è parallelismo del diritto con la lingua: alla quale riconosce HUMBOLDT, *Werke*, VII, 63. «ein eigenthümliches Daseyn, das zwar immer nur im jedesmaligen Denken Geltung erhalten kann, aber in seiner Totalität von diesem unabhängig ist. Die beiden einander entgegengesetzten Ansichten, dass die Sprache der Seele fremd und ihr angehörend, von ihr unabhängig und abhängig ist, verbinden sich wirklich in ihr und machen die Eigenthümlichkeit ihres Wesens aus».

getto chiamato ad intendere, consiste in un interiore riprodurre, in un rivivere dal di dentro, che porta a ripensare la concezione, a rievocare l'intuizione, espressa o implicita nella forma interpretata. Giacché quella realtà storica e sociale che a noi è data solo nel suo esteriore apparire, o come semplice prodotto, o precipitato storico, o residuo di vita superstita, non potrebbe essere intesa senza venir traspunta e ritradotta nell'attualità spirituale di un soggetto, attualità analoga a quella onde si è generata⁹⁷. Sotto questo profilo non c'è interpretare che non sia riprodurre interiormente; ed è accidentale che, una volta pervenuto per proprio conto ad intendere, l'interprete comunichi ad altri, a scopo informativo o didattico, la caratterizzazione raggiunta, indicando loro il punto di vista da cui bisogna guardare⁹⁸. Non è così, per contro, nel processo interpretativo che ora consideriamo: questo è proprio caratterizzato dal fatto che il riprodurre non è puramente interiore, contemplativo e per sé *intransitivo*, e non si esaurisce in un rappresentare a se stessi il senso ricavato, bensì è un riprodurre e ricreare esteriore, per così dire, *transitivo* e *sociale* in quanto presuppone un pubblico, visibile o invisibile, a cui rivolgersi: un ricreare tale che rappresenta il senso ricavato in una dimensione spirituale diversa da quella in cui il pensiero venne in origine concepito o almeno fissato, in guisa da concretarlo e da oggettivarlo in una nuova manifestazione – sia questa una dizione o traduzione in altra lingua, o sia la realizzazione scenica o sonora di un'opera drammatica o musicale. Il problema interpretativo qui comincia, sì, dalla ricognizione del senso, ma va subito al di là: il problema è – nella traduzione – di sostituire ad una forma non comprensibile un'altra forma che riesca comprensibile ad una cerchia di pubblico diversa da quella cui era rivolta la prima, ovvero – nell'interpretazione drammatica – di sostituire ad una forma schematizzata in simboli e formulazioni elementari una forma visiva in movimento ad essa equivalente, nella quale formulazioni e simboli siano reintegrati nel loro pieno valore espressivo ed umano in armonia di toni, di ritmi, di gesti, di colori, o infine – nell'interpretazione musicale – di sostituire ad una forma esanime, perché spogliata del suo originario soffio

⁹⁷ DILTHEY, *Ges. Schr.*, V, 263-265; VII, 120, 224 sg.; cfr. CARNELUTTI, *Meditazioni*, 1942, 139-43.

⁹⁸ Cfr. CROCE, *Poesia*, 127, che non rileva l'estraneità dello scopo didattico rispetto all'attività interpretativa alla quale può accompagnarsi.

creativo, cristallizzata e ridotta a un insieme di segni convenzionali per l'esigenza della oggettivazione, una forma uditiva animata alla quale il soffio vitale d'origine sia restituito nel linguaggio dei suoni. La nuova forma equivalente è legata alla prima, che sostituisce, da un vincolo deontologico di subordinazione, la cui osservanza è ciò che si dice la «fedeltà» della funzione rappresentativa. La qualifica di fedeltà, che non ha ragione di porsi come requisito per l'interpretazione meramente ricognitiva (perché qui essa è implicita e connaturale di per sé), è invece la stregua caratteristica, alla quale va commisurato il valore di ogni interpretazione riproduttiva. Essa non fa che applicare a questa i fondamentali canoni ermeneutici dell'autonomia e della totalità dell'oggetto: quindi va intesa come fedeltà non tanto alla forma verbale quanto al pensiero dell'autore, come aderenza e consonanza a quella concezione e intuizione di lui, che si tratta di riesprimere. Anche in questo campo affiora nella coscienza degli interpreti l'antinomia fra l'esigenza di fedeltà al pensiero originale e l'esigenza di spontaneità e di rinnovamento che promana dall'attualità dell'intendere. Ed è interessante notare i sintomi di una fondamentale analogia della problematica interpretativa. Così ad es. in tema d'interpretazione drammatica, accanto a registi che, come Copeau, professano un culto quasi religioso della rigorosa fedeltà al testo del poema drammatico, ve ne sono altri che, come Gordon Craig – in omaggio all'unità di stile dello spettacolo – vorrebbero bandire dalla scena il poema, ritenendo sufficiente un'idea alla quale l'artista di teatro possa conferire la forma da lui prescelta, o che, come l'Artaud, vorrebbero stilizzare lo spettacolo fino a ridurre la funzione della parola al livello degli altri mezzi espressivi. Accanto a registi che, sulle orme del Diderot, vorrebbero assegnare all'attore l'ufficio di presentare, spoglio di ogni sensibilità propria, puramente la vita esteriore nel carattere che incarna, ve ne sono altri che, come Stanislavski, gli pongono il compito di adattare le proprie qualità umane alla vita del personaggio e di riversarci dentro tutta la propria anima così da riviverla⁹⁹. Analogamente in tema d'interpretazione musicale, accanto a

⁹⁹J. COPEAU, *Mise en scène*, in *Encyclopédie française*, XVII (1935), 1764; 1-5; E. GORDON CRAIG, *De l'art du théâtre*, 1916, 22, 55, 111, 123, 170-171; ANT. ARTAUD, *Le théâtre et son double* (cfr. collection *métamorphoses*, IV), 1938, 73 sg., 76-77, 92, 96; DIDEROT, *Paradoxe sur le comédien*, in *Oeuvres choisies* (classiques Garnier), II, 259, 261, 263, 265, 269, 280, 303: cfr. *Encyclopédie française*, XVII, 1760, 4; CONST. STANISLAWSKI,

chi accentua la stretta dipendenza dell'interprete dalla pagina e dalle sue notazioni nel compito di ritradurre queste in attualità sonora mediante un'opera d'intelligente penetrazione, che vede affidata soprattutto al suo apprezzamento tecnico, vi sono altri, e sono ormai i più, che, senza negare il valore impegnativo della pagina musicale, attribuiscono all'interpretazione il compito di ricrearne e integrarne la concezione così nell'idea generatrice come nella struttura e coerenza stilistica, e in tale compito vedono entrare necessariamente in giuoco tutta la personalità dell'interprete con l'ispirazione della sua sensibilità e del suo gusto, nella tendenza ad incontrarsi con la personalità dell'autore verso la mèta, postulata da Wagner, di una identificazione ideale¹⁰⁰. Certamente fuor di strada è, però, chi, come il Parente¹⁰¹, fermo nel preconconcetto crociano che arte non sia se non creazione di assoluta originalità indipendente da addentellati, tenta di risolvere l'interpretazione in un problema pratico di pura tecnica: senza riflettere che qui la tecnica non è che base ed elemento preparatorio del compito interpretativo, uno strumento per rendere esplicito quel ch'è implicito nella pagina drammatica o musicale, ossia per ritrovare entro la sua apparente ermeticità quella liricità che vi circola e scorre silenziosa¹⁰². Codesta liricità si tratta non già di «risolvere», ma di accogliere congenialmente, fraternamente, nell'attualità del soggetto, riportandola nella giusta prospettiva come una sostanza che appartiene all'altrui, passata spiritualità, e che non tanto diviene, quanto torna ad essere forma viva. Il controllo da parte degli ascoltatori in tanto è possibile, in quanto l'interprete rivela se stesso e l'originale in una coincidenza, nella quale, ancorché perfetta, quelli possono sempre riconoscere il «doppio filo dell'unica corda»¹⁰³. Nell'interpreta-

An actor prepares, New York, 1936, 14, 269, 288 sg., 294 sg.; cfr. già GOETHE, *Gespräche mit Eckermann*, 1 apr. 1827; Cl. CROIZA, in *Encycl. franç.*, XVII, 1760, 7.

¹⁰⁰ V. dall'un lato, A. PARENTE, *La musica e le arti*, 1936, cap. XV: 213-29; dall'altro, S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, 1940, 31 sgg., 36-38, 139, e gli scrittori da loro citati; per una veduta meglio rispondente al dato fenomenologico, G. GRAZIOSI, *Note sull'interpretazione*, in *Rassegna musicale*, 1938, 189-214, 193 sgg.; M. PINCHERLE, *L'interprétation de l'instrumentiste*, in *Encyclopédie française*, XVII, 1760: 8-10; anche cenni in HANSLICK, *Vom Musikalisch-Schönen*, 6^a ed., 1881, 139-41; 148-50; 154.

¹⁰¹ *Musica*, cit., 218, 220-23; concorde, CROCE, *Poesia*, 2^a ed., 280.

¹⁰² Cfr. L. LEHMANN, *Droit de l'artiste*, 1935, 167; HANSLICK, *op. cit.*, 112-14.

¹⁰³ Così, G. GRAZIOSI, *Rass. mus.*, 1938, 198, cfr. 214; M. MILA, *Capire la musica*, in *Belfagor*, 1948, 13. Cfr. CARNELUTTI, *Meditaz.*, 143.

zione musicale, non meno che nell'interpretazione drammatica, l'inversione dell'*iter* creativo nell'*iter* interpretativo non può riuscire senza la illuminazione di una commossa sensibilità, di un'inventiva e di un intuito divinatorio, messi al servizio di un compito d'arte che, se non è creativo *ex nova*, è certamente ricreativo e complementare^{103a}: il compito di trovare una *sintesi riespressiva*, massime di scoprire una chiave, e la giusta *chiave*, *spettacolare* o, rispettivamente melodica *orchestrata* al testo del poema drammatico o della composizione musicale. I direttori d'orchestra, come i registi di teatro, veramente dotati, si riconoscono dalla loro singolare facoltà di realizzare un'immagine rispondente, consonante, all'opera concepita dal compositore o dal drammaturgo e dalla virtù mediatrice con cui la sanno comunicare e trasmettere.

Dal punto a cui siamo giunti; possiamo dare uno sguardo panoramico ai vari tipi d'interpretazione, ordinandoli secondo la rispettiva funzione nel quadro d'una teoria ermeneutica generale. Le tre distinte funzioni, delle quali si è brevemente delineata la differenza, si possono articolare nel seguente ordine ideale: *a*) la prima funzione, che si rinviene in qualsiasi specie di processo interpretativo, è quella da noi qualificata *meramente conoscitiva* o *ricognitiva*; le altre due risultano dall'innestarsi, su questa, di una ulteriore funzione che vale a specificarla e a differenziarla, e sono: *b*) la funzione *riproduttiva* o *rappresentativa*, nella quale l'intendere non è fine a se stesso, ma mezzo ad un fine ulteriore, che è il far *intendere* a una cerchia di destinatari; *c*) la funzione *normativa*, nella quale parimenti l'intendere serve ad un fine ulteriore, che è quello di fornire la *massima della decisione* o, in genere, *dell'azione*, in ordine a una presa di posizione nella vita sociale. Secondo queste tre funzioni le varie forme d'interpretazione o tipi di processi interpretativi si possono schematicamente classificare nel modo che segue (il nostro discorso ha qui, di necessità, carattere riassuntivo e schematico).

a) Forme d'interpretazione in funzione meramente ricognitiva sono: in primo luogo, 1) l'interpretazione *filologica*, che ha per oggetto qualsiasi testo come strumento di fissazione del pensiero e che

^{103a} Cfr. CARNELUTTI, *Medit.*, 144 sg. Qualificano q. interpr. come «nachschaufende» KUNST, SCHERER, *Gesch. d. deut. Lit.*, 1910, 634 (trad. di Shakespeare) e W. JELLINEK, *Gesetzesanwend.*, 169, n. 36-37.

non adempie un ufficio puramente preparatorio – secondo quanto asserisce certa critica estetica¹⁰⁴, che vorrebbe limitare il compito della filologia alla critica testuale e rivendicare a sé la rievocazione della poesia –, bensì ha il suo problema centrale, e pertanto il suo coronamento, proprio nel rievocare il pensiero, intuitivo o discorsivo che sia, fissato nel testo^{104a}. In secondo luogo, 2) l'interpretazione *storica* nel duplice *aspetto* che può assumere, sia in quanto interpretazione delle fonti della tradizione storica o delle sopravvivenze, sia in quanto interpretazione di comportamenti, ai quali – secondo il proposto problema storiografico¹⁰⁵ – sia da ricondurre interesse storico nella vita dei singoli o delle comunità sociali. Ma qui, a nostro avviso, bisogna distinguere, secondo che l'apprezzamento della vita storica in questione possa farsi con le sole categorie psicologiche e pratiche, etiche o politiche – come accade nella biografia, nella storia politica e in quella dei costume etico –, oppure, in ragione della sua maggiore complessità, dia luogo ad una problematica di grado superiore. Il che accade, allorché oggetto di storia siano: l'arte nelle sue svariate configurazioni, la letteratura ne' suoi generi, la scienza nelle sue varie branche, il diritto ne' suoi istituti, la società nel suo modo di organizzarsi in strutture sociali o economiche. Noi crediamo che, quando oggetto di storia sono questi concreti valori, che gli uomini creano nella vivente spiritualità della loro comunione, il processo interpretativo della vita storica, che è vita di civiltà, proponga una problematica superiore che si attegga diversamente nella storia dell'arte, della letteratura, della scienza, del diritto, delle strutture sociali ed economiche, ma che conferisce all'interpretazione in questi vari campi un tratto specifico comune, tale da differenziarla dall'interpretazione genericamente storica. Su questa 3) terza forma d'interpretazione spenderemo fra un momento qualche parola. Qui conviene intanto completare il quadro delle diverse forme.

¹⁰⁴ Per es. CROCE, *Poesia*, 2ª ed., 70, 72, 77.

^{104a} In questo modo di vedere sembrano concordi i moderni cultori della filologia classica dal Wilamowitz-Möllendorff al Funaioli (*Studi di letteratura antica*, I, 1946, 1-34, e 2ª p.: *Storia d. filologia moderna*, 355 sg.) e al Rostagni (in «*Riv. d. filologia class.*», 1925, 18 sg.; pref. alla *Poetica di Aristotele*, 1927, IX). Cfr. BERNARDINI-RIGHI, *Conc. di filologia e di cultura classica nel pensiero moderno*, 1948, 626 sgg.

¹⁰⁵ DROYSEN, *Historik*, § 19: 31-36; cfr. CROCE, *Storia come pensiero*, 128 sg.: i cui rilievi critici, peraltro, partono da inesatta comprensione: cfr. DROYSEN, *Historik*, § 30-31. Cfr. F. DE MARTINO, *Il mondo magico*, 1948, 98, 186 sgg., 192 sgg.

b) Forme d'interpretazione in funzione riproduttiva o rappresentativa sono, secondo quanto si è già accennato: 4) quella che si fa in ordine alla *dizione* o alla *traduzione* di un testo in altra lingua dalla sua originale¹⁰⁶; 5) l'interpretazione *drammatica*; 6) l'interpretazione *musicale*.

c) Forme d'interpretazione in funzione normativa sono anzitutto: 7) l'interpretazione *giuridica*, cioè l'interpretazione di precetti giuridici da osservare quali massime di decisione e di azione, in genere quali criteri di valutazione della condotta nell'orbita e alla stregua di un ordine giuridico in vigore. Inoltre: 8) l'interpretazione *teologica*, nella quale l'oggetto costituito da testi sacri e il vincolo dell'interprete a un credo religioso e ad un sistema di dogmi e di criteri fissati da una tradizione chiesastica impongono al processo interpretativo direttive e limiti, che hanno riguardo alle ripercussioni della visione escatologica sulla coscienza morale e sulla condotta pratica della vita. Sarebbe interessante mostrare (ma ce ne manca il tempo) come il vincolo del processo interpretativo ad un sistema preventivamente accettato, che lo abbraccia e lo disciplina, generi una problematica affine per l'interpretazione giuridica e per quella teologica¹⁰⁷. Alla funzione normativa di queste due forme d'interpretazione è da ravvicinare, a nostro avviso, anche 9) la funzione genericamente pratica di quella interpretazione *psicotipica* che ha per oggetto situazioni psicologiche e valutazioni morali da tenere in conto in vista dell'azione, alla quale sono chiamati massimamente, come si è accennato, (n. 73), coloro che

¹⁰⁶ Sui problemi del tradurre v. SCHLEIERMACHER, *Ueber die verschiedenen Arten des Uebersetzens*, comunicazione all'Akademie der Wissenschaften zu Berlin, del 24 giugno 1813, in *Werke*, III Abt., II, 207-245; GOETHE, *Wahrheit und Dichtung*, libro XI, a proposito della traduzione di Shakespeare del Wieland; WILAMOWITZ-MÖLLENDORFF, *Was ist Uebersetzen?* (pref. all'*Ippolito*, 1891), in «*Reden u. Vorträge*», 3^a ed., 1013, 1-29; *Per una traduz. it. d. fenomenologia e d. logica di Hegel*, in «*Rend. ist. lomb.*», 1941-42, fasc. 2; H. RÜDIGER, *Problemi della traduzione*, 1943, in «*Convivium*».

¹⁰⁷ Cfr. p. es. WACH, *Verstehen*, II, 60-61, 183-84 (Olshausen sul valore educativo di attualità dei testi sacri); J.A. ERNESTI, *Institutio interpretis N. T.*, 5^a ed., 1809, I, 2, cap. 3, § 35: 107-8: est *analogia doctrinae seu fidei* non in ipsa doctrina universa coetui alicui probata (foret enim multiplex) nec in eius nexu: *sicut* nec *iuris analogia* est in ipso iure aut legibus aut earum nexu... sed, sicut analogia grammatica est lex dicendi et forma lege constituta, cui anomalia opponitur..., sic doctrinae sacrae et fidei analogia est in summa religionis formula et lege, evidenter in scripturis tradita, unde «regula fidei» dicitur. Su questa v. AUGUSTINUS, *doctrina christiana*, III, 10; GRUNDMANN, *Joachim von Floris*, 27.

hanno un compito di governo degli uomini, ma che ciascuno di noi sperimenta nella quotidiana pratica della vita di relazione.

Classificate così in un quadro riassuntivo, che non ha affatto la pretesa d'essere esauriente, le nove forme d'interpretazione che, a nostro sommo avviso, hanno maggiore importanza nell'orizzonte di noi giuristi, ci resta a sciogliere la riserva fatta testé per la terza forma d'interpretazione in funzione meramente ricognitiva, che ha per oggetto quella che, con una denominazione collettiva scevra di pretese, si direbbe la storia della civiltà nelle sue molteplici configurazioni. Per giungere a caratterizzare esattamente il tipo di processo interpretativo in questione, bisogna, secondo noi, risalire a una distinzione che nella teoria ermeneutica venne per primo delineata e approfondita dal grande Schleiermacher¹⁰⁸. Nell'ambito dell'interpretazione psicologica in senso lato Schl. distingue dal compito propriamente psicologico *stricto sensu*, il compito tecnico. Vero è che egli intende la qualifica di «tecnico» data al processo ermeneutico nel senso stretto di tecnica espressiva propria del linguaggio parlato o scritto – tecnica, che governa la meditazione e la composizione del discorso –, non già nel senso ampio di tecnica semantica o rappresentativa, attinente cioè a qualsiasi forma rappresentativa anche diversa dal linguaggio scritto; e per conseguenza ne esclude del tutto la tecnica formativa del contenuto spirituale rappresentato, in quanto questo contenuto stesso offra la soluzione di problemi tecnici concernenti la sua formazione e si tratti d'intenderlo per l'appunto nel senso che vi si ritrovi in rapporto a tali problemi suoi propri. È ovvio, però, che il compito tecnico nel campo dell'interpretazione comporta ed esige una applicazione molto più vasta di questo circoscritto profilo, che si potrebbe chiamare il suo punto di emersione nella teoria ermeneutica. Se, infatti, è da ammettere che ogni atto dell'intendere procede dall'inversione di un atto del parlare-pensare, in quanto si tratta di ripercorrere retrospettivamente il pensiero che sta a base del discorso e di acquistarne coscienza, è chiaro che da tale inversione può ricavarsi un principio generale di corrispondenza od omologia fra processo formativo dell'opera di pensiero e processo interpretativo. E allora si scopre quale profonda verità intuisse G.B. Vico¹⁰⁹, quando affermava: «che questo

¹⁰⁸ *Werke*. I Abt., VII: *Hermeneutik und Kritik*, 143, 155, 200; ed. Meiner, IV, 151, 163, 184.

¹⁰⁹ *Scienza nuova*, ed. Nicolini, I, 172-3.

mondo civile certamente è stato fatto dagli uomini, onde se ne possono, perché se ne debbono, ritrovare i principi dentro le modificazioni della nostra medesima mente umana»¹¹⁰. In verità le molteplici tipiche configurazioni che la civiltà umana assume nel corso del suo svolgimento storico nelle varie sfere della vivente spiritualità – arte, letteratura, scienza, diritto, struttura economica e sociale –, hanno ciascuna una propria logica, una propria legge di formazione e di sviluppo, che è insieme legge di struttura e di coerenza, alla luce della quale è anche possibile una interpretazione rivolta ad intenderne il senso in ordine ai rispettivi problemi, secondo fattori tipici in esse ricorrenti e secondo fattori individuali, entrambi storicamente condizionati. Orbene una interpretazione condotta con siffatto orientamento, tendente cioè a ravvisare nelle diverse configurazioni della civiltà la soluzione di un problema morfologico o tecnico, ancorché non consapevolmente affacciato da chi ne fu l'autore, si potrebbe, adottando il criterio discretivo e la terminologia di Schleiermacher, qualificare come interpretazione e *tecnica in funzione storica*.

Vero è che, quando si parla di tecnica in sede storica, si pensa di solito unicamente al progresso dell'incivilimento materiale e si escludono da essa le forme superiori della spiritualità collettiva^{110a}. Ma si tratta di una restrizione arbitraria: in realtà, una tecnica rivolta a scoprire la peculiare legge di formazione delle varie produzioni spirituali, di cui si alimenta e si arricchisce la storia della civiltà umana, può bene esser messa a servizio di una interpretazione che quelle produzioni voglia riconoscere e riprodurre dal di dentro, nella loro genesi, nel loro stile e nella intrinseca coerenza che ne governa la concezione e la composizione, e così anche lo sviluppo storico. Certamente però, parlando di leggi di sviluppo che operano sul piano oggettivo della spiritualità, non bisogna pensare a rigide e immutabili leggi di natura, ma solo a leggi di tendenza, nelle cui correlazioni costanti interferiscono gli elementi imponderabili dell'individualità in una con la variabilità delle condizioni storiche¹¹¹. Se le valutazioni di volta in volta

¹¹⁰ DROYSEN, *Historik*, § 7: 328; cfr. WACH, *Verstehen*, III, 162 sg.; I, 229 sg.; sui limiti di applicazione di questo principio vichiano, UTITZ, *Gr. d. Kunstw.*, I, 79-82; II, 111-113.

^{110a} G. STEINHAUSEN, *Technik u. Kultur*, in «Festschrift Goetz» 1927, 460-84.

¹¹¹ Contro il pregiudizio eleatico dell'immutabilità, TROELTSCH, *Historismus*, 181-183, cf. 40-41, 566.

prevalenti nelle successive epoche costituiscono un orizzonte spirituale comandato da una prospettiva storicamente condizionata e circoscritta, è abbastanza ovvio ammettere che il sentire, il concepire e l'intuire, non solo nel linguaggio¹¹², ma anche nelle altre sfere della spiritualità, siano retti da categorie, non già extratemporali, uniformi e immutabili, bensì essenzialmente variabili in funzione di condizioni storicamente determinate, le quali attengono ai rapporti fra umanità e mondo fenomenico¹¹³. Ora il problema che qui si pone allo storico è di vedere se il variare delle concezioni, dei modi di sentire e d'intuire, dei dogmi, delle istituzioni, delle strutture, obbedisca a una normalità di sviluppo e sottostia a tendenze di svolgimento, che comportino una verifica fenomenologica^{114, 114a}.

Di qui l'esigenza di elasticità e di sensibilità storica (HUMBOLDT, W VII, 97: «Richtungen und Bestrebungen des Verfahrens») da noi posta ai concetti rappresentativi da utilizzare come strumenti d'orientamento (BOECKH, *Method.*, 17) in funzione interpretativa di strutture storiche (*Arch. giur.*, 99, 139; *Bull. dir. rom.*, 39, 46; 52; 41, 276): esigenza fraintesa, e perciò derisa, dal Croce (*Storia*, 130) e dal Gorla (*Int.*, 52 sg.). Sui c.d. concetti funzionali, CROCE, *Logica*, 4^a ed., 194 sg.; *Storia*, 56, 133; CIONE, *Dal De Sanctis al Novecento*, 1941, 127-139; B. Croce, 1944, 178-182, 230.

¹¹² Per il quale G. HUMBOLDT, *Werke*, VII, 52 sgg., 57 sg., 82 sg., 86, VI, 176-77 (Gesetze der Erzeugung) scoperse la forma interiore. Il concetto di forma interiore è accolto, fra altri, da STEINTHAL, *Ursprung der Sprache*, 3^a ed., 1877, 127 sgg.; *Zschr. f. Völkerpsych.*, II, 1862, 230-39 (WACH, *Verstehen*, III, 225-32); LAZARUS, *ivi*, 11, 57; III, 1865, 81, cfr. 41; *Leben der Seele*, II, 2^a ed., 1878, 138-43, 189-91, 193 sg.; ROTHACKER, *Logik u. System.*, 54 (Formkraft); HARTMANN, *Problem.*, 187 sg., 202. Per la storia del concetto, R. SCHWINGER, *Innere Form: Definition des Begriffs von Shaftesbury bis Humboldt*, Leipz, Diss., 1932, cit. dal Wach, III, 225, n. 4; MEINECKE, *Entstehung d. Historismus*, 19 sg., cfr. 504, 544; BURDACH, *Riforma*, 1935, XIV.

¹¹³ DROYSEN, *Historik*, 184 sg.; 343 sg.; WACH, *Verstehen*, III, 177, 179; WORRINGER, *Abstraktion u. Einfühlung*, 1911, 9-10, 50-53; *Formprobleme der Gothik*, 1922, 11-12. Cfr. BERENSON, *Estetica*, 249-51, 328, 371-73; TRIEPEL, *Stil. d. Rechts*, 78, 84, 116. Non si rende conto di questa impostazione del problema la critica del Georgesco, in «*Tijdschr. voor Rechtsgesch.*», 16-4, 1939, 424-25.

¹¹⁴ In senso affermativo risolvono il problema: WÖLFFLIN, *Kunstgeschichtl. Grundbegriffe*, 7^a ed., 1929, 247 sgg.; *Das Problem des Stils in der bildenden Kunst*, in *Abhandlungen der Akademie d. Wiss. zu Berlin*, 1912, 572 sgg.; O. WALZEL, *Gehalt und Gestalt*, in *Handbuch der Literaturwiss.*, IX, 15, 300-322; UTITZ, *Gr. d. Kunstwiss.*, II, 376 sgg., 391 sgg.; WORRINGER, *Formprobleme d. Gothik*, 11 sg.; H. NOHL, *Stil. u. Weltanschauung*, 1920, 87 sgg.; DILTHEY, *Die Typen der Weltanschauung u. ihre Ausbildung in den metaphysischen Systemen*, in *GES. SCHR.* VIII, 1911 (Nohl. 124); altri richiami in WACH, *Verstehen*, II, 7-8, e nota 2.

^{114a} Nell'indirizzo di una storia degli stili, segnato da ALOIS RIEGL (*Stilfragen*, 1893; 2^a ed., 1923; *Spätromische Kunstindustrie*, 1901): W. WORRINGER, *Abstraktion u.*

Ebbene è un dato fenomenologico incontestabile, a nostro avviso, che lo sviluppo storico della spiritualità sul piano oggettivo delle varie sfere in cui si articola, presenta analogie con lo sviluppo dello spirito sul piano soggettivo delle personalità individuali¹¹⁵. Caratteri comuni dello sviluppo sull'uno e sull'altro piano sono la continuità e la coerenza, per cui ogni nuova esperienza di vita si assimila alle precedenti e s'integra quale autoctisi (*epidosis eis autò*) in una vigente totalità che ha in se stessa la sua legge d'autonomia¹¹⁶. È anche dato osservare che fra l'uno e l'altro sviluppo corre un circolo¹¹⁷ di reciproca dipendenza e influenza, che tuttavia non pregiudica la rispettiva autonomia, così che ogni tentativo di riduzione ad unità nel senso di assoggettarli entrambi a semplici leggi di «causalità psicologica» sembra destinato a fallire¹¹⁸. Invero, sul piano oggettivo della

Einführung, 3^a ed., 1911, 9-10, 14 sgg.; B. BERENSON, *Aesthetics ethics and history in the arts of visual representation* (trad. it. Praz, 1948), 249-51, 328, 371-73; nel campo del dir., TRIEPEL, *Vom Stil des Rechts: Beiträge zu einer Aesthetik des Rechts*, 1947, 64-66, 67-83, 78.

Sull'indirizzo caratterologico del Dilthey (*Ges. Schr.* VIII): ROTHACKER, *Logik und Systematik d. Geisteswiss.*, 36 sgg.; *Geschichtstphil.*, 95; in s. critico, FREYER, *Diltheys System d. Geisteswiss. und das Problem Gesch. u. Soziologie*, in *Kulturgesch.* (Festschr. Goetz, 1927), 403 sgg.; ANTONI, *Dallo storicismo alla sociologia*, 30-32; *Consideraz. su Hegel*, 303 sgg. Un nuovo allargamento di orizzonte viene aperto alla prospettiva storica dalla critica rivolta da E. DE MARTINO, *Il mondo magico*, 1948, 98, 183, 189, 194, contro la corrente tendenza a far assorgere a modello valido per tutte le esperienze e forme culturali il nostro modo storico di esistere (dissenziente CROCE, *Quad. crit.*, 10, 1948, 80).

¹¹⁵ Le leggi di sviluppo della personalità, già intuite da Goethe (GUNDOLF, *Goethe*, 553, 605; MEINECKE, *Entstehung des Historismus*, 504, 544: Gespr. mit Eckermann, 26 febr. 1824), sono state poi studiate dal DILTHEY, *Ges. Schr.*, VII, 138, 153, e cultori della psicologia differenziale (Struktur (Geistes) psychologie) Stern, Jaensch, Krüger, Spranger. V. inoltre GEMELLI-ZUNINI, *Intr. a. psicologia*, 395 sgg.

Accentuano l'omologia e l'unità di costruito fra il piano personale e il piano oggettivo della spiritualità, DILTHEY, *Ges. Schriften*, VII, 138, 154-57 e N. HARTMANN, *Problem d. geist. Seins*, 222, 223 sg., 250 sg. e già NIETZSCHE, *Menschl.*, I, 292; senza tuttavia disconoscere le rispettive differenze (HARTMANN, *ivi*, 248, 254, 259).

¹¹⁶ Cfr. i ripetuti cenni in DROYSEN, *Historik*, 9, 10, 12, 14, 20, 24, 27, 29, 32 sg., 82, 152, 192 sg., 301, 304, 307, 309, 326, 329 sg., 362 sg., 395, 411. GENTILE, *Fondamenti fil. dir.*, 1937, 215.

¹¹⁷ BERNHEIM, *Methode*, 17, 140 sg.; LAZARUS, *Z. f. V. P.*, I, 33 sg., III, 53.

¹¹⁸ LAZARUS, in *Zeitschr. f. Völkerpsychol.*, III, 1865, 86 sgg., 90; 410 sgg., 427, 480 sg.; *Leben der Seele*, 2^a ed., I, 1876, 337 sg.; concordi con lui: BERNHEIM, *Methode*, 6^a ed., 110; M. WEBER, *Roscher u. Knies u. die logischen Probleme der histor. Nationalökonomie*, in *Schmollers Jahrbuch*, 30, 1906, 100-113; HÖFFDING, *Totalitätsbegriff*, 1917, 103 sg.; contro la spiegazione psicologica sostenuta da questi scrittori v.: TROELTSCH, *Histori-*

spiritualità operano leggi di sviluppo, che una semplice interpretazione psicologica non è in grado di ricostruire. Nella storia delle arti, delle letterature, delle scienze, delle legislazioni, delle strutture economiche e sociali, il fatto storico non si limita ad essere semplicemente un fatto individuale di date personalità, fatto che accade in date condizioni di tempo e di luogo, ma è tale da avere in sé un *contenuto* spirituale, un *valore*, la cui *coerenza* intrinseca è *continuità* con altri valori affini è da intendere anzitutto in se stessa, nel suo aspetto oggettivo, nel suo stile caratteristico, indipendentemente dalle contingenti circostanze storiche del suo realizzarsi, come anche dalla pura relazione cronologica del prima e del poi. Qui, in vista di accertare la derivazione storica e di dar risalto alla linea essenziale dello svolgimento, si pone preliminarmente l'esigenza d'intendere la concezione, l'opera, la struttura, nella peculiare logica cui è oggettivamente informata, e di ricostruire la concatenazione ideale (di valori e di contenuti significativi) in cui essa s'inquadra¹¹⁹.

Orbene, ad orientare la conoscenza storica verso una contemplazione selettiva dei valori della civiltà serve per l'appunto l'interpretazione tecnica (in funzione storica) in quanto ravvisa nelle svariate opere di pensiero e di azione la soluzione di *problemi*, che in senso ampio possono qualificarsi *tecnici*. Così serve un'interpretazione tecnico-artistica alla storia delle varie arti sotto il profilo dei rispettivi problemi espressivi^{119a}; serve un'interpretazione tecnico-letteraria alla storia delle letterature secondo i vari generi letterari – ge-

smus, 38 sg.; N. HARTMANN, *problem d. geist. Seins*, 42, 59 sgg., 246 sg.; SIMMEL, *Probleme*, 36 sg.; LITT, *Indiv. u. Gemein*, 314; J. WACH, *Max Weber als Religionssoziologie*, in «Festschrift Goetz», 1927, 380, n. 3-4; STAMMLER, *Theorie d. Rechtswiss.*, 2ª ed., 1923, 33. Per un tentativo di delimitandone delle rispettive sfere di competenza, FREYER, *Soziologie*, 13-21.

¹¹⁹ SIMMEL, *Probleme*, 36 sg., che parla di uno «Zusammenhang des Sinnes»: concetto, questo, poi svolto dal LITT, *Indiv. u. Gemein*, 3ª ed., 28, 314, 326, 338, 343, 359; anche UTITZ, *Gr. d. allg. Kunstw.*, II, 375-85; SPRANGER, *Lebensformen*, 391, 413 sg.; BERENSON, *Estetica nelle arti d. rappres. visiva*, 1948, 375 sg., 239 s. e 349; già M. WEBER, in *Schmollers Jahrbuch*, 30, 1906, 97-98, ammette una «wertbeziehende Interpretation», la quale non diviene parte integrante di una rappresentazione storico-empirica, ma è piuttosto costruzione dell'individualità storica mediante giudizi di valore: valore che noi troviamo realizzato, esistenziale, in quel dato oggetto (cfr. BARATONO, *Mio paradosso*, 27, 37); LAZARUS, in *Zschr. f. Völkerpsych.*, III, 1865, 437, aveva parlato di un «Vorbilden dessen, was nach ihm gebildet werden soli».

^{119a} BERENSON, *Estetica*, 313 sg.

neri, che, ad onta delle aspre critiche loro rivolte, hanno bene una funzione di orientamento, in quanto rispondono ai diversi tipi di discorso determinati dall'indirizzo e scopo cui s'informa l'attività del comunicare ad altri i propri pensieri¹²⁰. Serve parimenti un'interpretazione tecnico-scientifica alla storia del pensiero scientifico nelle singole scienze; serve un'interpretazione tecnico-giuridica, operante con gli strumenti concettuali della dogmatica, a fare la storia del diritto secondo la logica interna degli istituti e dei principi. Serve, infine, una interpretazione tecnico-sociologica ovvero tecnico-economica alla storia delle strutture sociali od economiche^{120a}, nel compito di riconoscere correlazioni tendenzialmente costanti tra fatti anche cronologicamente separati, raggruppandoli intorno a specifici problemi organizzativi o, in genere, morfologici della vita sociale, secondo punti di vista rispondenti a un circoscritto interesse storico o comparativo¹²¹.

Insomma, nella interpretazione tecnica i cultori delle varie discipline elaborano tipi e schemi interpretativi, che insieme adoperano per intendere la storia delle molteplici configurazioni della civiltà umana, quale storia dei problemi concernenti la loro formazione e il loro sviluppo¹²². È ovvio che solo una sensibilità educata di artista,

¹²⁰ BOECKH, *Enc. u. Method.*, 2ª ed., 82, 130, 140 sgg.; BLASS, *Herm. u. Krit.*, in *Handb. d. Altertumswiss.*, ed. da Otrfr. Müller, I, 214 sgg. Per un'impostazione storica del problema dei generi, GUNDOLF, *Goethe*. 17-24; per una revisione critica, ROSTAGNI, *Per la storia d. letterat. greca*, in «*Riv. d. fil. class.*», 1925, 1-20. Sulla posizione del Croce, CIONE, *B. Croce*, 1944, 58-59, 63.

^{120a} DOPSCH, «*Zur Methodologie der Wirtschaftsgeschichte*», in «*Festschrift Goetz*», 1927, 518-538.

¹²¹ M. WEBER, *Ges. Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 172, 190 sgg.; in *Schmollers Jahrbuch*, 30, 1906, 105 sg.; 111 sg.; H. FREYER, *Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft: logische Grundlegung des Systems der Soziologie*, 1930, 148-158; 192-199; 222-229, con energica accentuazione del compito della sociologia di elaborare concetti interpretativi della realtà storica. D'altronde, Freyer, nella cit. «*Festschr. Goetz*», 497, rivendica all'oggetto della sociologia un collegamento alla presente attualità, che non è punto una sua prerogativa (cfr. KOSCHAKER, *Europa u. d. röm. R.*, 344 sg.; inoltre, ANTONI, *Storicismo*, 180 sg.).

¹²² Sull'antitesi fra i due indirizzi storiografici, rivolti l'uno alla storia dei problemi specifici (tecnici) che si ravvisano risolti nelle opere studiate, l'altro allo svolgimento complessivo della vita spirituale di una società o di un popolo, v. ROTHACKER, *Logik u. Systematik der Geisteswiss.*, 1926, 27-29, 120, 124; SIMMEL, *Probleme*, 4ª ed., 65-66; LITT, *Indiv. u. Gemein.*, 3ª ed., 365-66; WALZEL, *Gehalt und Gestalt*, 13-15; UTITZ, *Gr. d. allg. Kunstwiss.*, II, 382; H. COING, *Die obersten Grundsätze d. Rechts*, 1947, 138-41; M. DA-

una mente preparata, alla quale siano familiari per proprie esperienze i problemi espressivi che l'opera d'arte (per es. musicale), consapevolmente o meno, ha risolto, è in grado d'intendere il valore rappresentativo di quella; solo un intelletto di giurista, cui siano familiari, attraverso l'esperienza del diritto, gli schemi concettuali della dogmatica, è in grado di proporsi i problemi di formazione degli istituti e principi giuridici, sceverando negli uni la struttura dalla funzione assunta in processo di tempo, e integrando negli altri, non già la disciplina del precetto, ma la rappresentazione concettuale manchevole offertane dalle fonti contemporanee¹²³. Solo una mente di sociologo, che abbia meditato sui problemi morfologici di organizzazione della vita sociale, è in grado di rendersi pieno conto dei fattori costanti (tipici) ricorrenti e delle tendenze di svolgimento che operano nelle vicende storiche delle strutture sociali, e fanno sì che una società vivente in un dato ambiente reagisca normalmente in modo identico ad identiche situazioni di fatto¹²⁴. In una analoga direttiva, dagli studiosi dell'antichità classica fu postulata e, in età più recente, è stata anche disegnata un'ermeneutica (e critica) archeologica, che ha per oggetto rappresentazioni figurative (scolpite o dipinte), eccedenti l'immediato valore semantico della forma espressiva, da rico-

VID, *Der Rechtshistoriker u. seine Aufgabe* (Leiden, 1937), 18; *Triepel, Stil d. Rechts.*, 68, 73; cfr. il duplice punto di vista da cui può considerarsi la lingua, rilevato da W. HUMBOLDT, *Werke*, ed. Leitzm., VI, 128. Combatte il secondo indirizzo in De Sanctis, ma anche l'opposto, CROCE, *Poesia*, 2^a ed., 138-143.

¹²³ Questa esigenza metodica fu da noi affermata in *Arch. giur.*, 99, 1928, 129-150; 100, 27-67; *Bull. dir. rom.*, 39, 33-71; 41, 145, n. 1; 273-281; *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 15, 1937, 137-174; *Dir. rom.*, I (1935), prefaz. XII-XXVIII. Essa esigenza è stata interamente fraintesa, fra altri, dal GORLA, *L'interpretazione del diritto*, 1941, 52 sgg. (nostre *Istit.*, 2^a ed., prefaz. VIII, n. 5), quando ha contrapposto alla «conoscenza per concetti» una «conoscenza individuale» di ispirazione crociana (CROCE, *Estet.*, 5^a ed., 41; *Poesia*, 2^a ed., 83; *Storia*, 130), la quale ignora la problematica d'ordine superiore a quello genericamente storico avvertita da chi, come noi, postula un'interpretazione tecnico-giuridica in funzione storica; contro l'indirizzo del G. v. anche M. WEBER, in *Schmollers Jahrbuch*, 1906, 86 sg., 95 e il rilievo fatto testé alla nota 111. Fraintende quell'esigenza anche il Georgesco, nella cit. «*Tijdschrift*», 16, 423-25, e in «*Problemele actuale ale dreptului roman*», 1943, 107-126 (KOSCHAKER, *Europa u. d. röm. R.* 366), come appare dal modo stesso come imposta la questione di metodo (sopra, nota 118). Obbedisce, invece, sostanzialmente a quell'esigenza l'indirizzo proposto dal COING, *op. cit.*, 141 sg.

¹²⁴ KOSCHAKER, in *Deut. Rechtswiss.*, 4, 1939, 69 e scritti ivi cit.; UTITZ, *Gr. d. allg. Kunstwiss.*, II, 408; DE FRANCISCI, *Arcana imperii*, I, 1947, 29-37.

noscere e ricostruire con l'integrazione esplicativa di testi letterari¹²⁵. Si tratta sempre di materie d'interesse storico, ma tali da non trovare un'elaborazione adeguata e sufficiente con le comuni categorie psicologiche o etiche. Rispetto ad esse l'interpretazione tecnica qui propugnata risponde a quell'esigenza di adeguazione dell'intendere o di corrispondenza ermeneutica, che costituisce, secondo quanto abbiamo detto (n. 56), un canone fondamentale (il 4°) dell'interpretazione.

Ma qui dobbiamo ribattere un'obiezione che all'indirizzo dell'interpretazione tecnica in funzione storica potrebbe esser mossa da chi pensi che l'elaborazione di tipi e schemi interpretativi, frutto di astrazione dall'esperienza, possa importare, nel processo interpretativo, una indebita intrusione di concetti estranei, in contrasto con un altro canone fondamentale (il 1°): quello dell'autonomia, o immenza della considerazione ermeneutica. Dai rappresentanti di certo storicismo, che inclineremmo a chiamare atomistico, si contesta la legittimità di ogni elaborazione concettuale tendente ad orientare il dato storico verso tipi e schemi interpretativi, obiettando – così in particolare il Croce¹²⁶ – che «chi si fa a pensare scientificamente, ha già cessato di contemplare esteticamente» o storicamente. E si pretende che una «logica naturalistica (quale sarebbe quella classificatoria) conduce alla posizione di un rapporto tra due o più astratti^{126a} e non è un conoscere, ma una formola dell'agire», per concludere che, «se la prima e genuina conoscenza è quella che si chiama storica, la seconda, che prende il nome di tecnica», non è che una «pseudocoscienza»¹²⁷: con che si asserisce un contrasto insanabile e una diffe-

¹²⁵ Basti qui ricordare i nomi di F.A. Wolff, Welcker, Levezow, Piper, Preller, Gerhard (DILTHEY, *Ges. Schr.*, V, 319; J. WACH, *Verstehen*, I, 197, n. 3; II, 28; III, 301 n. 2, 304, nota; 306 n. 3; 310-312; 323-325) e le trattazioni di K. Sittl in *Handb. d. klass. Altertumswiss.*, VI, 1895, 807-863 e specialmente di C. ROBERT, *Archäologische Hermeneutik*, 1919. L'interpr. archeologica mira a ricostruire quella che il Volkelt (WACH, *Verstehen*, II, 28) chiama l'«eccedenza di contenuto rappresentativo»: a intender la quale va tenuto presente il rilievo di HUMBOLDT (*W.*, VII, 176 sg.) circa il significato che trabocca sull'espressione in quanto non vi è palesato in modo assolutamente definito.

¹²⁶ *Estetica*, 5ª ed., 41; *Storia come pensiero*, 130, 132.

^{126a} Analoga obiezione si fa all'analisi psicologica: GORDON W. ALLPORT, *Use of personal documents in psychological science*, 1942, 143: «willingness to pile abstraction upon abstraction with little regard for the concrete personal life».

¹²⁷ CROCE, *Carattere della filosofia moderna*, 193 sg. Viceversa si ammette (*ivi*, 211 sg.) che «la genesi del problema storiografico sia sempre in un bisogno del fare». Il che sembra pure inesatto o, comunque, esagerata formulazione.

renza abissale «tra il giudizio che fa storia e la formola che è tecnica»¹²⁸, mentre si stabilisce, viceversa, una perfetta equazione tra la scienza «che è tecnica», e la tecnica che «è la scienza»¹²⁹. Per conto nostro crediamo che codesta posizione del Croce, che non esitiamo a qualificare come antiscientifica, debba essere risolutamente respinta. Anzitutto (è da osservare) chi argomenta in tal modo, scambia e confonde due piani, che vanno tenuti ben distinti l'uno dall'altro: il piano del processo creativo, nel quale il soggetto è, o può essere, inconsapevole delle leggi cui obbedisce in quel che fa; e il piano del processo interpretativo, nel quale, viceversa, si tratta proprio di ripiegarsi su quel primo processo con una consapevole riflessione, per ricavarne le direttive e le leggi, di formazione e di sviluppo¹³⁰. Ove si tengano distinti i due piani, si scopre subito l'equivoco dell'obiezione, che si vorrebbe desumere dal fatto che «l'attività teoretica elementare precede la pratica e le conoscenze intellettive che rischiarano la pratica, ed è indipendente così dall'una come dalle altre»¹³¹. Ammessa pure tale precedenza ideale, essa non esclude punto che l'opera d'arte obbedisca a una sua propria logica¹³², e che alla scoperta di questa possano offrire un utile sussidio quelle «conoscenze tecniche al servizio della riproduzione artistica»¹³³, la cui consapevolezza appartiene al processo interpretativo. Che poi «il poeta non avverta codesta tecnica, che per lui è come inesistente»¹³⁴, si può anche concedere in molti casi; ma il punto decisivo è che egli oggettivamente vi obbedisca: tanto basta perché debba avvertirla l'interprete nel riprodurre dal di dentro il processo genetico. Si noti che l'attività ricognitiva dell'interprete non può essere vincolata neppure da confessioni che lo stesso autore abbia fatto circa il modo tenuto nella composizione^{134a}. In genere bisogna ben delimitare le rispettive sfere di competenza: quella che spetta alla peculiarità dell'oggetto da interpretare (secondo la sua autonomia) e quella che spetta alle cate-

¹²⁸ *Ivi*, 195.

¹²⁹ CROCE, *Conoscenza storica e costruzioni tecniche e scientifiche*, in *Quaderni della critica*, S, 1947, 17-22, spec. 20.

¹³⁰ La confusione fra i due piani è evidente in CROCE, *Poesia*, 2^a ed., 85-86.

¹³¹ CROCE, *Estetica*, 5^a ed., 123.

¹³² BARATONO, *Mio paradosso*, 32.

¹³³ CROCE, *Estetica*, 122 sg.

¹³⁴ CROCE, *Quaderni di critica*, 8, 1947, 17.

^{134a} Concorde, BERENSON, *Estetica n. arti d. rappr. visiva* (1948), 161.

gorie del soggetto (secondo l'attualità dell'intendere); e nel delimitare l'una dall'altra, bisogna distinguere tra la forma d'arte o di vita da interpretare, considerata in sé quale si svolge oggettivamente, e la riflessa coscienza che possono averne gli autori o i contemporanei, che la creano o la vivono, nelle formulazioni che essi, ripiegandovisi sopra, possono darne¹³⁵. Così il linguaggio parlato non va confuso con quel complesso di regole che se ne elabora nella grammatica o nella retorica¹³⁶; la produzione letteraria va distinta dai concetti d'orientamento che se ne astraggono nella poetica¹³⁷; il costume etico effettivamente praticato (*ethos*) va distinto dall'etica che i moralisti coevi ne abbiano ricavato¹³⁸; il diritto vivo e vigente in una data società va distinto dalla dogmatica, con cui i contemporanei ne abbiano tentato una rappresentazione concettuale¹³⁹.

Insomma, il piano formativo non va confuso col piano interpretativo, sul quale se ne opera l'invasione e il ripensamento: se in chi crea o vive una forma d'arte o di vita può esser mancata la chiara coscienza di obbedire a certe leggi che ne governano la formazione, tale riflessa coscienza non deve mancare all'interprete che, chiamato a riconoscere l'opera nella sua propria logica e nel suo stile, ha bisogno di rendersi conto della sua intrinseca coerenza e della concatenazione ideale in cui essa s'inserisce. Che una interpretazione tecnica così orientata non debba degenerare in un procedimento surrettizio, tendente – come il Croce¹⁴⁰ teme – a «ritrovare nel fatto sostituito le leggi del fatto sostituito», non è un'obiezione, ma un semplice ammonimento, che conta sulla sensibilità e sul senso storico nell'interprete.

Non vi può esser dubbio che «ogni opera è ben interpretata e ben rievocata solo nel suo storico collocamento»¹⁴¹. Ma la questione

¹³⁵ Nostro *Dir. rom.*, pref. XIV.

¹³⁶ W. HUMBOLDT, *Werke*, VII, 167 sg.

¹³⁷ BOECKH, *Enc. u. Method.*, 56, che distingue fra logos implicito e consapevole riflessione: cfr. 143 sg., 240 sg., ponendo solo (156) l'esigenza che le categorie estetiche moderne sian congruenti con le peculiari leggi di formazione delle opere antiche; cfr. CROCE, *Critica*, 1930, 290.

¹³⁸ SCHELER, *Formalismus, in d. Ethik*, 2^a ed., 1921, 218 sg.: N. HARTMANN, *Ethik*, 44 sg., 121 sg.; *Problem*, 253, 449 sg.; DROYSEN, *Histor.*, 182.

¹³⁹ JHERING, *Geist*, I, 33 sgg., 47; n. ril. in *Arch. giur.*, 99, 136. sg.: *Bull. dir. rom.*, 41, 274; *Dir. rom.*, pref. XIV; ROTHACKER, *Logik*, 132, 139.

¹⁴⁰ *Estetica*, 5^a ed., 41.

¹⁴¹ CROCE, *Poesia*, 2^a ed., 130.

concerne il metodo che si deve tenere per riconoscere questo collocamento; concerne la prospettiva e il criterio che si debbono adottare per determinare la concatenazione produttiva, da cui esso risulta¹⁴². Quando, pur riconoscendo che il nesso fra le singole opere non può mancare, si afferma dal Croce¹⁴³ che esso «non è già in una connessione diretta dei fatti di una certa qualità tra loro», ma è in «tutta» la storia precedente dell'umanità, di cui son parte, si enuncia, non già un problema risolvibile, ma solo un'affermazione e iperbolica metodologicamente assurda, perché tale da non consentire alcuna verifica scientifica. E quando, sempre dal Croce¹⁴⁴ si battezza per pura «immaginazione di filologi» una storia della poesia «che si svolga nel chiuso dei propri confini» – perché essi filologi «nel mostrare astratte somiglianze e attinenze tra le opere poetiche» sarebbero tratti ad immaginarsi che «nella catena da loro costruita abbiano soffiato una *vis* generativa che l'ha tramutata in un ordine biblico di generazioni» –, si rifiuta con troppa leggerezza, siccome illegittima, l'impostazione di un problema, che può almeno indirizzare l'indagine storica verso fecondi punti di vista, e si finisce in sostanza per soppiantarla con una visione monadistica e atomistica delle singole opere o dei singoli autori isolatamente considerati¹⁴⁵. Analoghe osservazioni valgono per la storia degli istituti giuridici e delle strutture sociali. Senza scendere qui a una più minuta confutazione, basteranno questi rilievi a giustificare il nostro rigetto di un modo di vedere anti-scientifico che, mentre svaluta e disconosce l'interpretazione tecnica, arriva a mettere sul medesimo piede la storia dell'economia politica e quella dell'«arte del baro, del *dandy*, del carnefice e simili»^{145a}.

Passati così in rassegna i vari tipi d'interpretazione, ordinati secondo la rispettiva funzione nel quadro di una teoria generale, do-

¹⁴² SIMMEL, *Probleme d. Gesch. phil.*, 4^a ed., 67-68, 82, 179-182; DILTHEY, *Ges. Schr.*, V, 264-66; VII, 119, 138, 153 sg.; TROELTSCH, *Historismus*, 33; LITT, *Indiv. u. Gemein.*, 3^a ed., 312 sgg., 326; cfr. R. MÜLLER-FREIENFELS, *Denken und Phantasie*, 248 sg., 65, 173, 320, 326.

¹⁴³ *Poesia*, 2^a ed., 131, 130 e 146; *Storia come pensiero*, 290; *Carattere fil. mod.*, 213 sg.

¹⁴⁴ *Poesia*, 131.

¹⁴⁵ CROCE, *Carattere della filosofia moderna*, 213-215; *Teoria e st. d. Storiogr.*, 163 sgg.; E. CIONE, *B. Croce*, 1941, 68 sg.

^{145a} CROCE, in *Quaderni di critica*, 8, 1947, 21.

vremmo ora approfondire ed estendere l'esame delle categorie civilistiche. Simile compito, però, non può essere assolto in questa sede, ma solo nel corso. Qui, per concludere, interessa piuttosto richiamare ancora l'attenzione sul beneficio morale che può apportare a tutti noi uno studio illuminato della teoria dell'interpretazione. Ho accennato, all'inizio, al beneficio di rimuovere l'intolleranza e d'instillarci l'abito della tolleranza per opinioni diverse dalle nostre. Bisogna aggiungere, ora, che nessuno studio è, più di questo, idoneo a render problematica l'ingenua credenza che in «questo mondo civile fatto dagli uomini» ragione e torto, bene e male, possano esser divisi con un taglio netto¹⁴⁶; nessuno studio, per conseguenza, è atto come questo, a combattere tendenze ad ogni specie di violenta sopraffazione, che derivino da incomprendimento e da personale immodestia, come pure ad inculcare il senso storico e il gusto dell'umana equanimità. Invero, il compito interpretativo, dovendo sempre fare assegnamento sull'attualità dell'intendere, non può mai dirsi chiuso e compiuto; nessuna interpretazione, per valida e convincente che sia, può imporsi all'umanità siccome definitiva^{146a}. Le opere d'arte e di pensiero vengono rievocate mercè concezioni interpretative, che variano e attraversano mutevoli vicende storiche, per guisa da comunicare e conferir loro – come notava Anatole France – una sorta d'immortalità mobile e viva, e per essa una perenne vitalità¹⁴⁷. Fra lo spirito attuale e le oggettivazioni dello spirito conservate nella tradizione si svolge una lotta senza posa, che è un'interiore dialettica, un continuo alternarsi di attrazione e repulsione, che perviene ad influire sullo stesso processo interpretativo, modificandone i risultati, e

¹⁴⁶ Cfr. HEGEL, *Gesch. d. Phil.*, II (W. XIV, 1^a ed., 1833) 117-120; (2^a ed., 1840) 100-103, sul processo di Socrate; MEUSEL, *Polemik*, 107 sg.; n. rilievi sui Gracchi, in «*Studi Fac. giur. Pavia*», IV, 1915, 20 sg. Di qui, la massima, in apparenza paradossale, «nolite iudicare, et non iudicabimini» (LUCA, *evangel.*, VI, 37-38, 41-42). Contro il pregiudizio dell'infallibilità, CARDOZO, *The nature of the judicial process* (1922), 30.

^{146a} Sulla perenne incompiutezza del proc. interpretativo, J. WACH, *Verstehen*, I, 114; 180 sg.; 232; 256 sg.; II, 168 sg.; III, 257; 260 sg.; 265.

¹⁴⁷ NIETZSCHE, *Menschliches allzu Menschl.*, II, 408; I, 208; cfr. E. UTITZ, *Gr. d. allg. Kunstwiss.*, I (1914), 244, 258; H. TIETZE, *Die Methode der Kunstgesch.*, Leipzig, 1913, 417 sg.; 352, 372; STEINTHAL, in *Zeitsch. f. Völkerpsych.*, II, 1862, 172 sg.; N. HARTMANN, *Problem d. geist. Seins*, 417-18, 448, 453, 467; MEUSEL, *Problem d. phil. Polemik*, 1942, 63 sg.; BERNHARDY, *Grund. z. Enz.*, 72, in ach, III, 259 n. 4; FREYER, *Soziologie*, 155, 298; BERENSON, *Estetica*, 375-79.

che fa pensare alla formola mistica «*nec tecum vivere possum nec sine te*». Di qui, anche le mutevoli vicende: il tramontare e il risorgere di quelle oggettivazioni sull'orizzonte dell'attualità, il loro perdersi nell'oblio e il loro rinascere, secondo che in esse lo spirito attuale avverta una catena che lo imprigiona, lo appesantisce e lo inceppa, ovvero una potenza che lo promuove, lo solleva e lo innalza¹⁴⁸. Di tale dialettica è piena la storia della conoscenza scientifica come quella della creazione artistica, delle credenze morali, religiose, educative, degli istituti giuridici, delle strutture sociali: formulazioni, stili, dogmi, massime di condotta e di decisione, che all'origine riflettono e rispecchiano convinzioni e valutazioni radicate nel profondo della spiritualità, smarriscono, riacquistano e riperdono in processo di tempo la loro primigenia evidenza suavis e intuitiva in conformità con le vicende dello spirito attuale¹⁴⁹. Viceversa, accade che una società storicamente determinata, entro l'autonoma sua linea di sviluppo, trovi per virtù propria il punto di vista giusto, nella cui prospettiva si scoprono o ridiventano visibili quelle creazioni del passato o di altre civiltà affini, che per l'innanzi non vi erano peranco affiorate, o che ne erano scomparse: esse creazioni si scoprono o si riscoprono, allorché alla odierna sensibilità si dimostrino idonee ad intrinsecarsi con la vita attuale, ad appagarne le esigenze, ad incarnarsi ne' suoi istituti¹⁵⁰. Ma, comunque ciò avvenga, certo è che in questo regno dello spirito vige, nella lotta delle idee, una propria legge di autonomia: non la violenza o l'astuzia, non la così detta «legge della giungla», è quella che dà la vittoria^{150a}. Nella roccaforte della coscienza non si penetra se non col lume della verità. Qui vale in pieno un detto di profonda saggezza: «*nemo contra Deum, nisi Deus ipse*»:

¹⁴⁸ Cfr. HARTMANN, *Problem*, 453, 455, 459; 399 sg., 460 sg., 475. Per un es. BERENSON, *Estetica*, 240, 249.

HEGEL, *Phil. d. Gesch.* Einleitung: DE RUGGIERO, *Hegel*, 207.

¹⁴⁹ Cfr. HARTMANN, *Problem*, 252 sg., 255 sg., 232 sg., 446 sg., 449 sg.

¹⁵⁰ V. per tutti, KOSCHAKER, *Europa und des röm. Recht*, 1947, 142 sgg., 48 sg., 88 sg.; BURDACH, *Riforma, rinascimento, umanesimo*, 1935, 8, 11, 69 sg., 109 sg.; CARDUCCI, *Lo studio di Bologna*, VII, in «*Prose*», 1187; DE FRANCISCI, *Arcana imperii*, III, 2, 343 sg.; «*Riv. dir. comm.*», 1939, 127.

^{150a} Cfr. Seneca, *Epist. ad Lucil.* 57, 5-6: quemadmodum flamma non potest opprimi: nam circa id diffugit quo urgetur; quemadmodum aër verberare aut ictu non laeditur nec scinditur quidem, sed circa id cui cessit refunditur: sic animus, qui ex tenuissimo constat, deprehendi non potest, nec intra corpus affligi.

soltanto lo spirito abbatte lo spirito; ma lo spirito che abbatte, è, insieme, uno spirito che suscita: «*concussus surgit*». Il prodotto spirituale, che è stato fermento di lotta, luce d'insegnamento e impulso motore di ulteriori produzioni affini, è acquisito per l'eternità: l'energia suscitatrice una volta spiegata nell'ispirare altri spiriti fraterni, non va perduta¹⁵¹.

EMILIO BETTI

Roma, 28 aprile 1948.

Appendice: Schema del disegno di «Teoria generale» preannunziata e presentata con questa «prolusione».

TEORIA GENERALE DELL'INTERPRETAZIONE
(partizione sistematica)

NOZIONI INTRODUTTIVE: *Posizione dello spirito rispetto all'oggettività*. – Presupposti gnoseologici della presente teorica. Indirizzo generale dell'indagine fenomenologica. Dialettica di soggetto e oggetto nella fenomenologia dello spirito. (*Riv. intern. fil. dir.* 1949).

CAPITOLO I: *Il problema epistemologico dell'intendere, quale aspetto del problema generale del conoscere*. – § 1. Essenza dell'intendere. Delimitazione da altri modi del conoscere: dedurre per concetti, spiegare per cause. – § 2. Delimitazione dell'oggetto: manifestazioni del pensiero; comportamenti; oggettivazioni dello spirito. – § 3. Fenomenologia delle oggettivazioni. La tradizione delle forme rappresentative: loro modo di essere allo stato latente e loro risalire all'orizzonte dell'attualità. – § 4. Compito dello spirito attuale (personale e oggettivo) di fronte alla tradizione: orientamento adeguato al richiamo: trasporre, rivivere e ricreare. – § 5. Totalità individuale e concatenazione produttiva, quali categorie storiche. – § 6. Legittimità e utilità di concetti rappresentativi-interpretativi nelle scienze dello spirito: loro rispondenza a un'esigenza di mediazione e di tipizzazione (critica dello storicismo atomistico e adialettico).

CAPITOLO II: *Il processo interpretativo in generale (gnoseologia ermeneutica)*. – § 7. Unità del processo interpretativo: possibilità di una teoria ermeneutica generale. – § 8. Interpretare e intendere: azione ed evento

¹⁵¹ NIETZSCHE, *Unzeitgem. Betracht.*, II, 2=W. I, 296; *Menschl.*, I, 208=W. II, 191. Per un'interpretazione idealistica dell'etica di F. NIETZSCHE, in *Rendic. ist. lomb.* 1943-44, 203; ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, 5ª ed., cap. VII, 94 sgg.

del processo interpretativo. – § 8 *bis*. Surrogati automatici del processo interpretativo indotti dalla civiltà di massa. – § 9. Criteri per la qualifica di un'attività spirituale succedanea siccome interpretazione: delimitazione da altre attività teoretiche. – § 10. Soglia ermeneutica. Esigenza di ricollegare il pensiero all'autore. – § 11. Inversione dell'iter genetico nell'iter ermeneutico. – § 12. Indirizzo e destinatari della manifestazione. Sociologia ermeneutica. – § 13. Atteggiamenti metateoretici preliminari al processo interpretativo: atteggiamento emotivo (interesse ad intendere); atteggiamento riflessivo (appercezione); atteggiamento etico (abnegazione di sé). – § 14. Momenti teoretici avvicinandosi nel processo interpretativo: momento filologico, critico, psicologico, tecnico.

CAPITOLO III: *Deontologia ermeneutica*. – § 16. Canoni la cui osservanza garantisce l'esito epistemologico dell'interpretazione. – § 17. Canoni ermeneutici attinenti all'oggetto: *a*) autonomia e immanenza del criterio ermeneutico; *b*) totalità e coerenza della considerazione ermeneutica. – § 18. Canoni ermeneutici attinenti al soggetto: *c*) attualità dell'intendere; *d*) adeguazione dell'intendere (corrispondenza e congenialità ermeneutica). – § 19). L'interpretazione quale sintesi ricognitiva e ricostruttiva. Valori ermeneutici. – § 20. L'interpretazione e integrazione: legittimità e opportunità d'una integrazione in funzione conoscitiva: suoi limiti. – § 21. Classificazione generale dei tipi d'interpretazione secondo la differenza della funzione rispettiva: *a*) intendere (interpr. meramente ricognitiva); *b*) far intendere (interpr. in funzione riproduttiva o rappresentativa); *c*) intendere per agire (interpr. in funzione normativa).

CAPITOLO IV: A) *Interpretazione in funzione meramente conoscitiva*: 1) *L'interpretazione filologica in senso stretto*; 2) *L'interpretazione storica*. – § 22. 1) L'interpretazione filologica in senso stretto. Punto di emersione del metodo filologico nella filologia classica. Sua portata generale. – § 23. Concetto di testo: il testo, come strumento di fissazione contrapposto alla tradizione orale. Documento e manifestazione del pensiero. – § 24. Momenti del metodo filologico: grammaticale, psicologico (individuale e tipico). – § 24 *bis*. Meta ideale del met. filol. la rievocazione del pensiero (intuiz. o conc.). – § 25. Problematica di secondo grado, cui dà luogo il vario contenuto e carattere del pensiero manifestato. – § 26. 2) L'interpretazione storica. Suoi vari aspetti: *a*) interpretazione delle fonti. Concetto di fonte, quale concezione e rappresentazione di eventi. – § 27. *b*) interpretazione di comportamenti aventi interesse storico nella vita dei singoli o negli organismi sociali. Soglia della coscienza storica: posizione della questione storica e valutazione dell'importanza storica nell'ambito di una totalità o con-

catenazione produttiva. – § 28. Apprezzamento della vita storica con le sole categorie psicologiche e pratiche, etiche o politiche: biografia, storia politica, storia della *humanitas* o del costume etico. – § 29. Competenza e limiti del giudizio storico. Problematica di secondo grado, cui dà luogo il complesso carattere dei comportamenti d'interesse storico.

CAPITOLO V: 3) *L'interpretazione tecnica in funzione storica.* – § 30. L'interpretazione tecnica, quale ricostruzione delle soluzioni date a specifici problemi ricorrenti nella vita storica. Costanti fenomenologiche, disconosciute sotto pretesto di «empirismo» o di «astrattezza» dallo storicismo atomistico. – § 31. Logica e legge di formazione dell'opera o dell'istituto. – § 32. Legittimità e opportunità dell'ammissione di una tipicità ideale ricorrente, e della elaborazione di generi, tipi e stili d'arte. – § 33. *a)* Interpretazione tecnico-artistica e tecnico-letteraria (cenno sul processo genetico dell'opera d'arte e di poesia: ispirazione lirica, meditazione intuitiva di un contenuto, composizione espressiva). – § 34. *b)* Interpretazione tecnico-archeologica: sue fonti intrinseche ed estrinseche. – § 35. *c)* Interpretazione tecnico-scientifica. Ricognizione del pensiero speculativo e storia della scienza. – § 36. *d)* Interpretazione tecnico-giuridica: ricostruzione dogmatica secondo la logica interna degli istituti. Distinzione fra diritto positivo e sistemazione dottrinale della coeva giurisprudenza. Differenza fra interpretazione normativa di un diritto in vigore e interpretazione meramente conoscitiva di un diritto d'interesse storico o comparativo. – § 37. *e)* Interpretazione tecnico-sociologica e tecnico-economica. Suo compito di riconoscere correlazioni tendenzialmente costanti tra fatti anche separati e cronologicamente distanti, organizzandoli intorno a specifici problemi della vita sociale secondo punti di vista rispondenti a un circoscritto interesse storico o comparativo.

CAPITOLO VI: B) *Interpretazione in funzione riproduttiva o rappresentativa.* – 4) *Traduzione.* – § 38. Problema della riproduzione del pensiero in generale: intendere e far intendere. – § 39. Antinomia fra il vincolo di fedeltà al pensiero da riprodurre e l'esigenza d'integrazione nell'attualità del riprodurre (integrazione rappresentativa). – § 40. 4) L'interpretazione traducevole. Traduzione e interpretazione. L'interpretazione meramente conoscitiva, nelle sue varie forme (filologica, storica, tecnica), presupposto necessario di ogni traduzione. Necessità di distinguere fra pensiero e formulazione linguistica. – § 41. Deviazioni: comune equivocazione tra formula e senso; pregiudizio a favore della traduzione letterale. – § 42. Traduzione e commento. Ibridismo dei rifacimenti, delle interpolazioni e delle epitomi riassuntive. – § 43. La traduzione come arte: scoperta del ritmo e dello stile adeguato. Esemplicazioni.

CAPITOLO VII: 5) *L'interpretazione drammatica*. – 6) *L'interpretazione musicale*. – § 44. 5) *L'interpretazione drammatica*. Il processo dell'individuazione rappresentativa per opera dell'attore e del regista. – § 45. Còmpito del regista di teatro: ricerca della chiave spettacolare del testo drammatico. Rapporto di animazione direttiva fra regista e attori. Còmpito dell'attore. – § 46. Raffronto col còmpito del regista cinematografico; illustrazione e configurazione artistica della visione. – § 47. Indirizzi e concezioni divergenti circa il rapporto della messa in scena col testo del dramma: esigenza di subordinazione, unità e consonanza. – § 48. Deviazioni: ibridismo della messa in scena affrancata dal testo; deviazione del teatro verso il cinematografo. – § 49. 6) *L'interpretazione musicale*. Analogo processo d'individuazione e integrazione. Presupposto dell'esecuzione, una interpretazione ricognitiva. – § 50. Còmpito del direttore d'orchestra: ricerca della chiave orchestrale del testo musicale. Rapporto di animazione fra direttore ed esecutori. Apprezzamento discrezionale della rispondenza dei mezzi allo scopo riproduttivo. – § 51. Relazione teleologica fra tecnica e interpretazione. Critica della teoria che nega carattere di attività artistica all'interpretazione musicale. – § 52. Relazione fra opera e dramma. Esigenza di totalità e consonanza. Le situazioni psicologiche evocate nel libretto, come fonte d'ispirazione.

CAPITOLO VIII: C) *Interpretazione in funzione normativa*. – 7) *L'interpretazione giuridica*. – § 53. Problema dell'intendere per decidere (agire), rispetto a precetti da osservare o in ordine a dogmi, valutazioni morali o situazioni psicologiche da tenere in conto. – § 54. Antinomia fra il vincolo di subordinazione e l'esigenza d'iniziativa nell'attualità dell'intendere e dell'agire. – § 55. 7) *L'interpretazione giuridica* (interpretazione di precetti giuridici in ordine alla loro applicazione). Il processo dell'individuazione normativa rispetto a precetti generali e astratti. Rapporto di complementarità fra legislazione e interpretazione. – § 56. Còmpito del determinare la misura e l'estensione del contenuto normativo: integrazione di lacune della formula legislativa secondo la logica del diritto. – § 57. Interpretazione esplicativa diretta a uno sviluppo normativo coerente di addentellati o di valutazioni immanenti inesprese, secondo esigenze della vita sociale. – § 58. Rassegna di procedimenti interpretativi: chiarimento estensivo o limitativo, interpretazione di secondo grado, analogia, interpretazione evolutiva, interpretazione correttiva, integrazione. – § 59. Mezzi (materiale) e criteri interpretativi: in particolare il criterio di valutazione comparativa degli interessi in conflitto. – § 60. Disciplina legale dell'interpretazione: carattere e destinatari delle norme regolatrici. Interpretazione e qualificazione giuridica. – § 61. Còmpito del far intendere con esclusione di un'intelligenza diversa: interpretazione autentica; competenza

e forme varie. Interpretazione e accertamento. – § 62. Interpretazione e costruzione dogmatica del diritto: funzione conoscitiva e valutativa della dogmatica giuridica. – § 63. Oggetto dell'interpretazione; suoi atteggiamenti secondo le diverse categorie di precetti. – *a*) Interpretazione di leggi e norme consuetudinarie. – § 64. *b*) Interpretazione di atti eteronormativi (provvedimenti): atti amministrativi, sentenze, regolamenti unilaterali. – § 65. *c*) Interpretazione di atti d'autonomia: trattati e negozi giuridici. – § 66. Metodi interpretativi: interpretazione individuale e tipica, interpr. c.d. soggettiva e oggettiva. Indirizzi interpretativi.

CAPITOLO IX: 8) *L'interpretazione teologica.* – 9) *L'interpretazione divinatoria.* – § 67. 8) L'interpretazione teologica. Suo oggetto: testi sacri. La qualifica di testo sacro nell'orbita di una determinata chiesa o confessione religiosa. Criterio differenziale, la manifestazione di un pensiero ritenuto d'ispirazione divina e trascendente il livello della comune umanità. – § 68. Vincolo dell'interpretazione a un credo religioso, a una dogmatica teologica o ai criteri ermeneutici fissati da una tradizione chiesastica. Controversia circa l'ammissibilità e i limiti di un libero esame individuale, sorta sul terreno della religiosità protestante. – § 69. Esigenza di direttive o limiti della competenza interpretativa dei fedeli con riguardo alle ripercussioni della visione escatologica sulla coscienza morale e sulla condotta pratica individuale. – § 70. 9) l'interpretazione divinatoria in funzione pratica. Suo carattere diagnostico ed esplicativo. Campi d'applicazione svariati. – § 71. Esplicazione di indizi, di sintomi (auspici), di simboli, di sentimenti, di orientamenti d'interesse pratico (in particolare, politico). – § 72. Diagnostica fisionomica e psicotipica. Psicologia del behaviorism.

CAPITOLO X: *Vicende storiche e funzione educativa dell'interpretazione.* – § 73. Risorgente incompiutezza e discutibilità dell'esito epistemologico. Continuità e perennità del compito interpretativo. Equivocità del senso e variabilità dell'interpretazione. – § 74. Fenomenologia dello spirito nel corso storico. Mutevole vicenda delle concezioni interpretative delle medesime opere. Mutato inquadramento e duplex interpretatio. – § 75. Sopravvivenza per tradizione continuativa. Vita postuma e rinascimenti. Fraindendimenti produttivi. Sviluppo di ad-dentellati; trasformazione e nuova creazione su reminiscenze. – § 76. Crescenza e genitura spirituale. Perenne vocazione educativa suscitata dalle orme del passato serbate nella tradizione. Umanesimo e coscienza storica della humanitas. Conoscenza di sé attinta alla civiltà delle passate epoche storiche. – § 77. Educazione di sé o cultura individuale. Educazione del genere umano. Formazione del senso storico o dello spirito di tolleranza verso le opinioni altrui.

