

REGOLE, PRINCIPI E VALORI UN VIAGGIO NEL DIRITTO

VITTORIO BENEDETTI

E' noto che la storia della filosofia occidentale abbia preso le mosse dall'esperienza, all'epoca unica ed esemplare insieme, che vide i coloni greci mettere a frutto il contatto – maturato nella Ionia, l'attuale regione turca prospiciente il Dodecaneso – con una assai sviluppata tradizione per l'astronomia e per le religioni creazioniste diffuse in tutto il Medio Oriente fra le popolazioni autoctone, specie quelle mesopotamiche¹.

¹ Senza Diogene Laerzio e le sue *Vite dei filosofi*, probabilmente la nostra conoscenza della vita e delle dottrine di quelli più antichi sarebbe tanto limitata e superficiale da poter in parte creare difficoltà nella ricostruzione del pensiero pure dei maggiori, gran parte dei cui testi ci sono pervenuti, se si consideri che una parte ancor maggiore non è sfuggita a barbarie distruttive. Lo stesso vale per Socrate, di cui poco sapremmo senza i dialoghi di Platone ed i *Memorabili* di Senofonte, che fecero da stimolo, e da esemplare, per quanti dall'Ellenismo, a vario titolo e con peculiarità diverse (Teofrasto, Dicaerco, Cicerone, Seneca, Plutarco, Sesto Empirico, Porfirio, Proclo, Filone per limitarci ai più

Un contatto che li stimolò a porre come centrale il problema cosmologico, affrontato in coerenza con una speculazione già allora definibile come "scientifica" per il suo approccio razionalistico alle questioni².

noti), hanno raccolto pensieri e dati biografici ed aneddotici insieme, che seppur sparsi hanno consentito di delineare almeno i percorsi seguiti da quanti, amando davvero il sapere, ampliarono ed approfondirono costantemente gli studi e le riflessioni sulle grandi questioni di senso, legate all'esistenza stessa, non circoscrivibile al solo suo svolgimento temporale ed alla corporeità.

La storia della filosofia, come qualsiasi disciplina, si è evoluta nel fluire dei secoli; è diventata scientifica, quale esame critico e temporale delle dottrine e laddove assume una prospettiva epistemologica, in un complessivo tentativo di ricostruzione dei corsi e ricorsi, alla Vico, del pensiero umano, che in larga misura possiamo far risalire al filosofo napoletano, prima ancora che ad Hegel in chiave dialettica o a Zeller per rigore. Non ha però essa una dimensione universale, essendo sostanzialmente tutto ciò legato all'esperienza culturale e civile euro mediterranea ed al suo duplice sedimento greco-romano e giudaico-cristiano: non a caso Bertrand Russell volle intitolare la sua ricostruzione di quell'esperienza unica, composta negli anni del Secondo Conflitto Mondiale ed edita nel 1945 a guerra ultimata in Europa, *History of Western Philosophy*; un titolo significativo come il suo seguito: *and its connection with political and social circumstances from the earliest times to the present day*.

² Dopo lo Zeller e Robin (l'uno col suo classico *Die Philosophie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwicklung darstellt*, Tübingen 1855/1868 e l'altro con *La pensée grecque et les origines de l'esprit scientifique*, Paris 1923, tardivamente tradotti in italiano), a svolgere una disamina puntuale di tali sviluppi di pensiero è stato Rodolfo Mondolfo, prima con il più generale *Problemi del pensiero antico*, Bologna 1936 e poi, dopo il lungo esilio forzato in Argentina, con lo specifico *La comprensione del soggetto umano nell'antichità classica*, Firenze 1958. Da non dimenticare infine, tra i testi che possiamo definire ormai "classici", quello di Pohlenz, *Der hellenische Mensch*, Göttingen 1947, in Italia tradotto nel 1962 raggiungendo subito una meritata diffusione.

In questo modo, il problema dell'*archè*, da prioritario e variamente discusso e risolto, si spostò su piani diversi ed assunse tanto una dimensione di priorità temporale, quanto un carattere di preminenza logica e per questa via il suo significato si estese, venendo assimilato a quello di "fondamento" e di "ragion d'essere"³. Con Aristotele poi l'*archè* viene ad assumere il rango di causa: per lo Stagirita, infatti, essendoci piena corrispondenza tra l'ordine logico e l'ordine reale, è dai "principi" che occorre muovere per investigare e per spiegare i fatti, specie quelli naturali⁴.

