

Aforismi e provocazioni per i giuristi del nuovo millennio, 1.1

gasparini@giuri.unipd.it

A Few Maxims For The Instruction Of The Over-Educated
Anonymous, «Saturday Review», 1894, November 17

Potere legale, potere effettivo. Casi pratici

1. La legittima difesa

Considerazioni, febbraio 2003

Il possidente che dalla finestra della sua villa spara alle spalle dello scassinatore che fugge, abreagisce una pulsione che trova alimento in concezioni medievali della vita associata.

Anzitutto egli non distingue la propria persona (e quella dei suoi familiari) dai propri beni, perpetuando la concezione patrimoniale delle posizioni giuridiche e anzi estendendola dall'ambito pubblicistico all'ambito privatistico, con evidenti richiami al feudalesimo. Si osservi come tale atteggiamento coincida con l'uso linguistico secondo il quale si parla indifferentemente di *avere* un'automobile, di *avere* una casa al mare, di *avere* una moglie e dei figli.

Secondariamente e di conseguenza, egli mostra di non distinguere tra la minaccia di lesioni alla vita e all'integrità personale e lesioni al patrimonio, omettendo di cogliere il criterio –che dovrebbe essere ovvio a chiunque, e purtroppo ancora non lo è– secondo il quale la difesa è legittima solo se commisurata sia quantitativamente che qualitativamente a una minaccia attuale e immediata.

Infine egli chiaramente confonde la sfera dei propri interessi individuali (in relazione alla quale egli è determinato a impedire la diminuzione del suo patrimonio personale) con la sfera degli interessi collettivi (in relazione alla quale è negativo per l'ordine pubblico che chiunque faccia fuoco più o meno a caso o con più o meno perizia da una finestra); mostra pertanto di non percepire la differenza tra la concezione corporativa della vita associata, secondo la quale la partecipazione alla vita pubblica è asservita alla funzione di promuovere gli interessi esclusivi di una specifica categoria o, al limite, di un singolo individuo, e la concezione solidaristica, secondo la quale essa deve invece essere rivolta al perseguimento del bene di tutti e di ciascuno.

Ulteriori considerazioni, febbraio 2006

Il legislatore non si colloca sempre in una posizione scientifica e socialmente etica diversa o superiore al possidente. Il fatto che il legislatore sia espressione elettiva della sovranità popolare induce a riflettere sulla fondatezza della elevata opinione che la società in cui viviamo, e che ciascuno contribuisce a costruire, nutre sul proprio livello di civiltà.

2. L'ordine pubblico

Il vigile urbano che, senza le legittime formalità di un regolare sequestro, si impossessa della merce offerta in vendita da un ambulante abusivo e poi fugge alla guida di un'automobile transitando ad alta velocità in zona pedonale e travolgendo i pedoni, si fa strumento di una politica di repressione che mira ad aggredire quanti considera estranei senza affatto porsi come finalità quella di tutelare gli intranei.

L'autorità comunale che sostiene la legittimità di tali interventi e anzi lamenta la necessità di fornire supplenza, tramite la polizia urbana, rispetto alla competenza che spetterebbe alla polizia giudiziaria, mostra di ignorare a sua volta che il compito della polizia urbana è appunto quello di elevare –con procedure legittime– contravvenzioni relative a infrazioni alle norme amministrative,

tra le quali appunto le norme sul commercio al dettaglio di merci *no-food*, e di esigere le pene pecuniarie previste.

3. Solidarietà e corporativismo

La parola *solidarietà* non significa affatto mancanza di contraddittorio rispetto alle scelte della maggioranza: il contraddittorio anzi, come rilevò già Locke, è essenziale per assicurare l'equilibrata definizione dei problemi da risolvere. Significa invece considerazione degli interessi di tutti, non solo di chi si trova a formulare tale considerazione in quanto –ad esempio– si trova a detenere il potere. Il fenomeno di socializzazione dei costi di impresa, descritto da Galgano in relazione ai comuni cittadini medievali a egemonia mercantile, e altri fenomeni analoghi, continuano a verificarsi.