Bibliografia più importante

- 1) F. SCHLEIERMACHER, *Hermeneutik und Kritik mit besonderer Beziehung auf das Neue Testament*, hgg. v. Fr., Lücke, 1838, in *Sämmtl. Werke*, I Abteilung (Zur Theologie), VII Bd.
 ID., *Ueber den Begriff der Hermeneutik mit Bezug auf F. A. Wolfs Andeutungen und Asts Lehrbuch* (gelesen an der kgl. Akad. d. Wiss. zu Berlin am 13. Aug. und am 22 Okt. 1828), in *Werke*, III. Abteilung (Zur Philosophie), III. Bd., 344-386.
 ID., *Ueber die verschiedenen Methoden des Uebersetzens* (gelesen an der Akad. d. Wiss. zu Berlin am 24. Juni 1813), in *Werke*, III Abt., II Bd. 207-245.
- 2) W. HUMBOLDT, *Ueber die Aufgabe des Geschichtsschreibers*, comunicazione alla kgl. Akad. d. Wiss. zu Berlin, 1820-21, in *Abhandlungen der historisch-philologischen Klasse*, 1822, IV, 305-322: rip. in *Werke*, ed. Reimer, I (1841), 1-25, e in *Werke*, ed. Leitzmann, IV (1903), 35-57.
 ID., *Ueber die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues* (1827-29), in *Werke*, ed. Leitzmann, VI, 111-303.
 ID., *Ueber die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluss auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts* (1830-35), in *Werke*, ed. Reimer, VI, 1-425: ed. Leitzmann, VII, 1-344.
- 3) J.G. DROYSEN, *Historik: Vorlesungen über Enzyklopädie und Methodologie der Geschichte*, hgg. v. R. Hübner, 1937 (contiene la *Enzyklopädie u. Methodologie d. Geschichte* e il *Grundriss der Historik* nella 3^a edizione del 1882).
- 4) A. BOECKH, *Enzyklopädie und Methodologie der philologischen Wissenschaften*, hgg. v. R. Klusmann, 2^a ed., 1886.
- 5) H. STEINTHAL, *Der Ursprung der Sprache im Zusammenhange mit den letzten Fragen alles Wissens*, 3^a ed., 1877.
- 5a) M. LAZARUS, *Das Leben der Seele*, in *Monographien über seine Erscheinungen u. Gesetze*, 2^a ed., I, 1876, 323-411; *Ueber das Verhältnis des Einzelnen zur Gesamtheit*, in *Zschr. f. Völkerpsychologie u. Sprachwissenschaft*, II, 1862, 393-453; *Einige synthetische Gedanken zur Völkerpsychologie*, *ivi*, III, 1865, 1-94, massime, 41-61. *Leben d. Seele*, II, 1878, 41 sg., 96 sg., 134-144, 226-257.
- 5b) M. LAZARUS o H. STEINTHAL, *Einleitende Gedanken über Völkerpsychologie*, in essa rivista, I, 1860, 1-73, massime, 40-68.
- 6) W. DILTHEY, *Ideen über eine beschreibende und zergliedernde Psychologie* (1894), in *Gesammelte Schriften*, V (1924), 139-240.
 ID., *Die Entstehung der Hermeneutik* (1900), in *Ges. Schr.*, V, 317-338.
 ID., *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, in *Gesammelte Schriften*, VII (1927), 79-188.

ID., *Entwürfe zur Kritik der historischen Vernunft*, in *Ges. Schr.*, VII, 191-291.

- 7) G. SIMMEL, *Probleme der Geschichtsphilosophie: eine erkenntnistheoretische Studie*, 4^a ed., 1922.
- 7a) TH. LITT, *Individuum und Gemeinschaft*, 3^a ed., 1926, 182 sgg., 246 sgg., 312 sgg.
- 8) J. WACH, *Das Verstehen: Grundzüge einer Geschichte der hermeneutischen Theorie im 19. Jahrhundert*: I (die grossen Systeme), 1926; II (die theologische Hermeneutik von Schleiermacher bis Hofmann), 1929; III (das Verstehen in der Historik von Ranke bis zum Positivismus), 1933.
- 9) N. HARTMANN, *Das Problem des geistigen Seins: Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften*, 1933, special. 348 sgg.
- 10) *Interprétation*: voce della *Encyclopédie française*, XVII, 1760 sgg. (J. Copeau, M. Pincherle, P. Abraham ed altri: 1935).

Questo schema venne elaborato nel giugno 1947 e comunicato al compianto amico Adelchi Baratono e al collega Carlo Esposito. Ferma restando l'intelaiatura, venne modificata nella elaborazione successiva la distribuzione degli argomenti nei vari paragrafi in dipendenza dal loro diverso approfondimento e dalle reciproche correlazioni.

La svalutazione di principio, che scrittori di tendenza crociana (quale, ad es. C. ANTONI, *Considerazioni su Hegel e Marx*, 1946, 135 segg., 157; *Storicismo*, 38, 153, 164, 173, sg.), oppongono alla elaborazione scientifica di una teoria dell'intendere, richiamandosi alla esemplare «metodologia della storiografia» disegnata dal loro maestro, sarà oggetto di confutazione nel cap. I, specialm. al § 6.

SAGGI

Appunti sulla legislazione volta a governare la crisi economica

Guido Alpa

SOMMARIO: Premessa. – 1. La prima fase (dal 1915). – 2. La seconda fase (dal 1933).
– 3. La terza fase (dal 1940). – 4. La quarta fase (dal 2008).

Premessa

La crisi economica e finanziaria che ha preso avvio nel 2008 è oggetto di una letteratura straordinariamente ricca. Molti sono i modelli interpretativi che si sono proposti dagli economisti, dagli storici, dai sociologi e ovviamente dagli studiosi della politica: se si tratti di una delle crisi periodiche, a cui il mondo occidentale è esposto a cadenze sistematiche, che si ripetono ad intervalli sempre più frequenti, se si tratti di una crisi che ha precedenti simili, se il sistema sia perennemente in crisi, nel senso che esce da una crisi ed entra direttamente in un'altra, oppure se si tratti di una crisi epocale con caratteri del tutto nuovi.

Sulla crisi del 2008 i giuristi non si sono cimentati nell'impresa di riassumere in un quadro complessivo i suoi riflessi sull'ordinamento giuridico: le analisi sono per lo più di settore, e riguardano, soprattutto, gli aspetti di natura bancaria e finanziaria¹.

Se si guarda alla tradizione, però, l'analisi degli aspetti giuridici delle crisi non è nuova, anzi, ha un sapore di antico.

Nell'ultimo secolo negli anni Ottanta e Novanta si sono registrate crisi di breve durata. I provvedimenti conseguenti traggono origine in parte dalla situazione economico-finanziaria del Paese del momento, e sono stati affidati a decreti d'urgenza; in parte hanno rappresentato l'attuazione di direttive dell'Unione europea.

A mo' di esempio si possono rammentare le manovre sul prelievo forzoso dai conti correnti, la svalutazione della lira, il processo di adozione dell'euro. E pure l'impianto delle riforme, quella bancaria, comportante la trasformazione delle Casse di Risparmio in fon-

¹ V. in particolare CAPRIGLIONE e SEMERARO, *Crisi finanziaria e debiti sovrani. L'Unione Europea tra rischi e opportunità*, Torino, 2012.

dazioni e s.p.a., la confezione del t.u. bancario del 1993 e del t.u. dell'intermediazione finanziaria del 1998, quella delle società e delle cooperative, che sarebbe poi sfociata nella disciplina del 2001, le manovre di stabilità e l'intensissima legislazione di natura fiscale.

Se si dovesse guardare alle vicende epocali, sono almeno tre le vicende che si possono accostare a quella che stiamo vivendo: (i) la legislazione di guerra, introdotta nel corso della Prima guerra mondiale e negli anni immediatamente ad essa successivi, (ii) la legislazione conseguente alla crisi e alla Grande Depressione del 1929, (iii) la legislazione introdotta in occasione della Seconda Guerra mondiale.

Si potrà obiettare che un conto sono le crisi economiche, come quella del 1929, altro conto sono le crisi connesse ad eventi bellici. Il che è vero; ma è anche vero che la crisi del 1929 è stata preceduta, in Germania, e in parte anche in Italia, da crisi locali divenute endemiche per gli effetti disastrosi provocati dalla Prima guerra mondiale: in Germania, per il crollo dell'Impero, l'eccessiva gravosità delle sanzioni, l'instabilità politica della Repubblica di Weimar, l'inflazione galoppante; in Italia, la situazione critica era stata determinata dallo sforzo cagionato dal sostegno della guerra che aveva prostrato il Paese entrato nel conflitto in condizioni economiche già precarie.

Gli effetti bellici si protrassero per molto tempo e finirono per intrecciarsi con crisi di altra natura, monetarie, o politiche – oggi si direbbe dovute alla ristrutturazione dei «debiti sovrani» – sì che appare difficile, se non impossibile, separare tra di loro con un taglio netto le prime due crisi che durarono quasi fino alle soglie della Seconda guerra mondiale.

La comparazione diacronica ha il suo fascino, perché ci consente anche di capire in che tempi e con quali modalità i legislatori, i giudici e gli accademici reagirono agli eventi e come si orientarono nell'assunzione delle scelte.

1. *La prima fase (dal 1915)*

La «legislazione di guerra» è diventato un topos letterario già all'inizio del Novecento; i contributi si contano dal primo anno di guerra; si tratta di saggi pubblicati sulle riviste o di monografie specificamente dedicate a questo profilo della evoluzione dell'ordinamento giuridico. Ogni autore segue i suoi modelli e i suoi stilemi.

Vi è chi, come Roberto De Ruggiero confina il suo discorso nell'esame di singoli provvedimenti normativi². E chi, come Pietro Bonfante, iscrive i diversi provvedimenti in un quadro complessivo³.

Seguendo la medesima linea, Pietro Cogliolo ricompone in un quadro organico tutti i provvedimenti legislativi occasionati dagli eventi bellici⁴.

Vi è chi, come Vittorio Scialoja, interessato al dialogo con gli studiosi d'oltre confine, si avvale della sua esperienza diplomatica e, provvisto di una cultura cosmopolita, si dedica alla creazione di regole uniformi⁵.

Chi, ancora, come Filippo Vassalli traccia un ampio affresco di questa legislazione nell'ottica propria del civilista, consapevole del difficile equilibrio tra autonomia privata e intervento dello Stato. La sua conclusione è che, al di là degli interventi urgenti, lo Stato non può interferire nei rapporti tra privati, che sono affidati al diritto civile e quindi ad un ordinamento che è «extrastatuale» in quanto fondato sulla libera determinazione dei singoli⁶.

Una indagine approfondita porterebbe in là nella valutazione degli effetti di questa normativa da parte dei giuristi italiani, ma è sufficiente per il momento rinviare alle pagine dei cultori della storia giuridica del Novecento⁷.

Preme qui mettere in luce il fatto che la dottrina, in allora, non tenne un atteggiamento agnostico rispetto alla disciplina dei provvedimenti sollecitati dalla crisi, ma poiché avevano carattere d'urgenza ed erano destinati ad avere durata effimera, dopo un biennio l'atten-

² *Leggi di guerra nel diritto privato italiano*, conf. al Circolo giuridico, in *Diritto e giurisprudenza*, XXXI [1916], 171 ss.; *Le leggi eccezionali di guerra in favore degli albergatori*, in *Riv. dir. comm.*, XIV [1916], 2, 571-580.

³ *Legislazione di guerra del regno d'Italia*. I. *Per la difesa militare dello Stato* (21 marzo-15 luglio 1915), raccolta completa presentata da Pietro Bonfante, 1915.

⁴ *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale: con una parte speciale sopra la colpa, i danni, la forza maggiore*. Raccolta completa di tutti i decreti legge in rapporto al diritto privato, Torino, 1917.

⁵ *Per un'alleanza legislativa tra gli Stati dell'Intesa*, 1916, ora in *Studi giuridici*, vol. IV, Roma, 1933; *L'intesa giuridica tra l'Italia e a Francia*, in *Riv. dir. civ.*, 1918.

⁶ *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, 1918, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1960.

⁷ Per tutti v. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Roma-Bari, 2000.

zione scemò. Ne è specchio fedele la Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni, la cui pubblicazione data dal 1903.

La Rivista aveva una posizione di primazia nell'ambito dei periodici giuridici, e spaziava dal diritto commerciale al diritto civile, al diritto romano, al diritto comparato, al diritto internazionale, e aveva posto le basi per lo studio del diritto speciale, con particolare riguardo al diritto societario, al diritto industriale, al diritto fallimentare. Possiamo notare l'attenzione che gli autori e la redazione prestano alla legislazione di guerra, ma essa dura per un tempo assai limitato. Ciò che coinvolge la dottrina è l'ordinaria vita scientifica, nella quale i fenomeni esterni sono incapsulati nelle categorie dogmatiche e resi inoffensivi.

Alcuni saggi compendiosi esaminano il problema degli effetti giuridici della guerra sui rapporti tra privati. L'inizio delle operazioni belliche aveva riguardato altri Paesi e l'Italia aveva mantenuto lo stato di neutralità, anche se non era certo che la situazione sarebbe rimasta stabile in futuro. La Rivista svolge un utile servizio – per legislatore, giudici e professionisti – rendendo conto della situazione giuridica venutasi a creare a seguito degli eventi bellici⁸. Per quanto riguarda il diritto internazionale e il diritto interno è prezioso il saggio pubblicato da Francesco Ferrara nell'annata successiva.

L'Autore, che definisce la guerra «un fatto giuridico grandioso, un avvenimento da cui sgorgano innumeri e multiformi conseguenze giuridiche» prende avvio dalle vicende che avevano contrassegnato l'esperienza francese nella guerra franco-prussiana del 1870, in cui si sospesero i termini di prescrizione, furono vietati i procedimenti esecutivi nei confronti dei cittadini chiamati alle armi, furono attenuate le misure restrittive della capacità giuridica nei confronti delle donne, e dalle misure omologhe che sempre in Francia erano state introdotte nel 1914, per trattare compiutamente il tema in tutti i settori dell'ordinamento. Il presupposto dell'analisi è che lo stato particolare in cui versa la società non richiede regole di eccezione – se non minimali – in quanto sono sufficienti i principi generali già vigenti per trovare soluzione ai problemi posti dal conflitto⁹. Il suo timore è duplice: da un lato, che la fretta di imporre regole nuove e di

⁸ V. ad es. RENZO MOSSA, *Il diritto germanico e la guerra*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, 790 ss.

⁹ *Influenza giuridica della guerra nei rapporti civili*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 28.

eccezione si traduca nella immissione nel sistema di regole «improvvide o inadeguate», dall'altro che le regole, avendo tenore generale, abbiano una portata eccessiva, essendo più appropriato affidare al giudice la valutazione in concreto degli interessi in gioco: la vicenda del terremoto di Messina – secondo Ferrara – è un esempio significativo di «cooperazione giudiziaria» con il quale si possono risolvere equitativamente i problemi aperti dalle circostanze straordinarie create dall'incombere di un evento eccezionale. È evidente però che, se la guerra coinvolge l'intera società, si producono questioni di diritto internazionale che si intrecciano con quelle di diritto interno. È il caso dell'*occupatio bellica* in cui si sovrappongono due ordinamenti, quello originario e quello dello Stato occupante.

Esaminando via via le questioni più ricorrenti, che si possono risolvere facendo ricorso ai principi o alle stesse regole vigenti in tempo di pace, Ferrara passa in rassegna gli istituti del diritto di famiglia: la *patria* potestà, che, in assenza del padre, è esercitata dalla madre; l'autorizzazione maritale, che in Francia fu sostituita in assenza del marito dall'autorizzazione del giudice, può – secondo l'A. – ritenersi invece caducata per tutto il periodo di allontanamento del marito, atteso che la donna «sottentra a lui nella direzione domestica»; si applica poi, ove necessario, l'istituto della scomparsa, dell'assenza e della dichiarazione ufficiale di morte.

Per quanto riguarda i contratti, alcuni hanno fatto ricorso alla clausola *rebus sic stantibus* (presupposto o condizione tacita) che esprime esigenze di equità e buona fede. Ma Ferrara, tenendo presente il principio secondo il quale il contratto ha forza di legge tra le parti, esclude l'impiego della clausola, e opta per l'esimente della forza maggiore, perché ciò che si deve accertare è l'impossibilità, non la difficoltà a prestare. Nella vendita può esser messa in forse la stabilità di un contratto di vendita di bene individualmente determinato, ma non mai la vendita di genere. Il contratto di somministrazione, ancorché divenuto più gravoso, non scioglie l'obbligato dal vincolo contratto¹⁰.

Diverso ovviamente è il discorso se le parti abbiano previsto in una clausola l'evento bellico, tale da comportare la sospensione degli effetti o la risoluzione del contratto. Un tale tipo di clausola deve essere prevista esplicitamente, o si può ritenere integrata nel contratto

¹⁰ *Op. cit.*, 35.

secondo gli usi? Per il carbon fossile inglese Ferrara richiama un precedente in questo senso, deciso dal Trib. di Genova il 9 maggio 1913, che, a causa della guerra tra Italia e Turchia aveva considerato sospesi i contratti di fornitura del carbone fornito da imprese inglesi prevedendo la prassi inglese clausole di questo tipo¹¹. Anche in questa materia tuttavia l'A. esprime cautela, e fa riferimento a quella giurisprudenza (francese) che non aveva risolto i contratti di locazione temporanea di immobili per motivi di villeggiatura in quanto la sostanza del contratto, cioè il godimento della cosa, non era modificata dallo stato bellico, e non vi era stata privazione effettiva del godimento della cosa. Sono in altri termini le circostanze di specie che debbono essere apprezzate¹². Il che non implica che il legislatore possa farsi carico della difficoltà di versare puntualmente il canone e quindi disponga dilazioni di pagamento per gli immobili situati nelle grandi città.

Il contratto di lavoro «si interrompe» solo per ragioni di forza maggiore, e quindi non si può esercitare il diritto alla retribuzione, ma il rapporto rimane intatto; la *locatio operis* si scioglie solo se divenuta impossibile ma non perché divenuta più onerosa. Allo stesso modo per il trasporto.

Ferrara dà atto della comune opinione in base alla quale i danni di guerra non sono una fatalità che incombe sul danneggiato, ma piuttosto un evento di natura collettiva che implica il principio di responsabilità dello Stato (principio già enunciato da Grozio nel *De jure belli ac pacis*, III, tit. 20, § 7). Viene così sconfessata la tesi opposta, enunciata da Vattel in *De droit des gens*, libro III, 3, §232 e seguita dall'Assemblea costituente nel 1791 e poi dalla giurisprudenza francese fino al 1870, secondo la quale i danni dovevano essere distinti in due categorie: quelli derivanti da azioni dello Stato per precauzione e difesa, ritenuti risarcibili, da quelli derivanti dai combattimenti o dall'azione del nemico, ritenuti invece frutto della fatalità. Gabba, Ferrini, Chironi, Orlando condividono la tesi più liberale, posto che non è semplice distinguere i diversi casi di danno, e d'altra parte il principio di solidarietà impone l'intervento dello Stato in ogni vicenda di tal fatta.

¹¹ In *Riv. dir. comm.*, 1912, I, 469; Cass. Torino, 29 marzo 1914, in *Foro it.*, 1913, I, 1196.

¹² V. Trib. Parigi, 27 gennaio 1871, in D. 71,3,6.

Nell'annata del 1916 la guerra è presente in numerosi scritti, che riguardano sia provvedimenti assunti dai governi dei diversi Paesi belligeranti, sia dalle autorità italiane: si tratta di pagamenti effettuati in oro, vendita di merci, rischio e pericolo nel trasporto ferroviario di merci, i calmieri dei beni alimentari e così via.

Il legislatore smentisce la tesi di Francesco Ferrara che riteneva ultronee le regole speciali potendosi ricorrere ai principi generali ed approva una miriade di provvedimenti particolari; ma la conferma però in punto di esigibilità della prestazione, perché in materia di appalti non ravvisa ragioni di tutela in capo all'appaltatore che debba eseguire la prestazione in condizioni più onerose¹³.

Nel 1918 gli autori si occupano dei problemi giudiziari delle nuove province¹⁴, del disegno di legge sui danni di guerra¹⁵, della clausola «operazioni belliche»¹⁶ o della disciplina dei termini¹⁷. Nel 1919 ciò che rileva sono i danni di guerra¹⁸ e il disegno di legge sul passaggio dallo stato di guerra allo stato di pace¹⁹. Trascorso un biennio, la legislazione speciale, considerata temporanea, e quindi effimera, non è più oggetto di analisi dottrinale e neppure di informazioni sintetiche. Con il senno di poi, possiamo notare che fu – al di là delle riflessioni di Cogliolo, Scialoja e Vassalli – un atteggiamento un po' miope. Molti provvedimenti non furono destinati a cadere nel dopoguerra, ma a trascinarsi per decenni, per giungere quasi fino a noi: si pensi alla legislazione vincolistica in tema di locazioni, oppure alle norme limitative della autonomia privata in materia di patti agrari.

Anche la Rivista di diritto civile, fondata sei anni dopo la Rivista di diritto commerciale, da Alfredo Ascoli, Pietro Bonfante, Carlo Longo ed Eliseo Antonio Porro, segue con attenzione gli sviluppi della legislazione di guerra, a partire dal 1915. Inizialmente la Rivista dà notizia dei provvedimenti introdotti negli Stati belligeranti dell'uno e dell'altro fronte, e poi descrivendo gli interventi del legislatore italiano. In Francia si tratta di misure che riguardano i rapporti

¹³ SEGRÈ, *Su alcuni provvedimenti in materia di diritto privato emessi in occasione della guerra*, *ivi*, 1916, 177.

¹⁴ CALAMANDREI, *Riv. dir. comm.*, I, 23.

¹⁵ CARNELUTTI, *ivi*, 98.

¹⁶ PETRONE, *ivi*, 363.

¹⁷ SEGRÈ, *ivi*, 496.

¹⁸ SACERDOTI, *ivi*, 222.

¹⁹ SEGRÈ, *ivi*, 66.

tra cittadini francesi, come le moratorie generali per i termini di scadenza delle obbligazioni, misure a favore di inquilini e affittuari, misure riguardanti gli effetti cambiari, e le operazioni di borsa; ma si introducono anche disposizioni che vietano il commercio con le imprese del nemico, tedesche e austro-ungariche; se i contratti sono conclusi in Francia sono colpiti di nullità, se sono colpiti all'estero, sono colpiti di nullità se uno dei contraenti è francese. Il divieto riguarda non solo i contratti commerciali – più esattamente gli «atti di commercio», ma tutti i contratti. Si prevedono anche sequestri di imprese straniere e di immobili di cui sono titolari i cittadini dei Paesi nemici. Regole particolari riguardano le ferrovie, che sono assoggettate all'autorità del Ministro della Guerra. La loro responsabilità per ritardo nel trasporto di persone e merci è esclusa, e così pure l'avaria o la perdita di merci, sempre che non sia dovuta a colpa grave degli agenti. Si esclude l'accoglimento di istanze di fallimento promosse nei confronti di cittadini chiamati alle armi. Misure analoghe sono introdotte in Gran Bretagna, in Austria e in Germania²⁰.

Anche il Governo italiano inizia a introdurre una fitta normativa, di natura per così dire preventiva, che riguarda la produzione di beni alimentari, la panificazione, e agevolazioni fiscali sugli affari. Dal 1916 la *Riv. dir. civ.* pubblica una rassegna completa dei provvedimenti bellici e discute le «questioni relative alla guerra», con riguardo alla situazione dei lavoratori e dei dipendenti dello Stato richiamati, il sequestro di beni dei nemici, etc.

Proprio in ragione della sintonia e della solidarietà istituite con le Nazioni amiche Vittorio Scialoja avvia il suo progetto di codificazione italofrancese per alcuni settori del diritto delle obbligazioni e ne fa oggetto di un aulico discorso pronunciato alla Sorbona il 18 aprile 1918²¹. Il progetto, che come si sa, vedrà la luce solo nel 1927, comincia ad essere pubblicato negli anni successivi: sempre sotto l'aura dell'«alleanza legislativa fra nazioni alleate e amiche»²². Nel frattempo la Rivista inizia a pubblicare i provvedimenti post-bellici, per i risarcimenti dei danni di guerra, per la proroga del pagamento delle pignoni, per l'assistenza agli orfani dei combattenti, e, riflesso

²⁰ WAHL, *La legislazione civile in occasione della guerra in Francia*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, 211 ss.

²¹ *L'intesa giuridica fra l'Italia e la Francia*, ivi, 1918, 134.

²² *Ivi*, 1919, 125.

dell'immenso sacrificio imposto alle donne nel corso del periodo bellico, per propugnare l'abolizione della autorizzazione maritale²³.

La guerra è l'occasione per ripensare l'intero armamentario della codificazione: già Vittorio Scialoja aveva avviato un ripensamento del codice civile con la codificazione delle regole destinate alla colonia eritrea e poi con la Commissione per lo studio di un diritto italo-francese delle obbligazioni. Il tema viene ripreso e il testo del progetto pubblicato nel 1923²⁴.

Una utile comparazione giuridica accompagna la soluzione di difficili problemi di coordinamento tra il diritto vigente nelle province dell'Impero austro-ungarico conquistate dall'Italia e il diritto dei vincitori esteso alle popolazioni accorpate. Se ne occupa Filippo Vassalli, cogliendo l'occasione per sollecitare la riforma del codice civile del 1865²⁵.

2. *La seconda fase (dal 1933)*

Ben più ampia, nell'ambito delle scienze sociali, è l'analisi che descrive i provvedimenti connessi alla Grande Depressione del 1929. Il Fascismo detta un riassetto di tutta la legislazione bancaria e introduce un sistema di partecipazioni statali facendosi carico delle imprese in crisi con la istituzione dell'I.R.I. Precedentemente era iniziata l'opera di bonifica di ampie aree al fine di agevolare l'utilizzazione agricola dei terreni paludosi o comunque insalubri, l'avvio di programmi di natura sociale che raccolgono un vasto consenso, e si annoverano in quegli anni anche interventi monetari per stabilizzare la lira rispetto alle altre monete.

È una fase arata dai contributi degli storici e degli economisti, e sarebbe ultroneo ricostruirla analiticamente in questa sede; di recente è tornato sull'argomento Sabino Cassese con un libro su *Lo Stato fascista*²⁶. È però significativo che il riflesso della Grande Depressione sull'ordinamento giuridico – a parte le ricerche sul diritto bancario e sulla ricostruzione industriale – non sia oggetto di studi

²³ *Ivi*, 1919, 170 ss.

²⁴ *La parte generale delle obbligazioni nel Progetto concordato fra le Commissioni italiana e francese per l'alleanza legislativa*, *ivi*, 529 ss.

²⁵ *Problemi della unificazione legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 43 ss.

²⁶ Bologna, 2010.

particolarmente rilevanti. La dottrina dell'epoca si occupa di diritto costituzionale, di diritto corporativo, ma le ricadute sugli studi di diritto privato non sono particolarmente significative.

Assumendo ancora una volta a campione i contributi pubblicati sulla Rivista del diritto commerciale possiamo contare alcuni saggi sulla riforma bancaria e sulla riforma del fallimento, del 1930²⁷, ma nessuna analisi generale della Grande Depressione.

Stupisce che la dottrina che sostiene la Rivista ignori il Fascismo, salvo qualche cenno alle Corporazioni. L'unico saggio solido si deve ad Ascarelli, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*²⁸. In questo saggio magistrale Ascarelli guarda al nuovo diritto privato, come rimodellato dalla nuova concezione economica, politica e sociale introdotta nel dopoguerra, sottolinea il ruolo dello Stato nell'economia, nella disciplina dell'impresa e dei rapporti speciali, e tenta di modificare l'orientamento fino a quel momento manifestato dalla Rivista, più vicina alla concezione individualistica e liberista, rivendicata da Filippo Vassalli. Il saggio sembra quasi il controcanto alle pagine sulla «extrastatalità» del diritto privato, qui invece incarnato nel nuovo diritto dell'economia che sull'intervento dello Stato trova il suo fondamento. Un atteggiamento dunque ben diverso da quello distaccato di molti altri giuristi, che privilegiano la tecnica sulla politica, e si riparano da ciò che avviene intorno a loro, perché si sentono più sicuri nel mondo delle idee e delle forme.

3. *La terza fase (dal 1940)*

Ancor più brevi sono le notazioni sulla terza fase. Le raccolte delle leggi, dei decreti legge, dei decreti del Duce (dopo la istituzione della Repubblica di Salò) raccolgono migliaia di provvedimenti rivolti in particolare alla produzione di beni e servizi per le forze armate e per la popolazione, provvedimenti relativi al commercio all'ingrosso e al minuto, provvedimenti relativi al reperimento, alla conservazione e al consumo delle fonti di energia, o relativi ai danni di guerra e alla ricostruzione degli immobili distrutti dai bombardamenti.

²⁷ V. ad es., GRECO, *La nuova legge bancaria*, *ivi*, 1936, I, 426.

²⁸ *Ivi*, 1934, I, 1 ss.

menti, alle requisizioni di aziende e di prodotti alimentari, e provvedimenti recanti sanzioni per la violazione di tutte queste prescrizioni – di cui si trova traccia persino nel codice civile, ove si parla di ammassi, di confische, etc. – mentre la dottrina si occupa prevalentemente dei danni di guerra. Di questa produzione capillare e minutissima sulla Rivista di diritto commerciale non v'è traccia. Negli anni di guerra i fascicoli si assottigliano e, sempre più smilzi, non si occupano della fonte legislativa. La guerra passa ma la Rivista tiene al riparo gli autori dalle sue luttuose conseguenze.

4. *La quarta fase (dal 2008)*

Qui di seguito l'elenco dei provvedimenti introdotti per fronteggiare la crisi. Ciascuno di essi contiene regole che incidono sui rapporti tra privati. Il loro reperimento non è agevole, perché attualmente non vi sono raccolte sistematiche né elaborazioni dottrinali volte a chiarire le modalità e i settori di applicazione, salvo quanto si osservava in apertura del discorso²⁹.

²⁹ Per i provvedimenti del 2008 v.: DECRETO-LEGGE 9 ottobre 2008, n. 155, *Misure urgenti per garantire la stabilità del sistema creditizio e la continuità nell'erogazione del credito alle imprese e ai consumatori, nell'attuale situazione di crisi dei mercati finanziari internazionali*; DECRETO-LEGGE 29 novembre 2008, n. 185, *Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale*; DECRETO-LEGGE 27 maggio 2008, n. 93, *Disposizioni urgenti per salvaguardare il potere di acquisto delle famiglie*; DECRETO-LEGGE 25 giugno 2008, n. 112, *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*; DECRETO-LEGGE 28 agosto 2008, n. 134, *Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi*; DECRETO-LEGGE 16 settembre 2008, n. 143, *Interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario*; DECRETO-LEGGE 20 ottobre 2008, n. 158, *Misure urgenti per contenere il disagio abitativo di particolari categorie sociali*; DECRETO-LEGGE 23 ottobre 2008, n. 162, *Interventi urgenti in materia di adeguamento dei prezzi di materiali da costruzione, di sostegno ai settori dell'autotrasporto, dell'agricoltura e della pesca professionale, nonché di finanziamento delle opere per il G8 e definizione degli adempimenti tributari per le regioni Marche ed Umbria, colpite dagli eventi sismici del 1997*; DECRETO-LEGGE 3 novembre 2008, n. 171, *Misure urgenti per il rilancio competitivo del settore agroalimentare*; DECRETO-LEGGE 30 dicembre 2008, n. 208, *Misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente*; LEGGE 22 dicembre 2008, n. 201, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 ottobre 2008, n. 162, recante interventi urgenti in materia di adeguamento dei prezzi di materiali da costruzione, di sostegno ai settori dell'autotrasporto, dell'agricoltura e della pesca professionale, nonché di finanziamento delle opere per il G8 e definizione degli adempimenti tributari per le regioni Marche ed Umbria*,

La giurisprudenza è del tutto assente, salvo qualche caso sporadico in materia di riduzione dei canoni locatizi, che però non ha introdotto nuovi orientamenti.

colpite dagli eventi sismici del 1997; LEGGE 13 novembre 2008, n. 181, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, recante interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario; LEGGE 24 luglio 2008, n. 126, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 maggio 2008, n. 93, recante disposizioni urgenti per salvaguardare il potere di acquisto delle famiglie; LEGGE 6 agosto 2008, n. 133, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria; LEGGE 27 ottobre 2008, n. 166, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, recante disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi; LEGGE 18 dicembre 2008, n. 199, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 20 ottobre 2008, n. 158, recante misure urgenti per contenere il disagio abitativo di particolari categorie sociali; LEGGE 30 dicembre 2008, n. 205, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 3 novembre 2008, n. 171, recante misure urgenti per il rilancio competitivo del settore agroalimentare.

Per i provvedimenti del 2009 v.: DECRETO-LEGGE 10 febbraio 2009, n. 5, *Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi, nonché disposizioni in materia di produzione lattiera e rateizzazione del debito nel settore lattiero-caseario*; DECRETO-LEGGE 1 luglio 2009, n. 78, *Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini (...)*; DECRETO-LEGGE 3 agosto 2009, n. 103, *Disposizioni correttive del decreto-legge anticrisi n. 78 del 2009*; DECRETO-LEGGE 4 novembre 2009, n. 152, *Disposizioni urgenti per la proroga degli interventi di cooperazione allo sviluppo e a sostegno dei processi di pace e di stabilizzazione, nonché delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia (e disposizioni urgenti in materia di personale della Difesa)*; LEGGE 27 febbraio 2009, n. 13, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 208, recante misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente*; LEGGE 9 aprile 2009, n. 33, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, recante misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi*; LEGGE 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*; LEGGE 29 dicembre 2009, n. 197, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 novembre 2009, n. 152, recante disposizioni urgenti per la proroga degli interventi di cooperazione allo sviluppo e a sostegno dei processi di pace e di stabilizzazione, nonché delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia.*

Per i provvedimenti del 2010 v.: DECRETO-LEGGE 31 maggio 2010, n. 78, *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*; LEGGE 30 luglio 2010, n. 122, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica.*

Per i provvedimenti del 2011 v.: DECRETO LEGISLATIVO 24 marzo 2011, n. 48, *Attuazione della direttiva 2009/44/CE che modifica la direttiva 98/26/CE concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli e la direttiva 2002/47/CE relativa ai contratti di garanzia finanziaria per quanto ri-*

Dal 2012 i governi che si sono succeduti hanno introdotte regole non per fronteggiare la crisi ma per il sostegno della ripresa economica. Si è aperta così una nuova stagione, la stagione delle riforme annunciate, in parte realizzate *in apicibus*, nella gran parte rimaste sulla carta. Ma questo è un altro capitolo della storia della crisi che merita una trattazione a sé.

guarda i sistemi connessi e i crediti; DECRETO-LEGGE 6 dicembre 2011, n. 201, *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*; DECRETO-LEGGE 22 dicembre 2011, n. 212, *Disposizioni urgenti per l'efficienza della giustizia civile*; LEGGE 22 dicembre 2011, n. 214, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*.

Per i provvedimenti del 2012 v.: DECRETO-LEGGE 6 luglio 2012, n. 95, *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini (nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario)*; DECRETO-LEGGE 10 ottobre 2012, n. 174, *Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012*; DECRETO-LEGGE 24 gennaio 2012, n. 1, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*; DECRETO-LEGGE 25 gennaio 2012, n. 2, *Misure straordinarie e urgenti in materia ambientale*; DECRETO-LEGGE 9 febbraio 2012, n. 5, *Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo*; DECRETO-LEGGE 2 marzo 2012, n. 16, *Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento*; DECRETO-LEGGE 22 giugno 2012, n. 83, *Misure urgenti per la crescita del Paese*; DECRETO-LEGGE 27 giugno 2012, n. 87 (decaduto), *Misure urgenti in materia di efficientamento, valorizzazione e dismissione del patrimonio pubblico, di razionalizzazione dell'amministrazione economico-finanziaria, nonché misure di rafforzamento del patrimonio delle imprese del settore bancario*; DECRETO-LEGGE 27 giugno 2012, n. 87, *Misure urgenti in materia di efficientamento, valorizzazione e dismissione del patrimonio pubblico, di razionalizzazione dell'amministrazione economico-finanziaria, nonché misure di rafforzamento del patrimonio delle imprese del settore bancario*; LEGGE 28 giugno 2012, n. 92, *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*; LEGGE 24 dicembre 2012, n. 228, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2013)*; LEGGE 17 febbraio 2012, n. 10, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 212, recante disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile*; LEGGE 24 marzo 2012, n. 27, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*; LEGGE 24 marzo 2012, n. 28, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 gennaio 2012, n. 2, recante misure straordinarie e urgenti in materia ambientale*; LEGGE COSTITUZIONALE 20 aprile 2012, n. 1, *Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*.

Gli archetipi del pensiero giuridico moderno alla prova delle forme di interazione tra ordinamenti giuridici

Enzo Cannizzaro e Beatrice I. Bonafè¹

SOMMARIO: 1. Monismo e dualismo nell'esperienza giuridica contemporanea. – 2. Un comun denominatore: gli ordinamenti giuridici come monadi giuridiche. – 3. Una premessa metodologica: rapporti tra norme o rapporti tra ordinamenti? – 4. La dottrina del margine di apprezzamento. – 5. Il canone di interpretazione conforme. – 6. La dottrina della protezione equivalente. – 7. Verso un'attenuazione del solipsismo giuridico?

1. *Monismo e dualismo nell'esperienza giuridica contemporanea*

Per più di un secolo, la riflessione teorica sui rapporti tra ordinamenti giuridici è stata dominata dalle dottrine moniste e dualiste. Fin dalle origini entrambe le dottrine si sono presentate come autosufficienti e tali da escludersi a vicenda; come paradigmi antitetici del pensiero giuridico. Su tale paralizzante opposizione si sono modellati gli schemi concettuali elementari del diritto. Essa emerge ad ogni passo nella letteratura contemporanea. Molte critiche sono state portate, nel corso del tempo, nei confronti di questa disputa teologica; variamente si è invocato l'abbandono di schemi teorici considerati come reliquie del passato². E tuttavia monismo e dualismo continuano a resistere e a sfidare qualsiasi tentativo di affermazione da parte di dottrine giuridiche alternative.

La ragione del persistente successo di queste dottrine risiede in un paradosso evidente.

¹ Una versione in lingua inglese del presente scritto è stata originariamente pubblicata in *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking* (a cura di M. Maduro, K. Tuori e S. Sankari), Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 78 ss. Nel complesso il presente capitolo è il frutto della cooperazione dei due autori. È tuttavia possibile attribuire i paragrafi 1, 2 e 3 a Enzo Cannizzaro ed i paragrafi 4, 5 e 6 a Beatrice I. Bonafè.

² Si vedano ad esempio I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, 2008, 33, e A. von Bogdandy, «Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law», 6 *International Journal of Constitutional Law*, 2008, 400.

Da una parte, monismo e dualismo non hanno mai trovato, in quanto tali, applicazione nella prassi. Nessun ordinamento giuridico contemporaneo può essere definito come interamente monista o interamente dualista. Verosimilmente, l'applicazione rigorosa di ciascuna delle due dottrine, nella loro versione «pura», potrebbe creare più problemi di quanti non ne avvierebbe a soluzione. D'altra parte, monismo e dualismo continuano a costituire la base concettuale di riferimento dell'analisi dei rapporti tra ordinamenti giuridici. Ogni tentativo di dimostrarne l'obsolescenza si scontra con l'obiezione per cui nessun altro modello alternativo ha avuto una reale prospettiva di affermazione.

Queste due osservazioni non sono necessariamente contraddittorie. Il persistente richiamo ai due schemi concettuali del monismo e del dualismo sembra dovuto al fatto che esse non hanno alcun valore normativo. Monismo e dualismo non creano diritti né producono obblighi. Esse sono archetipi giuridici che servono ad esprimere una concezione generale della nozione di ordinamento giuridico e dei rapporti tra i diversi ordinamenti³. Il monismo esprime l'idea dell'universalità dell'esperienza giuridica e dell'unitarietà del potere politico. Il dualismo esprime la convinzione che la pluralità di ordinamenti giuridici non solo è perfettamente concepibile, ma essa corrisponde anche alla realtà effettuale delle relazioni giuridiche contemporanee.

Anche da un punto di vista positivo, i due modelli esprimono due archetipi del pensiero giuridico e politico. Il monismo esprime la tendenza all'estroversione e l'idea, che oltre i valori interni di ogni ordinamento statale, esistano valori universali che costituiscono la base assiologia comune dell'umanità. Il dualismo tende invece a esprimere la tendenza all'introversione e l'idea che i valori supremi dei moderni ordinamenti statali, fondati sugli evoluti principi dello stato di diritto e di democrazia, debbano essere protetti dalle minacce derivanti dall'esperienza giuridica di ordinamenti esterni e primitivi.

Nella centenaria disputa tra monismo e dualismo non vi è quindi solo una diversità logica o teologica. In tale controversia si

³ È purtroppo assai comune ritenere che queste due nozioni siano immutabili e non risentano dell'evoluzione del pensiero giuridico. Uno sguardo anche superficiale alla loro storia prova abbondantemente come tali nozioni siano cambiate nel corso del tempo e come il ruolo rispettivo dell'una nei confronti dell'altra sia costantemente mutato. Per un approfondimento maggiore su questo sviluppo, si veda E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, 449.

rinviene, anzi, il criterio per misurare un modo d'essere fondamentale dei moderni ordinamenti costituzionali: quello relativo al grado di apertura di un certo ordine giuridico e politico e alla sua propensione ad accettare valori che vengono dal mondo esterno: *Völkerrechtfreundlichkeit vs. Völkerrechtfeindlichkeit*. Monismo e dualismo corrispondono quindi a figure retoriche la cui rappresentazione si connota in termini storici e culturali: il dualismo virtuoso come barriera eretta dagli ordinamenti democratici contro la barbarie dell'ordinamento internazionale; il monismo virtuoso come una porta aperta all'influenza dei valori condivisi della comunità universale. La difficoltà di attuare coerentemente ciascuna di tali figure retoriche spiega perché la maggior parte degli ordinamenti contemporanei riposi su una combinazione di monismo e dualismo, sia nella loro dimensione normativa che in quella giurisprudenziale.

2. *Un comun denominatore: gli ordinamenti giuridici come monadi giuridiche*

Nonostante il loro carattere antitetico, queste due dottrine riposano, nella loro versione tradizionale, su una identica premessa logica: il principio di esclusività degli ordinamenti giuridici⁴. Ciò che Kaarlo Tuori ha definito come la «black box theory»⁵.

In base alla versione dualista di tale teoria, l'esperienza giuridica contemporanea rivela l'esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici, ognuno dei quali rivendica un'autorità esclusiva nella determinazione delle proprie norme giuridiche. La versione monista non contesta la premessa dell'esclusività degli ordinamenti giuridici. Essa, più semplicemente, afferma che nell'esperienza giuridica contemporanea le varie comunità territoriali del pianeta non siano altro che componenti di una unica comunità globale. La prima dottrina ritiene che la giuridicità e le legalità delle norme di ciascun ordinamento statale venga determinata sulla base delle norme costituzionali di questo. La seconda ritiene che tali elementi vadano determinati in maniera univoca sulla base del diritto internazionale.

⁴ Si veda in particolare GRZEGORCZYK, MICHAUT e TROPER (a cura di), *Le positivisme juridique*, Parigi, LGDJ, 1992, 34.

⁵ K. TUORI, *Critical Legal Positivism*, Farnham, Ashgate, 2002.

In questa prospettiva, monismo e dualismo, lungi dall'essere dottrine antitetiche e inconciliabili, costituiscono, semmai, due varianti concettuali della stessa teoria positivista. Esse, anzi, costituiscono un corollario logicamente necessario di tale teoria: se si parte dall'idea che gli ordinamenti giuridici siano necessariamente esclusivi, tali cioè da determinare in via esclusiva la giuridicità delle proprie norme, non si può che trarre, in alternativa, una delle due seguenti conseguenze: che ogni ordinamento giuridico sia autosufficiente e determini in maniera autonoma i propri rapporti con gli altri ordinamenti giuridici, ovvero che ogni ordinamento giuridico sia parte di un ordinamento più ampio, tendenzialmente universale, e dotato dell'autorità di determinare i rapporti tra le varie componenti.

Nonostante la visione apparentemente antitetica che offrono dell'esperienza giuridica, monismo e dualismo condividono quindi una premessa essenziale. Fondate sul principio di esclusività, entrambe sono totalitarie, nel senso di accettare la premessa per cui un ordinamento giuridico deve essere o completamente dipendente o completamente indipendente rispetto ad un altro⁶.

Su questa premessa si fonda, in ultima analisi, la concezione positivista del diritto. La sua capacità di descrivere la realtà dei rapporti fra gli ordinamenti contemporanei è però oggetto di aperta contestazione. Numerosi autori ci mettono in guardia dal considerare che gli ordinamenti giuridici contemporanei siano fra loro in rapporto di completa dipendenza ovvero di completa indipendenza⁷. La premessa stessa del positivismo giuridico – ovvero il principio di esclusività degli ordinamenti giuridici – sembra smarrire significato alla luce della prassi contemporanea, che rivela l'esistenza di una fitta rete di interazioni tra ordinamenti giuridici. Oggi, una tale premessa non appare molto più che una *fictio iuris*, utile forse a concettualizzare le relazioni giuridiche basate sulla nozione di sovranità, ma cer-

⁶ Per un'analisi del principio di esclusività degli ordinamenti giuridici e del rapporto tra diritto internazionale e diritto interno, si veda B.I. BONAFÈ, «International Law in Domestic and Supranational Settings», in D'ASPROMONT e KAMMERHOFER (a cura di), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 378 ss.

⁷ Si veda, in generale, J.E. NIJMAN, A. NOLLKAEMPER, «Introduction», in NIJMAN e NOLLKAEMPER (a cura di), *New perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 2.

tamente non a rappresentare le moderne relazioni fra ordinamenti interdipendenti, interconnessi, permeabili e persino porosi.

Tuttavia, al di là di questa diffusa percezione, non è emersa alcuna dottrina in grado di sostituire il paradigma concettuale tradizionale. Né si può condividere la posizione di chi considera necessario eliminare ogni sovrastruttura dottrinale per ripiegare verso di una soluzione caso per caso dei problemi pratici derivanti dalla coesistenza di diversi ordinamenti giuridici. Questa esortazione ricorrente è espressione di un approccio pragmatico. Dopo decenni di intossicazione teorica, un simile approccio può ben apparire attraente. Esso, tuttavia, non fornisce alcun criterio per la soluzione dei problemi che vorrebbe risolvere. In assenza di un quadro concettuale oggettivo, un approccio pragmatico non può che risolversi in preferenze personali creando incertezza e moltiplicando i conflitti giuridici.

Nonostante lo sviluppo del pensiero giuridico nell'ultimo secolo, monismo e dualismo rimangono quindi paradigmi mentali pressoché indispensabili, che resistono a ogni tentativo di accantonamento. Sembra indubbio che la nostra conoscenza dei diversi modi di interazione fra ordinamenti giuridici abbia progredito molto negli ultimi decenni⁸. Non siamo però ancora capaci di rispondere alla questione fondamentale: l'identificazione dell'autorità ultima che ha il potere di determinare l'esito di tali interazioni⁹.

Con una metafora cosmologica, possiamo ritenere di sapere molto dell'universo in cui viviamo, ma siamo ancora incapaci di determinare se ci sia un solo universo, seppur diviso in un numero finito o infinito di sottoparti, oppure se ci siano diversi universi; né siamo in grado di accertare se essi siano aperti o chiusi. È questa nostra incapacità, in ultima analisi, che rende il monismo e il dualismo «paradigmi indispensabili» del pensiero giuridico, ai quali attingere necessariamente per poter pensare i rapporti fra ordinamenti e ne spiega il perdurante successo.

⁸ La prassi degli Stati in materia è esaminata in particolare da EISEMANN (a cura di), *The Integration of International and European Community Law into the National Legal Order*, The Hague, Springer, 1996; SLOSS (a cura di), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; SHELTON (a cura di), *International Law and Domestic Legal Systems. Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

⁹ Si veda ad esempio A. NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 301.

3. *Una premessa metodologica: rapporti tra norme o rapporti tra ordinamenti?*

Non è nostra intenzione avanzare in questo scritto una nuova dottrina dei rapporti tra ordinamenti giuridici. Il nostro tentativo è ben più modesto. Ci proponiamo di esplorare alcune tecniche attraverso le quali gli ordinamenti giuridici contemporanei, senza necessariamente abiurare la propria pretesa di esclusività, tendono a fare reciproco riferimento e, in tal modo, a limitare l'effetto paralizzante di tale principio.

Lo studio di questa prassi di mutuo riconoscimento può pertanto permettere di delineare i contorni di uno schema nel quale gli ordinamenti giuridici non si escludono vicendevolmente ma tendono piuttosto a stabilire forme unilaterali di coordinamento. Questa prospettiva finisce per depotenziare la perenne controversia teorica tra monismo e dualismo e appare più adatta ad inquadrare le complesse interrelazioni che caratterizzano regole aventi varie origini: internazionali, sopranazionali e nazionali.

Questo schema si basa sulla ovvia premessa che il fenomeno giuridico contemporaneo si compone di una varietà di regole giuridiche aventi diversa origine e diverse funzioni, in un processo di costante riferimento le une alle altre, tanto da poter dare l'idea di un diritto «transordinamentale». Ai fini del presente studio, non appare necessario determinare quali siano le implicazioni teoriche di tale fenomeno e, in particolare, la natura di questi costanti mutui riferimenti.

Se si accetta la premessa secondo la quale gli ordinamenti giuridici tendono costantemente a fare riferimento reciproco, la questione che si pone è come identificare e applicare le norme che traggono origine da un ordinamento giuridico diverso da quello nel quale sono chiamate a produrre i propri effetti. A nostro avviso, questa complessa operazione deve essere svolta prendendo in considerazione, tra gli altri aspetti, l'origine e la funzione assegnate a ciascuna norma nel sistema giuridico da cui provengono. In altre parole, le singole norme non vanno considerate in modo isolato, come pure proposizioni normative, ma devono essere contestualizzate nell'ordine giuridico originario, alla luce dei suoi valori fondamentali, delle sue dinamiche normative specifiche e delle sue norme strumentali. Tali norme vanno, in altre parole, prese in considerazione non per il

loro valore giuridico astratto ma come il prodotto finale di un processo normativo che ha luogo in un altro ordinamento giuridico. È questo prodotto finale, e non le norme come fonti astratte di diritti e obblighi, che devono essere attuate ed eseguite mediante gli strumenti interni¹⁰.

Nei paragrafi successivi ci proponiamo di dimostrare l'esistenza di una prassi di riferimento reciproco tra ordinamenti giuridici diversi. A tal fine, sarà esaminato il funzionamento di alcune tecniche utilizzate dai giudici interni per evitare le implicazioni spiacevoli del solipsismo giuridico. Non intendiamo certo dimostrare che tali tecniche si applicano in ogni caso, né che un nuovo modello concettuale abbia sostituito i paradigmi classici. Ci limiteremo a identificare la direzione di un possibile sviluppo concettuale il cui contenuto preciso deve ancora prendere forma.

In particolare, saranno analizzate alcune tecniche che sembrano aver raggiunto un grado sufficiente di elaborazione, ovvero il margine di apprezzamento, l'interpretazione conforme e la protezione equivalente. Sebbene diverse, esse si fondano su presupposti teorici analoghi e possono contribuire a delineare i tratti di un tentativo di ricostruzione di carattere generale.

4. *La dottrina del margine di apprezzamento*

Ancorché elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ambito del sistema della Convenzione europea¹¹, la dottrina del margine di apprezzamento ha un ambito di applicazione ben più va-

¹⁰ L'idea per cui le norme internazionali devono essere prese in considerazione non tanto per il loro valore normativo astratto ma piuttosto come parti dell'ordinamento giuridico internazionale ha causato in passato alcuni fraintendimenti. In particolare, essa ha portato a ritenere che le norme internazionali debbano essere eseguite esclusivamente attraverso gli strumenti di attuazione che mette a disposizione l'ordinamento internazionale. Di conseguenza, tali norme non dovrebbero essere attuate mediante i rimedi offerti dagli ordinamenti interni. Per un'analisi dei principali casi in cui si è fatto ricorso ad una simile argomentazione si veda E. CANNIZZARO, «The Neo-Monism of the European Legal Order», in CANNIZZARO, PALCHETTI e WESSEL (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Leiden, Brill, 2012, 35.

¹¹ Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, *Belgian Linguistic*, 23 luglio 1968, ricorsi riuniti n. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, e precedentemente il Rapporto della Commissione europea dei diritti dell'uomo nel caso *Lawless*, 19 dicembre 1959, ricorso n. 332/57.

sto¹². Essa è stata applicata, e trova tuttora applicazione, nella giurisprudenza di altri tribunali europei e internazionali, nonché in quella della Corte internazionale di giustizia. Tale dottrina tende a riconciliare il riconoscimento della competenza normativa degli ordinamenti giuridici interni nell'esecuzione degli obblighi internazionali, da una parte, e la possibilità di esercitare un sindacato internazionale sul modo in cui tale competenza è stata esercitata, dall'altra¹³.

L'aspetto forse più interessante della dottrina del margine di apprezzamento è che essa tende ad assicurare un grado di flessibilità nell'applicazione degli obblighi internazionali, ammettendo che la competenza normativa a determinare le condizioni di applicazione di un obbligo internazionale debba essere riconosciuta, in via primaria, in capo agli ordinamenti giuridici interni¹⁴. Pertanto, quando gli obblighi internazionali non si estendono fino a precisare le proprie con-

¹² Secondo Y. SHANY, «Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law», 16 *European Journal of International Law*, 2006, 909: «the same considerations which have led to the creation of 'margin of appreciation type' doctrines in the domestic law of many states (especially in the field of administrative law) and in the context of specific international regimes (most notably under the European Convention on Human Rights), also support the introduction of the doctrine into general international law». La vasta letteratura sulla dottrina del margine di apprezzamento include S. GREER, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2000; Y. ARAI-TAKAMASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2001; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

¹³ Per questo motivo la dottrina del margine di apprezzamento è stata anche oggetto di critiche. Secondo J.A. BRAUCH, «The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law», 11 *Columbia Journal of European Law*, 2005, 115, essa deve essere abbandonata perché comporterebbe una protezione solo limitata dei diritti fondamentali. Al riguardo si veda anche E. BENVENISTI, «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», 31 *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, 843. Per opinioni favorevoli a tale dottrina si vedano R. MACDONALD, «The Margin of Appreciation», in MACDONALD, MATSCHER and PETZOLD (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Springer, 1993, 63; E. KASTANAS, *Unité et diversité. Notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Emile Bruylant, 1996, 331.

¹⁴ Si vedano ad esempio H.C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1996; E. BREMS, *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague, Brill, 2001.

dizioni di applicazione, e non richiedono, quindi, una rigorosa uniformità della normativa nazionale, una pluralità di misure nazionali – che prendano in considerazione le caratteristiche e le esigenze specifiche di ciascun ordinamento e allo stesso tempo perseguano i fini posti dal diritto internazionale – può essere considerata conforme a tali obblighi. In simili circostanze, il diritto internazionale ammette, cioè, che gli ordinamenti interni esercitino un certo margine di discrezionalità riconoscendo loro un ruolo significativo nella definizione delle condizioni di esecuzione dei propri obblighi. La dottrina del margine di apprezzamento implica quindi il riconoscimento di una certa discrezionalità che gli ordinamenti interni possono esercitare nel conformarsi agli obblighi internazionali¹⁵.

Tale dottrina viene applicata in modo uniforme al fine di riconoscere in capo agli ordinamenti interni il potere di regolare l'esercizio di posizioni giuridiche soggettive che il diritto internazionale conferisce ai singoli.

Questo schema, noto anche nella prassi meno recente, è stato recentemente applicato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso della *controversia relativa ai diritti di navigazione*¹⁶. Un trattato concluso nel 1858 sanciva la sovranità del Nicaragua sul fiume San Juan, ma allo stesso tempo conferiva alla Costa Rica diritti di navigazione «a fini commerciali» sul corso inferiore del fiume. La Corte era chiamata a pronunciarsi sulla legislazione interna del Nicaragua che, a opinione della Costa Rica, non era conforme ai diritti di navigazione che il trattato le conferiva. La Corte ha riconosciuto che il «Nicaragua has the power to regulate the exercise by Costa Rica of its right of freedom of navigation under the 1858 Treaty», ma solo a condizione che tale legislazione rispetti i principi generali ivi sanciti (ovvero, il diritto di navigazione della Costa Rica)¹⁷. In particolare, le misure adottate dal Nicaragua dovevano perseguire scopi legittimi in base al trattato e non essere discriminatorie o irragionevoli. Alla luce

¹⁵ Si vedano M.R. HUTCHINSON, «The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, 649; T.A. O'DONNELL, «The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», 4 *Human Rights Quarterly*, 1982, 495.

¹⁶ ICJ, *Dispute regarding Navigational and Related rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 13 July 2009, *ICJ Reports* 2009, 213.

¹⁷ *Ibidem*, par. 87.

di tale parametro, alcune misure sono state considerate dalla Corte come incompatibili con i diritti di navigazione della Costa Rica poiché non perseguivano scopi legittimi¹⁸ oppure perché eccessive¹⁹.

Un approccio analogo è stato seguito dal Tribunale internazionale per il diritto del mare nel suo parere consultivo del 2011²⁰. L'oggetto del parere era dato dalle misure che uno Stato «*sponsor*» dovrebbe adottare per conformarsi agli obblighi derivanti dagli articoli 139(2) e 153(4) della Convenzione sul diritto del mare nonché dall'articolo 4(4) dell'Allegato III alla Convenzione. In proposito, la Camera dei fondi marini internazionali ha riconosciuto che «*policy choices on such matters must be made by the sponsoring State*»²¹. Tuttavia, mentre la definizione delle misure specifiche è rimessa alla «discrezione» degli Stati, affinché siano compatibili con la Convenzione tale misure devono risultare «*reasonably appropriate*»²².

Ancora più esplicita è l'applicazione di questa dottrina nei sistemi regionali caratterizzati da una forte integrazione, quali i trattati istitutivi dell'Unione europea oppure la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'effettivo bilanciamento della salvaguardia dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione europea con l'esigenza di lasciare alle parti contraenti un elevato margine di apprezzamento permea l'intera giurisprudenza della Corte EDU. A titolo esemplificativo, può essere sufficiente ricordare la giurisprudenza relativa all'articolo 6 della Convenzione. In una pronuncia recente nella quale la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità dell'istituto della giuria popolare con l'articolo 6, la Corte ha affermato che la sua funzione non è quella di armonizzare i diversi sistemi giuridici europei: «*A State's choice of a particular criminal justice system is in principle outside the scope of the supervision carried out by the Court*»²³. Pertanto, le parti contraenti «*enjoy considerable freedom in the choice of the means calculated to ensure that their judicial systems*

¹⁸ *Ibidem*, par. 119.

¹⁹ *Ibidem*, par. 123.

²⁰ ITLOS Seabed Dispute Chamber, *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, 1 February 2011.

²¹ *Ibidem*, par. 227.

²² *Ibidem*, par. 228-30.

²³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Taxquet v. Belgium*, 16 November 2010, Application No. 926/05, par. 83.

are in compliance with the requirements of Article 6»²⁴. Ne consegue che la Corte limiterà il proprio sindacato al rispetto da parte dell'ordinamento interno dei principi generali posti dalla Convenzione²⁵.

Un approccio analogo è alla base della dottrina dell'autonomia processuale degli Stati membri dell'Unione europea. In assenza di specifiche vie di ricorso disciplinate dal diritto dell'Unione, «it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts having jurisdiction and to determine the procedural conditions governing actions at law intended to ensure the protection of the rights which citizens have from the direct effect of Community law»²⁶, sempre che le azioni esperibili in base all'ordinamento interno siano conformi ai requisiti di effettività e proporzionalità²⁷.

Un'applicazione paradigmatica della dottrina del margine di apprezzamento è quella che permette di realizzare un equo bilanciamento tra il rispetto degli obblighi internazionali e gli obiettivi delle politiche pubbliche degli Stati. Si può riscontrare, in proposito, una certa convergenza nell'adozione di metodologie di analisi fra tribunali internazionali diversi sia strutturalmente che funzionalmente.

Il caso delle *pescherie norvegesi* deciso nel 1951 dalla Corte internazionale di giustizia ne fornisce un buon esempio²⁸. Nella pronuncia della Corte si legge che, persino «in the absence of rules having [a] technically precise character», la delimitazione norvegese rimane comunque «subject to certain principles which make it possible to judge as to its validity under international law»²⁹. Il fatto di riconoscere che «the act of delimitation is necessarily a unilateral act, because only the coastal State is competent to undertake it», ha portato inevitabilmente la Corte ad accettare che le misure nazionali potessero essere sottoposte a un sindacato circoscritto e relativo esclusivamente alla loro conformità con i principi generali del diritto internazionale³⁰.

²⁴ *Ibidem*, par. 84.

²⁵ *Ibidem*, par. 85-92.

²⁶ CGUE, causa 33/76, *Rewe*, [1976] ECR 1989, para. 5. Si veda anche CGUE, causa 45/76, *Comet*, [1976] ECR 2043, par. 13.

²⁷ Oggi questi principi generali sono sanciti dall'articolo 19 TUE.

²⁸ ICJ, *Fisberies case (United Kingdom v. Norway)*, Judgment of 18 December 1951, *ICJ Reports* 1951, 116.

²⁹ *Ibidem*, 132.

³⁰ Si veda inoltre ICJ, *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary / Slovakia)*, Judgment of 25 September 1997, *ICJ Reports* 1997, 7, par. 40.

Alcune delle più celebri linee giurisprudenziali della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo riposano su uno schema concettuale analogo.

È noto che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento al fine di accordare un ampio, sebbene non illimitato, potere discrezionale agli Stati parte della Convenzione europea nel determinare il livello di protezione degli interessi generali che possono lecitamente andare a incidere sulla protezione dei diritti umani anch'essi protetti dalla Convenzione³¹. La Corte ha riconosciuto che, in linea di principio, «State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements»³². Pertanto, la portata del sindacato giurisdizionale della Corte si limita alla verifica della proporzionalità delle misure adottate dagli Stati parte³³.

³¹ L'ampiezza del margine di apprezzamento sembra dipendere da diversi fattori relativi, da un lato, all'importanza relativa degli obiettivi di politica pubblica e, dall'altro, al carattere fondamentale degli interessi privati in gioco. L'esistenza o meno di un consenso tra gli Stati parte può contribuire a rendere fondamentale un obiettivo di politica pubblica oppure mettere in luce il livello di protezione che può ragionevolmente essere preteso. Si vedano G. LETSAS, «Two Concepts of the Margin of Appreciation», 26 *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, 705; I. DE LA RASILLA DEL MORAL, «The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine», 7 *German Law Journal*, 2007, 612. Nel caso *Evans*, la Corte ha affermato: «Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted (...). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider» (*Evans v. United Kingdom*, 10 aprile 2007, ricorso n. 6339/05, par. 77). In un caso recente, la Corte ha ritenuto che nonostante l'esistenza di un «clear trend in the legislation of Member States», «emerging consensus is not, however, based on settled and long-standing principles established in the law of the member States but rather reflects a stage of development within a particularly dynamic field of law and does not decisively narrow the margin of appreciation of the State» (*S.H. et al. v. Austria*, 3 novembre 2011, ricorso No. 57813/00, par. 96, corsivo aggiunto). Ad ogni modo, il livello di «consensus» tra gli Stati necessario a tal fine può difficilmente essere stabilito a priori e la nozione stessa di «consensus» appare ancora sottoposta ad un processo di progressiva definizione da parte della Corte.

³² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Handyside v. UK*, 7 dicembre 1976, ricorso n. 5493/72, par. 48. Si veda più recentemente *Otto Preminger Institut v. Austria*, 20 settembre 1995, ricorso n. 13470/87, par. 50.

³³ Per alcune decisioni recenti si vedano Corte europea dei diritti dell'uomo, *A, B, C v. Ireland*, 16 dicembre 2010, ricorso n. 25579/05 (in materia di aborto); *Schalk and*

Allo stesso modo, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha riconosciuto in capo agli Stati membri un'ampia, ma non illimitata, discrezionalità nel determinare il livello di protezione degli obiettivi delle politiche pubbliche che possono giustificare un'interferenza con le libertà del mercato interno³⁴ attraverso la nota teoria delle «esigenze imperative»³⁵.

L'aspetto che più colpisce nella prassi è il modo uniforme nel quale la dottrina del margine di apprezzamento è stata applicata dai giudici internazionali. Quando la norma internazionale lascia una certa discrezionalità agli ordinamenti interni, la misura nazionale di esecuzione è sottoposta a un controllo limitato alla legittimità dello scopo che essa è tesa a perseguire e al rispetto di un principio di necessità, proporzionalità o ragionevolezza rispetto a esso.

Si può pertanto ritenere che la dottrina del margine di apprezzamento miri, in ultima analisi, a riconciliare le esigenze di una pluralità di ordinamenti giuridici diversi³⁶. Tale fine può essere realizzato limitando il controllo internazionale e assicurando la priorità all'esercizio della competenza normativa interna sia nella determinazione degli interessi generali di ciascun ordinamento che nella determinazione del loro livello di protezione³⁷. In tal modo, la dottrina del margine di apprezzamento, fondata sul riconoscimento della normatività degli ordinamenti statali e sulla loro irriducibile diversità, riesce ad assicurare un certo grado di uniformità fra ordinamenti attraverso l'individuazione di un livello minimo di tutela per interessi collettivi, nonché sull'adozione di tecniche comuni per il bilanciamento fra interessi collettivi e interessi propri di ciascun ordinamento nazionale.

Kopf v. Austria, 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04 (in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso); *Lautsi v. Italy*, 18 marzo 2011, ricorso n. 30814/06 (in materia di libertà religiosa).

³⁴ J. GERARDS, «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», 17 *European Law Journal*, 2011, 80.

³⁵ CGUE, causa C-83/94, *Leifer*, [1995] ECR I-3231, par. 35-6. Si veda anche causa C-273/97, *Sirdar*, [1999] ECR I-7403, par. 27-8.

³⁶ Si vedano MACDONALD, «The Margin of Appreciation», *supra* nota 12, 123-4; E. KASTANAS, *Unité et diversité*, *supra* nota 12, 223 e 439.

³⁷ Si veda ad esempio Letsas, «Two Concepts...», *supra* nota 30, per il quale sia la nozione strutturale che quella sostanziale di margine di apprezzamento implicano il riconoscimento di una competenza normativa degli Stati parte nella protezione degli interessi collettivi a scapito della tutela dei diritti individuali.

5. *Il canone di interpretazione conforme*

Il canone di interpretazione conforme opera, normalmente, in situazioni logicamente opposte a quelle appena considerate. La dottrina del margine di apprezzamento si basa sul riconoscimento della normatività degli ordinamenti nazionali, chiamati a contribuire al processo di definizione del contenuto di nozioni internazionali «indeterminate». La dottrina dell'interpretazione conforme si fonda, piuttosto, sul riconoscimento della normatività di un ordinamento giuridico esterno nel processo di definizione del contenuto di nozioni giuridiche interne.

Le situazioni che saranno esaminate sono essenzialmente quelle nelle quali i giudici nazionali hanno fatto ricorso a una tecnica di interpretazione conforme affinché il diritto interno fosse applicato in armonia con il diritto internazionale.

Il ricorso da parte dei giudici nazionali all'interpretazione conforme è tanto frequente da non poterne dare conto in maniera esaustiva³⁸. Questa tecnica è utilizzata nell'interpretazione di norme interne sia quando esse sono state adottate, in maniera esplicita, al fine di dare esecuzione a obblighi internazionali³⁹ sia quando tale fine è deducibile solo implicitamente⁴⁰. I giudici interni fanno ricorso a tale tecnica per interpretare il diritto nazionale in maniera conforme al diritto internazionale generale⁴¹ oppure a norme convenzionali⁴², indipendentemente dal fatto che esse siano state traspo-

³⁸ Ad opinione di G. BETLEM e A. NOLLKAEMPER, «Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation», 14 *European Journal of International Law*, 2003, 574, la prassi degli Stati e la relativa *opinio iuris* mostrerebbero l'emergenza di un obbligo consuetudinario di interpretazione conforme.

³⁹ Si vedano ad esempio Corte Costituzionale tedesca, *Görgülü*, 14 ottobre 2004, sentenza n. 1481/04; Però, Corte suprema, *Callao Bar Association v. Congress of the Republic*, 19 giugno 2007, caso n. 00007/2007/PI/TC.

⁴⁰ Si vedano in particolare Stati Uniti, Corte suprema, *Murray v. Schooner Charming Betsy* [1804] 6 US (2 Cranch) 64; Olanda, Corte suprema (Hoge Raad), 16 novembre 1990, NJ 1992, 107, par. 3.2.3; Kenya, High Court of Nairobi, *RM and Cradle v. Attorney General*, 1 dicembre 2006, (2008) 1 KLR (G&F) 601.

⁴¹ Si veda ad esempio Canada, Corte suprema, *Mugesera*, [2005] 2 SCR 100, par. 126.

⁴² Così in particolare Canada, Corte suprema, *Suresh v. Canada*, [2002] 1 SCR 3, par. 96-98; Israele, Corte suprema, *Kav La'oved v. Israel*, 2006.

ste nell'ordinamento interno⁴³. L'interpretazione conforme è persino usata per risolvere dei casi che non appaiono disciplinati da norme internazionali vincolanti⁴⁴. Nonostante i diversi fondamenti giuridici che sono adottati per giustificare la sua applicazione⁴⁵, la dottrina dell'interpretazione conforme è certamente uno degli strumenti prediletti dai giudici nazionali per assicurare il rispetto degli obblighi internazionali negli ordinamenti interni⁴⁶.

In particolare, l'interpretazione conforme può rivelarsi uno strumento efficace nella prevenzione dei conflitti normativi⁴⁷. Assai diffuso è il convincimento che i conflitti tra il diritto internazionale e il diritto interno dovrebbero essere prevenuti facendo ricorso a tecniche interpretative⁴⁸. Portata alle sue estreme conseguenze la dottrina dell'interpretazione conforme può anche implicare la necessità

⁴³ Si vedano ad esempio Australia, High Court, *Australia Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Ab Hin Teob*, 7 April 1995, [1995] HCA 20; 128 ALR 358, par. 26-7; Canada, Corte suprema, *Baker v. Canada*, [1999] 2 SCR 817, par. 69.

⁴⁴ Si vedano in particolare Sudafrica, Corte costituzionale, *S v. Makwanyane*, 3 SA 391 (1995); Stati Uniti, Corte suprema, *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003).

⁴⁵ Comunemente il fondamento giuridico dell'obbligo di interpretazione conforme è rinvenuto nel diritto interno. Non è raro infatti che specifiche disposizioni interne (sia di natura costituzionale sia legislativa) sanciscano un esplicito obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alla luce del diritto internazionale. Si vedano ad esempio l'art. 16(2) della Costituzione portoghese, l'art. 18(3) della Costituzione serba, l'art. 10(2) della Costituzione spagnola, l'art. 233 della Costituzione del Sudafrica, l'art. 2 dello Human Rights Act adottato dal Regno Unito nel 1998. Più spesso l'interpretazione conforme è una dottrina affermata dalla giurisprudenza interna secondo la quale la legislazione nazionale deve essere interpretata in conformità agli obblighi internazionali. Raramente, i giudici interni ritengono che l'obbligo di interpretazione conforme abbia il proprio fondamento nel diritto internazionale, così come affermato nei confronti del diritto dell'Unione europea.

⁴⁶ Si vedano ad esempio Regno Unito, House of Lords, *Ex parte Brind* [1991] 2 WLR 588; Italia, Corte Costituzionale, sentenze n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007.

⁴⁷ Con riguardo al diritto dell'Unione europea si veda G. BETLEM, «The Doctrine of Consistent Interpretation. Managing Legal Uncertainty», 22 *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, 398.

⁴⁸ Con riguardo al diritto internazionale si vedano G. BETLEM, A. NOLLKAEMPER, «Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation», 14 *European Journal of International Law*, 2003, 569; mentre nei confronti del diritto dell'Unione europea si veda F. CASOLARI, «Giving Indirect Effect to International Law within the EU Legal Order. The Doctrine of Consistent Interpretation», in CANNIZZARO, PALCHETTI e WESSEL (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Leiden, Brill, 2012, 395.

di interpretare il diritto interno in maniera strumentale, affinché siano pienamente realizzati gli obiettivi del diritto internazionale⁴⁹.

Per certi versi connessa alla dottrina dell'interpretazione conforme è la tendenza dei giudici nazionali di basarsi su pronunce di corti o tribunali internazionali. Ad esempio, nell'applicazione o interpretazione del diritto interno i giudici nazionali spesso fanno propria l'interpretazione delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo resa dalla Corte europea sebbene tale interpretazione non abbia un carattere vincolante⁵⁰. In tal modo, i giudici nazionali riconoscono che le norme della Convenzione devono essere contestualizzate e interpretate alla luce dell'oggetto e dello scopo della Convenzione concepita come uno strumento vivente e, pertanto, secondo il significato attribuito loro dalla giurisprudenza della Corte europea⁵¹. In altre parole, questa tendenza sembra muovere dalla premessa che al giudice internazionale vada riconosciuta in base al diritto internazionale una particolare competenza interpretativa⁵².

⁴⁹ Secondo G. BETLEM, A. NOLLKAEMPER, «Giving Effect to Public International Law...», *supra* nota 47, 588, «[t]he impact of the principle of construing domestic law consistently with supranational law in both legal systems further mitigates the clear distinction between Community law and public international law. In both situations, the courts recognize that there is a binding rule of law, higher in the hierarchy, and that the domestic law is to be construed so as to give effect to that rule of international law».

⁵⁰ Per un'analisi dell'interpretazione conforme in un ambito giuridico differente si vedano T. COTTIER e K.N. SCHEFER, «The Relationship between World Trade Organization Law, National and Regional Law», 1 *Journal of International Economic Law*, 1998, 88; G. IORIO FIORELLI, «WTO as a Parameter for the EC Legislation through the 'Consistent Interpretation' Doctrine», in DORDI (a cura di), *The Absence of Direct Effect of WTO in the EC and in Other Countries*, Torino, Giappichelli, 2010, 121; G. GATTINARA, «Consistent Interpretation of WTO Rulings in the EU Legal Order?», in CANNIZZARO, PALCHETTI, e WESSEL (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Leiden, Brill, 2012, 269.

⁵¹ In *Dorigo* la Corte di cassazione italiana ha accettato di riconoscere effetti giuridici ad una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dell'Italia perché, tra le altre ragioni, la Corte europea è stata considerata come l'«organo istituzionalmente deputato all'interpretazione e all'applicazione delle disposizioni della Convenzione» (25 gennaio 2007, sentenza n. 2800, par. 6).

⁵² Si veda ad esempio Italia, Corte Costituzionale, sentenza n. 348, 24 ottobre 2007, par. 4.6. Un altro esempio di deferenza rispetto alle decisioni dei giudici internazionali è fornito dalla sentenza della Corte Costituzionale tedesca nel caso *Consular Notification*, sentenza n. 2115, 19 settembre 2006. La Corte ha affermato: «Für Staaten, die nicht an einem Verfahren beteiligt sind, haben die Urteile des Internationalen Gerichtshofs Orientierungswirkung, da die darin vertretene Auslegung Autorität bei

Più in generale, la tecnica dell'interpretazione conforme appare come una forma particolare di deferenza giudiziaria che le corti nazionali esercitano nei confronti del diritto internazionale. Al diritto internazionale è così permesso di permeare l'ordinamento giuridico interno, orientandolo in senso conforme ai suoi interessi e realizzando, in tal modo, un certo coordinamento tra diritto interno e diritto internazionale. Ciò appare possibile grazie alla premessa da cui parte questa dottrina, ovvero che ambedue gli ordinamenti, quello interno e quello internazionale, tendono a riconoscere l'esistenza di ambiti normativi per i quali una disciplina «esterna» appaia più appropriata rispetto a quella interna, così da riconoscere al diritto «esterno» una certa capacità di modellare la disciplina giuridica «interna»⁵³.

6. *La dottrina della protezione equivalente*

La dottrina della protezione equivalente fornisce un esempio particolarmente interessante di una tecnica il cui obiettivo è il coordinamento fra ordinamenti giuridici. Tale dottrina presuppone il riconoscimento reciproco della competenza di ciascun ordinamento giuridico a determinare le condizioni di validità delle proprie norme, persino quando esse intendano produrre effetti giuridici in un altro ordinamento. Tale coordinamento si rivela possibile quando le con-

der Auslegung der Konvention entfaltet» (*idem*, par. 61). Tale obbligo di interpretazione conforme discenderebbe dalla natura della Corte, principale organo giudiziario delle Nazioni Unite, e dalla specifica competenza interpretativa che le è riconosciuta dal Protocollo della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari. Dal momento che la Germania ha accettato la competenza della Corte, la sua giurisprudenza deve costituire una guida nell'interpretazione della legislazione interna: «Voraussetzung hierfür ist, dass die Bundesrepublik Deutschland Partei des einschlägigen, die in Rede stehenden materiell-rechtlichen Vorgaben enthaltenen völkerrechtlichen Vertrags ist und sich – sei es, wie im Falle des Fakultativprotokolls zum Konsularrechtsübereinkommen, vertraglich, sei es durch einseitige Erklärung - der Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs unterworfen hat» (*idem*, par. 62).