³ Uno sviluppo che gli storici contemporanei della filosofia (da noi Emanuele Severino in particolare) giudicano inevitabile, in quanto vedere un qualcosa –sia esso aria, acqua o fuoco– come origine universale della realtà fisica, uomo incluso, avrebbe finito per impedire ogni specificazione e sviluppo di qualsiasi genere. Ed essi quindi ritengono che in realtà l'*archè* fosse il punto di partenza per il riconoscimento dell'altro da noi/in noi. Invero solo in Eraclito il principio dialettico della conflittualità può configurarsi in modo non antinomico come universale, mentre negli atomisti il problema del mantenimento dell'identità nonostante la presenza di un unico ed identico principio non si pone, anche se solo con la teoria del *clinamen* si può considerare salva la libertà e l'individualità.

⁴ In un noto passo della *Metafisica* (1013 a 17) si afferma in modo tranchant che "tutte le cause sono principi", che certamente va compreso nella sua complessità e radicalità, che già un giovane Guido Calogero seppe sinteticamente cogliere redigendo la voce "principio" per "L'Enciclopedia Italiana", vol. XXVIII, edito nel 1935. Invero pure in Archita sembrerebbe chiaro tale carattere polisemico dell'*archè*, laddove avrebbe riconosciuto che il cammino del sapere comporta un andata ed un ritorno dall'universale al particolare e viceversa, perché solo reciprocamente si comprendono, per concludere che "collegando i principi con la fine di tutte le cose" l'uomo si renderà conto che in definitiva "Dio è il principio, il mezzo ed il fine di tutte le cose regolate secondo la giustizia e la retta ragione" (così si sarebbe espresso nell'opera

Quando la Roma vincitrice con le armi sarà conquistata dalla cultura ellenistica, anche la giurisprudenza si arricchirà di un *sapor* filosofico, non meno della retorica forense, la cui trattatistica ben conosciamo ed apprezziamo grazie alle preziose opere di Cicerone ed alla monumentale *Institutio oratoria* di Quintiliano, accomunati, pur se tanto distanti tra loro sotto ogni profilo, dalla stessa convinzione che si trattasse di un sapere scientifico e non di una mera tecnica e, soprattutto che il buon oratore dovesse eccellere pure dal punto di vista morale, con buona pace di Platone e del suo *Gorgia*⁵.

Peri sophia, almeno secondo quanto riferisce Giamblico, *Protreptikon*, IV, 39 e ss).

⁵ Per la verità, nonostante si sia avuta quasi una *vulgata* che in quest'opera Platone abbia inteso contrapporre la vita e l'insegnamento del filosofo a quella del retore (identificato nel sofista), già nell'antichità ci fu chi meglio penetrò il senso dello scritto; questi è Quintiliano che, criticando alcune precedenti definizioni della retorica, sottolinea testualmente: *Quidem eam neque vim neque scientiam neque artem putaverunt, sed Critolaus "usum dicendi" (nam hoc tribè significat), Athenaeus "fallendi artem". Plerique autem, dum pauca ex Gorgia Platonis a prioribus imperite excerpta legere content, neque hoc totum neque alia eius volumina evolvunt, in maximum errorem inciderunt, creduntque eum in hac esse opinione ut rhetoricen non artem sed "peritiam quandam gratiae ac voluptatis" existimet et alio loco "civilitatis particulae simulacrum et quartam partem adulationis", quod duas partes civilitatis corpori adsignet –medicinam et quam interpretantur exercitatricem–, duas animo –legalem atque iustitiam–, adulationem autem...vocat...legalis cavillatricem, iustitiae rhetoricen (Inst. II, XV, 23-25).* Quintiliano, dopo aver rimarcato che, tra le opere platoniche, un conto sono gli scritti composti per confutare le tesi degli avversari ed un conto quelli composti per insegnare, aggiunge con acume come vada pure tenuto presente che le parole di Socrate –ovvero di Platone– riguardano la retorica del suo tempo, mentre riconosce che quella vera è degna d'onore, tant'è che conclude l'intervento affermando che è necessario che l'oratore sia un uomo compiutamente giusto, ossia tale

I giuristi stessi, stando a quanto emerge senza ombra di dubbio, dai loro passi riportati nel *Digesto*, vollero e seppero arricchire le proprie opinioni e il modo d'interpretare lo *jus civile* grazie a procedimenti dialettici e riferimenti valoriali che denotano una non superficiale conoscenza delle principali scuole filosofiche e la loro apertura a stimoli non strettamente "professionali"⁶.