4. Individuo e politica

Le *iurisdictiones* medievali e lo Stato moderno differiscono nella concezione che hanno del titolo di legittimazione dei poteri di governo: rispettivamente, la volontà divina o la volontà della natura, che conduce al contratto sociale. Ma hanno in comune che in entrambi i casi il titolo è indipendente dalle scelte dei singoli individui storici, ivi compresi i titolari dei poteri di governo (“che disgrazia, sono nato re”: la tragedia di Amleto).

Lo Stato contemporaneo è il risultato abortito del tentativo di ricondurre l'esercizio del potere di governo e la scelta dei fini da perseguire alla volontà dei singoli in ogni singolo momento: un risultato che, una volta conseguito, renderebbe una volta per tutte impossibile nascondersi dietro il pretesto “sto solo obbedendo a degli ordini”, si tratti del boia che tortura il testimone del Sabba, di quello che taglia teste con la ghigliottina in piazza, dell'aguzzino di Auschwitz, del pilota che sgancia la bomba su Hiroshima o su Baghdad, o di quello che guida la ruspa contro un altro chilometro quadrato di foresta.

Epistemologia e giurisprudenza

Irnerio e la nascita dell'università: Si pensi alla rivoluzione che ancor oggi rappresenta per qualsiasi studente passare dallo studio dei sunti manualistici contenuti nelle storie e nelle antologie della filosofia e della letteratura alla lettura integrale dei testi originali, e alle sorprese che si incontrano quando le parole degli Autori fanno crollare i luoghi comuni che sul loro conto si trasmettono per via tralatizia.

Sistematica versus Storia: Filone sistematico – importa cosa si dice, non chi e quando l'ha detto. Logica del sistema “definitivo” (giustiniano). Costellazioni riconoscibili e simboliche. Filone storico-filologico – importa chi l'ha detto e quando, più e prima di che cosa viene detto. Ogni sistema è fatto di parti distinte, ciascuna delle quali ha una storia a sè. Gruppi di stelle lontanissime tra loro, che in un certo momento del tempo appaiono riunite in riferimento al punto di vista dell'osservatore.

Diritto ed estetica: I Culti, la Giurisprudenza elegante olandese, valorizzano la bellezza del diritto in quanto tecnica. Per questo la sua bellezza sta nella sua funzionalità: non solo nel bel latino (e nel bel greco), ma anche nella soluzione intelligente, nella forma concisa, nell'ergonomicità d'uso degli istituti, nella semplice evidenza della sistematica. Nel medioevo e nell'età contemporanea invece la bellezza è vista come un accessorio estraneo, irrilevante, superfluo, ma così vengono meno anche la

funzionalità e l'intelligenza. O forse la bellezza è incompatibile con il principio di autorità, vuoi teologico medievale, vuoi formalistico contemporaneo?

Da parte nostra, non maltrattiamo l'italiano, e non maltrattiamo l'italiano giuridico. Il linguaggio tecnico non conosce sinonimi, e la precisione lessicale è la causa efficiente della chiarezza.

Non maltrattiamo neppure le altre lingue, nè vive nè morte. Non sono elementi decorativi da disseminare a casaccio: vanno usate esclusivamente se lo esige la precisione. In tal caso occorre verificarne la declinazione, la coniugazione, l'ortografia con cura estrema.

Terminologia:

Diritto = norme dotate di sanzione da una pubblica autorità in quanto socialmente necessarie

Giurisprudenza = la scienza che studia il diritto

Legge = uno dei modi di produrre diritto (non l'unico, anche se preminente dal 1789)

“Sono iscritto a legge” equivale a dire “Sono iscritto a pancreas” o “a coleotteri”.

Diritto ed equità

Comando	arbitrario	formale	astratto	norma a se stesso
Equità	motivata	sostanziale	strumentale	dettata dalle esigenze

(almeno *in pectore*)

L'*aequitas canonica* funziona allo stesso modo del c.d. principio di legalità socialista: è un criterio di valutazione applicato alle concrete soluzioni giuridiche in nome dell'antiformalismo ma in vista di finalità extragiuridiche (*salus animarum*, bene del popolo o del partito) in nome delle quali può derogare a qualsiasi forma di tutela giuridica.

L'equità produce l'ipotesi di lavoro che il giurista sottopone al procedimento di falsificazione consistente nel suo confronto con le norme positive.