⁵³ Al riguardo, si può osservare che i limiti dell'interpretazione conforme possono tutti essere ricondotti alla priorità che viene accordata alla normatività «interna». Solitamente infatti il ricorso all'interpretazione conforme è già stato esercitato o può solo essere esercitato nell'ordinamento interno, ovvero quando il diritto internazionale è in manifesto contrasto con disposizioni statali, principi interni fondamentali o pronunce nazionali passate in giudicato.

dizioni di validità sancite nei due ordinamenti giuridici coinvolti – quello nel quale le norme sono prodotte e quello nel quale esse devono produrre effetti – siano omogenee, nel senso che ora si indicherà.

La dottrina della protezione equivalente è stata elaborata per risolvere un problema concreto: vale a dire, per assicurare che i diritti fondamentali siano assicurati in maniera soddisfacente nei confronti di norme «esterne», senza tuttavia imporre a tali norme il rispetto puntuale di *standard* interni. Essa ha, tuttavia, un ambito di applicazione più ampio e può teoricamente essere applicata a varie situazioni nelle quali si pone il problema della definizione dello *standard* in base al quale occorra determinare la validità delle norme «esterne». Tale dottrina può pertanto assicurare il coordinamento tra ordinamenti giuridici in uno spettro assai ampio di casi.

Nella sua dimensione «verticale», la protezione equivalente assicura una interazione ordinata tra diritto interno e diritto internazionale. Tale è l'applicazione originaria della dottrina, la quale è stata elaborata dalle corti di alcuni Stati membri dell'Unione europea al fine di evitare il sindacato delle misure adottate dall'Unione alla luce del parametro interno costituito dalle norme interne a tutela dei diritti umani. Come è noto, ciò è stato ammesso a condizione che l'Unione offrisse una «tutela equivalente» di tali diritti. Tale dottrina ha trovato applicazione nella decisione della Corte Costituzionale tedesca relativa al caso *Solange II*⁵⁴ e in quella della Corte Costituzionale italiana relativa al caso *Frontini*⁵⁵. In queste pronunce, le due Corti hanno adottato un analogo schema argomentativo: esse hanno riconosciuto che l'esistenza di una normatività «esterna» (quella dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea) possa, a certe condizioni, sostituire la normatività interna. Tuttavia, in assenza di tali condizioni lo schema classico torna a essere applicabile e l'ordinamento interno si chiude nuovamente su se stesso al fine di escludere la normatività esterna e valutare la validità di norme esterne alla luce di parametri interni.

In termini assai ampi, la dottrina della protezione equivalente è stata recentemente affermata dal Conseil d'Etat francese nel caso *Arcelor*. L'alta giurisdizione ha riconosciuto in linea di principio che

⁵⁴ BVerfGE 73, Solange II, 1986.

⁵⁵ Corte Costituzionale, *Frontini*, sentenza n. 183, 18 dicembre 1973.

spetta al giudice interno accertare la conformità con le norme o i principi della Costituzione francese di una misura europea solo nel caso in cui il diritto dell'Unione non sia autonomamente in grado di assicurare una protezione effettiva di tali norme o principi interni⁵⁶.

Pertanto, la dottrina della protezione equivalente non viene usata al solo scopo di riconoscere la competenza normativa di un altro ordinamento giuridico e di accettare che le sue disposizioni vengano applicate in luogo del diritto interno quando vi sia la garanzia di una protezione equivalente esterna. Essa ha anche un impatto interno: la dottrina della protezione equivalente indica infatti al giudice nazionale i criteri per scegliere fra l'applicazione dei parametri di validità esterni e quelli interni.

Nella sua dimensione «orizzontale», la dottrina della protezione equivalente tende ad assicurare una interazione ordinata tra diversi regimi convenzionali internazionali nonché tra diversi ordinamenti giuridici interni. Rispetto alla prima situazione, la dottrina è stata in origine applicata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti del diritto dell'Unione europea e poi estesa ad altre organizzazioni internazionali.

Un esempio cui si rinvia solitamente concerne il rapporto tra il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Nel caso *Bosphorus*⁵⁷, la Corte europea ha affermato, sebbene con un'argomentazione non sempre lineare, che l'ordinamento dell'Unione non sarebbe stato oggetto di sindacato nel caso in cui avesse fornito al suo interno una protezione equivalente dei diritti umani. Un controllo giurisdizionale del diritto dell'Unione da parte della Corte europea è stato pertanto circoscritto

⁵⁶ Francia, Conseil d'Etat, Assemblée, *Arcelor*, sentenza n. 287110, 8 February 2007: il «juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, (doit) rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, *garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué*; ... s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées» (corsivo aggiunto).

⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bosphorus v. Ireland*, 30 giugno 2005, ricorso n. 45036/98. Si veda più recentemente, *Kokkelvisserij v. The Netherlands*, 20 gennaio 2009, decisione sulla ricevibilità, ricorso n. 13645/05.

al caso in cui la protezione dei diritti umani nell'ordinamento dell'Unione fosse manifestamente insufficiente. Nel caso della presenza in seno all'Unione di un sistema di protezione dei diritti umani comparabile, se pur non identico⁵⁸, a quello assicurato dalla Convenzione europea, la Corte di Strasburgo si è mostrata pronta ad accordare una competenza normativa prevalente all'ordinamento giuridico «esterno» nella determinazione della validità delle proprie norme⁵⁹. Tale competenza normativa primaria può tuttavia essere disconosciuta e un pieno controllo della conformità del diritto dell'Unione alla Convenzione europea può essere riaffermato nel caso in cui il livello di protezione dei diritti umani nel sistema esterno scenda al di sotto del livello di equivalenza richiesto⁶⁰.

Due sono le principali caratteristiche della dottrina della protezione equivalente. In primo luogo, essa presuppone una omogeneità strutturale tra ordinamenti giuridici. In secondo luogo, essa si applica solo in presenza di un grado elevato di fiducia reciproca poiché implica la delega di un ordinamento a un altro dell'esercizio di funzioni fondamentali. È pertanto improbabile che essa trovi applicazione tra ordinamenti che si ispirano a valori diversi. Tuttavia, la dottrina della protezione equivalente può anche essere usata per ingenerare un'evoluzione di altri ordinamenti giuridici. Nella sentenza *Kadi*⁶¹, la Corte di giustizia dell'Unione europea sembra aver ammesso che il sindacato degli atti adottati dall'Unione in esecuzione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza alla luce dei diritti fondamentali sanciti nel diritto dell'Unione potesse essere attenuato nel caso in

⁵⁸ *Ibidem*, par. 143: «it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law even when that law refers to international law or agreements. Equally, the Community judicial organs are better placed to interpret and apply EC law».

⁵⁹ *Ibidem*, par. 155.

⁶⁰ *Ibidem*, par. 156: «If such equivalent protection is considered to be provided by the organisation, the presumption will be that a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organisation. However, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient. In such cases, the interest of international co-operation would be outweighed by the Convention's role as a "constitutional instrument of European public order" in the field of human rights».

⁶¹ CJUE, cause riunite C-402/05P e C-415/05P, *Kadi and Al Barakaat*, [2008] ECR I-6351.

cui all'interno delle Nazioni unite si fosse sviluppato un sistema di protezione dei diritti fondamentali⁶². La natura «promozionale» di tale dottrina, insieme al riconoscimento del fatto che ogni ordinamento giuridico mantiene il controllo della validità delle proprie norme, ha delle implicazioni significative e rivela la tendenza degli ordinamenti giuridici moderni di superare la versione estrema del principio di esclusività attraverso un'accettazione reciproca di tale esclusività.

Tale assunto trova una conferma nel crescente ricorso alla dottrina della protezione equivalente, ben al di là del suo ambito di applicazione originario. Ad esempio, nel caso *Gasparini* la Corte europea dei diritti dell'uomo ha applicato la dottrina alla Commissione per i reclami della NATO⁶³. Si pensi ancora alla dottrina dei «rimedi alternativi» che si ispira alla medesima logica della protezione equivalente e che è stata applicata dalla Corte europea nella giurisprudenza relativa all'articolo 6 della Convenzione al fine di assicurare che la protezione offerta da tale disposizione non sia vanificata dall'esistenza di norme internazionali in materia di immunità⁶⁴.

Più recentemente, la dottrina è stata applicata ai rapporti tra diversi ordinamenti giuridici interni. Nel caso *Larix*⁶⁵, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ammesso la conformità con il diritto dell'Unione di una legislazione austriaca che proibiva la promozione del gioco d'azzardo organizzato legalmente in un altro Stato membro nel caso in cui l'ordinamento giuridico «esterno» non offra una protezione ai giocatori almeno comparabile a quella offerta dall'ordinamento austriaco⁶⁶. Si può notare come la Corte abbia chiarito che clausole unilaterali tese a imporre standard nazionali ad altri Stati

⁶² *Ibidem*, par. 256.

⁶³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gasparini v. Italy and Belgium*, ricorso n. 10750/03, decisione sulla ricevibilità, 12 maggio 2009: «les Etats membres ont l'obligation, au moment où ils transfèrent une partie de leurs pouvoirs souverains à une organisation internationale à laquelle ils adhèrent, de veiller à ce que les droits garantis par la Convention reçoivent au sein de cette organisation une "protection équivalente" à celle assurée par le mécanisme de la Convention».

⁶⁴ Si veda B.I. BONAFÈ, «The ECHR and the Immunities Provided by International Law», XX *Italian Yearbook of International Law*, 2010, 55.

⁶⁵ CGUE, causa C-176/11, *Larix*, sentenza del 12 luglio 2012 (in corso di pubblicazione).

⁶⁶ Art. 56 della legge federale austriaca in materia di gioco d'azzardo del 28 novembre 1989 (BGBl. I, 620/1989, così come pubblicata in BGBl. I, 54/2010).

membri sarebbero state considerate contrarie al diritto dell'Unione⁶⁷. In altre parole, l'obiettivo della protezione equivalente verrebbe frustrato se si chiedesse all'ordinamento «esterno» di offrire un livello di protezione «identico» a quello interno.

In merito alla dottrina della protezione equivalente così come sviluppata nella giurisprudenza esaminata si possono svolgere alcune riflessioni più generali. Essa riposa sul presupposto essenziale del riconoscimento di una competenza normativa concorrente di vari ordinamenti giuridici. Sia nella sua dimensione verticale che in quella orizzontale, la decisione finale sull'applicazione di norme «esterne» equivalenti compete all'ordinamento giuridico del foro. Tuttavia, la protezione equivalente assicura un coordinamento unilaterale tra ordinamenti giuridici perché permette a regimi giuridici «esterni» di trovare applicazione all'interno di un ordinamento dato. Merita sottolineare che questo meccanismo è profondamente diverso dallo strumento tradizionale del rinvio che permette solo a specifiche disposizioni esterne, e non già a regimi giuridici esterni tendenzialmente completi, di essere applicate internamente. In particolare, il coordinamento tra ordinamenti giuridici diversi e separati diviene possibile perché sia l'ordinamento «interno» che quello «esterno» *condividono* standard comuni (seppur non identici) nell'esercizio di funzioni analoghe.

Ciò spiega perché il controllo «interno» sull'esercizio di competenze «esterne» non possa che essere molto circoscritto e basarsi in ultima analisi su un criterio di «manifesta illiceità»⁶⁸. La dottrina della protezione equivalente assicura l'unità e la diversità allo stesso tempo perché, da una parte, essa riposa sul perseguimento di obiettivi comuni e, dall'altra, ammette una flessibilità nell'applicazione di strumenti di protezione equivalente in diversi ordinamenti giuridici.

7. *Verso un'attenuazione del solipsismo giuridico?*

L'analisi che precede si è concentrata su alcune tecniche finalizzate al coordinamento di diversi ordinamenti giuridici. Ognuna si

⁶⁷ *Ibidem*, par. 32.

⁶⁸ K. KUHNERT, «Bosphorus - Double Standards in European Human Rights Protection?», 2 *Utrecht Law Review* 2006, 177; F. HOFFMEISTER, «Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland, App. No. 45036/98», 100 *American Journal of International Law* 2006, 442.

fonda sul riconoscimento di sfere di normatività esterna che permettono agli ordinamenti giuridici di sentirsi meno soli nell'universo giuridico.

Nonostante il suo carattere tecnico, la prassi esaminata rivela l'esistenza di rapporti tra ordinamenti giuridici che non possono essere spiegati in termini di subordinazione o supremazia e che appaiono piuttosto basati sulla cooperazione e il mutuo riconoscimento. Tale osservazione non deve condurre alla facile ma semplicistica conclusione per cui sarebbe già determinabile un nuovo modello capace di sostituire i tradizionali schemi monista e dualista e, pertanto, in grado di fornire una spiegazione coerente e sistematica di tutti i possibili rapporti tra ordinamenti. La realtà appare ancora molto lontana da tale frettolosa conclusione. Nella maggior parte delle situazioni, infatti, gli ordinamenti giuridici mostrano una perdurante pretesa di esclusività e mantengono inalterata la pretesa di costituire la fonte unica di normatività per tutte le norme abilitate ad operare al loro interno.

La nostra analisi non è giunta, quindi, che a un risultato modesto: ha dimostrato che le versioni pure del principio di solipsismo giuridico, sulle quali riposano gli archetipi classici del pensiero giuridico moderno, non sono un postulato necessario e che tale principio può essere rimesso in questione. In effetti, esso è rimesso in questione in alcune situazioni apparentemente circoscritte le quali, tuttavia, nel loro complesso, sembrano mostrare che un diverso modello giuridico sia concepibile e che tali archetipi del pensiero giuridico possano essere superati.

La possibilità di un'evoluzione in tal senso è confermata dal fatto che gli ordinamenti giuridici contemporanei – siano essi considerati come autosufficienti e completi o piuttosto come sottoparti di un sistema universale – tendono a fare riferimento reciproco e a delegare alcune funzioni normative a ordinamenti esterni. Tale conclusione, seppure limitata, appare promettente da un punto di vista teorico.

Il riconoscimento della competenza primaria di un certo ordinamento giuridico nel porre in essere le proprie funzioni normative – assieme al corollario secondo il quale il risultato del processo normativo possa essere assunto in quanto tale anche in altri ordinamenti giuridici – comporta una relativizzazione del principio di esclusività.

La pretesa di unicità, alla base della moderna concezione degli ordinamenti giuridici, potrebbe allora essere gradualmente sostituita con uno schema concettuale che riposi sul mutuo riconoscimento e la tolleranza reciproca.

Ciò non comporta una rinuncia alla pretesa degli ordinamenti giuridici di possedere l'autorità suprema a determinare, in modo unilaterale, le condizioni di validità delle proprie norme così come le condizioni in base alle quali riconoscere la normatività di norme esterne. Tuttavia, la prassi contemporanea, fondata in maniera crescente sulle interazioni reciproche fra ordinamenti, ha l'effetto di depotenziare il mito della fonte suprema ed esclusiva della giuridicità delle norme appartenenti a un ordinamento giuridico.

Il diritto dei giuristi: una lunga storia

Luigi Capogrossi Colognesi - Mario Caravale

SOMMARIO: 1. Il diritto romano. – 2. Tra scienza e empiria. – 3. La rinascita medievale. – 4. Il diritto comune e la pluralità delle fonti. – 5. Il diritto romano in Europa. – 6. Passato e presente.

1. *Il diritto romano*

Il modo in cui dalla rinascita medievale fu recuperato il patrimonio giuridico romano, sopravvissuto essenzialmente attraverso il *Corpus iuris civilis* di Giustiniano, ha fissato la prospettiva in cui ancor oggi questo sapere è studiato e preservato. Sebbene in un primo momento i glossatori medievali si concentrassero soprattutto sul *Codex* giustiniano, con l'immediata forza normativa delle costituzioni imperiali in esso raccolte, fu poi lo sviluppo interpretativo imperniato sul Digesto a esaltare la specificità della tradizione giuridica romana fondata sulla *scientia iuris*. Il diritto romano, da allora e sino ad oggi, è stato concepito essenzialmente come il diritto dei giuristi. Non perché la loro *interpretatio* fosse stata l'unica sua fonte: cosa che nessuno avrebbe sostenuto contro Gaio o lo stesso Giustiniano. Né solo perché gran parte della nostra conoscenza di esso – ma anche della conoscenza degli antichi – derivasse dalle loro opere. Ma soprattutto perché, solo attraverso l'alta formalizzazione di quel diritto realizzata dall'*interpretatio* dei giuristi romani, esso aveva potuto assumere quel valore di modello effettivamente utilizzabile in contesti così profondamente diversi come quelli rappresentati dalle società europee alla fine del Medioevo.

Era del tutto ovvio che le moderne ricostruzioni della storia delle istituzioni giuridiche romane seguissero questa prospettiva: sicuramente esatta, ma non del tutto esaustiva. Soprattutto per il rilievo centrale che essa dava all'opera dei giuristi costituendo il fondamento vero di quella orgogliosa affermazione con cui, ancora nell'Ottocento tedesco, Savigny e la sua scuola avevano rivendicato alla *scientia iuris* un ruolo autonomo rispetto agli stessi poteri normativi dello stato moderno. Una posizione che trovava il suo reale fondamento nell'altissima qualità di questa stagione degli studi giuridico-

romanistici, anche se inevitabilmente destinata a tramontare con la fine di quel secolo.

Era in qualche modo inevitabile che questa prospettiva sopravvivesse alla stagione che l'aveva ingenerata, creando di fatto una barriera rispetto ad una completa storicizzazione di uno studio che, tuttavia, non poteva più avere, a partire dal secolo scorso, che un carattere storico (Capogrossi, 2000, 2006; Rodger, 2011). In tal modo la romanistica moderna ha finito con interessarsi solo ad una parte, anche se di primaria importanza, dell'insieme delle forme giuridiche che hanno regolato la vita del mondo romano nel corso di un lunghissimo arco di tempo, investendo un vasto ambito di popolazioni e territori.

Certo, il diritto romano, nel senso più proprio del termine, era giustamente identificato con il sistema altamente complesso e sofisticato plasmato progressivamente dall'*interpretatio* prima dei pontefici, poi di un ceto ristretto di giuristi appartenenti all'élite politica romana, che aveva riassorbito nel suo disegno il prodotto dei vari fattori normativi elencati dagli stessi Romani: i *mores*, le leggi, i senatoconsulti, l'editto del pretore e le costituzioni imperiali. Ma sino a che punto questo *Juristenrecht* aveva esaurito le forme giuridiche che avevano regolato la vita delle molteplici società assorbite nella costruzione imperiale romana?

Questo interrogativo, che pur era stato posto, soprattutto nella prima metà del Novecento, non sembra avere suscitato sufficiente interesse tra i moderni. Eppure probabilmente attraverso di esso si potrà meglio capire certe peculiarità, non solo della vita giuridica e degli assetti istituzionali romani, ma anche la logica profonda dei suoi giuristi. Il valore determinante di diversi fattori convergenti – l'elemento consuetudinario, il ruolo di una giurisprudenza operante per *responsa* relativi a casi concreti, le innovazioni del pretore attraverso i meccanismi e le tutele processuali – permette di comprendere come il punto di partenza dell'insieme dei processi evolutivi, nel diritto romano, fosse costituito dalla prassi. Cosa del resto abbastanza ovvia e per nulla singolare nell'esperienza giuridica non solo romana. Non si trattò solo di quelle esigenze interne ad una società in trasformazione che non potevano trovare accoglienza nell'ambito di un'interpretazione statica del *ius civile*, ma anche e soprattutto di una domanda di giustizia da parte degli stranieri, in partenza irricevibile nell'ambito di questo stesso *ius civile*, valido solo per i cittadini romani, secondo le logiche proprio della città-stato antica.

Se, nel primo caso, l'*interpretatio* pontificale e poi le leggi delle XII Tavole poterono far fronte alla nuove esigenze innovando, talora mediante meccanismi indiretti, come la finzione giuridica, diversa fu la regolamentazione giuridica degli stranieri. Qui infatti è la logica propria del *ius civile* che si venne a rompere, mentre la città – la cui azione fu potentemente rafforzata nel 367 a.C. con la creazione di un apposito magistrato con vasti e autonomi poteri in campo giurisdizionale: il *praetor* – introduceva una tutela legale al di fuori del suo proprio sistema giuridico. Per la massima parte le forme processuali nuove cui gli stranieri vennero ammessi tutelavano rapporti negoziali del tutto estranei all'antico *ius civile*, e a quelle strutture patriarcali – l'esaltazione dello *status* di *pater familias*, di proprietario, di cittadino – che ne costituivano il nucleo essenziale. Dove l'accordo, la «stretta di mano» diveniva il momento centrale, di fronte al rispetto delle procedure, alla rigidità di atti o di frasi cariche di parole arcaiche che il diritto civile richiedeva fossero rispettate perché certi effetti legali avessero luogo e che, comunque pronunciate, divenivano vincolanti. Le nuove regole che emergevano dal processo aperto agli stranieri erano invece ispirate a una logica più immediatamente equitativa, più semplici e accessibili a soggetti appartenenti a culture giuridiche diverse e poco adusi alla lingua latina.

Molte di queste pratiche, recepite nell'editto del pretore e ulteriormente espanse poi con la creazione di un apposito *praetor peregrinus* vennero estese a tutti i cittadini, proprio per i vantaggi d'efficienza e di semplicità che esse comportavano. Divennero parte dell'ordinamento romano, rientrando in quello che i giuristi romani avrebbero poi indicato come *ius gentium*. Quello che qui però interessa sottolineare è che una serie di situazioni giuridiche associate alla presenza degli stranieri continuò anche in seguito ad applicarsi a situazioni specifiche proprie degli stranieri, o comunque conservò una specificità rispetto agli schemi propri del diritto romano¹.

¹ Il primo caso è costituito, sin da epoca molto risalente, dalle prescrizioni previste nel primo grande trattato internazionale stipulato da Roma con una potenza extraterritoriale: Cartagine verso la fine del VI sec. a.C. Una protezione legale che, per entrambe le parti, prevedeva il particolare adattamento delle forme giuridiche locali (e del resto non sarebbe stato né facile né utile costringere i Cartaginesi in Roma a pronunciare frasi solenni in un latino arcaico e sottostare ai rituali propri dell'arcaico mondo romano-latino). Così come la tutela garantita dai Cartaginesi ai commercianti latini e romani nell'ambito di sovranità di Cartagine non era identica a quella propria dei loro cittadini, an-

Non meno importante tuttavia, specie ai fini della prospettiva qui seguita, è un altro fattore evolutivo, sempre ‘*bottom-up*’, interno invece alla società romana e legato alla pressione dei nuovi spazi economici ed alle pratiche maturate in quei settori della società romana più immediatamente impegnati nei processi di crescita che videro la rapida trasformazione di un’arcaica città di contadini e guerrieri in un impero mondiale. Sono da richiamarsi soprattutto, da un lato l’avvio e gli sviluppi della grande proprietà agraria e dei connessi processi di commercializzazione, con una profonda trasformazione nell’impiego dei fattori produttivi. A partire dalla fine del IV secolo, l’impiego su vasta scala delle forme di dipendenza arcaiche fu sostituito dal lavoro schiavistico, cui peraltro si accompagnò anche una gamma assai articolata di rapporti di lavoro libero. Non meno importante fu poi un altro elemento costituito dal ruolo crescente, tra IV e II sec. a.C., degli appalti pubblici, che divenne, insieme allo sviluppo dei grandi commerci transmarini, il vero caposaldo della crescita economica di Roma.

Nuovi rapporti giuridici e nuovi tipi di negozi erano richiesti in relazione a queste varie situazioni: quello che rileva è che questi sviluppi dovettero svolgersi essenzialmente sul piano degli accordi privati, attraverso un’utilizzazione quanto mai innovativa e articolata dei vecchi e pochi schemi del *ius civile*. Di fatto tutto questo fermento di una vita mercantile e affaristica, bisognosa di adeguata tutela giurisdizionale, fu monitorata dal ceto dei giuristi che di volta in volta ricavarono da tale materiale grezzo i risultati più consistenti o promettenti, elevandoli a livello di forme ‘colte’, specificamente riconosciute e protette. E tuttavia, va detto, il processo di filtraggio di queste nuove realtà e la loro ulteriore elaborazione a livello di figure tipiche, fornite di tutela specifica, da parte della riflessione giuridica e dell’editto del pretore, fu abbastanza lento. Non solo: in esso era implicito che molte delle pratiche ‘volgari’ restassero comunque al di fuori di tale riconoscimento. E queste, di cui pur sappiamo così poco, sono quelle che qui interessano maggiormente².

che se da questa ispirata. Nell’età successiva, poi, una serie di pratiche commerciali vigenti in ambito ellenistico e di matrice ellenica, soprattutto legate ai traffici marittimi, appaiono recepite dai Romani e fornite di tutela apposita.

²Le formule contrattuali esposte da Catone nel suo *de agri cultura*, intorno alla metà del II sec. a.C. costituiscono una preziosa testimonianza del passaggio da un ma-

Ma attenzione: anche il tanto di quelle pratiche negoziali che non fu assunto dai giuristi tra le forme ricomprese nel binomio *ius civile-ius honorarium*, pienamente riconosciuto in ambito giurisprudenziale e giurisdizionale, non per questo cessò di essere 'diritto'. Questo è il punto: si trattò di forme 'minori', di circuiti periferici rispetto alla scienza giuridica culta e tuttavia non privi di efficacia³.

teriale grezzo, prodotto dalle pratiche locali, alla tipizzazione e propria dei giuristi. Si tratta di una situazione intermedia, giacché ancora la multiforme serie di vincoli e strumenti posti in essere dalla pratica negoziale non era stata – o lo era stata solo in una fase molto iniziale – tradotta in quelle forme 'alte' e onnicomprensive del sistema romano dei contratti elaborato dalla scienza giuridica tardo-repubblicana. Dove è probabile che gli assetti di interessi non fossero ancora «formalizzati attraverso gli strumenti tradizionali del *ius civile*», con la diretta tutela del consenso manifestato dalle parti. È un diritto 'volgare', o meglio intimamente connesso ad esigenze e pratiche immediate, quello qui evocato: rispetto a cui la giurisprudenza romana svolse una funzione di spartiacque. Del resto è quanto in qualche modo dovette verificarsi anche in altri campi, egualmente significativi: anzitutto per il modo in cui gli interessi e gli affari di un singolo *dominus* poterono essere contemporaneamente curati e conclusi in più località ed in diversi settori economici. E questo a maggior ragione se si considera quanto tardiva e sempre infinitamente circoscritta sia la dimensione di quei meccanismi che oggi genericamente riconduciamo all'interno della categoria della rappresentanza, anche se, proprio con lo sviluppo dei contratti consensuali, non può essere sottovalutata la rilevanza del mandato. Ma di non minore interesse ci appaiono anche quelle peculiarità che sicuramente sono il risultato di precisi interessi capaci di assicurarsi spazi di autonomia anche all'interno del sistema che i giuristi romani venivano costruendo. E cos'altro è il regime particolare riconosciuto alle *societates publicanorum*, rispetto alla disciplina generale del contratto di *societas* – la sua rilevanza all'esterno – se non il risultato di preminente interesse pubblico ad assicurarsi la stabile persistenza di una controparte responsabile per gli impegni assunti? Solo che i Romani questa strada che avrebbe portato, se percorsa ulteriormente, a quegli sviluppi che solo gli inizi della modernità avrebbero conosciuto, non l'hanno percorsa. E la stessa eccezione per questi protagonisti degli appalti pubblici non è da loro approfondita: quasi fosse un'anomalia senza particolare rilievo, il che ha influenzato il modo abbastanza distratto in cui anche i moderni l'hanno richiamata quasi solo di passaggio.

³ Un esempio importante di processi del genere è rappresentato dallo schema della *colonia partiaria*, già ben attestato e variamente applicato nell'età di Catone, come fa fede il suo *De agri cultura*. Questo schema sembra poi scomparire integralmente, nel corso dei due secoli successivi, sia a livello delle fonti giuridiche che delle ampie testimonianze letterarie relative alla realtà agraria romana. E tuttavia esso viene nuovamente menzionato in un passo di Gaio, D. 19. 2. 25. 6, come una figura del tutto ovvia e ben nota ai possibili lettori, pur ribadendosi in esso l'esclusione di tale rapporto dagli schemi assunti dai giuristi romani a base dei vari modelli contrattuali: né *societas* né *locatio*. Né si può sottovalutare il fatto che tale rapporto, non solo sia apparentemente affatto trascurato dai giuristi romani, ma sia dimenticato anche negli interventi imperiali,

Queste lontanissime peculiarità dell'esperienza giuridica romana sono per noi importanti perché in esse si può individuare la precoce definizione dell'architettura che assumerà poi, nel corso del tempo, il singolare complesso normativo e istituzionale che fa capo al potere romano. Un'architettura che si potrebbe definire 'policentrica' e sotto più profili. E in questo gioco la sua parte la persistente caratteristica professionale dei giuristi repubblicani: costruttori di una 'scienza', sì, ma tutta legata alla loro attività pratica, con i *responsa* dati a quesiti e situazioni di carattere empirico. Questo orientamento infatti contribuì ad impedire a questo ceto di chiudersi all'interno dei propri schemi teorici e 'dogmatici'. Ma soprattutto, come s'è visto, esso indusse una costante attenzione dei giuristi verso quella realtà empirica da cui derivarono il materiale per le loro stesse costruzioni.

2. *Tra scienza e empiria*

Già da queste rapide annotazioni si delinea l'immagine di un sistema giuridico stratificato dove, alla disordinata ricchezza di una materia empirica in rapida accumulazione, corrisponde un processo selettivo atto a privilegiarne alcuni elementi, promuovendoli a diversi livelli di riconoscibilità e tipicità: da una protezione meramente processuale fornita dall'editto pretorio, sino alla loro assunzione a livello del *ius civile*. Ed è sulla loro successiva elaborazione che s'innesterà poi la grande stagione della giurisprudenza romana.

Ma il paesaggio, al centro del quale si colloca questo nucleo vitale e sempre rinnovato della riflessione giuridica, è ancora più articolato. Va infatti tenuto presente come, al rapido ampliamento del controllo politico di Roma, anzitutto in ambito italico e poi provin-

sovente più attenti alla concretezza dei casi singoli ed alle realtà locali. Questa assenza di una tutela specifica in sede processuale non avrebbe impedito che la *colonia* continuasse ad esser praticata nelle campagne senza alcuna difficoltà, come fa fede un importante passo di Plinio il giovane, *Epist.*, 9, 37. Ciò dovette avvenire in via consuetudinaria, come del resto, la stessa testimonianza di Catone ci fa capire che gli schemi mezzadrili fossero diffusi già nelle campagne romano-italiche già prima dell'epoca del suo trattato. Tali pratiche – non diversamente dagli stessi affitti agrari – facevano parte dei tanti usi locali raramente registrati e solo episodicamente ricordati tra i *mores regionis* dai giuristi, certo più antichi del riconoscimento delle varie figure dei contratti consensuali in ambito civilistico.

ziale, non corrispondeva una parallela espansione del suo diritto. A partire dalla seconda metà del IV sec. a.C., con la creazione dei municipi e di un tessuto sempre più fitto di colonie latine istituite da Roma, ma da essa totalmente dipendenti, s'era infatti venuta estendendo la sovranità romana su una miriade di città e popolazioni, che in forme diverse restavano separate dalla città dominante e in linea di massima continuavano anche a fruire almeno di una parte dei loro antichi diritti. Di qui il moltiplicarsi degli statuti giuridici dei vari tipi di comunità assoggettate al sovrano potere di Roma, dove l'antica e semplice polarità 'cittadino-straniero', finiva col perdere il suo antico significato.

Gli statuti giuridici, i diritti locali delle colonie latine e dei vari municipi e degli altri insediamenti minori, non solo dipendevano dalla volontà sovrana di Roma ma progressivamente e in modo più o meno integrale si modellarono sugli schemi propri del diritto romano, che sin dalla tarda repubblica si proponeva come un sistema ormai straordinariamente evoluto e governato da logiche scientifiche. Era comunque un processo a più strati quello che veniva così svolgendosi, dominato ma non unificato dalla forza irradiante degli istituti giuridici romani e della relativa elaborazione dei giuristi. Il pretore romano ne diveniva progressivamente il regolatore di ultima istanza, spettando a lui – anche attraverso i suoi delegati territoriali, insediati nelle *praefecturae iure dicundo* – il superiore controllo della vita giuridica interna a queste varie comunità subalterne, escluse peraltro dalle forme del *ius civile* romano. Senza ulteriormente addentrarci nel complesso disegno istituzionale del potere romano in Italia e nella storia della progressiva romanizzazione – anche giuridica – della Penisola, sino alla piena e integrale assunzione degli italici nella cittadinanza e nel diritto di Roma, intervenuta tra le guerre sociali e Cesare, interessa qui mettere a fuoco la peculiarità di un ordinamento politico in cui la forte gerarchia sociale di una società aristocratica s'estende alla stratificazione degli statuti giuridici: cittadini con piena fruizione del diritto romano, semicittadini fruitori solo in parte di questo e in parte ancora regolati dalle loro tradizioni autoctone, Latini regolati ciascuno dal diritto proprio della colonia d'appartenenza e, infine i semplici *peregrini* sottoposti anch'essi alla giurisdizione del governatore provinciale. Ordinamenti che continuavano ad essere distinti e, tuttavia, tutti derivanti dalla sovranità romana.

Proprio questo aspetto ci aiuta a meglio cogliere il carattere biunivoco del processo così innescato. Da un lato infatti la varietà dei sistemi giuridici vigenti all'interno dell'unità politica romana, lungi dal rappresentare un insieme di compartimenti stagni, si trovò in continua comunicazione assicurando reciproche influenze. Dall'altro il diritto romano, con i suoi continui sviluppi e perfezionamenti, fu il modello centrale su cui vennero plasmandosi e progressivamente trasformandosi le situazioni locali. Tutto ciò era destinato a scomparire sinanco dalla memoria dei Romani con l'unificazione politica e giuridica dell'Italia, nell'ultimo secolo della repubblica; ma non prima che queste varie esperienze ne condizionassero la successiva evoluzione. Giacché l'universo politico romano, esteso ormai addirittura oltre ai confini di quello che dagli antichi era inteso come il mondo 'civile', è restato, lungo tutta la sua parabola, anzitutto un impero di città. È questo il carattere che assicurò nel tempo l'indispensabile grado di flessibilità del sistema, garantendo la massima capacità di autorganizzazione e di mobilitazione di risorse 'dal basso'.

Un vantaggio offerto da questo sistema che si potrebbe definire 'a settori separati', ma tra loro comunicanti mediante appositi meccanismi di 'filtraggio', non sempre è stato adeguatamente valorizzato dalla moderna storiografia, pur essendo stato forse una condizione essenziale per permettere gli altissimi livelli tecnici della scienza giuridica tardo-repubblicana e alto-imperiale. Si tratta del fatto che l'enorme crescita quantitativa delle popolazioni governate e, conseguentemente, della 'domanda di giustizia' proveniente dal basso non si riflesse immediatamente sul diritto romano né sul *modus operandi* dei giuristi. In altre parole questo restò opera di pochi e per pochi o relativamente pochi. Certo l'intenso lavoro di riflessione e concettualizzazione operato nell'ambito della giurisprudenza romana tra tarda repubblica e principato fu condizionato dal pur già notevole accrescimento dei processi economico-legali sviluppatosi nell'ambito specificamente cittadino e direttamente afferenti al regime del *ius civile* o della giurisdizione del pretore. Ma su di esso non si scaricò anche il peso derivante dalle necessità di disciplinare, secondo una logica giuridica uniforme, l'enorme quantità di individui e la straordinaria eterogeneità di situazioni che si sarebbe verificata ove, nell'arco di tempo che va da Silla a Traiano, tutto il dominio politico di Roma si fosse identificato anche con la vigenza del *suo* diritto. Il

modo di operare su più piani, molto spesso con forme solo di *indirect rule* da parte delle autorità giurisdizionali romane costituì così il filtro efficace che evitò che sul cuore del sistema si scaricasse l'enorme massa dei problemi e delle molteplici e talora contraddittorie domande di diritto provenienti dalla sempre più ampia ed eterogenea base politica del potere romano. Questo garantiva comunque una giustizia a tutti, ma rispettando per quanto possibile tradizioni e istituzioni tradizionali, attraverso le giurisdizioni locali.

Il fatto che questi fenomeni si sviluppassero secondo logiche relativamente autonome, pur sotto la regia diretta o indiretta delle autorità giurisdizionali romane ebbe due conseguenze. La prima che vi fu un punto privilegiato di conoscenza e di gestione della vita giuridica dell'universo politico romano, dove l'accumulazione di esperienze, la molteplicità di forme costituì un patrimonio informativo destinato ad essere filtrato e selezionato anche in funzione degli sviluppi delle forme giuridiche romane. La seconda conseguenza fu, all'opposto, il fatto che la presenza di questi stessi filtri rese possibile una forte e sempre più raffinata riflessione dei giuristi sulle forme specificamente romane, senza che su di essi premesse l'esigenza di far fronte anche a queste esigenze 'esterne'. Insomma le condizioni ottimali per una scienza 'disinteressata' elaborata da un gruppo di aristocratici anzitutto per i membri del proprio ceto e che rispondevano in ultima analisi solo a costoro.

I modelli forti così elaborati dai giuristi s'applicarono con tutta la loro efficacia, ma anche nella loro talora notevole complessità al centro del sistema imperiale: in Roma e, in parte in Italia, e tuttavia la loro capacità di orientamento e d'influenza s'esercitò su tutte le province dell'Impero. Le città provinciali, anzitutto, e lo stesso complesso delle provincie furono infatti gradualmente integrate all'interno dell'ordinamento giuridico romano – anzitutto attraverso la concessione della *latinitas*, sul modello delle antiche colonie e municipi, o addirittura con una più piena assimilazione. Ma sempre percorrendo il progressivo processo d'interazione e d'integrazione, amministrato a livello locale da governatori e pratici conoscitori del diritto romano, ma a un livello assai più sommario di quanto non lo fossero, al centro, quei *iuris prudentes*, chiamati ora a collaborare col principe nel governo dell'Impero.

Talché, quando nel 212 d.C., l'estensione della cittadinanza romana coinvolse tutti – o quasi – i sudditi imperiali una lunga speri-

mentazione delle forme giuridiche romane era già avvenuta. E, peraltro, ancor dopo, la stessa unificazione così realizzata non comportò sempre e necessariamente l'uniformità delle forme legali adottate nei diversi contesti.

Ma la complessità del sistema giuridico romano, come s'è già accennato deriva dal fatto che, anche nel cuore di esso gli organici e coerenti modelli del diritto giurisprudenziale continuarono a integrarsi di correzioni e soluzioni di buon senso e di carattere equitativo, non tuttavia con esso coerenti. È questo che, anche nella visuale dei moderni romanisti, come nella stessa trattazione degli antichi, viene lasciato un po' in disparte. Così come, alla fine di tanti brani in cui il giurista dà la soluzione del caso – secondo le logiche proprie del diritto romano – s'aggiunge come poi il principe, pur non riconoscendo che una data fattispecie rientrasse tra le categorie dei diritti protetti, ammetteva che anch'essa fosse in qualche modo riconosciuta e tutelata. Una certa situazione non può configurarsi come un diritto: *iure non valuit*, scrivono i giuristi, *sed rescripto imperatoris... tuendum esse eum, qui hoc iure possedit* (D. 8. 4.2).

E non si creda a un latente conflitto tra la scienza dei giuristi e le preoccupazioni latamente politiche o sociali del principe: giacché, nella cancelleria imperiale, erano questi stessi giuristi a provvedere a dar queste risposte che dilatavano o rompevano le maglie del 'puro' diritto romano da loro coltivato ed elaborato per assicurare quei margini di elasticità al sistema. Resta traccia di questo doppio registro nei loro scritti, ma ovviamente in modo squilibrato, essendo il loro sforzo concentrato, come s'è detto, soprattutto negli aspetti 'alti' dell'elaborazione del loro sapere. Si coglie solo di passaggio – proprio per il consapevole disinteresse dei giuristi romani, non già alla presenza di tutta una serie di correttivi empirici alle difficoltà di funzionamento dei complessi normativi da loro elaborati secondo logiche di forte ma astratta razionalità, ma alla loro registrazione. In verità nei giuristi romani è dato di cogliere in genere un atteggiamento di relativa apertura per cui, ove l'*utilitas* o l'*aequitas* l'avessero consigliato, essi erano disponibili ad immaginare, o quanto meno, ad accogliere soluzioni, tanto contraddittorie rispetto agli schemi generali del diritto quanto efficaci sul piano pratico, tralasciandone altri elementi, destinati semplicemente a sopravvivere ai margini nell'ambito di una realtà 'minore', talora solo a livello delle pratiche locali e pe-

riferiche, nel sostanziale disinteresse della scienza 'alta'. I giuristi romani, a differenza di molti romanisti, non sono mai restati prigionieri dei loro schemi.

E se ne capisce anche il motivo: perché questi correttivi non erano coerenti, al contrario, con le logiche razionali in base a cui operavano. Di volta in volta potevano insorgere conflitti tra interessi egualmente degni di tutela rispetto a cui era impossibile privilegiare una scelta in termini di pura razionalità. E, allora, non era l'autorità del giurista – quello stesso giurista che di concerto al pretore aveva 'inventato' blocchi interi del diritto civile come i diritti reali su cosa altrui, il possesso o i contratti consensuali – a imporsi. Ci si rivolgeva alla *lex*, come nel caso del divieto di usucapione delle *res furtivae* affermato con la *lex Atinia*, o dell'esclusione delle servitù di passaggio e d'acquedotto, di cui si voleva continuare a tutelare il possesso, dall'usucapione, affermata anch'essa con la *lex Scribonia*. Così come, in età successiva, ci si basò sull'autorità del principe, come nel caso del superamento di un altro blocco logico di fronte a cui si trovavano i giuristi: impossibilitati a estendere l'applicazione di un negozio come la *traditio* che concerneva per definizione una cosa corporale ad una *res incorporalis* come un diritto, o la *fictio* di un'avvenuta usucapione, laddove il bene da tutelare era inusucapibile. Così avvenne l'indispensabile e urgente superamento del modo di costituzione dei *iura in re aliena* mediante i soli arcaici e farraginosi negozi del diritto civile, mentre per la proprietà bastava ormai la semplice *traditio* (Capogrossi, 1999, 153 ss.)⁴.

⁴ La verità è che ci troviamo di fronte a un complesso di decisioni pratiche – non diversamente dalle peculiarità già richiamate a proposito delle *societates publicanorum* – che il pretore e i giuristi, anche attraverso la successiva legislazione imperiale, sono venuti assumendo al fine di far fronte alle difficoltà pratiche o alle vere e proprie disfunzioni ingenerate dalla coerenza delle loro costruzioni dottrinali. Independentemente dalla loro rilevanza pratica, la loro estraneità spiega la relativa marginalità con cui esse appaiono nella loro opera: non diversamente da settori interi della vita giuridica pur della massima rilevanza sotto il profilo economico. Come non ricordare in proposito come, di fronte alle infinite discussioni sui modi d'adempimento delle obbligazioni e sugli obblighi ingenerati dai contratti consensuali, così poco si sappia sul modo in cui pagamenti anche di grandissime somme si sono potuti effettuare in un'area geografica di grandi dimensioni. È possibile che solo attraverso lo spostamento materiale di grandi masse di metalli preziosi ciò possa essere avvenuto? E quanto agli affari trattati dai banchieri romani, non è ai giuristi che dobbiamo rivolgerci per saperne qualcosa, ma alle corrispondenze private, quando non alla cronaca nera.

Ed è per questo che i romanisti si sono poi quasi sempre disinteressati di queste, che appaiono quasi ‘smagliature’ di un sistema e non sono altro invece che l’evidenza di una stratificazione complessa di elementi che cooperano, dandogli una straordinaria elasticità. Non aver tenuto conto di ciò ha contribuito talora ad una ricostruzione di un diritto romano abbastanza lontano dalla realtà storica.

Certo, per il giurista impegnato a rielaborare le grandi categorie logico-concettuali su cui fondare un intero sistema giuridico, erano i grandi modelli elaborati dai Romani ad avere pressoché esclusiva importanza: e questo è avvenuto sin dal Medioevo. Ma per lo storico del diritto che s’interroghi su cosa sia stato il diritto che ha disciplinato la vita dei Romani e che s’è variamente esteso a tutto l’Impero, la prospettiva dev’essere più comprensiva. Egli deve avere la consapevolezza che le peculiarità e le semplificazioni degli istituti giuridici romani in ambito provinciale o gli allargamenti operati dal principe non sono singolarità insignificanti e quindi trascurabili, ma sono stati un fattore essenziale nell’assicurare quei livelli di flessibilità e adattabilità di un sistema complesso ad una realtà ancora più complessa e multiforme, garantendone la tenuta nel tempo. Uno dei segreti di quella che indubbiamente è stata una storia di successo.

3. *La rinascita medievale*

Rapporto tra interpretazione e sistemazione scientifica elaborata dai giuristi sulla base dei testi giustiniani da un canto, prassi concreta regolata dalla consuetudine e norme derivanti da fonti particolari dall’altro caratterizza anche la storia giuridica del Medioevo e dell’età moderna.

Nel corso dell’alto Medioevo la consuetudine operò sotto più aspetti: non soltanto plasmò la tradizione giuridica delle comunità di origine romana, adattandola alle nuove condizioni di vita di ciascun territorio, fece evolvere gli usi delle comunità germaniche, le quali da nomadi si erano fatte stanziali, e favorì l’incontro tra queste due esperienze, ma dette anche vita ad ordinamenti giuridici del tutto originali, quello della signoria fondiaria e quello feudale. Il periodo è, dunque, caratterizzato da un ricco pluralismo di realtà giuridiche particolari, la cui vigenza era strettamente connessa con una realtà economica e sociale di tipo curtense, nella quale i rapporti giuridici

tra soggetti erano prevalentemente, se non esclusivamente, limitati all'interno della singola comunità di cui facevano parte.

La rinascita economica che si diffuse in alcune regioni dell'Italia centrosettentrionale nel corso del secolo XI ruppe il localismo ed avviò una nuova stagione di rapporti intersoggettivi. E per attribuire un sicuro fondamento giuridico a rapporti giuridici nuovi e antichi, negli ultimi decenni del secolo alcuni pratici del diritto si rivolsero alla compilazione giustiniana, la cui autorità veniva nel medesimo periodo enfatizzata nel quadro della ripresa culturale favorita dalla riforma gregoriana della Chiesa, la quale ai testi dell'imperatore romano guardava per legittimare il programma del primato pontificio da lei perseguito. Fu proprio nel quadro di questa rinascita economica e culturale che negli ultimi decenni del secolo XI cominciarono a circolare raccolte di frammenti dei testi giustiniani e fu avviata la ricostruzione integrale delle singole parti della compilazione. La definizione del testo del Digesto all'inizio del secolo XII a Bologna da parte di Irnerio e dei suoi allievi fu determinante per l'avvio di una nuova stagione della giurisprudenza. Il Digesto, infatti, esprimeva la capacità dell'interpretazione dottrina di conferire ordine alla molteplicità della prassi, inserendola in categorie teoriche e razionali medio-piccole o in quelle più alte dei contratti, consentendo una lettura omogenea di più casi concreti e fornendo loro una coerente disciplina. All'interno di tali categorie la dottrina individuava, poi, le tante condizioni in cui i soggetti, parti del rapporto giuridico, potevano venire a trovarsi e di queste situazioni soggettive offriva soluzioni giuridiche alle quali i giudici, che ai giuristi dotati di *ius respondendi* si erano rivolti, potevano basarsi per la soluzione delle vertenze sottoposte al loro esame. E la medesima impostazione seguivano le costituzioni imperiali raccolte da Giustiniano nel Codice. Ancora. Il Digesto, proprio per la sua straordinaria adesione alla concreta realtà della vita, appariva ai giuristi medievali come una rete entro la quale poteva essere catturato ogni momento della prassi, anche quelli legati alla vita contemporanea, diversa sotto più aspetti dalla realtà che la giurisprudenza romana aveva disciplinato: di qui lo sforzo di quei giuristi di interpretare in maniera creativa le norme giustiniane per formulare, sulla base di queste ultime, categorie teoriche e regole nuove.

La nuova stagione della giurisprudenza fu inaugurata a Bologna, come noto, dalla scuola avviata da Irnerio e dai suoi allievi, i quali ricostruirono i testi giustiniani, li interpretarono e li insegnarono,

scuola che, come noto, è detta dei glossatori dato che la glossa costituisce la forma letteraria principale da loro adottata. Una scuola cui accorsero studenti da ogni parte d'Italia e d'Europa, desiderosi di apprendere le forme dell'interpretazione teorica del diritto e le tecniche logico formali per conseguirla. I glossatori erano convinti che i testi giustinianeî avevano conservato intatta la loro vigenza nella realtà contemporanea; una convinzione che si fondava sia sulla tradizione altomedievale, difesa e confortata dalla Chiesa, per la quale il diritto romano era la *lex mundana per excellentiam*, sia sulle parole di Giustiniano che nelle costituzioni premesse al Codice e al Digesto aveva dichiarato di aver ricevuto direttamente da Dio l'incarico di far conoscere «universis hominibus» la normativa dei loro rapporti intersoggettivi, sia, infine, sulla natura di *libri legum* dei testi giustinianeî, natura che li faceva partecipi dell'autorità quasi sacrale che la cultura medievale attribuiva alla legge, espressione del comando con il quale il sovrano traduceva in norma di diritto positivo un principio superiore di equità e di giustizia.

La scienza giuridica medievale fece proprio l'inquadramento ordinatorio della dottrina romana testimoniato dal Digesto e dal Codice e propose una lettura delle singole categorie fondata sulle tecniche interpretative da quella sperimentate ed al contempo rinnovata per rispondere alle esigenze che la società era venuta maturando. In primo luogo, la variegata e composita casistica affermatasi nella prassi medievale veniva inserita all'interno delle classificazioni definite dalla giurisprudenza romana ed attestate dalla compilazione giustinianeâ. Grazie a questo inserimento il caso concreto era fatto partecipe dell'*auctoritas* riconosciuta a quel diritto e quindi era considerato legittima fonte di diritti e di doveri; allo stesso tempo la sua disciplina definita dalla consuetudine veniva a coniugarsi con quella che i testi giustinianeî e la giurisprudenza medievale fondata sugli stessi avevano definito per la categoria in cui il caso stesso era incluso. Inoltre, la scienza giuridica ritenne che dal diritto giustiniano potesse trarsi la disciplina di qualsiasi caso giuridicamente rilevante, anche di quelli che, sorti dalle necessità di una realtà economico sociale in rapida evoluzione, non conoscevano una definita normazione da parte delle consuetudini locali: la dottrina suggeriva, pertanto, che in caso di lacune degli usi locali, si ricorresse alle norme giustiniane, considerate onnicomprensive della realtà giuridica di ogni

momento temporale, e alla lettura di queste da lei proposta. Infine, la dottrina medievale non si limitò ad un mero aggiornamento della disciplina giustiniana, ma proseguì l'opera interpretativa della giurisprudenza romana avendo presente la profonda trasformazione intervenuta rispetto all'età antica nelle condizioni sociali, produttive e culturali. Ne derivò una scienza giuridica di alto valore creativo e di rilevante originalità, capace di legarsi alla grande tradizione romana e di distinguersi dalla stessa grazie alla sua apertura sia ai bisogni concreti della società contemporanea, sia alle nuove forme e ai nuovi contenuti che andavano maturando nella cultura dell'epoca⁵.

⁵ Dell'originalità della scienza giuridica medievale, sviluppatasi nel solco della tradizione giurisprudenziale romana, possono essere indicati alcuni esempi. Nel campo dei rapporti contrattuali il diritto romano attribuiva forza vincolante a *nomina negotii* tassativamente indicati, mentre la negava ad accordi conclusi al di fuori delle tali forme, accordi che erano definiti patti nudi i quali non erano difendibili in via giudiziaria. I giuristi medievali presero consapevolezza del fatto che dalla prassi del loro tempo erano venute a maturazione forme negoziali non inquadrabili in via immediata nei *nomina* romani, forme negoziali le quali, comunque, abbisognavano di un'adeguata definizione giuridica per essere fonte certe di diritti e di doveri. I glossatori prima e i commentatori poi in maniera più estesa elaborarono, al riguardo, un'originale interpretazione dei *nomina* romani: in ciascuno di loro individuavano elementi essenziali (*substantialia contractus*), li distinsero da quelli che costituivano la natura stessa del negozio (*naturalia contractus*), nonché da quelli che potevano essere previsti dall'accordo o mancare senza che venisse meno l'essenza del contratto (*accidentalialia contractus*). Una tale interpretazione consentiva una più estesa applicazione dei *nomina* romani: gli accordi negoziali sorti nella prassi erano, infatti, letti come uno di loro appena che di questo presentassero i requisiti essenziali (i *substantialia negotii*); e una volta conseguito tale inquadramento, all'accordo in questione poteva legittimamente essere riconosciuta l'intera normativa legata alla natura del *nomen*, insieme con l'interpretazione su di questo elaborata dalla dottrina; l'eventuale presenza di elementi accidentali poteva, poi, arricchire la disciplina del contratto. E in virtù di tale inquadramento la dottrina poteva procedere a definire le molteplici situazioni nelle quali le parti del negozio potevano venire a trovarsi (al riguardo Caravale, 2013, 47 s.).

Una interessante interpretazione innovativa si rinviene nella scienza giuridica medievale anche in merito alla signoria sulla terra. In diritto romano il *dominium*, la signoria del *civis* sulla *res*, era disciplinato in un solo grado e pertanto era distinto da ogni altra forma di utilizzazione del bene definita negli *iura in re aliena*. La consuetudine alto-medievale, al contrario, dietro influenza di tradizioni di matrice germanica, aveva fatto maturare un pluralità di gradi di signoria sulla stessa terra. Esempio significativo di questa pluralità era costituito dal beneficio feudale, la cui signoria era riconosciuta sia al concedente sia al vassallo concessionario. Convinti che le forme in cui si esprimeva la società contemporanea potessero trovare piena legittimazione solo se inquadrabili all'interno delle categorie desumibili dai testi giustiniani, i giuristi medievali vollero conciliare la pluralità di gradi della signoria fondiaria loro contemporanea con l'unicità del

Scienza giuridica che raggiunse vertici particolarmente elevati con la scuola dei commentatori che, come noto, si affermò dalla fine del secolo XIII con Cino da Pistoia che introdusse un nuovo indirizzo metodologico diretto a pervenire, attraverso l'utilizzazione di un metodo dialettico logico deduttivo modellato su quello formulato dalla filosofia scolastica, alla *ratio* della singola norma. A questa scuola, cui appartennero grandissimi giuristi come Bartolo da Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi, si deve la formulazione della dottrina giuridica medievale più approfondita ed elaborata.

4. *Il diritto comune e la pluralità delle fonti*

L'interpretazione giurisprudenziale dei testi giustinianeî e la variegata molteplicità degli usi locali, comunque, non esaurivano il quadro delle fonti giuridiche medievali. A loro si aggiungevano innanzi tutto le norme di diritto canonico e l'interpretazione delle stesse, norme che, come noto, erano raccolte nel *Decretum* di Graziano, nel *Liber Decretalium Extravagantium*, o *Liber Extra*, voluto da papa Gregorio IX, dal *Liber Sextus* di Bonifacio VIII, dalle *Clementinae* promosse da Clemente V, dalle *Extravagantes Johannis XXII* e, infine, dalle *Extravagantes communes*.

Le raccolte di diritto canonico furono oggetto di analisi da parte della dottrina. Innanzi tutto da parte di glossatori – *decretisti*, gli interpreti del *Decretum* di Graziano, e *decretalisti*, gli studiosi delle raccolte di decretali – i quali si tennero separati dai glossatori civilisti. Tale distinzione tra civilisti e canonisti scomparve nella scuola dei commentatori, i cui maggiori esponenti, a partire da Baldo degli Ubaldi, si occuparono di entrambi i diritti. Al pari della civilistica, la scienza canonista ebbe l'obiettivo sia di inquadrare i casi della prassi e della consuetudine in categorie teoriche, alcune delle quali definite in maniera del tutto originale, sia di fornire la corretta disciplina per i casi non regolati dagli usi particolari. E in non pochi casi fornì contributi significativi alla disciplina di rapporti giuridici temporali: si

dominium romano. È merito della scuola dei glossatori la tesi del dominio diviso, in virtù della quale la disciplina romana del *dominium* riguardava sia il soggetto che di fatto guidava la gestione della terra e delle comunità in essa residenti, sia l'altro che integrava con la sua autorità la protezione sulla medesima: al primo era riconosciuto il *dominium utile*, al secondo il *dominium directum* (Cortese, 1995).

può ricordare, ad esempio, la definizione del diritto di possesso, la cui tutela non fu più riservata ai soli interdetti della tradizione romana, ma anche ad azioni che la dottrina canonistica contribuì a costruire.

Il diritto canonico e la scienza canonistica avevano un naturale respiro generale, dato che si rivolgevano alla comunità, potenzialmente universale, dei fedeli in Cristo. Ambito più ristretto avevano, invece, altre fonti giuridiche. Innanzi tutto gli *statuti comunali*, i quali riunirono gli usi affermatasi nei vari municipi, dove le consuetudini della regione circostante assumevano contenuti particolari in relazione alle specifiche condizioni di vita della comunità urbana. E agli statuti comunali in molte città si aggiunsero gli statuti delle *corporazioni*, o *arti*, le organizzazioni di mestiere, statuti che si proponevano di disciplinare le relazioni tra quanti esercitavano la medesima attività ed in particolare di regolare la concorrenza tra gli stessi. Ulteriore fonte di diritto era, poi, la *legge regia*, espressione della funzione di giustizia che spettava al re. Costui, infatti, aveva il compito precipuo di garantire il rispetto e l'osservanza del diritto nato spontaneamente, attraverso la consuetudine, nelle regioni che a lui facevano capo, un diritto che si esprimeva in una pluralità di ordinamenti e di norme e che si evolveva al di fuori dell'intervento regio. Ma tale diritto poteva dar vita ad usi contrari ai principi superiori di equità e di razionalità, così che il suo rispetto avrebbe comportato una sostanziale ingiustizia. Di qui nasceva l'intervento del principe: la sua legge eliminava le consuetudini inique e irrazionali, introducendo al loro posto norme eque e razionali. Le leggi regie sostituivano, dunque, le consuetudini inique e fornivano una disciplina uniforme per l'intero regno nelle materie da loro regolate. In Italia il regno di Sicilia visse l'esperienza legislativa dei sovrani sin dalla sua fondazione: inaugurata da Ruggero II nel 1140 con le *Assise di Ariano*, la legislazione regia proseguì con gli altri re normanni, conobbe un momento particolarmente alto nel secolo successivo con Federico II, che raccolse le sue leggi nel *Liber constitutionum Regni Siciliae*, o *Liber Augustalis*, e continuò con i *capitula* dei sovrani angioini e le prammatiche dei monarchi aragonesi.

Diritto romano e diritto canonico nella lettura elaborata dalla giurisprudenza, consuetudini maturate nei molteplici ordinamenti e nelle tante comunità, statuti cittadini, statuti corporativi, leggi regie

costituiscono il quadro delle fonti giuridiche medievali. Il rapporto che tra di loro si venne a stabilire è stato disegnato nel secolo scorso da Francesco Calasso in maniera armonica grazie all'individuazione di un fattore unificante, il diritto comune. Secondo Calasso la pluralità degli ordinamenti medievali trovava coerenza e unità nella loro comune appartenenza al Sacro Romano Impero: e la stessa unità e coerenza valeva per le fonti giuridiche. L'impero medievale era per sua natura universale e bifronte, temporale e spirituale al contempo: il diritto che ne esprimeva la natura era, di conseguenza, universale e duplice, diritto romano, come diritto temporale, diritto canonico, come diritto spirituale, due diritti legati nell'inscindibile simbiosi dell'*utrumque ius*. Il diritto romano e il canonico, nell'interpretazione della scienza giuridica, costituivano, dunque, lo *ius commune* delle regioni dell'Impero, diritto dotato di autorità superiore ed universale sugli altri diritti, quelli degli ordinamenti particolari vigenti nelle terre dell'Impero, gli *iura propria*, con i quali si poneva in termini dialettici definiti da una rigida gerarchia delle fonti. Secondo tale gerarchia una corte di giustizia attiva in un Comune per risolvere la vertenza sottoposta al suo giudizio doveva rivolgersi allo statuto cittadino; ove non trovasse qui le norme utili, doveva ricercarle nelle consuetudini della regione in cui il municipio si trovava; e se anche queste consuetudini avessero taciuto, doveva passare al diritto comune, rifacendosi all'interpretazione giurisprudenziale dei testi giustiniani e canonistici. Tale gerarchia si sarebbe arricchita nel caso di un giudizio interno ad una corporazione, perché il giudice di questa, prima di passare allo statuto cittadino, doveva rifarsi allo statuto dell'arte; mentre la corte di giustizia di una città del regno meridionale prima di ricorrere al diritto comune doveva ricercare la norma tra le leggi regie.

La tesi di Calasso ha goduto a lungo di un'ampia fortuna per la sua capacità di presentare il diritto dell'età intermedia – segnato dal pluralismo, dal particolarismo, dalla frequente contraddittorietà – come un sistema unitario e, quindi, di assegnargli la stessa natura organica che la dottrina giuridica a partire dagli ultimi decenni del secolo XIX attribuiva sia al diritto romano, sia a ciascun settore in cui si articola il diritto positivo, considerandola condizione indispensabile per riconoscere autentica natura scientifica agli studi su ciascuna di dette partizioni dell'ordinamento giuridico. Si trattava – è vero –

di un sistema di fonti e non di norme come per le altre materie: ma era comunque un sistema. Per Calasso, dunque, il sistema di diritto comune si fondava sull'ordinamento istituzionale del Sacro Romano Impero; di qui l'idea che il medesimo sistema era entrato in crisi quando, con l'inizio dell'età moderna, l'Impero medievale aveva cominciato a perdere significato con l'affermazione degli Stati nazionali: l'età moderna, allora, veniva vista come segnata dall'affermazione in ogni Stato del ruolo primario della legislazione del principe, così che il diritto comune poteva continuare ad essere osservato soltanto in virtù della volontà del sovrano (Calasso, 1939 e 1954).

Questa costruzione sistematica è stata oggetto negli ultimi decenni di una profonda revisione in seguito al progressivo abbandono da parte della scienza giuridica del dogma pandettistico del sistema, abbandono che ha fatto venir meno l'ansia di presentare anche gli ordinamenti del passato in forma organica e unitaria⁶. I rilievi mossi

⁶ Così, ad esempio, Grossi ha rilevato una contraddizione interna alla tesi di Calasso là dove il diritto comune è definito a volte come «un fatto spirituale», e quindi vigente in virtù della sua originaria natura di tipo religioso, a volte come «sistema legislativo» e quindi diritto derivato dalla sovranità imperiale. È stato anche sottolineato che il collegamento tra Impero medievale e diritto comune appare influenzato dall'odierna visione territoriale del diritto, così che il diritto romano e il diritto canonico finirebbero per risultare vigenti nelle sole regioni che riconoscevano di appartenere all'Impero: ma allora non si spiegherebbe da un canto la vigenza del diritto canonico in Paesi, come la Francia e l'Inghilterra, che si proclamavano al di fuori dell'Impero, dall'altro la mancata vigenza del diritto romano per tutto il Medioevo in Germania che pure costituiva il nucleo dell'Impero stesso (Caravale, 1994). Ancora, Legendre ha sostenuto che le fonti medievali usano l'espressione *utrumque ius* per indicare non già la simbiosi diritto romano-diritto canonico, bensì il corso di studi, attivo presso molte università, che prevedeva materie civilistiche e canonistiche e portava al dottorato, appunto, *in utroque iure*. Cassandro, poi, ha affermato che la natura di diritto comune fu riconosciuta al solo diritto romano, mentre il canonico avrebbe avuto la sola funzione di definire l'ordinamento della Chiesa universale di fronte a quello delle Chiese nazionali. La stessa esistenza di un ordinato sistema di diritto comune, inoltre, è stata messa in dubbio da Astuti (1978) per il quale i giuristi medievali si rivolgevano ai testi giustiniani e canonistici solo quando li ritenevano utili per la soluzione di casi concreti e lo facevano passando dalla norma particolare alla generale non già perché avevano consapevolezza di operare all'interno di un unitario ed ordinato sistema, ma solo perché seguivano il criterio interpretativo tradizionale che riconosce alle norme di diritto comune natura di diritto sussidiario ed integrativo rispetto a quelle del diritto speciale. Di recente, infine, è stato rilevato che nei secoli XII e XIII la scienza giuridica non attribuiva ancora natura di diritto comune al diritto romano perché rispettosa delle affermazioni di Gaio e di Ulpiano che qualificavano quel diritto come relativo al solo popolo romano, mentre rico-

dalla storiografia più recente alla tesi di Calasso hanno sollecitato, in particolare, una attenta riflessione in merito da un canto al rapporto tra diritti particolari e diritto comune romano-canonico, dall'altro alla vigenza di detto diritto comune in età moderna. Per quanto riguarda il primo problema si deve rilevare che la tesi per la quale il diritto romano-canonico avrebbe svolto una funzione meramente sussidiaria non trova conferma nelle fonti, le quali, al contrario, testimoniano un rapporto radicalmente diverso. Si è detto prima che la scienza giuridica medievale sin dalle sue prime espressioni si era proposta di proseguire l'opera della giurisprudenza romana volta a dare ordine alla molteplicità della prassi, inquadrandola in categorie teoriche e razionali medio piccole o in quelle più alte dei contratti, per consentirne una lettura razionale e fornirle di una coerente disciplina. Di conseguenza l'interprete medievale di fronte ad un caso sorto dalla prassi faceva immediato ricorso al diritto romano: procedeva subito, infatti, ad inserire il caso in una delle categorie elaborate dalla dottrina sulla base di quel diritto; grazie a questo inserimento il caso era fatto partecipe dell'*auctoritas* riconosciuta al medesimo diritto e quindi riceveva stabilità e certezza, diventando legittima fonte di diritti e di doveri; la disciplina effettiva del caso, poi, era costituita dall'incontro tra, da un canto, la norma consuetudinaria che lo regolava, quando esisteva, e dall'altro l'interpretazione che la dottrina aveva fornito, e continuava a fornire, della categoria coinvolta e delle tante situazioni individuali comprese in detta categoria. Questa impostazione continuò ad essere seguita dalla giurisprudenza medievale sia quando riconobbe al diritto canonico autorità e funzione analoga a quella del diritto romano, sia quando assegnò alle norme statutarie, comunali o corporative che fossero, lo stesso ruolo che sin dall'inizio aveva attribuito, e continuava ancora ad attribuire, a quelle nate dalla consuetudine. L'interpretazione dei testi giustiniani e canoni-

noscevano come *ius commune* il primo il solo *ius gentium*, il secondo lo *ius gentium* e lo *ius naturae*. Solo in seguito alla straordinaria proliferazione degli statuti comunali, la dottrina dei commentatori sulla metà, se non nella seconda parte, del secolo XIV, aveva teorizzato il diritto romano come diritto comune ai diritti particolari e con autorità a questi superiore (Guzmán Brito; Cortese, 1999). La giurisprudenza medievale per lungo tempo avrebbe, dunque, applicato e letto in maniera evolutiva i testi giustiniani – insieme con quelli canonistici – per l'autorità intrinseca che riconosceva loro ai fini della legittimazione dei rapporti giuridici maturati nella prassi, senza preoccuparsi di vederli come elementi di un diritto comune.

stici da parte dei giuristi medievali era, infatti, inscindibilmente legata alla soluzione dei casi concreti, al pari di quanto era accaduto per la giurisprudenza romana e, quindi, trovava immediata applicazione nella vita concreta del diritto legandosi alla disciplina dei vari diritti propri. Una conferma di quanto andiamo dicendo può essere colta nelle parole di un giurista del secolo XVI, Stefano Federici, il quale teorizzò il rapporto tra *statutum* e *ius commune* indicando tre diverse ipotesi, lo *statutum secundum ius*, lo *statutum praeter ius*, lo *statutum contra ius*: nei primi due casi le due discipline concordavano e si completavano, nel terzo si contraddicevano e tra le due, a parere di Federici, doveva prevalere quella della norma statutaria, ancorché come mera eccezione di una regola generale. È evidente che se fosse stata adottata la scala gerarchica tra le fonti il confronto tra la norma di diritto romano e quella statutaria non si sarebbe verificato, dato che la presenza della seconda avrebbe escluso il ricorso alla prima. E d'altra parte, si deve ricordare che nelle università medievali, il cui obiettivo era la formazione di esperti per la vita concreta del diritto vigente, le sole materie di studio erano costituite dai due diritti, il romano e il canonico, e nessuno spazio veniva lasciato allo studio di altre fonti giuridiche.

5. *Il diritto romano in Europa*

Va piuttosto richiamato un altro aspetto legato al ruolo dei grandi centri di formazione e di trasmissione del sapere giuridico. Nei centri universitari, moltiplicatisi progressivamente in Italia, dedicati allo studio *utriusque iuris*, del diritto civile come del diritto canonico, si vennero formando e conservando un linguaggio ed una cultura comune a tutto il personale che in esse si formava, sempre più numeroso, andando poi ad operare nei vari settori della vita giuridica dei diversi ordinamenti istituzionali. Per i grandi giuristi al servizio dei nuovi poteri laici, per la vasta serie di giudici d'ogni tipo, avvocati, notari e pratici, le logiche e gli schemi di matrice romanistica rielaborati e formalizzati dalla dottrina medievale furono il tessuto unificante. Questo variegato personale si trovò ad applicare sistemi giuridici tra loro anche assai differenti, per la parte dei diritti statutari e delle norme consuetudinarie e locali. Dovette far fronte ad esigenze eterogenee e provvedere a soluzioni tra loro contraddittorie,

a volte addirittura incompatibili. E tuttavia, in ciascuno di questi percorsi, il metodo di lavoro, le logiche argomentative, i principi interpretativi furono ispirati ad un comune patrimonio di conoscenze e di tradizioni: fu tutto ciò a costituire le vere fondamenta di quella fisionomia intimamente unitaria preservata dalle varie esperienze giuridiche dei singoli ordinamenti. Un tale patrimonio culturale comune si diffuse nelle altre regioni dell'Europa occidentale sin dall'inizio dell'età moderna, assumendo coloriture particolari in ciascuna realtà territoriale: ed è in questa ottica che va letto il tema della vigenza del diritto romano-canonico in età moderna.

Due casi appaiono particolarmente interessanti, quelli della Francia e della Germania. In Francia nel corso del Medioevo era venuta a maturazione una netta distinzione tra le regioni del Midi e quelle dell'area centro-settentrionale: nelle prime vigeva un ordinamento analogo a quello delle regioni centrosettentrionali d'Italia, con il diritto romano-canonico, nell'interpretazione giurisprudenziale, che si incontrava con i tanti *iura propria* particolari; le seconde, invece, conoscevano ciascuna un proprio diritto comune consuetudinario che si rapportava con gli usi, da lui stesso derivati, delle singole comunità locali. Le regioni meridionali erano indicate come *pays de droit écrit*, quelle centrosettentrionali erano definite *pays de droit coutumier*. In queste ultime sin dal Medioevo era stata avviata la compilazione di raccolte degli usi consuetudinari comuni al fine di contribuire alla certezza del diritto. Tale indirizzo, cominciato per iniziativa privata, assunse carattere ufficiale nel secolo XV, quando il re Carlo VII, con l'ordinanza di Montils-lès-Tours del 1454, dispose la messa per iscritto delle consuetudini comuni di ogni regione del regno. L'ordine fu eseguito parzialmente e venne ripetuto da Carlo VIII e da Luigi XII tra la fine del secolo XV e l'inizio del successivo. Sulla metà del secolo XVI tutte le regioni centrosettentrionali del regno di Francia si erano dotate del testo definitivo dei loro usi comuni e un gran numero di giuristi francesi si impegnò nella loro interpretazione e nel loro inquadramento teorico.

La Francia, peraltro, aveva anche avuto nel Medioevo importanti centri di studio del diritto romano e di diritto canonico e dai suoi maestri erano venuti originali e significativi contributi allo sviluppo della dottrina giuridica. E nella prima metà del secolo XVI l'insegnamento del diritto romano venne plasmato dall'indirizzo

umanistico che in Italia aveva trovato limitata accoglienza. Si trattava di un indirizzo che proponeva per i testi giustiniani non soltanto una lettura filologicamente corretta e un'interpretazione dei singoli frammenti alla luce della cultura e della realtà sociale del momento storico in cui erano stati formulati, ma anche una visione più unitaria e armonica del diritto che consentisse di cogliere i principi generali delle norme: il principale testo giustiniano di riferimento, allora, non era più il *Digesto*, che con il suo inscindibile rapporto con la prassi, ne recepiva la molteplicità e la frammentarietà, ma le *Istituzioni* che esprimevano un'articolazione ordinata del diritto secondo le grandi partizioni di *personae*, *res*, *actiones*. L'affermazione in Francia dell'indirizzo umanistico – un'affermazione così decisa da farlo designare come *mos gallicus iura docendi*, mentre il metodo tradizionale fu indicato come *mos italicus iura docendi* – si lega anche al ruolo che la dottrina francese di età moderna, nella sua maggioranza, riconobbe al diritto romano nei suoi rapporti con il diritto consuetudinario dei *pays coutumiers*.

Mentre una parte minoritaria della dottrina riteneva che anche in quelle regioni il diritto comune fosse costituito dal diritto romano, la maggioranza dei giuristi francesi era convinta che le *coutumes* di ciascuna regione costituissero il vero diritto comune delle stesse ed assegnava al diritto romano la funzione di *ratio scripta*. E il significato di tale qualificazione venne illustrato da uno dei maggiori giuristi francesi del secolo XVI, Guy Coquille. A suo dire, il ricorso al diritto romano come diritto comune avrebbe comportato necessariamente uno sforzo di inquadramento nelle categorie da esso previste, o desunte dalla giurisprudenza medievale e moderna, di ogni disposizione di diritto consuetudinario allo scopo da un canto di conferire a questa piena legittimità e stabilità, dall'altro di completarla con l'interpretazione giurisprudenziale relativa alla categoria in questione. Un simile sforzo, invece, non era necessario se ci si richiama al diritto romano nella qualità di *ratio scripta*: questa, infatti, poteva illuminare – ove fosse stato ritenuto opportuno dall'interprete – la lettura della norma particolare, senza costringere quest'ultima entro le angustie di categorie spesso estranee e distanti dal diritto della tradizione locale (Caravale, 2005). Una tale qualificazione del diritto romano sollecitava, allora, i giuristi a ricercare nello stesso principi e categorie teoriche ampie che, nella soluzione dei casi con-

creti, potessero guidarli sulla via dell'equità e della razionalità, liberandoli, al contempo, dall'obbligo di costringere in caselle unitarie ognuna delle sterminate forme che assumevano la molteplicità e la frammentarietà della prassi e le condizioni personali delle parti dei rapporti giuridici. Di modo che la dottrina giuridica francese, mentre da un canto rispettava i contenuti della tradizione consuetudinaria e mentre criticava il metodo della scienza italiana, dall'altro recepiva il patrimonio di conoscenze e di riflessione che quest'ultima aveva maturato, ne aggiornava il ragionamento, ne ereditava l'impegno a leggere in maniera razionale le norme consuetudinarie alla luce delle categorie desunte dai testi giustiniani o costruite in maniera creativa sulla base di queste ultime dalla giurisprudenza medievale e moderna, categorie che tenevano conto delle numerose e diverse condizioni in cui le parti di un rapporto giuridico potevano venirsi a trovare. L'incontro tra diritto romano e diritto consuetudinario si realizzò, allora, anche in Francia, assumendo caratteri particolari. E a questa cultura furono educati nelle università i tanti giuristi che nei ruoli diversi di magistrati, consiglieri, notari, pratici operarono nelle varie regioni del regno, nei grandi tribunali, presso il sovrano, presso signori grandi e minori, presso le comunità cittadine, diffondendo un linguaggio ed una consapevolezza comune che si affiancavano, anche se con differenze, alla tradizione italiana.