Ma quale ruolo giocò, in concreto, nel campo del diritto e della giurisprudenza il fondamentale principio gnoseologico che *cognoscere est scire per causas*, specie se si rifletta un attimo sul fatto che una simile impostazione conduce ad un'*archè*?⁷

Possiamo anticipare che i *praecepta juris* di cui parla il *Digesto* rappresentano l'implicito riconoscimento che aldilà del diritto positivo esistono principi che danno il senso delle regole ed hanno addirittura un potere fondativo maggiore di quello che esprime chi detiene l'*auctoritas*, quando le loro indicazioni divergono,

nelle parole e nelle azioni. Prosegue lungo questa indicazione di fondo, la quale anticipa concezioni che Cicerone proporrà con forza, sottolineando che poco oltre Calicle stesso –e qui si sbaglia perché invece è ancora Socrate a ribadirlo (vedasi Platone, *Gorgia*, 508 c)– concorda sul fatto che il bravo oratore deve essere un uomo giusto e conoscitore del giusto, concetto ribadito nel *Fedro* (*ibidem*, 26-31).

⁶ Copiosissima la messe di studi in materia: basti qui citare le opere basilari di Schulz, di Schiavone e prima ancora di Frezza

⁷ Tale aspetto è stato affrontato con una disamina assai approfondita ed ancor più interessante per i diversi stimoli culturali attuali che l'autore riesce a cogliervi ed a proiettarvi insieme, da F. D'Agostino (*Per un'archeologia del diritto. Miti giuridici greci*, Milano 1979).

come l'arcinota citazione di Antigone e dei suoi *agrafa nomoi* comprova⁸.

Un'impostazione giusnaturalistica che l'avvento del Cristianesimo non poteva non accentuare e ben radicare nel giro di due secoli scarsi, ossia, per l'Europa occidentale, fino a quando l'insegnamento del diritto rimase vivo a Roma. Gli storici pongono tale termine nella calata dei Longobardi, quando la maggior parte della popolazione, nel timore di subire sacchi simili a quelli dei Visigoti e dei Vandali, abbandonò l'Urbe per rifugiarsi nelle "castella" o, come i ricchi latifondisti, nelle loro proprietà più lontane, determinando il declino che porterà Roma a contare poco meno di 15.000 abitanti⁹.

Il testimone passò ai monasteri e quindi alle *scholae* cittadine dove lo studio del diritto si mantenne come

⁸ Per non far torto a nessuno, pretermettendone immeritadamente il richiamo alla monografia o all'articolo, basti ricordare che di un recente convegno patavino sono stati stampati gli atti (a cura di A. Mazzei, *Dike polypoinos. Archetipi di giustizia fra tragedia greca e dramma moderno*, Padova 2004), cui ha fatto seguito A. Jellamo, *Il cammino di Dike. L'idea di giustizia da Omero ad Eschilo*, Roma 2005, mentre è in corso di pubblicazione una monografia del Prof. Ripepe a supporto delle lezioni che sta tenendo su questi temi che stanno alla radice degli sviluppi di un diritto affrancatosi lentamente da una matrice sacrale.

⁹ Da lunga data, su ciò concordano gli storici tanto del diritto romano quanto di quello medievale, anche se forse l'immagine di un'Urbe morta dopo che il vecchio cuore dell'Impero era stato avulso dalla sua sede naturale appare spesso tinteggiata con colori eccessivamente foschi e legata allo stereotipo di un Medio Evo oscuro, quando non solo Le Goff si è impegnato in un'opera generale di demolizione critica di tale *topos*, venendo stimolato, preceduto e seguito da studiosi che sono pervenuti allo stesso risultato pur movendo da obiettivi disparati, come quello di voler ricostruire l'origine delle aristocrazie francesi, germaniche, italiane ed iberiche.

naturale completamento della retorica, la terza materia del varroniano trivio, nella scia di una lunga tradizione che da Cicerone trova in Cassiodoro l'ultima conferma degna di nota¹⁰.

Il passaggio per i chiostri non può destar meraviglia, essendo stato San Benedetto ad innovare il monachesimo in Occidente, basandolo sulla preghiera e sul lavoro i cui tempi furono fissati da una precisa "regola", ancor oggi da molte congregazioni seguita¹¹.

¹⁰ Contemporaneo di San Benedetto e di Severino Boezio, a differenza di quest'ultimo, non pagò con la vita la sua fedeltà al Credo niceno, anzi alla morte di Teodorico, nel 526, per cui conto aveva assolto le massime funzioni di governo sia dal punto di vista politico che burocratico-amministrativo, divenne *praefectus praetorio Italiae*, ovvero la massima figura istituzionale riconosciuta, e come tale si impegnò in un'azione politica coraggiosa quanto poco realista, quale quella di costituire in Italia uno stato romano-barbarico associato all'Impero d'Oriente. Fallito il progetto, con la prima guerra gotica conclusasi con la sconfitta e morte del re Vitige ad opera di Belisario alla testa dell'esercito bizantino di Giustiniano, pressochè subito si ritirò nella natia Squillace in Calabria e nei pressi fondò un monastero a Vivarium ove i cenobiti, sull'esempio benedettino, si impegnarono in una vita ascetica (di silenzio e di preghiera), ma anche di studi e di impegno nella trascrizione, traduzione e quindi conservazione delle massime opere classiche. Era il 540 e vi morirà, a novantacinque anni circa, nel 580. Per quanto attiene la suddivisione degli studi in *trivium et quadrivium* bisogna far riferimento alla sua opera in due libri, di ampio respiro e di taglio quasi enciclopedico, *Institutiones saecularum lectionum*, che era per così dire il naturale seguito delle *Institutiones divinarum lectionum*.

