

LUCIO D'ALESSANDRO

DECISIONE DEL LEGISLATORE
E INTERPRETAZIONE DEL GIUDICE
GENEALOGIA DI UN'UTOPIA
PERMANENTE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
SUOR ORSOLA BENINCASA - NAPOLI

CRIE

CENTRO DI RICERCA SULLE ISTITUZIONI EUROPEE

LEZIONI MAGISTRALI

COLLANA DIRETTA DA FRANCESCO M. DE SANCTIS



LUCIO D'ALESSANDRO

DECISIONE DEL LEGISLATORE
E INTERPRETAZIONE DEL GIUDICE
GENEALOGIA DI UN'UTOPIA
PERMANENTE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI SUOR ORSOLA BENINCASA
NAPOLI

DECISIONE DEL LEGISLATORE
E INTERPRETAZIONE DEL GIUDICE
GENEALOGIA DI UN'UTOPIA
PERMANENTE

© BY ARTE TIPOGRAFICA
80138 NAPOLI 39 VIA S. BIAGIO DEI LIBRAI
PROGETTO GRAFICO DI SERGIO PROZILLO

1.

“Quando il giudice ardisce di arrogarsi il potere di interpretare le leggi, vale a dire, di sostituire la sua volontà a quella del legislatore, l'arbitrio è dappertutto, nessuno può prevedere il corso che prenderà il suo capriccio. Non si tratta più di guardare il male in se stesso: qualunque esso sia è poca cosa, a paragone della gravità delle sue conseguenze. Il serpente, si dice, fa passare tutto il suo corpo dove è riuscito a far passare la sua testa. In fatto di tirannia legale è da questa testa sottile che bisogna guardarsi, per timore di vedere ben presto rotolar dietro ad essa tutte le sue spire tortuose. Non è solamente del male che bisogna non fidarsi, ma anche del bene che nascesse da questa via. Ogni usurpazione di un potere superiore alla legge qualunque utile nei suoi effetti immediati deve essere oggetto di orrore per l'avvenire”¹. Questo

¹ JEREMY BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789). Traggio la citazione dalla Edizione Du-

lungo passo di Bentham, uno dei fondatori del pensiero giuridico moderno, val bene ad esemplificare, sia pure in maniera alquanto radicale, una posizione direi classica della scienza del diritto in relazione al tema dell'*interpretazione*. In un tale contesto concettuale il problema, logicamente successivo, della *decisione* da parte del giudice, e cioè dell'applicazione delle norme al caso concreto, non viene neppure preso in considerazione essendo evidente che il venir meno di ogni attività interpretativa, anzi il suo divieto, elide anche il successivo problema della decisione: quest'ultima non può che essere, direttamente, quella della legge. Naturalmente il problema è di avere una legge tale che non vi sia alcun bisogno di interpretazione. Qual è il percorso filosofico e scientifico per ottenere, o sperare di ottenere, questo scopo?

mont (Bruxelles, 1829), vol. I, p. 84 dalla quale si continuerà a citare. Sulla prima edizione la Dumont (di gran lunga la più conosciuta e fatta direttamente sui manoscritti) fu tratta una traduzione italiana (la prima) delle opere di Bentham, *Trattati di legislazione civile e penale*, a cura di Michele Azzariti (Napoli, 1818). La citazione, nell'edizione italiana, è a p. 126 del vol. I.

2.

La posizione di Bentham rappresenta il frutto consequenziale e maturo di una lunga riflessione centrata appunto sul diritto, che l'epoca dei Lumi era andata facendo. A questo proposito è appena il caso di ricordare che il pensiero illuministico – per quanto variegato al suo interno – si caratterizzò come un pensiero della secolarizzazione e quindi principalmente della convivenza (dell'esserci) per la quale il diritto costituisce il paradigma scientifico e il principale “mattoncino” teorico pratico di edificazione. Sono ben note le considerazioni espresse sin dal 1749 da Montesquieu nel libro XI dell'*Esprit*. Con esse, certo, si “brevetta” la divisione dei poteri stabilendo che quello giudiziario è un potere in qualche modo “nullo”, perché pronuncia le parole della “legge”. A sua volta la legge deve avere un “testo preciso”, inoltre si prende posizione netta contro la stessa esistenza di un ceto giudiziario, tanto ereditario per nascita o per minima regia quanto professionale.

Secondo Montesquieu il potere giudiziario non deve essere attribuito a un senato permanente, ma deve essere esercitato da persone scelte tra il popolo, in determinati periodi dell'anno, secondo la maniera prescritta dalla legge, per formare un tribunale che rimanga in vita soltanto per il periodo che la necessità richiede. In questo modo il potere giudiziario, "così terribile tra gli uomini", non essendo legato né a una determinata condizione né ad una determinata professione, diviene per così dire "invisibile e nullo"². È chiara la "coppia di testa" del nuovo spirito delle leggi: legge *precisa* e potere giudiziario *nullo*: lo spazio dell'interpretazione, se non annullato, è certamente eroso. Anche in ambito italiano la tradizione illuministica risulta, decisamente, orientata in questo senso. Sin dal 1764 Cesare Beccaria aveva scritto "veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi, per aver consultato non la costante e fissa voce della legge, ma l'errante instabilità delle *interpretazioni*"³. Anche Beccaria, cioè, mostra la stessa decisa ostilità per ogni forma di interpretazione da parte dei giudici: unico interprete

² *L'Esprit des lois* (1748-1749). Le citazioni sono tratte dall'edizione italiana a cura di Sergio Cotta (Torino, 1973), p. 278.

³ *Dei delitti e delle pene* (1764). La citazione è tratta dall'edizione a cura di Franco Venturi (Torino, 1965), p. 6.

possibile è il legislatore, cioè il sovrano "depositario delle attuali volontà di tutti".