Particolarismo e Stato unitario

1. L'unicità della giurisdizione per l'intero territorio dello Stato è sintomo dell'unicità dell'ordinamento ed esclude il particolarismo. Vale per l'età moderna e vale per l'età contemporanea e le autonomie regionali.

2. I grandi tribunali moderni possono condurre una propria politica del diritto (divergente dall'accentramento unificante perseguito dal legislatore) seguendo prassi costanti in tema di ammissibilità delle prove, da cui dipende la tutelabilità concreta delle situazioni giuridiche.

3. Lo Stato moderno (come i suoi prodromi medievali) trasforma il sovrano da giustiziere a legislatore e il suo primato applicativo in un monopolio produttivo sul diritto.

4. Il formalismo contemporaneo è la cura drastica di una sindrome grave: il particolarismo, l'incertezza, la disegualianza. A sua volta la sindrome è prodotta dalla cura (il diritto romano comune in funzione suppletiva) per un'altra, precedente malattia grave: l'incomunicabilità reciproca di comunità coese e organizzate, ma inconciliabilmente eterogenee le une rispetto alle altre.

5. Contrariamente a quanto si sente spesso affermare, il concetto di *eguaglianza* non ha nulla a che vedere con il concetto di *identità* nè con il concetto di *equivalenza*. L'eguaglianza non comporta che "io che sono un cittadino onesto/istruito/ricco/... non dovrei essere considerato come il barbone che dorme sotto i ponti" e neppure che "il mio voto dovrebbe valere di più rispetto a quello del barbone che dorme sotto i ponti". L'eguaglianza di fronte alla legge, o eguaglianza nel godimento dei diritti civili e politici, denota l'impegno dell'intera collettività a raggiungere la massima approssimazione possibile a un trattamento differenziato di situazioni differenziate, ottenuto tramite l'applicazione uniforme di criteri precostituiti volti a individuare gli elementi rilevanti all'interno di tali situazioni. Denota inoltre l'impegno a far sì che tali criteri riflettano il consenso non di uno solo o di pochi, ma di tutta la collettività.

6. Un legame diretto di fedeltà tra il singolo individuo suddito e lo Stato viene introdotto solo nell'età moderna. Nel medioevo è sufficiente che giurino fedeltà i baroni e i rappresentanti delle autonomie locali e cetuali: i singoli sono legati a questi loro referenti (i "corpi intermedi" di Montesquieu), e non direttamente al sovrano.

7. La realizzazione dello Stato assoluto comporta l'assunzione da parte di quest'ultimo delle funzioni svolte fino ad allora dalle istituzioni particolari, e l'assunzione dei fini di queste come fini propri. Si spezza la riserva assoluta, secondo la quale ogni istituzione particolare era monopolista della prerogativa di fare politica in relazione ai propri interessi e solo ad essi. Ne consegue la coimplicazione dell'eguaglianza di diritti civili (soggetto unico di diritto) e dell'eguaglianza di diritti politici (democrazia): lo Stato democratico si assume i fini di tutti e di ciascuno e coopta il contributo di tutti e di ciascuno per gestirli.

Diritto e clinica (in margine a un convegno di pochi anni fa)

1. Condizione di scientificità del diritto è la sua configurazione quale realtà non arbitraria e non culturale. Ma si tratta di una finzione e non bisogna dimenticarlo! Il diritto è strumento –strumento rispetto a scelte non giuridiche, nè scientifiche, ma politiche. Senza di esse lo strumento non ha ragione di essere, ma esse d'altra parte sono irrilevanti per il suo funzionamento. Le due attività, di progettazione e costruzione di un trapano da un lato e del suo uso dall'altro, sono funzionalmente distinte... eppure guai se non mantengono un *feedback* reciproco, altrimenti il risultato sarà analogo a certe piste ciclabili, progettate e realizzate da chi non si sogna nemmeno di percorrerle perchè si sposta solo in automobile!

2. A differenza che per il medico, l'eziologia è estranea al campo di azione del giudice e rientra invece in quello del legislatore (divisione dei poteri). Eppure guai se il medico potesse imporre al paziente la sua diagnosi e la sua terapia! e guai se il giudice non potesse imporre e far eseguire la sua sentenza!

Il diritto non è una realtà naturale, la malattia sì; la giurisprudenza, al contrario della medicina, non è una scienza naturale ma una scienza normativa. Entrambe applicano mappe a territori, ma a territori diversi, e per diversi scopi: da un lato la descrizione di uniformità naturali, dall'altro la costituzione di definizioni normative.