¹¹ La *Regula*, ove si richiama sul finire – seppure come mera citazione – quella di San Basilio, nasce dall'esperienza personale del grande santo di Norcia, copatrono d'Europa, dopo che Giovanni Paolo II gli ha affiancato i santi fratelli Cirillo e Metodio *Slavorum Apostoli*. Merita un sintetico sguardo d'insieme, almeno nei punti salienti e non meramente "interni", perché espressiva, anche dal punto di vista laico stret-

Ora et labora ne è il punto di partenza che merita un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo va sottolineato il suo carattere di rottura col passato, col mondo classico per il quale il lavoro era attività vile che svolgevano solo schiavi, liberti, servi, *addicti* o plebei, essendo tre i settori d'impegno degni dei

to, di un ancora contrastato mutamento di cultura civile, in genere e giuridica in specie. Il *Prologo* indica, in forma discorsiva e confidenziale, i principi della vita religiosa (rinuncia alla propria volontà e totale affidamento Cristo) e paragona il monastero ad una "scuola" che insegna la scienza della salvezza, I settantatré *capitula* che compongono la *Regula* sono diversi come destinatari, contenuti e finalità: ad esempio, il 4 elenca i doveri di un cristiano, richiamandosi alla Bibbia, in settantadue precetti (numero non scelto a caso); il 5 prescrive una obbedienza pronta, gioiosa e assoluta al superiore e definisce l'obbedienza come il primo grado dell'umiltà; il 6 concerne il silenzio e comunque si invita a moderare sempre l'uso della parola, pur non vietando ai monaci la conversazione quando è utile o necessaria; il 7 rammenta l'umiltà, di cui si individuano dodici gradi che, come quelli di una scala, conducono in Paradiso (timore di Dio; reprimere la propria volontà; sottomettersi a quella dei superiori; obbedire anche nelle cose più dure e difficili; confessare i propri errori; riconoscere la propria pochezza; preferire il prossimo a sé; evitare la solitudine e l'estraneazione; parlare solo nei momenti prestabiliti; soffocare il riso scomposto; reprimere l'orgoglio; mantenersi umili); dal 23, otto trattano delle violazioni "minori" alla *Regola*, stabilendo, a mo' di graduazione delle pene previste, l'ammorizzazione privata e la reprimenda pubblica; il 36 ordina che la comunità monastica si prenda cura dei più deboli (malati, vecchi e giovani); il 38, posta l'importanza del lavoro manuale, stabilisce quanto tempo al giorno sia da dedicargli in base alle stagioni (mai comunque meno di cinque ore); il 53 prescrive che gli ospiti devono essere ricevuti "come lo stesso Cristo" (dove la plurisecolare tradizione di ospitalità che ha reso famose le foresterie e le farmacie dei conventi benedettini, ove gli ospiti debbono essere trattati con ogni riguardo; il 57 presenta una disposizione d'ordine economico che potrebbe sembrare un'anteprima del protezionismo, o molto più semplicemente un'attenta valutazione

boni vires: la vita militare (col tempo divenuta meno allettante per i rampolli delle famiglie nobiliari, ma la cui disciplina ed organizzazione tenne nel complesso, come dimostrano proprio i numerosi colpi di stato riusciti e non, nonché la preminenza che l'*acclamatio* da parte delle truppe finì da ultimo per riscuotere rispetto a quella del senato); la vita politica (anche se nei periodi più bui del despotismo imperiale perse gli slanci e l'elevatezza tipici di quell'età repubblicana più antica tanto cara al Rousseau dei *Discorsi*, indicata a modello in quanto non si avvertiva da parte di quei nobili spiriti l'odierna distinzione tra la sfera del pubblico e quella del privato) e gli studi, quando si aveva tempo libero da dedicare alle scienze ed alle arti, con la filosofia sugli scudi.