Due anni dopo l'opera di Beccaria, un altro illuminista, questa volta meridionale, Giacinto Dragonetti, oggi pressoché dimenticato, concludeva un suo elegante trattatello, *Delle virtù e dei premi*⁴, con una favola ambientata nella *Caffreria inferiore*, presso il "popolo furbo e più maligno che barbaro" dei Muzimbas. Il racconto fantastico, che viene definito da Dragonetti come opera di un "illuminista viaggiatore", si inserisce, evidentemente, nella tradizione - nata in Francia dopo la pubblicazione, tra il 1704 e il 1705, della prima traduzione francese delle *Mille e una notte*⁵ -, di ambientare (anche allo

⁴ Giacinto Dragonetti (l'Aquila 1738-Napoli 1818). L'opera del giovane aquilano (anch'egli marchese come il Beccaria) fu percepita come il *costè* premiale dell'opera penale di Beccaria, al punto che sia un'edizione francese (Parigi 1767) che altre italiane pubblicano le due opere in uno stesso tomo. Come il Beccaria, il Dragonetti ricoprì successivamente ruoli nell'amministrazione pubblica dello Stato di appartenenza, svolgendo importantissimi compiti nella magistratura, in particolare nell'azione per la devoluzione dei feudi. Anche di tale esperienza fu l'opera *Origine dei Feudi né Regni di Napoli e Sicilia, loro usi e leggi feudali* (Napoli, 1788).

⁵ La traduzione in francese delle antichissime novelle orientali, ad opera dell'orientalista A. Galland, aveva proccacciato in Francia una vera e propria moda letteraria, sicché nei decenni successivi il mercato francese, e non solo, era stato invaso da una esplosione di romanzi pseudoarabi, di racconti di ambientazione turca, lettere persiane, novelle cinesi. La moda, che toccò letterati e filosofi del massimo livello, ebbe sia un risvolto filosofico-politico, come per le *Lettres persanes* (1821) di Montesquieu e lo *Zadig* (1748) di Voltaire, sia un versante, per così dire,

scopo di evitare, per quanto possibile, polemiche e censure politiche) in paesi esotici – tra arabeschi, pascià e cineserie – racconti riferiti in realtà a problemi sociali o politici della contemporaneità e degli Stati di appartenenza dell'autore.

Afferma Dragonetti che in quello sfortunato paese “quantunque vi sono Magistrati, Codici e Professori di Diritto, la cognizione delle leggi non è un dovere essenziale a tutti i cittadini”⁶. Ne consegue che i Monomugi, sorta di avvocati del luogo, sono divenuti i “padroni dispotici” del paese al punto che il magico potere delle loro parole è restato superiore ad ogni legge. La loro scienza giuridica tanto ostentata come le loro Biblioteche numerose (ordinaria abitazione dè ragnateli) consiste soltanto in alimentare nella Nazione lo spirito del litigio”. Le leggi, la loro confusione e la loro interpretazione sono soltanto “strumenti e mezzi del loro potere”. I Monomugi, in realtà, ricorrono alle leggi non per conformarsi ad esse, ma per adattarle alla fantasia del litigante. Se sono del tutto contrarie, “persuadono ai giudici, ch'essi ne sono arbitri, e non esecutori”. Ne escludono la forza con nuove “interpretazioni, con antiche senten-

frivolo e licenzioso come per *Lesbijoux indiscrets* (1748) di Denis Diderot.

⁶ G. DRAGONETTI, *Delle virtù e dè premi*, Napoli 1766, pp. 98-100. Corsivi nostri.

ze, e con autorità di tenebrosi scrittori. Nei loro tribunali regna confusione maggiore, che non fu nella torre di Babele. La nazione può dirsi ritornata nel primitivo caos”⁷.

Il racconto del Dragonetti riferito, evidentemente, alla situazione del mondo giudiziario nel Regno di Napoli in cui il giovane marchese viveva, trovò presto un'abbastanza puntuale riscontro, in positivo, nella prammatica, cioè nella legge che, su ispirazione di Bernardo Tanucci suo primo “segretario di Stato”, il re Ferdinando IV di Napoli emanò nel 1774 e con la quale si cercò di porre rimedio a buona parte dei problemi di arbitrio giudiziario e di abuso della scienza giuridica dominante che il Dragonetti aveva così causticamente descritto per il paese dei Muzimbas.

Scriva a proposito della prammatica del 1774 l'allora giovanissimo Gaetano Filangieri, altro appartenente a famiglia patrizia napoletana, descrivendo e commentando, entusiasticamente, la legge del Sovrano “Incaricando S.M. per rimuovere quanto più si possa dai Giudici l'arbitrio, ed allontanare dai Giudici ogni sospetto di parzialità, che le *decisioni si fondino non già sulla nuda autorità dei Dottori*, che hanno pur troppo colle loro opinioni, o alterato, o reso incerto ed arbitrario il diritto, *ma sulle leggi*

⁷ DRAGONETTI, op. cit., pp. 99-100.

esprése del regno o comuni: e quando non vi sia legge espressa per caso di cui si tratta, e si abbia da ricorrere all'*interpretazione*, o estensione della legge, vuole il Re, che questo si faccia da Giudice in maniera, che le due premesse dall'argomento siano sempre fondate sulle leggi espresse, e letterali, o quando il caso sia del tutto nuovo, o totalmente dubbio, che non possa decidersi né colla legge, né coll'argomento della legge, allora vuole il Re, che si riferisca alla S.M. per attendere il Sovrano Oracolo"⁸. Anche i fondatori italiani del pensiero giuridico-illuministico sono dunque decisamente ostili a lasciare ampio spazio all'interpretazione giuridica. Ed anche in questo caso è evidente l'intenzione di elidere lo spazio del potere giudiziario, arroccato nelle antiche corti e nei parlamenti. Il caso del Regno di Napoli lascia, poi, emergere l'allargarsi della polemica con il potere giudi-