Anche in Francia, dunque, il diritto continuò ad essere in età moderna il diritto dei giuristi: erano dottori, giudici, pratici del diritto a leggere in maniera ordinata le norme spontaneamente nate dalle consuetudini locali, così che il diritto vivente era plasmato dalle loro interpretazioni, illuminate dalla *ratio scripta* del diritto romano, sensibili alle soluzioni della dottrina precedente ma anche innovative ed originali perché sensibili alla cangiante realtà sociale. La legge regia conservò, nella sostanza, il ruolo secondario dell'età medievale, limitandosi ad intervenire, anche con Luigi XIV, in limitati settori, riconosciuti rientranti nella prerogativa del sovrano (come le norme procedurali della giustizia regia civile e penale, la disciplina delle acque e delle foreste, beni cioè appartenenti al demanio regio), senza mai proporsi di modificare la complessa articolazione del diritto tradizionale (Caravale, 2012). E diritto dei giuristi fu anche quello che segnò in età moderna le regioni tedesche, dove l'incontro tra diritto romano e diritti consuetudinari locali si espresse in forme diverse da

quelle assunte in Francia e più vicine a quelle conosciute dalla tradizione italiana.

Le regioni germaniche avevano cominciato a conoscere negli ultimi secoli del Medio Evo la dottrina italiana soprattutto per il tramite della giurisdizione ecclesiastica: la scienza canonistica veicolò quella civilistica, stanti gli stretti legami che le univano, così che anche nelle regioni tedesche cominciò ad emergere una prima letteratura colta. Peraltro, sin dal secolo XIII giovani provenienti dai territori germanici avevano frequentato, numerosi, gli Studi generali italiani e dal secolo XIV corsi di diritto canonico e di diritto civile furono tenuti in alcune delle maggiori università tedesche, come quelle di Colonia e di Erfurt. Solo nella seconda metà del secolo XV, comunque, fu inaugurato in molte di loro (Heidelberg, Lipsia, Friburgo, Vienna) un organico e stabile insegnamento di diritto romano. E alla fine del secolo un contributo decisivo alla diffusione del diritto romano in Germania venne, come noto, dalla riforma nel 1495 del *Reichskammergericht*, il tribunale camerale imperiale che fungeva da corte suprema dell'Impero, competente per i casi di denegata ed errata giustizia, per le cause feudali maggiori e per quelle in cui fossero parti principi territoriali o città imperiali. La riforma stabilì che il tribunale fosse composto da sedici giudici, otto dei quali dovevano essere addottorati in diritto romano presso uno Studio generale: il requisito fu successivamente esteso a tutti i giudici. Aveva così inizio il fenomeno noto come *die Rezeption*, la recezione del diritto romano in Germania, momento importante del più ampio movimento di diffusione nelle regioni tedesche della cultura maturata in Italia.

La giurisprudenza del *Reichskammergericht*, infatti, si fondò sul diritto giustiniano e sull'interpretazione della grande dottrina medievale italiana: nelle categorie da questa elaborate cominciò ad essere inquadrata la sterminata tradizione consuetudinaria delle regioni germaniche, operazione, questa, che fu agevolata dalla decisione dello stesso tribunale supremo di adottare la forma scritta del processo, sollecitando, come conseguenza, quanti avessero voluto allegare un diritto particolare a presentarne il testo in forma scritta. Tale decisione indusse principi, città imperiali e assemblee dei *Länder* a promuovere la redazione scritta delle consuetudini seguite dalle comunità che a loro facevano capo, una redazione che essendo di-

retta a conseguire la tutela degli stessi usi da parte del tribunale superiore, tendeva a presentarli nel loro inquadramento entro le categorie definite dalla scienza giuridica. E l'opera della giurisprudenza camerale si espresse proprio in questo inquadramento, il quale offriva da un canto piena legittimità e certezza al caso concreto, dall'altro arricchiva la disciplina del diritto particolare con l'interpretazione colta della categoria in questione. In questa opera la giurisprudenza camerale venne coadiuvata dai giuristi attivi negli Studi generali tedeschi, la cui interpretazione delle norme giustinianee si espresse non soltanto nell'approfondimento della dottrina della tradizione italiana, ma anche nella definizione di nuove categorie teoriche modulate per imbrigliare la variegata tradizione consuetudinaria delle regioni germaniche. L'esempio del *Reichskammergericht* fu ben presto seguito anche dai *Zentralgerichte* dei grandi principati tedeschi, i quali in tal modo contribuirono, in maniera significativa, a consolidare la romanizzazione del diritto consuetudinario locale (Caravale, 2013). I giuristi e i tribunali germanici, allora, finirono, come ebbe a rilevare Alexis de Tocqueville, per «deformare il diritto tedesco, in modo da farlo rientrare a forza nel quadro del diritto romano. Applicarono le leggi romane a tutto quanto, nelle norme consuetudinarie tedesche, sembrava avere qualche lontana analogia con la legislazione di Giustiniano» (ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *L'antico regime e la rivoluzione*, a cura di Giorgio Candeloro, Milano, 1942, 285). Mentre, allora, in Francia la lettura del diritto romano come *ratio scripta* aveva consentito di utilizzare i testi giustiniani e la giurisprudenza fondata sugli stessi senza mortificare la tradizione consuetudinaria, in Germania giuristi e tribunali si impegnarono a raggiungere l'inserimento nelle categorie romanistiche degli usi locali anche a costo di incidere sulla carne viva degli usi seguiti dalle comunità. Non mancarono, certamente, forti opposizioni alla romanizzazione del diritto germanico, ma l'entusiasmo per la capacità del diritto romano e della dottrina di diritto comune di dare ordine alla molteplicità degli usi prevalse tra i giuristi tedeschi, i quali, comunque, tennero sempre presenti la specificità del loro diritto. Come ha affermato Klaus Luig, il diritto vigente in Germania dopo la Recezione può essere definito un insieme di norme giustinianee e di diritto locale.

Con la Recezione, dunque, anche le regioni germaniche divennero partecipi di quel comune patrimonio di cultura giuridica, di lin-

guaggio, di tecnica interpretativa che dall'Italia si diffondeva in Europa: un patrimonio comune che trovava il suo centro negli Studi generali e al quale erano educati interpreti, giudici, pratici. E costoro si impegnarono ad applicarlo a tradizioni giuridiche tra loro anche assai differenti, in una straordinaria sintesi di lettura comune e di norme particolari. A questo patrimonio culturale comune dette un contributo rilevante la giurisprudenza dei grandi tribunali dei regni e dei principati europei. In Germania, come si è detto, svolsero tale funzione i *Zentralgerichte* territoriali e soprattutto il *Reichskammergericht*, in Francia le tante corti sovrane dei Parlamenti regionali, mentre in ciascuno degli Stati italiani operarono corti supreme: nelle terre pontificie, oltre alla Rota romana, erano attive le Rote di Perugia, Bologna, Avignone, Macerata e Ferrara; nel Regno di Napoli il Sacro Real Consiglio, la Gran Corte della Vicaria, la Real Camera della Sommaria; in Sicilia il Tribunale della Gran Corte, il Real Patrimonio, la Regia Monarchia, il Supremo Concistoro di Sacra Real Coscienza; a Milano il Senato; nei domini sabaudi i Senati di Chambéry, di Torino e di Nizza; in Toscana le Rote fiorentina e senese; a Parma il Supremo Consiglio di Giustizia, mentre esistevano Rote a Genova, Lucca e Mantova. Le sentenze di detti tribunali tenevano conto da un canto del diritto locale, particolare e generale, dall'altro dell'interpretazione elaborata dalla scienza giuridica a partire dal Medioevo ed al contempo, legate, come erano, al caso concreto confermavano la tradizionale impostazione della dottrina che all'interno delle categorie razionali ricercava la definizione delle situazioni assunte dalle parti del rapporto giuridico. I grandi tribunali offrirono di frequente soluzioni dottrinarie originali ed innovative che venivano accolte e citate da parte sia degli altri tribunali supremi, sia dei giuristi, in una sorta di globalizzazione del pensiero giuridico che, peraltro, era vivificata dalle specifiche realtà territoriali.

Si trattava, dunque, di un complesso ed articolato sistema di diritto che vigea in tutti i regni e principati dell'Europa continentale occidentale e centrale per la sua intrinseca potestà di dare ordine e unitarietà alla molteplicità e varietà delle norme locali, non certamente per concessione di singoli sovrani, principi o altre autorità mondane. Questa comune cultura giuridica conobbe, poi, interessanti sviluppi sin dall'inizio del secolo XVII. Innanzi tutto essa si aprì all'influenza del giusnaturalismo moderno che, proclamando

come irrinunciabili i diritti innati nella natura umana, proponeva una lettura del diritto positivo illuminata da tali diritti universali, con un significativo arricchimento della tradizione dottrinarie. In particolare, le suggestioni giusnaturalistiche dettero nuovo ed originale vigore alle tendenze sistematiche già presenti nella scienza giuridica europea, in particolare in Francia e in Germania. Inoltre, nelle regioni tedesche si andò affermando un nuovo indirizzo, definito con l'espressione di *Usus modernus Pandectarum*, secondo il quale l'inquadramento delle tradizioni giuridiche germaniche negli schemi di derivazione giustiniana doveva essere ricercato solo quando fosse risultato utile, oltre che possibile. E di conseguenza la vigenza dello *ius commune* nelle regioni tedesche doveva essere intesa come riguardante le sole norme la cui applicazione fosse risultata effettivamente coordinabile con i diritti particolari della tradizione locale e di sicura utilità pratica. Nel secolo XVII e nel successivo tale indirizzo visse ulteriori sviluppi quando una consistente parte della giurisprudenza germanica cominciò a teorizzare l'esistenza nell'ambito del tradizionale *ius commune* romano-canonico di diritti comuni specifici per regioni europee. Si parlò allora di diritto romano-germanico, di diritto romano-sassone, e così via, diritti che si ponevano come diritto comune nelle singole aree regionali, erano sostanziati da componenti romane, là dove erano giudicate ancora utili, e da norme locali generali, si avvalevano della lettura dottrinarie della tradizione colta, ed erano loro a porsi in rapporto dialettico con gli *iura propria* particolari del territorio. Detta evoluzione riguardò anche le province dei Paesi Bassi, nelle quali dagli ultimi decenni del secolo XVII si imposero diritti comuni territoriali – come il romano-olandese, il romano-belga ed altri – e si affermò una corrente dottrinarie di elevata cultura classica, di grande sensibilità storica e filologica e di spiccata impostazione sistematica che gli storici hanno chiamato *Scuola elegante olandese*⁷. L'intreccio tra diritto romano, consuetudini comuni territoriali, usi particolari e locali conobbe allora un'ulteriore forma,

⁷ Il fenomeno, peraltro, non riguardò soltanto le regioni germaniche. In Italia, ad esempio, venne evidenziato dalla scienza giuridica l'emersione di uno *ius romanum-neapolitanum*: nel 1780 il giurista Giuseppe Basta dette alle stampe l'opera *Institutiones iuris Romano-Neapolitani*. Anche nella penisola iberica i giuristi teorizzarono l'esistenza di uno *ius romanum hispanicum*: nel 1788-1789 Johannes Sala pubblicò le *Institutiones Romano-Hispaniae* in 2 volumi.

avendo sempre come protagonisti i giuristi e mantenendo saldi i legami con la cultura giuridica comune del mondo europeo.

6. *Passato e presente*

La ricchezza di questo insieme di processi giunse forse al suo punto di massimo splendore, in Germania, agli inizi del XIX secolo, con Savigny e la sua scuola. Allora infatti lo sforzo di ricomprendere all'interno di una colossale costruzione dottrinale qual era diventato il diritto romano, dopo secoli di continua rielaborazione concettuale e di sforzi interpretativi, si concluse con la costruzione di un vero e proprio sistema dottrinale entro cui ricondurre la complessa, eterogenea e sempre nuova fenomenologia giuridica all'interno di una pluralità di micro ordinamenti propri del mondo germanico, ulteriormente stimolati ed arricchiti dal moltiplicarsi dei rapporti e delle esigenze indotte dalla prima stagione del moderno capitalismo. Il 'sistema del diritto romano attuale' appare l'ultimo capolavoro prodotto da questa tradizione di sapere: destinato, peraltro, a tramontare per il suo stesso successo dottrinale. Giacché è indubbio che esso ebbe a riflettersi positivamente sulla qualità delle moderne codificazioni, in primo luogo il nostro Codice civile del 1942.

E, tuttavia, proprio la stagione delle codificazioni, apertasi in Francia agli inizi del secolo, ed in cui era confluita l'eredità del moderno giusnaturalismo, era destinata a segnare il tramonto di questo *Juristenrecht* e del suo ultimo, splendido, episodio ottocentesco. Con la fine di questa stagione pare oggi profilarsi una cesura sempre più profonda che sembra separare anche la storia più recente dagli inizi di una realtà affatto nuova nella quale siamo immersi. Problemi nuovi si vengono così accumulando, tra cui anche quello di capire sino a che punto le costruzioni e i saperi dei giuristi romani o di quelli medievali e dell'età moderna siano ancora di qualche utilità per il futuro.

Per dare una risposta plausibile ad un quesito che non da oggi serpeggia anzitutto nelle nostre discipline, occorre aver chiaro gli aspetti di continuità ma anche i fattori di rottura tra presente e passato. Si potrebbe partire da alcuni fatti materiali destinati a incidere sulla sostanza dei fenomeni giuridici: anzitutto la loro crescita esponenziale. Nei giuristi tradizionali è dato talora di notare un senso di

fastidio per il venir meno di quell'utilizzazione elitaria degli strumenti giuridici che non a caso era stata una delle condizioni dello sviluppo della scienza giuridica romana ed *early-modern*. Si dimentica però che questa crescita quantitativa non è che l'immediato risultato di quella enorme crescita economica che le società europee hanno conosciuto nel corso di questi ultimi secoli. La sua importanza centrale nel disciplinamento dei rapporti sociali rendeva inevitabile questo parallelo accrescimento dell'utilizzazione delle forme giuridiche.

Certo, si tratta di una trasformazione anche qualitativa, non solo quantitativa, che pone gravissimi problemi, probabilmente affrontati con ritardo da una riflessione teorica su cui s'è riflessa la difficoltà dei nostri sistemi giuridici sottoposti ad una molteplicità di pressioni contraddittorie ingenerate da una contrapposizione di interessi sempre meno mediati a livello politico e sovente affatto squilibrati per la presenza di nuovi e colossali protagonisti operanti nella sfera economico-finanziaria. Una realtà che ha sottoposto e sottopone l'intero sistema della scienza giuridica ad un colossale sforzo di ridefinizione di contenuti, logiche e prospettive.

Questi sviluppi, ovviamente, si riflettono anche, se non soprattutto, sulla storiografia giuridica contemporanea, investendo i romanisti come i cultori del diritto intermedio e moderno. La crisi, per certi versi, sembra accentuarsi in relazione al diritto romano proprio perché essa sembra spazzare via quelle strategie di ricerche – e i conseguenti titoli di legittimità – che questo settore del sapere tende a mutuare da contesti storici affatto diversi. Giacché un punto sembra ben chiaro: che i nuovi orizzonti non potranno essere affrontati, come qualche sprovveduto s'illude, con gli schemi del diritto romano, concepiti come una specie di *passpartout* buono a tutti gli usi. Non rileva infatti che gli ordinamenti dell'Europa continentale e i relativi saperi abbiano le loro radici nelle antiche matrici romanistiche e nella tradizione medievale e moderna, perché il diritto europeo già in formazione non sarà certo ispirato ad una specie di 'diritto romano attuale'. Ma non v'è neppure alcun motivo di pensare che l'eventuale elaborazione di tipo comparatistico, che potrà intervenire in questo processo, dovrà o potrà avere come punto di riferimento gli schemi dei giuristi romani. Queste sono visioni in ritardo, dettate più dall'illusione di poter conservare le basi teoriche elaborate proprio dalla parte dominante della romanistica tedesca del XIX secolo, ma

non certo Jhering, che dalla consapevolezza dei problemi che si pongono nel presente e che adombrano un futuro del resto abbastanza incerto (Capogrossi, 2000, 904 ss., 2006, 1249 ss.).

Anche perché le trasformazioni in corso trascendono, nella loro complessità e nei loro sviluppi, anche quelle pur gigantesche novità indotte dalla costruzione europea. L'identità della sovranità nazionale e del monopolio del diritto, che ancor ieri pareva un dato acquisito alle nostre certezze, oggi è mero ricordo, lontano quanto e forse più di un'opinione di Ulpiano. Ma la moltiplicazione dei centri normativi di carattere sovranazionale, il carattere pattizio che segna tanta parte dei nuovi fenomeni giuridici contemporanei, la stessa forza con cui i soggetti economici più eminenti si vengono imponendo anche come coprotagonisti di processi normativi di varia natura, contribuiscono a delineare un quadro di una complessità affatto diversa dalla storia passata.

È vero, in questa sede si è insistito sulla spontaneità magmatica di un diritto prodotto anzitutto dalle immediate esigenze di una realtà sociale ed economica in crescita. Ma s'è anche richiamata la forza autoritativa di una scienza – dei giuristi romani come di quelli medievali e moderni – in grado di selezionare e metabolizzare questi fenomeni, elevandoli a livello di sistema. Dove sovente l'intensità delle discussioni teoriche e l'addensarsi di variegati pareri era inversamente proporzionale all'entità economica degli interessi in gioco (Grosso, Volterra, Kelly). Noi non sappiamo ancora in che modo una scienza giuridica e un sistema di corti sempre meno legate alle matrici nazionali saranno in grado di farsi carico di questa realtà. Non sembra oggi ancora chiara la strada che dovrà esser percorsa per riaffermare quelle logiche razionali che ci appaiono coesenziali a ciò che il diritto e i suoi saperi sono stati nella storia europea.

Alcune cose però sono chiare: che noi storici non siamo chiamati, in quanto tali, a proporre soluzioni in tal senso. Chi pensa ancora al diritto romano come fonte diretta o indiretta dei nuovi sistemi, o di costruire i nuovi modelli con il materiale da esso ricavato va verso il nulla (in proposito v. la critica di Cassese, 2011, anche con suggerimenti in positivo). E sono altre le forze e le competenze scientifiche già impegnate nell'interpretazione e comprensione di fenomeni di tale complessità. Proprio per quello che è stato il diritto romano, nel suo concreto articolarsi, e proprio per il livello raggiunto

dai giuristi romani e medievali, altra e, in fondo, non meno importante è la funzione dello storico. Anzitutto quella di ricordare la lezione di metodo e di rigore logico unito ad un fortissimo senso della realtà dei giuristi romani e di età medievale e moderna; essa è tuttora carica di forza pedagogica. In secondo luogo perché il nostro lavoro deve contribuire a offrire ai giuristi contemporanei quella profondità di campo e quelle coordinate cronologiche entro cui collocare e orientare la loro azione. Il che è reso possibile proprio dalla condizione d'intrinseca ambiguità in cui ci troviamo: storici del passato, ma immersi nel presente (conosciamo tutti la formula, divenuta ormai abbastanza banale, per cui lo storico è per un certo verso sempre storico del presente). E questa nostra consapevolezza del presente è ciò che effettivamente «help us towards an understanding of the way that the past and the present are linked» (Rodger, 2011, 21).

A condizione di avere ben coscienza di una realtà effettiva e non immaginaria e di riuscire a rileggere la storia passata liberandola dalle incrostazioni che si sono venute sedimentando con l'opera, ma anche con i preconcetti e le idee delle innumerevoli generazioni che ci hanno preceduto.

Bibliografia

- ASTUTI: G. ASTUTI, *Recezione teorica e applicazione pratica del diritto romano nell'età del rinascimento giuridico*, in *Atti del Colloquio «Le droit romain et sa réception en Europe»*, Varsavia 8-10 ottobre 1973, Varsavia, 1978, 32-58 (poi in ID., *Tra tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, a cura di G. Diurni, Napoli, 1984, I, 237-262).
- CALASSO, 1939: F. CALASSO, *Il problema storico del diritto comune*, in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, Milano, II, 459-513 (poi in ID., *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1950, 77-136).
- CALASSO, 1954: F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, *Le Fonti*, Milano, 469-502.
- CAPOGROSSI, 1999: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria in diritto romano*, Roma, 153 ss.
- CAPOGROSSI, 2000: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su i 'fondamenti del diritto europeo'*, (2000), ora in CAPOGROSSI, *Scritti scelti*, II, Napoli, 883-909.
- CAPOGROSSI, 2006: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Dieter Nörr e le sfide poste alla romanistica contemporanea*, (2006), ora in CAPOGROSSI, *Scritti*, II, 1249-1283.

- CARAVALE, 1994: M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, 301-306.
- CARAVALE, 2005: M. CARAVALE, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, 174-179.
- CARAVALE, 2012: M. CARAVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari, 128-129.
- CARAVALE, 2013: M. CARAVALE, *Diritto senza legge. Lezioni di diritto comune*, Torino, 128-131.
- CASSANDRO: G. CASSANDRO, *Lezioni di diritto comune*, I, Napoli, 1971, 285-286.
- CASSESE, *L'anatra di Goethe*, in *Index*, 39, 2011, 26-30.
- CORTESE, 1995: E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il basso Medioevo*, Roma, 1995, 168-172.
- CORTESE, 1999: E. CORTESE, *Agli albori del concetto di diritto comune in Italia (sec. XII-XIII) in El dret comú i Catalunya. Actes del VIII Simposi Internacional. Barcelona, 29-30 de maig de 1998*, *Estudis* 18, Barcelona, 173-195.
- GROSSI: P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, 227-229.
- GROSSO: G. GROSSO, *La misura umana individuale nel diritto* (1962), ora in G. GROSSO, *Scritti storico-giuridici*, I, Torino, 2000, 693-709.
- GUZMÁN BRITO: A. GUZMÁN BRITO, *Historia de las nociones de «derecho común» y «derecho propio»*, in *Homenaje al profesor Alfonso García Gallo*, Madrid, 1996, I, 207-240.
- J.M. KELLY, *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, 1976, 71-92.
- Legendre: P. LEGENDRE, *Le droit romain, modèle et langage. De la signification de l'utrumque ius*, in *Etudes d'histoire du droit canonique dédiés à Gabriel Le Bras*, II, Paris 1965, 913-930.
- LUIG: K. LUIG, *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, in *Ius commune*, I, 1967, 196-222 (poi anche in ID., *Römisches Recht Naturrecht Nationales Recht*, Gldbach, 1998, 361-394).
- RODGER, 2011: A. RODGER, *'Gli scritti scelti di Capogrossi'*, in *Index*, 39, 2011, 16-23.
- TALAMANCA, *Storia*, in CASTRONOVO-MAZZAMUTO (ed.), *Manuale di diritto privato europeo*.
- VOLTERRA: VOLTERRA, *La base economica della elaborazione sistematica del diritto romano* (1967), ora in VOLTERRA, *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1993.

Giuliano Crifò, il diritto romano e la cultura giuridica del nostro tempo*

Angelo Antonio Cervati

SOMMARIO: 1. Un insegnamento del diritto romano aperto alla cultura del nostro tempo. – 2. I giuristi, la storia e i concetti giuridici. – 3. I valori costitutivi della convivenza romana. – 4. L'esperienza giuridica e le connessioni con l'arte e con la filosofia. – 5. Un dialogo tra giuristi fondato sulla comparazione tra esperienze giuridiche.

1. *Un insegnamento del diritto romano aperto alla cultura del nostro tempo*

Giuliano Crifò è stato un giurista e un intellettuale di vasta cultura classica e contemporanea che ha insegnato diritto romano agli studenti di giurisprudenza, aprendo prospettive storiche e culturali in grado di superare i limiti di uno studio del diritto antico solo schematico e erudito. Egli ha anche cercato di porre, per così dire, un freno ai danni prodotti dall'orientamento pedagogico che tende a considerare l'apprendimento di tutte le discipline giuridiche – comprese quelle storico-giuridiche – come strumentale a un inserimento professionale e tecnico dei giovani giuristi nelle società contemporanee¹. Impegnandosi in un'opera didattica e di diffusione della cultura del diritto romano fuori degli ambiti specialistici tradizionali, egli ha cercato di proiettarsi verso il futuro, utilizzando al massimo

* Testo rielaborato a partire da un intervento svolto il 26 febbraio del 2012, nel corso di una giornata di studio dedicata a G. Crifò presso l'Istituto di studi romani, nell'anniversario della morte dello studioso, avvenuta nella facoltà romana di giurisprudenza, al termine di una seduta di laurea; si rinvia anche ad un articolo pubblicato nello stesso anno dall'autore del presente scritto, A.A. CERVATI, *Diritto pubblico romano e studio comparativo della cultura giuridica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2012, anno LXXXIX, 1 ss.

¹ Giuliano Crifò non segnala solo il rischio che lo studio del diritto romano si possa trasformare in una forma di «alta cultura», ma insiste anche nel denunciare i pericoli che corrono oggi le discipline romanistiche – come ogni altra disciplina rivolta allo studio del passato – di trasformarsi in fenomeni «di attenzione erudita», perdendo quella funzione educatrice che l'insegnamento del diritto romano ha finora avuto nelle facoltà di giurisprudenza, per ridursi ad una ricognizione specialistica delle testimonianze a noi pervenute sul mondo romano; cfr. G. CRIFÒ, *Romanistica attuale*, in *Materiali di storiografia romanistica*, cit., 356 e in molti altri scritti citati più avanti nel testo e nelle note.

gli elementi di carattere speculativo che possono trarsi dalla tradizione romana, fino a correre il rischio di risultare sgradito tanto agli studiosi di diritto romano o di altre discipline storico-giuridiche, quanto a una parte dei colleghi specialisti di diritto vigente. Il paradosso dell'«attualità del diritto romano», cui Crifò ha fatto più volte riferimento, si fonda prima di tutto sull'attualità della cultura storica e filosofica ai fini dello studio di ogni esperienza giuridica, con la conseguenza che l'approfondimento del diritto antico, anche quando conduca verso istituti e costruzioni dogmatiche lontane nel tempo, finisce per aprire al giurista di oggi orizzonti storici e speculativi sempre nuovi e stimolanti. Il paradosso dell'attualità del diritto romano ha una storia antica, esso ha, in un certo senso, alle spalle quell'*usus modernus pandectarum* che è sempre stato particolarmente ricco di contraddizioni, fonte di gravi fraintendimenti storici, anche se è fin troppo evidente che la metafora di Crifò e Spantigati, volta ad insistere sull'attualità del diritto romano, non propone di utilizzare quest'ultimo, né tanto meno le categorie del diritto civile romano, per risolvere i problemi del mondo attuale. Si potrebbe dire che le ambiguità non finiscono qui, perché dietro il paradosso dell'attualità del diritto romano potrebbe celarsi l'exasperazione del mito dell'antica Roma e persino un certo più recondito proteiforme eurocentrismo, che stenta a perdere terreno nella cultura giuridica del diritto pubblico europeo, nonostante le nefaste esperienze dei secoli passati. Chi scrive, pur nutrendo dei dubbi sul mito di Roma e ancora di più sul sacro romano impero della nazione germanica, non sottovaluta per questo il sereno e disinteressato impegno di Giuliano Crifò a mantenere vivo il dibattito su una concezione del diritto romano realistica, dinamica e persino critica. Quello che soprattutto merita apprezzamento in Crifò, così come in ogni orientamento aperto al confronto tra diverse esperienze giuridiche, è la disponibilità a mettere in discussione gli stessi valori della convivenza del mondo romano, considerando i dogmi e i concetti giuridici antichi e moderni solo come strumenti per mantenere aperto un processo di autoeducazione giuridica. I tentativi di rendere attuale l'immagine del giurista romano sono stati infiniti e in tutte le epoche della storia delle istituzioni non solo europee si è cercato di legittimare un'immagine del giurista romano che contribuiva a diffondere concezioni dello Stato, del potere politico, degli interessi di alcuni ceti che di volta in volta assumevano la guida dello sviluppo sociale. Basti leg-

gere le pagine critiche di Giuliano Crifò nei confronti di Theodor Mommsen, per l'utilizzazione del diritto romano ai fini della costruzione di un poderoso impianto sistematico di chiara impronta statalista, o le sue significative critiche al pensiero dei costituzionalisti di lingua francese di ispirazione liberale, da Constant a Foustel de Coulanges, e a molti altri scrittori europei fino Georg Jellinek.

Il punto fondamentale della critica che Crifò rivolge all'utilizzazione da parte del diritto pubblico borghese di schemi che conducono verso un'interpretazione dell'esperienza romana spesso più autoritaria e statalista di quanto non fosse consentito dalle stesse concezioni sociali prevalenti nel mondo antico, si sostanzia nella messa in evidenza del carattere ideologico delle rappresentazioni concettuali che si sono affermate nel mondo occidentale negli ultimi secoli. Egli non intende far rivivere schemi e mentalità ormai morte e sepolte, ma tende ad aprire nuovi orizzonti di riflessione che non possono che arricchire il dibattito sul mutamento delle categorie giuridiche e contribuire in particolare a ripercorrere i complessi e travagliati itinerari concettuali che hanno guidato la dottrina romanistica. Per seguire un dibattito di questo tipo occorre adottare una prospettiva orientata verso la comparazione diacronica, non verso il sistematico irrigidimento delle proprie posizioni dottrinarie, per tornare a discutere liberamente i singoli punti, traendo possibili spunti di riflessione dalle numerose testimonianze che si possono rinvenire non solo nei testi ufficiali, ma anche nella letteratura e nell'arte, senza lasciarsi condizionare da appartenenze ideologiche o di scuole accademiche.

È appena il caso di aggiungere che questa prospettiva si muove anche contro l'abitudine degli schieramenti specialistici volti a irrigidire e formalizzare i propri percorsi mentali, riaprendo quei ponti tra giuristi, filosofi del diritto e cultori di discipline umanistiche che erano stati chiusi non certo e non solo per colpa dei romanisti. L'insistenza sulla necessità di mantenere vivi i rapporti con la storia e con la filosofia, opponendosi a un'eccessiva tecnicizzazione e formalizzazione dei percorsi didattici, conduce Giuliano Crifò verso riflessioni critiche nei confronti della storiografia dell'Ottocento e del Novecento e a cercare nuovi percorsi culturali e didattici. Egli sottolinea l'esemplarità del modello del giurista romano, protagonista di uno sviluppo storico e culturale lungo e complesso, testimoniato dalla diversità delle scuole e delle opinioni dei giuristi, dalla ricchezza delle

loro biografie e dalla presenza di un dibattito giuridico che continua a suscitare interesse non solo tra gli specialisti della storia antica, ma anche tra gli altri studiosi di diritto e di storia delle dottrine giuridiche². La sua concezione dell'esperienza giuridica, quale concatenazione vitale e non solo logico-dottrinarina, di situazioni reali, lo porta a riflettere sui percorsi della storia romana, dalla monarchia alla repubblica, dall'epoca classica fino all'impero d'oriente, alla luce dell'affermazione, ricorrente nei suoi scritti, per cui per approfondire lo studio dei fenomeni giuridici occorre non isolare le elaborazioni dogmatiche dai contesti in cui esse nascono e si inseriscono³. Egli insiste sull'importanza del ruolo dei giuristi nell'elaborare schemi concettuali, continuando ad avvertire che non sono i concetti a fare la storia, neppure quella del diritto e che per uno studio realistico dell'esperienza giuridica occorre tenere conto di molti altri elementi.

Egli non è certamente il primo studioso di storia del diritto romano che si avveda delle forzature ideologiche che si sono manifestate nell'interpretazione delle esperienze giuridiche del passato e dell'uso strumentale della storia del diritto da parte della storiografia ufficiale e della cultura giuridica e politica; tuttavia il suo impegno merita una particolare segnalazione per l'insistenza sull'esigenza di mantenere saldi i rapporti con le altre discipline umanistiche e di promuovere un insegnamento del diritto che non si limiti a fornire al pubblico informazioni recondite e prevalentemente concettuali, ma cerchi in tutti i modi di mantenere aperto il dialogo tra giuristi di discipline diverse, oltre che tra questi e le persone di cultura. Alla base di questa apertura del discorso vi è l'orientamento che ha costantemente guidato nella sua ricerca giuridica, storica ed ermeneutica, il nostro comune Maestro, Emilio Betti, che non si è mai sentito limi-

² Cfr. G. CRIFÒ, *op. ult. cit.*, 273, «l'appello di B(etti) alla storicità del diritto è in realtà incondizionato. Questo, del resto, è il messaggio conclusivo, contro tutti i rischi connessi all'impiego della dogmatica moderna e contro tutti gli equivoci a cui la novità metodologica si poteva prestare». Egli cita E. BETTI, *Educazione giuridica moderna e ricostruzione del diritto romano*, in *Bollettino italiano diritto romano* 1931, 60, dove si afferma «la miglior garanzia ... è costituita ... da un vivo senso storico. A chi ne difetta è da sconsigliare lo studio del diritto romano» e – aggiunge opportunamente Crifò – «del diritto tout court».

³ Si veda, ad esempio, ID., *Romanistica attuale*, in *Materiali di storiografia romanistica*, cit., 370, «in ogni caso, esiste un isolamento scientifico della storia del diritto, il cui sintomo più caratteristico è l'indifferenza dei giuristi 'positivi' verso i suoi risultati».

tato dai recinti disciplinari tradizionali alle tante materie che egli ha insegnato, dal diritto processuale a quello internazionale, commerciale o civile, dal diritto comparato alla teoria dell'interpretazione.

Giuliano Crifò è profondamente convinto che per insegnare il diritto romano non basti essere storici del mondo antico, ma occorra anche avvertire una spiccata vocazione filosofica, unita a un'altrettanto forte sensibilità per le dinamiche storiche e sociali. In tale prospettiva, lo studioso del diritto antico e quello del diritto contemporaneo possono ben dialogare sulle grandi esperienze giuridiche dell'umanità, andando oltre l'esame di singoli frammenti di istituti, di astratte costruzioni sistematiche o del significato storico e giuridico di regole e atti giuridici ormai remoti nel tempo⁴. Egli ha tenuto conto dei fondamentali contributi di Pietro Bonfante, Emilio Betti, Riccardo Orestano, Giuseppe Capograssi, Alessandro Giuliani, grandi studiosi di diritto, in possesso di vastissime conoscenze storiche e filosofiche, che hanno posto al centro della propria riflessione l'insieme delle esperienze del diritto, della cultura giuridica e della storia umana.

Emilio Betti, nel corso dei seminari che soleva organizzare presso l'Istituto di teoria dell'interpretazione, era solito affermare che, per studiare il diritto, occorresse anzitutto sapersi orientare tra le raccolte di legislazione e di giurisprudenza, insistendo anche sull'importanza dell'interpretazione delle decisioni giudiziarie⁵, ma soleva aggiungere che altrettanto indispensabile per un giurista fosse l'esigenza di intendere le altre manifestazioni dell'animo umano, compresi gli studi di filosofia e di storia e persino le opere d'arte e di

⁴ Cfr. G. CRIFÒ, *Emilio Betti, note per una ricerca*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7, Milano, 1978, 279 ss., dove si afferma che «si deve combattere l'ideale di una scienza del diritto statica, avversa ad ogni adattamento alla variabilità delle situazioni sociali», aggiungendo che «la riforma del diritto è anzitutto, nel pensiero bettiano, un problema di riforma del giurista» e che, per Emilio Betti, «il motivo dominante è la lotta contro l'idea di un giurista être inanimé, politicamente agnostico – il che non vuol dire che esso debba essere asservito ad una ideologia politica – e imbarbarito da una preparazione specialistica e tecnicistica, priva di supporto filosofico e di quella cultura che sia stata capace di far suo il patrimonio della tradizione e in particolare dell'antichità classica».

⁵ A proposito dell'interpretazione delle sentenze e dell'importanza della massime di decisione, si veda E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, seconda ed., riveduta e ampliata a cura di G. Crifò, spec. 367 ss., 231 ss.

letteratura⁶. Egli citava spesso Ortega y Gasset, per la denuncia della «*barbarie della specializzazione*», propria di un tempo in cui si avvertiva con sempre maggiore chiarezza la crisi del dialogo, l'avanzare della specializzazione e le crescenti difficoltà nel perseguire un confronto aperto tra diverse valutazioni, culture e discipline scientifiche.

Giuliano Crifò intitolò «*Le idee fanno la loro strada*» un seminario che si svolse presso l'Istituto di studi romani nel 2005, dedicato al pensiero di Emilio Betti, a cinquant'anni dalla prima edizione della «*Teoria generale dell'interpretazione*»⁷. Emilio Betti è in effetti uno degli scrittori italiani di teoria e di storia del diritto più sensibili alle sollecitazioni che provengono dalla cultura europea del Novecento, in contatto con grandi studiosi stranieri e che ha continuato a sollecitare un dialogo aperto sui mutamenti del diritto e degli orientamenti della dottrina italiana prima e dopo la seconda guerra mondiale. «*Le idee fanno la loro strada*» soprattutto quando sono mosse dalla attiva partecipazione di vari studiosi che non mirino a ripeterle o irrigidirne il significato, ma cerchino di seguirne lo sviluppo attraverso il mutare dei contesti storici e culturali, facendo spazio a valutazioni sempre nuove dei contenuti più vitali di alcuni insegnamenti che hanno contrassegnato le tappe della ricerca e della riflessione sulle diverse esperienze giuridiche. Da questo punto di vista, il rapporto tra Betti e Crifò è davvero esemplare, perché in esso giocano un grande ruolo non solo le differenze generazionali, le inclinazioni e sensibilità culturali, ma anche la scelta dei temi da trattare e del modo in cui approfondirne lo studio storico giuridico. Una delle caratteristiche comuni sia a Betti che a Crifò è la scelta dei temi dei loro studi, quasi sempre molto ampi, tali da consentire al lettore e allo studioso una visione che spazi sui punti centrali di più esperienze giuridiche, mantenendo aperta una prospettiva comparativa con altre esperienze giuridiche e altri ambienti sociali, con il risultato

⁶ Si veda E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, cit., 142, «*dalla rilevanza dei singoli elementi scaturisce il senso complessivo del mondo sociale e storico per guisa che apprezzamenti e scopi trovano fondamento in definitiva solo nel costruito organico totale, nella compagine strutturale complessiva*»; ID., *op. ult. cit.*, 151 «*gli spiriti inventivi non sono isolati l'uno dall'altro*».

⁷ G. CRIFÒ (a cura di), *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, Roma 2010, 1 ss. Si veda su questo convegno lo scritto di M. NARDOZZA, *Storia del diritto, storiografia e storicismo in Emilio Betti*, in *Historia et ius* 2012, fascicolo 2, 1 ss.

di disorientare le ricerche degli specialisti, offrendo agli studiosi di diritto attuale spunti di riflessione a tutto campo sulle categorie dei diritti fondamentali, dell'eguaglianza, delle libertà e dei valori costitutivi della società romana, in una prospettiva aperta alla comparazione, alla riflessione filosofica, alla storia e non guidata soltanto dalla connessione logica dei concetti.

2. *I giuristi, la storia e i concetti giuridici*

Il discorso aperto da Giuliano Crifò con i suoi amici e colleghi si sviluppa muovendo dalle elaborazioni concettuali dei giuristi romani e dalle ricostruzioni storiografiche e sistematiche successive, soprattutto quelle degli ultimi secoli, per investire le figure dei giuristi, le loro biografie, considerando le testimonianze a noi giunte non solo attraverso i *responsa*, ma anche e soprattutto attraverso la letteratura e la filosofia. Ne risulta un quadro molto complesso di protagonisti della vita sociale che si muovono tra le strutture del potere politico e i più ampi interessi filosofici e umanistici e che rivela personalità non riducibili ad un solo prototipo. L'immagine di *iurisperitus* che ne risulta è quella di un professionista in grado di rinvenire soluzioni eque, adeguate alle circostanze, ben lontana da quella di un tecnico educato a individuare con rigore scientifico le regole per ogni possibile fattispecie. La cultura del giurista romano come tratteggiata da Giuliano Crifò non è solo cultura politica, ma attinge piuttosto ad un patrimonio valutativo essenzialmente etico. Il merito maggiore di Giuliano Crifò mi sembra sia quello di mantenere aperto un dibattito sul ruolo sociale dei giuristi nel corso del tempo senza pretese di mitizzare la figura del giurista romano, né procedere a classificazioni sulla base del contenuto dei singoli *responsa*. La cultura del giurista romano è in grande misura il frutto di un esercizio delle professioni forensi, quale risulta testimoniato, oltre che dallo studio delle biografie dei singoli *iurisperiti*, anche dalla lettura dei classici della letteratura latina, Cicerone, Seneca, Ulpiano, Papiniano e molti altri. I modelli di valutazione del giurista romano del tardo impero rispondono a criteri interpretativi propri di un ordine giuridico pluralistico, come quello romano, caratterizzato dall'abitudine al rispetto reciproco e da una visione del mondo aperta che tende a sottolineare

la vocazione a riflettere, a pensare, prima ancora che a concettualizzare e ad irrigidire l'uso degli strumenti retorici e concettuali.

Giuliano Crifò nel riproporre lo studio delle biografie dei giuristi romani e delle loro opere teoriche sottolinea la diversità della retorica giuridica romana da quegli orientamenti interpretativi dei secoli a noi più vicini che si fondano sui miti contemporanei della scientificità e della certezza del diritto, così come sulla necessità di mantenere saldi rapporti con il potere economico e persino con le istituzioni politiche.

Parlare del ruolo del giurista romano significa avventurarsi su temi sui quali si è raggiunto, da parte dei cultori del diritto romano, un grado di elaborazione teorica e storica talmente elevato da intimidire ogni studioso che voglia approfondire, anche solo in minima parte, la vastissima letteratura specialistica esistente. Giuliano Crifò incoraggia tuttavia i giuristi contemporanei a tornare a riflettere su costruzioni concettuali, quali quelle elaborate dai giuristi romani sulla base di un libero confronto sulle esigenze umane fondamentali della collettività. In questo quadro, l'opera dei giuristi si presenta come il risultato di un impegno collettivo, che non esclude diversità di linee argomentative e valutative e valuta al massimo l'apporto personale del singolo giurista.

Il giurista romano rappresenta, per Crifò, uno dei protagonisti della vita sociale, non un burocrate al servizio dell'imperatore, né solo un custode della tradizione giuridica e interpretativa, perché esso deve soprattutto essere in grado di svolgere le proprie funzioni professionali in modo indipendente, orientando le valutazioni sulla base di un'adeguata ponderazione dei diversi elementi giuridici emergenti dall'insieme delle circostanze. Crifò contrappone i giuristi romani a quei giuristi funzionari dello Stato tipici della cultura borghese europea dell'Ottocento, che corrispondono, a suo avviso, al diffondersi di una nuova figura di studioso, quella del «professore di diritto», vero e proprio «funzionario» pubblico⁸.

⁸ Cfr. G. CRIFÒ, *Romanistica attuale*, cit., 366, «in realtà questo tipo di costruzione sistematico formale raggiungeva l'acme proprio nel momento in cui maggiormente si pone il problema del professore-funzionario e della cultura universitaria come supporto dell'assetto politico-sociale». Si veda anche Id., *Due opere di Mommsen*, in *Materiali di storiografia romanistica*, cit., dove si afferma che «È a questo proposito che viene in questione il vero problema, identificato da tempo nella unilateralità con la quale le testimonianze

Il peso dell'influenza esercitata dal variare delle credenze degli uomini, dal mutare delle dottrine, delle fedi religiose e delle ideologie politiche, ha fatto sì che i giuristi romani elaborassero una sapienza giurisprudenziale che emerge dai loro *responsa*, il cui studio richiede il mantenimento di una prospettiva comparativa diacronica, aperta alla considerazione delle diverse esperienze giuridiche⁹. Dalla considerazione del ruolo dei giuristi romani, Crifò trae la convinzione dell'opportunità di insistere sulle biografie, più che sulla genealogia dei concetti e degli schemi dottrinali, usati come strumenti della retorica argomentativa, insistendo sul carattere composito, antologico, della compilazione giustiniana. Uno dei fattori da non perdere di vista è quello del lento mutare dei valori della convivenza, in un arco di tempo vastissimo, nel corso del quale un ceto di giuristi, che è ben lungi dall'aspirare a riconoscimenti politici, tende piuttosto ad affinare le proprie capacità di interpretazione dei fatti, attraverso un'educazione giuridica e retorica che ha ad oggetto il miglioramento dei propri strumenti concettuali, rendendoli sempre più persuasivi e adeguati alle circostanze¹⁰. Crifò mette in evidenza le rispettive sensibilità culturali e sociali dei giuristi romani, insistendo sulle diverse personalità senza perdere di vista una comparazione tra il ruolo dei giuristi romani e quello svolto da altri giuristi e culture giuridiche in altri contesti storici e politici, in presenza di altre società del mondo antico, comprese le civiltà dell'oriente mediterraneo e della Grecia classica. Vorrei aggiungere inoltre che nella concezione del giurista romano messa in evidenza da Giuliano Crifò emerge in primo piano la grande libertà individuale e il forte senso di indipendenza dei maggiori giuristi romani: ciò spiega il prestigio non comune assunto nella società romana dai giuristi rispetto ad al-

vengono utilizzate, alla luce d'una concezione d'insieme del diritto pubblico che i Romani non si erano curati di elaborare teoricamente». La critica alle categorie dello *Staatsrecht* di Mommsen presuppone, secondo Crifò, il riconoscimento che esse dovrebbero essere storicizzate e considerate in chiave politica, muovendo dal concetto o schema di Stato da cui muove lo stesso Mommsen; si veda CRIFÒ, *op. ult. cit.*, 174.

⁹ Cfr. G. CRIFÒ, *Lezioni di storia del diritto romano* Bologna, 2000, 159 ss., spec. 208 ss.; si veda anche ID., *op. cit.*, 31, «L'Eneide, opera quanto mai letteraria, non perciò è fonte meno preziosa per la conoscenza del diritto, come indica la trattazione dei vari argomenti che toccano l'esperienza giuridica romana nella recente *Enciclopedia virgiliana*, (Roma 1984-1990)».

¹⁰ Cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., 74 ss.

tre categorie di intellettuali, quali gli stessi sacerdoti, i poeti e i grandi scrittori. Alla base di tale concezione vi è la convinzione, diffusa da Emilio Betti, che il carattere persuasivo delle valutazioni giuridiche dipenda anche dal loro presentarsi come «*il risultato di un lavoro imponente di generazioni, in gran parte anonimo*»¹¹.

3. *I valori costitutivi della convivenza romana*

È noto a tutti che la costituzione romana non è mai stata oggetto di scrittura o di codificazione¹² e molti ricordano gli studi giovanili di Emilio Betti, dai quali muovono le fondamentali ricerche di Giuliano Crifò, sulla cittadinanza, sull'idea di libertà, di dignità e di uguaglianza nel diritto romano. Crifò ha dedicato al tema della costituzione romana nel pensiero di Betti un importante Convegno di studi svoltosi a Perugia nel 1985¹³ e ha continuato a approfondire questo tema nelle sue «*Lezioni di diritto romano*», nel volume «*Libertà e uguaglianza in Roma antica*», nonché nell'opera intitolata «*Civis*» e nel saggio sui problemi del diritto costituzionale romano e delle sue trasformazioni¹⁴. Tutti argomenti che oggi non esiteremmo a considerare come propri del diritto costituzionale contemporaneo, pur tenendo conto prima di tutto del fatto che il diritto costituzionale romano – e in particolare le idee di costituzione, *libertas* ed *aequalitas* – si sviluppano nell'antica Roma in contesti culturali rispetto ai quali la dogmatica dello *Staatsrecht* tedesco è completamente estranea, così come lo è quella del potere costituente.

Giuliano Crifò si interroga costantemente sulle concezioni romane della cittadinanza, degli stranieri, dell'eguaglianza, delle libertà, della laicità e del pluralismo, per tacere della schiavitù, dell'a-

¹¹ Cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., 74 ss.

¹² E. BETTI, *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, a cura di G. Crifò, Roma 1982, spec. 145 ss.

¹³ G. CRIFÒ (a cura di), *Costituzione romana e crisi della repubblica. Atti del convegno su Emilio Betti*, Napoli 1986.

¹⁴ Al tema delle costituzioni scritte è dedicato il secondo fascicolo della rivista «diritto romano attuale», quello che reca il titolo «*Le costituzioni e la storia*» in cui viene ribadita una concezione aperta delle costituzioni, che non si limiti a considerare le sole costituzioni scritte, rigide e flessibili, che hanno segnato l'avvio di diverse esperienze costituzionali, ma comprende anche quelle non scritte, e ripropone la centralità della storia come di una riflessione sul diritto costituzionale.

silò, del diritto di famiglia e soprattutto sui mutamenti indotti dalle diverse concezioni ideologiche e sociali che hanno attraversato la storia romana¹⁵. Le sue considerazioni stimolano la riflessione del giurista di oggi verso la riflessione sui problemi generali del diritto e si pongono in contrasto con l'idea di un'educazione giuridica diretta a privilegiare lo studio delle istituzioni del diritto civile. Egli segnala l'importanza del confronto tra le diverse culture giuridiche, all'insegna della consapevolezza dei valori umani, storici, culturali e della loro vitalità per lo studio di ogni esperienza giuridica, sottolineando che il giurista svolge un «*compito pratico*», quello di individuare una regola, rispetto al quale l'interpretazione e l'argomentazione giuridica assumono funzioni solo strumentali in vista del risultato da raggiungere, non senza sottolineare tuttavia che nella individuazione delle soluzioni dei problemi giuridici «*conta ovviamente anche l'individualità del giurista, la sua cultura, la sua ideologia*»¹⁶. Crifò sottolinea il «valore di vita» dell'intero sviluppo del pensiero giuridico¹⁷ e le sue considerazioni sulla «dogmatica giuridica» muovono dalla rivisitazione del contributo di Emilio Betti a proposito delle costru-

¹⁵ Cfr. G. CRIFÒ, *Su alcuni aspetti della libertà in Roma*, in *Arch. giur.*, 1958, 3 ss., 43, dove osserva che affermare che il mondo antico non conosce la spontaneità del volere, la libertà individuale, i diritti della personalità, «*significa falsare la verità storica, che chiaramente indica nello spirito greco e nel romano l'origine di siffatte esperienze etiche, sociali giuridiche*»; si veda anche ID., *Libertà e eguaglianza in Roma antica*, Roma, 1984, 22 «*durante la repubblica la libertà individuale è strettamente legata a istituzioni giuridiche e a garanzie costituzionali*», ID., *Civis*, Bari, 2005, 72, dove osserva facendo anche riferimento al Gaudemet, nel senso che «*a Roma i diritti non si proclamavano e non se ne scrivevano cataloghi, ma se ne assicurava la tutela*». Anche «*se la prospettiva civica era poco favorevole a una considerazione dell'uomo come tale, tuttavia nell'impero e grazie al cristianesimo si riconosce la dignità dell'uomo, il che implica il rispetto della sua persona, della sua libertà, di quel che è necessario alla sua vita materiale, e anche della sua coscienza*».

¹⁶ G. CRIFÒ, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., 412 ed ivi citazione di SCHIAVONE, *Le logiche dei giuristi romani*, 1971, I.

¹⁷ Cfr., ad. esempio, G. CRIFÒ, «*Su Pietro Bonfante*», in *Materiali di storiografia romanistica*, cit., 185 e ss., pubblicata in *Estudios en Homenaje al Professor Juan Iglesias*, col titolo «*un libro che serve poco ai piccoli, ma giova moltissimo ai grandi*», dove a proposito delle «Istituzioni di diritto romano» del Bonfante, si afferma che «*esso è anche un libro attuale, perché, come acutamente aveva visto il Perozzi, la sua essenza non è il dogma, ma la storia ed è esposizione non di un essere ma di un divenire, non di uno stato, ma di un movimento e perché ancora oggi... di rivendicare al diritto quella funzione critica della società che nella storia di se stesso, trova il suo primo e saldo fondamento*».

zioni dei giuristi romani considerate alla luce della «dogmatica odierna», senza farsi tuttavia soverchiare da questa. Esse rappresentano una proficua occasione per avviare una sua riflessione sul ruolo storico della retorica giuridica e dei rapporti tra dottrina e esperienza del diritto. Esse richiamano l'attenzione sulla complessità di una lunga, variegata e certamente irripetibile esperienza giuridica, che conserva «*un illuminante valore ermeneutico*». Va anche sottolineato che se le considerazioni critiche sull'uso della dogmatica giuridica del diritto pubblico con riferimento ai fenomeni storici e a quelli del mondo antico muovono dalle riflessioni di Emilio Betti sulla teoria dell'interpretazione giuridica, è altrettanto vero che Giuliano Crifò si inserisce a pieno titolo tra quegli orientamenti del pensiero giuridico italiano che, portando avanti in modo profondamente innovativo le intuizioni già in parte presenti nella dottrina bettiana e nella impostazione realistica e storica di questo autore, si sviluppano verso un approfondimento dello studio come scienza dell'esperienza, da Riccardo Orestano, a Giuseppe Capograssi, a Alessandro Giuliani, e in parte anche a Salvatore Satta, Giorgio Berti, Gino Gorla,

Giuliano Crifò sottolinea che il contenuto valutativo dei discorsi giuridici non dipende da artifici tecnici o da formalismi e neppure da astrazioni dogmatiche – che anzi, come è stato ripetutamente sottolineato da Alessandro Giuliani, un altro giurista italiano che si richiama alle riflessioni di Vico, possono addirittura precludere la comprensione del significato dei fenomeni reali dell'esperienza giuridica. Crifò insiste sull'esigenza del mantenimento di una prospettiva realistica, che non distolga lo sguardo dai problemi sociali e politici e dallo studio della storia generale¹⁸ e non si limiti alla descrizione

¹⁸ Cfr. CRIFÒ, *Pandettisti e storicisti nel diritto romano oggi*, cit., in *Diritto romano attuale*, fasc. 1, 1999, 11 ss. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Arch. giur. F. Serafini*, vol. XCIX e C, 1928, e ora in E. BETTI, *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, 74 e *passim*, dove si afferma che le categorie giuridiche utilizzabili per l'interpretazione del diritto antico sono, «*in realtà, di categorie... generali, sotto la specie delle quali noi moderni – in quanto giuristi – siamo portati a formulare e considerare il fenomeno giuridico, non pure sul terreno del diritto positivo nostro, ma ancora su quello di altri diritti positivi, siano questi della nostra epoca o di epoche e di società diverse dalla nostra. Si tratta veramente di funzioni logiche della nostra mentalità giuridica, di predisposizioni e di abiti mentali, acquisiti bensì con la tradizione e con l'esperienza, quindi scientificamente controvertibili e storicamente contingenti, ma non per questo meno necessari per noi che viviamo nell'epoca attuale, perché ormai identici con noi stessi*» (ID., *op. cit.*, 77 s.), aggiungendosi subito dopo: «*se la conoscenza è ... assimila-*

dei singoli elementi del discorso giuridico. La base per approfondire la diversità delle opinioni e le concezioni sul fondamento dei valori costitutivi della convivenza è da cercare nello studio degli uomini, non nei soli sviluppi della legislazione, della giurisprudenza e della prassi giudiziaria. Per questa ragione il mantenimento di una prospettiva comparativa, aperta alla riflessione critica sui valori storici e sociali che hanno animato le esperienze giuridiche del mondo antico, di quello moderno, come di quello contemporaneo costituisce una delle principali esigenze ai fini di uno studio delle esperienze giuridiche e in particolare del diritto costituzionale.

Crifò si interroga anche sugli effetti della cristianizzazione del diritto romano e sottolinea come, a suo avviso, sarebbe meglio parlare di una «giuridicizzazione» del cristianesimo, tendendo ancora una volta a porre problematicamente problemi interpretativi di grande spessore teorico e storiografico, che trascendono ampiamente le controversie tra specialisti di diritto romano¹⁹. Tra i temi affrontati da Giuliano Crifò nel Corso di diritto romano vi è quello del multiculturalismo religioso della società romana, cui egli aggiunge l'accento a una tendenziale laicità delle istituzioni antiche, che parrebbe così quasi anticipare una secolarizzazione *ante litteram*: «I concetti che siamo abituati ad usare nel nostro tempo, con riferimento al pluralismo religioso e ai rapporti reciproci tra diverse visioni del mondo non possono, a mio modesto avviso, far comprendere la posizione assunta dal cristianesimo nel tardo impero romano e il ruolo assunto dalle istituzioni e dall'imperatore e le loro conseguenze sugli sviluppi storici della religione cristiana. Si tratta di problemi complessi che investono interrogativi sull'interpretazione del diritto romano dai primi secoli fino al tardo impero, con riferimento ai quali si verificheranno successivamente profondi mutamenti epocali negli stessi valori costitutivi della convivenza sociale. Si tratta di comprendere quei mutamenti storici e filosofici, legati al prevalere di nuove con-

zione congeniale dell'oggetto da parte del soggetto, è chiaro che un diritto diverso dal nostro ... non si può dire veramente conosciuto, se non in quanto le nostre categorie giuridiche abbiano trovato in esso un terreno propizio alla loro applicazione».

¹⁹ A proposito del rapporto tra storia e dogmatica giuridica, così come tra diritto e interpretazione, cfr. G. CRIFÒ, *I giuristi e il mondo antico*, in ID., *Materiali di storiografia romanistica*, Torino, 1998, (pubblicato anche in L. POLVERINI (a cura di), *Lo studio storico del mondo antico nella cultura italiana dell'Ottocento. In memoria di Federico Chabod*, Napoli, 1993, 177 ss.), 219, e inoltre spec. 208, 215.

cezioni religiose e all'affermarsi dei valori cristiani, anche attraverso interventi dei poteri pubblici. Nel trattarne occorre rifuggire da schematismi troppo serrati, mantenendo una visione delle cose aperta alla ricchezza dei rapporti tra diverse scuole di logica e di pensiero, tra diverse sensibilità religiose e differenti culture teologiche. Non si può tuttavia non pensare al prevalere di nuove concezioni dell'equità, all'impatto dei nuovi valori etici e religiosi sulle distinzioni tra classi sociali e sugli altri elementi che orientano la convivenza umana, investendo anche il ruolo dei giuristi, il mutare dei criteri dell'interpretazione giuridica e i compiti delle istituzioni. Tra le funzioni proprie di un corso di diritto del tardo impero romano mi sembra vi sia anche quella di riuscire a seguire profili diversi che si intrecciano tra loro, secondo percorsi che provengono dalla cultura greca, bizantina, romana e orientale, tenendo anche conto dei culti esistenti in quei tempi, senza perdere di vista il significato storico e teorico del prevalere di una visione monoteista, con l'affermarsi di nuovi valori etici fondati sulla carità e su una fede comune, sempre più totalizzante, che è destinata a condurre molto lontano dai riti e dai culti religiosi propri del mondo precristiano». Da queste riflessioni hanno origine i suoi studi sui rapporti tra storia delle religioni e mutamento dei valori giuridici, sulla trasformazione dell'idea stessa di libertà, di eguaglianza e di pluralismo religioso. Si tratta di un metodo di studio che Emilio Betti non avrebbe esitato a far risalire all'ermeneutica giuridica di Giambattista Vico, autore che anche Giuliano Crifò considera «l'eroe della ricerca storico-giuridica»²⁰, attra-

²⁰ E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, Padova, ristampa, 1947, 76 nota (2); ID., *I principi di scienza nuova di G.B. Vico e la teoria dell'interpretazione storica*, in ID., *Diritto Metodo Ermeneutica*, Milano, 1991, 459 ss.; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, II ed. a cura di G. Crifò, vol. II, Milano, 1990, 849 s.; ID., *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, a cura di G. Crifò, Roma, 1982, spec. 145; s., 433 ss.; ID., *Interpretazione della legge e dell'atto giuridico*, II ed. a cura di G. Crifò, Milano, 1971, 14 ss. Si tratta di un metodo di studio che può farsi risalire al VICO e ai classici italiani della filosofia e del diritto comparato, si veda spec. G.B. VICO, *La scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni* (1744), a cura di P. Rossi, Milano, 1963, 332; G. ROMAGNOSI, *Introduzione al diritto pubblico universale*, Prato 1846, XXVIII e ss.; ID., *Dell'indole e dei fattori dell'incivilimento come esempio del suo risorgimento in Italia*, Milano, 1832, 1 ss. Il metodo storico per lo studio della dogmatica giuridica trova riscontro nei nostri tempi soprattutto nelle opere di E. BETTI, precedentemente citate, e più in generale in tema di studi di storia del pensiero e della esperienza giuridica, si veda A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957,

verso la via di una riflessione valutativa, che tende a inserire l'esame di ogni dottrina e dei mutamenti di significato del linguaggio giuridico nel più ampio contesto degli sviluppi, prevalentemente non sistematici, né facilmente prevedibili, della storia umana, della cultura e dei conflitti sociali²¹. Secondo Victor Crescenzi, la principale caratteristica degli studi di Giuliano Crifò in tema di diritto pubblico romano consiste nell'impegno personale di uno studioso che «quella *libertas*, della quale è stato studioso insigne, Giuliano l'ha perseguita strenuamente nelle relazioni umane e scientifiche, facendone un autentico *habitus personae*, sicché chi l'ha conosciuto, chi ha goduto della sua amicizia, ma anche chi ha seguito il Suo insegnamento non potrebbe raffigurarsi in rapporto con Lui al di fuori di un libero confronto di idee, inteso come esercizio di civiltà del pensiero»²².

4. *L'esperienza giuridica e le connessioni con l'arte e con la filosofia*

L'attenzione allo studio delle esperienze del diritto conduce i giuristi a rivalutare le connessioni tra il diritto e i valori essenziali della convivenza umana, l'arte, la letteratura e ogni altra fonte di conoscenza dei rapporti tra gli uomini, portandoli verso percorsi che vanno al di là dello studio della legislazione, della storia del diritto, dell'economia e della giurisprudenza, senza svalutare per questo la ricchezza delle conoscenze che provengono da queste ultime prospettive²³. Per approfondire il senso dell'orizzonte valutativo che è

156 ss.; ID., *Il concetto classico di regola di condotta*, in *Annali Univ. di Perugia*, N.S., Padova, 1974, 551 ss.; G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, Milano, 1959, 213 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 353 ss.; G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 69 s. e *passim*.

²¹ Egli, nel mettere in risalto l'apporto di Betti allo studio storico del pensiero giuridico, afferma che «senza l'individuazione vicchianamente filologica, non si sarebbe potuti arrivare, mezzo secolo fa, al Vico che egli chiama «l'eroe», per aver ristabilito un corretto rapporto tra storia e diritto, egli pone accanto l'apporto di Gian Domenico Romagnosi, cui attribuisce il merito di aver contribuito a superare un modo formale di intendere le fonti del diritto romano, soprattutto perché questo Autore «criticava ... la concezione della Pandette giustinianee 'considerate come... codici di leggi, anzi che come collezione di dottrine o frammenti di dottrine dei romani giureconsulti'». Si veda sul punto G. CRIFÒ, *I giuristi e il mondo antico*, cit., 208.

²² V. CRESCENZI, *Una giustificazione*, in *Diritto romano attuale*, 2011 n. 25-26, 7.

²³ È significativo che uno dei maggiori interpreti della Legge fondamentale tedesca, Peter Häberle, peraltro particolarmente attento agli sviluppi giurisprudenziali, parli

alla base dell'ermeneutica giuridica e dello studio della storia del diritto, occorre riflettere soprattutto sui mutamenti delle esperienze storiche e sulla ricchezza e complessità della cultura sociale, etica, filosofica ed artistica del tempo cui si fa riferimento²⁴.

Il percorso di studioso di diritto romano di Giuliano Crifò ci riconduce verso la teoria dell'interpretazione di Emilio Betti e verso le relazioni tra le prospettive dogmatiche e quelle interpretative, in vista della ricostruzione di un «*orizzonte di pensiero*» che vive nel contesto delle prospettive sociali e culturali in cui si muovono non solo le rappresentazioni giuridiche, ma anche altre testimonianze della cultura di un'epoca²⁵. Si tratta di un orientamento didattico e di ri-

del diritto costituzionale come di una «scienza della cultura», come di una disciplina che, muovendo da un rinnovato interesse per lo studio del diritto, apra la strada a un approfondimento storico, filosofico e culturale in grado di restituire alla scienza giuridica quella collocazione nel quadro d'insieme delle conoscenze umane (cfr. HÄBERLE, *Stato costituzionale*, Roma 2000). Si tratta indubbiamente di una posizione molto vicina a quelle di Emilio Betti e di Giuliano Crifò e di tutta quella parte della dottrina italiana del secondo dopoguerra che ha particolarmente insistito sullo studio dei fenomeni giuridici come «esperienze», che ben possono fondare prospettive di studio molto più approfondite di quelle che si lasciano condizionare da formalismi interpretativi, comprese quelle che discendono dagli schematismi giurisprudenziali. Si segnala inoltre per l'importanza che assume nel pensiero häberliano, che pure non rinuncia alle tradizionali prospettive sistematiche della dottrina tedesca, il riferimento a Cicerone e all'idea di costituzione propria della retorica ciceroniana, così come i continui richiami di Peter Häberle alle arti, alla musica, alla pittura, alla poesia e alla letteratura. È il caso di ricordare a questo proposito che questo autore ha particolarmente insistito sull'esigenza di rivedere *ab imis* i metodi tradizionali di studio del diritto costituzionale tedesco e contemporaneo, sulla base di una riconsiderazione del ruolo della cultura giuridica nelle società contemporanee. Häberle ha anche coniato l'espressione «*la società aperta degli interpreti della costituzione*» ed ha sottolineato l'importanza del collegamento tra fonti testuali del diritto e fonti letterarie, tra testi e con-testi, indicando con tale espressione tutto l'insieme dei testi che caratterizzano la cultura di un'epoca.

²⁴ E. BETTI, *Teoria generale*, vol. I, cit. «*l'appello o messaggio, che parte dalla forma rappresentativa, non può essere immutabile come il sostegno materiale in cui essa sia esteriorizzata e fissata ... essa deve necessariamente fare assegnamenti sulla sensibilità dello spirito vivente e pensante al quale perviene il suo incitamento o richiamo. Ora tale sensibilità non è un'entità immota o immutabile, ma partecipa alla storia dello spirito e alle vicende della spiritualità tutta intera: la maniera di mirare e vedere, di udire e sentire, non rimane sempre la stessa*».

²⁵ E. BETTI, *Teoria generale*, vol. II, cit., 938, dove, con riferimento alla valutazione di vedute scientifiche affermatesi nel passato, osserva che «*basta ... che lo spirito attuale leggendo i testi sia indirizzato a riconoscere con senso storico quel contenuto e ad immergersi, attraverso la sopravvenuta vicenda delle concezioni, in quell'orizzonte di pensiero*».

cerca che consente di raccogliere da varie parti testimonianze essenziali, anche eterogenee tra loro, per comprendere le esperienze giuridiche romane nel loro insieme. L'interesse di Giuliano Crifò per la poesia, l'arte e la letteratura, anche moderne e contemporanee²⁶, si collega alla sua vocazione a considerare le esperienze giuridiche tenendo conto di tutte le sollecitazioni che possono provenire dallo studio approfondito delle manifestazioni culturali e sociali di un'epoca, stimolando riflessioni critiche e comparative²⁷. Chi consideri i fenomeni giuridici nella loro dimensione di esperienze della vita non può proporsi come compito scientifico quello di irrigidire principi, norme e concetti, ma è portato ad approfondire la memoria del passato, aprendo spazi di riflessione che consentano di ricomporre diversi frammenti di singoli fenomeni in un più ampio quadro conoscitivo.

Il pensiero di Giuliano Crifò, con riferimento ai rapporti tra la cultura giuridica e la visione dell'artista, si connette a quello di Emilio Betti, il quale ha costantemente sottolineato che il discorso del giurista si muove secondo coordinate logico-argomentative diverse dai percorsi mentali dell'artista, se non altro perché i giuristi tendono alla persuasione, laddove la conoscenza dell'artista è piuttosto espressione di una intuizione che tende a privilegiare il sentimento,

²⁶ L'interesse di Giuliano Crifò per l'arte rappresenta una caratteristica della sua personalità intellettuale, che lo ha portato a seguire le ricerche svolte dalla moglie, Nicole Dacos sulla pittura fiamminga a Roma, su Raffaello e sull'arte italiana del tardo Rinascimento; mi limito a ricordare il bel saggio di N. DACOS, *Roma quanta fuit*, 3^a edizione, in lingua francese, Bruxelles, Parigi, 2004, rigorosa ricerca di storia dell'arte, che testimonia il sentimento che lega l'autrice al mito di Roma, alla tradizione fiamminga e allo studio della storia dell'arte.

²⁷ Per l'insistenza sulla prospettiva comparativa si veda spec. Cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Arch. giur. F. Serafini*, vol. XCIX e C, 1928 ed ora in E. BETTI, *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1991, 74 e *passim*, dove si segnala l'importanza della comparazione anche storica in riferimento al formarsi delle «categorie giuridiche generali, sotto la specie delle quali noi moderni – in quanto giuristi – siamo portati a formulare e considerare il fenomeno giuridico, non pure sul terreno del diritto positivo nostro, ma ancora su quello di altri diritti positivi, siano questi della nostra epoca o di epoche e di società diverse dalla nostra»; e poco dopo si aggiunge: «una comparazione, che si limitasse a constatare le difformità di istituti romani da quelli analoghi odierni, non sarebbe, a mio avviso feconda. Si comprende, d'altra parte, che il giurista deve conservare alle proprie categorie quel grado di elasticità e di forza dinamica che le renda atte a stringere più da presso gli istituti studiati e accoglierli nella loro storica peculiarità»; cfr. *Id.*, op. cit., 78.

rispetto alla dimostrazione²⁸. Lo stesso Betti conclude il suo discorso sulla differenza tra creazione artistica e percorso mentale del giurista affermando che «è un pregiudizio» ritenere che all'«oggettivazione di un pensiero discorsivo» si contrapponga un diverso atteggiamento dello spirito, quando il pensiero «promana da un'opera d'arte»; egli dà immediatamente ragione di ciò, osservando che questo avviene «perché il pensiero discorsivo tende pur sempre, nel suo contenuto noetico, ad essere riconosciuto per vero, a convincere chi lo intende, e ad entrare a far parte integrante della sua visione del mondo; laddove l'opera d'arte consistendo essenzialmente nel dar forma e configurazione a un'emozione lirica, e facendo appello alla sensibilità, offre ed apre il significato di tale configurazione col suscitare in chi la contempla una emozione siffatta»²⁹.

Osserva in proposito Emilio Betti, «la storia della civiltà interiore non si esaurisce in un cronologico succedersi ben scandito di quadri armonici. Ma è in ogni punto del suo svolgimento, esperienza, scambio, conflitto, dialettica, nella quale l'arte è pure impegnata e la civiltà non cessa di pensarsi e di costruirsi»³⁰. L'insistenza di Emilio Betti sul tema dell'interpretazione artistica quale strumento interpretativo sottolinea i vantaggi della visione artistica, rispetto alle «vedute scientifiche formulate in concetti e giudizi», che «sembrano avere un valore e vigore relativo allo stato del sapere che ne costituiscono il presupposto, e limitato all'epoca in cui se ne riconobbe la verità in una data cerchia di persone»³¹. Secondo Betti, può sembrare che l'opera d'arte sembri «situata al di là dell'attualità e dei suoi assillanti problemi», «ma è apparenza fallace: perché anche l'arte è parte viva del processo dialettico in cui la civiltà interiore non cessa di pensarsi e di costruirsi»³².

²⁸ E. BETTI, *op. ult. cit.*, 938; In questa prospettiva, secondo Betti, «L'arte è parte viva del processo dialettico» e egli contrappone la immediata evidenza intuitiva delle rappresentazioni artistiche e poetiche al «grigore della teoria o il pallore del pensiero (Goethe)», soprattutto in funzione di una «rievocazione», più «trasparente» e «ben più saldamente legata ... al suo sostegno materiale», senza per questo negare che anche la rappresentazione concettuale possa raggiungere «una sua oggettività ... diversa dalle cose reali», ma in grado di ricostruire quell'«orizzonte di pensiero» in cui immergersi, «con senso storico», fino «a spingere lo sguardo nel passato dello spirito umano».

²⁹ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, cit., 939.

³⁰ ID., *op. ult. cit.*, 936 ss.

³¹ ID., *op. ult. cit.*, 938 ss.

³² ID., *op. ult. cit.*, 940.

Non si tratta di suggerire nuove proposte metodologiche nella considerazione dei fenomeni giuridici, né di aprire polemiche con il vecchio metodo sistematico e concettualistico, ma di cercare di comprendere tutti gli elementi che concorrono a costituire un quadro storico e valutativo nel quale si inseriscono le prospettive dogmatico-concettuali e gli stessi dati normativi³³. Va anche ricordato che Giuliano Crifò ha tratto stimoli e sollecitazioni a portare avanti le proprie ricerche da frequenti incontri non solo con Emilio Betti, con Riccardo Orestano, e Alessandro Giuliani, ma anche con Guglielmo Nocera, Giovanni Pugliese e Feliciano Serrao, che egli era solito ricordare ad amici e colleghi, invitandoli alla lettura delle loro opere.

Il pensiero di Emilio Betti, cui Giuliano Crifò fa spesso riferimento, ha incontrato, come noto, ostacoli e pregiudizi soprattutto nei decenni successivi alla seconda guerra mondiale, dovuti alla scarsa abitudine a leggere scrittori che non parlano un linguaggio alla moda o accessibile a chi abbia poca frequentazione con testi filosofici o storici³⁴; senza trascurare che il continuare ad utilizzare criteri

³³ È stato osservato da Fusco, a proposito della «dogmatica giuridica» di Emilio Betti, che si tratta di una dogmatica così diversa dalle altre, da suggerire a chi si avvicini alla lettura di Betti la conclusione che essa non rappresenti uno studio astratto dei concetti giuridici di tipo tradizionale, ma «*piuttosto lo strumento concettuale che permette la sintesi – la sintesi, si badi bene, non l'analisi: questo è chiarissimo in Betti –, cioè il riconoscimento ed inquadramento nelle nostre categorie mentali di quello che egli chiama 'la logica stessa delle cose'*». Si veda S.A. FUSCO, *Emilio Betti e la storia costituzionale di Roma*, in G. CRIFÒ (a cura di), *Costituzione romana e crisi della Repubblica. Atti del Convegno su Emilio Betti*, Napoli, 1986, 232, il quale sottolinea che: «*come ben si vede è una dogmatica questa che, mi si permetta il paradosso, non ha niente di dogmatico; che non ha nulla a che fare con l'immutabilità e l'astrattezza che di solito si rimprovera al Betti*». Si tratta di un «*concetto di dogmatica spesso frainteso e comunque ... facilmente accessibile a polemiche di maniera*» (ID., *op. cit.*, 228 ss.). A proposito del rapporto tra storia e dogmatica giuridica, così come tra diritto e interpretazione, cfr. G. CRIFÒ, *I giuristi e il mondo antico*, cit., 219. Si veda anche ID., «*Isolamento*» e *valutazione giuridica*, in *Scritti in memoria di Matteo Dell'Olio*, cit. ID., *Su Pietro Bonfante*, in *Materiali di storiografia romanistica*, cit. in nota 17.

³⁴ Vorrei rinviare il lettore alle pagine di E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, edizione corretta e ampliata a cura di G. Crifò, vol. I, Milano, 1990, 287 e nota (18); ID., *op. cit.*, vol. II, 955 e nota (9), dove si parla della diffusione nel nostro tempo di alcuni fenomeni patologici, e in particolare del «*difetto di interesse o angustia mentale*», ricollegabile alla ripugnanza per la discussione orale su questioni di importanza teorica; Betti richiama a sua volta Enrico Castelli, a proposito della «*crisi del colloquio*», e Ortega y Gasset, per la vigorosa denuncia dell'abuso dei mezzi di comunicazione, che ha come conseguenza il rifiuto dello «*scambio di idee*» e il prevalere persino

di valutazione ideali, vitalistici, attualistici e persino richiami alle «scienze dello spirito» poteva apparire inaccettabile e persino provocatorio, quando la parola d'ordine tra gli studiosi di scienze umane sembrava essere divenuta quella di un materialismo diretto a liquidare ogni riferimento alle *Geisteswissenschaften*³⁵. Molti hanno creduto di poter rimettere negli scaffali le opere di Betti, etichettando il suo pensiero come autoritario, spiritualista e persino fascista, senza rendersi conto che era molto più unilaterale l'atteggiamento di quanti continuavano a considerare una stretta aderenza alla lettera degli imperativi giuridici come l'unica forma di conoscenza degna di guidare un approfondimento scientifico dello studio del diritto.

Uno dei meriti di Giuliano Crifò è quello di usare un linguaggio attuale e più accessibile alle nuove generazioni di studiosi del diritto, nel trattare dei principi fondamentali della convivenza sociale, facendo riferimento alle persone, alla cultura dei giuristi del proprio tempo, alla nuova retorica del diritto contemporaneo e all'educazione intellettuale dell'Italia del dopoguerra³⁶. Vorrei concludere sot-

del fanatismo e dell'intolleranza rispetto alla possibilità di un confronto aperto e problematico.