Con l'avvento del Cristianesimo la vita religiosa o diventa una cosa a parte (basti pensare agli eremiti) o un tipo di impegno nel quale l'evangelizzazione è missione e missione è altresì il pascere il popolo di Dio,

della minor incidenza dei costi finali in "filiera corta": oltre che ordinare l'umiltà agli artigiani del monastero, impone loro se li anche vendono i loro prodotti, di farlo a prezzi inferiori a quelli di mercato; il 58 indica le norme per l'ammissione dei *postulanti* la cui effettiva volontà va appurata seriamente, venendo posta a dura prova; il 71 incita i monaci ad essere obbedienti coi superiori e reciprocamente ed il successivo, a rinforzo e compimento, esorta allo zelo ed alla carità fraterna. Il capitolo finale riassume il senso della *Regula* puntualizzando che essa serve per dar prova di onestà e di rettitudine, primo passo verso un cammino di perfezione, necessario per avvicinarsi a Dio ed è quindi come una guida per chi comincia il suo cammino spirituale, ruolo appunto che ne vivifica la simbiosi di religiosità, eticità e giuridicità che, seppur in ordine inverso per rilevanza interna, vivifica pure il *directum*, ormai lanciato sul piano lessicale e semantico a soppiantare lo *jus*.

curandone la crescita nella vera fede, ma pure nella vita sociale, dando vita a forme di assistenza e di carità per poveri, vedove, orfani, vecchi e malati. Campi nei quali svolge un'attività di supplenza rispetto alla latitanza delle autorità civili, per la quale presto inizia ad ottenere tangibili riconoscimenti con immunità, privilegi, esenzioni ma anche donazioni pubbliche e lasciti testamentari. In secondo luogo va sottolineato che la minuziosa organizzazione della comunità monastica, e della scansione dei compiti da svolgere durante le fasi delle giornate feriali e festive, attesta sia il fatto che i monaci consideravano la propria scelta di vita come una sorta di *militia*¹², sia la loro ferma convinzione che l'ordine esteriore e l'ordine interiore non sono disgiungibili, ma anzi si completano e si compenetrano, esattamente come accadeva allora per il *directum*, sintesi di ciò che impongono lo *jus*, l'*ethos* e la fede, ovvero la necessaria direzione da seguire, nella quale il confine tra regole morali e giuridiche si è ormai perso, essendo comune il loro fine, essendo preordinati tanto l'ordine terreno quanto quello interiore e spirituale alla salvezza eterna¹³.

¹² A ricorrere proprio ad un'espressione del lessico militare per designare il proprio ordine religioso fu S. Ignazio di Loyola, con la sua Compagnia di Gesù, all'interno della quale esiste un vincolo duplice d'obbedienza, al Generale ed al Papa, che ha i tratti dell'assolutezza e del voto.

¹³ Il primo esempio di tale lenta sostituzione lessicale si ha nel *Codex Theodosianus* laddove si usa il termine *directorium* per significare l'iter da seguire per conseguire l'obiettivo prefissato legalmente consentito. Del resto uno degli studiosi più accreditati di quei secoli, che invece Mommsen aveva in uggia, il Marrou, all'inizio della sua stimolante

Aldilà di ciò, il diritto –o meglio, il suo studio– continuò ad esser considerato parte della retorica grazie anche alla grande diffusione che ebbe quel trattato enciclopedico che rappresentano le *Etymologiae* di Sant'Isidoro di Siviglia. Un compendio monumentale degli insegnamenti-base di dialettica nei primi tre libri (dedicati alla parte riservata alle arti liberali), il secondo dei quali riporta i canoni sull'interpretazione, seguiti dalle nozioni basilari del diritto, con una scelta metodologica significativa e meritevole di approfondimento. Importante pure, ai nostri fini sebbene da un punto di vista storico, il V° libro, intitolato *de legibus et de temporibus*, che presenta una sorta di compendiosa storia della giurisprudenza romana¹⁴.

monografia (*Decadence romain ou antiquité tarde? III-Vi siècle*, Paris 1997, tr.it. *Decadenza romana o tarda antichità? III-Vi secolo*, Milano 1979), apparsa l'anno stesso della sua morte e da considerarsi quindi come una sorta di suo legato spirituale, sottolinea come la ns. civiltà, che ad un osservatore asiatico può "apparire come una succursale della civiltà greca", vada letta più attentamente, in quanto "il passaggio dalla Grecia classica all'Europa moderna non si è realizzato attraverso una filiazione diretta. Tra le due vi è stato spazio per delle mediazioni: quella del Rinascimento umanista e, prima, della cristianità medievale sono a tutti note. Ma gli storici hanno imparato poi a riconoscere l'importanza di un'altra mediazione, anteriore nel tempo, quella operata dalla civiltà della tarda antichità". E se nell'ambito della pratica forense formule e termini tecnici hanno continuato a durare nel tempo, arrivando a far parte anche del nostro attuale bagaglio professionale e culturale, nella vita quotidiana *directorium* e *directum* finirono lentamente per sostituirsi a *jus* e per così transitare nelle lingue neolatine, conferendo in Italia al termine "giure" un carattere aulico in senso deteriore.