⁸ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, Napoli 1774, pp. 13-14. L'operetta, dedicata al Tanucci, cita la prammatica con decisione ed in aperto appoggio al sovrano nello scontro apertosi tra la corte e le magistrature napoletane con la promulgazione della stessa prammatica del 23 settembre 1774. In effetti la norma oltre a dare indicazioni sulla interpretazione sanciva, per la prima volta in assoluto, l'obbligo della motivazione scritta delle sentenze. Era non solo una picconata di Illuminismo agli *arcana juris* dei magistrati, ma una decisa iniziativa di attacco a quel ceto dei giuristi e togati che rappresentavano, con la loro causidicità e soprattutto con le loro alleanze sociali, un fattore di freno alle politiche dell'Assolutismo illuminato del Tanucci.

ziario all'intero ceto togato (magistrati ed avvocati/"paglietta") ma anche la realtà di una lotta aperta invero vivacemente combattuta non solo nel Napoletano⁹.

⁹ È ben noto "il colpo di mano" con il quale il cancelliere di Francia, René Nicolas Charles Augustin de Maupeou, tentò di spezzare le resistenze dei parlamentari o tribunali locali alle nuove tasse. La vicenda culminò nella crisi per la quale il 20 gennaio 1771 il re sciolse l'Assemblea ed esiliò i 130 membri del parlamento di Parigi. La vicenda si concluse poi con la re-tromarcia del nuovo Re, Luigi XVI (1774).

3.

Riprendiamo il nostro percorso teorico. All'origine di questa posizione, abbastanza corale ed univoca, dei pensatori che possiamo in qualche modo ricondurre sotto l'etichetta di Illuminismo giuridico, vi sono delle cause, delle idee e delle premesse che avrebbero bisogno di un lungo lavoro di individuazione e di "scavo".

Alcune sono di origine storica, nel senso che si riferiscono ad un preciso stato dei rapporti sociali, economici e culturali, ad una situazione pertanto, almeno in apparenza, strettamente ancorata a quel tempo. Tra queste cause per così dire storiche vi è certamente il problema del rapporto, allora assai sentito, tra legislazione corrente e *diritto romano*, vale a dire con un diritto considerato "tradizionale", tramandatosi, tra l'altro, in una lingua ormai "straniera" e, dunque, già bisognosa di una prima *interpretazione* (quella linguistica). Il diritto tradizionale o "comune" si presentava,

inoltre, come elemento di confusione perchè necessitante, a sua volta, di un'ulteriore *interpretazione* in un senso del tutto particolare e che, per lunghi anni o secoli è stato poi considerato come sostanzialmente estraneo al nostro concetto di interpretazione: individuare cioè *che cosa vada*, tra i vari testi possibili, *interpretato come diritto*.

Scriva Beccaria proprio all'apertura della sua opera più famosa: "alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co riti longobardi ed involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi"¹⁰.

La polemica degli illuministi contro il diritto romano dovrebbe evidentemente essere oggetto di un lungo discorso. Ci basta in questa sede accennare appena che non si tratta soltanto di una lotta per una modernizzazione del diritto intesa nel senso dei contenuti delle norme, di ciò che il diritto moderno può e perciò deve stabilire, ma si tratta, di molto di più, della nuova struttura concettuale del diritto. Il diritto, infatti, nella mentalità dei riformatori illuministi, non può in alcun modo essere più quale il

¹⁰ C. BECCARIA, *Dei Delitti e delle Pene*, op. cit., p. 3.

diritto romano era stato, un catalogo, una sorta di topica di autorevoli opinioni e decisioni giudiziarie intorno ai casi del diritto. Esso deve divenire un insieme coordinato di decisioni definitive del legislatore, immediatamente operanti in relazione ai rapporti interindividuali.

Si tratta di uscire dall'idea della *giurisprudenza*, intesa come *prudentia juris*, vale a dire come ragionamento saggio (o insieme di ragionamenti saggi) attorno alle questioni (e con il conforto dei saggi ragionamenti fatti dai giuristi del passato), per pervenire a un diritto inteso come *scienza* coordinata, ragionamento *more geometrico*, come tale suppostamente unico ed inequivocabile. Si tratta anche di passare più complessivamente dalla più modesta *prudentia* di *Antico regime* – che in qualche modo, pur alimentando con i suoi limiti e margini interpretativi i dibattiti giuridici e dottrinari del Medio Evo, aveva spesso spostato la rissosità insita in una società corporativa e policentrica su interminabili crinali giudiziari così da temperare le pretese dei rispettivi poteri –, ad una *scienza della legislazione* che, sul modello galileiano e gravitazionale, fosse capace di assegnare a ciascuno il suo ruolo non ammettendo repliche, dubbi o contraddizioni.

4.

La lotta contro il diritto romano confuso e confondente, ma materialmente esistente, si sposa, d'altra parte contemporaneamente, con un'altra lotta: quella contro una concezione del *diritto naturale*, inteso quale punto di riferimento meramente astratto e, perciò, eternamente controvertibile, una sorta di alea costante e non *falsificabile*, costantemente gravante sull'ordine che si costituisce. Si tratta di sconfiggere uno sfuggente diritto che già c'è, nelle pandette o in qualche cielo, e che perciò si rivela come istanza sempre appellabile contro il nuovo ordine che si va costituendo.

La lotta contro il diritto romano è insomma anche la battaglia, proprio un attimo prima della crisi rivoluzionaria, per la stabilizzazione dello Stato assoluto moderno. È chiaro infatti che, con l'eliminazione della molteplicità delle fonti del potere, essenza dello Stato assoluto, deve venire anche la espunzione della molte-

plicità delle fonti del diritto. D'altra parte lo stesso Montesquieu, pur nella ben nota affermazione della divisione dei poteri, sottolinea l'esigenza dell'organicità del sistema: "gli Inglesi, onde favorire la libertà, hanno abolito tutti i poteri intermedi, dai quali la loro monarchia era formata"¹¹. La lotta per l'unicità delle fonti non può che prevedere l'abolizione dei poteri intermedi propri della rissosa e irrazionale società che ha preceduto la radiosa epoca dei Lumi finalmente scoperti.