Le enunciazioni di leggi naturali sono *vere* o *false* (non falsificabili o falsificabili), le enunciazioni di norme giuridiche sono *valide* o *invalidi*.

La sentenza *sta al posto* della verità, la diagnosi è *la migliore approssimazione* a una descrizione esauriente di sintomi ed eziologia. Di conseguenza la sentenza si presenta come più certa della diagnosi, anche se metodologicamente è meno fondata.

La descrizione non è la realtà: ne fa parte. La descrizione non è la realtà: afferma di produrla.

3. Il diritto è scienza secondo Irnerio perchè si basa su un testo-verità, la compilazione giustiniana, proveniente da un'autorità non discutibile. La giurisprudenza dunque è scienza *descrittiva*, avente ad oggetto "il" testo dato. La norma è un *a priori* rispetto alla scienza; in linea di principio, non è previsto che vi siano legislatori successivi a Giustiniano, nel presente o nel futuro.

Il diritto è scienza secondo Leibniz perchè enuncia affermazioni coordinate e non contraddittorie, che si basano sulla logica combinatoria. La giurisprudenza dunque è scienza *normativa*, che produce il diritto tramite un metodo. La norma è un *a posteriori* rispetto alla scienza; il compito di formularla con valore vincolante spetta a un legislatore presente (ed eventualmente futuro).

Varietà

1. Ma è poi vero che *lex omnium generalis* (Pavia) vuol dire "territoriale"? Forse il diritto giustiniano è uno dei diritti *personali* di ciascuno (per quali e quanti altri possa averne), almeno in quanto suddito imperiale, piuttosto che un diritto *territoriale* che coesiste con i diritti personali. Infatti fuori d'Italia viene anche invocato per sottrarsi all'applicazione di questo o quel diritto territoriale locale (es. consuetudini locali in Germania).

2. La scienza giuridica medievale lancia il sasso e nasconde la mano: il giurista è un romanista e dunque (si dice e si pensa) un civilista, eppure il recupero del diritto giustiniano come diritto vigente ha potenti motivazioni giuspubblicistiche!

3. Gli eroi nazionali e i miti che li riguardano raccolgono e ordinano gli elementi essenziali che di un processo di unificazione nazionale vengono percepiti dai soggetti agenti. Roland, Robin Hood, Jeanne d'Arc, Wilhelm Tell, Till Eulenspiegel.

4. Negli ordinamenti contemporanei democratici, in cui i cittadini sono titolari di diritti politici, i diritti umani sono enunciati nel codice costituzionale. Negli altri ordinamenti, dove i cittadini sono titolari solo di diritti civili, sono enunciati nel codice civile.

5. Quando l'aspetto sostanziale della questione di diritto trova soluzione in una fonte consuetudinaria non redatta, l'accertamento del tenore della consuetudine in ordine alla fattispecie confluisce nella questione di fatto, e viene decisa dalla giuria. La sentenza del giudice, che si basa sul verdetto, rappresenta però un *arrêt de réglement*, che sottrae per il futuro la disciplina applicata all'ambito della questione di fatto e a successive valutazioni da parte di giuria future (almeno dove le sentenze vengano archiviate e rimangono consultabili).

Osservazione 1: quando la consuetudine non è redatta, e dunque la prova del suo tenore (oltre che dei fatti) deve essere data dalle parti, essa viene data alla giuria, e non al giudice.

Osservazione 2: in tal caso, limitatamente alla valutazione delle prove presentate dalle parti in ordine al tenore della consuetudine, la giuria funge da giuria di prova e non da giuria di giudizio, in quanto accerta di scienza propria se quanto le parti afferma non è conforme alla consuetudine come è conosciuta dai giurati. Funge invece da giuria di giudizio in ordine alla valutazione dell'attendibilità delle prove dei fatti.

Osservazione 3: la redazione delle consuetudini (anche senza legificazione) non ha soltanto lo scopo utilitaristico di certificarne il tenore, ma anche quello, politico, di sottrarle all'influenza della giuria in quanto parte della questione di fatto, per attribuirne invece l'applicazione al giudice in quanto parte della questione di diritto.