¹⁴ S. Isidoro, nacque tra il 556 ed il 571 probabilmente in quella Siviglia di cui poi sarà vescovo, succedendo nell'inverno del 601/602 al fratello Leandro, amico di Gregorio Magno. Per la sua vastissima

Grande fu la sua influenza sul piano formativo, pur se un grande storico del nostro diritto, ha ritenuto i suoi frutti impari e negativi comunque gli effetti, avendo isterilito "i cervelli nei piccoli giochi dell'*argumentum*, avvezzandoli al gusto deteriore delle *regulae* ottenute artificiosamente dall'isolamento di alcune frasi dal testo legislativo"¹⁵.

cultura, per la profonda fede e cura che ebbe nel ministero episcopale, esercitato con un meritato peso politico, ma soprattutto per le sue opere letterarie ed in specie per le *Etymologiae sive origines* a lui la cultura occidentale deve quasi quanto a San Benedetto ed ai suoi amanuensi. Certo, il sapere enciclopedico ha trovato in lui il miglior esemplare rimastoci dall'antichità, anche se talvolta dal punto di vista di un rigore scientifico, assistiamo a delle cadute, alcune delle quali –poche– paiono incredibili in una personalità del genere, ma se *aliquando bonus dormitat Homerus*, possiamo anche noi chiudere gli occhi. Va aggiunto, per completezza, che alcune appaiono anche come studiate apposta, mistificanti a fini di elevazione: così, ad es., quando ricollega la religione a *re-eligere*, anziché a *re-ligare*, ossia ad una scelta invece che ad un legame (*Ethim*, VIII, II, 2).

¹⁵ Calasso, *Medioevo del diritto*, Milano 1954, p. 329. Critiche eccessive, forse datate, nel senso che quando furono scritte in Italia vivevamo un'epoca (gli anni del *boom*) di grande slancio e di grande protagonismo in ogni campo, per cui un impegno quasi certosino di ricostruzione era considerato come un guardarsi dietro, un non voler andare avanti per timidezza o per ignavia. Ma il tempo è galantuomo e ristabilisce le giuste prospettive, come le seguenti osservazioni varranno a confermare.

Se quanto a definizione le prime "regole", in ordine di tempo, nascono (e si intendono) in questo modo, possiamo allora dar merito a quei filosofi e teorici del diritto contemporanei che, stimolati dall'esigenza di dare rigore logico-concettuale alla scienza giuridica perché possa continuare ad essere tale, ne analizzano concetti, definizioni e fini, hanno esattamente definito appunto il termine *regola* come "un'entità linguistica... dotata di una configurazione logico-semanticale, anche se non necessariamente di un aspetto esteriore, "imperativa" e

In realtà, quasi mai l'obiettivo era solo una sorta di virtuosismo retorico o sfoggio di capacità sillogistiche, ma più spesso si trattava di risolvere esigenze concrete. Ad esempio in quello che è stato definito il capolavoro della scuola longobardistica, ossia l'*Expositio ad librum papiensem* risalente all' XI° secolo, troviamo che deve essere cambiato l'*ordo litterae* (il senso della parola), allorché non si scorga la *ratio legis* oppure qualora ci si renda conto che la sua piana applicazione produca *iniquitates*¹⁶.

derivante da una manifestazione originaria di volontà, non necessariamente umana, indirizzata a porre obblighi" (F. Bonsignori, *Diritto come regole e come principi, I Definizioni*, in questo stesso volume). Poco oltre lo stesso autore precisa che "s'intende con il termine *principio* un'entità essa pure linguistica, dotata di una configurazione logico-semanticale, anche se non necessariamente di un aspetto esteriore, "descrittiva" e derivante non da una manifestazione originaria di volontà, ma da una elaborazione conoscitiva di dati. E si usa il termine "giuridico" per delimitare un sottoinsieme del precedente, il cui ambito deriva come sopra dall'assunzione di una certa definizione generale del diritto e può variare in funzione ad essa" (*ibidem*). Ma allora possiamo "riabilitare" dalle critiche del Calasso i metodi d'insegnamento isidoriani, atti a cogliere il senso normativo di regole che tali venivano percepite per il loro esser presenti e riproposte in tanti vari testi antichi che venivano studiati e confrontati.