Quella che viene emergendo – e che qui si cerca di descrivere sommariamente – è, dunque una complessa linea culturale che partendo dal primato della scienza moderna (galileiano-gravitazionale) e, quindi, dalla individuazione, ma per via umana e, di fatto, sperimentale, di inoppugnabili leggi naturali, *traspone il concetto di natura in quello di legge razionale*, frutto di scienza e di esperienza, che viene definitivamente data o posta, cosicché nella legge scritta, in ogni legge perchè la legge non può che essere scritta, deve potersi individuare la parte di un unico sistema, quasi di un'unica legge (un ordinamento o sistema giuridico), proveniente, tutta, da un'unica sovrana volontà. Sono le

¹¹ *L'esprit des lois*, ed. it., cit., p. 79. Scrive nello stesso testo Montesquieu: "i poteri intermedi, subordinati e dipendenti, costituiscono la natura del governo monarchico, di quello, cioè, nel quale uno solo governa grazie a leggi fondamentali".

basi epistemologiche, ancorchè su quei fondamenti giusnaturalistici, su cui inizialmente poggiava, di quel *positivismo giuridico* che ha costituito l'ideologia giuridica dominante dei secoli XIX e XX e che costituisce ancora oggi il più compiuto schema di organizzazione del diritto del quale sia possibile far uso, e che non manca di esercitare, ancora oggi, il proprio fascino sui giuristi di professione specie della cattedra.

Scrive Bentham, il quale può essere considerato il vero, consapevole, anello di passaggio tra giusnaturalismo e giuspositivismo, "la legge scritta è il progresso, la legge non scritta è una legge congetturale, una finzione di legge"¹². Essa è per il filosofo inglese anche "un mezzo di potenza amato dagli uomini della falsa scienza per la stessa ragione per la quale i preti di Egitto amavano i loro geroglifici: per la stessa ragione per cui i preti in tutte le religioni amano i dogmi ed i misteri. È dalla incertezza e dalla ignoranza che questi iniziati traggono il loro potere"¹³. Dunque per Bentham la legge scritta è la sola che possa meritare il nome di legge, perchè essa sola assicura la certezza che è la grande utilità della legge,

Unicità delle fonti, eliminazione dei corpi intermedi, limitazione se non divieto di interpre-

¹² *An Introduction to the Principales of Morals and Legislation*, ed. Dumont, cit., vol. I, p. 367, trad. it., vol. I, cit., p. 367.

¹³ *Ibidem*, I, p. 412.

tazione, diffidenza verso il ceto dei giudici e dei giuristi tradizionali, idea unitaria e ordinamentale del diritto, primato assoluto della legge scritta: ecco i termini di una nuova concezione del diritto. Ma, è lecito chiedersi, qual è la filiera in cui essi si organizzano? Qual è e come si qualifica, questo nuovo sapere del diritto? E ancora, corrisponde esso a nuovi poteri?

5.

Proprio a fianco della battaglia storica per l'unicità delle fonti e contro il diritto romano, pienamente leggibile nelle parole di Bentham, di Montesquieu, di Beccaria, Filangieri, Dragonezzi e mille altri, un'altra battaglia ideologica, ma anche di interessi e persone, si andava combattendo all'interno delle stesse scaramucce. Una battaglia, anzi una guerra, tra la "scienza giuridica" propria dei *dottori tradizionali* della legge e di ciò che il diritto già contiene (dalla sua parte vi sono *grida*, prammatiche, biblioteche, tradizioni, giurisprudenze, tribunali secolari, distinzioni di reti, privilegi, diritto romano), e la *nuova scienza del diritto*, che assume il suo proprio nome di *Scienza della legislazione*, che è scienza (e non *prudencia*) di ciò che il diritto *deve contenere*, di quello che esso *deve* decidere senza lasciare ad altri né interpretazione né decisione. Per questa nuova scienza l'interpretazione può porsi come argomento di riflessione solo perché la legge (la vecchia legge dei

dottori impastoiata nel complesso di macerie e residualità che ne costituivano l'essenza) non era in grado di decidere direttamente. In un certo senso questa battaglia tra scienze è una battaglia tra una *interpretazione* – quella della vecchia scienza giuridica – senza la *decisione* definitiva della legge scritta, e una *decisione* che, essendo frutto di una scienza (la scienza della legislazione), trasfusa nella chiarezza della legge scritta, non ha bisogno di essere chiarita, è immediatamente operante: è una *decisione senza interpretazione*. Vi è, insomma, attorno al diritto uno scontro tra saperi che è anche contemporaneamente un micidiale scontro di poteri di gruppi e di fazioni che combattono la loro battaglia non solo nei luoghi per così dire ufficiali dello scontro politico, ma in una pluralità di luoghi diversi, tra cui il Tribunale o la nascente pubblicistica sono soltanto la punta emergente e il ring ufficiale. Volendo esemplificare ciò che è invece molto complesso, possiamo dire che questo scontro vede da un lato il ceto *illuminato*, talora anche appartenente ad un'aristocrazia colta cosmopolita, spesso alleata con la parte più asservita e ricca della nascente borghesia: questo ceto trova nella *scienza della legislazione* il suo *sapere* in via di costruzione e in quello del Sovrano illuminato, il suo *potere* ufficiale. Dall'altra parte vi è l'aristocrazia di Antico regime, ancora aggrappata ai suoi privilegi feudali (di diritto franco o longobardo, spagno-

lo...) la quale, tramontata ormai definitivamente la "concordia discors" con il potere del Sovrano, cerca nelle varie giurisdizioni domestiche, e più in generale nella giurisdizione dei più diversi tribunali, con l'ausilio dei dottori e delle loro "carte", le garanzie della sua sopravvivenza. Il sapere dell'aristocrazia e di Antico regime è quello messo al suo servizio da un ceto ormai tradizionalmente alleato con essa e che con essa si batte: sono i giuristi della *scienza del diritto* dove la scienza, per quanto già detto, è soprattutto *interpretazione*. Sono essi che, garantendo la sopravvivenza delle antiche fonti, con il loro argomentare, al momento opportuno garantiscono contemporaneamente il proprio sapere-potere e la propria sopravvivenza e anche quella del ceto aristocratico alleato.