I sistemi penali

Il processo inquisitorio medievale e moderno si basa fundamentalmente sull'intuizione del giudice, che formula un'ipotesi di colpevolezza in capo all'inquisito e poi cerca gli elementi di prova idonei a suffragarla.

L'elemento di controllo indipendente sui processi psicologici del giudice è dato dal regime legale delle prove, che delimita (almeno in teoria) con precisione le deduzioni realisticamente ammissibili. Il processo penale contemporaneo rovescia la situazione: l'ipotesi di lavoro è che l'imputato sia innocente, e l'accusa ha il compito di raccogliere prove idonee a falsificare l'ipotesi, le quali saranno valutate da un giudice indipendente che su di esse formerà il proprio libero convincimento. L'elemento di controllo non è più dato dal regime legale delle prove, perchè anzi ciò che determina il tenore della sentenza è appunto la convinzione che il giudice si è formato - non importa come. Viceversa il limite di ammissibilità del convincimento del giudice è dato dalle garanzie stabilite a favore dell'imputato, e cioè dal suo diritto di controbattere da una posizione paritaria al tentativo dell'accusa di falsificare l'ipotesi della sua innocenza.

Duecento anni di esperienza processuale portano a dubitare che ciò sia sufficiente a mantenere il processo entro limiti di compatibilità con il razionale metodo scientifico su cui dice di fondarsi, soprattutto dove e quando sul suo funzionamento influiscano regimi autoritari.

I diritti umani

Introducendo il dogma della completezza, eliminando il collegamento diretto con il diritto naturale, il pensiero giuridico degli esegeti francesi del primo Ottocento si stacca nettamente dalla dottrina giusnaturalistica degli immutabili diritti naturali dell'uomo. A partire da questo momento, i diritti soggettivi sono considerati come creati dalla legge positiva, e non sono più ad essa preesistenti in forza del diritto naturale: non esiste più "diritto" senza "legge".

In effetti questo atteggiamento finisce per privare la Scuola dell'Esegesi, che pure tramite il dogma della certezza del diritto si ricollega direttamente alle teorie illuministiche, proprio del legame con quella dottrina dei diritti naturali dell'uomo che dell'illuminismo era stata un elemento fondamentale.

Il ruolo dell'interprete

1. "Il sistema codificato deresponsabilizza il giurista sul piano politico" (Giovanni Tarello).

Nel medioevo ogni opinione è frutto di una scelta di tutela di uno degli interessi in gioco, mentre in parte nell'età moderna e senz'altro in epoca di codici appare come risultato ineluttabile dell'applicazione di un procedimento tecnico a norme prodotte da altri.

Il principio della ricerca della volontà presunta del legislatore può forse essere posto in relazione anche con l'ulteriore definirsi di un postulato accolto da quella larga parte della cultura giuridica odierna che si basa su una concezione formalistica dell'interpretazione: il concetto che l'interprete debba ricercare "la volontà della legge" piuttosto che "la volontà del legislatore".

Il successo di questa ideologia si spiega con la sua funzione mediata di "rendere l'attività del ceto giuridico tecnicamente autonoma dal sistema politico in cui tale attività si svolge" (Tarello), con l'ulteriore effetto di "squalificare l'esigenza di supplementi di informazione, persino sotto la forma di ricorso ai lavori preparatorî e alle relazioni".

In sostanza, una fedeltà al testo apparentemente ancora più radicale, con l'esclusione di ogni riferimento anche marginale ad elementi extratestuali quali i lavori preparatorî, costituirebbe in

realtà un mezzo per allontanarsi più liberamente da quello stesso testo e dal senso ad esso attribuito dai suoi compilatori.

2. Il diritto non è una chiave fissa. Il diritto è un Meccano, in cui i singoli pezzi sono le norme giuridiche e gli attrezzi sono i principi generali.

Questa semplice immagine supera il dilemma tra diritto come politica e diritto come formalismo, la quale si affianca ad altri falsi problemi quali il dilemma tra natura e cultura o istinto e apprendimento.

Come l'istinto consiste nelle modalità relativamente fisse secondo cui avviene l'apprendimento a seconda delle circostanze, così l'interpretazione, necessariamente anche se magari inconsapevolmente politica, consiste nell'utilizzazione funzionale delle norme, quali che esse siano.