¹⁶ Il c.d. *liber papiensis* – dal cui cap 4 § 1 è tratta la citazione – era una raccolta di editti, leggi, capitolari ed altri provvedimenti normativi dei re longobardi (che avevano avuto la loro capitale appunto a Pavia) e di Carlo Magno, imperatori e re seguenti fino ad Ottone I. Inevitabile che, presentando un materiale assai eterogeneo e spesso in sé discordante, fosse quasi subito avvertita l'esigenza di darne chiavi di lettura in grado di orientare al meglio o il giudice o l'avvocato o il cancelliere o il notaio che per la sua professione doveva ricorrervi. Apparve così l'*expositio* in questione il cui autore non può dirsi identificato, ma solo considerato un non incolto giurista dell'Italia settentrionale dell'XI° sec., al

Ciò è espressione di un'esigenza superiore, senz'altro etica nel profondo, ma non priva di motivazioni scientifiche ed ermeneutiche rispetto alla prima delle quali però il diritto deve piegarsi, alla luce del principio che rientra nel campo della morale ogni questione inerente l'agire umano (*ethicae supponitur quia loquitur de hominum moribus*, si dice nel proemio di tale opera).

Non si tratta di mere riflessioni o convinzioni personali, ma l'esprimersi di un mondo ideale, la *respublica christiana*, che si pensava di potere e di dover istaurare in questo mondo per ricondurlo alla pace interna ed esterna¹⁷.

quale va ascrivito il merito di aver espresso con chiarezza il concetto che, almeno in via sussidiaria, quando si tratta di colmare lacune, è da applicarsi il diritto romano, che qualifica come *lex generalis*. Questo 2011 ricorre il centenario della pubblicazione dell'articolo con cui Enrico Besta (in *Annali delle Università toscane*, vol. XXXI) riportò all'attenzione degli storici del diritto l'importanza di tale testo, quale segno tangibile di un'inesaurita importanza (e validità derivante dal persistere della sua efficacia, potremmo aggiungere, pensando a Kelsen) del diritto romano anche nei secoli c.d. barbarici.

¹⁷ *Res publica Christianorum* appare termine preferibile a quello usuale di *res publica christiana*, per varie ragioni: anzitutto per ragioni storiche, visto che cronologicamente fu la prima delle due ad essere adoperata; indi perché entrambe le locuzioni possono essere assunte in due diversi significati, geopolitico il primo (una parte dove vivono i cristiani e la *pars* o *partes infidelium*) e politico-istituzionale il secondo, potendo qualificarsi "stato cristiano" solo quello dove in sostanza, come avevano insegnato dal IV sec. i Padri della Chiesa, *Veritas non auctoritas facit legem*; infine, e soprattutto, per motivazioni che sarebbero care all'attuale neo repubblicanesimo ed alla luce della soggettività che dopo il Concilio Ecumenico Vaticano II nella Chiesa ha recuperato il popolo di Dio. Per l'una e per l'altra, comunque, si intende quella complessa realtà sociopolitica che da Costantino e, soprattutto, da

La scienza giuridica ha, in questo contesto, come fine suo quello di rendere gli uomini buoni, non solo per paura delle pene ma anche in vista dei premi (così il proemio della succitata *Expositio*, riecheggiando *Digesto*.I.I. 1).

Questo fine in concreto, a ben vedere, non è la *iustitia*, bensì l'*aequitas*, in ciò andando oltre la genuina tradizione del diritto romano, dove ad esempio Cice-

Teodosio fino alla Riforma caratterizza l'Europa occidentale ed ha assicurato una continuità dell'idea fino all'avvento dei Lumi (così, ad es. interpreta quello che correntemente chiamiamo "medioevo" Werner col suo stimolante e documentatissimo *"Naissance de le noblesse. L'essor des élites politiques en europe"*, Paris 1998, trad. it. *Nascita della nobiltà. Lo sviluppo delle élite in Europa*, 2 vol. Torino 2000). Una realtà dove coesistono due poteri, uno temporale ed uno spirituale, ossia l'Impero e la Chiesa, che si sono fin dall'inizio impegnati in una sorta di continua lotta per affermare il proprio primato d'ordine sull'altro. Finché ci fu un imperatore forte la Chiesa dovette fare buon viso a cattivo gioco, subendo ad esempio convocazioni di concili, ma mai imposizioni circa i dogmi; quando la figura dell'imperatore si offuscò, o in *partes occidentis* mancò, il Pontefice romano, successore di Pietro nella *traditio apostolica*, svolse un ruolo di supplenza senza mai arrogarsene l'autorità; da Carlo Magno in poi il confronto inizia a riguardare il primato d'ordine tra i due poteri. Noti sono i vagheggiamenti di Dante o le idee di Ockham, di Marsilio da Padova e di moltissimi altri cisalpini e transalpini, ma ancor più numerose e d'ogni segno sono state le strumentalizzazioni di un contrasto che non ebbe mai in sé l'obiettivo di negare l'altro o di sposterlo per subentrargli, come in un "normale" conflitto. Per questo colse nel segno Carl Schmitt nel suo *Der Nomos der Erde im Voelkerrecht des jus publicum europaeum* (Il diritto della terra nel diritto popolare dello *jus publicum europaeum*) del 1950, dove puntualizza che lo scontro fu tra una *potestas* ed un'*auctoritas*, non cioè tra poteri ugualmente ordinati, ma tra entità intrinsecamente diverse pur se ugualmente provenienti da Dio, secondo l'espressione paolina dell'*Epistola ai Romani*, notando pure che non fu scontro tra società diverse, contrapposte, ma tra forze concorrenti a voler formare una *societas perfecta*.