³⁵ Con riferimento al pensiero di Capograssi e soprattutto di Orestano, è stato di recente affermato da A. DE NITTO, *Riccardo Orestano e il 'giuridico'*, in AA.VV., *Le radici del pensiero sociologico-giuridico*, a cura di A. Febbrajo, Milano, 2013, 336 s., che: «esperienza esprime il comprendere, inteso come un contenere o accogliere con tutto se stesso, o con buona parte di sé, e dunque 'dentro' di sé: accogliere le cose ma soprattutto il loro senso, dove il prendere consiste, tuttavia, anche in un dare», e in particolare che «nella prospettiva di Orestano, ... quel suo esplicito e costante attaccamento al concreto, quel suo gusto per il concreto, pur sostenuto da una sicura avversione al concettualismo o all'intellettualismo, non può apparire come una sterile esaltazione della fattualità ... Nella sua ottica, l'esperienza ... sembra l'espressione della dimensione ordinaria della esistenza umana, o, se si preferisce della vita: intrinsecamente plurale o molteplici, irriducibilmente complessa, mescolata senza ordine, o senza ordine predefinito, fatti e non fatti, cose accadute e non accadute e solo immaginate o pensate o, perfino, desiderate».

³⁶ Egli continua a denunciare, al pari di quanto aveva già fatto Emilio Betti e successivamente Alessandro Giuliani, l'ingenua speranza di costruire «una scienza senza storia», isolando lo studio del diritto dall'influenza delle diverse concezioni del mondo, delle credenze o delle ideologie politiche. Questa considerazione ci consente un accenno al realismo di Emilio Betti, alla sua «logica delle cose», che nulla ha in comune con il materialismo, l'immanentismo, né tanto meno con il determinismo o con la tendenza a ridurre tutti i fenomeni giuridici a pure dinamiche politico-sociali. Basta d'altronde considerare i rapporti del pensiero di Emilio Betti con quello di Bultman, Gadamer, Husserl, Berenson, Croce, Baratonò, Wiacker e, tra i classici, Nietzsche, Dilthey, Schopenhauer, Hartmann, Max Weber, per rendersi conto che si tratta di un pensatore

tolineando che nella visione storico giuridica dell'esperienza del diritto di Giuliano Crifò emerge l'impegno a non negare l'importanza del momento creativo presente nell'attività di ogni giurista, senza che venga meno l'esigenza di un inquadramento storico dei fenomeni giuridici, l'attenzione al mutare dei criteri di valutazione e alla comparazione con il passato. Egli porta avanti l'impegno ermeneutico di Betti contribuendo a diffondere il pensiero di un autore che altrimenti continuerebbe ad essere citato da molti, come soleva dire Giuliano Crifò, ma letto con attenzione da pochi³⁷.

Parlare di Betti e dei suoi rapporti con il fascismo è impresa molto difficile, non tanto se si cerca di distinguere le sue posizioni teoriche dalle dottrine politiche del fascismo o dalle posizioni ufficiali del diritto costituzionale fascista, dalle quali egli si tenne sempre discosto, quanto soprattutto se si cerca di approfondire il significato delle sue prese di posizione successive alla disfatta politica e militare dell'Italia fascista. Egli certamente non ha mai aderito all'idea del primato della politica sul diritto, né alla dottrina che identificava in un capo carismatico, interprete dei sentimenti del popolo, il nuovo fulcro del sistema istituzionale e neppure a quella di una costituzione materiale, essenzialmente politica, che potesse prevalere sulla tradizionale costituzione monarchica, che si sviluppava sulla base di un

che non ha mai avuto a che vedere con il clima autoritario, fondato sul primato della politica, proprio del regime fascista, che invece, come è ben noto, ebbe un grande seguito tra gli accademici italiani durante il ventennio. Il riferimento al più profondo pensiero europeo è testimoniato soprattutto dalla *Teoria generale dell'interpretazione* oltre che dall'opera di Betti sull'*Interpretazione della norma e dell'atto giuridico* e dai numerosi suoi articoli una parte dei quali è stata raccolta in un volume della collana «Civiltà del diritto», a cura di Giuliano Crifò con il titolo *«Diritto, Metodo; Ermeneutica»* (1991).

³⁷ *Id.*, *op. ult. cit.*, 50. In questa sede Betti sottolinea l'impegno individuale, personale del giurista, scrivendo che: *«la via più sicura e la maniera più idonea per afferrare e raccogliere i dati del mondo fenomenico offerta dalla parola e dal pensiero che nella parola si esprime e si muove. Noi possediamo i fatti, giungiamo cioè ad averli in nostro potere in forma chiara e precisa solo nella misura in cui riusciamo a tradurli nel linguaggio del nostro rappresentare e ideare, nei nostri giudizi e concetti, nel mobile flessibile strumentario del nostro concepire e dialettizzare, che si alimenta di continuo nel processo comunicativo»*, per concludere che: *«il processo di autoeducazione, come lo svolgimento dei sistemi e degli stili di arte e di pensiero e il trapasso dall'uno all'altro modi di intuire e di concepire, presuppongono sempre che l'opera d'arte o di pensiero sia conservata in forme rappresentative, che possano comunicarsi da individuo e trasmettersi, qual patrimonio spirituale, di generazione in generazione attraverso una tradizione scritta (o anche orale) o figurativa»*.

testo flessibile, aperto a più soluzioni interpretative, e di regole non scritte che trovavano fondamento nella prassi costituzionale³⁸. Resta innegabile che la sua presa di posizione, che lo porta a ricordare il sacrificio delle città martiri d'Italia, deprecando i bombardamenti indiscriminati degli alleati e ad esprimere dei dubbi sull'insieme dei valori espressi dalla Costituzione italiana del 1947 possono suscitare perplessità, soprattutto nel clima politico e culturale che si stava affermando in quegli anni. Non si deve però dimenticare che Betti cerca di comprendere le vicende istituzionali italiane in una prospettiva che resta essenzialmente quella di un giurista che si propone di costruire la propria visione del diritto e dell'interpretazione giuridica sulla base di un percorso di riflessione che muove dallo studio dell'esperienza giuridica e del ruolo svolto dai giuristi. Per quel che riguarda in particolare il diritto costituzionale, Betti continua a richiamarsi all'antica concezione del «*rem publicam constituere*», muovendo dai testi ciceroniani e dall'individuazione dei valori costitutivi della convivenza sulla base degli equilibri sociali e delle convinzioni condivise da larga parte della società³⁹. Lo studio del pensiero costituzionale di Betti meriterebbe un approfondimento che non mi è possibile in questo studio dedicato piuttosto a sottolineare i meriti di Giuliano Crifò, anche nell'aver tenuto vivo il ricordo di Emilio Betti. Questi ha lamentato spesso la «*crisi del colloquio*», la difficoltà di un confronto aperto e problematico volto ad approfondire le ragioni della nascita e del crollo del regime fascista e della sconfitta italiana, auspicando un dibattito posto al riparo da intolleranze e fanatismi, da quel «*complesso di prevenzioni e preoccupazioni*» che hanno spesso creato le condizioni per far prevalere la banalizzazione e il pettegolezzo rispetto a una serena e obiettiva critica storica.

5. *Un dialogo tra giuristi fondato sulla comparazione tra esperienze giuridiche*

I percorsi di studio del diritto e l'impegno didattico, che si sono sviluppati nel corso della vita di Giuliano Crifò, sono iniziati alla fine

³⁸ Si veda in proposito E. BETTI, *Aufbau der faschistischen Staatsverfassung*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1942, 59 ss.

³⁹ A.A. CERVATI, *L'insegnamento di Emilio Betti e il diritto costituzionale*, in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, 75 ss.

degli anni Cinquanta e all'inizio degli anni Sessanta, in un'epoca nella quale in Italia i giovani giuristi vivevano l'esperienza del ripristino delle istituzioni parlamentari, dopo il crollo della dittatura, del regime e della monarchia, mentre sullo sfondo si profilavano aspri conflitti sociali. Non mancavano in quegli anni tentativi di mantenere l'insegnamento di tutto il diritto entro ristretti spazi di un'educazione tecnica, volta principalmente alla «formazione» di professionisti e burocrati diretta ad assicurare prestigiose carriere nelle istituzioni. Crifò prese in considerazione molti grandi temi della cultura del suo tempo e in particolare del diritto costituzionale, ponendoli a confronto con i valori della società romana e con le trasformazioni del mondo antico. Come altri suoi colleghi e coetanei, Crifò ha partecipato assiduamente agli incontri seminariali che si svolgevano presso l'Istituto di teoria dell'interpretazione sotto la guida di Emilio Betti, nella Facoltà romana della Sapienza, che erano fondati sul dialogo e sullo scambio di idee tra persone di età e interessi giuridici e culturali diversi. Le riunioni si svolgevano in forma di seminari dedicati di volta in volta a temi sempre diversi, di grande rilievo storico e giuridico, ed in esse Emilio Betti non assumeva mai la funzione di relatore, pur partecipando attivamente al dibattito, e traeva le conclusioni dallo scambio di idee, nutrendo la speranza che qualcuno dei presenti potesse raccogliere l'invito a continuare a riflettere sui temi dell'interpretazione del diritto⁴⁰.

Negli incontri successivamente organizzati da Giuliano Crifò e da Federico Spantigati, nell'ambito del «Club dei giuristi», un'associazione di studiosi liberi da vincoli ideologici o confessionali, che si riuniva fuori dell'ambito universitario, presso l'Istituto don Sturzo, senza che questo comportasse alcuna caratterizzazione ufficiale, non era difficile riconoscere l'influenza del modello bettiano. Venivano di volta in volta introdotti una serie di temi giuridici, storici e interpretativi di ampio respiro, invitando tutti i presenti ad intervenire, e si insisteva nell'inserimento delle diverse figure di giuristi contemporanei, nel contesto delle esperienze professionali e individuali di ciascun partecipante. Le relazioni introduttive, insieme ai contributi de-

⁴⁰ È appena il caso di ricordare che le riunioni dell'ITI (Istituto di teoria dell'Interpretazione), organizzate da Emilio Betti rappresentavano un modello didattico non in linea con la prassi, allora prevalente, di affidare lo svolgimento di «esercitazioni» a giovani aspiranti alla carriera accademica.

gli stessi organizzatori delle riunioni sono state per lo più pubblicate nelle riviste «*Diritto romano attuale*» e «*Ritorno al diritto*», due pubblicazioni tematiche che hanno lasciato un segno nella storia della cultura giuridica italiana e che si distinguevano per l'impegno valutativo che animava i singoli fascicoli, oltre che per l'esplicita indicazione delle tesi intorno alle quali, di volta in volta, veniva aperto il dibattito tra i diversi collaboratori.

Nel primo fascicolo della rivista «*Diritto romano attuale*», si chiarisce che: «*l'idea che guida la creazione della rivista è contraria allo studio del diritto romano per spiegare le istituzioni e gli strumenti giuridici attuali*». Crifò e Spantigati intendevano soprattutto proporre una riflessione sul mutamento degli schemi giuridici e dei contesti sociali, tenendosi lontani dalle aule universitarie. Nello stesso fascicolo della rivista citata si affermava: «*Lo studio del diritto romano come se avesse valore giuridico attuale è mistificazione, perché i conflitti da risolvere con la scienza giuridica sono diversi nelle due epoche storiche, romana e attuale*» e si insisteva sul fatto che, ove l'idea ispiratrice della rivista fosse stata intesa nel senso di riproporre schemi concettuali perenti, ne sarebbe risultata una vera e propria strumentalizzazione del diritto romano e della scienza giuridica, «*per uno scopo pratico opposto a quello che la rivista ha*»⁴¹.

Mi sia consentito di aggiungere che le parole che Giuliano Crifò pone in esergo alle proprie «*Lezioni di storia del diritto romano*» (Bologna, 2005): «*nullum est iam dictum, quod non dictum sit prius*», esprimono chiaramente la prospettiva di un intellettuale cui non preme tanto l'urgenza di salire sul palcoscenico⁴², quanto quella di restare fedele agli insegnamenti della filosofia stoica, un tempo particolarmente diffusa tra i giuristi romani⁴³; si tratta di una virtù piuttosto

⁴¹ Cfr. Articolo pubblicato, senza firma, in *Diritto romano attuale*, 1999, 1, 101; G. CRIFÒ, *I giuristi e il mondo antico*, in ID., *Materiali di storiografia romanistica*, cit., 191 ss.

⁴² Si può aggiungere che, secondo Emilio Betti, lo «*spirito di tolleranza è essenzialmente un atteggiamento di umiltà e di reciproco rispetto, di garbo e di civiltà, che deve animare i partecipanti alla discussione nella consapevolezza della comune umanità e nella fiducia di un terreno comune costituito da presupposti valutativi*», E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, edizione corretta e ampliata a cura di G. Crifò, vol. II, 965 e s. Sulla cultura del colloquio si veda anche E. BETTI, *op. ult. cit.*, 159 ss., 263 e *passim*.

⁴³ G. VICO, *La scienza nuova*, a cura di P. ROSSI, ristampa 1994, Libro I, cap. II (Degli elementi, dove elenca alcune «degnità» o «assiomi») n. IV, 175 dove afferma che alla boria delle nazioni, s'aggiunge «*la boria de'dotti, i quali, ciò che essi sanno, vogliono*

sto rara negli ambienti accademici, che si può chiamare umiltà, intesa come la «*prerogativa di chi sa e vede più lontano*», come dice Betti nella *Teoria dell'interpretazione*⁴⁴. Di umiltà egli ha dato prova affrontando problematicamente i grandi temi posti dal diritto pubblico romano, con occhi aperti alla comparazione e al colloquio con altri intellettuali, ma anche affrontando, con dedizione e con scrupolo lavori gravosi, ma molto meritevoli, quali la riedizione di fondamentali opere di Emilio Betti, corredate di utilissimi indici analitici, tematici e degli autori citati, oltre che di «*correzioni e aggiunte*».

che sia antico quanto 'l mondo» e cap. III, (Dei principi), ove ancora, dopo aver ricordato la boria delle nazioni, afferma che «*la boria de' dotti, i quali vogliono ciò ch'essi sanno essere stato eminentemente inteso fin dal principio del mondo, ci dispera di ritrovargli da' filosofi quindi, per questa ricerca, si dee far conto come se non vi fussero libri nel mondo. Ma, in tal densa notte di tenebre ond'è coverta la prima da noi lontanissima antichità, apparisce questo lume eterno, che non tramonte, di questa verità, la quale non si può a patto alcuno chiamar in dubbio: che questo mondo civile egli certamente è stato fatto dagli uomini, onde se ne possono, perché se ne debbono, ritrovare i principi dentro le modificazione dalla nostra medesima mente umana*».

⁴⁴ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, cit., 965, dove è anche scritto «*la virtù della tolleranza è il premio di chi ha raggiunto quella più ampia prospettiva che permette di considerare le cose anche dal punto di vista dei dissenzienti e di rendersi conto del loro dissenso*».

SOMMARIO: 1. Premesse stipulative. – 2. L’approccio al tema delle forme di governo. – 3. Il governo largo nei *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*. – 4. Il governo largo nelle *Considerazioni intorno ai Discorsi*. – 5. Da Roma a Firenze: possibilità e limiti dell’«imitazione». – 6. Il governo largo nel *Dialogo del reggimento di Firenze*. – 7. In che senso si può parlare di visioni rivali dell’ordine costituzionale? – 8. L’invito a un duro apprendimento.

1. *Premesse stipulative*

A seguito della prima cacciata dei Medici (1494), venne istituito in Firenze un Consiglio maggiore composto da circa tremila esponenti dei ceti medi e aristocratici, che divenne rapidamente l’emblema di un «governo largo» o «popolare», fortemente contestato dagli aristocratici o «ottimati», fautori di un ritorno a un «governo stretto» da essi stessi dominato¹. La città contava più di centomila abitanti, per cui non potremmo proiettare nel Consiglio maggiore quell’idea di egualitarismo politico che associamo al concetto di democrazia². La dicotomia «largo»/«stretto» aveva piuttosto il significato di includere o meno nel governo della città quello che allora veniva designato come «popolo».

Lo conferma la coeva distinzione fra due modalità per consultare i cittadini intorno alle decisioni, dette «pratiche»: alle «pratiche larghe» partecipava un numero di cittadini compreso fra cento e cinquecento in rappresentanza di ogni quartiere di Firenze in pari misura, mentre le «pratiche strette» riunivano dai dieci ai venti membri, ed erano di fatto riservate agli esponenti delle famiglie più ricche e potenti. Anche a tale riguardo, i fautori della costituzione del 1494 si contrapposero ben presto agli aristocratici³.

* Versione ampliata e parzialmente rivista della Relazione tenuta alla International Association of Constitutional Law Roundtable, «500 Years since the Writing by Niccolò Machiavelli of ‘The Prince’», 18-19 October 2013, Florence.

¹ F. GILBERT, *Machiavelli e Guicciardini. Pensiero politico e storiografia a Firenze nel Cinquecento*, Einaudi, Torino, 1970, 60.

² F. GILBERT, *Machiavelli e il suo tempo*, Bologna, il Mulino, 1977, 73.

³ F. GILBERT, *Machiavelli e il suo tempo*, cit., 72.

Per altro verso, la contrapposizione fra governo «largo» e «stretto» venne riferita alla scelta fra estrazione a sorte ed elezione per designare le cariche di governo. I nobili, che in passato avevano potuto manipolare i sorteggi, temettero che la decisione di ricorrere all'elezione in seno al Consiglio maggiore li avrebbe sfavoriti, fino a quando non si accorsero che mentre il primo metodo consentiva l'accesso negli uffici di membri dei ceti medi, a causa dell'allargamento dell'elettorato attivo, con l'altro la scelta cadeva su nomi noti, in genere di aristocratici⁴. Fu allora che il sorteggio fu associato sistematicamente al governo largo, e l'elezione al governo stretto⁵.

Il favore di Niccolò Machiavelli, all'epoca Segretario di cancelleria della Repubblica, per il governo popolare o largo, è stato da sempre opposto alla diffidenza per esso di Francesco Guicciardini, che «aveva l'orgoglio di famiglia dell'aristocratico fiorentino»⁶. Eppure, se spostiamo il raffronto sulle diverse accezioni di governo largo appena indicate e, soprattutto, se lo affrontiamo in una prospettiva costituzionalistica, credo vi siano buone ragioni per tornare su quella contrapposizione.

Intanto, un punto di partenza meno rudimentale consisterà nell'esaminare il loro approccio al tema delle forme di governo, onde rintracciare un minimo denominatore comune, e tale perciò da rendere plausibile il raffronto⁷. Mi soffermerò poi sulle accezioni e sulle occasioni nelle quali essi impiegano il termine governo «largo» o popolare, e sulla natura degli argomenti a sostegno delle rispettive tesi, a seconda che oggetto del contendere sia la repubblica romana o la Firenze della loro epoca. Su questa base, mi riprometto di indicare in quale senso le loro posizioni sul governo largo possono corrispondere a visioni rivali dell'ordine costituzionale, quali prime tracce di alcuni dilemmi strutturali del costituzionalismo contemporaneo.

⁴ F. GILBERT, *Machiavelli e Guicciardini*, cit., 55.

⁵ B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, il Mulino, Bologna, 2010, 69.

⁶ F. GILBERT, *Machiavelli e Guicciardini*, cit., 236. F. CHABOD, *Del Principe di Niccolò Machiavelli* (1925), in *Scritti su Machiavelli*, Torino, Einaudi, 1993, 94, lo dipinge «Vero magnate e figlio di magnati... e quindi diplomatico di razza, non di ventura, come Niccolò».

⁷ A parte qualche altra incursione, ho dovuto limitare la ricerca ai testi che più si prestano a un raffronto, quali i *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* di Machiavelli e le relative *Considerazioni* di Guicciardini, nonché, di quest'ultimo, il *Dialogo del reggimento di Firenze*.

Proposito che esclude ricorrenti pretese di trovare nei classici argomenti o posizioni direttamente spendibili nei nostri dibattiti, che siano dovute al deterioro storicismo di una parte della cultura europea, o allo spirito militante talvolta presente nella controversia teorica sul *Republican Revival*⁸.

2. *L'approccio al tema delle forme di governo*

L'approccio al tema delle forme di governo è uno dei luoghi più frequentati nella immensa letteratura dedicata a Machiavelli e a Guicciardini, ed anche uno dei più controversi, vista la commistione fra aspetti storici e teorici registrabile in qualcuna delle loro opere più importanti. Qui tuttavia ci interessa solo al fine di verificare se le loro posizioni sul governo largo muovano da premesse abbastanza affini da poterle successivamente raffrontare. Si tratta di una condizione necessaria e sufficiente per il raffronto, nel ricercare la quale potrò limitarmi a far parlare i testi dei due autori, citandone passaggi fondamentali e ben noti.

Così, nel *Principe*, dopo aver dichiarato di voler «andare dietro alla verità effettuale della cosa, che alla immaginazione di essa», Machiavelli avverte che «molti si sono immaginati repubbliche e principati, che non si sono mai visti né conosciuti essere in vero; perché egli è tanto discosto da come si vive a come si doverrebbe vivere, che colui che lascia quello che si fa per quello che si doverrebbe fare, impara più tosto la ruina che la preservazione sua: perché uno uomo, che voglia fare in tutte le parte professione di buono, conviene ruini infra tanti che non sono buoni» (Cap. XV). L'allusione ai retori umanisti che si sono immaginati repubbliche e principati «mai visti» rivela che chi scrive guarda alla politica come è, non come dovrebbe essere.

Machiavelli lo precisa in un altro passo celebre, stavolta dei *Discorsi*: «coloro che danno i tumulti intra i nobili e la plebe mi pare che biasimino quelle cose che furono prima causa del tenere libera Roma, e che considerino più a' romori ed alle grida che di tali tumulti nascevano, che a' buoni effetti che quelli partorivano; e che e' non considerino come e' sono in ogni repubblica due umori diversi, quello del popolo e quello de' grandi; e come tutte le leggi che si

⁸ Malgrado le giuste avvertenze di altri: v. già ad es. C.R. SUNSTEIN, *Beyond the Republican Revival*, in *The Yale Law Journal*, vol. 97, July 1988, 1539-1540.

fanno in favore della libertà, nascono dalla disunione loro, come facilmente si può vedere essere seguito in Roma» (I, 4, 1).

A sua volta, nel *Dialogo del reggimento di Firenze* Guicciardini fa dire a Bernardo del Nero, il quale esprime il punto di vista dell'A., che «non abbiamo cercato uno governo immaginato e che sia più facile a apparire in su' libri che in pratica, come fu forse la repubblica di Platone; ma considerato la natura, la qualità, le condizioni, la inclinazione, e, per strignere tutte queste cose in una parola, gli umori della città e de' cittadini, cercare di uno governo che non siamo senza speranza che pure si potessi persuadere e introdurre, e che introdotto, si potessi secondo il gusto nostro comportare e conservare»⁹. Del resto l'intero discorso di Bernardo si regge sulla premessa che «a volere fare giudizio tra governo e governo», ossia nel giudicare le tre forme di governo nella distinzione aristotelica¹⁰, «non dobbiamo considerare tanto di che spezie siano, quanto gli effetti loro, e dire quello essere migliore governo o manco cattivo, che fa migliori e manco cattivi effetti»¹¹.

A guidare ambedue gli autori nello studio delle forme di governo sono dunque gli effetti che ciascuna di esse sia reputata in grado di produrre sulla convivenza: senza basarsi sui «libri» o su distinzioni teoriche astratte.

Del resto, che il II Capitolo dei *Discorsi* costituisca una parafrasi, se non talora una traduzione, del libro VI delle *Storie* di Polibio¹², contrasta solo a prima vista con la spregiudicatezza 'antiaccademica' di Machiavelli¹³.

Illustrato l'avvicendamento necessario (*anacyclosis*) della monarchia, dell'aristocrazia e della democrazia, e delle loro rispettive degenerazioni (tirannide, oligarchia, oclocrazia), Polibio aggiunge che «soltanto chi riconosce in che modo ciascuna di esse nasca può riconoscere quando, come e dove avverrà di nuovo la crescita, l'acme, la trasformazione e la fine di ognuna. Ed è soprattutto alla costituzione

⁹ F. GUICCIARDINI, *Dialogo del reggimento di Firenze*, Torino, Bollati Boringhieri, 1994, 146-147.

¹⁰ Alla quale aveva fatto riferimento Piero Guicciardini: F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 29.

¹¹ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 33.

¹² N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, Giappichelli, 1976, 76.

¹³ G. SASSO, *Niccolò Machiavelli*, Bologna, il Mulino, 1980, 443.

dei Romani che ho pensato che si sarebbe adattato questo tipo di spiegazione, dato che essa, fin dall'inizio, si è costituita e accresciuta secondo un processo naturale» (*Storie*, VI, 4).

Pur parlando di «un cerchio nel quale girando tutte le repubbliche si sono governate e si governano», Machiavelli precisa che esse «rade volte ritornano ne' governi medesimi; perché quasi nessuna repubblica può essere di tanta vita, che possa passare molte volte per queste mutazioni, e rimanere in piede» e che, nel passare da una ad altra forma di governo, «una repubblica, mancandole sempre consiglio e forze, diventa suddita d'uno stato propinquo che sia meglio ordinato di lei» (*Discorsi*, I, 4). Inoltre, ritenuti i primi sei modi «pestiferi, per la brevità della vita che è ne' tre buoni e per la malignità che è ne' tre rei», osserva che «avendo quelli che prudentemente ordinano leggi conosciuto questo difetto, fuggendo ciascuno di questi modi per se stesso, ne elessero uno che partecipasse di tutti» (*Discorsi*, I, 5).

Machiavelli non solo attenua e storicizza il naturalismo polibiano, ma assegna al prudente legislatore il merito della scelta di quel governo misto che lo stesso Polibio aveva – ma contraddittoriamente – ritenuto la forma di governo perfetta, sottratta alla inevitabile corruzione delle forme semplici¹⁴. La presa di distanza da Polibio corrisponde a immettere nell'indagine un elemento artificiale come la virtù, variabile a seconda delle forme di governo, e tanto più variabile perché sempre condizionata dalla fortuna. Il giudizio sulle repubbliche non potrà ricavarsi solo dalla loro origine, dovendosi guardare agli effetti, alla «verità effettuale della cosa», del vario combinarsi di virtù e fortuna.

3. *Il governo largo nei Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*

Eppure con Polibio rimane un debito non di poco conto. Il governo popolare o largo di Machiavelli non è una forma di governo

¹⁴ G. SASSO, *Niccolò Machiavelli*, cit., 444, nonché ID., *Machiavelli e la teoria dell'«anacyclosis»*, in *Studi su Machiavelli*, Napoli, 1967, 177 ss. Commentando gli stessi passi, E. SCIACCA, *Principati e repubbliche. Machiavelli, le forme politiche e il pensiero francese del Cinquecento*, Firenze, Centro editoriale toscano, 2005, 56, ritiene che il naturalismo machiavelliano differisca da quello di Polibio per «il fondamento epistemologico della concezione della storia e della sua ciclicità»: gli elementi di uniformità che rendono intellegibile la storia non risiedono in una natura che ingloba istituzioni e uomini ma nella natura degli uomini e quindi dei popoli, cui Machiavelli dà «rilevanza politica».

semplice, ma una specie di governo misto, e perciò interna alla classificazione polibiana. Peraltro il grande storico greco aveva ammesso quella pluralità di specie, nel momento in cui aveva classificato come miste le costituzioni di Sparta, di Cartagine e di Roma, per poi distinguerle in base alla prevalenza di un gruppo sociale sull'altro e alla capacità di egemonia all'esterno. E se, a parte l'ammirazione per la costituzione di Licurgo, Sparta gli era risultata del tutto inadeguata a mantenere l'egemonia sulla Grecia, il confronto fra Cartagine e Roma riguardava due potenze militari in lotta fra loro, per le quali l'esame del sistema politico diventava decisivo. La conclusione è che a Cartagine «il popolo aveva ormai assunto grande potenza nelle deliberazioni, mentre a Roma era il senato a essere all'acme. Poiché dunque presso gli uni decideva il popolo, e presso gli altri i migliori, le decisioni dei Romani erano più valide; ed è per questo che, pur essendo stati completamente sconfitti, grazie alla validità delle loro decisioni riuscirono infine a prevalere nella guerra contro i Cartaginesi» (*Storie*, VI, 51)¹⁵.

Rispetto a quello di Polibio, il confronto di Machiavelli fra le costituzioni miste non comprende Cartagine, oltre a includere Venezia per evidenti ragioni storiche, e si basa sul seguente criterio: «Quelli che prudentemente hanno costituita una repubblica, in tra le più necessarie cose ordinate da loro è stato costituire una guardia alla libertà, e secondo che questa è bene collocata, dura più o meno quel vivere libero. E perché in ogni repubblica sono uomini grandi e popolari, si è dubitato nelle mani di quali sia meglio collocata detta guardia. E appresso a' lacedemonii, e, ne' nostri tempi, appresso de' viniziani, la è stata messa nelle mani de' nobili; ma appresso de' romani fu messa nelle mani della plebe» (*Discorsi*, I, 5, 1).

Concede che, se si dovesse badare alla durata, la scelta migliore sarebbe di rimettere ai nobili la guardia alla libertà, «per avere avuta la libertà di Sparta e di Vinegia più lunga vita che quella di Roma». Ciononostante la opposta scelta di Roma gli appare migliore, per due ragioni strettamente complementari.

¹⁵ Subito dopo Polibio rinvieni una seconda ragione della superiorità romana nel fatto che la costituzione cartaginese «ripone continuamente le proprie speranze di libertà nel coraggio dei mercenari, quella romana nel valore dei propri uomini e nel valore degli alleati» (*Storie*, VI, 52). Qui l'intesa con Machiavelli è fuori discussione, ma non è tale da cancellare l'opposta visione dei due a proposito dell'evoluzione del sistema politico di Roma e di Cartagine.

Intanto, mentre il fine dei nobili sta nel dominare, quello dei popolari è solo di non essere dominati¹⁶, «talché essendo i popolari preposti a guardia d'una libertà, è ragionevole ne abbiano più cura, e non la potendo occupare loro, non permettino che altri la occupi» (*Discorsi*, I, 5, 2); più avanti osserva che «in tutte le repubbliche, in qualunque modo ordinate, ai gradi del comandare non aggiungono mai quaranta o cinquanta cittadini», mentre «tutti gli altri, che sono infiniti, desiderano la libertà per vivere sicuri» e «si soddisfanno facilmente facendo ordini e leggi, dove insieme con la potenza sua, si comprenda la sicurtà universale» (*Discorsi*, I, 16, 5). Perché si verifica questa diversa attitudine, e quali effetti produce? I tumulti «il più delle volte sono causati da chi possiede» e proprio i nobili, «possedendo molto, possono con maggiore potenza e maggiore moto fare alterazione. Ed ancora vi è di più, che gli loro scorretti e ambiziosi portamenti accendano, ne' petti di chi non possiede, voglia di possedere, o per vendicarsi contro di loro spogliandoli, o per potere ancora loro entrare in quelle ricchezze e in quegli onori che veggono essere male usati dagli altri» (*Discorsi*, I, 5, 4). In un governo largo, sono dunque i nobili a minacciare di «fare alterazione», ossia di rovesciare il governo¹⁷, e la loro ricchezza induce il popolo alla corruzione. Sono spinte che secondo Machiavelli la costituzione romana dell'epoca riesce a canalizzare, e per ciò stesso a contenere.

La seconda ragione per preferire la scelta di Roma è che «o tu ragioni d'una repubblica che voglia fare uno imperio, come Roma, o d'una che le basti mantenersi. Nel primo caso gli è necessario fare ogni cosa come Roma, nel secondo può imitare Vinegia e Sparta» (*Discorsi*, I, 5, 3). Entra così in campo il motivo della volontà egemonica, già presente in Polibio e da lui associato, come abbiamo visto, alla preminenza dei «migliori» sul popolo nelle istituzioni romane all'epoca delle guerre puniche. Machiavelli ignora la sua opposta associazione, ed è preso dal dilemma cui si prestano le repubbliche a governo misto: «se tu vuoi fare uno populo numeroso ed ar-

¹⁶ Come Machiavelli ribadisce nel *Principe*: «quello del popolo è più onesto fine che quello de' grandi, volendo questi opprimere e quello non essere oppresso» (Cap. IX).

¹⁷ È il significato di «fare alterazione» plausibilmente proposto da J.M. NAJEMY, *Society, class and state in the Discourses on Livy*, in J.M. NAJEMY (ed.), *The Cambridge Companion to Machiavelli*, Cambridge University Press, 2010, 104.

mato per potere fare un grande imperio, lo fai di qualità che tu non lo puoi maneggiare a tuo modo; se tu lo mantieni o piccolo o disarmato per poter maneggiarlo, se tu acquisti dominio, non lo puoi tenere, o ei diventa sì vile che tu sei preda di qualunque ti assalta. E però in ogni nostra deliberazione si debbe considerare dove sono meno inconvenienti, e pigliare quello per migliore partito, perché tutto netto, tutto senza sospetto non si truova mai» (*Discorsi*, I, 6, 3).

Il popolo entra dunque nella sfera pubblica in quanto armato e in vista di «un grande imperio»; e una volta che vi sia entrato nessuno potrà più pretendere di governarlo dall'alto, tanto più perché esso non vuole dominare ma solo non essere dominato. L'«inconveniente» consiste nei «tumulti intra i nobili e la plebe», di cui però come abbiamo visto occorre guardare «a' buoni effetti» anziché «a' romori ed alle grida che di tali tumulti nascevano». *Libertas et imperium* risultano così inesorabilmente congiunti.

L'alternativa del «governo stretto» si presta d'altra parte a una contingenza ben più pericolosa dei «tumulti». La scelta di non «acquistare dominio» non può infatti reggere a lungo, o perché «la necessità» potrebbe indurre quelle repubbliche ad «ampliare» (per doversi difendere), o perché, «quando il cielo le fusse sì benigno che la non avesse a fare guerra, ne nascerebbe che l'ozio la farebbe o effeminata o divisa; le quali due cose insieme, o ciascuna per sé, sarebbero cagione della sua rovina». A questo punto il dilemma si scioglie: «credo ch'è sia necessario seguire l'ordine romano, e non quello dell'altre repubbliche, perché trovare un modo mezzo infra l'uno e l'altro non credo si possa; e quelle inimicizie che intra il popolo ed il senato nascessino, tollerarle, pigliandole per uno inconveniente necessario a pervenire alla romana grandezza» (*Discorsi*, I, 6, 4).

Che l'attribuzione al popolo della guardia della sua libertà sia il solo modo per canalizzare i conflitti in una repubblica, vale anche per l'ordine interno. Assegnata la pubblica accusa «al popolo o a qualunque magistrato o consiglio», i cittadini «non tentano cose contro allo stato, e, tentandole, sono incontente e senza rispetto oppressi», e nello stesso tempo «si dà onde sfogare a quegli omori che crescono nelle cittadi, in qualunque modo, contro a qualunque cittadino: e quando questi omori non hanno onde sfogarsi ordinariamente, ricorrono a' modi straordinari, che fanno rovinare tutta una

repubblica». Come mostra l'episodio di Coriolano, contro il quale l'indignazione della plebe era così forte «che allo uscire del senato lo avrebbero tumultuariamente morto, se gli tribuni non lo avessero citato a comparire a difendere la causa sua»: se Coriolano fosse stato ucciso, «ne nasceva offesa da privati a privati, la quale offesa genera paura, la paura cerca difesa, per la difesa si procacciano partigiani, da' partigiani nascono le parti nelle cittadi, dalle parti la rovina di quelle» (*Discorsi*, I, 7, 1-2). Mentre i «tumulti» fra popolo e nobili corrispondono a conflitti politici, inevitabili e nello stesso tempo espressione di libertà, quelli tra fazioni o tra privati devono essere regolati «ordinariamente», ossia per legge, la cui «esecuzione si fa senza forze private e forestiere, che sono quelle che rovinano il vivere libero; ma si fa con forze ed ordini pubblici, che hanno i termini loro particolari, né trascendono a cosa che rovini la repubblica» (*Discorsi*, I, 7, 2).

Abbiamo visto come la prima minaccia di «fare alterazione» di quel vivere libero che è l'anima del governo largo venga dai nobili. Ma non viene solo dai nobili, e può venire da costoro con l'aiuto di circostanze imponderabili. La creazione a Roma del decemvirato viene presentata come un caso di instaurazione popolare di un potere assoluto: mentre il dittatore era eletto solo temporaneamente e senza eliminare le altre istituzioni, «nella creazione de' dieci occorre tutto il contrario, perché gli annullarono i consoli e i tribuni, dettero loro autorità di fare legge ed ogni altra cosa come il popolo romano. Talché, trovandosi soli, senza consoli, senza tribuni, senza appellazione al popolo, e per questo non venendo ad avere chi osservasse, ei poterono il secondo anno, mossi dall'ambizione di Appio, diventare insolenti. E per questo si debbe notare che quando e' si è detto che una autorità data da' suffragi liberi non offese mai alcuna repubblica, si presuppone che un popolo non si conduca mai a darla se non con le debite circostanze e ne' debiti tempi». Inoltre, «Né giova in questo caso che la materia non sia corrotta, perché una autorità assoluta in brevissimo tempo corrompe la materia e si fa amici e partigiani. Né gli nuoce o essere povero o non avere parenti, perché le ricchezze ed ogni altro favore subito gli corre dietro» (*Discorsi*, I, 35, 1).

La corruzione non è dunque la sola ragione della «rovina» di un governo largo. Questo, non va dimenticato, è una specie del governo

misto, il cui equilibrio viene distrutto dall'avvento di un'autorità assoluta, anche quando eletta dal popolo. Machiavelli lo avverte chiaramente nonostante le istituzioni repubblicane avessero superato la crisi determinata dall'elezione dei decemviri.

A distruggerle fu invece a suo avviso il conflitto sulla legge agraria, che vietava ad ogni cittadino di possedere più di una certa porzione di terra e imponeva di redistribuire fra i romani le terre sottratte ai nemici. La legge, approvata nel 486 a.C., era rimasta inattuata fino a quando i Gracchi, tribuni della plebe a partire dal 133 a.C., cercarono di attuarla. Di costoro, dice Machiavelli, «si debbe laudare più la intenzione che la prudenzia», perché la disputa sulla legge scatenò «tanto odio intra la plebe ed il senato che si venne nelle armi ed al sangue, fuori d'ogni modo e costume civile», fino a giungere alla guerra civile fra Mario e Silla e poi fra Pompeo e Cesare, «il quale fu primo tiranno in Roma, talché mai fu poi libera quella città» (*Discorsi*, I, 37, 2).

Il giudizio sulla vicenda è molto articolato¹⁸. Significativa è, intanto, la critica alla legge, «perché le repubbliche bene ordinate hanno a tenere ricco il publico e gli loro cittadini poveri», né la stessa plebe viene stavolta risparmiata, «perché alla plebe romana non bastò assicurarsi de' nobili per la creazione de' tribuni, al quale desiderio fu costretta per necessità; ché lei, subito ottenuto quello, cominciò a combattere per ambizione, e volere con la nobilità dividere gli onori e le sustanze, come cosa stimata più dagli uomini». Consapevole che il suo giudizio potrebbe contraddire quello sui tumulti che mantennero libera Roma, Machiavelli chiarisce che «se la contenzione della legge agraria penò trecento anni a fare Roma serva, si sarebbe condotta per avventura molto più tosto in servitù, quando la plebe, e con questa legge e con altri suoi appetiti, non avesse sempre frenato l'ambizione de' nobili. Vedesi per questo ancora, quanto gli uomini stimano più la roba che gli onori. Perché la nobilità romana sempre

¹⁸ Più avanti Machiavelli afferma che la proroga dei comandi militari fu la seconda causa della fine della repubblica, anche perché «stando uno cittadino assai tempo comandatore d'uno esercito, se lo guadagnava e facevaselo partigiano; perché quello esercito col tempo dimenticava il senato e riconosceva quello capo. Per questo Silla e Mario poterono trovare soldati che contro al bene publico gli seguitassono; per questo Cesare potette occupare la patria. Che se mai i romani non avessero prolungati i magistrati e gli imperii, se non venivano sì tosto a tanta potenza, e se fussono stati più tardi gli acquisti loro, sarebbero ancora più tardi venuti nella servitù» (*Discorsi*, III, 24, 2).

negli onori cedè senza scandoli straordinari alla plebe; ma come si venne alla roba, fu tanta la ostinazione sua nel difenderla, che la plebe ricorse per isfogare l'appetito suo a quegli straordinari che di sopra si discorrono» (*Discorsi*, I, 37, 3).

Gli «umori diversi del popolo e de' grandi» che sono «in ogni repubblica» possono dunque competere tanto sul terreno degli «onori» quanto su quello della «roba». Sul primo l'esempio di Roma dimostra la capacità di un popolo in armi e ancora non corrotto di prevalere, il che significa, nella prospettiva del governo misto, non acquisire tutto il potere politico, ma garantire un equilibrio fra istituzioni che, per quanto mai definitivamente acquisito, assicura il «vivere libero». Sul terreno della «roba», al contrario, l'esempio di Roma dimostra che prevale la «nobiltà»: non solo perché è il terreno su cui è più forte, ma soprattutto perché, in generale, «gli uomini stimano più la roba che gli onori», per cui basta che il conflitto si accenda sulla «roba» per corrompere la plebe e farla ricorrere agli «straordinari», ossia alla rottura della costituzione.

Corrispondentemente individua due «rimedi» al disordine delle repubbliche: «l'uno, mantenere i cittadini poveri, acciocché con le ricchezze senza virtù e' non potessino corrompere né loro né altri; l'altro, di ordinarsi in modo alla guerra che sempre si potesse fare guerra, e sempre si avesse bisogno di cittadini riputati, come e' romani ne' suoi primi tempi» (*Discorsi*, III, 16, 2). Sono rimedi necessariamente complementari, il che potrebbe spiegare come mai possa affermare che, fino all'avvento dei Gracchi, una plebe così impegnata in guerra desiderasse gli «onori» piuttosto che «la roba», nonostante per tutti gli uomini egli ritenga vero il contrario¹⁹. E tuttavia nessuno dei due rimedi potrà più funzionare al culmine dell'espansione territoriale, col risultato di scindere allora irreparabilmente *libertas* da *imperium* e portare la repubblica all'autodistruzione²⁰.

¹⁹ G. SASSO, *Niccolò Machiavelli*, cit., 492, fornisce una diversa spiegazione: «il 'desiderio' esiste bensì sempre, e per natura, nel cuore degli uomini, ma diviene tanto più grande, e pericoloso, quanto maggiori siano le condizioni di circostante ricchezza e potenza che, appunto, lo stimolano e ne determinano la crescita».

²⁰ V. ancora le belle pagine di G. SASSO, *Niccolò Machiavelli*, cit., 486 ss., e di recente J.G.A. POCKOCK, *Machiavelli and Rome: the republic as ideal and as history*, in *The Cambridge Companion*, cit., 150 ss.

4. *Il governo largo nelle Considerazioni intorno ai Discorsi*

Le *Considerazioni intorno ai Discorsi di Machiavelli* concernono sia il fondamento storico delle affermazioni di Machiavelli sulla repubblica romana sia le convinzioni di ordine generale che ne ricava l'A., senza mai nascondere però una posizione diversa sul governo largo.

A Roma, obietta, la guardia della libertà non era assegnata al popolo bensì ai consoli o ai dittatori, così come la pubblica accusa non era solo attribuita ai tribuni della plebe ma anche ad altri magistrati; e in generale, contrariamente a come a suo dire lo presenta Machiavelli, «el governo di Roma era misto, non plebeo» (*Considerazioni*, I, 5). Fin qui la critica riguarda circostanze di fatto, e trascura che Machiavelli mostra di conoscere perfettamente il carattere misto del governo romano.

Guicciardini introduce poi propri giudizi di valore, quando aggiunge che in un governo misto «vorrò che la guardia della libertà contro a chi volessi opprimere la repubblica appartenga a tutti, fuggendo sempre quanto si possa la distinzione tra nobili e plebei, e per necessità uno governo misto è temperato in modo che, in favore della libertà l'uno ordine è guardia dell'altro». Non solo: «quando fussi necessitato mettere in una città o uno governo meramente di nobili o uno governo di plebe, crederrò che sia manco errore farlo di nobili; perché essendovi più prudenzia ed avendo più qualità, si potrà più sperare si mettino in qualche forma ragionevole, che in una plebe la quale, essendo piena di ignoranzia e di confusione e di molte male qualità, non si può sperare se non che precipiti e conquassi ogni cosa... E questa conclusione è secondo la sentenza di tutti quelli che hanno scritto delle republiche, che prepongono el governo degli ottimati a quello della moltitudine» (*Considerazioni*, I, 5).

A sua volta, Machiavelli non manca di far notare «che il popolo molte volte, ingannato da una falsa immagine di bene, disidera la rovina sua; e se non gli è fatto capace come quello sia male e quale sia il bene, da alcuno in chi esso abbia fede, si porta in le republiche infiniti pericoli e danni» (*Discorsi*, I, 53, 1). Solo che ciò che per lui conta è il fine dei due «umori» – dominare per i nobili e non essere dominato per il popolo – che sopravvive alla formazione del governo misto creandovi comunque conflitto. Guicciardini, cui il governo misto appare invece «temperato in modo che, in favore della libertà

l'uno ordine è guardia dell'altro», obietta che «Non fu adunche la disunione tra la plebe ed el senato che facessi Roma libera e potente, perché meglio sarebbe stato se non vi fussino state le cagione della disunione; né furono utile queste sedizione, ma bene manco dannose che non sono state in molte altre città, e molto utile alla grandezza sua che e' patrizi più presto cedessino alla volontà della plebe, che entrassino in pensare modo di non avere bisogno della plebe; ma laudare la disunione è come laudare in uno infermo la infermità, per la bontà del remedio che gli è stato applicato» (*Considerazioni*, I, 4).

Né Guicciardini avverte il tragico dilemma che nei *Discorsi* affligge le repubbliche, e quindi la connessione fra *libertas* e *imperium*. Semplicemente, a Roma «Fu eccellentissima la disciplina militare, e la virtù sua sostenne tutti gli altri difetti del governo, e' quali importano manco in una città che si regge in sulle arme, che in quelle che si governano con la industria, con le girandole e con le arte della pace» (*Considerazioni*, I, 4). Nel *Dialogo* Bernardo del Nero motiverà l'asserzione che il successo delle armi romane fosse indipendente dall'assetto istituzionale della repubblica, ed anzi si fosse realizzato nonostante i suoi difetti, con l'argomento che la disciplina militare «fece effetti non manco in comparazione a tempo de' re, che facessi poi sotto la libertà»²¹.

Obiezioni di ordine storiografico si intrecciano con quelle di merito al fine di chiudere le porte alle intuizioni più innovative, e per l'epoca certamente scandalose, del suo interlocutore²². A partire da quei conflitti fra patrizi e plebei di cui Machiavelli aveva, «con autentica genialità, compresa l'importanza, scorgendovi come la premessa della 'romana grandezza'»²³, e che per la prima volta consentono di vedere nel disordine «il prezzo che si deve pagare per il mantenimento della libertà», e nel governo misto non solo un meccanismo istituzionale, ma «la soluzione politica di un problema, quella del conflitto fra le parti opposte, che nasce nella società civile»²⁴.

²¹ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 105 e 136.

²² U. DOTTI, *L'uomo del Guicciardini*, in F. GUICCIARDINI, *Consolatoria Accusatoria Defensoria. Autodifesa di un politico*, Roma-Bari, Laterza, 1993, 58, ha visto nelle *Considerazioni* «un presuntuoso faccia a faccia mirante a liquidare l'intero patrimonio del pensiero politico machiavelliano».

²³ G. SASSO, *Niccolò Machiavelli*, cit., 454.

²⁴ N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo*, cit., 84. Gennaro Sasso ha peraltro osservato che mentre Marx «inscrive il conflitto all'interno di una concezione della sto-

5. *Da Roma a Firenze: possibilità e limiti dell'«imitazione»*

Ma poteva il governo largo di Roma servire da modello cui uniformare l'assetto istituzionale dell'epoca?

Guicciardini non ha dubbi: «Quanto si ingannono coloro che a ogni parola allegano e' Romani! Bisognerebbe avere una città condizionata come era loro, e poi governarsi secondo quello essempro: el quale a chi ha le qualità disproporzionate è tanto disproporzionato, quanto sarebbe volere che uno asino facessi el corso di un cavallo»²⁵. Ciò vale anzitutto per la disciplina militare: «Né avevano allora e' capi della città a durare fatica a persuadere al popolo che pigliassi una impresa nuova, o per ovviare a uno pericolo o per augumentare lo imperio, perché erano uomini militari, e che non sapevano vivere senza guerra, che era la bottega donde cavavano ricchezze, onori e riputazione. Però non si può regolare secondo questi esempi chi non ha le cose con le condizione e qualità che avevano loro»²⁶. Questo scetticismo senza scampo getta una luce diversa sulle critiche a Machiavelli. Le quali, se nascono da un'avversione aristocratica, si alimentano di una visione della «verità effettuale» tutta orientata a contestualizzare «le condizione e qualità» di ogni tipo di convivenza. Su questa premessa, come vedremo, si radicano diverse accezioni del governo largo.

Machiavelli dichiara al contrario di voler «trarre li uomini» dall'«errore» di quanti leggono le storie «iudicando la imitazione non solo difficile ma impossibile: come se il cielo, il sole, li elementi, li uomini fussino variati di moto, di ordine e di potenza da quello che erono antiquamente» (*Discorsi*, I, Proemio, 2). E poiché, paragonati i tempi degli antichi romani agli attuali, sono chiari «la virtù che allora regnava ed il vizio che ora regna», «sarò animoso in dire manifestamente quello che io intenderò di quelli e di questi tempi, acciocché gli animi de' giovani che questi mia scritti leggeranno pos-

ria che prevede come necessaria la sua soluzione», Machiavelli «non ha una concezione della storia alla quale sia intrinseca un'energia dialettica e formatrice. Ha, della storia, una concezione tragica» (A. GNOLI - G. SASSO, *I corrotti e gli inetti. Conversazioni su Machiavelli*, Bompiani, Milano, 2013, 119).

²⁵ F. GUICCIARDINI, *Ricordo 110*, in *Ricordi*, a cura di R. Spongano, Firenze, Sansoni, 1951, 121.

²⁶ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 106.

sino fuggire questi e prepararsi ad imitar quegli, qualunque volta la fortuna ne dessi loro occasione» (*Discorsi*, II, Proemio, 3).

Senonché, dopo aver mostrato un altro esempio di «quanta bontà e quanta religione» fosse nella plebe romana, osserva che «E veramente dove non è questa bontà non si può sperare nulla di bene; come non si può sperare nelle province che in questi tempi si veggono corrotte, come è la Italia sopra tutte l'altre; ed ancora la Francia e la Spagna di tale corruzione ritengono parte. E se in quelle provincie non si vede tanti disordini quanti nascono in Italia ogni dì, deriva non tanto dalla bontà de' popoli, la quale in buona parte è mancata; quanto dall'aver uno re che gli mantiene uniti, non solamente per la virtù sua, ma per l'ordine di quei regni che ancora non sono guasti. Vedesi bene nella provincia della Magna questa bontà e questa religione ancora in quelli popoli essere grande; la quale fa che molte repubbliche vi vivono libere, ed in modo osservano le loro leggi che nessuno di fuori né di dentro ardisce occuparle» (*Discorsi*, I, 55, 1).

La bontà delle repubbliche tedesche, già da lui lodata in precedenti occasioni²⁷, viene attribuita al «non avere avuto conversazioni grandi con i vicini, perché né quelli sono iti a casa loro né essi sono iti a casa altrui, perché sono stati contenti di quelli beni, vivere di quelli cibi, vestire di quelle lane che dà il paese», dunque alla mancanza di quel commercio con l'estero che origina la corruzione; ma giuoca anche la considerazione che quelle repubbliche «non sopportano che alcuno loro cittadino né sia né viva a uso di gentiluomo: anzi mantengono loro una pari equalità, ed a quelli signori e gentiluomini che sono in quella provincia sono inimicissimi... E per chiarire questo nome di gentiluomini quale e' sia, dico che gentiluomini sono chiamati quelli che oziosi vivono delle rendite delle loro possessioni abbondantemente, senza avere cura alcuna o di coltivazione o di altra necessaria fatica a vivere. Questi tali sono perniziosi in ogni repubblica ed in ogni provincia, ma più perniziosi sono quelli che oltre alle predette fortune comandano a castella, ed hanno sudditi che ubbidiscono a loro» (*Discorsi*, I, 55, 2).

Il riferimento alla nobiltà feudale, che ancora domina l'Italia tranne la Toscana e Venezia, i cui mercanti privi di «iurisdizione sopra gli uomini» sono gentiluomini «più in nome che in fatto», com-

²⁷ Fra le quali cfr. N. MACHIAVELLI, *Rapporto di cose della Magna* (1508), in ID., *Ritratti e rapporti diplomatici*, Roma, Editori Riuniti, 2000, 105 ss.

porta una soluzione di continuità col passato, e l'auspicio di un «principe nuovo». Infatti «in quelle provincie non è mai surta alcuna repubblica né alcuno vivere politico; perché tali generazioni di uomini sono al tutto inimici di ogni civiltà. Ed a volere in provincie fatte in simil modo introdurre una repubblica non sarebbe possibile: a volerle riordinare, se alcuno ne fusse arbitro, non arebbe altra via che farvi uno regno. La ragione è questa, che dove è tanto la materia corrotta che le leggi non bastano a frenarla, vi bisogna ordinare insieme con quelle maggior forza; la quale è una mano regia che con la potenza assoluta ed eccessiva ponga freno alla eccessiva ambizione e corruttela de' potenti» (*Discorsi*, I, 55, 2).

Le speranze di una «imitazione» del governo largo romano si restringono dunque alla Toscana, e principalmente a Firenze, dove vi è «tanta equalità che facilmente da uno uomo prudente, e che delle antiche civiltà avesse cognizione, vi s'introdurrebbe uno vivere civile. Ma lo infortunio suo è stato tanto grande che infino a questi tempi non si è abbuttata a alcuno uomo che lo abbia possuto o saputo fare». Qui il tono è distaccato, imputandosi solo a un «infortunio» (alla fortuna?) la mancata instaurazione di un governo largo dotato di sufficiente stabilità. Ma altrove i toni e i giudizi sono ben più severi. Già aveva notato come a Firenze, «benché molte volte per suffragi pubblici e liberi si sia data ampla autorità a pochi cittadini di potere riformarla, nonpertanto non mai l'hanno ordinata a comune utilità, ma sempre a proposito della parte loro; il che ha fatto non ordine, ma maggiore disordine in quella città» (*Discorsi*, I, 49, 1). E ancora, sempre in riferimento a Firenze: «Se la è una repubblica che la governi, non ci è il più bel modo a fare cattivi i suoi cittadini ed a fare dividere la tua città che avere in governo una città divisa; perché ciascuna parte cerca di avere favori e ciascuna si fa amici con varie corrottele, talché ne nasce due grandissimi inconvenienti: l'uno, che tu non gli fai mai amici, per non gli potere governare bene, variando il governo spesso ora con l'uno ora con l'altro omore; l'altro che tale studio di parte divide di necessità la tua repubblica» (*Discorsi*, II, 27, 3).

Se dunque a Firenze la «materia» non è così corrotta da dover richiedere un principe, lo spirito di fazione è così forte che l'«equalità» non riesce a venire ordinata in modo da soddisfare contemporaneamente i due «umori». La convinzione ritorna nelle *Istorie Fiorentine*, dove, a conferma che il governo largo di Machiavelli rimane

una specie di governo misto, il confronto con Roma è posto nei termini dei «diversi fini che hanno questi duoi popoli causata; perché il popolo di Roma godere i supremi onori insieme con i nobili desiderava, quello di Firenze per essere solo nel governo, senza che i nobili ne partecipassero, combatteva», e le reciproche «inimicizie» terminavano a Roma con una legge, e a Firenze «con lo esilio e con la morte di molti cittadini»²⁸. Per superare gli «infiniti disordini» della repubblica, nel *Discursus florentinarum rerum* Machiavelli presenta a Papa Leone X una proposta di riforma grazie alla quale, gli promette, «la intenta non solamente si mantiene, ma si accresce; e gli amici sua vi restano onorati e securi; e l'altra universalità di cittadini ha cagione evidentissima di contentarsi»²⁹. Il potere vi viene distribuito non fra nobili e popolo, ma fra «tre diverse qualità di uomini, che sono in tutte le città; cioè, primi, mezzani e ultimi. E benché in Firenze sia quella equalità che di sopra si dice; nondimeno sono in quella alcuni che sono di animo elevato, e pare loro meritare di precedere agli altri; a' quali è necessario nell'ordinare la repubblica soddisfare: né per altra cagione rovinò lo stato passato che per non si essere a tale umore soddisfatto». Tale assetto, assai complicato sia per il sistema di rotazione interno alle cariche di ciascuna istituzione sia per i reciproci rapporti, va ricordato solo per il ruolo che vi venivano a svolgere «gli ultimi», ossia la componente popolare. Costoro, riuniti nel Consiglio grande così ripristinato, potevano eleggere i magistrati della città, tranne quelli nominati dal Papa o dalle altre istituzioni, e fra di essi venivano estratti i «preposti», chiamati ad assistere alle deliberazioni degli altri collegi ed eventualmente a impedire che avessero corso senza prima sottoporle a collegi più ampi, e per ciò stesso più rappresentativi³⁰.

Ma bastava ad assicurare l'agognata «imitazione» la creazione a Firenze, sotto l'egida di quel Papa, di istituzioni analoghe ai tribuni o ai censori romani? A parte la destinazione dello scritto, in ogni caso sarebbe mancata quella virtù da cui Machiavelli aveva fatto dipendere il funzionamento delle istituzioni³¹.

²⁸ N. MACHIAVELLI, *Istorie fiorentine*, a cura di F. Gaeta, Milano, Feltrinelli, 1962, 212.

²⁹ N. MACHIAVELLI, *Discursus florentinarum rerum post mortem iunioris Laurentii Medicis*, in *L'arte della guerra. Scritti politici minori*, Roma, Salerno, 2001, 633.

³⁰ N. MACHIAVELLI, *Discursus florentinarum rerum*, cit., risp. 635 e 638.

³¹ F. GILBERT, *Machiavelli e Guicciardini*, cit., 161.

6. *Il governo largo nel Dialogo del reggimento di Firenze*

Sebbene Machiavelli consideri il governo largo o popolare una specie di governo misto non meno di Guicciardini³², egli adopera il termine sempre nella stessa accezione, e con le implicazioni che abbiamo riportato. Per Guicciardini non è così, e il suo variabile ricorso al termine diventa necessario a ricostruirne il pensiero.

Così, riferendosi ai Medici, Bernardo afferma che «chi è capo di uno stato stretto non ha per fine altro che la grandezza sua particolare e fa sempre quanto gli pare a proposito di conservare questa, senza rispetto alcuno di Dio, della patria e degli uomini. Non sappiamo noi quante volte, perché l'arme nostro fussino dipendenti da loro, ci hanno fatto fare condotte senza bisogno, tolto capitani insufficienti ma sua amici e confidati? Per potere reggere le spese eccessive e mantenersi gli amici nelle corti e appresso e' principi, Lorenzo, quasi fallito nelle mercatantie, non mess'egli mano a' danari del commune, facendosi servire con modi coperti di grosse somme?»³³. Il fatto è che «Coloro che sono de' primi gradi delle città non hanno tanto per obietto la libertà, quanto cercano sempre di ampliare la sua potenza e farsi superiori e singolari quanto possono. Sforzonsi bene, mentre lo possono fare, di coprire la ambizione sua con questo piacevole titolo della libertà, perché essendo in una città molti più quegli che temono di essere oppressi che quegli che sperano di opprimere, ha molti più compagni chi pare che pigli el patrocinio della equalità, che chi scopertamente andassi alla via della superiorità; e nondimeno se la gli vi viene bene colta, lo effetto mostra e' pensieri loro, perché con questo inganno si servono el più delle volte della moltitudine a farsi grandi»³⁴.

Nell'avversare *quello* «stato stretto», Guicciardini lascia già capire che la dicotomia «stretto»/«largo» è per lui meno assoluta che per Machiavelli, e nello stesso tempo utilizza in una direzione diversa la sua tesi che il popolo vuole solo non essere dominato mentre i no-

³² Secondo J.A. POCKOCK, *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, I, Bologna, il Mulino, 1980, 448, «Come nel caso dei Discorsi di Machiavelli, siamo anche con Guicciardini in un mondo ossia in un quadro concettuale apparentato (anche se non da esse dipendente) a teorie formalmente elaborate del 'governo misto' quali si riscontrano nello schema ciclico di Polibio».

³³ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 56.

³⁴ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 66.

bili vogliono dominare: da argomento a sostegno della superiorità del popolo, quale era stata nella lezione che Machiavelli aveva tratto dai romani, la tesi diventa un modo per mostrare quanto facilmente il popolo possa essere ingannato dalle simulazioni di una corte rinascimentale, e per ribadirne l'inesperienza rispetto ai nobili.

Il motivo risalente dell'ascrizione ai nobili di una competenza o «esperienza» di governo che il popolo non potrebbe mai raggiungere pervade in effetti fino alla fine le risposte di Bernardo ai suoi interlocutori. Eppure non basta a fare di lui un fautore del governo stretto. Tale governo «a giudizio mio in ogni luogo ha molte difficoltà a essere buono, ma a Firenze sopra tutti gli altri, perché da l'una casa a l'altra non è tanto eccesso, né ci sono qualità sì rilevate, che questa distinzione possa farsi se non per forza. La equalità ci è naturale e contrarissimo el vedere tanti capi; senza che, per infinite cagioni nascerrebbero tra loro emulazioni e discordie, e sarebbe impossibile che non si riducessino presto con disordine o in una tiranide o in una licenza popolare»³⁵.

Però avverte pure che «non basta avere introdotto uno stato libero, perché e sotto quello possono nascere molti errori e disordini, ma bisogna sia ordinato di sorte che si sentino e' frutti della libertà, altrimenti el nome sarà buono e piacevole, ma gli effetti molto spesso simili a quegli del tiranno. Perché e uno popolo quando col suo governo usurpa e soprafa altri, quando toglie a chi debbe dare, quando indebitamente travaglia e perseguita chi sarebbe ragionevole che potessi stare sicuro, quando si lascia condurre dal sospetto a passare e' termini della giustizia, quando, dico, uno popolo fa queste cose e molte altre che si fanno ogni volta che si parte dal debito mezzo e cade in troppa licenza, allora, dico, uno popolo non è né si può più chiamare conservatore della patria, ma inimico e distruttore»³⁶.

Alle spalle del progetto istituzionale che Bernardo espone nel Libro Secondo vi sono vincoli che impediscono una soluzione univoca del dilemma «stretto»/«largo». Tanto da fargli ritenere «difficile trovare la medicina appropriata, perché bisogna sia in modo che medicando lo stomaco non si offenda el capo, cioè provedervi di sorte che non si alteri la sostanzialità del governo popolare che è la libertà, e che per levare le deliberazioni di momento di mano di chi non le

³⁵ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 144-5.

³⁶ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 148.

intende, non si dia tanta autorità a alcuno particolare, che si caggia o si avvii in una spezie di tirannide»³⁷.

Bernardo trova quasi per intero la soluzione del suo problema a Venezia, il cui governo, «essendo durato già centinaia di anni florido e unito come ognuno sa, non si può attribuire alla fortuna o al caso»³⁸, forse con allusione al tentativo di Machiavelli di spiegare quel successo, per lui imbarazzante, ricorrendo alla «fortuna»³⁹.

Più precisamente, il Consiglio grande avrà la funzione elettiva, di «distributore di tutti gli uffici, onori e dignità» salvo pochi assegnati ad altre autorità, nonché quella di approvare le leggi, ma non di deliberarle, «perché el fare delle leggi nuove o correggere le vecchie ha a essere deliberato in consigli più stretti»⁴⁰. Se infatti «le città si potessino reggere con la larghezza e col fare che ognuno partecipi in uno modo medesimo delle faccende e degli onori» sarebbe «forse governo ingiusto, non vi si facendo distinzione delle virtù e delle qualità degli uomini», e occorre allora che «le deliberazioni importanti si restringhino in minor numero»⁴¹. Da cui la proposta di istituire, oltre a un Gonfaloniere a vita mutuato dal Doge veneziano, un Senato composto di centocinquanta membri, «el quale numero non è sì stretto che non ci possino entrare tutte le persone qualificate della città, né è sì largo che vi entri dentro la ignoranza e la mala qualità degli uomini»⁴².

Pur utilizzando continuamente, a differenza di Machiavelli, la dicotomia fra governo largo e stretto, Guicciardini rifiuta di compiere in proposito una scelta. Per lui non si tratta di un dilemma che richieda di soddisfare in termini istituzionali l'uno o l'altro dei due «umori». Si direbbe che governo largo e governo stretto costituiscono piuttosto i poli di un *continuum* apprezzabile dal punto di vista quantitativo, all'interno del quale dislocare di volta in volta le soluzioni appropriate a ciascuna istituzione, con un progressivo restringimento dell'area dei decisori man mano che dalla elezione si passa alla deliberazione.

³⁷ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 149.

³⁸ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 156.

³⁹ F. GILBERT, *Machiavelli e il suo tempo*, cit., 324 ss.

⁴⁰ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 150-1.

⁴¹ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 152.

⁴² F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 170.

Lo confermano due brevi scritti dedicati alla scelta fra elezione o estrazione a sorte dei governanti, nel primo dei quali ragiona dei fini di chi ordina «i governi popolari e le libertà delle repubbliche». Il primo è «che le siano ordinate in modo che ciascuno cittadino abbia a stare egualmente sotto la legge, ed in questo non si faccia distinzione dal ricco al povero, dal potente a l'impotente, in forma che ognuno sia sicuro che la persona, la roba e le condizione sue non possano essere travagliate, se non quando dispongono le legge ed ordini della città, che è quello perché proprio furono instituite le libertà. El secondo fine che ha a avere si è che e' benefici della repubblica, cioè gli onori e gli utili pubblici che ha, si allarghino in ognuno quanto si può ed in modo che tutti e' cittadini ne partecipino il più che sia possibile». Per «ordinare al secondo fine, bisogna avere rispetto di non desiderare tanto lo allargare, e volere tanto che ognuno partecipi, che ne seguiti qualche disordine o qualche danno al pubblico, che sia di più importanza che non è el bene che nasce dallo allargare. Perché la città è uno corpo che così è nelle cose di dentro come in quelle di fuori, così in quello che attiene alla osservazione della giustizia e delle legge, come in quello che attiene a mantenere ed ampliare el dominio, si regge e governa con la anima de' magistrati; e' quali quando sono persone che sanno bene governare quello carico che gli è commesso, le cose della città procedono bene, e pel contrario, quando sono insufficienti, la città è male governata ed ogni cosa si disordina e va in ruina»⁴³.

Guicciardini osserva che entrambi i fini vengono raggiunti quando da una parte «el consiglio grande fussi distributore di tutti gli uffici dentro e fuori», e dall'altra, «nel mettere ordine al modo del distribuire, fu avuto l'altro rispetto che la città avessi a essere bene governata, con fare che gli uffici si eleggono per le più fave, acciò che e' magistrati fussino più scelti che fussi possibile»⁴⁴.

Ma ai due fini corrispondono differenti accezioni della libertà e dell'eguaglianza. La prima è la libertà-sicurezza, o certezza del diritto, dove gli uomini vanno trattati egualmente. Quando Bernardo dice che «chi introdusse le libertà non ebbe per suo fine che ognuno

⁴³ F. GUICCIARDINI, *Del modo di eleggere gli uffici nel consiglio grande*, App. I a B. MANIN, *La democrazia dei moderni. Con due discorsi di Francesco Guicciardini sull'elezione e l'estrazione a sorte dei governanti*, Milano, Anabasi, 1992, 200.

⁴⁴ F. GUICCIARDINI, *Del modo di eleggere gli uffici*, cit., 201.

si intromettessi nel governare, ma lo intento suo fu perché si conservassino le leggi ed el bene commune, el quale, quando uno governa bene, si conserva meglio sotto lui che in altro governo»⁴⁵, non si riferisce alla libertà in nome della quale i nobili «cercano sempre di ampliare la sua potenza», ma a quella che mira a «che ognuno sia sicuro che la persona, la roba e le condizione sue non possano essere travagliate, se non quando dispongono le legge ed ordini della città, che è quello perché proprio furono instituite le libertà». Allo stesso fine è preordinato il lungo elogio della «osservazione della giustizia», della corretta distribuzione dei premi e delle pene, e di una articolazione del potere giudiziario che ne assicuri l'imparzialità «così al criminale come al civile»⁴⁶. Qui libertà ed eguaglianza si conciliano necessariamente e richiedono «un ordinamento legale e impersonale», nella misura in cui «Il ruolo dei 'molti' non era tanto quello di affermare la volontà di quanti non appartenevano alla élite, quanto quella di far risaltare nel modo più drastico l'impersonalità del governo»⁴⁷.

Nella seconda prospettiva, quella della libertà-partecipazione al governo, occorre invece restringere la partecipazione ai competenti: non solo l'eguaglianza è sacrificata, ma la libertà non assicura affatto, da sola, il risultato atteso. Fra i pochi cui viene riservata, vi sono infatti quelli che aspirano all'oligarchia, cioè a un regime aristocratico che è tale solo per censo e prescinde dal merito e dalla competenza, nonché quanti sono guidati da una frenetica ricerca del profitto, che Guicciardini condanna quanto Machiavelli⁴⁸.

Eppure i «più atti a governare» possono venire solo dalla cerchia dei pochi. Per selezionarli scongiurando quei rischi, Bernardo non si accontenta del sistema dell'elezione per gli «uffici principali», ma propone che vengano ordinati per importanza: «vorrei che questi gradi fussino come scale da onorare e' cittadini, ché in uno governo libero dove si cerca di avezzare gli uomini alla estimazione degli onori e si pensa di dare in pasto a molti di qualità, è molto a proposito che vi siano più gradi reputati che si può, che siano come scale l'uno a l'altro; e però fanno saviamente e' veneziani che non manderebbono

⁴⁵ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 38.

⁴⁶ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 88 ss.

⁴⁷ J.G.A. POCOCK, *Il momento machiavelliano*, cit., risp. 425 e 466.

⁴⁸ Q. SKINNER, *Le origini del pensiero politico moderno*, I, *Il Rinascimento*, Bologna, il Mulino, 1989, 279-280.

fuora in uno ufficio minore chi già ne avessi avuto uno maggiore»⁴⁹. L'elezione e il sistema scalare degli uffici diventano così strumenti per assicurare processi di apprendimento della capacità di governo.

Pocock ha connesso le due visioni della libertà nella misura in cui la «meritocrazia competitiva ...ha assoluto bisogno che ci sia una certa democrazia. La libertà dei 'pochi' poggia sul riconoscimento della loro *virtù* da parte della *res publica* e, invece, la libertà dei 'molti' consiste nel garantire che tale riconoscimento sia veramente pubblico e che si abbia un autentico primato della *virtù* e dell'*onore* nel reggimento della vita civile»⁵⁰. La connessione trova riscontro nella convinzione guicciardiniana che «se uno merita, non s'ha a stare a giudizio de' particolari ma del popolo, el quale ha migliore giudizio che nessuno altro, perché è el principe ed è senza passione....Lui conosce meglio ognuno di noi che non facciamo noi stessi, né ha altro fine se non di distribuire le cose in chi gli pare meriti»⁵¹. Ma se si tratta di un «principe» che è tale solo nel giudicare persone e decisioni, non nell'autogoverno⁵², il governo sarà «largo» in quanto sarà tale da garantire l'apertura al ricambio e alla circolazione delle élite, non la partecipazione popolare diretta. In questo senso, le due libertà continuano a riferirsi ad oggetti che Guicciardini tiene a distinguere sempre: la sicurezza o certezza del diritto, e la partecipazione alle deliberazioni politiche, non alla loro mera approvazione.

Guicciardini riscatta così il paternalismo di stampo ottomatizio con cui aveva liquidato la teoria machiavelliana dei conflitti politici: neanche la sua virtù è un dato naturale, bensì una conquista faticosa e reversibile, che i migliori debbono guadagnarsi di fronte al popolo. D'altra parte, quando afferma che in qualsiasi repubblica non più di quaranta o cinquanta cittadini desiderano la libertà per comandare, mentre tutti gli altri la desiderano per vivere sicuri (*Discorsi*, I, 16, 5), anche il favore di Machiavelli per il governo largo lascia indovinare un coinvolgimento diseguale dei cittadini, nel senso che gli eleggibili vi costituiscono un gruppo nettamente differenziato⁵³.

⁴⁹ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 211.

⁵⁰ J.G.A. POCKOCK, *Il momento machiavelliano*, cit., 463.

⁵¹ F. GUICCIARDINI, *Del modo di eleggere gli uffici*, cit., 202.

⁵² B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, cit., 71.

⁵³ P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 58.

7. *In che senso si può parlare di visioni rivali dell'ordine costituzionale?*

In definitiva, la distanza fra i due sul governo largo riguarda molto meno la misura della partecipazione popolare alla decisione politica e al governo, che il valore ad essa rispettivamente ascrivito a paragone di quello della libertà-sicurezza o certezza del diritto.

La distanza sul primo punto è attenuata anche grazie alla spregiudicatezza e all'onestà intellettuale con le quali essi denunciano i punti deboli della loro rispettiva parte, che diventano elementi integranti dei problemi cui rimediare. La virtù del popolo è sempre sottoposta da Machiavelli a certe stringenti condizioni, e può rapidamente degenerare in corruzione per ragioni non sempre addebitabili ai nobili, così come la virtù dei migliori di Guicciardini deve emergere da una serrata e mai scontata competizione interna al ceto aristocratico.

Accomunati dall'avversione per i tiranni, e consapevoli dei rischi di ogni governo assoluto quand'anche retto dal popolo, Machiavelli e Guicciardini non dissentono nemmeno sulla considerazione del governo largo quale specie di governo misto, che con loro perde tuttavia il carattere di forma perfetta di governo, rinvenuta da Polibio nella Roma repubblicana e da allora tramandata come modello esemplare in ragione della stabilità che aveva assicurato⁵⁴. Come mai, cadute le gerarchie dell'ordine medioevale, nessuno dei due si rifugia «ne' libri»? Fra le altre spiegazioni, ve ne è una che qui interessa direttamente, e che di nuovo li accomuna. Per loro, la stabilità delle forme di governo in quanto tale non è più obiettivo cui sacrificare il «vivere libero», e occorre perciò guardare ai rispettivi effetti su quel

⁵⁴ Anche se il motivo acquista spessore teorico solo in Machiavelli. Sul punto è più volte tornato Gennaro Sasso, di cui v. in particolare *La lettura degli autori antichi e la lezione delle cose moderne nella nascita del mondo moderno*, in Id., *Il guardiano della storiografia. Profilo di Federico Chabod e altri saggi*, Bologna, il Mulino, 2002, 357, per l'osservazione che in Machiavelli «l'antico pregiudizio che nell'immobilità fosse la perfezione, e nella sconfitta del diverso il vero carattere dell'essere politico, venne superato dalla consapevolezza che, se le cose del mondo sono segnate dall'instabilità, se non stanno ferme e proprio perciò racchiudono in sé la minaccia e l'istanza di morte, lo Stato dev'essere bensì, rispetto al disordine delle cose, ordine e fermezza. Un ordine e una fermezza, tuttavia, capaci di muoversi con ciò che si muove, rimodellandolo, all'infinito, in sé stesso».

modello di convivenza, nella consapevolezza che in un'epoca così dominata dalla contingenza sia possibile cercare soltanto il male minore⁵⁵.

Lo si avverte nel *Principe*: «Né creda mai alcuno stato potere pigliare partiti securi, anzi pensi di avere a prenderli tutti dubbii; perché si truova questo nell'ordine delle cose, che mai si cerca di fuggire uno inconveniente che non si incorra in uno altro; ma la prudenzia consiste in sapere conoscere le qualità delli inconvenienti, e pigliare el men tristo per buono» (Cap. XXI). Nel *Dialogo*, poi, Bernardo parla addirittura di una città «oramai vecchia», di quelle «che si riformano difficilmente, e riformate, perdono presto la sua buona istituzione e sempre fanno de' suoi primi abiti cattivi»⁵⁶.