6.

Proprio dell'antica alleanza tra aristocrazia, scienza giuridica e poteri intermedi è bella e caustica immagine la cena del capitolo quinto de *I promessi sposi*, che vede accomunati nella stessa gozzoviglia aristocratici di tipo tradizionale, di più o meno alto lignaggio (il conte Attilio, don Rodrigo), rappresentanti intermedi del potere pubblico (il Podestà) e ceto togato (il dottor Azzeccagarbugli). Magnifico scenario che, nella penombra serale di un palazzotto nobiliare tutto sommato periferico, vede i nostri personaggi inizialmente impegnati in una accanita discussione proprio sull'interpretazione di quale sia il diritto (*ius gentium*, diritto degli antichi feziali etc.) da applicarsi ad una questione di sfida, duelli e cavalleria e che vede al suo centro, come elemento di raccordo e di "scienza", proprio il dottore del diritto, quello stesso dottor Azzeccagarbugli che aveva rassicurato Renzo (credendolo colpevole di violenza verso un curato per impedire un matrimonio)

che a “sapere maneggiare bene le grida nessuno è reo nessuno è innocente”. Del resto tutta la scenografia relativa ad Azzecagarbugli (toga malandata, libri polverosi, e mai letti, i ritratti dei dodici Cesari, poltrona magniloquente e sbrindellata...) ricorda assai da vicino la descrizione dei *Muzimbas* fatta da Dragonetti, così come quel suo rimestare tra le grida, cercando quella che fa al caso suo, sembra proprio indicare, plasticamente, il rimescolare di carte proprio di un ceto di giuristi che, piuttosto che applicare *la legge*, andava scegliendosi, *tra le leggi* di un sistema farraginoso, quelle più adatte agli interessi propri e dei propri rappresentati.

Mirabile quadro d'insieme in cui è assente soltanto uno dei rappresentanti del blocco di potere basato sul possesso di forme di conoscenza che costituiva complessivamente il ceto dominante di quel tempo: manca infatti l'elemento clericale. E, tuttavia, già don Abbondio, col suo incomprensibile latino dello *jus canonicum* aveva cercato di imbrogliare, anche lui, Renzo. Quella scena ci aiuta a capire perché non sarà un caso se la borghesia (il maltrattato e ribelle filatore di seta è un novello borghese e tale diverrà già nel corso del romanzo) appena nata chiederà, prima di ogni altra cosa, al diritto certezza e sicurezza, e a tal fine l'abolizione dell'interpretazione tradizionalmente intesa. La Chiesa d'altronde è presente con un altro

e ben diverso suo rappresentante, l'intemerato fra' Cristoforo, quasi a significare l'eterna contraddizione interna del mondo religioso, ma anche la sua capacità di attraversare e, in un certo senso, vincere le contingenze della vita contemporanea. È pure assente, ma solo apparentemente, il ceto antagonista, l'altro blocco di potere-sapere, quello che definiremmo la filiera sociale e di conoscenze, della *Scienza della legislazione*. È materialmente assente, certo deve esserlo, perché il tempo storico, il Seicento, non gli consente di essere presente, perché non è ancora nato. È invece spiritualmente presente, assai presente, perché, come spesso accade ai vincitori, tutta la sceneggiatura è costruita dallo stesso Manzoni, che scrive quella storia e dà il ruolo ai personaggi, e Manzoni sta proprio dalla parte della *Scienza della legislazione*. Se ci fosse bisogno di una prova della formazione oltre che cristiana, illuminista e attentissima ai problemi del diritto del Manzoni, credo che l'osservazione di questo quadro vespertino nel palazzo di don Rodrigo possa togliere ogni dubbio. Cos'è del resto la *Storia della colonna infame* se non l'atto d'accusa di un giurista illuminista contro i giudici del tempo ed una società impastoiati nel sapere del proprio tempo? Tempo, ormai, visibilmente in scadenza.

7.

Il panorama, sommariamente tracciato, dell'approccio illuminista ai problemi del diritto riguardanti il tema interpretazione-decisione, ci ha offerto la prospettiva di uno scontro, ma ci ha anche confermato, ad avviso di chi scrive, che le forze vincenti di quello scontro sono quelle che hanno fondato l'episteme giuridica che ha, poi, e a lungo, dominato la scena. Non vi è infatti dubbio che circa il primo problema dell'interpretazione (l'individuazione dei testi "qual è il diritto?") il pensiero illuminista è uscito vincente, e che questa vittoria è all'origine del concetto di diritto inteso come diritto positivo, nonché di fonte normativa e di ordinamento giuridico tuttora, per certi versi, dominante.

Per quanto attiene al secondo problema, cioè quello dell'interpretazione del diritto in senso stretto (si può, e come, interpretare un testo giuridico?) la soluzione data ad esso dal

pensiero giuridico illuminista, cioè l'eliminazione di ogni interpretazione non strettamente letterale, è certamente pervenuta in qualche modo fino a noi e rappresenta, non solo per esplicita scelta del legislatore ("nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore" (art. 12 c.c. preleggi), il costante punto di riferimento di ogni sforzo di ermeneutica giuridica. Ciò detto e constatata questa vittoria e queste permanenze, tuttavia, risulta evidente che la realtà vissuta dal nostro tempo è radicalmente lontana dal quadro prospettato a suo tempo dall'Illuminismo e pure e spesso invocato nell'attualità.