Nondimeno, la ricerca dei rimedi meno peggiori agli inconvenienti procede da una ben diversa prospettazione dei valori del «vivere libero». Più che sul governo largo come tale, l'autentica distanza è intorno a se, in esso, la libertà-partecipazione debba prevalere sulla garanzia delle libertà individuali o viceversa.

In Machiavelli il governo largo è l'esito di un conflitto politico avviato da quando il popolo romano è entrato nella sfera pubblica in quanto armato, imparando a difendere quella che è diventata la sua libertà fino alla massima espansione dell'impero, e nello stesso tempo a strappare gli «onori» che i patrizi si rifiutavano di concedere, fino a raggiungere con costoro un accettabile equilibrio di forze. L'origine conflittuale del governo largo continua perciò a orientare l'intero processo di apprendimento della libertà-partecipazione, culmine della virtù civica, fino a quando non lo interromperà la corruzione. Mentre la libertà come sicurezza del governo delle leggi è solo un desiderio di essere trattati egualmente, sul presupposto che il rispetto della legalità sia virtù già acquisita nel popolo grazie all'apprendimento della libertà-partecipazione⁵⁷. Compare per la

⁵⁵ In direzione analogica, con riguardo al solo Machiavelli, si muove G. FERRONI, *Machiavelli, o dell'incertezza. La politica come arte del rimedio*, Roma, Donzelli, 2003.

⁵⁶ F. GUICCIARDINI, *Dialogo*, cit., 123.

⁵⁷ M. GEUNA, *Machiavelli ed il ruolo dei conflitti nella vita politica*, in A. Arienzo e D. CARUSO (a cura di) *Conflitti*, Napoli, Dante & Descartes, 2005, 35, ha ridimensionato l'enfasi posta da M. VIROLI, *Dalla politica alla ragion di stato. La scienza del governo tra XIII e XVII secolo*, Roma, Donzelli, 1994, 95 ss., sulla considerazione machiavelliana del governo delle leggi a fronte della sua teoria dei conflitti.

prima volta una teoria dei conflitti che, in quanto volti a conquistare a favore di una parte ancora da essa esclusa la partecipazione al governo, vengono contrapposti in positivo, in virtù della loro natura politica, a quelli miranti ad annientare la parte avversa fino a tornare a una forma di governo semplice, o mossi dal desiderio di accumulare ricchezza⁵⁸.

Ridotta la politica estera e militare a sfere di competenza del governo, Guicciardini si concentra su una città abituata al «vivere libero», ma dall'assetto di governo e dalla vita politica resi estremamente instabili da conflitti di fazione o di matrice privatistica, nei quali il popolo è massa di manovra di principi o di ottimati senza scrupoli. In lui la libertà-sicurezza prevale sulla libertà-partecipazione, in quanto è per essa che «le leggi e gli ordini della città furono istituiti». Nondimeno, proprio perché deriva da una tradizione che basterà conservare, la libertà-sicurezza può non essere al centro delle sue preoccupazioni. Diventa prioritario, piuttosto, riformare un sistema di governo che riflette una politica malata di fazionismo fino al limite dell'autodistruzione, in modo da farvi emergere la virtù pubblica. E lo strumento della riforma istituzionale deciderà pure del modo con cui articolare la libertà-partecipazione. Una libertà che appare così limitata, non solo in riferimento al popolo, che la può esprimere in Consiglio grande solo attraverso l'approvazione delle leggi e la elezione alle cariche di governo, ma sia pure per motivi diversissimi agli stessi nobili, ai quali l'accesso al governo è consentito tramite una «scala degli onori» che vorrebbe eliminare dalla competizione gli avidi di ricchezza e gli incompetenti. In tali condizioni, la libertà-partecipazione cessa di acquisire valore autonomo, e la visione della cittadinanza da un lato si concentra sulla dimensione politica nel governo e dall'altro colloca il soggetto «in una zona politicamente neutra»⁵⁹. È la zona della libertà-sicurezza, del governo delle leggi e della spersonalizzazione del potere, al punto che nel suo pensiero sono stati rintracciati i fondamenti, non tanto di ordine istituzionale quanto di ordine etico, del principio della separazione dei poteri⁶⁰.

⁵⁸ A. PIZZORNO, *Le radici della politica assoluta e altri saggi*, Milano, Feltrinelli, 1993, 189.

⁵⁹ P. COSTA, *Civitas*, cit., 65.

⁶⁰ J.G.A. POCOCCO, *Il momento machiavelliano*, cit., 277.

8. *L'invito a un duro apprendimento*

Molto più tardi, con modi e in misure diverse, le democrazie costituzionali sapranno comporre il dilemma fra libertà-partecipazione e libertà-sicurezza, e poi a canalizzare, a differenziare, o ad assorbire attraverso aggiustamenti istituzionali, le corrispondenti tensioni fra la componente democratica e quella liberale-garantistica, sulla cui compresenza si fonda la loro stessa struttura profonda. Ma tale sperimentata capacità continua a venire sfidata, come dimostrano i rinnovati contrasti fra governo dei custodi e populismo, e fra oligarchie finanziarie e governi democratici.

Se è così, il confronto fra Machiavelli e Guicciardini capovolge l'attesa di quanti cercano a tutti i costi l'attualità dei classici per nobilitare proprie soluzioni o tesi. Invita a un duro apprendimento: a come convivere con l'incertezza senza ricette consolatorie, e senza fare dell'incertezza un alibi per non prendere posizione, e per non cercare rimedi.

PRESENTAZIONI
E INCONTRI DI STUDIO

È sempre difficile il compito di sintetizzare il pensiero di uno studioso che, come Paolo Ferro-Luzzi, ha operato nella ricerca per più di quaranta anni e al quale viene unanimemente riconosciuto un ruolo di primissimo piano. Ciò tanto più nell'imminenza della Sua improvvisa scomparsa e da parte di chi ha avuto la fortuna di condividere le esperienze di studio e di vita, accademica e non.

Ma ciò è ancora più difficile se si pensa alla complessità e profondità del discorso che ha svolto con le sue analisi: che ha indotto un altro studioso a Lui caro, *Paolo Spada*, ha riconoscervi una sorta di «rivoluzione copernicana»; ma che proprio perciò, come avviene con tutte le «rivoluzioni», si presta a diverse possibili interpretazioni e può con il decorso del tempo assumere differenti significati.

Mia unica possibilità è pertanto, non intendendo redigere un necrologio, che certamente non avrebbe voluto, fornire una personale lettura della Sua opera: da un lato illudendomi di proseguire un dialogo anch'esso quarantennale, dall'altro nella speranza di contribuire a un dibattito che certamente occuperà a lungo gli studiosi.

A questo fine osserverei anzitutto, e consapevolmente utilizzando una terminologia a Lui non del tutto gradita, che in effetti è anche tecnicamente corretto parlare di una «rivoluzione»: nel senso che alle origini del Suo pensiero era l'insoddisfazione nei confronti dei *paradigmi* alla base della costruzione del sistema del diritto privato, l'affermazione quindi dell'esigenza di elaborarne altri e diversi; una «rivoluzione scientifica» proprio nel senso di cui discorre *Kuhn*.

Il che, deve essere sottolineato con forza, nasce da una profonda consapevolezza della storicità dell'esperienza giuridica (e evidentemente, aggiungerei, di ogni esperienza umana): non soltanto quella che risulta dalla constatazione empirica che le norme e la loro applicazione si modificano nel tempo, ma anche per quanto concerne la storicità degli schemi mentali di cui il legislatore e poi l'interprete si avvalgono per costruire sistematicamente e assegnare un senso logico alle norme medesime. Schemi mentali che soddisfano il bisogno di rinvenire (ma in realtà assegnare) una ragione a ciò che accade e che in effetti, li si denomini «paradigmi» ovvero, come Ferro-Luzzi pre-

feriva, *a priori* del sistema, da un lato sono estranei ai «fatti» (ivi compresi quelli normativi) per la cui comprensione vengono utilizzati, dall'altro non possono non essere storicamente condizionati se non altro per le loro implicazioni politico-ideologiche.

Ed in questo senso, riterrei, deve essere inteso il nucleo essenziale della proposta costruttiva formulata nella Sua fondamentale opera su *I contratti associativi*. Con essa, infatti, si muove dalla rilevazione che l'evoluzione, dell'ordinamento e del contesto socio-economico di riferimento, non consente più di assumere in ogni caso (e comunque per quanto concerne le specifica materia affrontata) al centro, quindi come presupposto per ordinare il sistema, il «soggetto» e i suoi «diritti»; richiede invece l'adozione di un diverso punto di partenza, direi di un diverso «paradigma», che si propone di individuare nell'*attività*.

Premessa del discorso di Ferro-Luzzi è, nella lettura che vorrei fornire, la convinzione che non sia più possibile intendere l'intero sistema del diritto privato muovendo unitariamente dalla prospettiva del «soggetto»: che cioè per una sua rilevante parte, quella tradizionalmente del diritto commerciale, ma caratterizzata dall'industrializzazione (non più quindi il solo commercio in senso stretto, bensì pure e soprattutto l'attività produttiva), non tanto rilevino le condizioni soggettive e individuali di chi vi partecipa, quanto oggettivamente il *ruolo* appunto svolto nella e per l'attività; con la conseguenza di un superamento di visioni ormai classiche, come per esempio quella risultante dalla sistemazione di *von Tuhr*, che considerava concetto centrale del diritto privato l'astrazione rappresentata dal «diritto soggettivo».

Si tratta del resto di un'astrazione strettamente connessa (si potrebbe dire: si reggono e cadono insieme) con quella del «soggetto»: che ne rappresenta il necessario presupposto logico.

Ed in questa dimensione, penso, divengono comprensibili alcune delle posizioni di ordine generale tante volte adottate da Ferro-Luzzi, in molteplici suoi scritti e in tante conversazioni orali.

In primo luogo la sua proposta di costruire il diritto societario come sistema (non di «diritti», bensì) di «poteri». Poiché in tal modo diviene possibile evidenziare la caratteristica di trattarsi di posizioni giuridiche che rilevano non tanto e non soltanto nella prospettiva individualistica del «soggetto», quanto appunto in quella funzionale

del loro ruolo per l'attività sociale: la quale, allora, ne rappresenta il decisivo punto di riferimento sistematico.

Così si spiega, fra l'altro, l'attenzione dedicata da Ferro-Luzzi a posizioni come quelle di *Otto v. Gierke*; ma anche a quelle del Suo Maestro, *Giuseppe Ferri*, che nel profilo dell'organizzazione e nei suoi peculiari modi di rilevanza giuridica individuava il senso fondamentale delle vicende societarie; e a quelle di *Massimo Severo Giannini*, che ha decisamente innovato gli strumenti analitici per lo studio del diritto amministrativo, in un contesto cioè ove esplicita è la prospettiva di un sistema di «poteri». Il che, come notissimo, gli ha consentito di fornire un contributo di importanza da tutti riconosciuta per lo studio delle vicende deliberative delle società.

Ma si spiega anche, per riferirci a un profilo spesso discusso e a volte fonte di equivoci, la sua critica nei confronti del tentativo di intendere l'attività (e, soprattutto, l'impresa) come *fattispecie*. In effetti, se il suo ruolo è quello di presupposto per la costruzione del (di un) sistema, in questo senso di schema mentale idoneo a riconoscergli (ma in realtà ad assegnargli) razionalità, diviene anche logicamente evidente non potersi trattare di una *fattispecie*.

Perciò spesso sottolineava che, come non può in tal modo considerarsi il «soggetto», così ugualmente non avrebbe senso riconoscere tale significato nell'«attività». Un parallelismo che, in maniera quasi visiva, potrebbe mostrare la dimensione nella quale si svolgeva il discorso proposto da Ferro-Luzzi: quello appunto della ricerca di un punto di riferimento sistematico, come ci diceva di un *a priori* per l'analisi giuridica.

Ciò non esclude, naturalmente, che la nozione di attività possa rilevare anche in termini di *fattispecie*, che siano necessari cioè dati empirici per la sua riconoscibilità in concreto. Ma in tal caso da un lato ci si muove in una dimensione diversa, non più quella della costruzione sistematica di una disciplina, ma dell'applicabilità in concreto di singole norme; dall'altro diviene comunque necessario andare oltre una considerazione dei soli dati empirici, nel senso che il loro significato come «attività» non da essi soltanto può risultare, ma necessariamente richiede una *valutazione* in tal senso dell'ordinamento.

Ed è in questo senso che certamente il discorso è e rimane di diritto positivo, non solo astrattamente teorico. Poiché la plausibilità di

una costruzione sistematica fondata sull'*a priori* dell'«attività», e non più come nella tradizione privatistica del «soggetto», presuppone l'accertamento che in effetti tale valutazione sia stata compiuta e che sulla base di essa sia praticabile l'analisi interpretativa, che sia in definitiva riconoscibile nel concreto tessuto normativo.

Si spiega in tal modo anche la portata che Ferro-Luzzi assegnava alla Sua proposta e alla distinzione fra sistema «a soggetto» e sistema «ad attività». Che non significa necessariamente un'alternativa *aut-aut*, ma ben ammette, e concretamente riconosce, che nello stesso ordinamento giuridico coesistano, distinguendosi per le aree problematiche interessate (e per le loro valutazioni ad opera dell'ordinamento e dell'interprete), l'uno e l'altro. La Sua contestazione era fondamentalmente rivolta alla critica della tradizionale pretesa di intendere l'intero diritto privato sulla base del primo; tendeva cioè ad affermare la necessità di un *pluralismo* sistematico e così di un pluralismo dei valori presenti nel diritto.

Perciò spesso riconosceva l'importanza dell'insegnamento di *Riccardo Orestano*: specie quando ha mostrato che una costruzione sistematica esclusivamente basata sul «soggetto» è in grado non soltanto di introdurre gravi aporie, ma anche, in ultima analisi, di ridurre il ruolo del vero soggetto, l'uomo nella sua individualità e libertà, proprio nelle aree in cui più si avverte l'esigenza di una sua tutela.

Per esprimerci concretamente. La circostanza, per esempio, che l'impresa debba essere intesa nella prospettiva dell'attività e che, di conseguenza, coloro che vi partecipano siano considerati essenzialmente per il ruolo a tal fine svolto, certamente non esclude, e non può escludere, che di essi rilevi *ad altri fini* la personalità individuale, non quindi la specifica funzione; il che con evidenza avviene, per limitarsi al profilo più appariscente, quando diventa necessario distinguere con riferimento al lavoratore fra la sua posizione sul piano delle mansioni assegnategli e quella concernente la tutela dei suoi diritti; ma avviene anche quando si distingue fra la posizione del socio *nella* società, che non può essere compresa se non sul piano dell'assetto di *poteri* che la caratterizza, e quella *nei confronti* della società, allora, come spesso si dice «come terzo», pienamente comprensibile alla luce dello schema del diritto soggettivo.

Perciò spesso invitava a prendere sul serio l'indicazione di *Giuseppe Ferri* ad intendere la società come «forma di esercizio collettivo

dell'impresa»: a muovere cioè dall'impresa per la sua comprensione, nella prospettiva quindi dell'attività, non invece come modo per regolare i rapporti (aggiungerei di tipo interindividuale) fra soggetti: senza naturalmente escludere che vi possano essere problemi, ma allora non propriamente societari, che richiedono di essere considerati in questa seconda prospettiva.

Si tratta in definitiva, potrebbe dirsi, di un approccio ispirato al principio di relatività delle soluzioni giuridiche: che riguarda non soltanto le situazioni giuridiche soggettive, ma più ampiamente le valutazioni dell'ordinamento, pur esse da distinguere a seconda degli obiettivi politici perseguiti.

Divengono così comprensibili, per un profilo in certo modo esteriore, le battute scherzose con cui a volte criticava i tentativi di intendere il diritto commerciale (per Lui soprattutto il mondo giuridico dell'impresa) in termini «civilistici». Non certo perché non comprendesse e apprezzasse la dottrina del diritto civile; ma proprio in quanto ne era un profondo conoscitore ed era così in grado di valutarne le ragioni storiche; era allora in grado di percepire che esse avevano indotto a elaborare (quelli che io chiamerei) paradigmi adeguati al contesto per cui erano stati pensati, ma non utilizzabili senza forzature per contesti diversi: come soprattutto quello dell'impresa, specie dopo il venire alla ribalta di quella industriale.

Ed è in certo modo naturale che, in questa insoddisfazione per i paradigmi ricevuti dalla tradizione del diritto privato e nella ricerca di nuovi, l'interesse di Ferro-Luzzi si sia poi volto a settori ove con particolare evidenza si potevano mostrare le ragioni di tale insoddisfazione, ove quindi chiara apparisse la necessità di elaborarne di nuovi.

Così con riferimento ai temi del bilancio: che per il loro significato, anche organizzativo, nella disciplina dell'impresa ben difficilmente si prestano a una comprensione mediante le tradizionali categorie giuridiche, ma che, non potendo essere abbandonati alla sola tecnica aziendalistica (a pena di perdere il loro significato giuridico, quindi pure politico), richiedono l'elaborazione di altre più adeguate.

E così soprattutto dedicandosi al mondo, in certo senso nuovo, dell'attività bancaria e finanziaria (un altro modo, non vi è bisogno di segnalarlo, di mostrare la sensibilità storica dello studioso, che ha sottolineato il passaggio dal commercio all'industria e poi quello da questa alla finanza).

Perciò pure qui Egli ha sperimentato la ricerca di nuovi paradigmi, per un verso trovando conferma delle sue prospettive generali e per un altro esplorandone la portata per temi diversi da quelli considerati alle origini del Suo percorso di studioso.

Da un lato infatti ha potuto constatare che con la disciplina dell'attività bancaria l'ordinamento evidenzia chiaramente, più di quanto avvenga in altri settori, il significato della società come forma organizzativa dell'impresa, non soltanto del gruppo dei soci. Come risulta dal dato normativo elementare per cui viene prescritta l'adozione del tipo di società azionaria: che evidentemente non si spiega per esigenze dei soci e per la loro tutela, ma perché in tal modo vengono specificamente caratterizzati gli assetti imprenditoriali e così meglio tutelati gli interessi peculiari che sull'impresa bancaria appunto (non sulla società soltanto) si puntualizzano. E come può risultare dalla prescrizione di soluzioni organizzative che di nuovo soprattutto in una considerazione dell'impresa si spiegano: si pensi soltanto all'esigenza di appositi uffici (societari e nel contempo imprenditoriali) per il «controllo dei rischi».

Ed ancora è significativo che nella ricerca di una definizione dell'attività bancaria abbia ritenuto non potersi volgere ad una considerazione delle forme tecnico-giuridiche degli atti con cui si realizza, ma necessario volgersi alla sua dimensione economica. Il che, riterrei, non può certo essere inteso come l'adozione di una soluzione soltanto economicistica, che significherebbe l'abbandono dell'esigenza per la scienza giuridica di proprie concettualizzazioni, ma di nuovo la ricerca di nuove, non adagiandosi in definitiva su quelle tradizionalmente ricevute.

Del resto, aggiungerei, è la storia stessa che ci insegna come le categorie del pensiero giuridico non rappresentino un numero chiuso e immutabile nel tempo. Sicché, per riprendere il più facile esempio, e proprio quello esplorato da Ferro-Luzzi, come la categoria del «diritto soggettivo» è emersa in un preciso momento storico, ed evidentemente a seguito di nuove esigenze politico-ideologiche, così è ben possibile che in seguito se ne debbano elaborare altre e differenti: in tal modo, in definitiva, riconoscendo (e in realtà assegnando) un senso propriamente giuridico alla mutata realtà sociale e ordinamentale; allo stesso modo, a ben guardare, di quanto è avvenuto con il «diritto soggettivo».

È allora per un progetto generale di ricerca, non soltanto per l'esigenza di interpretare singole formulazioni normative, che lo studioso ha spesso sottolineato la modernità e il riferimento alla realtà economica della disciplina codicistica dei contratti bancari: come quando discorre di «disponibilità» in materia del conto corrente e di «anticipazione» per lo sconto. Ciò segnalava, nella Sua visione, l'esigenza di nuovi schemi concettuali idonei per così dire a riconciliare le categorie giuridiche (quelle che il giurista elabora per svolgere la propria funzione) e la realtà economica: la quale in questi casi non può essere compresa alla luce rispettivamente della classica bipartizione diritti reali-diritti di credito e della circolazione delle situazioni giuridiche soggettive.

Pure conseguente a tale approccio generale, e di nuovo non esclusivamente alle caratteristiche dei temi affrontati, è l'attenzione dedicata da Ferro-Luzzi alle questioni tradizionalmente delicate e sfuggenti del danaro e della moneta. Per le quali coerentemente ci invita ad approfondire la distanza rispetto al diritto delle «cose», e allora l'inadeguatezza di schemi come quelli della «proprietà» e del «possesso», e il ruolo centrale della prospettiva del «potere», anche specificato per il significato dinamico che consegue alla rilevanza della sua dimensione temporale e spaziale.

Come si vede, le righe che precedono non rappresentano soltanto una sintesi approssimativa e sommaria, per di più del tutto soggettiva, degli insegnamenti ricevuti da Paolo Ferro-Luzzi, ma si basano anche, forse soprattutto, sul ricordo di tante conversazioni avute nel corso di una diuturna frequentazione. Loro obiettivo è sia testimoniare un affetto e una riconoscenza che non potranno svanire sia fornire un contributo di cui potranno avvalersi, se vorranno, coloro che si dovranno confrontare con il Suo pensiero.

Perciò vorrei concludere con un altro ricordo, quello di uno scambio scherzoso di battute che spesso è fra noi avvenuto. Quando Paolo mi segnalava che in alcuni miei scritti avrei dovuto citarlo e io gli rispondevo che le pubblicazioni dei fisici sulla legge di gravità non vengono più corredate di precise citazioni di Newton. Perché è sorte comune di chi ha elaborato quelli che io chiamo nuovi paradigmi da un lato di essere oggetto di possibili diverse interpretazioni, dall'altro, quando vengono diffusi e comunemente recepiti, di divenire per tanti aspetti impliciti nelle successive discussioni: la sorte

che credo sia appunto, testimoniandone l'importanza, dell'insegnamento di Paolo Ferro-Luzzi.

Bibliografia essenziale

La notorietà e diffusione degli scritti di Paolo Ferro-Luzzi rende superflua una loro diffusa indicazione e può essere sufficiente limitarsi a ricordare quelli ove più direttamente vengono affrontate le prospettive generali qui evocate: naturalmente, in primo luogo, le due monografie *I contratti associativi*, Milano, Giuffrè, 1971; e *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, Giuffrè, 1976; ma anche le *Lezioni di diritto bancario*, I-I, Torino, Giappichelli Editore, 2006-2012. Debbono poi ricordarsi, fra i tanti interventi che hanno decisamente contribuito al dibattito, i saggi: *Vecchi e nuovi orientamenti in tema di limiti all'emissione di obbligazioni*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1963 I, 217 e ss.; *Le azioni di risparmio*, in *La riforma-stralcio della società per azioni e la piccola riforma della borsa valori*, Atti del Seminario - Milano 11-13 novembre 1974, *Vita e pensiero*, Pubblicazioni dell'Università Cattolica, Milano, 1975, 192 e ss.; *Lo sconto bancario*, in *Le operazioni bancarie*, II, a cura di Giuseppe B. Portale, Giuffrè, 1978, 749 e ss.; *I versamenti in conto capitale*, in *Giur. comm.*, 1981, II, 895 e ss.; *L'impresa*, in *Quaderni Romani di Diritto Commerciale*, a cura di Berardino Libonati e Paolo Ferro-Luzzi, I, Milano, Giuffrè, 1985 9 e ss.; *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1065 e ss.; *La disciplina del gruppo creditizio*, in *Rivista delle società*, 1992, 786 e ss.; *Dell'anatocismo; del conto corrente bancario e di tante cose poco commendevoli*, in *Rivista di diritto privato*, 2000, 201 e ss.; *Il tempo nel diritto degli affari*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 2000, I, 407 e ss.; *Riflessioni sulla riforma I: la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 2005, I, 673 e ss.; *La «diversa assegnazione delle azioni» (art. 2346, comma 4°, c.c.)*, in *Il nuovo diritto delle società*, I, Torino, Utet, 2006, 583 e ss.; *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori; profili di sistema*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 2006, I, 661 e ss.; *L'impresa*, nel volume, *Giuseppe Ferri e il Legislatore*, atti del Convegno commemorativo della nascita di Giuseppe Ferri, Roma 23 ottobre 2008, a cura di Berardino Libonati, Jovene Editore, Napoli 2009, 9 e ss.; *Attività e «prodotti» finanziari*, nel volume, *L'attuazione della Mifid in Italia*, a cura di Roberta D'Apice - Assogestioni, Il Mulino, Bologna, 2010, 17 e ss.; *La società tra l'oggetto ed il soggetto (nota a Cassazione Civile, 4 ottobre 2010, n. 20597)*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 2011, II, 307 e ss.; *Un problema di metodo: la «natura giuridica» dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)*, in *Rivista delle Società*, 2012, 751 e ss.

Unità del diritto e ‘missione della scienza’. Prolusioni nella Facoltà giuridica romana in età liberale*

Giovanni Cazzetta

SOMMARIO: 1. La Facoltà giuridica romana nello specchio delle sue ‘prolusioni’. – 2. «Una non interrotta unità». – 3. Intervento dello Stato e «unità del diritto». – 4. «Evoluzione giuridica» e «evoluzione organica dello Stato». – 5. «Un giusto mezzo fra opposte intemperanze»: Vittorio Polacco (*La scuola di diritto civile nell’ora presente*, 1918); Giorgio Del Vecchio (*Sui principi generali del diritto*, 1920). – 6. Unità della scienza e della formazione giuridica.

1. *La Facoltà giuridica romana nello specchio delle sue prolusioni*

Il volume curato da Mario Caravale e Laura Sigismondi segue l’itinerario della Facoltà giuridica romana attraverso trentadue prolusioni e prelezioni disseminate nell’arco di cinquant’anni, dal 20 novembre 1870, data dell’*Orazione inaugurale* di Emidio Pacifici-Mazzoni, al 5 marzo 1921, data in cui è letta l’ultima prolusione proposta, quella di Francesco Brandileone (*Il diritto romano nella storia del diritto italiano*)¹. L’unitario filo conduttore del volume è offerto dal succedersi dei ‘discorsi’ in occasione delle chiamate, degli arrivi e dei ritorni, dei passaggi ad altro insegnamento. L’obiettivo (lo chiarisce bene Mario Caravale nell’*Introduzione*) è di utilizzare le prolusioni e le prelezioni come fonte privilegiata per seguire la storia della Facoltà giuridica romana e per cogliere in controluce le complessive trasformazioni della cultura giuridica italiana in età liberale. Un obiettivo questo – giova dirlo subito – che la raccolta raggiunge pienamente.

Le prolusioni e le prelezioni hanno ricevuto negli ultimi anni specifica attenzione come ‘genere letterario’. L’oralità destinata a di-

* Intervento tenuto il 15 maggio 2014 nella Sala delle Lauree della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università “Sapienza” di Roma in occasione della presentazione del volume *La Facoltà giuridica romana in età liberale. Prolusioni e discorsi inaugurali*, a cura di Mario Caravale e Francesca Laura Sigismondi, Napoli, Jovene, 2014.

¹ I testi non sono, però, proposti in ordine cronologico ma raggruppati in sei aree (precedute da pagine di presentazione): “Prolusioni di Diritto internazionale”; “Prolusioni di Diritto costituzionale”; “Prolusioni di Diritto civile e commerciale”; “Prolusioni di Diritto romano e di Storia del diritto”; “Prolusioni di Diritto e procedura penale”; “Prolusioni di Filosofia del diritto” (rispettivamente precedute da saggi di Carlo BERSANI, Mario CARAVALE, Giordano FERRI, Antonia FIORI, Francesca Laura SIGISMONDI, Mauro VANGA).

ventare poi pagina scritta, la particolarità dell'uditorio, lo stile, la retorica imposta dall'occasione e il carattere programmatico che normalmente caratterizza la solennità del discorso fanno sì che le prolusioni costituiscano una fonte preziosa per indagare la cultura e la mentalità dei giuristi, per interrogare il rapporto tra oralità e scrittura², per seguire trasformazioni metodologiche e percorsi disciplinari³, per scorgere nessi fra discorso giuridico e costruzioni identitarie⁴.

I diversi aspetti emergono appieno nei 'discorsi' proposti nel volume. Il docente si rivolge, infatti, ai suoi studenti e alla Facoltà che lo accoglie – o in cui fa «rientro» dopo lungo «pellegrinaggio scientifico»⁵ – ma fa sempre riferimento un uditorio idealmente più vasto: parla «ai Maestri» e «ai Giovani», raccorda passato e futuro, offre programmi e metodi indirizzati, oltre l'aula e l'Ateneo, a un'intera disciplina giuridica e spesso, più ambiziosamente, alla «Scienza», alla «Nazione», alla «Umanità»⁶.

² Si veda in tal senso la raffinata analisi proposta da Carlos PETIT, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal. Lección inaugural - Curso académico 2000-2001*, Universidad de Huelva, 2000.

³ Cfr. Paolo GROSSI, *Le 'prolusioni' dei civilisti e la loro valenza progettuale nella storia della cultura giuridica italiana*, Introduzione a *Le prolusioni dei civilisti*, vol. I (1873-1899); vol. II (1900-1935); vol. III (1940-1979), Napoli, ESI, 2012, vol. I, XVII-XLI. Il testo di può essere anche letto in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XLI (2012), 399 e ss.

⁴ Cfr. *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di Giovanni Cazzetta, Bologna, il Mulino, 2013.

⁵ Cfr., in particolare, Pietro BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto. Prolusione al corso di Storia del diritto romano tenuta all'Università di Roma il 20 gennaio 1917*. Nel discorso di Bonfante il tema del «rientro» nell'Università romana offre dapprima lo spunto per rendere omaggio ai maestri e ringraziare del voto unanime della chiamata, poi per ricordare, con «acuto rimpianto», i colleghi di Milano e Pavia, e infine per approdare – forte del «pellegrinaggio scientifico di lunghi anni che mi valse di imparare i molteplici aspetti di quest'anima italiana meravigliosa ed unica» – alla «storia del diritto romano» come «storia della formazione del popolo italiano», come «storia della genesi stessa del concetto di nazione e di stato-nazione» (p. 513-514) [in assenza di altre indicazioni il numero delle pagine fa riferimento ai testi così come raccolti nel volume *La Facoltà giuridica romana in età liberale*].

⁶ Esemplare da quest'ultimo punto di vista l'*Orazione inaugurale (Letta il 20 novembre nell'Aula Massima della R. Università di Roma)* di Emidio Pacifici-Mazzoni; un discorso in cui la celebrazione dell'Ateneo romano e dello spirito della nazione – della «missione riservata all'Italia in ordine alle due supreme potenze che sono la libertà e la scienza nell'opera progressiva e civilizzatrice dell'Umanità» – culmina nell'appello finale

Le prolusioni tracciano ‘da Roma’ il bilancio scientifico di una vita, rinviando spesso a ‘discorsi’ e ‘manifesti’ del passato. Le parole del presente inverano quelle del passato, il progetto di oggi traccia continuità e discontinuità con i progetti di ieri. Nel 1872 è Pasquale Stanislao Mancini («per la prima volta nella città che riassume tutte le glorie del popolo italiano e le più eccelse grandezze dell’umanità») a rievocare la sua prolusione torinese di vent’anni prima, quel «programma alla eletta gioventù» volto a porre il «*Principio di Nazionalità*» come «come vero fondamento della scienza medesima del diritto internazionale», come strumento idoneo ad offrire «una missione non indegna d’Italiano insegnante ad italiana gioventù». Ora, da Roma capitale – celebrando quel principio «qualificato utopia» e invece divenuto ideale capace di «conquistare gli spiriti e riformare il mondo» – Mancini può fondere il suo personale bilancio scientifico e il destino della nazione: «*Signori*, quali grandi e mirabili fatti si vennero compiendo negli ultimi venti anni, qual pieno e luminoso trionfo dell’idea da noi preconizzata, qual visibile ed oramai conseguito progresso della riforma da noi invocata nella scienza del Diritto delle Genti; qual disinganno per i suoi avversari; qual conforto pe’ suoi propugnatori! Dovunque lo spirito nazionale ha operato prodigi»⁷.

Ed è a una sua prolusione-manifesto di quarant’anni prima, al progetto della ‘Scuola criminale positiva’ lanciato a Bologna nel 1881, che fa riferimento Enrico Ferri nel celebrare nel 1919 «il metodo positivo come gloria nostra italiana», nel difendere i quarant’anni di attività della ‘Scuola’, «un ciclo di esistenza scientifica», nel contestare ancora dalla cattedra romana il diffondersi della «aberrazione metodica» proposta da Vincenzo Manzini e Arturo Rocco⁸.

alla «eletta gioventù» all’impegno nella vita, negli studi, nella scienza, per realizzare la «missione dell’Italia nel mondo»: «Tu devi compiere la rivoluzione morale che deve fare gl’Italiani, come i padri tuoi colla rivoluzione politica han fatto l’Italia. La tua gloria sarà meno rumorosa ma l’opera tua non sarà meno meritoria, e sarai noverata fra i maggiori fattori dell’incivilimento mondiale. [...] sii studente». *Ivi*, 333, 344-345.

⁷ Pasquale Stanislao MANCINI, *La vita dei popoli nell’umanità. Prelezione al corso di Diritto internazionale Pubblico, Privato e Marittimo, pronunciata nella Università di Roma nel dì 23 gennaio 1872*, 23-24. La prolusione ‘di vent’anni prima’ è, ovviamente, *Della nazionalità come fondamento del dritto delle genti. Prelezione al corso di dritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino nel dì 22 gennaio 1851*, Torino, Botta, 1851.

⁸ Enrico FERRI, *La riforma della giustizia penale in Italia. Prolusione al corso di Diritto e Procedura penale detta nell’aula magna della R. Università di Roma il 9 dicembre*

Prolusioni e prelezioni consentono non solo di scorgere, nella Facoltà e oltre la Facoltà, il mutare degli approcci scientifici dei docenti, l'affermarsi di specialismi disciplinari e le dispute metodologiche⁹, ma anche di seguire attraverso il filtro dei 'progetti' i diversi momenti dell'età liberale: il primo consolidamento dello Stato unitario, il 'farsi Stato' della nazione, l'impatto delle questioni sociali e poi della grande guerra.

Gli stessi mutamenti nella retorica del discorso offrono una spia utile a individuare i cambiamenti in atto. È sufficiente confrontare la diversa enfasi posta sulla «missione della scienza» e sull'impegno dei giovani «negli studi e nella vita» nelle prolusioni degli anni Settanta e in quelle dei primi anni del Novecento per averne contezza. Le certezze presenti nelle parole di Emidio Pacifici-Mazzoni, la sua fiducia nel nuovo Stato unitario e nella sua legge, sicura guarentigia di libertà¹⁰, sono assenti nel tormentato appello ai giovani che chiude la prolusione di Luigi Luzzatti del 1912, in un momento in cui la «indipendenza morale» dei singoli appare «insidiata dalle stesse leggi» e dall'accrescersi dell'azione dello Stato. Dopo «il tributo di affetto, di idee, di denaro, di sangue all'Italia, che è la nostra fede e la nostra gioia suprema», «dopo aver cooperato agli alti doveri della solidarietà dei forti cogli umili, dei sapienti cogli ignoranti, al partito, [...] alle unioni, alle società, ai sindacati», si avverte ora – così conclude il suo discorso Luzzatti – «il bisogno del raccoglimento e della solitu-

1919 (673, 677). La prolusione bolognese è *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale* (prolusione del 6 dicembre 1881 al corso libero di diritto penale nell'Università di Bologna), Bologna, Zanichelli, 1881. Com'è noto, anche «la corrente 'dommatica'» contestata da Ferri aveva avuto prolusioni-manifesto: Vincenzo MANZINI, *La crisi presente del Diritto penale. Discorso inaugurale pronunciato per l'apertura dell'anno accademico 1899-900 nell'Università di Ferrara*, Ferrara, Tip. Taddei, 1900; Arturo ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* [prolusione al corso di Diritto e Procedura penale tenuta nell'Università di Sassari il 15 gennaio 1910], in «Rivista di diritto e procedura penale», I, 1910, parte prima, 497-521, 560-582.

⁹ Sono significativi, ad esempio, i mutamenti di metodo nel diritto penale – ben illustrati nel saggio di Francesca Laura Sigismondi (*La scienza penalistica alla «Sapienza» di Roma in età liberale*, 561 e ss.) – da Pietro Nocito a Michele Angelo Vaccaro e poi a Giovan Battista Impallomeni e a Enrico Ferri, e quelli nel diritto internazionale – seguiti da Carlo Bersani (*Il diritto internazionale nella Facoltà romana di Giurisprudenza in età liberale attraverso il genere del «discorso»*, 1 e ss.) – da Pasquale Stanislao Mancini ad Augusto Pierantoni e poi a Dionisio Anzilotti.

¹⁰ Si veda sopra alla nota 6.

dine», la necessità di tutelare «la sovrana indipendenza dello spirito». È un mondo che si allontana e una nuova realtà tutta da comprendere. Ai «giovani egregi» si chiede ora di «assaporare il pregio di questa specie di *umano sdoppiamento*», di muovere da questa ‘incertezza’ per affrontare lo studio del diritto¹¹.

2. «Una non interrotta unità»

I saggi introduttivi alle diverse ‘sezioni disciplinari’ del volume offrono fili conduttori attraverso cui seguire il succedersi delle prolusioni; la raccolta dei testi ha comunque il vantaggio di invitare il lettore a costruire anche suoi itinerari trasversali.

Il ‘farsi Stato della nazione’, l’affermarsi dello specialismo, del metodo sistematico e dogmatico, è tracciato lucidamente da Mario Caravale con riferimento al diritto costituzionale, in un percorso che va dalla prolusione di Carlo Boncompagni (1873) a quelle di Vittorio Emanuele Orlando (1901 e 1910) e di Luigi Luzzatti (1912), passando per i discorsi di Luigi Palma (1882) e Pietro Chimienti (1900): dalla libertà come *prius* rispetto all’ordine statale si passa progressivamente alla centralità della sovranità dello Stato; la dialettica tra libertà e autorità non si interrompe ma è, per così dire, stemperata e assorbita dal «fascino dell’idea di Stato» di cui parla Orlando in apertura della sua prolusione del 1910, *Lo Stato e la realtà*¹².

Un approdo stato-centrico emerge anche dal percorso delle prolusioni internazionalistiche. Ben inserita nella polemica sulla formazione del Regno d’Italia in occasione del cinquantenario dell’Unità, la tesi sostenuta nella prolusione di Dionisio Anzilotti¹³, così come quella proposta da Santi Romano, si poneva come giuridicamente pura, immune da contaminazione politiche e da riferimenti a «mani-

¹¹ Luigi LUZZATTI, *Le guarentigie costituzionali della libertà individuale e i nuovi doveri della legislazione sociale. Prolusione al corso di Diritto costituzionale nella R. Università di Roma per l’a.a. 1912-13*, 285 e ss.; citazioni da 291-292.

¹² Si cfr. Mario CARVALE, *La dialettica libertà-autorità nei costituzionalisti romani di età liberale*, 147 e ss. Sul tema si veda anche ID., «Come si assicurano i diritti degli individui e delle nazioni? Colla libertà costituzionale». *I primi corsi di diritto costituzionale a Roma dopo l’Unità*, in *Retoriche dei giuristi e costruzione dell’identità nazionale*, cit., 203 e ss.

¹³ Dionisio ANZILOTTI, *La formazione del Regno d’Italia nei riguardi del diritto internazionale. Prolusione tenuta nell’Università di Roma il 4 dicembre 1911*, 107 e ss.

festazioni di volontà del popolo italiano» estranee alla «volontà dello Stato». Pur proponendo, infatti, argomentazioni diverse – Anzilotti riteneva che ‘la fondazione’ fosse il risultato di una fusione di Stati, Romano pensava si trattasse invece di un’annessione unitaria, di una trasformazione, nel segno della continuità, del Regno di Sardegna nel Regno d’Italia¹⁴ –, entrambi erano concordi nel condannare la possibilità di rintracciare nei plebisciti «addirittura» la legittimazione dello Stato italiano e l’affermarsi di una nuova costituzione, concordi nell’assumere come elemento determinante il dato formale della volontà statale.

Appaiono oramai lontane le posizioni di chi aveva preteso di fondere assieme organicismo e contrattualismo, per valorizzare nei plebisciti «l’azione volontaria e cosciente» della nazione o per proporre la ‘legge di fondazione’ come affermazione solenne del diritto nazionale ‘voluta dagli italiani’¹⁵. Appaiono lontane, ma allo stesso tempo anche vicine, le prolusioni di Pasquale Stanislao Mancini, quei ‘manifesti’ sul principio di nazionalità con cui si mirava ad affermare la priorità della nazione rispetto allo Stato ma in cui si prospettava anche, nella celebrazione della «identità», il pieno assorbimento della nazione nello Stato. Per Mancini il «Principio di nazionalità» si oppone e tempera l’onnipotenza dello Stato, fissando un ‘ordine di prevalenza’, una gerarchia in cui lo Stato è sottomesso alla Nazione, e la Nazione all’Umanità intera; nello stesso tempo, però, egli esalta lo Stato nazionale come forma immutabile, eterna, naturale, come necessario destino dei popoli¹⁶. Il nesso tra i due profili

¹⁴ Sulla disputa si cfr. F. COLAO, *Due momenti della storia costituzionale italiana nella cultura giuridica tra Ottocento e Novecento: la «formazione del Regno d’Italia» e la «trasformazione dello Stato» dall’età liberale al fascismo*, in *Costruire lo Stato, costruire la storia. Politica e moderno fra ’800 e ’900* (a cura di A. De Benedictis), Bologna, CLUEB, 2003, 202 e ss.; EAD., *L’idea di “nazione” nei giuristi italiani tra Ottocento e Novecento*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 30 (2001), 268 e ss.

¹⁵ Nel momento della realizzazione dell’Unità, i plebisciti offrirono – questa la tesi sostenuta da Attilio BRUNIALTI (*La costituzione italiana e i plebisciti*, in «Nuova Antologia», XXXVII, 5 gennaio 1883, 343) – «il cemento volontario» che mutò la costituzione italiana, trasformando lo Statuto albertino da carta ottriata in «patto bilaterale [...] stretto tra il principe e il popolo», «tra la dinastia e l’Italia libera di sé medesima». Per la critica alle posizioni di Brunialti, cfr. ANZILOTTI, *La formazione del Regno d’Italia*, cit., 127, in nota.

¹⁶ Cfr. MANCINI, *La vita dei popoli nell’umanità*, cit., in particolare 38-39.

appare presto chiaro. Emerge con forza, ad esempio, nel momento in cui come Ministro degli esteri chiamato a difendere la politica coloniale dell'Italia, Mancini presenta la politica nazionale di «potenza dello Stato» come risorgimento offerto a tutte le creature umane e rivendica l'assenza di contrasti tra politica di «espansione» nel Mar Rosso e gli ideali risorgimentali professati dall'«antico professore di diritto»¹⁷. Il percorso stato-centrico, al di là della retorica dei discorsi, appare indubbio: la «*vocazione naturale della nazione italiana*» è ora tutta racchiusa nella necessità dello Stato-nazione di affermarsi come «grande potenza moderna» e di «darsi una storia»¹⁸.

L'ambiguità è ben presente nelle prolusioni romane che, pur insistendo sulla «coscienza nazionale» come limite alla «onnipotenza del legislatore», finivano comunque per legittimare un diritto statale immobile. Nelle prolusioni dei romanisti il tema assume toni lirici nella celebrazione della «non interrotta unità» tra il diritto romano e il diritto codificato.

Filippo Serafini, nella nota prolusione del 1871 sul metodo degli studi giuridici¹⁹, insiste – con Savigny – sull'impossibilità di con-

¹⁷ Giova rilevare il mutamento della retorica del discorso in relazione all'uditorio. Negli interventi parlamentari, Mancini rivendica la complessiva coerenza del suo percorso politico e scientifico: «Come uomo di scienza [...] non feci che preconizzare l'avvenire d'Italia, come quello di una grande potenza marittima, commerciale e di espansione coloniale»; «Ma odo alcuni dei miei colleghi, i quali quasi vorrebbero accusarmi di contraddizione: essi invocano e rammentano le teorie dell'antico professore di diritto internazionale, quasi egli avesse rinnegato nella pratica i principi della nazionalità e dell'indipendenza dei popoli, come inconciliabili con quella specie di colonizzazione di cui io parlo. No, egregi colleghi, questa contraddizione non esiste, se non nella mente di coloro che non abbiano una grande, una profonda familiarità colle schiette dottrine, con i veri principii della scienza regolatrice delle relazioni dei popoli». Elimina però i contrasti presentando la politica come «scienza ed arte» («come scienza deve avere i suoi principi certi ed immutabili, i suoi alti ideali [...]. Ma come arte, essa invece apprezza l'immensa e mutevole varietà dei fatti, dei tempi, degli ostacoli, delle opportunità [...] senza perdere mai di vista la suprema mèta del successo e l'utilità pratica»), condannando la colonizzazione di «*conquista*» e proponendo una «colonizzazione moderna» indirizzata a garantire inciviltà ad offrire una visione «non egoistica» del principio di nazionalità, esportando generosamente 'a tutti' civiltà e progresso. Così nella Seduta del 27 gennaio 1885 e in quella 30 giugno 1887 (P.S. MANCINI, *Discorsi parlamentari*, Roma, Botta, 1896, vol. VIII, citazioni dalle 174, 187, 444-445).

¹⁸ MANCINI, Discorso del 30 giugno 1887, in *Discorsi parlamentari*, cit., 446 e 448.

¹⁹ FILIPPO SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare. Prolusione al corso di Diritto romano nella R. Università di Roma [tenuta] il dì 25 Novembre 1871*, 417 e ss.

siderare il diritto come «una creazione improvvisa ed arbitraria sorta in un dato tempo dalla mente del legislatore», come espressione della «onnipotenza del legislatore» capace di bloccarlo in un assetto perenne e immobile. Il diritto è «emanazione della coscienza nazionale» e si trasforma con lo «spirito della nazione», in collegamento «con i bisogni sempre mutabili del vivere civile»: «la vera fonte del diritto non è il capriccio del legislatore, ma la necessità di provvedere ai bisogni della convivenza civile». Il diritto in «continuo movimento» (che non può essere immobilizzato in un codice: «Liberatevi adunque, o giovani, dal pregiudizio volgare, che tutto il diritto stia nei codici») pare però dissolversi quando si indica «il nesso che unisce e collega l'antico diritto di Roma col nuovo diritto d'Italia» e la «non interrotta unità» tra il diritto romano e il diritto del presente: «i moderni compilatori null'altro fecero che riassumere [...] le regole attinte dalla sapienza romana»²⁰.

Il tema è presentato con toni più misurati e tecnici nella prolusione di Vittorio Scialoja²¹, è urlato invece con non controllato slancio nella prolusione di Pietro Bonfante²², e si riaffaccia infine in modo più complesso nella prolusione di Francesco Brandileone con riferimento allo «spirito italiano» come momento unificante di un diritto nazionale da sottrarre finalmente alle dispute tra romanesimo e germanesimo²³.

3. *Intervento dello Stato e «unità del diritto»*

La retorica del 'farsi Stato' della nazione, della 'coscienza giuridica nazionale', del nesso tra diritto della nazione e diritto del legi-

²⁰ *Ivi*, 474, 476-477, 479, 481.

²¹ Vittorio SCIALOJA, *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici. Prolusione al corso di Pandette nella Regia Università di Roma, letta il 12 gennaio 1885*, 499-450.

²² Bonfante insiste nel proporre la storia del diritto romano come la storia della formazione del popolo italiano, della genesi del concetto di nazione, dell'affermarsi dell'«unità spirituale» dell'Italia-nazione; e nel proporre come «missione» del giurista nazionale 'la scoperta' del concetto organico del diritto, della «impronta sacra della nazione italiana», ereditata da Roma: «Noi dipendiamo ancora da Roma». BONFANTE, *Il metodo naturalistico*, cit., 514, 527-528.

²³ *Il diritto romano nella storia del diritto italiano. Prolusione al corso di Storia del diritto italiano letta il 5 marzo 1921 nella R. Università di Roma* (p. 531 e ss.). Sul punto si veda Antonia FIORI, *Le prolusioni storico-giuridiche e romanistiche della Facoltà di Giurisprudenza (1871-1922)*, 441 e ss., 449-451.

slatore, costituisce un filo conduttore di lungo periodo delle prolusioni romane: la continuità – continuità tra il diritto di Roma e il diritto codificato, tra la «coscienza nazionale» e il diritto «dichiarato» del legislatore – offre certezze e propone un'immagine unitaria del diritto, oltre che un motivo retorico enormemente spendibile di fronte all'uditorio.

Il tema si arricchisce di una serie significativa di varianti nel momento in cui ci si confronta con la 'scoperta' del sociale, con le richieste di interventi sociali dello Stato e con l'esigenza di definire nuovi metodi di studio per la scienza giuridica. L'unità del diritto nazionale non si presenta più come una certezza ma come una conquista, una meta da raggiungere.

La prolusione del venticinquenne Enrico Cimbali del 1881 mette in campo punti decisivi. Il lavoro di unificazione del diritto si realizza – afferma – «nella vita» e poi nella legislazione e nella codificazione: l'opera della dottrina e della giurisprudenza «veramente nazionale» non sta nel proporre vetuste certezze ma nel saldare la varietà molteplice delle parti nella «unità armonica del tutto». Per far ciò – per fare emergere «il grande quadro della vita quale si dispiega nella realtà delle cose» – il giurista-interprete deve andar oltre il dato formale e i richiami a una mummificata tradizione, oltre l'empirismo francese e i nebulosi sistemi tedeschi, per porsi come «ministro e strumento della vita e dell'azione della legge»²⁴. Il discorso poneva felicemente assieme sensibilità per i temi sociali, critica alla 'servile' esegesi e prospettiva di una ricostruzione sistematica ma non astratta degli istituti giuridici.

L'accrescersi delle richieste di leggi speciali-sociali per le nuove situazioni sociali accentua la ricerca di nuove forme di unità del diritto e la difesa dell'ordine esistente. La crisi delle certezze del Codice civile come diritto comune fa sì che il riferimento al sistema si ponga non solo come risposta unitaria del giuridico ai mutamenti sociali, come fissazione di un rapporto «organico» tra il diritto e la realtà, ma anche strumento di rivitalizzazione del Codice e di difesa di principi ritenuti indiscutibili. I due profili risultano spesso difficili da separare.

²⁴ Enrico CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni. Prolusione letta nella R. Università di Roma il 25 gennaio 1881*, 357 e ss., citazioni dalle 362-363, 368-369.

Cinque anni prima della prolusione di Cimbali, era stato Francesco Filomusi Guelfi a porre al centro del suo discorso l'unità del diritto. La scelta è dettata dalla stessa disciplina insegnata, l'*Enciclopedia del diritto*, «scienza universale» protesa a «raccolgere ad unità i vari campi della scienza del diritto», a «studiare il diritto sotto l'aspetto della sua unità», ad «ordinare ad unità tutto il molteplice»²⁵. Dieci anni dopo, nel 1886, il tema è ripresentato da Filomusi, passato alla cattedra di Diritto civile, considerando «le idee moderne» poste a circondare e a minacciare l'idea della «codificazione civile», del diritto civile come cemento unitario del giuridico. L'atteggiamento è ora difensivo: occorre ripensare l'unità del diritto, porre «limiti etici» all'intervento dello Stato, sottrarre principi comuni all'arbitrio del legislatore e alle stesse repentine trasformazioni della «vita moderna». Punti fermi nel movimento sono per Filomusi la difesa della libertà individuale, il rispetto dei diritti quesiti e il «concetto tradizionale di diritto privato» come «rocca ferma del diritto individuale». Su questi punti occorre «star fermi»: «è bene che nella legislazione di diritto privato vi sia un punto fermo che più resista ai cangiamenti, alla smania non sempre giustificata di continue mutazioni». L'affermazione non è rivolta soltanto contro i fautori del «così detto codice di diritto privato sociale» ma anche, e soprattutto, contro la proposta di «una fusione» tra il diritto civile e il diritto commerciale; un diritto quest'ultimo «più mobile», sottoposto com'è ogni giorno a repentine trasformazioni «che esigono la garentia nella formula positiva della legge»²⁶.

Tra Otto e Novecento due discorsi di Cesare Vivante, *I difetti sociali del Codice di commercio* (1898)²⁷ e *Le nuove influenze sociali nel diritto privato* (1902)²⁸, accettano senza riserve la sfida del muta-

²⁵ Francesco FILOMUSI GUELF, *Del concetto della Enciclopedia del diritto. Prolusione al corso di Enciclopedia del diritto letta nella R. Università di Roma il dì 5 gennaio 1876*, 745 e ss., in particolare 756-757. Ma si veda anche ID., *Del concetto di diritto naturale e del diritto positivo nella storia della filosofia del diritto. Prolusione al corso di Filosofia del diritto letta nella R. Università di Roma il dì 6 dicembre 1873*, 723 e ss.

²⁶ Francesco FILOMUSI GUELF, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono. Discorso letto nella R. Università di Roma il giorno 3 novembre 1886 in occasione della solenne inaugurazione degli studi*, 377 e ss., citazioni da 395, 397.

²⁷ *Prolusione* [letta per l'inaugurazione del corso di Diritto commerciale nella R. Università di Roma il 12 dicembre 1898] 399 e ss.

²⁸ *Discorso inaugurale letto nel giorno 8 novembre 1902*, 411 e ss.

mento²⁹. Il messaggio di Vivante è netto: occorre rifiutare l'arroccamento del diritto sopra inaccessibile roccia e, senza rinunciare al «tecnicismo», «semplificare il diritto», superare i difetti sociali dei codici, contaminare il diritto civile con la mobilità del diritto commerciale, «il pioniere del diritto privato»³⁰. Parole d'ordine di Vivante sono «unità» e «solidarietà»: solidarietà è l'idea che «vibra nei cuori», è accordo, affermazione di una comunanza d'interessi protesa a sconfiggere gli antagonismi, è «ascesa degli umili», riconoscimento giuridico delle differenze, riduzione dei privilegi e delle disuguaglianze, è unione tra coloro che vivono nella stessa età e fra le generazioni che si succedono³¹.

4. «Evoluzione giuridica» e «evoluzione organica dello Stato»

Quando non costituisce oggetto diretto della prolusione, il confronto fra unità del diritto e trasformazioni sociali rappresenta comunque lo sfondo dei 'discorsi'. La varietà delle voci traccia un quadro della vivacità della Facoltà romana, della sua composita unità alla ricerca fra Otto e Novecento di nessi tra «evoluzione giuridica» e intervento dello Stato, tra «legge comune» e «norme particolari», tra forme del giuridico e «unità della vita».

Le voci sono molto diverse tra loro. Con altisonante retorica

²⁹ «Vi sono degli spiriti timidi e tardi che figurandosi l'ultima fase del presente movimento sociale [...] se ne spaventano come di un salto nel buio. Non si accorgono che nessuna forza al mondo può impedire le trasformazioni sociali». VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*, 411.

³⁰ VIVANTE, *I difetti sociali del Codice di commercio*, 409-410: «se il diritto commerciale si limitasse a studiare i soli fenomeni della speculazione esso cesserebbe di essere il pioniere del diritto privato, perché sfuggirebbe alle influenze più nobili ed operose che vanno trasformando il presente ordinamento economico». Il riferimento alla 'semplificazione del diritto' e al valore del 'tecnicismo' caratterizza l'appello finale della prolusione rivolto come sempre 'ai giovani', agli studenti: «Semplificare il diritto, questo è il vero compito nostro; porre nelle vostre mani di avvocati e di giudici un sistema logico di principii, di regole, di eccezioni [...]. Se la scuola, se la scienza non avessero questo scopo, si potrebbero sopprimere i libri: il voluminoso repertorio delle leggi e delle sentenze sarebbero il libro dei libri. [...] Quando vi sarete creati collo studio un sistema di convinzioni giuridiche, troverete nella vostra scienza un valido presidio alla vostra morale professionale; sarete probi perché vi costerebbe troppo spezzare la vostra convinzione scientifica. Nel tecnicismo c'è una forza, pur troppo quasi vergine ancora, per rinvigorire il carattere morale del nostro paese».

³¹ VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*, 412-415, 422.

Pietro Nocito maltratta il tema prescelto, *Lo Stato e il proletariato*, con una lunga serie di luoghi comuni e un disordinato programma di «progressiva riforma delle istituzioni sociali». Sotto «l'organismo dell'umanità» – urla – si avverte il «rombo di un vulcano»; compito della scienza giuridica – ammonisce – è di «snebbiare le coscienze», contrastando i sogni dei socialisti e la lotta di classe, eliminando le discordie, affermando «un diritto umano»³². Non meno vago è il 'programma' per il rinnovamento scientifico del diritto penale, enunciato da Vaccaro nel sua prolusione del 1899 affidandosi a un grossolano ottimismo evolucionistico, al «dovere» di progredire e continuare le tradizioni³³.

Più complessa è nel 1900 la ricerca del «diritto nella totalità dei suoi rapporti» presente nella prelezione al corso di filosofia del diritto di Icilio Vanni. Fondendo con approccio eclettico – ma qui 'eclettico' sta semplicemente per confuso – sociologia, psicologia e filosofia, Vanni invita i giuristi a scoprire «nel molteplice l'uno», «l'unità interiore di vita» che caratterizza «l'evoluzione del diritto», a svelare nessi inscindibili tra diritti astratti dell'individuo-persona e «convivenza», «cooperazione» nei rapporti sociali³⁴.

Richiami alla società progressiva e alla solidarietà umana caratterizzano anche il discorso di Impallomeni: la ricerca di regole per la «evoluzione giuridica» diviene qui più chiara solo perché è fatta coincidere con «l'evoluzione organica dello Stato»³⁵. Siamo di fronte – lo rileva Laura Sigismondi, richiamando una pagina di Mario Sbriccoli – ad un impianto argomentativo che si muove oramai verso il formalismo e verso la tranquillizzante accettazione della 'neutralità' del diritto penale³⁶.

³² Pietro NOCITO, *Lo Stato e il proletariato. Discorso letto il 5 novembre 1894 in occasione della solenne inaugurazione degli studi*, 599 e ss., citazioni dalle 601, 614, 632 (ove si veda anche per 'l'appello ai giovani').

³³ Michele Angelo VACCARO, *Sul rinnovamento scientifico del diritto penale. Prelezione al corso di Diritto e Procedura penale letta il 26 novembre 1899 nella R. Università di Roma*, 633 e ss.

³⁴ Icilio VANNI, *Il diritto nella totalità dei suoi rapporti*, 767 e ss., citazioni da 774, 781-782.

³⁵ Giovan Battista IMPALLOMENI, *Funzione sociale del diritto punitivo. Prolusione all'insegnamento del Diritto e della Procedura penale nell'Università di Roma pronunciata nel dì 1° febbraio 1905*, 652 e ss., 669.

³⁶ Cfr. SIGISMONDI, *La scienza penalistica alla «Sapienza» di Roma in età liberale*, cit., 586-587.

5. «*Un giusto mezzo fra opposte intemperanze*»: Vittorio Polacco (*La scuola di diritto civile nell'ora presente*, 1918); Giorgio Del Vecchio (*Sui principii generali del diritto*, 1920)

In termini più consapevoli e tormentati il tema dell'unità del diritto torna, dopo la grande guerra, in due rilevanti prolusioni romane. La guerra ha fatto svanire certezze e aperto una nuova pagina anche nei 'discorsi' dei giuristi.

Quello che più colpisce nel discorso di Vittorio Polacco del 1918 è l'inquietudine di fronte a un mutamento che si presenta ormai come «marea che tutto incalza e travolge» e la fermezza nel ricercare ancora una «armonica unità» del diritto³⁷. La posizione dello studioso maturo appare più complessa rispetto ai programmi enunciati nelle prelezioni di trent'anni prima, quando invitava a collocare «sopra inaccessibile roccia» principî e idealità del diritto privato, a resistere a una «socialità invadente»³⁸. Resta ferma, certo, la «irriducibile devozione» ai «principi supremi», la difesa della «legge comune» dall'«arruffo di norme» posto in essere dalla «farraginosa produzione della macchina parlamentare» e la necessità di valorizzare le clausole generali per «alimentare di sempre nuovo ossigeno» il Codice³⁹, ma la prolusione romana del 1918 appare, dopo la legislazione eccezionale di guerra, più cauta, più disponibile ad aperture. Il valore da difendere resta ancora l'unità del diritto, ma di fronte a quella che si presenta come una «crisi universale», le certezze di ieri appaiano meno ferme e meno semplice è individuare il «giusto mezzo fra opposte intemperanze». Crescono, sia pure senza nessuna concessione alla «eresia del Diritto libero», le aperture nei confronti di un ruolo attivo del giudice, si accentua il riferimento a principi flessibili, a un diritto comune dei privati aperto alle trasformazioni e

³⁷ Vittorio POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente. Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Roma, letta il 17 dicembre 1918*, 424 e ss.

³⁸ Cfr. Vittorio POLACCO, *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile. Prelezione letta a Camerino il 22 gennaio 1885*, Camerino, Savini, 1885; Id., *Prelezione al corso di istituzioni di diritto civile letta nella R. Università di Padova il giorno 26 novembre 1884*, Padova, tip. del Seminario, 1885.

³⁹ Temi esposti, com'è noto, nel «Discorso letto nell'adunanza solenne del R. Istituto veneto di Scienze, Lettere ed Arti il 24 maggio 1908», *Le cabale nel mondo legale* (in V. POLACCO, *Opere Minori, I: Problemi di legislazione*, Modena, Università degli Studi, 1928).

al cosmopolitismo, rinvigorito da contatto con il diritto commerciale (un diritto sempre all'avanguardia, «vero bersagliere del Diritto privato») e dalla «legislazione eccezione del lungo periodo di guerra» («una semente che fruttificherà»)⁴⁰.

Nel 1920 la prolusione di Giorgio Del Vecchio rilegge l'art. 3 delle disposizioni preliminari al Codice civile del 1865 e i principi generali del diritto, e inevitabilmente ancora il tema dell'unità del diritto. Occorre – afferma – «sentire la spirituale unità» del diritto e saper cogliere la compagine unica ed omogenea «sepolta» al di sotto della frammentarietà delle norme. Il giurista è chiamato a far valere i principi generali e «l'intrinseco fondamento del diritto» non *contro* le norme speciali ma *sopra* e *dentro* di esse. «La particolarità delle leggi – conclude Del Vecchio – rimanda all'universalità del diritto»: «nulla sarebbe più arido e sterile che lo studio delle norme particolari qua e là vigenti, se da quella materia non fosse dato risalire ai principi»⁴¹.

6. *Unità della scienza e della formazione giuridica*

Pur nella varietà di metodi, di prospettive, di registri retorici, di 'progetti', le trentadue prolusioni e prelezioni selezionate dai curatori offrono un quadro unitario della Facoltà giuridica romana in età liberale. È, come si accennava sopra, la stessa tensione verso l'unità del diritto a far emergere di volta in volta, attraverso il mutare dei 'discorsi', il ritratto della cultura giuridica 'nella Facoltà' come specchio delle trasformazioni in atto nella società.

Nella prolusione del 1919 Enrico Ferri richiamava il parere espresso dalla 'Commissione per la riforma del codice penale' riguardo all'assetto degli studi universitari in giurisprudenza, insistendo sulla necessità di apportare radicali mutamenti al corso di laurea per imporre 'specializzazione'. Proponeva in tal senso di far

⁴⁰ POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, citazioni dalle 426-427, 433, 435-436, 438-439. Sulla figura di Polacco si cfr. Paolo GROSSI, «Il coraggio della moderazione» (*Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco*) (1989), ora in ID., *No-bilità del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, 131 e ss.

⁴¹ Giorgio DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto. Prolusione al corso di Filosofia del diritto letta il 13 dicembre 1920 nella R. Università di Roma*, 807 e ss.; citazioni da 818, 821, 853-855.

seguire a un biennio comune l'alternativa tra due bienni 'professionali', uno dedicato alle materie civilistiche, l'altro alle materie penali (queste ultime da studiare, ovviamente, secondo i canoni della Scuola positiva)⁴². Il 'progetto' era accompagnato da un pressante invito a non estraniare la formazione del giurista dal «mondo della pratica della vita quotidiana»⁴³ ma lasciava ben intravedere un'immagine immiserita sia della formazione del giurista, sia della stessa funzione pratica della giurisprudenza, tutta schiacciata sulla «funzione positiva che lo Stato deve compiere».

Perché ricordarlo? Perché ricordarlo oggi finendo quest'intervento su questo volume?

Siamo di fronte in questi giorni all'avvio dell'ennesimo progetto di modifica delle tabelle dell'ordinamento degli studi in giurisprudenza e si succedono bozze di ordinamento che, pur proponendo flessibilità, appaiono caratterizzate da forti domande professionalizzanti e da non velate pressioni per una riduzione delle materie 'di base', per una marginalizzazione della formazione filosofica e storico-giuridica. Mentre solo da qualche anno il nostro legislatore ha cancellato con un tratto di penna le Facoltà (anche se qui alla Sapienza di Roma, come mi fa notare il professor Irti, 'il nome Facoltà' resiste), si profila ora una modifica tabellare che, oltre a riaprire lotte disciplinari per i crediti, potrebbe rendere più frammentata la formazione giuridica e impoverire ancor di più l'unità del giuridico.

Tra i meriti di questa raccolta di prolusioni nella «Facoltà giuridica romana» possiamo allora aggiungere in questo momento il ricordarci il valore di una comune tensione dei giuristi verso l'unità del diritto e il valore di una formazione unitaria del giurista. Nessun rimpianto ovviamente per l'unità del diritto prospettata ieri per il mondo di ieri: un'unità organica, un ordine armonico, tutto immesso – lo abbiamo visto – entro il recinto dello Stato-nazione. L'unità del diritto è oggi da ricercare *oltre* quei chiusi recinti, ma è sicuramente opportuno che sia ancora immaginata, proposta, insegnata, offrendo entro le Facoltà di giurisprudenza – chiamiamole ancora così – una

⁴² FERRI, *La riforma della giustizia penale in Italia*, 691-692.

⁴³ Feroce in tal senso è la critica rivolta ad Arturo Rocco e alle sue pagine di 'pura dommatica' sul reato come 'ente giuridico': «in quelle 600 pagine non c'erano dieci che potessero servire per una requisitoria di pubblico ministero, per un'arringa di avvocato per una sentenza di un pratico». *Ivi*, 677.

formazione composita e non semplicemente ‘professionalizzante’. Senza invocare la ‘missione della scienza’ e con toni meno solenni delle prolusioni di ieri, giova infatti ricordare ancora oggi a noi stessi e «ai giovani» che «nulla sarebbe più arido e sterile che ridurre lo studio del diritto a studio delle sole norme particolari qua e là vigenti».

La dialettica tra legislatore e interprete.
A proposito del volume curato da Laura Moscati*

Guido Alpa

1. Sono diversi i ruoli che la scienza giuridica riconosce alla giurisprudenza come fonte del diritto: il ruolo che consiste nell'anticipare l'intervento del legislatore, effettuando la valutazione di interessi che ritiene meritevoli di tutela, e creando quindi regole *ad hoc*, circoscritte al caso esaminato, ma potenzialmente ripetibili nel tempo; il ruolo che si risolve nell'interpretazione e nell'applicazione della legge, che consiste nel dare vita al testo normativo – creando per l'appunto il «diritto vivente» – e dando contenuto alle clausole generali, definendo gli standard, elaborando principi generali per via induttiva, estendendo in via deduttiva un dettato spesso troppo circoscritto o poco flessibile; e ancora il ruolo che si affianca alle sollecitazioni provenienti dalle categorie interessate, dalle fasce della società civile, o semplicemente dalle esigenze più pressanti emergenti dal mercato o dai modelli di comparazione, con cui si invita il legislatore ad intervenire per introdurre nel sistema regole nuove, destinate a governare istituti, a migliorare gli assetti di interessi, a far emergere situazioni soggettive individuali e collettive precedentemente ignorate, a dirimere contrasti, tutte operazioni che il giudice non potrebbe fare con quei caratteri di stabilità e con le scelte di indirizzo che richiedono una ponderazione politica affidata soltanto al Parlamento, in virtù del principio di tripartizione dei poteri.

Sono ruoli ben noti agli storici, agli studiosi delle codificazioni, agli studiosi della comparazione, oltre che, naturalmente, agli studiosi del diritto positivo e ai filosofi del diritto. E tuttavia nelle ricerche sulle codificazioni, sul formarsi del diritto positivo, sulle strutture dei modelli nazionali si tende, nelle esperienze dell'Europa continentale, a passare sotto silenzio l'apporto della giurisprudenza, che implica non solo l'apporto dei giudici, ma anche quello degli avvocati, che ne preparano l'intervento attraverso la strategia della causa, le domande, le prove, le conclusioni; un apporto considerato margi-

* *Dialettica tra legislativo e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, a cura di Laura Moscati, Jovene, Napoli, 2013.

nale rispetto alla redazione del testo normativo. Al contrario, nelle esperienze di *common law*, inglese e americano, è proprio la giurisprudenza a costituire la base dell'ordinamento, con i suoi precedenti, il dibattito sui precedenti, l'uso del diritto di “decidere di decidere” effettuato dalle Corti Supreme.

La contrapposizione netta tra i due modelli è superata da tempo, grazie anche alla fonte comunitaria, e al diffondersi della fonte normativa scritta, da un lato, e all'apprezzamento della fonte giurisprudenziale, dall'altro.

Oggi le cose stanno cambiando in fretta. È un fatto di cultura, di prassi, di mode, ma anche di una diversa concezione, rispetto al passato, del rapporto tra *legge e diritto*, *legge scritta e legge non scritta*, tra *giurisdizione e interpretazione*, tra fonti autonome e fonti eteronome. Sicché, parlare, oggi, di diritto giurisprudenziale, non è più una eresia come la si poteva considerare al comparire del libro di Walter Bigiavi nel 1933 (*Appunti sul diritto giudiziario*, ora ristampato con la prefazione di Marino Bin, Padova, 1989), anche se il tema è considerato in tutta la sua complessità e vischiosità dai teorici del diritto (v. ad es. GUASTINI, *Giurisdizione e interpretazione*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di Mario Bessone, Torino, 1996, 1 ss.), che ne trattano come di un «problema» mentre gli studiosi di ermeneutica ne trattano come una «datità», (VIOLA e ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2004), e gli studiosi del diritto positivo ne fanno oggetto di volumi, rassegne, commentari, considerando ormai la giurisprudenza come un pilastro essenziale dell'ordinamento (SACCO, *Trattato di diritto civile*, 1, 2, Torino, 2005) ed una “categoria” di base della stessa formazione del giurista (GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2013, Cap. I, Tavola 1, Area dei paesi di civil law e common law).

2. La giurisprudenza ha avuto un notevole influsso sulla codificazione del 1942: non solo nell'apporto dato dai rappresentanti della Magistratura all'interno delle Commissioni che si sono occupate delle diverse redazioni dei singoli – a cominciare da Mariano d'Amelio, per decenni Primo Presidente della Corte di Cassazione – ma anche per la consapevolezza di tutti i giuristi dell'epoca che – dovendo svolgere il codice un ruolo di cerniera tra la realtà vivente e gli apparati normativi – non si poteva ridurre il nuovo codice né ad una semplice versione aggiornata del codice previgente, nato già vecchio e in

modo un po' concitato, né ad un trattato geometrico del diritto civile, come era avvenuto per il "codice dei professori", il B.G.B. dell'Impero prussiano del 1900 (v. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991; GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012). Ad es., il Libro IV nel disciplinare il contratto, tenne conto della giurisprudenza che si era sviluppata dall'inizio del Novecento sulla formazione del contratto, sull'interpretazione, sulla clausola penale e la caparra, sul contratto a favore di terzi, sulla risoluzione per eccessiva onerosità (tema, questo, ripreso anche di recente da L. MOSCATI in *Contratto e impresa*, 2015), sul danno contrattuale ed extracontrattuale, sui diversi tipi di contratti speciali come la somministrazione e l'agenzia. Così, ancora ad es., il Libro V tenne conto della giurisprudenza formatasi sulle nozioni di impresa, azienda, concorrenza, consorzi etc.

Dal 1942 ad oggi si registra un fiorire di regole giurisprudenziali che anticipano gli interventi legislativi. In materia di società si parla addirittura di un «diritto pretorio» che precede e in qualche modo guida la riforma legislativa del 2003 (D'ALESSANDRO, *Il diritto pretorio delle società a mezzo secolo dal codice civile*, in *Diritto giurisprudenziale*, cit., 221 ss.); in materia di arbitrato irrituale si consolidano orientamenti che saranno ripresi dal legislatore nella riforma del processo civile del 2009; la giurisprudenza dei «pretori d'assalto» in materia penale è fondativa degli interventi legislativi in materia di tutela ambientale, al pari della giurisprudenza amministrativa in tema di *interessi diffusi*. Per non parlare dei diritti della personalità, e in particolare, del diritto alla privacy, che sarà codificato nel 1996, oppure di taluni contratti speciali che traggono origine da modelli tralatizi anche di provenienza extraeuropea e poi trovano una formale veste nelle leggi speciali (*factoring, franchising*) oppure di regole di determinazione del danno alla persona, come il *danno biologico*, figura inventata dal Tribunale di Genova nel 1974, il cui valore economico per la circolazione stradale viene fissato con tariffe predisposte da decreti del Ministro della Giustizia sulla base di apposita delega legislativa.

Ma è la Corte costituzionale, con le sue sentenze innovatrici in materia di famiglia, che prepara la grande riforma del 1975, e, per venire ai tempi nostri, sollecita il legislatore a prendere posizione sulle convivenze di fatto, sui matrimoni di persone dello stesso sesso, sul trattamento delle cellule staminali, sul testamento biologico, con un

dialogo mai interrotto intessuto con il Parlamento, nella speranza che l'ordinamento giuridico si ponga al passo con le esigenze della società e in linea con gli ordinamenti giuridici dei Paesi europei più avanzati. Al dialogo tra le Corti, di cui tanto si discute, si affianca il dialogo con il legislatore promosso dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

3. Questo dialogo si dipana nel corso dei decenni tra i protagonisti della evoluzione del diritto: scienziati-interpreti, giudici-interpreti sono gli interlocutori naturali del legislatore, oggi, come ieri. È esemplare a questo riguardo il quadro offerto dai contributi di diversi Autori raccolti da Laura Moscati nel volume intitolato alla *Dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, Jovene, Napoli, 2013).

La scelta degli istituti analizzati, in un arco di tempo che si svolge dalla codificazione napoleonica al primo codice italiano unitario non è casuale.

Il saggio su prodigalità e inabilitazione (di CARLO BERSANI, *op. cit.*, 7) indica come si sia giunti, sulla base dell'apporto dottrinale, alla differenziazione tra interdizione e inabilitazione che hanno fatto ingresso nel codice civile vigente.

Così l'esame della disciplina delle acque e della loro classificazione, come del loro sfruttamento, indica come sia stata la giurisprudenza con i suoi orientamenti difformi, l'uno propenso alla liberalizzazione, l'altro alla demanializzazione, a richiedere l'intervento legislativo, che maturò con il t.u. del 1933 e poi con l'inquadramento nel codice civile del 1942 (FEDERICO CAPORALE, *op. cit.*, 33).

Il tema è attualissimo, se si pensa che la spinta alle liberalizzazioni, promossa per rendere più efficiente il servizio idrico attraverso l'utilizzazione di moduli privatistici anziché di natura amministrativo-concessoria, è oggetto di una recisa critica da parte di quanti vi intravedono il rischio di una appropriazione privata di «beni comuni» e quindi si fanno promotori di un testo di riforma legislativa complessiva (*Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, Bologna, 2007). Ma vi vedono anche l'allontanamento dai principi espressi da alcune pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione emesse nel 2011 a favore della fruizione pubblica dei beni non solo demaniali ma anche intitolati a privati (DI PORTO, *Res in usu pubblico e beni comuni. Il nodo della tutela*, Torino, 2013).

Si discute poi della giurisprudenza dell'intero Ottocento sulla trascrizione immobiliare (ROGGERO, *op. cit.*, 175), e dei codici di commercio, con particolare riguardo alle assicurazioni (TOCCI, *op. cit.*, 229), delle obbligazioni convenzionali nella lezione di Cesare Marini (VANGA, *op. cit.*, 259) e della nascita del diritto esclusivo sulle rappresentazioni (VENANZONI, *op. cit.*, 277). Contributi di pregio sui quali non mi posso soffermare come vorrei, nell'economia del discorso qui sinteticamente tratteggiato.

Tre sono gli aspetti più rilevanti del volume che, nel contesto di questo discorso, vorrei allora mettere in rilievo.

4. Innanzitutto, il passaggio dai testi normativi preunitari al testo del codice unitario e il dibattito parlamentare arricchito dagli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza: cioè uno degli itinerari, tra i molti che si illustrano nel volume, con cui si spiega la nascita, la modificazione, la redazione definitiva delle norme. Questo percorso, irto di difficoltà, è descritto in modo lineare da Carlo Gamba a proposito dell'*anatocismo*. Sembrerebbe una storia conclusa nel secolo scorso ed invece, come si sa, è riemersa con forza negli ultimi anni, sulla base di una giurisprudenza contrastata, e rimasta ancora incerta a causa delle incertezze derivanti dagli interventi disomogenei del legislatore.

Per la verità, le origini dell'*anatocismo* sono problematiche, in ragione di fattori esterni al dato normativo.

Tra la tradizione religiosa che in modo inesorabile condannava il prestito ad interesse con un atteggiamento uniforme nelle tre Religioni del Libro e il diritto francese, laico e indifferente ai valori spirituali (art. 1154 Cod.Nap.), agevolato dalle spinte del commercio liberale, era prevalsa la linea più lassista, che aveva abolito il divieto di anatocismo. Se si fosse fatto riferimento alla ragione si sarebbe scoperto che non aveva senso concedere libertà assoluta alle parti di fissare l'ammontare degli interessi – salvo il divieto dell'usura – e negare legittimazione agli interessi sugli interessi. Ma verso la metà del secolo vengono in emersione i valori sociali. Sono le classi più umili che, per indigenza e ignoranza, cadono tra le spire degli avidi prestatori di danaro; l'*anatocismo* diviene un'arma pericolosa (LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Bruxelles, Paris, 1875, 400 e GAMBÀ, *op. cit.*, 76 ss.). Il Codice albertino conserva il divieto (art. 1245). Il Par-

lamento sabauda ne discute a lungo e finalmente approva una legge, nel 1857, che abolisce il divieto; è una scelta che rimarrà consolidata nel codice unitario, all'art. 1232, ma con qualche limitazione: nelle materie civili il tasso è quello legale o convenzionale, inclusi gli interessi sugli interessi; nelle materie commerciali si seguono anche gli usi; per i debiti civili l'anatocismo prende effetto dal compimento dell'anno intero. Nelle accurate pagine di Gamba si ripercorre tutta la vicenda pregressa, dal diritto giustiniano al dibattito dell'Età di mezzo, fino al diritto naturale e ai giuristi settecenteschi. Le due linee si intersecano, si avvicinano e si dipartono con argomenti ancora attuali. Lo spettro dell'usura giustifica il *révirement* dei Codici preunitari rispetto al codice-padre; unica eccezione, il genovese Girolamo Boccoardo (che ritroveremo tra poco) fine giurista, colto economista, che nella voce *Anatocismo* del *Dizionario della economia politica e del commercio, così teorico come pratico*, Torino, 1857, 141, argomenta a favore della liberalizzazione.

Se dalle vicende storiche passiamo all'attualità, ci avvediamo che l'intervento del codificatore non è dirimente. Lungi dall'essere una cappa soffocante, le norme codificate sono piuttosto assoggettate ad una defatigante interpretazione giurisprudenziale.

Il codice del 1942 introduce infatti una formula nuova: «In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi». La norma liberalizza ancor più l'impiego degli interessi anatocistici, in quanto gli usi possono derogarvi anche al di fuori dei rapporti di natura commerciale (Relazione al Re, n. 594). Il codice fissa l'ammontare degli interessi a tutela del credito al 5%, ma convenzionalmente il saggio può essere anche superiore, salve le sanzioni penali per l'usura. Insomma, tutela del credito e ragioni del commercio prevalgono sulle regole civilistiche.

Ma la storia non finisce qui. Innanzitutto, atteso il testo poco chiaro della disposizione, si discute se gli usi siano normativi o commerciali; in più si discute sulla data di decorrenza del calcolo, e se sia legittima la trimestralizzazione del calcolo. Prevale la tesi che consente l'anatocismo solo annuale.

Le associazioni dei consumatori cominciano a combattere l'anatocismo bancario, in considerazione del dettato dell'art. 120 TUB,

che rimette al CICR la determinazione degli interessi sugli interessi. Per due volte il testo è sottoposto al vaglio della Corte costituzionale. Occorre dunque l'intervento del legislatore, in una selva di sentenze che si diramavano su percorsi difformi. Gli interventi sono stati molteplici. L'ultimo, effettuato con decreto n. 91 del 24 giugno 2014, seppur correttivo, non aveva portato a chiarimento la normativa da applicare. L'uso dell'imperfetto è d'obbligo perché la norma concernente l'ennesima modifica dell'art. 120 del TUB non è stata convertita in legge (era la c.d. legge sulla competitività). È così rimasta in vita la disposizione introdotta con la c.d. legge sulla stabilità, del 27 dicembre 2013, n. 147, che ha conferito al CICR il compito di stabilire i criteri di calcolo degli interessi nelle operazioni bancarie, disponendo tuttavia il divieto di capitalizzazione.

La Corte d'Appello di Genova, con sentenza dell'11 marzo 2014 ha ritenuto che "attualmente l'anatocismo bancario risulterebbe del tutto eliminato dalla l. 27.12.2013 n. 147, che ha ulteriormente modificato il testo dell'art. 120 del TUB nel senso di consentire solo la contabilizzazione e non più la capitalizzazione degli interessi", indipendentemente quindi dall'emanazione della disciplina secondaria da parte del CICR. Per parte sua, il Tribunale di Piacenza con sentenza del 27 ottobre 2014, n. 757 ha statuito la nullità dell'anatocismo nei contratti pattuiti anteriormente alla delibera CICR del 9 febbraio 2000.

La questione non è ancora composta, sì che si attende o una pronuncia della Suprema Corte che valga da "leading precedent" oppure un ulteriore intervento normativo.

L'andirivieni dei testi, dei pronunciamenti e delle letture della dottrina (da ultimo F. MAIMERI, *La capitalizzazione degli interessi fra legge di stabilità e decreto sulla competitività*, in *Riv. dir. banc.*, 2014, 13) è sintomatica della difficoltà di individuare un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, visto che i provvedimenti legislativi sono ispirati da centri di interesse tra loro contrapposti. Ma è evidente che queste esitazioni, che si protraggono ormai da più di due secoli (!), costituiscono non soltanto un danno per i soggetti interessati – le parti contraenti, il sistema economico – ma anche un danno per l'immagine del Paese e sono la prova concreta delle conseguenze perniciose della incertezza del diritto (da ultimo v. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 921 ss.; ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006).

5. Laura Moscati, scavando nelle fonti e portando alla luce aspetti singolari di una vicenda singolare, esaminata sì nel passato, ma senza quello scrupolo scientifico che avrebbe meritato, dà corpo ad un altro esempio di dialogo tra legislatore e interprete: è il caso del “legislatore” che al tempo stesso è una delle parti interessate, una delle parti litiganti in causa, uno dei memorialisti e, come se non bastasse, uno dei protagonisti della letteratura italiana di tutti i tempi. Questi ruoli sono ricoperti da un’unica persona, Alessandro Manzoni.

Il caso Manzoni c. Le Monnier avvince studiosi, avvocati, lettori. Nel 1845 l’editore aveva ripubblicato in Toscana il testo de *I promessi sposi* senza il consenso dell’autore. Prima del 1845, nel 1840, era stata sottoscritta tra l’Imperatore d’Austria e il Re di Sardegna una Convenzione “in favore della proprietà letteraria, e per impedire la contraffazione delle produzioni scientifiche, letterarie e artistiche”. Tuttavia, il testo ripubblicato era una edizione anteriore a quella definitiva ed aveva visto la luce prima che la Convenzione entrasse in vigore. Sicché Le Monnier si era difeso in modo persuasivo e autorevole, ricorrendo alle cure di Girolamo Boccardo, il professore genovese, economista e avvocato, di cui sopra s’è fatto cenno in altro contesto. Allarmato dall’acutezza delle difese avversarie, Manzoni stesso (che come è noto aveva fatto studi giuridici, anche se non era rimasto affascinato dal diritto...) prende la penna e compone una lunga, dettagliata e perspicua autodifesa, contenente anche argomenti di carattere comparatistico che militano a favore della proprietà letteraria e la indirizza all’avvocato della sua controparte (*Lettera al signor Professore Girolamo Boccardo intorno a una questione di così detta proprietà letteraria*, in A. MANZONI, *Scritti letterari*, Milano, 1991, 365 ss.). Manzoni l’avrà vinta, in tutti i tre gradi di giudizio, ma essendo nato un rapporto cordiale tra le parti, la vicenda si concluderà con una onorevole transazione.

Laura Moscati ripercorre tutta la vicenda, le articolate motivazioni a tutela degli interessi dell’autore e di quelli contrapposti dell’editore, documentando così la nascita nel nostro sistema del diritto d’autore, e l’emersione di un modello di composizione tra interessi di tipo diverso, perché oltre a quelli che fanno capo all’autore e all’editore, vi è anche l’interesse pubblico, sin allora considerato in termini proprietari, cioè di *dominio pubblico*. La Convenzione austro-sarda anticipa la Convenzione di Berna del 1886 e si pone, persino

oggi, al centro del dibattito sul diritto d'autore, che non si è mai sopito nel corso di tutto il Novecento. Si discute infatti se il prodotto dell'ingegno sia un bene che appartiene all'umanità e quindi liberamente acquisibile da tutti e non assoggettabile a limiti di esclusiva, anche temporale, come avveniva nei Paesi socialisti, e come si vorrebbe ora riprendendo l'idea dei "beni comuni", problematica enfatizzata dall'impiego delle tecnologie informatiche (su questo dibattito v. J. GINSBURG, *Putting Cars on The Information Superhighway*, in *Col. Law. Rev.*, 95, 1995, 1469; G. RESTA, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Milano, 2011; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2008).

Manzoni, vinta la causa, seguirà la formazione del diritto nazionale in materia di diritto d'autore; Antonio Scialoja, economista, giurista, statista, emigrato in Piemonte per le sue idee liberali, e deputato, si uniformerà alle sentenze, e proporrà di consentire agli autori di far valere i loro diritti sulle opere pubblicate in tempo anteriore alla vigenza della Convenzione, anche se per un periodo limitato. La Convenzione austro-sarda diviene così in modo embrionale il primo nucleo di regole normative di origine convenzionale destinato a costituire un modello per il futuro. Anche in questo settore il ruolo della giurisprudenza è stato determinante.

6. Ma quanto lo fu in modo complessivo dal Code Civil al Codice civile italiano del 1865? In una vivace panoramica dell'*iter* del modello napoleonico in Italia, dai codici preunitari al primo codice dell'Italia unita, Ugo Petronio sfata alcuni miti che si sono radicati nella letteratura, copiosissima e ricca, sulle codificazioni. Pur conservando ovviamente tutto il rilievo del codice-padre, dalle sue pagine emergono le differenze notevoli con i codici preunitari, dovute non solo all'influenza della coscienza religiosa italiana e ai costumi radicati nel tessuto sociale, ma anche ad una concezione più aperta della proprietà e più sensibile alle fonti non legislative del diritto. La formazione del diritto italiano non avviene dunque solo attraverso i codici e le leggi speciali, pure essenziali per l'uniformazione delle regole prima negli Stati preunitari e poi a garanzia dell'unità dello Stato, superando i particolarismi che avrebbero danneggiato i rapporti economici entro e fuori i confini nazionali, ma anche attraverso la circolazione dei modelli giurisprudenziali, tutti ispirati alla giuri-

sprudenza francese. In lingua originaria o tradotti, i commentari al Code Civil circolano per la Penisola, ma Petronio sottolinea come si tratti non di una imitazione, bensì di una vera e propria *appropriazione*: e quella vicenda che Alan Watson avrebbe battezzato con la fortunata dizione di “trapianto di norme giuridiche” presso di noi in realtà si è risolta in una rimodulazione dei testi con la sovrapposizione ad essi dei principi del diritto romano – emblematica l’edizione in versione italiana del Code Civil diventato nel 1806 il Codice civile del Regno d’Italia curata da Onofrio Taglioni ad uso degli studenti dell’Ateneo pavese – arricchita peraltro dalla comparazione con il codice austriaco applicato nel Lombardo-Veneto, anch’esso nella versione italiana. Una interessante falsificazione storica che è perdurata per quasi un secolo.

Petronio coglie poi un aspetto del tutto trascurato negli studi classici sulla codificazione: l’influenza sul diritto, sull’interpretazione e sulle regole sociali degli indirizzi culturali che si sono alternati in Francia e in Italia nel corso dell’Ottocento. Il positivismo scientifico di Augusto Comte, le opere di Condorcet, di Destutt de Tracy orientano il pensiero giuridico, e stanno alla base del pensiero del toscano Federigo Del Rosso, uno dei maggiori giuristi del tempo, affascinato dagli studi di Savigny (come ha documentato L. MOSCATI negli *Italienische Reise. Savigny e la scienza giuridica della restaurazione*, Roma, 2000).

Ma, salvi alcuni grandi giuristi, si trattava pur sempre di una cultura “anonima e incolore” (*op. cit.*, 172) e l’unità legislativa fu raggiunta a fatica, ed ancor più faticosa fu la conquista delle libertà democratiche.

L’analisi storica ci insegna una infinità di cose, ad anche la casualità dell’origine delle norme. Per concludere, si pensi che la nullità del mandato a donare disposta dall’art. 778 cod.civ., introdotto nel codice civile vigente per volontà di Vittorio Scialoja, che era stato presidente della prima Commissione reale per la riforma dei codici, era frutto della sua esperienza di avvocato: avendo seguito una causa che aveva per oggetto appunto questo tipo di mandato, egli, profittando della sua posizione, volle cristallizzare in norma di legge una regola giurisprudenziale. Attesa la volatilità della giurisprudenza, e i contrasti delle opinioni dottrinali, le tavole della legge avrebbero dato maggiori garanzie di stabilità.

Nel discutere di una filosofia della pena, è essenziale comprendere le questioni centrali relative al «fondamento del diritto di punire¹», alla natura della pena stessa e alle sue finalità. Da questa tipologia di interrogativi non è certo esente quella che viene definita pena capitale, vale a dire la pena di morte, da sempre oggetto di riflessione da parte di giuristi, filosofi e filosofi del diritto².

Si può dire che vi è un interesse filosofico-giuridico, nel porre la questione della pena, quando gli argomenti ad essa inerenti assumono una dimensione a carattere universale³. In questa direzione, il concetto di punire rinvia alla rappresentazione della dignità della persona soggetta alla pena, oltre che di quella lesa: perché punire? Qual è l'obiettivo fattuale della punizione? Qual è la sua relazione essenziale con il diritto⁴?

Non sembrano lontane, a questo proposito, le parole di von Humboldt quando afferma che le pene hanno la stessa caratteristica del male, sebbene con la differente finalità di intimorire i delinquenti.

La preoccupazione del giurista è doverosamente relativa alla diversa gradazione della pena; non è detto che una pena dolorosa, temibile «dal punto di vista fisico», sia meno incisiva sotto un profilo morale, perché «l'uguaglianza tra reato e pena ... non può essere fis-

¹ G. BETTIOL, *Il problema penale*, Trieste, 1945, 13.

² Tra gli altri, R. BADINTER, *L'esecuzione*, Milano, 2008; C. BECCARIA, *La pena di morte*, Napoli, 2007; A. CAMUS, *Riflessioni sulla pena di morte*, Milano, 2006; J. DERRIDA, *La pena di morte*, Milano, 2014; F. GUIZOT, *Della pena di morte in materia politica*, Napoli, 1848; V. HUGO, *Contro la pena di morte*, Milano, 2009; F. KAFKA, *Nella colonia penale*, Milano, 1994; A. KOJEVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, 1989; J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Milano, 2010; G. SOLARI, *Della pena di morte*, Genova, 1853; N. TOMMASEO, *Della pena di morte*, Firenze, 1865. Nelle sue opere G. Radbruch manifesta la sua avversione per la pena capitale (*Rechtsphilosophie*, paragrafo 23). Inoltre, verso la fine del par. 22 critica, in modo deciso, il sistema penale sovietico e, implicitamente, qualunque sistema dittatoriale.

³ G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 13.

⁴ Vd. anche S. BORGHESE, *La filosofia della pena*, Milano, 1952, 133 e ss.; G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, Roma, 1952, 115.

sata in maniera assoluta», anzi, è compito del giudice, nel momento in cui si trova di fronte ad un reato commesso, «preoccuparsi il più possibile di indagare accuratamente l'intenzione del delinquente». Lo stesso magistrato «deve inoltre essere posto dalla legge in condizione di poter modificare la pena generale», basandosi sullo stato di consapevolezza in cui si è trovato il delinquente al momento della condotta lesiva⁵; conseguenzialmente il nesso essenziale con l'intenzionalità, elemento peculiare derivante dalla volontà di commettere un atto lesivo, ne caratterizza i concetti di imputabilità e di responsabilità⁶.

In linea generale, della pena colpisce il suo aspetto materiale-concreto teso alla difesa della società; si può riaffermare che diventa centrale la dignità della persona: d'altro canto, la linea fenomenologico-giuridica discute il criterio di proporzionalità della pena – presente già in Aristotele, attraverso la metafora del «regolo di piombo»⁷; la pena è vista, quindi, come il dovere da parte dell'istituzione di fare il male senza commettere un'ingiustizia, vale a dire, mettere in atto una sofferenza definibile positiva, oppure privare l'uomo del bene giuridico per eccellenza, quale è la libertà.

Secondo quanto discusso da alcuni filosofi del diritto – si pensi tra gli altri a Giorgio Del Vecchio, a Mario Cattaneo, a Bruno Romano⁸ –, i due elementi, quello più immediatamente materiale e quello spirituale, trovano una loro sintesi nell'opera della prevenzione, attuabile anche attraverso l'azione preventiva dell'intimidazione. Quel che colpisce dell'effetto della pena è lo scopo di ripristinare la consapevolezza da parte del reo di aver avuto una condotta lesiva della libertà dell'altro. Ecco perché quando si discute della pena viene sentito immediatamente, oltre alla questione della natura dell'uomo, il problema della libertà e del suo esercizio, che, nel caso di una assolutizzazione arbitraria, si manifesta come atto lesivo nei confronti dell'alterità⁹.

⁵ W. VON HUMBOLDT, *Idee per un saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, in *Scritti filosofici*, Torino, 2007, 230 e ss.

⁶ B. ROMANO, *Il dovere nel diritto*, Torino, 2014, p.78.

⁷ ARISTOTELE, *Della interpretazione*, Milano, 2006, 209-217.

⁸ G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, cit.; M.A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1998; B. ROMANO, *Giudizio giuridico e giudizio estetico. Da Kant verso Schiller*, Torino, 2014.

⁹ G. BETTIOL, *Il problema penale*, 13-14.

Certo le domande vengono meno quando si presume di risolvere la questione della pena con uno strumentario strettamente tecnico che si addice maggiormente, per esempio, «alla struttura del reato tentato o del concorso di più persone». Per questo si può affermare che il tema della pena si illumina tra due poli: da una parte la legislazione positiva, dall'altra l'esperienza pratica: gli atti, i comportamenti, le condotte vanno valutate nel loro perfezionamento concreto¹⁰.

La *ratio* del punire è significativa; lo mostra pienamente la sua storia che la colloca «su un piano filosofico, su un piano cioè di ragione ove l'esperienza non [è] chiamata in causa»¹¹, in modo diretto.

Nell'attuale società della conoscenza tecno-scientifica, post-complexa – dove il reato assume le più diversificate connotazioni, a livello spaziale e temporale – la questione della pena diventa un impegno per il giurista contemporaneo, proprio per il carattere che assume rinviando alla riflessione sugli *a priori* che la fondano e la giustificano, nonché alle procedure necessarie per la sua realizzazione pragmatica.

La filosofia della pena muove proprio dalla consapevolezza manifesta del giurista positivo: «*il diritto penale è una filosofia*». Se si ritiene che la ragionevolezza di questa affermazione non possa essere riconosciuta in termini di libertà, si deve pur sempre ammettere – mostrandolo – che «il 'diritto' penale è nato come filosofia»¹². Infatti, privando del versante filosofico la questione della pena – di conseguenza la sua *ratio*, la genesi che ne permea l'orizzonte di giustizia – il diritto penale, e la procedura ad esso connessa, rischierebbero di permanere come «un 'enigma'», oppure come una teorizzazione che riduce la pena «a un vano gioco di formule che cercano ... con la loro veste dialettica di rinserrare la realtà»¹³, ossia di descriverla e rappresentarla attraverso un elenco di formule tecniche.

Dalle questioni prime del diritto penale, emerge che l'essere umano «non è dominato dal motivo più forte, ma sceglie e vaglia egli stesso il motivo»¹⁴, centrato come individuo concreto, portatore di

¹⁰ *Ivi*, 13.

¹¹ *Ivi*, 13-14.

¹² G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 1.

¹³ *Ivi*, 17.

¹⁴ *Ivi*, 18; ARISTOTELE, *Etica a Nicomaco*, Libro III, 4, 1111 b, 1-20.

una sua libertà, che si radica nella condivisione con gli altri, perché il singolo non si colloca presuntuosamente su un piano anarchico (o eterarchico concretizzabile in una prassi totalitaria) e, nella sua qualità di persona, «non può essere polverizzato in una concezione ‘atomistica’ della vita e della società, assorbito dalla classe, dal gruppo, dalla categoria, dissolto dialetticamente in una concezione ‘organica’ a sfondo immanentistico nella quale sulla logica concreta ha il sopravvento un logicismo meramente astratto»¹⁵.

L'uomo vive in una realtà condivisa, dove la condotta lesiva costituisce la possibilità «di un giudizio di rimprovero per l'azione illecita compiuta, questa definizione non offre ancora il vero senso della colpevolezza, che oltre ad essere volontarietà del fatto, è tormento, rimorso, agitazione»¹⁶, ma soprattutto responsabilità di fronte ad una terzietà formalmente storicizzata.

Emerge allora che la dimensione della pena nel diritto penale non rappresenta un *universum* costituito da tecnicismi rigidi e fissi nella loro ‘cimiterialità’ – secondo il lessico di Pirandello –, né può essere considerato il momento della discrezionalità pura, con una identificazione tra individuazione della pena e volontà ideologica di chi è deputato ad applicarla.

Più propriamente, si può affermare che la norma deve essere concretizzata con equità, che già implica la discrezionalità perché «l'equità è moderazione di un'astratta esigenza di giustizia in riferimento al caso concreto. È la giustizia che si flette ... Non c'è ingiustizia maggiore di quella che viene fatta al diritto penale quando si afferma che esso storicamente si presenta come un processo graduale di svincolamento dall'idea della vendetta, che da un punto di vista storico ne costituirebbe il fondamento»¹⁷, perché il concetto di vendetta, anche nelle fonti, viene ricondotto ad una re-azione rispetto ad un torto subito, non certo priva del suo connotato istituzionale.

Subentra dunque in modo incisivo, nella valutazione della pena, la ‘categoria’ dell'equità, in qualità di reazione istituzionale terza, che chiarisce come un anonimo «esecutore ... della giustizia» sia estra-

¹⁵ *Ivi*, 19; vd., per un modello comparativo funzionale, N. LUHMANN, *Il diritto della società*, Torino, 2013.

¹⁶ *Ivi*, 22.

¹⁷ *Ivi*, 29. Si precisa che la vendetta della quale si discute anche nelle fonti è una reazione consequenziale al torto.

neo al concetto di giustizia penale, se concepisce «le pene... come fine a se stesse».

Giustizia ed equità, in quanto versanti della giuridicità, si illuminano nelle figure del magistrato e dell’avvocato, autori del dialogo – di quel passaggio indicato alla radice della parola *dia-logos* – essenziale alla decisione sul singolo caso, perché compone l’armonia tra la generalità della giustizia e l’unicità della singola situazione concreta, dibattuta nel processo, alla ricerca del ‘giusto-equo nel legale’, essenziale per definire la pena. La generalità delle leggi si armonizza quindi con la singolarità del caso, in virtù dell’attività dell’interprete, dell’arte ermeneutica esercitata, con imparzialità dal terzo-giudice, che accoglie l’essenziale operato dell’avvocato, latore di un discorso differenziato di una parte che controverte con l’altra.

Il magistrato e l’avvocato non sono figure convertibili in ipotesi meccaniche, sostituibili con un apparato scienziato che pretenda di prendere il posto del sapere giuridico: il Tribunale – nello specifico quello penale – non è il luogo di un sapere scientifico matematizzante¹⁸, ma rappresenta l’istituzione in cui, con attenzione alla dignità dell’uomo, si decide – nello specifico della giustizia penale – della pena.

Infatti, il magistrato quando infligge una pena è legittimato a farlo nell’opera di ricerca del rispetto del bene comune. Ne consegue, dunque, che la pena non ha come scopo la pena stessa, ma esige una ragione che si afferma proprio mediante la considerazione del bene comune, nell’armonia tra *persona singola* e *persona sociale*. Il giudizio giuridico presenta il suo asse nelle argomentazioni del passaggio dalla generalità della giustizia alla particolarità del caso concreto. Nel diritto penale, come in altre regioni della giuridicità positivizzata, questa transizione è rappresentata dall’opera del giudice – terzo, imparziale e disinteressato – che si illumina nel nesso che unisce e separa giustizia ed equità.

Perché, dunque, la motivazione della pena ha un sostrato filosofico? Si potrebbe rispondere che «il diritto penale coinvolge ... i problemi massimi della vita: la natura dell’uomo, l’esistenza o meno di una libertà, l’idea di una colpa morale, quella del castigo, la possibilità di una redenzione, la pena di morte, e via dicendo»¹⁹. Con-

¹⁸ B. ROMANO, *Il dovere nel diritto*, cit., 129.

¹⁹ *Ivi*, 17.

traddicendo peraltro la sua storia, se si pensa che «sino a tutto il secolo XVII il diritto è romanisticamente inteso ... una semplice appendice del diritto civile, e i libri 'terribili' del Digesto non hanno mai riscosso la simpatia o particolarmente accesa l'attenzione dei giureconsulti»²⁰.

Se si accede alla questione della pena strutturata secondo le regole del diritto penale e della procedura penale come ad un'affermazione tecnicistica, allora la questione del «diritto 'ingiusto' è ... un mero fatto che non altera la tesi della razionalità e, quindi, della logicità del diritto»²¹, è quanto effettivamente accaduto perché «per troppo tempo la reazione punitiva è stata intesa in senso meccanicistico»²².

Solo in una visione totalitaria della pena potrebbe emergere una cosiddetta «causalità della sanzione, della pena, strumentali alla conservazione di un potere» che guarda al diritto secondo un atteggiamento funzionale.

Lo stesso Beccaria, oggi ricordato per l'attualità della sua opera, afferma che «le pene che oltrepassano la necessità di conservare il deposito della salute pubblica, sono ingiuste di lor natura; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra e inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi»²³.

Afferma Beccaria che la pena deve essere commisurata al reato e qualora «si trovasse che l'atrocità delle pene se non immediatamente opposta al ben pubblico, ed al fine medesimo di impedire i delitti, fosse solamente inutile, anche in questo caso essa sarebbe non solo contraria a quelle virtù benefiche, che sono l'effetto d'una ragione illuminata, che preferisce il comandare ad uomini felici più che a una greggia di schiavi, nella quale si faccia una perpetua circolazione di timida crudeltà; ma lo sarebbe alla giustizia ed alla natura del contratto sociale medesimo»²⁴.

Emerge da queste tesi l'ipotesi che non è tanto il rapporto tra dominati e dominanti ad avere una sua delimitazione giuridica, ma è la condizione dialogica intersoggettiva rispettosa del principio di

²⁰ *Ivi*, 11.

²¹ *Ivi*, 27.

²² *Ivi*, 14.

²³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Opere, I, Firenze, 1963, 49.

²⁴ *Ivi*, 50.

uguaglianza a rispondere pienamente al concetto di giuridicità: le donne e gli uomini sono uguali nelle loro singole personalità; la pena tenta di ripristinare questo *status* nel momento in cui viene compromesso. D'altronde, già nel *Gorgia* di Platone si evince l'inciviltà di quella società che non riesce a punire: «chi commette ingiustizia, l'uomo ingiusto, è in ogni caso infelice, ma più infelice ancora se non paga il suo debito alla giustizia e non sconta la pena dei suoi delitti, meno infelice se paga alla giustizia e viene colpito dalla giustizia degli dei e degli uomini»²⁵.

Lo stesso Hegel, per le difficoltà che il concetto di pena pone, afferma che «la lesione della volontà (del delinquente attraverso la pena) ... è l'annullamento del delitto, che, altrimenti varrebbe ed è la reintegrazione del diritto»²⁶, indicando così nella sua opera una funzione punitiva e non solo primitivamente vendicativa della pena.

In questa descrizione della pena, si presenta da subito essenziale l'incidenza sul diritto, nel momento in cui essa costituisce un male-ingiusto inflitto a qualcuno, con l'*habitus* istituzionale; si avverte l'esigenza che l'intervento punitivo, per superare il male e riavviare il bene misurato dalla *res publica*, sia definito da norme positive, istituite e rese pubbliche, ovvero sia posto nelle forme della legalità – quella penale –, così da non consentire, ad esempio, la retroattività delle norme penali, ma neanche la vendetta come forma moderna di reazione violenta, priva della presenza della terzietà del giudice nell'amministrare la giustizia penale.

La persona non può essere destinataria dei contenuti normativi di una legalità istituita, che non siano stati concepiti e resi pubblici anteriormente alle azioni valutabili nell'amministrazione della giustizia penale.

Allora si può affermare che – come scrive Radbruch – «il diritto, anche il diritto positivo non può essere altrimenti definito che come un ordinamento in una posizione di norme che in relazione al

²⁵ PLATONE, *Gorgia*, 472e.

²⁶ G.W. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, § 99: «La teoria della pena è una delle materie che, nella scienza giuridica positiva dei tempi moderni, se la sono peggio cavata; poiché, in questa teoria, l'intelletto non è sufficiente, ma si tratta essenzialmente del concetto – se il delitto e l'annullamento di esso, come quello che si determina ulteriormente come pena, è in generale considerato soltanto come *male*; si può certamente riguardare come irrazionale, il fatto di volere un male semplicemente per ciò, *che già esiste un altro male*».

proprio stesso significato è destinato a servire la giustizia» e a comminare pene *giuste*²⁷.

Infatti, la legge dittatoriale avverte da subito l'esigenza di sottrarsi alla giustizia, e di avvalersi non di un diritto ingiusto, ma di una totale assenza di diritto a vantaggio di un legalismo penalistico, dove tutta la normatività è tendenzialmente ridotta a punire.

Ne deriva che il carattere di giuridicità, in questi casi, manca totalmente a quelle norme che trattano gli esseri umani come elementi inferiori, negando loro la dignità di essere riconosciuti, nella loro assenza di *humanitas*, uguali nell'esercizio di diritti e doveri.

La stessa pena ne è pervasa, laddove «prescindendo dalla differente gravità dei delitti e guidata esclusivamente da momentanei bisogni di intimidazione, commina per reati di diversa gravità la medesima pena, spesso quella capitale», tanto che «intere parti del diritto nazionalsocialista, compreso il diritto e le procedure della pena – scrive Vassalli commentando Radbruch – non hanno mai raggiunta la dignità di diritto valido»²⁸.

La questione della negazione del carattere di giuridicità alla prassi legale e del diritto ingiusto pone l'interrogativo sulla punibilità di tutti quei giudici che in qualunque regime dittatoriale hanno pronunciato e continuano a pronunciare condanne ingiuste, orientate ideologicamente, radicali nella persecuzione, non commisurate al reato²⁹. Gli effetti di una simile situazione portano ad interrogarsi

²⁷ La caratteristica dominante in ogni dittatore, o comunque in ogni regime che preveda un esercizio del potere come dominio, è la totale mancanza del senso del giusto e della ricerca di esso, con la presunzione di elevare a diritto (legalità) elementi grossolani e violenti.

²⁸ Si ricorda l'esistenza di due formule di Radbruch; la prima è quella 'delle leggi intollerabilmente ingiuste'; la seconda, 'delle leggi prive di ogni carattere o natura di diritto'. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001, 8-10. Di peculiare interesse filosofico-giuridico l'intenso carteggio Del Vecchio/Radbruch presente nell'Archivio Giorgio Del Vecchio della Sezione di Filosofia del diritto e Diritto canonico ed ecclesiastico. Vd. anche A. VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie, ihre Grundlage und Hauptprobleme in Geschichtlicher Schau*, Wien, 1963, 215.

Sulla questione della pena cfr. F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, p.303; A. FIORELLA (a cura), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2013; A. GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 57; G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989, *passim*; G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, vol. 3, Padova, 2003, 837; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale in Raccolta di scritti*, tomo III (2008-2013), Torino, 2013, 69.

²⁹ *Ivi*, 75.

sulla cultura dell’impunità – assenza totale della pena – che è compito del sapere giuridico, incarnato dai giuristi, rimuovere, non solo in nome della ricerca della verità e del giusto, ma anche nella consapevolezza che ciascun essere umano è titolare di diritti e di doveri e nel momento in cui pone in essere atti controgiuridici è punibile.

La scelta dell’impunità, sia sul piano internazionale che su quello nazionale, dovrebbe portare a riflettere.

A conclusione di queste considerazioni è opportuno ricordare la chiusura della prolusione di Giorgio Del Vecchio tenuta nel 1920: «conoscere le singole norme non basta se non si pon mente allo spirito che le muove ... La particolarità delle leggi rimanda all’universalità del diritto. ... Una Giurisprudenza priva degli elementi filosofici sarebbe, secondo il paragone che il Kant desunse da una favola antica, simile ad una testa senza cervello; e nulla sarebbe invero più arido e sterile che lo studio delle norme particolari qua o là vigenti se da quella materia empirica non fosse dato il risalire ai principi, donde le norme stesse procedono ... diciamo con Cicerone, “non dall’editto del Pretore né dalle XII Tavole, ma dall’intima Filosofia devesi attingere la disciplina del diritto”»³⁰. E questo è la principale manifestazione del diritto penale nell’esperienza.

³⁰ G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, con Presentazione di G. Conso, Milano, 2002, 66.

I 'buchi neri' nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane

Daniela Chinnici*

*A Giuseppe Grassonelli – «Il fu» Malerba –
e a ciascuno dei condannati al
FINE PENA MAI,
reclusi nelle carceri della Repubblica italiana.*

*L'inferno dei viventi non è qualcosa che sarà; se ce
n'è uno, è quello che è già qui, l'inferno che abi-
tiamo tutti i giorni, che formiamo stando insieme.*

*Due modi ci sono per non soffrirne. Il primo riesce
facile a molti: accettare l'inferno e diventarne parte
fino a non vederlo più. Il secondo è rischioso ed
esige attenzione e apprendimento continui: cercare
e saper riconoscere chi e cosa, in mezzo all'inferno,
non è inferno, e farlo durare, e dargli spazio.*

(ITALO CALVINO, *Le città invisibili*, 1993)

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. L'ergastolo ostativo: pena (in)costituzionale? – 3. L'anima costituzionale della pena. – 4. La sentenza Torreggiani: prolegomeni. – 4.1. La sentenza Torreggiani: il *dictum*. – 4.2. La risposta italiana. – 5. Verso un nuovo modello della pena. Un parziale cammino, ancora da sperimentare.

1. *Cenni introduttivi*

Le linee che velocemente tratteggerò tentano di disegnare un'immagine dello stato dell'arte sulla pena detentiva in Italia, in particolare sulla distonia tra funzione della pena ed ergastolo c.d. ostativo e sulla situazione di degrado dovuto al sovraffollamento nelle carceri, anche alla luce, quanto a queste ultime, delle risposte legislative apprestate con le l. nn. 10 e 117 del 2014 (di conversione, rispettivamente, dei d.l. n. 146 del 2013 e n. 92 del 2014) in risposta all'obbligo di intervenire e rimediare al problema imposto dalla Corte di Strasburgo, con la c.d. sentenza 'pilota' Torreggiani dell'8 gennaio 2013.

* Testo della relazione svolta in Roma, nell'Università La Sapienza, in data 11 dicembre 2014, nel convegno su "La pena da Beccaria ad oggi".

Prima, come detto, ci si soffermerà sull'ergastolo c.d. ostativo, istituto caratterizzato da 'crisi genetica' nella lettura, l'unica ortodossa, costituzionalmente orientata della pena detentiva.

La tematica involge profili assai complessi.

Si dovrebbe, prima e necessariamente, discutere (*rectius*, ridiscutere) della funzione della pena, scolpita nel disposto di cui all'art. 27, comma 3, Cost.¹, che, «insterilito troppo a lungo nella categoria delle norme programmatiche», ha subito «per opera della Corte costituzionale una progressiva metamorfosi da limite negativo a vincolo positivo di tutte le scelte penali», fino a giungere, dopo un percorso giurisprudenziale «diacronicamente non lineare», connotato però «da una continuità ideologica», all'«approdo della massima valorizzazione del principio costituzionale della risocializzazione del reo»².

Per molto tempo, la teoria polifunzionale della pena, e l'agnosticismo conseguente, che non era venuto meno nemmeno con la legge n. 354 del 1975, ha permeato il dibattito sul senso della pena, emarginando così il vincolo rieducativo alla sola fase finale del momento punitivo «e comunque circoscritto entro i limiti del trattamento penitenziario»³.

La svolta culturale si deve alla penna di Ettore Gallo, estensore della sentenza della Corte costituzionale n. 313 del 1990 che definitivamente valorizza la finalità rieducativa della pena, «espressamente consacrata dalla Costituzione», caratterizzandola «nel suo contenuto ontologico», ossia «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue», qualificando, poi, il paradigma della funzione rieducativa della pena come «patrimonio della cultura giuridica europea»⁴.

¹ Sulla funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27 comma 3 Cost., la letteratura è assai ampia. Qui, per tutti, v. FIANDACA, *Il comma 3 dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1991, 223 s.

² Così PUGIOTTO, *Il volto costituzionale delle pena (e i suoi sfregi)*, in *www.penale-contemporaneo.it*.

³ Così Nicotra, in *AIC Rivista*, n. 2/2014, 3.

⁴ Testualmente Corte cost., sent. n. 313 del 1990. Come sottolinea NICOTRA, cit., 2, il verbo “tendere” sottolinea che la funzione della rieducazione deve svolgersi nel rispetto dell'autodeterminazione del singolo. “Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato” significa allora che occorre prendere atto della possibile divergenza tra la finalità, che è dovuta, e il contegno del condannato, che rimane libero di aderire o no all'offerta trattamentale: in tal senso v. sent. n. 79 del 2007, ma già sent. n. 204 del 1974.

È certo che lo Stato ha il dovere di offrire il trattamento, sebbene ciò non signi-

La tensione rieducativa, immanente, quindi, deve illuminare la pena già al di qua della dimensione dinamica – ossia della pena eseguita – nel senso che ne deve orientare la fisionomia statica, ossia la pena stabilita dal legislatore e inflitta dal giudice, fungendo da raccordo necessario tra pena e principio di colpevolezza⁵ e, al contempo, deve indirizzare il sindacato sulla ragionevolezza della cornice editale delle pene, che va commisurata alla loro finalità rieducativa⁶.

Il connotato rieducativo della pena è allora fondamento indiscusso del sistema, senza distinzione tra reati o tra condannati. Corollario delle due proposizioni contenute nell’art. 27, comma 3, Cost. è l’estensione del divieto di trattamenti inumani, ininfluyente risultando l’adesione alla tesi retributiva ovvero a quella rieducativa della pena⁷.

La lettura ortodossa della pena (meglio, costituzionalmente orientata) «asseconda la visione della ‘umanizzazione della sanzione’, quale strumento capace di favorire il reinserimento del condannato nella società e considera la vita un valore assoluto, tutelato come bene in sé, riconducibile alla dignità umana»⁸. La protezione dei diritti della persona, oltre a essere estrinsecazione del principio di umanizzazione e della pari dignità umana integra, del resto, il modo più idoneo per tendere al reinserimento del reo: una pena in condizioni non umane impedisce l’attuazione della sua funzione rieducativa⁹.

Eppure in più sentenze, la Corte ha ritenuto costituzionalmente legittime rispetto al fine consacrato nell’art. 27, comma 3, Cost., le modulazioni peculiari della pena nelle situazioni di cui all’art. 41-*bis* ord. pen., sebbene si tratti di un regime differenziato *in peius* rispetto a quello stabilito in via ordinaria, che – in nome di esigenze, pure necessarie, di induzione alla collaborazione e di ‘tenuta stagna’

fica che il detenuto debba sottoporvisi. Quanto alla volontarietà, si profila il problema per il condannato all’ergastolo, che invece deve sottoporsi al trattamento rieducativo se vuole accedere alla liberazione condizionale, con ciò rivelando il difficile (meglio, impossibile) inquadramento costituzionale della pena perpetua. Ma la questione della costituzionalità della pena all’ergastolo si è fino ad ora rivelata un tabù sociale.

⁵ V., per tutte, Corte cost., sent. n. 128 del 1987.

⁶ Dalla sent. n. 408 del 1998 sino alla sent. n. 68 del 2012.

⁷ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 707.

⁸ NICOTRA, cit., 3.

⁹ In tal senso *ex plurimis* v., almeno, la sentenza della Corte costituzionale n. 12 del 1966, secondo cui “un trattamento penale ispirato ai criteri di umanità è necessario presupposto per un’azione rieducativa del condannato”; nonché nello stesso senso le più recenti pronunce della Corte n. 26 del 1999; n. 341 del 2006; n. 279 del 2013.

tra il detenuto e l'ambiente di provenienza deviante – della rieducazione sembra proprio avere perso ogni traccia.

2. *L'ergastolo ostativo: pena (in)costituzionale?*

Alla luce del raccordo costituzionalmente imposto tra pena e funzione rieducativa-risocializzante¹⁰, non si può non riflettere sul problematico inquadramento dell'ergastolo 'nell'orizzonte di senso' della pena.

La prova dell'inconciliabilità della pena a vita con la finalità rieducativa-risocializzante si desume normativamente dalla eliminazione della pena di morte (con la legge di revisione costituzionale n. 1 del 2007) prevista nel caso di cui all'art. 27, comma 4, Cost., confermando il vero volto costituzionale della pena.

Nessuno può essere ucciso per legge.

Nessuno, ugualmente, è 'perso' per sempre.

L'abolizione della pena di morte si spiega, dunque, nella visione della rieducazione come anima costituzionale della pena, che si fa paradigma immanente nella proiezione verso l'approdo ultimo: la risocializzazione del condannato.

La pena a vita, con la cartella che indica come data di fine-pena letteralmente il 31.12.9999, come quella dell'ergastolano Carmelo Musumeci, è ancora l'insegna della porta verso gli inferi di immaginazione dantesca: una sorta di ratifica legale del «lasciate ogni speranza, voi che entrate».

Come la pena di morte, anche la pena fino alla morte rinnega ogni idea di possibilità di recupero sociale, assurgendo a fideistica adesione all'infallibilità del giudizio umano.

Invece, il rischio di sbagliare è intrinsecamente insito nel giudicare: ed è anche per questo che la pena irrimediabile è inaccettabile, perché incarna un irrazionale atto di fede verso un ordinamento infallibile¹¹.

La pena di morte e la pena fino alla morte collidono nello stesso modo con la funzione rieducativa-risocializzante del reo.

¹⁰ Al di là del termine infelice 'rieducazione', ci sembra necessaria la lettura del termine in sincretismo con quello di risocializzazione, tanto da potere parlare di una endiadi, essendo la prima legata in via strumentale alla seconda, che è tappa finale della pena.

¹¹ PUGIOTTO, cit.

Eliminazione fisica, *materiale*, la prima.

Eliminazione civile, *virtuale*, la seconda.

Come la prima è stata abolita per l'irrimediabilità delle conseguenze sulla vita, così si dovrebbe fare verso la seconda, per l'irrimediabilità delle conseguenze sulla perdita della libertà della persona sino alla fine della vita.

Entrambe sono scelte di una persona, il giudice, da cui un'altra persona non può tornare indietro, contrarie al valore della indisponibilità della vita altrui e alla logica della redenzione – laicamente intesa – a meno che nella vita non si includa l'attesa inerte *fino* alla morte *della* morte.

Come si può vedere, il volto costituzionale della pena – ossia il paradigma immanente della rieducazione del condannato, di ciascun condannato, in vista della risocializzazione – nella pena *sine die*? Ossia nella condizione dell'ergastolano cui è oscurata la visione, anche in filigrana (*meglio*, la speranza) della libertà?

Se dal 'lobicolo' i condannati passeranno al 'loculo'?

Nessuno è irrecuperabile.

Se, infatti, quanto alla condanna al carcere a vita, pregevoli appaiono operazioni normative, come anche interventi di ortopedia del 'giudice delle leggi', indirizzati a eliminare il 'mai' del fine pena¹², proprio per la distonia irrisolvibile col paradigma rieducativo, tuttavia è mancato il coraggio di dichiararne l'incostituzionalità, nemmeno di quello nella forma più dura, di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., ossia dell'ergastolo c.d. ostativo.

Si è detto: in caso di ergastolo ostativo, i condannati non vedranno mai la fine del carcere se non con la fine della loro vita: allora, come poterne sostenere la compatibilità costituzionale con il paradigma rieducativo, a fronte di una situazione che non lascia spazio alcuno alla risocializzazione? È una situazione tragica, definita efficacemente «di triplice schiacciamento»: si tratta, infatti, di persone

¹² È stato previsto che l'ergastolano possa essere ammesso alla liberazione condizionale dopo avere scontato 26 anni di carcere e dimostrato sicuro ravvedimento; inoltre è stato estesa agli ergastolani la semilibertà dopo 20 anni di carcere, così come la liberazione anticipata (l. n. 663 del 1986). Quanto alla Corte costituzionale si ricordi la declaratoria di illegittimità della pena all'ergastolo per i minorenni (sent. n. 168 del 1994), alla luce del significato peculiare del fine *rieducativo* della pena che assurge a fine educativo, desumibile dalla lettura congiunta con il disposto che riserva speciale protezione all'infanzia e alla gioventù (art. 31 Cost.).

che *in primis* sono ergastolani; in secondo luogo non hanno speranza alcuna di liberazione anticipata, sempre che non decidano di parlare e mettere un altro dentro, al posto loro; in ultimo sono, spesso, sottoposti al ‘carcere duro’ quando si tratta di destinatari del regime differenziato di cui all’art. 41-*bis* ord. pen.¹³.

Il paradigma rieducativo infrange e si polverizza quando sbatte contro lo scoglio della carcerazione *sine die*, che nega agli ergastolani i benefici penitenziari previsti per gli altri detenuti¹⁴.

Si insiste: se l’errore è sempre insito nell’agire umano, quindi anche nella decisione del giudice, tanto da essere ormai acclarata la crisi dell’irrefragabilità del giudicato penale, che, sappiamo del resto sempre più fluido, come accettare l’irrimediabilità di una condanna irrimediabile, senza alcuna via di uscita dalle mura del carcere?

E se nessuno ha da denunciare altri al posto proprio? O, se il condannato non si sente di barattare la propria vita con quella di un altro, che, magari, intanto, ha cambiato, rifondandola, la sua esistenza in nome di valori riappropriati (come dice l’ergastolano Carmelo Musumeci a proposito della sua scelta) o se collaborare significa mettere in pericolo la vita di familiari, che verrebbero possibilmente esposti a ritorsioni, o, ancora, se l’errore giudiziale c’è stato veramente e quindi non c’è proprio niente da confessare, nessun nome da rivelare?

In queste situazioni: l’innocenza, il non avere nomi da fare o, al limite da volere fare, diventa, nel caso dell’ergastolano ostativo, paradossalmente la colpa.

L’ergastolo ostativo è la pena crudele per antonomasia, la più crudele, inflitta non per il reato commesso, ma per una situazione

¹³ Il c.d. regime del 41-*bis* è stato stabilizzato con la l. 23 dicembre 2002, n. 279 all’interno dell’ordinamento penitenziario. Le modifiche più recenti, che hanno peraltro rafforzato la linea di massima sicurezza, sono previste nella l. 15 luglio 2009, n. 94, recanti “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”, all’art. 2. Quanto alla compatibilità della limitazione dei diritti del detenuto sottoposto al ‘41-*bis*’ con la CEDU v., *ex plurimis*, Viola c. Italia n. 8316/02 del 29 giugno 2006; Ganci c. Italia, n. 41576/98 del 30 ottobre 2003, in *Guida dir.*, n. 49, 2003, 91 con nota di BUONOMO.

¹⁴ In senso critico, sulla difficile compatibilità costituzionale – rispetto agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. – della esclusione dei benefici premiali della misura straordinaria e temporanea (fino al 24 dicembre 2015) della liberazione anticipata speciale ai detenuti di cui all’art. 4-*bis* ord. pen., come a quelli che si trovano agli arresti domiciliari di cui all’art. 656, comma 10, c.p.p. ovvero ammessi alla esecuzione della pena presso il domicilio, v. FILIPPI, *Adelante Pedro ... con poco juicio. Un passo (avanti o indietro) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 380.

successiva al reato: per una condotta. Una pena a vita per il tipo di persona, ossia per il comportamento non collaborativo adottato per scelta, per necessità o, addirittura, per impossibilità.

Abbiamo eliminato la pena *di* morte, ma non la pena *fino alla* morte, senza dimenticare la morte *per* pena (i suicidi in carcere sono aumentati in modo esponenziale: peraltro, la media in Italia è stimata al 38% a fronte del 26% della media europea)¹⁵.

Se si riflette, così si è finito per modulare le pene in base ai tipi di autore e questo significa «abbassare saracinesche sul trattamento rieducativo dei condannati»¹⁶. La strada deve essere, semmai, quella di continuare ad alzare quelle saracinesche, fino a elidere la pena perpetua che, obliterando la speranza, è uno sfregio al volto costituzionale della pena¹⁷: rieducare per reinserire nella vita sociale.

Il fine costituzionale della pena, si diceva: si è ‘dentro’ per scontare una pena dovuta, ma per poi uscire ‘fuori’ dalle mura, e potere rivivere diversamente nella *societas*, di nuovo attore, come in un *rewind*, idealmente prima del *ciak* tragico del delitto.

Insomma, «la reclusione deve essere limitata ai reati più gravi e ai casi di recidiva», e «con la custodia cautelare solo in casi eccezionali»¹⁸, come già Francesco Carrara lucidamente ammoniva¹⁹.

La pena dovuta (*rectius*: giusta) non può essere ancora pensata e imposta come retribuzione sterile del male inflitto, fine a se stessa, né meno che mai fatta vivere in condizioni vessatorie e degradanti. Strettamente connesse al valore costituzionale della pena sono allora, oltre all’abolizione dell’ergastolo ostativo, la necessità di assicurare, durante la detenzione in carcere, condizioni di vita dignitose. La pena deve essere sofferta sempre nel rispetto della dignità, all’interno di un percorso di consapevolezza del male commesso e causato – e quindi di dovere stare *dentro* ma per poi, dopo la pena, rivivere *fuori* in modo diverso – con il necessario ausilio di competenze peculiari entro progetti strutturati di rieducazione-risocializzazione.

La sentenza n. 105 del 2014 della Corte costituzionale è un segno di apertura, come lo sono stati gli interventi normativi che

¹⁵ PUGIOTTO, cit.

¹⁶ L’espressione è di Giostra.

¹⁷ PUGIOTTO, cit.

¹⁸ VIOLA, *I diritti in carcere*, in *AIC Rivista*, cit., 2.

¹⁹ CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Progresso e regresso del giure criminale nel nuovo Regno d’Italia*, Lucca, 1874, 299.

hanno ampliato il ricorso alle misure alternative dei benefici penitenziari, cancellando automatismi c.d. carcerari per i recidivi reiterati.

3. *L'anima costituzionale della pena*

In una visione più ampia, la chiave di volta per l'inversione di rotta, nel magma della legislazione penitenziaria, lacunosa, spesso contraddittoria, disorganica, e soprattutto, nella prassi applicativa, in troppi casi inadeguata, non di rado amplificando distorsioni in senso vessatorio, è il recupero del postulato costituzionale che si impone dalla lettura sistematica, in combinato disposto, dell'art. 13, comma 4, e dell'art. 27, comma 3, Cost., quale *guide-line* immanente dell'ordinamento penitenziario. E che, pur sembrando ovvio, tutto induce a credere che non lo sia: il riconoscimento in ogni persona condannata al diritto al ravvedimento per il reinserimento sociale, che presuppone il rispetto della titolarità di diritti e garanzie inviolabili. Diritti che la detenzione non può non limitare, ma certo non comprimere senza proporzionalità né meno che mai espropriare.

Per invertire la rotta bisogna uscire fuori dalla cultura della pena detentiva come unica risposta possibile: «un affrancamento dallo schema retributivo peraltro non risponde solo all'esigenza di offrire modalità più rispondenti alla dignità umana e più realistiche per comporre le lacerazioni del tessuto sociale derivanti dal mutuo riconoscimento tra gli individui come portatori di reciproche aspettative comportamentali: piuttosto appare altresì indispensabile per evitare il collasso di tale sistema e per garantire, nel contempo, la sua capacità di produrre prevenzione»²⁰.

Il ricorso al carcere – per un tempo determinato – dovrebbe essere *extrema ratio* e la pena concepita, sì, come punizione, ma declinata in «un *progetto* rivolto al futuro, consistente in provvedimenti (determinati) tesi a favorire il *riappropriarsi*, da parte di chi subisca la condanna, delle regole trasgredite, e, altresì, la sua responsabilizzazione rispetto ai danni o ai pericoli prodotti: il che esige di tener conto della *personalità* di tale individuo», anche con accertamenti sulla medesima, da effettuare – per ragioni garantistiche – solo dopo l'accertamento della colpevolezza.

²⁰ EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto dalla C. Eur. Dir. Uomo 19 giugno 2009*, Sulemjanovic c. Italie, in *Cass. pen.*, 2009, 4955.

Oltre la *compensazione* dell’illecito commesso, la pena dovrebbe essere forgiata su un modello di prevenzione *positiva*²¹, puntando sempre più sulla sospensione del processo con la messa alla prova, sul lavoro di pubblica utilità, sulla declaratoria di estinzione del reato in caso di prestazioni riparative offerte dal soggetto agente in modo spontaneo prima dell’inizio del processo; sull’ampliamento dei casi di sospensione condizionale della pena; sul rafforzamento degli interventi ablativi (tramite la confisca) sui profitti, diretti o indiretti, del reato e, in particolare, sui patrimoni illecitamente costituiti. Ancora, una funzione pragmatica di notevole rilievo potrebbe essere esercitata dalla pena pecuniaria nonché, specie con riguardo alla criminalità di natura economica e contro la pubblica amministrazione, da sanzioni autonome di carattere interdittivo, pur senza precludere ogni concreta possibilità di inserimento lavorativo o di reddito del loro destinatario²².

L’orizzonte costituzionale della pena *include* il ricorso legittimo alla forza nel monopolio dello Stato; *esclude*, invece, la violenza come deviazione della forza, usurpata da soggetti dello Stato, nelle mura delle carceri, in nome della pena inflitta. Insomma, come veniva ammonito più di duecento anni fa, al detenuto deve essere assicurata «una condizione di vita non indegna di un innocente»²³.

La pena – ci è stato insegnato da Beccaria, e, prima ancora, da Tommaso Natale²⁴ – non deve essere mai simbolica, ma nemmeno espressione di vendetta: deve essere mite ma proporzionata.

Non è iperbolica o provocatoria l’affermazione, proveniente da una voce autorevole, secondo cui «i muri delle carceri sono impastati

²¹ EUSEBI, cit., 4956.

²² EUSEBI, cit., 4957.

²³ FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, vol. III, Venezia, 1807, 105.

²⁴ Il palermitano, giurista filosofo e politico, Tommaso Natale scriveva le sue *Riflessioni politiche intorno alla efficacia della pena* nel 1759, sebbene pubblicate molti anni dopo. L’opera *Dei delitti e delle pene* del milanese Cesare Beccaria venne stampata per la prima volta, con autore anonimo, nel 1764 presso l’editore di Livorno Marco Coltellini, come più volte ebbe a sottolineare proprio Tommaso Natale, dato poi accertato (l’opera di Tommaso Natale è stata di recente pubblicata da Torri del vento, Palermo, 2012, con un saggio di Giovanni Tranchina). È sorprendente come in effetti alcuni passaggi delle due opere siano assai simili, anche nell’esposizione, quanto alla idea della necessità della certezza della pena, che deve essere mai crudele, proporzionata al delitto, e in ogni caso mite, per entrambi, incorniciata peraltro nel quadro del principio di utilità sociale.

di reati talvolta più gravi di quelli per i quali si è detenuti»²⁵. Se non fosse vero, non si spiegherebbero le condanne della Corte europea all'Italia per trattamenti degradanti; non si spiegherebbe la 'sentenza pilota' Torreggiani, né, prima, l'insegnamento della sentenza Sarigiannis contro Italia del 5 aprile 2011, secondo cui la legittimità dell'uso statale della forza risiede nei criteri di necessità e proporzionalità²⁶.

Del resto, la «Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati» del 2012, a cura del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia, asserisce che la persona detenuta ha tra gli altri il diritto di condurre una vita sana e confortevole, con un elenco dettagliato delle condizioni da assicurare²⁷: ma è rimasta 'Carta', se l'Italia, al 18 dicembre 2013, registrava un numero record di condanne (ben 34) dalla Corte Edu per violazione dei diritti sanciti nella CEDU, sebbene non tutte inerenti alle condizioni carcerarie.

Indipendentemente dalle fonti sovranazionali, la nostra Costituzione, all'art. 13, comma 4, conferma il valore della supremazia della dignità dell'uomo²⁸, che va, dunque, tutelata indipendentemente dalla condizione soggettiva di reclusione: «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà». Questo disposto è la fonte normativa che legittima il riconoscimento del delitto di tortura, inteso come ricorso abusivo, arbitrario e illegittimo del potere statale: non serve firmare e ratificare trattati che lo vietano. Il delitto di tortura è già scritto nella Costituzione, ma il legislatore ordinario si ostina a non vederlo.

La domanda: quando una pena cessa di essere umana e diviene tortura?

Quando, legalmente inflitta dopo un processo giusto, la condanna è, di fatto, scontata in condizioni disumane e degradanti,

²⁵ PUGIOTTO, cit.

²⁶ Sulla sentenza, in relazione alla violazione dell'art. 3 CEDU, v. SOLA, *Fermo per identificazione*, in *Il Libro dell'anno 2013*, Treccani, Roma, 2014, nonché BEDUSCHI, *L'Italia condannata da Strasburgo per una violazione dell'art. 3 Cedu in relazione all'uso eccessivo della forza da parte di alcuni agenti di polizia dell'aeroporto di Fiumicino*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁷ Ministero della Giustizia, *Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati*, 2012, 6 s.

²⁸ Sul lettura costituzionale del valore della dignità umana v., RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Bari, 2012, 184 s.

senza il rispetto della dignità dell’uomo, ossia negando il diritto ai diritti fondamentali.

E il sovraffollamento è stato ormai assunto dal legislatore italiano, su *input* della della Corte Edu, come indice rivelativo dell’impossibilità di soddisfare tutti gli altri diritti²⁹.

In tali condizioni, la detenzione in carcere non è più la pena giusta, anzi non è più pena ma violenza come – credo – che esondi dalla pena giusta anche quella che finisce per divenire condizione di vita fine a se stessa, quando la vita si risolve nella reclusione sino alla fine della vita.

La pena così degenera in violenza imposta a chi ha usato violenza.

Il divieto di tortura – scolpito nell’art. 13, comma 4, Cost. – dovrebbe assurgere a parametro di costituzionalità delle leggi. Nell’inerzia del legislatore sarà, forse, la Corte costituzionale a supplire al *deficit*, visto che già alcuni giudici hanno sollevato, sebbene senza successo, la questione di colmare questo vuoto di illegalità³⁰.

La pena in condizioni degradanti e disumane (e a mio parere, come appena detto, è una condizione disumana anche l’ergastolo ostativo) esce dal cerchio epistemologico disegnato dal volto degli artt. 27, comma 3, e 13, comma, 4 Cost. per divenire sopruso, arbitrario, sofferenza inutile, comunque *altro*, certamente non la pena ‘legale’ (*recte*: che vuole le legge).

Del resto, in tali casi la pena oltre che dannosa è inutile: non serve alla vittima, non serve alla società, non serve al condannato per la sua rieducazione e il suo recupero sociale.

È solo vessazione fine a se stessa, idonea, anzi, a innescare reazioni a catena in negativo, e non solo in chi la subisce.

Carattere umanitario e fine rieducativo sono anelli di una sola catena ontica: la successione nel testo costituzionale, prima, l’art. 13, poi, l’art. 27, conferma non solo – come sostiene la Corte nella sentenza n. 279 del 2013 – la loro inscindibilità, in quanto principi «logicamente in funzione l’uno dell’altro», ma la loro relazione di mezzo a fine³¹.

²⁹ VIOLA, cit., 3.

³⁰ PUGIOTTO, cit.

³¹ FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 9, 30.4.2014. Sulla sentenza 22 novembre 2013, n. 279, v. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

La *natura umana* della pena serve *al fine* della rieducazione, ma prima ancora al *rispetto della dignità dell'uomo*, scolpito nell'art. 2 Cost.: «La repubblica riconosce e garantisce i diritti inderogabili dell'uomo».

La dignità è delle persone, detenute o meno non importa.

Ciò impone non solo che non si devono aggiungere sofferenze ulteriori a quella della detenzione³², ma soprattutto che lo Stato ha l'obbligo etico-giuridico di porre in essere interventi che permettano alla persona detenuta di esercitare quanto più possibile i diritti personali d'identità, intimità, di riservatezza, d'integrità psico-fisica resi più difficili dalla condizione di reclusione³³. In altri termini, «la posizione suprema della dignità in un ordinamento costituzionale pluralista, in cui non è possibile stabilire una gerarchia tra i diritti fondamentali – tra i quali occorre sempre ricercare un bilanciamento (sentenza n. 85 del 2013) – conduce alla conseguenza che essa non è suscettibile di riduzioni per effetto di bilanciamento, in quanto è la bilancia medesima, il criterio di misura di tutti i principi e di diritti, oltre che, naturalmente, di tutte le forme di esercizio dell'autorità»³⁴.

4. *La sentenza Torreggiani: prolegomeni*

A questo punto, sembra opportuno guardare a ciò che è accaduto: sentenza Torreggiani e interventi legislativi interni, che ne sono seguiti, i quali, sebbene con i limiti, le contraddizioni e le lacune di una disciplina frettolosa (perché si doveva necessariamente scrivere entro un tempo imposto dalla Corte Edu) hanno senza dubbio il pregio di avere riaperto la questione di «ripensare le modalità della risposta edittale della pena»; questione che attiene non solo a «profili di interesse *umanistico*, ma a tutti gli effetti alla riflessione sulla funzionalità del diritto penale rispetto agli obiettivi di tutela dei beni fondamentali. Il che, peraltro, può condurre a constatare come un sistema sanzionatorio meno imperniato sulla detenzione e, in tal senso, *più umano*, risulti assai più rispondente a obiettivi di efficienza preventiva, anche e soprattutto nei settori più moderni dell'intervento penale, di quanto ordinariamente non si creda»³⁵.

³² In tal senso v. Cass., sez. I, 30 gennaio 2008, Madonia, in *Foro it.*, 2008, II, c. 272.

³³ M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2011, 87.

³⁴ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *AIC Rivista*, cit., 1.

³⁵ Sul tema, per tutti, v. EUSEBI, cit., 4939-4940.

Innanzitutto, le condizioni di sovraffollamento delle carceri italiane e la conseguente lesione dei diritti dell'uomo sottoposto a condizioni degradanti, al limite del disumano, erano fatto notorio, tra l'altro acclarate in precedenti sentenze della Corte Edu – per prima, la sentenza della Corte Edu 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*³⁶ – e della stessa Corte costituzionale.

Del resto, il legislatore aveva già cominciato a muoversi su tre fronti: il primo, con il c.d. piano carceri del 2010³⁷, era diretto a potenziare l'edilizia penitenziaria; il secondo, con il ricorso progressivo a forme di carcerazione domestica e con il potenziamento di benefici penitenziari e delle alternative alla detenzione, si muoveva sul piano deflattivo, e l'ultimo, tendente a diminuire il flusso in entrata nelle carceri, interveniva, seppure timidamente, sulla l. n. 251 del 2005³⁸.

La necessità di andare oltre, ossia di approntare strumenti processuali in grado di accertare la lesione, con la capacità di incidere in tempi rapidi sulle cause, rimuovendole e impedendo il protrarsi del pregiudizio nei riguardi del detenuto, era già stata sottolineata da più parti³⁹. Dopo la Torreggiani è ormai chiaro a tutti la necessità di «misure che non si limitino a tamponare l'emergenza, come i provvedimenti clemenziali di portata generale volti a sfoltire la popolazione carceraria, o gli interventi di tipo strutturale di edilizia penitenziaria e di ampliamento dell'organico, diretti a garantire una maggiore capienza delle carceri». Ciò che occorre è la predisposizione di misure in grado di incidere sul sovraffollamento carcerario, con interventi radicali che propongano nuove politiche penali intese a ripensare l'organizzazione del sistema penitenziario⁴⁰, se non del sistema san-

³⁶ Sulla sentenza v. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti. La CEDU condanna l'Italia per le condizioni di detenuti*, in *Quest. giust.*, n. 5, 2009, 111 nonché PLASTINA, *L'Italia condannata dalla Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2009, 4928.

³⁷ Sul c.d. piano carceri in sintesi estrema v. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, cit., 1796 nota 6. Sulla l. n. 199 del 2010 v. *amplius* v. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro “pannicello caldo” per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 5.

³⁸ FIORIO, *Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014, 120.

³⁹ CORVI, cit., 1807.

⁴⁰ Tra le questioni ha assoluto rilievo la necessità di connotare di giurisdizionalità i poteri del magistrato di sorveglianza, sul solco di quanto fatto con le recenti leggi del 2014.

zionatorio penale e a *riqualificare* da subito, col massimo sforzo, la vita dei detenuti nella necessaria urgenza di garantire il rispetto della dignità di ciascuno.

Come? Sarebbe prioritario assicurare la qualità della pena intramuraria con percorsi di studio e formazione strutturati secondo una progettazione organica, ben oltre gli estemporanei corsi di ceramica, pittura, falegnameria, *decoupage et similia*, che nulla garantiscono in termini di appropriazione di attitudini individuali da potere spendere una volta fuori dal carcere, e che al più ‘tengono occupati’ i detenuti per un po’ di ore al giorno. I detenuti hanno diritto all’integrazione dentro le mura nella condivisione di processi di consapevolezza del proprio valore in quanto persone e di gratificazione, i quali passano necessariamente per la qualificazione professionale e per l’attività lavorativa fuori dal carcere durante il periodo di pena, o – se non ci sono le condizioni – dentro le strutture dove scontano la detenzione. Certo, il lavoro va remunerato ma, viste le scarsezze di risorse e la crisi del mercato del lavoro, si potrebbe pensare, sulla falsariga di esperienze consolidate degli Stati Uniti, del Canada e di molti Stati europei, all’impiego in attività lavorative di ordinaria manutenzione delle carceri – che rafforzerebbe anche la valenza simbolica della detenzione oltre che il dovuto profilo rieducativo – sfruttando in positivo energie e competenze, magari già consolidate, dei detenuti. L’alibi della mancanza di denaro per la retribuzione monetaria giustamente dovuta potrebbe essere superata imputando una parte dello stipendio per le spese processuali, nella realtà quasi mai pagate per le condizioni economiche in cui versano i detenuti, o per le spese di mantenimento, appunto come altre esperienze insegnano, o ancora, sebbene in via simbolica, a titolo di risarcimento delle vittime. Ancora, sarebbe necessario assicurare una minima continuità nelle relazioni con la famiglia, ben oltre il *tot ore* di incontri frontali o telefonate e, *least but non last*, fare scontare il tempo della pena in ambienti dignitosi, con spazio, luce, areazione, riscaldamento, riservatezza per le funzioni intime⁴¹. È, anzi, a monte, il problema della qualità della vita dei detenuti nelle esigenze per così dire primarie.

⁴¹ Sulla necessità di assicurare condizioni qualitative come areazione, luce, acqua calda, servizi igienici riservati, al di là del criterio quantitativo – ossia dello spazio delle celle – la Corte Edu era già intervenuta più volte: per tutte v. Moissev c/Russia, n. 62936/00 del 9 ottobre 2008.

Mancando queste, tutto il resto non può essere nemmeno svolto o comunque, se fattibile, sarebbe vanificato nel significato autentico.

4.1. *La sentenza Torreggiani: il dictum*

‘Pietra d’angolo’ della nuova legislazione – si diceva – è la c.d. ‘sentenza pilota’ Torreggiani contro Italia dell’8 gennaio 2013⁴², con cui, come noto, accertando la situazione del «grave sovraffollamento» delle carceri italiane, connotato da «carattere strutturale e sistemico», la Corte Edu non si è limitata ad affrontare il ricorso del detenuto Torreggiani e di altre sette persone, che si dovevano di avere subito trattamenti in carcere contrari ai principi tutelati all’art. 3 della Cedu, ma, appunto, ricorrendo allo strumento della ‘sentenza pilota’, ha sospeso tutti i ricorsi dei detenuti italiani aventi a oggetto il riconoscimento della medesima violazione subita, ponendo all’Italia il termine di un anno, a decorrere dal 28 maggio 2013 (poi prorogato al giugno 2015) quale limite massimo entro cui adottare i provvedimenti necessari per rimediare alla situazione.

Innanzitutto, la Corte Edu precisa il significato di ‘sovraffollamento grave’, che si assume integrato quando un detenuto disponga per sé di uno spazio inferiore ai 3 mq, con una sorta di presunzione *iuris et de iure* di condizione degradante. Se poi – in caso di spazio superiore ai 3 mq e inferiore ai 4 – si accertino in concreto altre situazioni in grado di incidere negativamente sulla qualità della vita della persona *in vinculis*, quali scarsa illuminazione, scarsa areazione, mancanza di acqua calda, mancanza di riscaldamento, ove le condizioni climatiche lo rendano necessario, impossibilità di uso dei servizi igienici in condizioni di riservatezza, mancato rispetto delle condizioni igieniche minime, si incorre ugualmente nella violazione dell’art. 3 CEDU⁴³.

⁴² I commenti sulla sentenza sono numerosi; tra gli altri v. almeno FIORIO, *Torreggiani c. Italia: ultimo atto*, in *Antigone*, 2013, 1; FIORENTIN, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all’interno delle carceri italiane*, in *www.penalecontemporaneo.it*; MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi “compensativi”: prospettive de iure condendo*, in *Arch. pen.* n. 2, 2014; ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giur. it.*, 2013, 11; VIGANÒ, *Sentenza pilota della corte edu sul sovraffollamento nelle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all’adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁴³ Sull’impossibilità di determinare in modo rigido e assoluto lo spazio in metri quadrati della superficie della cella v., tra le molte pronunce di condanna della Corte

Insomma, ogni volta che una persona ristretta sia in condizioni tali, viene violato il diritto a non subire trattamenti disumani o degradanti, espressamente vietati dal disposto sovranazionale. Tuttavia il criterio dello spazio, sebbene oggettivamente riscontrabile, non può essere soddisfacente per un valutazione corretta, di per sé non assicurando il rispetto dei diritti minimi, semmai integrandone, come detto, il presupposto, perché impedisce tutte le altre esplicazioni della persona. Di certo non si risolve il problema della dignità delle persone ristrette assicurando lo spazio minimo necessario nelle celle: imprescindibile, certo, ma che, 'vuoto di contenuti', assicura solo metri quadrati per le funzioni primarie, rimanendo un 'non luogo'.

La condizione degradante cesserà quando nello spazio adeguato per soddisfare esigenze vitali si implementeranno dinamiche strutturate di relazioni sociali, culturali, lavorative, affettive, previste in documenti ufficiali ma troppo spesso estenuate, con le parole di Montale, a «storte sillabe e secche come un ramo».

Lo scenario dovrebbe cambiare: «acclarata come disumana» la situazione delle carceri italiane, la Corte Europea ha obbligato l'Italia a «porre fine alla situazione» di «metastasi ordinamentale della condizione carceraria», sia dal basso, ossia dalle cause basilari, sia dall'alto, rimediando alle violazioni accertate (invero solo la punta dell'*iceberg*), con i dovuti risarcimenti.

Se affrontata 'dal basso', la crisi strutturale del sistema richiede interventi di medio e lungo periodo, senza peraltro individuazione da parte della Corte dei provvedimenti necessari, lasciata alla valutazione dello Stato italiano. Si tratta allora di due tipi di interventi: predisporre rimedi di tipo strutturale a giovamento della 'collettività carceraria' e fornire rimedi preventivi e compensativi a chi ha subito violazioni nel trattamento restrittivo in base al presidio dell'art. 3 CEDU⁴⁴, imponendo, quanto ai secondi, risposte 'a stretto giro' (un anno, poi, come detto, prorogato al giugno 2015), anch'esse peraltro non prestabilite nelle modalità, essendo, la relativa declinazione, lasciata dalla Corte alsaziana all'Italia.

Edu, Mathew c/Paesi Bassi, del 29 settembre 2005 n. 24919/03; Papon c/Francia (dec.), n. 64666/01, CEDU 2001-VI; Peers c/Grecia, n. 28524/95 CEDU 2001-III.

⁴⁴ Sottolinea MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi "compensativi"*, cit., 5, come i due esiti siano strettamente connessi, posto che entrambi costituiscono il risultato di un controllo che abbia accertato la sussistenza di una condizione detentiva inumana e degradante.

In estrema sintesi.

Quando un detenuto sia ristretto in condizioni tali violare l’art. 3 CEDU, «la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti. Inoltre, chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita»⁴⁵.

4.2. *La risposta italiana*

Dal monito europeo, sono seguite la l. n. 10⁴⁶ e la n. 117, entrambe del 2014, che hanno, inutile negarlo, tutte le lacune e i difetti di disorganicità di un abito cucito in fretta; le solite vestigia delle ‘leggi-tampone’, figlie del ‘*hic et nunc*’, prive di elaborazione, cui del resto siamo ormai abituati da più di vent’anni, essendo ormai lontano il 1992: l’anno zero della ‘era dell’emergenza’.

I rimedi stabiliti hanno come presupposto il pregiudizio subito da un detenuto, verificato in base all’accertamento della violazione delle condizioni stabilite all’art. 3: ma, *quid novi* – nella lettura fornita dalla Corte Edu.

⁴⁵ Corte eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013 Torreggiani c. Italia, cit., paragrafi 50, 96.

⁴⁶ La l. n. 10 del 2014 è intervenuta non solo sulla tutela dei diritti dei detenuti, imposta esplicitamente dalla Corte Edu, ma anche con interventi deflattivi diretti a contenere i flussi in entrate e ad aumentare quelli in uscita. Sulle modifiche v. FIORIO, *Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014, 121 s. In estrema sintesi, la legge è intervenuta sulla disciplina degli stupefacenti; ha ampliato le alternative alla detenzione, con una dilatazione dei presupposti oggettivi dell’affidamento in prova “ordinario”, di cui all’art. 47 ord. pen.; ha stabilizzato l’esecuzione della pena presso il domicilio, non più a tempo, essendo stata eliminata la condizione originaria dell’efficacia fino “alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e comunque non oltre il 31 dicembre 2013”; ha mostrato maggiore favore dell’uso del braccialetto elettronico in tutti i casi di detenzione domiciliare e in caso di arresto, con la modifica di cui all’art. 275-*bis* c.p.p., quanto alla inversione della motivazione: il giudice ora deve motivare se non la ritiene necessaria, diventandone, l’uso, la regola; ha istituito la liberazione anticipata speciale, ossia un beneficio a termine, per il quale, per due anni dalla data di entrata in vigore del d.l. la detrazione di pena di cui all’art. 54 ord. pen. passa da 45 a 75 giorni per ogni semestre di pena scontata, facendo decorrere il tempo dal 1° gennaio 2010, a condizione che il condannato, successivamente alla concessione del beneficio, abbia continuato a partecipare all’opera di rieducazione; infine ha ampliato i casi di espulsione come misura alternativa al carcere (con procedure più agili in tema di identificazione dello straniero).