Alla *episteme* giuridica illuminista, volendo schematizzare, erano, come coesenziali, almeno quattro concetti-premesse che si riferivano: a) all'uomo; b) alla scienza; c) al linguaggio; d) allo scenario politico economico.

a) Anzitutto l'Illuminismo giuridico faceva, in generale, riferimento ad una antropologia per così dire semplificante, cioè ad un concetto di uomo inteso essenzialmente come individuo, il cui massimo di felicità doveva coincidere con il massimo di libertà, sicché la felicità del maggior numero, obiettivo comune dell'azione dei legislatori illuministi, sembrava corrispondere ad una sorta di somma algebrica delle fe-

licità, ovvero delle libertà di ciascuno. Le molte variabili che certamente si riscontrano tra i pensatori illuministi circa la legge della felicità umana non escludono, tuttavia, che vi sia in essi la tendenza a ritenere che bisogna cercare nell'uomo, nella sua natura, qualcosa di molto simile alle leggi gravitazionali di Newton, un principio valido per tutte le circostanze umane, e in ogni luogo. Da questa concezione meccanicistica dell'uomo, per lo più attenta alla sfera economico-pulsionale¹⁴, nasceva una particolare concezione del diritto come diritto naturale che asseconda la natura dell'uomo e che, in quanto tale, è una variabile indipendente. È esso, il diritto, che modifica i comportamenti umani perché opera secondo le regole della natura dell'uomo prevedendone e determinandone i comportamenti. La variabilità del diritto non dipende dalla sua ricaduta nel sociale, ma da scelte sovrane conformi o meno alla legge della felicità del maggior numero. È il diritto che modifica la società, non la società il diritto.

b) Il concetto di scienza usato dagli Illuministi è quello di una scienza sistematica costruita su un *archè* fondamentale. In questo caso una concezione dell'uomo e del diritto come *immutabili*, una conoscenza che è una vera propria

¹⁴ È chiara l'incidenza, in questa epoca di incipiente rivoluzione industriale, del pensiero di Adam Smith e delle sue *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni* (1776).

episteme in senso etimologico, immobile e capace di stare ferma di fronte a qualsiasi cambiamento il quale, se c'è, non può che essere che nell'ordine del "già previsto". Si tratta, insomma, di una sua scienza che, sicura della sua inespugnabilità, del suo essere immutabile, si pone contro il divenire come impreveduto e contro il panico che un tale divenire minaccia. Se la scienza è questo, la scienza della legislazione rassicura definitivamente l'uomo nei suoi bisogni fondamentali e nelle sue necessità socio-economiche mentre ogni cambiamento deve essere nell'ordine delle leggi. Consentire che un'interpretazione modifichi, anche in minima parte, la legge della scienza, significa turbare la stessa intima natura della scienza; lasciare che il disordine vi faccia la sua irruzione, che la naturale armonia tra gli uomini venga violata e turbata, che la felicità poggiante sulla sicurezza e sulla libertà sia diminuita. Il metodo di questa scienza è empirico ma basato sul concetto di evidenza empirica e il suo sviluppo è il *more geometrico* cartesiano, così vicino al concetto di sistema e così legato, attraverso il *cogito* fondativo dell'essere, anche al principio del soggetto-individuo.

c) L'idea di linguaggio che sorregge una simile esclusione dell'idea di interpretazione è anch'essa di decisiva importanza, essendo evidente che il diritto, tanto più se si presenta se-

condo i dettami dell'Illuminismo come legge scritta, è nell'ordine del linguaggio e delle parole. Non è qui il caso di abbozzare una teoria illuminista del linguaggio. Si può tuttavia affermare che l'Illuminismo giuridico pensa costantemente ad un linguaggio capace di essere strumento neutrale di comunicazione. Oggetto essenziale dei trattati giuridici, e poi del diritto, è "semplificarne la lingua, bandirne, l'espressioni false, metaforiche ed oscure, e tutto riportare alla chiarezza ed alla verità"¹⁵. Anche in questo caso, per la verità, il pensiero giuridico di formazione illuminista ha la consapevolezza che è necessaria una lotta, che uno spazio deve essere conquistato, giacché l'uso dei termini oscuri ha "contribuito a far valere gli errori, a mascherare la ciarlataneria, ed a racchiudere la scienza in un piccolo numero di iniziati", sicché il linguaggio giuridico è divenuto una sorta di "segno cabalistico" nel quale si riconoscono gli iniziati (è il problema della lotta tra i ceti detentori del sapere). Proprio ciò rende, tuttavia, evidente la convinzione, in loro ferma, che sia possibile una purificazione definitiva del linguaggio giuridico "abbassandosi scrupolosamente alla cura delle parole. Tali parole, tale legge": si fanno le leggi altrimenti che colle parole?¹⁶ Scelta delle paro-

¹⁵ BENTHAM, op. cit., p. 258, ed. it. p. 409.

¹⁶ BENTHAM, op. cit. Dumont, p. 369, ed. it. p. 425.

le, e poi *logica* e poi *grammatica*: due scienze che bisogna possedere a fondo per fare una buona compilazione di leggi." Ecco la formula di un linguaggio giuridico che non corra più i pericoli dell'interpretazione. Né va dimenticato che proprio la semplificazione *more geometrico* dell'uomo e della sua scienza, consente di riannodare il diritto attorno a pochi valori fondamentali e di chiara evidenza: vita, libertà, proprietà, amore". La creazione di un nuovo mondo non può che avvenire attraverso la liquidazione della storia del passato, delle sue contraddizioni, dei suoi fantasmi e della sua metafisica e dei sussulti del suo sapere.