Da questo momento in poi sarà imprescindibile il monitoraggio della giurisprudenza europea, assurgendo, quindi, a ‘dato normativo’ il principio in base al quale il nostro ordinamento è vincolato dalle norme della CEDU secondo l’interpretazione della giurisprudenza della Corte europea (art. 35-ter, comma 1, ord. pen.).

In tale operazione, occorre avere chiaro che il sovraffollamento carcerario è causa di degrado della dignità umana e, quindi di violazione del divieto di cui all’art. 3 CEDU, individuato, in via automatica nello spazio per il detenuto inferiore a 3 mq. Tuttavia, la violazione dell’art. 3 CEDU, ossia del principio che vieta la sottoposizione a condizioni disumane e degradanti, è integrata anche se lo spazio fruibile sia tra i 3 e i 4 mq, ma vengano riscontrate condizioni, per così dire, qualitative, che incidono in negativo sulla vita della persona ristretta.

Se allora *condicio sine qua non* del degrado è la condizione di sovraffollamento, atteso che di per sé fa scattare la violazione dell’art. 3 CEDU, il divieto di trattamenti inumani e degradanti è violato anche se – rispettata la soglia di spazio minimo dei 3 mq – il detenuto sconta la condanna in carcere in situazioni oggettivamente in grado di alterare le condizioni dignitose per la sua vita⁴⁷.

Il sovraffollamento da genesi del risarcimento, atteso che comporta automatica violazione dell’art. 3 CEDU, sembra diventare elemento esogeno quanto all’esperienza del reclamo per i rimedi preventivi e compensativi, divenendo, ai sensi dell’art. 35-ter ord. pen., presidio accessibile a tutte le persone che ritengono di avere subito un trattamento carcerario inumano e degradante, vietato dall’art. 3 CEDU, nell’interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo (oltre, quindi, la mera condizione di sovraffollamento carcerario).

La Corte ha indicato la necessità di misure strutturali in grado di incidere sulle cause del sovraffollamento, ma – consapevole che si tratta di interventi a medio e lungo periodo, non semplici nella individuazione né veloci nella attuazione – ha individuato il termine, non prorogabile (poi invece prorogato al giugno 2015) di un anno entro il quale predisporre «un ricorso o una combinazione di ricorsi» in grado di «riparare le violazioni in atto», sia sottraendo il detenuto alla situazione degradante sia fornendo un ristoro per la violazione

⁴⁷ DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in www.penalecontemporaneo.it.

subita, con una duplice declinazione dei rimedi⁴⁸: preventivi e compensativi.

5. *Verso un nuovo modello della pena. Un parziale cammino, ancora da sperimentare.*

Davvero non si poteva ‘trovare’ altro?⁴⁹

Sicuramente non si è avuto il coraggio di stabilire il rinvio delle esecuzione della pena⁵⁰, continuando ad ‘accogliere’, si fa per dire, persone in strutture incapienti, spesso fatiscenti o comunque necessarie di interventi, insomma in ‘non spazi’, dove le celle hanno anche letti a castello tripli, a distanza dal tetto di 50 cm, come quella in cui scontava la pena, a Busto Arsizio, il Signor Torreggiani e gli altri sette detenuti ricorrenti, ristretti per 19 ore in meno di 9 mq per tutti. E spesso si vive in spazi non solo strettissimi ma, si è detto, dove non c’è riscaldamento, acqua calda o servizio igienico separato. Troppi i profili ritenuti critici per fare fronte alla situazione⁵¹: *in pri-*

⁴⁸ Sul concetto di complementarietà dei rimedi, affermata nella sentenza Torreggiani e, già prima, nella pronuncia della Corte Edu del 10 gennaio 2012, Ananyev e altri c. Russia, ove la Corte affermava l’insufficienza dei soli rimedi preventivi, v. MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi compensativi*, cit.

⁴⁹ Sulla necessità di ripensare le sanzioni penali v., tra gli altri, EUSEBI, cit., 4938; MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 200, 160 s.; PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giuridiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 102 s.

⁵⁰ Quanto alla possibilità di ricorrere a un rinvio facoltativo della pena, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 279 del 2013 pur dichiarando inammissibile la questione, trattandosi solo di una delle tante soluzioni possibili (così spettando al potere legislativo decidere), in linea con l’atteggiamento già adottato di prudenza a non sostituirsi alla competenza del legislatore, ha definito attuale e intollerabile il sovraffollamento carcerario, tanto da ritenere l’esecuzione delle pene in condizioni di spazio inferiore a 3 mq in contrasto con i principi convenzionali e ancor prima con quelli costituzionali. In tema v. ORLANDI, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2013, 427. Sulla risposta meno pregnante della Corte costituzionale con la sentenza in oggetto, rispetto alla soluzione altre volte adottata, a fronte dell’inerzia protratta del legislatore, con le sentenze c.d. additive di principio v. A. RUGGIERI, *Ancora una decisione d’incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *www.giurcost.org*.

⁵¹ DELLA CASA, *Il problematico impiego della sospensione della esecuzione in chiave “overcrowding”*. *La parola alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2013, 997. Sulle obiezioni sollevate in dottrina v. PUGIOTTO, *L’urlo di Munch della Magistratura di sorveglianza. Statuto costituzionale e sovraffollamento carcerario (nota a C. cost. sent. 22 novembre 2013 n. 279)*, in *penalecontemporaneo.it*.

mis, l'individuazione di strutture più adeguate e, poi, il problema del successivo trasferimento del detenuto che ha subito condizioni di sovraffollamento o situazioni degradanti in una struttura adeguata per i costi onerosi e le risorse non disponibili (si è scritto proprio così in documenti ufficiali).

Tuttavia, il percorso a corsie allargate sembra intrapreso⁵². Si pensi all'ampliamento delle misure alternative alla detenzione (la messa alla prova), alla «stabilizzazione» della detenzione domiciliare non superiore a 18 mesi, oltre il termine del 31 dicembre 2013⁵³; alla inedita misura «a termine» della liberazione anticipata speciale⁵⁴; al maggiore ricorso all'applicazione del braccialetto (*rectius*: cavigliera) elettronico; all'ampliamento dell'espulsione dello straniero dallo Stato come misura alternativa al carcere, insieme a misure più agili per l'identificazione dello straniero. Sono segnali univoci di una sconfessione della politica legislativa 'carcerocentrica'⁵⁵ che ha fatto da protagonista dal 2000 al 2010, sebbene rimane saldamente issata l'icona⁵⁶ o la (croce?) del carcere ostativo, come, del resto, ancora 'murati vivi' sono i detenuti sottoposti.

In ogni caso, per rendere non degradante la vita in carcere al di là dei metri quadri misurati, occorrere guardare oltre, ossia alla più profonda revisione di un «sistema di gestione della pena più conforme ai principi costituzionali», come ha ammonito il Presidente della Repubblica nel messaggio inviato al Segretario generale del sindacato autonomo di polizia giudiziaria, il 10 aprile 2013 e poi alle Camere, l'8 ottobre dello stesso anno.

Si deve ripensare la pena.

⁵² Sulle riforme v. FIORENTIN, cit., 4-9.

⁵³ Si è abrogato il primo periodo dell'art. 1 della l. n. 199 del 2010, stabilizzando così la misura originariamente 'a tempo', con il superamento, peraltro, del divieto di concessione della detenzione domiciliare biennale ai condannati recidivi reiterati (art. 47-ter, comma 1-bis, ord. pen.).

⁵⁴ È consentito al condannato che abbia dato prova di partecipare in modo attivo e consapevole al programma di rieducazione di godere di uno sconto di pena di 75 giorni di detrazione per ogni semestre di pena scontata, invece di 45, di cui all'art. 54 ord. pen., con effetto retroattivo a decorrere dal 1 gennaio 2010. Indicava la liberazione anticipata come misura deflattiva del carcere l'allora capo del DAP TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 11.

⁵⁵ L'espressione è di FIORIO, *Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo*, 119.

⁵⁶ Anche questa espressione si legge in FIORIO, *Diritto penitenziario*, cit., 128.

Dopo un decennio di quella legislazione, rivelatasi miope, la rotta è stata indirizzata in senso diverso, ma non è stata invertita⁵⁷: la decarcerizzazione continua a essere terreno incolto, non potendo certo considerare né il c.d. indultino del 2003, né l’indulto del 2006, interventi in tal senso⁵⁸.

Ora qualcosa è cambiato, perché siamo stati obbligati dalla giurisprudenza alsaziana.

Certo i rimedi imposti sono fondamentali, ma occorrono modelli di pena alternativi alla detenzione in carcere.

È scaduto da troppo il tempo della sola pena carceraria: occorre varcare ‘nuove frontiere’ della pena.

È una esperienza che, inutile tacerlo, politicamente non rende: le alternative alla pena detentiva vengono guardate dalla collettività con sospetto e allarme, in quanto percepite come allentamento della risposta statale, come cedimento dello Stato, col risultato che si sono assecondati – invece di guidarli – gli umori della collettività, peraltro suggestionati dalle scelte allarmistiche in merito dei mezzi di comunicazione di massa, il cui potere suggestivo è enorme.

Ma non basta: non si può più prescindere da una vera opera di depenalizzazione.

Non si vuole essere critici a tutti i costi, ma non si può tacere che quello che si è fatto (meglio, scritto) non è stato fatto bene: è mancato un disegno organico, un piano di politica strutturale, all’insegna di una legislazione aritmica⁵⁹.

Col dire questo, di certo non si negano gli effetti positivi, sebbene ancora da sperimentare, degli interventi varati: penso all’impulso – tramite la riformulazione del comma 1-*quater* dell’art. 47-*ter* ord. pen.⁶⁰ – delle misure alternative, come l’affidamento in prova o

⁵⁷ Rileva FIORIO, *Diritto penitenziario*, cit., 119 nota 2, come ad eccezione del regolamento di esecuzione penitenziaria adottato con d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 e delle leggi sulle detenute madri (l. n. 40 del 2001 e l. n. 62 del 2011), gli interventi legislativi del decennio 2000-2010 “hanno vanificato le riforme consacrate nella legge Gozzini”.

⁵⁸ In tal senso v. FIORIO, cit., 120.

⁵⁹ Sinteticamente su tutti gli interventi v. CORVI, cit., 1796 s.

⁶⁰ Si è in tal modo consentito al magistrato di sorveglianza di applicare in via provvisoria la detenzione domiciliare nei casi di grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione. Si è anche esclusa la revoca della detenzione domiciliare in caso di condanna per evasione quando il fatto sia di lieve entità; sono state soppresse le previsioni, di cui ai commi 1.1. e 1-*bis* dell’art. 47-*ter* ord. pen., che limitavano la concessione della detenzione domiciliare ai condannati recidivi qualificati. Si è ri-

la detenzione domiciliare; all'esclusione della automatica revoca della detenzione domiciliare in caso di condanna per evasione, quando il fatto sia di lieve entità; alla soppressione delle previsioni, di cui ai commi 1 e 1-*bis* dell'art. 47-*ter* ord. pen., che limitavano la concessione della detenzione domiciliare ai condannati recidivi qualificati. Nella direzione del decongestionamento delle carceri si è poi incoraggiato il deflusso dei detenuti dalle strutture penitenziarie; si sono rimossi i limiti per l'accesso alla semilibertà nei confronti dei recidivi *ex art.* 99, comma 4, c.p., con l'abrogazione dell'art. 50-*bis* ord. pen., e si è ampliato l'ambito di operatività dei c.d. permessi premio. Ancora, si è iniziata un'opera di progettazione del lavoro all'esterno, tramite la previsione di sgravi contributivi e crediti di imposta per i datori di lavoro; si è pensato al lavoro di pubblica utilità presso lo Stato, enti locali, organizzazioni di volontariato nonché a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati commessi, accertando prima la non pericolosità del soggetto o altre condizioni, quali una quantità di pena residua da scontare (con le dovute eccezioni per i condannati per i delitti di cui all'art. 416-*bis* e per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo)⁶¹.

Tuttavia, non è stato saldato, alla base, un reticolo in grado di tenere insieme le novità, col rischio – penso soprattutto alla risorsa del lavoro esterno – di lasciare all'improvvisazione o alla buona volontà delle agenzie territoriali, come dei direttori delle strutture penitenziarie o dei servizi sociali, (peraltro in sofferenza per sottorganico), la riuscita della misura, potenzialmente in grado di effetti positivi 'a raggiera', per il singolo, per la gestione quotidiana delle attività e dei problemi che il sovraffollamento delle strutture comporta, come per la collettività. Del resto, i numeri del lavoro esterno e *intramoenia* sono ancora del tutto irrilevanti, potendosi meglio parlare di esperienze isolate o sporadiche.

Intrapreso il cammino, comunque.

Lungo ancora il percorso, e, soprattutto, la 'tenuta' della bussola.

Certo, vedere solo il negativo non serve.

mosso i limiti per l'accesso alla semilibertà nei confronti dei recidivi *ex art.* 99, comma 4, c.p., con l'abrogazione dell'art. 50-*bis* o.p., e a rimozione e l'ampliamento dell'ambito di operatività dei permessi premio.

⁶¹ Sulle strade da percorrere e su quelle già intraprese per risolvere il sovraffollamento carcerario v. efficacemente, CORVI, *Sovraffollamento carcerario*, cit., 1800 s.

Le condanne europee per la violazione dell’art. 3 CEDU ci sono e sono un fatto grave per un ordinamento democratico; presuppongono sofferenze e degrado come *status* della vita carceraria, ma sono servite da viatico necessario per un nuovo tempo⁶².

Del resto, non ci sono soluzioni facili se i problemi sono difficili: e, come ha detto la Corte di Strasburgo, il sovraffollamento carcerario italiano è un problema strutturale e non episodico, da affrontare, liberi nel *quomodo*, non nell’*an* né nel *tempus*. Non si deve smarrire la consapevolezza che chi ha commesso un delitto è una persona titolare di diritti al pari di noi, qui liberi, mentre il fatto commesso, da condannare e punire, è una azione, certo una *sua* azione cui occorre una reazione in termini di legalità.

L’unica risposta possibile è non fermarsi, ampliare e migliorare con urgenza le strutture carcerarie, al contempo, tracciando percorsi inediti nel solco di una cultura della pena e della sanzione, nell’orizzonte di senso del volto costituzionale della pena, come ha ricordato il Presidente della Repubblica nel suo messaggio alle Camere, con attenzione massima – preventiva, è il caso di dirlo – al rispetto della dignità delle persone ‘ristrette’, ossia di chi è in condizioni di maggiore debolezza o fragilità.

La difficoltà di tracciare itinerari autenticamente nuovi – oltre il feticcio del provvedimento di clemenza⁶³ – non può essere alibi per lo *status quo*: del resto, con le parole di Antonio Machado, in ogni esperienza «viandante non c’è via, la via si crea con l’andare».

⁶² Secondo PLASTINA, cit., 4937, le condanne riportate dall’Italia circa il trattamento dei detenuti per violazione dei diritti dell’uomo vanno spiegate alla luce anche “della complessa realtà umana del mondo penitenziario, che rende non sempre facile la valutazione dei casi individuali alla luce di seppur corrette regole generali”.

⁶³ L’indulto mina la credibilità del sistema, sia perché infrange il principio di uguaglianza sia perché la collettività avverte la precarietà degli effetti sul sovraffollamento, senza la capacità di innescare meccanismi di riforma. In tal senso v. *amplius*, PELLISSERO, *La crisi del sistema*, 261; in termini analoghi, PULITANO in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1061, nonché, da ultimo, DELLA BELLA, *I termine per adempiere alla sentenza Torreggiani*, cit. *Contra* PUGIOTTO, *La clemenza necessaria*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

1. «Quando la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile ... Il processo medesimo deve essere finito nel più breve tempo possibile»¹. Le parole di Cesare Beccaria risalgono a duecentocinquanta anni fa, ma sono ancora di stingente attualità. Il processo non funziona, non è in grado di produrre risultati in tempi ragionevoli. E l'insostenibile durata del procedimento genera uno scollamento tra il tempo della commissione del reato e il tempo dell'esecuzione della pena, tale da provocare un diffuso senso d'inefficienza del sistema repressivo e d'insicurezza collettiva, amplificata dalle rappresentazioni mediatiche del crimine. Di qui – ed è quanto a noi oggi importa – la tendenza a scaricare le tensioni relative all'irrogazione delle sanzioni penali sul processo e, in particolare, a trasfigurare la custodia cautelare in una sorta di pena (in senso lato) anticipata. In breve, il processo da strumento deputato alla verifica della responsabilità per un fatto penalmente rilevante si erige a mezzo di “difesa della società”, di “repressione della devianza”, e la detenzione assurge a condizione ordinaria in cui si trova l'imputato in attesa di giudizio.

Ma così i ruoli si ribaltano. Il processo sul merito dell'imputazione diventa servente rispetto al procedimento cautelare, sotto almeno due profili. Anzitutto, si esige sempre di più un penetrante vaglio sui gravi indizi di colpevolezza che, se confermati in sede di riesame e/o in Cassazione, spesso diventano la pietra angolare nel successivo giudizio di merito, segnandone le sorti. In secondo luogo, è il procedimento cautelare a dettare le cadenze del processo principale, ora dilatando le attività processuali fino al limite dei termini massimi di durata della custodia, ora accelerando l'instaurazione del dibattimento, come avviene nell'immediato custodiale. Una vera e propria eterogenesi dei fini, questa, contraria ai principi che, in tema di libertà personale, la Costituzione e le Carte internazionali ci consegnano.

Basti pensare all'art. 5 comma 1 Cedu. La norma recita che «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza». Però, qui, il ter-

¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. Pisapia, Milano, 1973, 69.

mine “sicurezza” non riguarda la sicurezza del cittadino contro i pericoli provocati dalla criminalità; nell’ottica convenzionale, la sicurezza è prima di tutto un diritto rispetto alle interferenze della pubblica autorità nella libertà d’un individuo: la *sicurezza dal sovrano*.

2. Non è un caso, allora, se nella recente risoluzione sulle condizioni detentive all’interno dell’Unione – adottata nel solco del “Libro verde sull’applicazione della normativa dell’UE sulla giustizia nel settore della detenzione” (Com[2001] 327), approvato in via definitiva dalla Commissione europea il 14 giugno 2011 – il Parlamento europeo stigmatizzi il fatto che in alcuni Stati membri gran parte della popolazione carceraria sia composta da detenuti in attesa di giudizio. Per il legislatore europeo, la detenzione provvisoria è una misura eccezionale e periodi eccessivamente lunghi di carcerazione hanno un effetto negativo sull’individuo.

Nella stessa sentenza Torreggiani², i giudici di Strasburgo richiamano più volte le raccomandazioni, Rec(99)22 e Rec(2006)13, con le quali il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa invita gli Stati a riorientare le loro politiche penali verso il minimo ricorso alla carcerazione allo scopo, tra l’altro, di risolvere il problema della crescita della popolazione carceraria. In sintesi, le raccomandazioni spingono gli Stati a una riduzione al minimo del ricorso alla custodia cautelare in carcere; la detenzione provvisoria di una persona sospettata d’un delitto deve essere l’eccezione piuttosto che la regola, la custodia non può essere obbligatoria, giammai deve essere utilizzata a scopi punitivi.

La realtà italiana è opposta. All’epoca della sentenza Torreggiani, la Corte europea è *frappé*, attonita: il 40% della popolazione carceraria era imputata. Certo, sappiamo che la presunzione d’innocenza riconosciuta dall’art. 27 comma 2 Cost. opera fino al terzo grado di giudizio, ma di questo 40% una misura rilevante è rappresentata da persone in attesa di giudizio: il 19%.

3. Per risolvere il problema del sovraffollamento, in tale cornice, ci saremmo aspettati un intervento legislativo significativo sulle misure cautelari. In questo biennio, invece, le riforme che hanno toccato le cautele presentano un carattere frammentario, oltre a manifestare al loro interno un doppio volto. Siano sufficienti due esempi.

²C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia.

Anzitutto, la l. n. 94 del 2013 che ha innalzato il limite astratto per disporre la custodia cautelare ai delitti per i quali sia prevista la pena non inferiore nel massimo a cinque anni. In un’ottica deflazionistica dell’uso della carcerazione provvisoria, il ritocco verso l’alto è indubbiamente positivo. Nondimeno l’operazione risulta sospetta quando, poi, lo stesso legislatore pone una deroga espressa alla preclusione per il reato di finanziamento illecito dei partiti, oppure adegua le pene con cui si punisce lo *stalking* al riformulato art. 280 c.p.p. Di fronte a tali scelte, traspare l’idea che alcuni reati – ritenuti a torto o a ragione odiosi dall’opinione pubblica in un dato contesto storico – debbano trovare una risposta “sanzionatoria” pronta e certa da parte dello Stato.

In secondo luogo, il novellato art. 282-*quater* c.p.p. il quale stabilisce che, quando la persona sottoposta alle misure cautelari di cui all’art. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p. prende parte a programmi di prevenzione della violenza, quest’ultimi possono essere valutati in sede di revoca o di sostituzione della misura cautelare *ex* art. 299 c.p.p. Insomma, soggetti di cui si deve ancora dimostrare la responsabilità penale maturano sconti “cautelari”, se accettano d’entrare in progetti rieducativi contro la violenza di cui sono imputati.

4. Ora, è vero che in Parlamento oggi pende un importante progetto di legge, approvato con modificazioni in seconda lettura dalla Camera dei Deputati. È il disegno di legge n. 1232, nato su impulso dell’on. Donatella Ferranti, recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali», il quale riprende, tra l’altro, alcune idee provenienti dai lavori della commissione ministeriale presieduta dal dott. Giovanni Canzio, in tema di riforme del processo penale.

Nel merito, il disegno di legge mostra l’apprezzabile volontà di restringere la sfera d’uso della custodia cautelare in carcere, limitandone gli abusi e i relativi drammatici riverberi sul sovraffollamento. Lo asserisce lo stesso preambolo. Il quesito di fondo, però, è se il progetto di legge sia in grado d’imporre il doveroso cambio di marcia, o se piuttosto esso sia prigioniero d’una logica angusta, da cui traspare la difficoltà del legislatore ad affrancarsi dagli abituali schemi culturali.

Senza entrare nell’analisi d’una disciplina ancora *in itinere*, ai nostri fini è sufficiente cogliere lo spirito di fondo del progetto di

legge e la sua coerenza rispetto al dichiarato obiettivo di circoscrivere l'area d'incidenza della detenzione provvisoria nei margini della stretta necessità. Le linee d'intervento sono sostanzialmente tre.

5. Un primo aspetto riguarda la scelta di potenziare l'impiego delle misure cautelari diverse dalla custodia cautelare in carcere.

Così, il legislatore scommette sulle misure interdittive, il cui uso oggi è estremamente ridotto, portando la loro durata dal termine di due mesi a quello annuale. Al contempo, si vuole modificare l'art. 275 comma 3 primo periodo c.p.p. e l'art. 299 comma 4 c.p.p., riconoscendo la possibilità di procedere all'applicazione cumulativa nei confronti della stessa persona e per il medesimo fatto di più misure coercitive e interdittive, prima e al di fuori dei casi previsti dagli art. 276 e 307 c.p.p. In un'ottica di deflazione carceraria, inoltre, si cerca di favorire l'adozione degli strumenti di controllo a distanza, mediante l'inserimento nell'art. 275 c.p.p. del comma 3-*bis*. Con tale norma, si chiede al giudice un *surplus* motivazionale, nel senso che, quando dispone la detenzione provvisoria, egli deve specificare le ragioni per le quali ritiene inidonea la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'art. 275-*bis* c.p.p.

Ciò detto, è dubbio che le misure interdittive, di per sé, siano in grado d'incidere sul sovraffollamento: per come concepite, esse toccano settori della criminalità – ad esempio, quella economica – che gravano in una percentuale minima sulla popolazione carceraria. Certo, è positiva la combinazione delle misure coercitive diverse dalla custodia. Ma, sulla scorta delle indicazioni provenienti dall'Europa, sarebbe auspicabile un'estensione – non prevista dal disegno di legge – dell'impiego del c.d. “braccialetto elettronico” alle altre misure coercitive non detentive, nonché l'introduzione di alternative cautelari, prime fra tutte, la cauzione.

6. Il secondo versante dell'intervento legislativo concerne la tendenziale conferma degli automatismi nell'applicazione e proroga della custodia cautelare.

Per prima cosa, il Parlamento rinuncia ad abrogare i commi 1-*bis* e 2-*ter* dell'art. 275 c.p.p. che, sebbene di modesto valore, manifestano – fra l'altro – l'idea d'una esecuzione provvisoria della condanna di primo grado o in appello. Si rinuncia altresì ad abrogare gli art. 276 comma 1-*ter* e 284 comma 5-*bis* c.p.p., benché all'inizio del-

l’*iter* legislativo se ne fosse disposta l’abolizione. Nell’attuale versione, sopravvive la regola secondo cui, in caso di trasgressione del divieto d’allontanamento dal luogo in cui si eseguono gli arresti domiciliari, il giudice sostituisce la misura in corso col carcere. Si toglie, tuttavia, l’assolutezza dell’automatismo, considerato che si autorizza l’organo giudicante a mantenere la coercizione meno afflittiva, qualora la violazione della prescrizione sia di lieve entità. Una modifica identica, poi, viene proposta in ordine al divieto di concedere gli arresti domiciliari a chi, nei precedenti cinque anni, abbia subito una condanna per evasione.

La titubanza a riaffidare al giudice il pieno potere sull’*an* e sul *quomodo* dello strumento coercitivo emerge con tutta evidenza pure dalla volontà di fotografare, con qualche leggero ritocco, l’odierna disciplina dell’art. 275 comma 3 c.p.p. Per un ampio catalogo di reati, infatti, la libertà del prevenuto rimane condizionata ai gravi indizi di colpevolezza e alla prova negativa del bisogno cautelare, ossia alla valutazione da parte del giudice di elementi idonei a dimostrare l’insussistenza dei *pericula libertatis*.

Verificati i presupposti cautelari, quindi, si apre l’alternativa. Scatta la presunzione assoluta d’adeguatezza del carcere per i reati di mafia *ex art.* 416-*bis* e per i delitti di associazione sovversiva o con finalità di terrorismo ai sensi degli art. 270 e 270-*bis* c.p. Nell’ultima versione approvata dalla Camera dei Deputati, è stato eliminato dall’elenco dei reati per i quali vige il regime derogatorio il riferimento al delitto di scambio elettorale politico mafioso, nonché al delitto d’associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti. L’eliminazione di quest’ultimo richiamo è dovuta alla sent. cost. n. 231 del 2011.

Piuttosto ci chiediamo se la previsione del doppio binario per i reati di associazione sovversiva o con finalità di terrorismo ai sensi degli art. 270 e 270-*bis* c.p. potrà reggere al vaglio di un eventuale giudizio di legittimità costituzionale. Ad avviso dei giudici di Palazzo della Consulta, per «struttura» e «connotazioni criminologiche», è solo l’associazione di tipo mafioso a sottendere, «nella generalità dei casi concreti ... e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere». Benché si tratti di un assunto di per sé discutibile, conosciamo il pensiero della Corte costituzionale:

«l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato e dotato di particolare forza intimidatrice», per cui l'unico strumento idoneo «a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità»³, è il carcere. I reati di cui all'art. 270 e 270-*bis* c.p., invece, non postulano necessariamente la creazione d'una struttura complessa e gerarchicamente ordinata, né l'esistenza di radicamenti sul territorio, e così via. In breve, in essi, difettano quelle peculiari connotazioni da cui si può enucleare una congrua regola d'esperienza in forza della quale sarebbe la sola custodia cautelare l'unico strumento idoneo a fronteggiare le esigenze cautelari.

Per tutti gli altri illeciti inseriti nell'art. 275 comma 3 c.p.p. dal pacchetto sicurezza del 2009, la Camera dei Deputati mantiene la presunzione *iuris tantum* di adeguatezza del carcere. Qui, il legislatore non fa altro che adattare la formula dell'art. 275 c.p.p. agli approdi della Corte costituzionale. E nel fare questo è agevolato dalla giurisprudenza costituzionale che, come abbiamo accennato, ha spostato l'asse di riflessione sulla razionalità e non arbitrarietà delle massime d'esperienza che sorreggono il doppio regime presuntivo. A questo punto, sarei *tranchant* e riterrei più opportuno ripristinare la disciplina ordinaria per tutti gli illeciti ivi richiamati, coerentemente con la scelta originaria d'escludere da qualunque presunzione molte fattispecie portatrici della medesima o, addirittura, d'una maggiore gravità in termini d'offesa e/o di trattamento sanzionatorio. Cerco di essere più chiaro: per i delitti di strage o d'infanticidio, valgono le regole ordinarie; per i delitti di omicidio o di sfruttamento sessuale dei minori, vige il regime speciale, con grave pregiudizio del principio d'eguaglianza. Non solo: se è vero che il legislatore può ricorrere alle presunzioni nella misura in cui le stesse siano ragionevoli e lascino spazi all'esercizio del diritto di difesa, va comunque tenuto conto del fatto che, in materia cautelare, lo sguardo debba essere rivolto alla libertà personale, un diritto inviolabile, il quale ha una tendenziale priorità nel bilanciamento con le contrapposte esigenze statuali⁴.

³ Per la presente e le precedenti citazioni nel capoverso, v. C. cost., sent. 21 luglio 2010 n. 265, in *Cass. pen.*, 2011, 152.

⁴ Va segnalata, in siffatta cornice, C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 8 luglio 2014, Nedim fiener c. Turchia, dove la Corte europea – preso atto dell'esistenza nell'ordina-

7. Passiamo, infine, al terzo nucleo dell’intervento riformatore. Il disegno di legge mira a diminuire l’impiego della detenzione provvisoria attraverso l’ennesima riscrittura dei vincoli che il giudice deve osservare nell’applicazione dello strumento cautelare.

La constatazione da cui muove il legislatore è che, nella prassi, la giurisprudenza tende a giustificare i presupposti cautelari con motivazioni apparenti, o perché prive dell’autonoma valutazione delle prove e delle esigenze cautelari, o perché totalmente assorbite sui gravi indizi di colpevolezza, specialmente quando entrano in gioco le c.d. “esigenze di difesa sociale”. È a questi indirizzi che il Parlamento cerca di porre un freno, lavorando sia sulla specificazione dei presupposti cautelari di cui all’art. 274 c.p.p. sia sulla struttura della motivazione dell’ordinanza limitativa della libertà personale.

A tale proposito, il disegno di legge modifica l’art. 292 comma 2 lett. *c* e *c-bis* c.p.p. esigendo che l’organo giurisdizionale, in sede d’adozione del provvedimento, debba non solo esporre ma anche compiere l’*autonoma valutazione* delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che sorreggono la misura disposta, dei motivi per cui non sono rilevanti gli elementi forniti dalla difesa e, infine, delle ragioni per cui le esigenze di cui all’art. 274 c.p.p. non possono essere altrimenti soddisfatte. Contestualmente, si prevede in capo al tribunale del riesame l’obbligo d’annullare l’ordinanza impugnata, nelle ipotesi in cui manchi la motivazione o il provvedimento non contenga l’*autonoma valutazione* delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa. Si superano, così, gli indirizzi giurisprudenziali che riconoscevano, in tali circostanze, il potere del tribunale delle libertà d’integrare la motivazione, con l’effetto d’eludere il diritto dell’imputato a conoscere immediatamente le ragioni poste a fondamento del titolo cautelare e di contestarle in sede d’impugnazione di merito.

Quanto alle novità attinenti alla descrizione dei *pericula libertatis*, il legislatore propone d’introdurre nella lett. *b* e nella lett. *c* dell’art. 274 c.p.p. che il pericolo di fuga e di reiterazione del reato sia,

mento turco d’una presunzione relativa di necessità della detenzione provvisoria, tra l’altro, nei casi in cui l’illecito contestato riguardi l’appartenenza a un’organizzazione terroristica – ha affermato che tutto ciò non può giustificare l’assenza nella motivazione di ragioni specifiche e dettagliate idonee a giustificare la protrazione della misura detentiva.

oltreché concreto, attuale. Inoltre, si aggiunge che, in tali situazioni, il pericolo concreto e attuale non può essere desunto in via esclusiva dal titolo del reato per cui si procede.

Sul primo ritocco, *nulla quaestio*. Sebbene a rigore sia superfluo, dato che nel concetto di pericolo concreto è insito quello dell'attualità, siffatto requisito può comunque ritornare utile per ribadire che una limitazione della libertà personale non debba essere imputabile né a condotte del prevenuto remote nel tempo – ad esempio, sulla base di precedenti penali assai risalenti – né in base a generiche congetture sulla sua propensione a commettere reati.

Meno chiara è la seconda interpolazione. All'inizio dell'*iter* parlamentare, il disegno di legge prevedeva che le situazioni di pericolo attuale e concreto non potessero essere desunte dalla gravità del reato e dalla modalità del fatto per cui si procede, così come la personalità dell'imputato non poteva essere desunta unicamente dalle circostanze del fatto addebitato. La norma, in breve, serviva ad affermare la regola per cui la prognosi sui bisogni cautelari si deve fondare pure su elementi estranei alla dinamica del fatto di reato, in maniera tale da impedire sovrapposizioni con il distinto vaglio sui gravi indizi di colpevolezza. Con l'odierna riformulazione, il Parlamento abbandona tali propositi, introducendo una norma sostanzialmente inutile. Che dal titolo del reato, o dalla sua fattispecie astratta, non si possa arguire la sussistenza dei *pericula libertatis* appare del tutto scontato. Diversamente opinando, si entrerebbe in palese collisione con la presunzione d'innocenza, poiché a quel punto le limitazioni della libertà personale si fonderebbero unicamente sul *fumus commissi delicti*. Ma, così, si tornerebbe a una sorta di cattura obbligatoria.

Detto questo, è evidente che l'inserimento dell'attualità del pericolo nella fattispecie cautelare e la rimodulazione della struttura dell'ordinanza *ex art. 292 c.p.p.* rappresentino un messaggio importante contro gli abusi della prassi: la maggiore analiticità richiesta in sede di motivazione sui requisiti della fattispecie cautelare permette alle parti un controllo più incisivo sul fondamento del titolo cautelare. Nondimeno, purtroppo, l'esperienza insegna come la riscrittura delle regole, mediante attributi, avverbi, incisi, ecc., non sia mai risolutiva dei problemi che le hanno originate.

8. Per un'effettiva deflazione della custodia in carcere servirebbe ben altro. E le strade da percorrere sembrerebbero almeno due.

Anzitutto, occorrerebbe ritagliare un procedimento cautelare autonomo e svincolato da intersezioni con il procedimento principale. In quest’ottica, andrebbe ulteriormente coltivata l’idea d’istituire presso ogni tribunale o, eventualmente, presso le corti d’appello, una o più apposite sezioni specializzate a cui devolvere in via esclusiva la competenza per ogni provvedimento sull’applicazione e sulle successive sorti – sostituzione e revoca – delle misure cautelari personali.

In secondo luogo, andrebbe abrogata la lett. *c* dell’art. 274 c.p.p., in stretta osservanza con la regola di trattamento espressa nell’art. 27 comma 2 Cost. che vieta d’equiparare imputato e condannato. Le premesse ci sono già. Come si legge nella sent. cost. n. 265 del 2010, una delle funzioni della presunzione d’innocenza è di «segnare, in negativo, i confini di ammissibilità» della custodia in carcere. «Affinché le restrizioni della libertà personale dell’indagato o imputato nel corso del procedimento siano compatibili con la presunzione di non colpevolezza è necessario che esse assumano connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l’accertamento definitivo della responsabilità: e ciò, ancorché si tratti di misure – nella loro specie più gravi – ad essa corrispondenti sul piano del contenuto afflittivo». Pertanto, «l’applicazione delle misure cautelari non può essere legittimata in alcun caso esclusivamente da un giudizio anticipato di colpevolezza, né corrispondere – direttamente o indirettamente – a finalità proprie della sanzione penale, né, ancora e correlativamente, restare indifferente ad un preciso scopo (cosiddetto ‘vuoto dei fini’)»⁵. A rigore, dunque, la custodia cautelare risulta costituzionalmente tollerabile nella misura in cui assicurati le finalità proprie del processo, perché legate al suo svolgimento – la c.d. *cautela strumentale* espressa dalla lett. *a* dell’art. 274 c.p.p. – o al suo risultato – la c.d. *cautela finale* contenuta nella lett. *b* dell’art. 274 c.p.p. Viceversa, è incerta la compatibilità costituzionale dell’uso del carcere *ante iudicatum* per soddisfare funzioni di prevenzione speciale o generale⁶.

Certo, questo spunterebbe le armi alla magistratura. E, considerate le peculiarità della criminalità operante in Italia, una modifica in

⁵ C. cost., sent. 21 luglio 2010 n. 265, cit., 148, da cui sono tratte anche le citazioni che precedono nel capoverso.

⁶ Cfr., però, Corte cost., sent. 23 gennaio 1980 n. 1, in *Giur. cost.*, 1980, I, spec. 8-9.

tal senso sarebbe salutata, nella migliore delle ipotesi, come un salto in un futuro ideale, nelle peggiori, come un salto nel buio. In realtà, si tratterebbe d'un salto nel passato e, per di più, di un salto nel secolo dei lumi. Scrive Cesare Beccaria nel capitolo dedicato alla prontezza della pena: «la strettezza del carcere [provvisorio] non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti»⁷.

⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 69.

RECENSIONI

Il «judicial process» di Guido Calabresi. Ancora a proposito de «Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano», Il Mulino, Bologna, 2014.*

1. Tre sono i temi che, leggendo il libro di Guido Calabresi che oggi si presenta, vorrei sviluppare brevemente, in aggiunta a quelli già illustrati in un lavoro destinato alla rivista *Contratto e impresa* (2015, fasc. 2) fondata da Francesco Galgano, che ha eretto i *Dialoghi con la giurisprudenza* a nuovo metodo di indagine dell'evoluzione del diritto, dell'interpretazione creativa del diritto, in definitiva della giurisprudenza come *fonte del diritto*, ora affiancata dal diritto scritto della legislazione copiosa federale e statale.

Il primo riguarda il genere letterario in cui può essere collocato il libro di Guido Calabresi, il secondo il dialogo tra le fonti, il terzo il metodo di giudicare, che è coniugato con l'idea di diritto che ha il giudice.

Sono tutti temi che denotano l'originalità dell'Autore e dell'esperienza da cui proviene, quell'*American Exceptionalism* – “eccezionalità” intesa in tutte le sue accezioni (Ignatieff, Princeton, 2005) – in cui le sentenze, il pensiero, la stessa vita dei giudici di prestigio sono oggetto di saggi e divengono casi letterari, in cui il metodo di giudicare è studiato nell'ambito del diritto costituzionale e della filosofia del diritto; in cui il dialogo tra le fonti indica un dialogo tra le Corti e tra le Corti e il Congresso e l'Esecutivo; mentre la scelta dei casi da decidere è tipica della “filosofia” del *certiorari* (M. MERIWEATHER CORDRAY - R. CORDRAY, *The Philosophy of Certiorari: Jurisprudential Considerations in Supreme Court Selection*, in 82 *Wash.U.L.Q.*, 389 (2004)), che è del tutto estranea alla nostra mentalità, alla nostra idea di accesso alla giustizia, in fin dei conti alla nostra formazione costituzionale.

Questa riflessione sul “mestiere di giudice” ci è proposta non da un giudice di carriera, che pure ha meritato, nell'assolvimento della sua alta funzione, un enorme apprezzamento, ma da un giudice agevolato nello svolgimento del suo compito, dalla cultura e dalla esperienza di un accademico, arrovellato nella ricerca, impegnato nell'insegnamento e quindi nel ragionamento dialettico con gli studenti, tipico del metodo socratico delle *School of Law* nord-americane e dalle modalità espressive e scritte in cui si cimentano gli accademici. Anche se, contrariamente a quanto scrive Cardozo, il giudice secondo Calabresi, non deve tenere particolarmente allo stile, non deve fare il poeta, ma si deve preoccupare soprattutto di emettere un verdetto equo, ragionevole, meditato e corretto.

2. Cominciando dal genere letterario, può apparire curioso che il largo pubblico, e non solo gli addetti ai lavori, cioè gli stessi giudici, gli avvocati e gli accademici, possa trovare interesse in opere come queste. Presso di noi, se si fa eccezione per qualche contributo assimilabile a quello di Calabresi, come il libro autobiografico di Cesare Ruperto, che descrive l'evol-

* Sintesi della relazione al seminario organizzato dal Consiglio di Stato il 12.3.2015.

vere del metodo interpretativo dei giudici italiani dal secondo dopoguerra ad oggi, attraverso gli indirizzi culturali e i casi di volta in volta decisi (*Dalla legge al diritto*, Giuffrè, 2010), o l'opera più famosa di Piero Calamandrei, che però non era un giudice ma un avvocato, l'*Elogio del giudice fatto dall'avvocato*, la letteratura che si interessa di casi, di metodi, di pronunce e di giudici è quella poliziesca, brillantemente esposta anche da giudici diventati romanzieri, come Gianrico Carofiglio, o da scrittori che attraverso l'opera letteraria inviano un messaggio di civiltà, una denuncia, un disperato tentativo di salvare i valori della società, come Sciascia e Saviano; tra questi Autori, nella sua grandezza di studioso del diritto processuale, non si può ignorare Salvatore Satta, con *Il mistero del processo*, o lo stesso Francesco Carnelutti, che con la sua vena letteraria ha composto tanti saggi, racconti, anche aneddotici, e autobiografici (v. ad es. *Vita di avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, Giuffrè, Milano, 2006, a cura del Consiglio nazionale forense), riversando nella pagina la sua concezione del diritto, dell'interpretazione e della funzione del giudice e dell'avvocato, elaborando modelli di teoria generale e filosofia del diritto.

In Inghilterra le autobiografie più note sono quelle di Lord Denning, *Freedom Under the Law*, Londra, 1949; *The Discipline of Law*, Londra, 1979; *Denning: What Next in the Law*, Londra, 1982; i discorsi più noti sono quelli di TOM BINGHAM, *The Business of Judging: Selected Essays and Speeches: 1985-1999*, Oxford, 2011. Vi sono poi le rassegne dei giudici più prestigiosi – inglesi e statunitensi – addirittura “divinizzati” nel loro modo di interpretare il loro ruolo (HUTCHINSON, *Laughing at the Gods. Great Judges and How They Made the Common Law*, Cambridge, 2012), e quelle dei giudici che invece hanno ritardato l'evoluzione del diritto (Williams, *A Short Book of Bad Judges*, Chippenham, Wiltshire, 2013).

Lord Mandsfield, John Marshall, Oliver Wendell Holmes, James Atkin, per parlare del passato, sono i nomi più ricorrenti in questi lavori. I giudici in questo modo vengono mitizzati, e le persone nella loro naturalezza e con il loro carattere, la loro personalità, si dimenticano dietro il ruolo (Noonan jr., *Persons and Masks of the Law*, Berkeley e Los Angeles, 1976).

Tanto più quando si studia in modo approfondito il ruolo politico che si estrinseca nella tecnica giudiziale: è questo l'oggetto di una accuratissima ricerca i cui esiti sono stati pubblicati recentemente sulle ultime stagioni della House of Lords, diventata dal 2009 la Supreme Court of the United Kingdom (Paterson, *Final Judgement. The Last Law Lords and the Supreme Court*, Londra, 2013).

Ma il “mestiere” di giudice è raccontato in modo autobiografico con notevoli capacità letterarie sia da Benjamin Cardozo, elevandolo a processo delle attività intellettuali del giudicare nel suo famosissimo *The Nature of the Judicial Process*, sia, in tempi più vicini a noi, da Richard Posner, facendone un topos di filosofia del diritto (*Reflections on Judging, Overcoming Law, Above the Law, How Judges Think*).

Sono famose le lezioni che molti giudici hanno raccolto in manuali che sono diventati una sorta di manifesto: le *Hamlyn Lectures* ne sono un esempio, e il leggendario *The Common Law* di Oliver Wendell Holmes resta il modello insuperato.

Non mancano le biografie o le analisi critiche degli orientamenti interpretativi scritte da giudici riguardo ad altri giudici: è ancora Posner a sorprendere i lettori con un libro che ridimensiona il ruolo innovativo e la linearità di giudizio da tutti riconosciuti a Benjamin Cardozo (*Cardozo: A Study in Reputation*).

3. Pur nella varietà dei contesti culturali, politici e ambientali da tutte queste opere emerge un'idea forte del diritto: il diritto inteso come *esperienza*, come recita la scritta scolpita all'ingresso dell'edificio principale della Yale Law School, per tanti anni presieduta da Guido Calabresi: «The Law is a Living Growth, Not a Changeless Code».

Traggo la citazione dalla prefazione, scritta da Arthur L. Corbin, autorevole studioso del diritto dei contratti, di uno dei libri più noti di Benjamin Cardozo, per l'appunto intitolato *The Growth of the Law*, pubblicato a Yale nel 1924.

Dietro questo *dictum*, che si può riassumere con il termine *esperienza*, c'è un intero mondo: ben lo conosce chi si è formato nelle pagine di Giuseppe Capograssi e di François Gény, chi ha avuto modo di meditare le opere dei giusrealisti svedesi e nord-americani, e la reazione al giusformalismo con il potenziamento della discrezionalità del giudice. Se il diritto è vita e non logica, come sottolineava Lord Halsbury nel caso *Queen v. Leathem* (1901, A.C. 495, 506), se l'«esperienza è stata la vita del diritto», secondo l'assunto di Holmes (*The Common Law*, 1), si può capire quanto sia rilevante l'attività giudiziale e la sua natura, oggetto, questa, della raccolta di lezioni che Cardozo aveva premesso a quelle sulla evoluzione del diritto (*The Nature of the Law*, Yale, 1921, ora in *Il giudice e il diritto*, a cura di V. Gueli, Milano, 1961).

Ma Calabresi si occupa – ritornando su di un tema che aveva trattato con l'acume che gli è proprio alcuni anni fa in *A Common Law for the Age of Statutes*, 1982 – soprattutto della legge scritta, che ormai negli Stati Uniti è diventata la più consistente delle fonti del diritto.

Ciò significa che, essendo diversa la produzione normativa da Stato a Stato, ed uniforme invece quella federale, l'interpretazione (e quindi l'esperienza) del giudice è assai più complessa di quella che si poteva registrare nel passato. Non solo, la legislazione statuale è fortemente incisa dalle condizioni economiche e sociali locali ma anche dagli orientamenti politici che si alternano e si radicano qua e là. Sicché i giudici federali che devono utilizzare fonti di diversa natura e tener conto dei precedenti, sono investiti di un compito molto più difficile di quello svolto nel passato.

4. Illustrando la tecnica seguita, e cioè il *judicial process* di oggi, Calabresi ricorda la polemica sollevata dal giudice (già accademico) della Corte Suprema Antonin Scalia, a proposito della citazione dei precedenti o delle esperienze provenienti da ordinamenti giuridici stranieri, contestandone in radice il fondamento.

Anche questa è una questione di interpretazione, in particolare di interpretazione della Costituzione americana, ma estesa all'intero metodo del giudizio. Scalia, che è fautore della interpretazione storica basata sul significato originario del testo costituzionale (c.d. *originalism*: v. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, N.J., 1997) sostiene – sinteticamente – che l'interprete di oggi non può dare alle disposizioni della Costituzione (che risalgono al 1787) un significato adattato alla situazione attuale, al mondo di oggi, scardinandone il significato originario; esse devono essere intese alla luce della mentalità e dell'intenzione dei *Founding Fathers*. È una posizione che reca con sé un pesante significato ideologico, perché milita contro i diritti civili, l'accreditamento delle esigenze economico-sociali, e contro tutti gli avanzamenti del progresso scientifico e sociale che è maturato nei due secoli ed oltre di vigenza del testo costituzionale. Contro questa tesi si sono battuti Ackerman, Tribe, Dworkin e tanti altri. Corollario di questa tesi è che il giudice americano non può tener conto delle esperienze giuridiche di altri ordinamenti, in quanto estranee, per ragioni politiche, culturali, geografiche e soprattutto storiche, al modello americano.

Il tema è cruciale anche nella nostra cultura giuridica, che ormai si è aperta, non solo a livello accademico, ma anche a livello giudiziario, allo studio dei modelli di sentenza provenienti da altre esperienze. Questo è ormai il pane quotidiano degli studiosi del diritto comparato, e di tutti gli studiosi che del dialogo tra le Corti hanno fatto il loro centro di interessi: mi riferisco in particolare ai giudici della Corte costituzionale (a mero titolo esemplificativo si possono ricordare i contributi, anche recenti di Marta Cartabia, di Sabino Cassese, Paolo Grossi, Giuseppe Tesaurò), ai giudici della Corte di Cassazione, alle ricerche sempre più dettagliate ed accurate con cui studiosi, giudici, avvocati si pongono di fronte ai precedenti stranieri per risolvere i propri casi o trarne comunque insegnamento (da ultimo v. MARKESINIS e FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, trad. it., Bologna, 2009; Andenas e Fairgrave, *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015).

Calabresi dimostra che le sentenze più importanti degli ultimi anni della Corte Suprema hanno tratto lo spunto – ma anche giovamento – per la soluzione di *hard cases* dalle «giurisprudenze delle nazioni industrializzate dell'Occidente (*op. cit.*, 55). “Guardare altrove” è diventata una tecnica di *cross-fertilization*.

Corruzione, etica pubblica e diritto penale (a proposito di un recente volume di Massimo Donini)*.

1. Un'analisi lucidamente impietosa, e a tratti amara, quella che Massimo Donini consegna alle poche ma intense pagine di questo suo ultimo volume. Sulle cui tesi di fondo è difficile non concordare, almeno in linea generale e almeno da parte dello scrivente.

Lo spunto per certificare che «per molto tempo da noi non è esistita più un'etica generale comune agli schieramenti politici, diversa da quella definita dal diritto e in particolare dal diritto penale», è naturalmente fornito dalla corruzione. Piaga così diffusa e purulenta nei vari strati sociali e istituzionali che, tanto è refrattaria alla medicina repressiva, quanto continua ad alimentare nuove terapie incentrate sulla presunta efficacia salvifica del diritto, specialmente penale (anche se va sottolineata la comparsa del nuovo armamentario preventivo-amministrativo costruito dalla legge 190/2012). Ma, dicevamo, la corruzione costituisce solo l'innescò di un discorso certamente più generale, che ha come suo oggetto ultimo il rapporto che oggi s'instaura tra le virtù civiche e il diritto (penale, specialmente) quali motori dei comportamenti sociali individuali e collettivi. Insomma, alla fine, il tema diventa quello della stessa capacità ordinante del diritto (penale, specialmente) nelle società posmoderne.

Tra gli altri pregi del libro v'è quello di affrontare un tema gigantesco e perenne nel giro di poche ed accessibili pagine.

2. Le cause dell'attuale dissolvimento dell'etica pubblica generale sono individuate specialmente nel denso secondo paragrafo (dedicato allo "*Scenario storico-filosofico della distruzione della ragione classica*"). Esse risiedono in quelle correnti potenti che il "gran" secolo XIX oppose ai lumi della ragione classica e, in estrema sintesi, possono essere identificate con il trionfo dello scientismo, da un lato, e dell'individualismo emotivo-irrazionalistico, dall'altro. Entrambi erodono i valori di scopo comuni, condivisi, oggettivi, per creare altri primati. Lo scientismo tende a riconoscere come reali solo i fatti e la loro fenomenologia sui quali l'uomo esercita la propria razionalità strumentale di controllo del mondo fisico e sociale, possibilmente senza vincoli di valori precostituiti. L'individualismo emotivo-irrazionalistico tende a tutto relativizzare nell'estenuante analisi e compiacimento del vissuto sentimentale, e nella convinzione di ritrovare così l'essenziale dell'esperienza umana: e le scelte sui valori etici sono così nietzschianamente «abbandonate alla decisione della volontà normante del singolo, autorizzato a decidere del suo destino, come del bene e del male». Se questo

* MASSIMO DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi Editore, Modena, 2014, 80.

è, appunto, lo *scenario storico-filosofico* su cui si consuma il dissolvimento della ragione classica fondativa dell'etica pubblica generale, non mancano però anche ulteriori fattori a noi più prossimi: forse meno epocali ma non meno capaci di rendere ragione del dissolvimento, così come esso è venuto accentuandosi e drammatizzandosi nel XX secolo, dopo che – per la verità – quello precedente non aveva mancato di alimentare grandi ispirazioni etiche, come quelle risorgimentali o quelle riflesse nell'arte di un Manzoni o di un Verdi.

Senza pretesa di analisi ma in modo solo elencativo, non è estraneo alla caduta dell'etica pubblica generale il paneconomicismo che, partito da lontano, oggi impera fino ad impedire di vedere i disastri e i cadaveri da esso lasciati sul campo. Nota acutamente Donini, proprio con specifico riferimento alla corruzione, come l'argomento ormai più speso e persuasivo per contrastarla sia quello della sua... antieconomicità, riassumibile nel monito per cui "essere onesti conviene" economicamente. Nel mondo del diritto, della produzione giuridica, il paneconomicismo alimenta quel culto per l'efficienza di risultati al cui obiettivo viene piegato anche il diritto penale nell'illusione – più o meno onesta – che esso possa funzionare come infallibile strumento di modellamento dei comportamenti sociali, anche i più minuti, i più "personalisticamente" insignificanti ma economicamente rilevanti. Con tutto quel che consegue in termini di deformazione del volto, anche costituzionale, di un diritto com'è quello penale, che sarebbe assai poco incline alle artificiosità legislative. Su questa linea marxismo e liberalismo hanno originariamente entrambi concorso, seppure prima antagonisticamente e poi perdendosi il primo per lasciare il posto alle degenerazioni del capitalismo globalizzato. Insomma, se è vero che il diritto penale si è sostituito per un lato all'etica pubblica, è anche vero per l'altro che esso si è sottomesso alle esigenze regolative "a-moralmente" orientate a risultati efficientistici. In ogni caso, il precetto penale ha smarrito la sua storica fisionomia impregnata di valori, sfaccettandosi in mille imperativi deformati dal funzionalismo economico.

Neppure è estranea, crediamo, all'eclissi dell'etica pubblica generale una certa latitanza del potente fattore culturale che in questo campo avrebbe potuto esercitare la Chiesa in Italia e non solo qui. Essa è diventata incapace di parlare direttamente alla coscienza civile degli uomini, irrigidendosi da un lato nei precetti della morale individuale, specialmente sessuale, e non disdegnando dall'altro contatti e contiguità col potere economico e politico. La dimensione sociale degli insegnamenti ecclesiali ha perso di mordente e, almeno su questo piano, si è dilatata la distanza tra magistero ecclesiale e fedeli, venendo così a indebolirsi un non trascurabile fattore di rafforzamento dell'etica pubblica. Oggi, sembra di assistere ad una svolta impressa da Papa Bergoglio: e quel che è più stupefacente è la popo-

larità di Francesco, quasi che vi fosse un'attesa, un'aspirazione, un bisogno di etica pubblica e sociale.

Inoltre, se è vero che manca un sistema condiviso di regole etiche pubbliche, è anche vero che si ergono qua e là valori prepotenti, anche in conflitto tra loro, cui gruppi determinati ispirano convintamente e quasi violentemente i propri comportamenti: dai diritti degli animali ai valori ambientali, dai diritti dei fanciulli alla privacy. Sorgono totem valoriali, cui il diritto penale è chiamato a piegarsi ciecamente talvolta impregnandosi di accanimento repressivo e di moralismo sociale. Certo, ciò non contraddice affatto l'assunto che faccia difetto la moralità delle virtù civiche e che il confine dell'(unico) illecito sia dato unicamente dal diritto penale. Ma sottolinea che non esiste per così dire un vuoto morale nella nostra società; c'è piuttosto un pullulare di pretese moralistiche, anche incondizionate, che spesso lacerano il tessuto sociale invece di tenerlo unito, e che spesso pretendono di servirsi della forza del diritto penale non tanto come sostitutivo di valori socialmente esangui (come avviene per la corruzione) quanto, al contrario, per corrispondere alla loro pretesa di onnipotenza.

Infine, tra le concause del fenomeno descritto da Donini, ne va forse annoverata un'altra ancora, sebbene di carattere meno storico-filosofico e più di costume o di psicologia sociale. La difficoltà di costruire condivisi parametri comportamentali di virtù civiche nasce anche da un diffuso personalismo a tratti narcisistico. Chi ricopre ruoli istituzionalmente o socialmente significativi tende ad assumere decisioni e comportamenti sulla base della loro idoneità a contribuire alla propria autoaffermazione più che sulla base di una ragione oggettiva e condivisa; anzi, tanto più eccentrico e disrompente è il proprio comportamento tanto più esso accrediterà il protagonismo del suo autore qualora riesca ad imporsi su quello degli altri. Questo atteggiamento psicologico si somma all'antagonismo e alle contrapposizioni frontali che, specie nel campo della giustizia, tutto paralizzano. Complessivamente, viene così a determinarsi la situazione probabilmente più propizia all'inacidimento delle virtù civiche, che prosperano invece là dove sia coltivata l'attitudine a conciliare e coordinare i naturali individualismi nella misura oggettiva del bene comune. Inutile indugiare qui a mettere in luce le conseguenze di questo diffuso atteggiamento sulla vita del diritto, sia per quanto riguarda i meccanismi della sua produzione sia per quanto riguarda quelli della sua applicazione.

La più macroscopica negazione dell'etica pubblica è la strumentalizzazione privatistica del *munus* pubblico: così da parte del politico affarista nel reticolo dei conflitti d'interessi, come anche da parte del magistrato che, sotto la nefasta pressione del personalismo, cede alla tentazione dell'uso improprio o strumentale dell'azione penale. Al riguardo, se le ipotesi di veri e propri "complotti" orditi da talune parti della magistratura ai danni di questa o quell'area politica sembrano controbilanciate dall'indiscutibile realtà

della melma corruttiva, più univoche sono le diagnosi che sottolineano il ruolo del “personalismo” protagonista quale possibile fòmite, nelle tensioni della vita pubblica, di un uso strumentale dell’azione penale.

3. E veniamo al punto che mi pare centrale nell’analisi di Donini. Sul deserto lasciato dall’etica pubblica dissolta si erge il diritto penale quale suo sostitutivo: la funzione sociale delle virtù civiche viene «socialmente *appaltata al diritto* e dunque al potere delle maggioranze politiche che lo stabiliscono» (p. 24; corsivo dell’A.). Conseguentemente, «in questa funzione normante la declinazione penalistica è, nel bene e nel male, un veicolo o un’espressione di primaria importanza simbolica» (p. 26). In breve, nel vuoto dell’etica pubblica si libera il potere: un potere, certo, oggi democraticamente fondato, ma comunque chiamato ad un ruolo sostitutivo e senza garanzia di risultato e, dunque, in una qualche misura “usurpatore” dell’originaria e diffusa sovranità del “popolo”. Affiora qui il discorso, oggi antiluministicamente attuale, della idolatria legalistica rispetto a una produzione più reticolare del diritto: fatte salve, naturalmente, le peculiarità del diritto penale.

È d’uopo però lasciare da parte consimili implicazioni per sottolineare invece un aspetto quasi paradossale, che il rapporto tra etica pubblica e diritto penale porta alla luce proprio in materia di corruzione. Dunque, abbiamo detto: il potere politico “appalta” al diritto penale il ruolo sostitutivo dell’etica civile nel tracciare l’*unico* confine dell’illecita gestione della cosa pubblica. E il “potere politico” è proprio quello che, da un lato, dovrebbe essere il motore della formazione dell’etica pubblica mediante l’esempio e l’influenza positivi sul comportamento dei consociati; dall’altro lato, è lo stesso soggetto destinatario di quei precetti anticorrittivi che lui stesso forgia, in sostituzione dell’etica e in modo sempre più corrivo e repressivo. Vale la pena di districarsi un po’ in questo apparente groviglio di contraddizioni.

Uno scrittore di cose non strettamente penalistiche, Thomas Hodgskin (*Crimine e Potere. Due lezioni londinesi*, a cura di A. Mingardi, Maccratta, 2014), osservava nel 1857 quanto segue: «Non c’è nulla di più importante rispetto alla moralità in generale o nello specifico alla questione della criminalità, di questa silenziosa influenza [...], che fa sì che i figli somiglino ai genitori, gli allievi ai maestri, gli uomini ai loro conoscenti, che dà ai membri di ogni comunità qualità loro peculiari e si estende attraverso tutta la società. Nella convinzione che ciò sia, a differenza della fallace ingessatura fornita dalle leggi e dalle norme, [...], il vero cemento della società, il collante che tiene saldamente unito questo multiforme mosaico...». E di questa “silenziosa influenza”, “cemento della società”, il più potente mezzo è l’esempio, soprattutto quando esso viene dalle classi di governo ed è perciò dotato di speciale capacità di influenzare il comportamento dei conso-

ciati. Sennonché, le classi di governo non solo hanno rinunciato a costituire l'esempio positivo generatore delle virtù, ma – allora come ora – «l'esempio delle classi più elevate, specialmente quelle chiamate a legiferare, occupandosi dei beni altrui come se fossero propri, genera proprio i crimini contro la proprietà». Da un lato, dunque, il “potere politico” – ora come allora – pratica e produce corruzione, abdicando al suo compito d'influenzare positivamente i consociati verso le virtù civiche; dall'altro, produce precetti penali destinati prima di tutto contro se stesso.

È forse un istinto suicida nascente dalla desertificazione morale? È l'implicita confessione di un'incapacità di disciplinare e di autodisciplinarsi, con conseguente involontaria delega a provvedere alla magistratura, salvo poi lamentarne le improprie invasioni di campo? È un prezzo da pagare alla propria sopravvivenza, nella cinica consapevolezza che i pochi chiamati effettivamente a rispondere saranno il sacrificio necessario perché i molti perseverino nell'abitudine criminosa? Indubbiamente, le statistiche sulla modesta consistenza quantitativa della repressione della corruzione, la continuità del fenomeno corruttivo, la costante presenza degli stessi soggetti protagonisti dei traffici politico-affaristici parrebbero accreditare la terza e più malevola ipotesi. Anche se nessuno può dimenticare che una classe politica è stata spazzata dall'azione giudiziaria anticorruzione dei primi anni '90.

Non siamo certo in grado di formulare in proposito diagnosi sociologicamente fondate. Possiamo però fare qualche congettura sull'uso delle norme penali contro la corruzione. A livello legislativo, delle varie riforme succedutesi in materia, non c'è dubbio che vi sia stata una produzione simbolica delle norme penali. L'intento è quello di ri-accreditarci così dinanzi ad un'opinione pubblica contraddittoriamente priva di un'etica pubblica come la classe politica ma nello stesso tempo evidentemente ansiosa di poter avere qualche segnale di conforto. A livello applicativo, è probabile che la scarsa efficienza del sistema repressivo, tutto sbilanciato sull'effetto stigmatizzante della fase processuale preliminare massmediaticamente amplificato, piuttosto che sulla capacità risanatrice della condanna definitiva, abbia reso accettabile il costo di legiferare *contra se*: almeno fino a quando non si arrivi all'eccesso opposto degli effetti inabilitanti conseguenti già dalla sentenza di primo grado. Non sbaglia, dunque, il Procuratore generale presso la Cassazione, Gianfranco Ciani, quando, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, osserva: «Abbiamo [...] un duplice scollamento rispetto al comune sentire: assiologie percepite come essenziali a vari, trasversali e cospicui livelli sociali – secondo cui l'evasione tributaria danneggia l'intera collettività, impoverendo l'investimento in possibile spesa sociale; la corruzione altera la concorrenza economica, rende precaria la qualità delle opere e dei servizi, disincentiva gli investimenti, ecc. – non sembrano recepite e tradotte nel prodotto finale della giurisdizione penale; e comunque, allorquando re-

cepite, risultano nella percezione collettiva del tutto inadeguate, quanto a intensità e sistematicità della repressione».

4. La tesi centrale del libro di Massimo Donini è, dunque, che l'etica pubblica non si produce più sul terreno mosso e variegato delle relazioni sociali, istituzionali, di gruppo, ma è completo appannaggio del diritto e segnatamente di quello penale. Con un'inversione di piani che altera i tradizionali fenomeni di disciplinamento dell'agire umano-sociale, «in molti casi [è] il diritto a diventare *principium individuationis* dell'etica pubblica, e non viceversa» (p. 29). Non si tratta nemmeno più di un "controllo" dell'etica pubblica da parte del diritto e dei suoi agenti ma prima ancora «della *produzione* stessa di un'etica pubblica, perché alcune norme sono state "riconosciute" per la prima volta come *vigenti* solo *dopo* la loro qualificazione penalistica» (p. 30; corsivi dell'A.). «A parte *forse* i rapporti familiari, per il resto regna una situazione di anomia diffusa dove è il diritto, e nei limiti invalicabili del lecito il diritto penale, a rappresentare l'etica pubblica, della società civile, nella quale quasi tutti non possono o non dovrebbero potere non riconoscersi» (p. 38). Nel deserto dell'etica pubblica, si potrebbe insomma dire che siamo di fronte ad un diritto senza moralità (originaria), ma moralistico. I pubblici ministeri sono i guardiani dell'etica pubblica, che contribuiscono altresì a forgiare insieme ai giudici.

La riflessione giuridica più obiettiva e disincantata sa che la componente moralistica trova terreno facile nel diritto penale, per ragioni ad esso intrinseche. In verità, lo strumento punitivo non partecipa tanto di una dimensione utilitaristica, non potendo niente "sanare" dell'offesa recata con l'illecito (come invece i vari strumenti risarcitori, ripristinatori ed anche impenitenti degli altri rami del diritto). Piuttosto, sono ancora ben radicati nella *pena* come noi ancor oggi la conosciamo i retaggi di una concezione religiosa o comunque eticizzante della punizione, che fa del "rimprovero" morale il suo asse portante. Un rimprovero che, quasi ineluttabilmente, tende a trasmigrare dal fatto commesso all'autore che l'ha commesso, per l'ovvia e irrefragabile ragione che, se il rimprovero ha ad oggetto la volontà, esso non può non coinvolgere la persona. In secondo luogo, anche nella prospettiva secolarizzata e utilitaristica della prevenzione generale, la crescente insoddisfazione per l'intimidazione – con tutte le sue incertezze empiriche e i rischi di avallare strumentalizzazioni dell'individuo – ha aperto qualche breccia al "moralismo penale": in effetti, il passaggio dalla prevenzione generale (negativa) mediante intimidazione a quella (positiva) mediante "orientamento" valoriale dei consociati, ha posto le premesse per un uso "pedagogico" del diritto penale. Si è così aperta la strada perché, senza clamore, il moralismo facesse la sua comparsa nell'edificio penalistico.

Non è facile, almeno allo stato attuale, svellere dal diritto penale i suoi connotati di intrinseca eticità e la sua vocazione al pedagogismo (che, sia

detto tra parentesi, non hanno mancato di recare anche qualche vantaggio). Il punto è un altro e non riguarda tanto la teorica complessità della pluridimensionalità penalistica, quanto le distorsioni cui esso viene sottoposto nell'inane tentativo di rimediare così alle situazioni di *anomia sociale* per mancanza di etica pubblica. Insomma, occorre stare in guardia non tanto contro ciò che il diritto penale non può non essere, ma contro ciò che non deve essere: diritto penale moralistico, fattore unico, assoluto ed intollerante, di ogni etica pubblica. Come, appunto, bene dice Donini.

Già di per sé intriso di eticità, il diritto penale perde la bussola quando diventa moralistico. Se la regola penale surroga la morale, viene meno ogni necessità selettiva dei fatti punibili: l'obiettivo non può più essere quello di ritagliare fatti obiettivamente "significativi", ma di instillare negli individui paradigmi comportamentali conformi, di bonificare gli ambienti sociali in cui si formano e si assimilano quei paradigmi comportamentali. Colpire il fatto è l'occasione, il pretesto per l'operazione di bonifica che è nella sostanza diretta a tutti i componenti di un determinato gruppo sociale, assunti dunque nella loro connotazione tipologica di autori (i "politici", gli "imprenditori", ma anche i "mafiosi", ecc.). Indispensabile diventa, allora, la "collaborazione" dei massmedia, cercata non solo e non tanto per farsi una ribalta al proprio protagonismo ma anche e soprattutto quale imprescindibile veicolo del messaggio moralizzatore lanciato col diritto penale. C'è dunque del metodo...

Enfasi moralistica insieme ad amplificazione massmediatica formano così una massa critica che non può che essere del tutto ostile alle garanzie difensive nel processo. Qui il discorso si fa delicato e richiede molta obiettività, difficile da ottenere nel clima arroventato di questi anni. Da un lato, è chiaro che l'intonazione moralistica con cui viene esercitata l'azione penale – insieme alla risonanza mediatica – rende più difficile l'assolvimento della funzione difensiva che perde l'ancoraggio ai "fatti" e si trova invece costretta a respingere piuttosto contestazioni moralistiche ineluttabilmente più evanescenti; così come la difesa è costretta sovente a difendersi non solo sul fronte propriamente processuale ma anche massmediatico, dove è scontata la preferenza giornalistica a conferire carattere pamphlettistico piuttosto che resocontistico alla cronaca giudiziaria. In questo clima è facile pervenire alla convinzione che la difesa sia una *quantité négligeable* della vicenda giudiziaria, se non un vero e proprio ostacolo alla comunicazione esemplare del messaggio moralistico. Dall'altro lato, si produce una sorta di reazione nell'avvocatura penale che, sentendo il rischio di essere sopraffatta (anche moralmente...), corre ai ripari associandosi, unendo le forze, cercando collegamenti politici e influenze di ogni tipo che le consentano di dare energia e *chances* alla richiesta di sempre crescenti garanzie difensive. Divenuta diffidente e poi ostile a qualunque tentativo di semplificazione processuale, l'avvocatura penale contribuisce così all'appesantimento e alla

burocratizzazione del processo. Con la conseguenza ultima che, per un verso, le indagini preliminari (con i connessi provvedimenti cautelari) diventano la sede privilegiata in cui si consuma la missione moralistica del diritto penale e, per l'altro verso, il processo poi soffoca e spesso muore in un ritualismo esasperante e aggrovigliato. Generando il paradosso di un procedimento quasi "sommario" che coesiste con un processo formalmente ipergarantito.

5. Questi, e altri ancora, sono i guasti prodotti dall'improprio ruolo moralistico assunto dal diritto penale, sostitutivo di quell'etica pubblica che non circola più nella società. Effettuata la diagnosi, ineludibile è la domanda del "che fare?". Certo, a non voler cedere alla rassegnazione, il quesito è formidabile e chiede che siano chiamate a raccolta le forze migliori e forse tempi lunghi. Le direzioni lungo le quali agire sono due, una positiva l'altra negativa.

In positivo, per riattivare la circolazione vitale dell'etica pubblica occorrerà (o, per i più pessimisti, occorrerebbe) rimettere in moto tutti quei meccanismi di controllo sociale diversi dalla giustizia penale che operano all'interno dei vari gruppi sociali mediante la produzione di regole comportamentali fondate sull'*esempio* e garantite dal disciplinamento interno fino all'esclusione stessa dal gruppo di appartenenza o dai suoi vantaggi. È ormai da molto tempo che i penalisti, che non siano prigionieri di uno sterile normativismo autoreferenziale, hanno segnalato come la dismisura penalistica nel controllo dei pubblici poteri, e più in generale della devianza, «significa che hanno fallito o mancato tutti gli altri controlli, a cominciare dai più importanti, che sono appunto quelli della moralità quale costume politico che ha valori propri, codici deontologici indipendenti, sanzioni autonome» (p. 41).

Dunque, in positivo, si pone l'esigenza che sia attivata un'opera di "educazione sociale". Ed ecco che allora si riapre la solita spirale, dovendoci chiedere se la politica, di quest'educazione sociale, debba essere stimolatrice e protagonista attiva oppure – al contrario – non possa che essere destinataria finale in uno scenario di più generale e diffuso mutamento dell'ethos pubblico e quasi dell'abito mentale di un popolo. Con specifico riferimento alla dimensione normativa, che è il principale attrezzo nelle mani della politica, Donini non sembra avere dubbi. «È almeno dai tempi della grandiosa costruzione di Platone nel passaggio dalla *Repubblica* alle *Leggi*, attraverso il *Politico*, che la ricerca del "legislatore come educatore" sovraesponde la legge verso funzioni generalpreventive e pedagogiche che eccedono le sue capacità di prodotto formale, astratto, coercitivo e artificiale. Veicolo di principi e di regole, più che di valori necessariamente ancorati nella società e nelle istituzioni, il miglior codice penale del mondo può essere trapiantato in un Paese immaturo o arretrato, ma non attecchire solo

per essere legge dello Stato». Assunto sostanzialmente condivisibile, anche se forse troppo netta – per esigenze argomentative – è la negazione di un'omnisi reciproca, effettiva o comunque auspicabile, tra valori interessi orientamenti sociali e produzione giuridica; così come altrettanto estremistica è la concezione di una legge prodotto meramente “artificiale” di una volontà legiferante come puro potere avulso da qualsivoglia radicamento “sostanziale” nella società. Forse la verità è un po' più sfumata e storicamente cangiante. Ma ciò non inficia la giustezza del monito a guardarsi dal “legislatore educatore”, che – come tale – finisce pertanto per praticare non solo il potere ma anche l'arroganza.

Si potrebbe quasi dire, con una parola, che, se la legalità senza l'etica è vuota e inane, l'etica senza la legalità è oggi irrealistica e antistorica. Non per nulla il Primo Presidente della Cassazione, Giorgio Santacroce, ha concluso il suo discorso inaugurale dell'anno giudiziario 2015 additando insieme i due obiettivi: «Si ricominci dunque a parlare, senza retorica, di etica e di legalità, che sono e resteranno sempre i valori fondamentali di ogni società civile e di ogni ordinamento costituzionale».

In direzione negativa, invece, è ben possibile pretendere qualcosa *hic et nunc* dalla politica, senza soverchie esitazioni. È possibile e necessario pretendere che la politica cessi di usare strumentalmente il diritto penale per placare il senso di colpa e i timori, suoi e dei consociati, nascenti dal vuoto dell'etica pubblica. «Il diritto non può ‘salvare’ la società dall'esterno, dovendo invece restare espressione di quella» (ove, notiamolo tra parentesi, sembra ridimensionato il distacco altrove affermato dall'A. tra l'“artificialità” della legge e la “sostanza sociale”). L'uso salvifico del diritto e di quello penale in specie costituisce non solo una deviazione e finanche un tradimento di quei principi di civiltà giuridica che costituiscono essi stessi parte del patrimonio dell'ethos pubblico, ma rappresenta altresì un *inganno* di quella coscienza popolare che si dice di voler educare, rispettare ed ascoltare. Un inganno che si consuma nella misura in cui si sia consapevoli, come non si può non essere, del fatto che i precetti comportamentali realmente efficaci sono quelli iscritti non tanto nel codice penale ma nell'etica pubblica. L'opera degli imperativi penali non può che essere, necessaria sì, ma complementare: ribaltare quest'ordine di oggettiva funzionalità significa carpire la buona fede della società o quantomeno assecondare quel suo generale stato di anomia sociale di cui s'è detto. Forse i massmedia potrebbero esercitare al riguardo un ruolo più critico ed illuminante invece di fungere quasi servilmente da cassa di risonanza di quelle ingannevoli voci, spesso fastidiosamente urlanti.

È possibile e necessario pretendere che in tutte le sedi appropriate si cessi di alimentare la sovraesposizione della magistratura, specie requirente. Soprattutto da evitare è quel fenomeno di “personalizzazione” dell'uso salvifico del diritto penale che si ha con la creazione di “campioni” delle virtù

civiche veicolate a suon di provvedimenti giudiziari. La stessa politica qui, soprattutto di recente, è talvolta opportunisticamente connivente. Difficile dar torto all'Unione delle Camere penali quando (22 dicembre 2014) «denuncia come prassi degenerativa assai pericolosa per gli equilibri democratici ed istituzionali quella dell'assunzione da parte della politica di magistrati antimafia all'interno delle amministrazioni territoriali, approvata dal CSM e sospinta dal favore popolare: da un lato, al di fuori di ogni regolamentazione legislativa, la magistratura si insedia all'interno della politica legittimando se stessa come unica garante della legalità, e dall'altro la politica finisce con tali scelte con il delegittimare se stessa riconoscendo la propria inadeguatezza e la propria incapacità di perseguire la legalità con i suoi propri strumenti e con le sue forze».

FRANCESCO PALAZZO