Si deve solo aggiungere, appena tra parentesi, che il rifiuto dell'interpretazione giuridica e, perciò, di ogni ermeneutica da parte del ceto dei giudici, che i filosofi-scienziati dell'Illuminismo portarono avanti avendo come punto di arrivo il primato alla legge scritta e l'accesso diretto del cittadino ad essa come al suo catechismo, trova una sua, precisa, puntuale consonanza nel ritorno della Riforma protestante alla Sacra Scrittura¹⁷, con il rifiuto del metodo allegorico dell'interpretazione dei testi sacri e con il tentativo di creare un rapporto diretto

¹⁷ Il tema del rapporto tra Cristianesimo ed Illuminismo ed in particolare tra Protestantismo e pensiero giuridico illuministico è approfonditamente indagato in A. VILLANI, *Christian Thomasius illuminista e pietista*, Napoli, 1997.

con i testi stessi, eliminando ogni arbitrio soggettivo dei dottori della Chiesa nella loro interpretazione. Potremmo anche affermare che tutta questa complessa battaglia si iscrive in una logica di rifiuto del concetto di mediazione e della *medietas* come virtù, per preferire una logica dell'evidenza la quale, in quanto tale, non ammette compromessi. La mancanza di mediazione, di una possibilità di mediazione, è la logica dello scontro. Sarà la logica della Grande Rivoluzione¹⁸.

d) Lo scenario economico istituzionale in cui matura complessivamente l'Illuminismo è quello il cui disegno ha cominciato a tracciarsi con il ben noto principio sancito dalla pace di Augusta "*cuius regio eius religio*" (1555) che, nel porre fine alla stagione delle guerre di religione, aveva creato il presupposto perchè il più importante fenomeno transtatale (quello religioso) venisse, di fatto, circoscritto all'ambito di ciascuno Stato. Si sanciva per tale via l'idea che il *princeps* fosse il vero elemento identificativo

¹⁸ La Grande Rivoluzione procederà a passi velocissimi alla eliminazione di tutti i corpi intermedi: il 3 novembre 1789 vengono lasciati vacanti tutti i Parlamenti del regno che verranno poi soppressi; il 19 febbraio dell'anno successivo si sopprimono gli ordini religiosi, il 19 giugno è soppressa la nobiltà ereditaria, il giorno dopo gli ordini cavallereschi, il 2 marzo del 1791 sono soppressi le corporazioni ed il 14 giugno sono vietate le fraternità operaie. Di pari passo vengono di fatto annullate tutte le garanzie di difesa nei tribunali fino alla soppressione di ogni loro parvenza il 6 aprile (pratiche) del 1793 (relazione Caution).

(sostanziale e formale) di ogni comunità politica dotata di sovranità. La scomparsa, almeno formale, della Chiesa dallo scenario delle forze che sorreggevano, costituivano o contraddicevano lo Stato, pone le basi per una sua più piena laicità di fondo e, comunque, per l'accorpamento di ogni potere nelle mani del potere pubblico e, per esso, del *princeps*. Le forze intermedie della monarchia (quali l'aristocrazia o le corporazioni) non rappresentano ormai che vestigia del passato, residui di un tempo in via di esaurimento, proprio mentre la nascente, rigogliosa borghesia ne chiede l'eliminazione.

La stessa Chiesa, unica autorità a carattere decisamente transnazionale, vede sempre più, nel tempo, la sua potestà riconosciuta nel solo ordine spirituale mentre è di fatto tramontato ogni residuo dell'antico impero superstatuale. È, insomma, lecito agli *uomini* dell'Illuminismo ritenere che la conquista della volontà sovrana possa equivalere alla conquista dell'unica fonte legittima di emanazione del diritto e della forza, senza che nessun altro potere emergente, né interno né esterno, possa turbare, se non con la forza di una guerra, il senso di questo monopolio. Lo stesso pensiero illuministico legge il suo cosmopolitismo come una rete di pensiero, rivelatore di verità universale al mondo ma, intento com'è a sgombrare il mondo dai corpi intermedi e dai suoi simboli, appare lontanissi-

mo dal voler riconoscere la capacità di qualsiasi altra fonte del diritto, tanto interno quanto esterno. Si tratta di un cosmopolitismo ancora incapace di concepire autorità o diritti sovranazionali.

Oltre lo Stato non vi sono che altri Stati i quali, proprio perchè *altri*, costituiscono altri ordinamenti che non interferiscono in alcun modo con le leggi interne di ciascuna unità statale.

8.

Se confrontiamo *l'episteme* sommariamente tracciata come propria dell'Illuminismo con il nostro tempo (procedura certo arbitraria), ci accorgiamo che molti dei capisaldi di quel discorso non sono più proponibili.

1) Non certo il concetto semplificato del soggetto e, comunque, quella visione unidimensionale dell'uomo come soggetto economico-pulsionale. La nostra epoca sembra avere, anche se con fatica, definitivamente e salutarmente rinunciato all'idea di una spiegazione semplificatrice dell'uomo per cui tutti i bisogni sono uguali. Prima la pluralità e lo scontro delle ideologie, poi la loro crisi, ormai definitiva, hanno riportato in evidenza la *complessità* e la contraddittorietà del personaggio-uomo. Quando Foucault già un trentennio or'è affermava che l'uomo, la creatura sorta da poco, era destinata a morire presto "come i segni tracciati sulla sabbia", affermava appunto che l'uomo non potrà più essere soggetto-oggetto di scienza, consoci-

bile e catalogabile sistematicamente secondo l'atto di nascita certificato nel *cogito* cartesiano.

2) Neppure resta stabile il concetto di scienza giacché il divenire nel mondo ha praticamente distrutto tutti gli *archè* che, in quanto immutabili, garantivano il sistema logico-deduttivo della scienza sistematica, cioè ha distrutto il concetto stesso di scienza come capacità di stare contro tutto e tutti perché verità non tacciabile di falso su cui gli illuministi si appoggiavano. Gli immutabili, se vi sono, sono solo in un mondo al di là della natura che, se non è sogno, è Fede. La storia del modificarsi, a piccoli o grandi passi, del sapere dell'uomo è la storia della distruzione di ogni immutabile come premessa del discorso scientifico. Il sapere o, se si vuole adoperare ancora il concetto tradizionale, la scienza, appare quale elemento dominante e costante della post modernità. Ma non è che un effetto di superficie del suo continuo mutare e delle sue applicazioni tecnologiche: la scienza moderna deve rassegnarsi ad essere proprio ciò che, nel drammatico scontro tra Galileo e il Cardinale Bellarmino, costituiva la pretesa di quest'ultimo: un'ipotesi¹⁹, una previsione ipotetica sempre aperta al

¹⁹ Così il Bellarmino al Foscarini maggiore teologo dell'ordine carmelitano: "dico che mi pare che V.P. et il Sig.r Galileo facciano prudentemente a contentarsi di parlare *ex suppositione* e non assolutamente, come io ho sempre creduto che habbia parlato il Copernico. Perchè il dire, che supposto che la terra si muova et il sole stia fermo si salvano tutte le apparenze meglio

rischio dell'insuccesso e del fallimento. Le sue previsioni sono delle pure probabilità che solo il caso potrà confermare sono il frutto, di una scelta ed "hanno valore scientifico solo se ricevono il consenso della comunità dei ricercatori"²⁰.

3) Non il concetto di *linguaggio*: non è qui il caso di ricordare l'enorme lavoro che il sapere moderno ha fatto attorno al concetto di linguaggio: basti pensare alla ammissione della equivalenza dei giochi linguistici di Wittgenstein ed al suo concetto di linguaggio come atto, come fenomeno della prassi, come inestricabilmente legato ad una forma di vita, a una visione del mondo, cioè a qualcosa in continuo cambiamento. Possiamo ricordare la bella immagine con cui Wittgenstein esprime il rapporto tra linguaggio e forma di vita: il loro rapporto è come quello di un fiume e della sua sponda, la sponda è ogni volta modificata, non è più dove era, ma c'è sempre e indica sempre al fiume il suo corso.

che non porre gli eccentrici et epicicli, è benissimo detto, e non ha pericolo nessuno; e questo basta al mathematico" (anno 1616). Il testo della Lettera a Paolo Antonio Foscarini si può leggere in *Le opere di Galileo Galilei*, edizione nazionale a cura di A. Favaro, Barbera, Firenze 1968, v. 12, pp. 171-172; è anche in Appendice a GIORDANO BRUNO, *La cena delle ceneri*, commento e traduzione a cura di Giuseppe Magnano, Calderini, Bologna 1969. In merito, cf. anche O. LONGO, *Paolo Antonio Foscarini fra Bellarmino e Galileo*, in "Atti dell'Istituto veneto di Scienze, lettere ed arti", 151 (1992-93), pp. 267-295.

²⁰ Il riferimento, uno per gli infiniti possibili, è da E. SEVERINO, *Legge e caso*, Milano, 1979, pp. 40 e 41.

4) Lo scenario economico istituzionale del nostro tempo dominato dal fenomeno, più che transnazionale, della mondializzazione come fattore caratterizzante dell'economia vede il crescente affermarsi di nuove fonti normative e l'affollarsi di una pluralità di fonti anche statali (provenienti da diversi Stati) attorno allo stesso fenomeno economico in formazione e divenire.

Se un prodotto con il marchio di un paese viene realizzato in un altro paese, da operatori proveniente da più Stati, ed è poi commercializzato attraverso la rete telematica, per finire per il tramite di vettori di più Stati, a consumatori di ogni parte del globo: *quid ius?* Ed ancora, l'affermazione di nuove aggregazioni sociali stabili (sindacato) ed occasionali (*community* di interessi), così come la nascita di autorità indipendenti nazionali ma anche sovranazionali, dà l'idea di come anche il primo problema posto all'attenzione (e risolto) dall'Illuminismo giuridico "qual è il diritto?" sia ritornato di attualità²¹.

²¹ In verità, la crisi della illusione del monopolio del diritto da parte dello Stato tipica del positivismo giuridico era già evidente agli studiosi non vittime – come la maggior parte dei giuristi della cattedra dell'attardato *esprit* del sistema della scienza giuridica. Per tutti si possono citare le riflessioni di Paolo Grossi, più recentemente in P. Grossi, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Lectio tenuta il 20 dicembre 2007 in occasione del conferimento della Laurea Magistrale Honoris Causa in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli 2008.

9.

Uno scacco definitivo? La crisi finale di un pensiero che aveva donato all'umanità ed ai suoi chierici giuristi la speranza di un'era cosmopolita di uguaglianza e sicurezza? Purtroppo sì. Epperò nessuno di noi dimentica i bei giochi dell'infanzia che sapevano distinguere, senza tentennamenti, tra i cattivi ed i buoni tra i quali immancabilmente ci trovavamo. Quei giochi, per quanto irreali, insegnavano tuttavia moltissimo della vita reale compresa la necessità che comunque nel mondo ci si dovesse schierare, cercando di stare dalla parte del bene.

Così se un diritto tutto razionale e così chiaro da non tollerare neppure le esperte mani dell'interprete togato, ci appare oggi fatalmente lontanissimo dalla realtà vissuta, esso non cessa di essere un riferimento costante, un punto di tendenza cui nessuna idea del diritto appare capace di rinunciare. In qualche modo, quasi una vendetta della storia, il diritto costituisce

esso stesso un importante catalogo di idee, una rinomata, raffinata topica della democrazia: pensiero dei più (e dei più saggi?) cui fare riferimento di cui non è neppure facile ascoltare la voce nell'infinita confusione delle molte frastornanti voci che ci circondano.

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI SETTEMBRE MMIX
NELLO STABILIMENTO «ARTE TIPOGRAFICA» S.A.S.
S. BIAGIO DEI LIBRAI - NAPOLI

ISBN 978 88 96055 38 0