rone¹⁸ poteva identificarle, atteso che se contrasto poteva esserci esso non riguardava il diritto nel suo insieme, ma semmai l'applicazione di una singola norma.

Nasce in questo stesso periodo una percezione dello *jus naturale* diversa, anzi nuova¹⁹: non riguardante tutti gli esseri viventi ma solo gli uomini, non coincidente con lo *jus gentium*, superiore allo stesso *jus civile*, dando portata assoluta a diverse valutazioni che la giurisprudenza classica in contesti specifici aveva offerto. Si generalizzano così definizioni per cui esso è ciò che è sempre *aequum ac bonum* (Digesto.I.I. 11), *firmum atque immutabile... divina quidam providentiam constitutum* (ivi I,2,11).

E se tra le virtù cristiane *super omnia est Caritas*, facile per la Chiesa passare ad identificare la carità con l'equità ed indi subordinare questa a quella²⁰.

¹⁸ Topica, 4, 23.

¹⁹ La concezione del diritto naturale ed i suoi mutamenti nel corso degli ultimi due millenni e mezzo di storia umana sono oggetto delle più vaste e numerose investigazioni, interessano le questioni connesse pressoché ogni genere di disciplina, incluse le scienze matematiche e non solo perché se ne occuparono e se ne occupano, anche se non in modo specifico e diretto, matematici, fisici, medici, etc.

²⁰ La carità è il comandamento nuovo dato direttamente da Gesù, come si legge nel Vangelo (Gv,13, 34) e che già l'Apostolo delle genti afferma essere superiore a tutte le virtù (ai Corinzi, I, 13, 1-13), la prima virtù teologale per dignità, ordine ed importanza in quanto senza di essa non si è nulla. Un punto rimasto sempre fermo, andando arricchendosi di aggiornamenti, collegamenti e sfaccettature con l'evoluzione dei tempi. Avendo in precedenza ricordato l'opera monumentale di S. Isidoro, poco oltre l'ultima citazione riportata, egli puntualizza che "tre cose debbono possedere gli uomini desiderosi di venerare Dio nella pratica religiosa: la fede, la speranza e la carità. Nella fede c'è ciò

Ma in un mondo che, passate le paure dell'Anno Mille, ormai si incammina su una strada dove ai particolarismi vecchi se ne sostituiscono di nuovi, con dinamiche completamente diverse e, soprattutto, per tutelare interessi essenzialmente mondani (di carattere economico, politico, sociale, culturale) e non più solo privilegi, *status* o minoranze (salvo il piano religioso dove la Chiesa, con il riapparire di eresie, si irrigidisce), è inevitabile che tale unità di diritto e di etica entri in crisi. E costituendo ciò la visione del mondo nella quale l'Europa cristiana si identificava ed ogni persona dabbene spendeva la sua vita, non potevano non entrare in crisi tutti i quadri di riferimento, a partire dal dualismo Chiesa/Impero.

Ma gli effetti sono impari. Infatti la prima, sul piano spirituale, riesce a mantenere il suo ruolo guida

in cui si deve credere; nella speranza ciò in cui si deve sperare; nella carità quanto si deve amare" (Etym. VIII, II, 3). E, coerentemente con la sua impostazione, spiega che "carità è parola greca corrispondente al latino *dilectio*, ossia amore che lega in sé due persone" ed osserva che davvero la carità è più grande della fede e della speranza, "perché chi ama crede e sprema, mentre chi non ama ... si impegna invano" (ibidem, 6-7).

Non è un caso che Papa Benedetto XVI, da grande e fine teologo, le abbia riservato un posto nell'intitolatura della prima e della terza delle sue encicliche (*Deus caritas est* di Natale 2005 e *Caritas in veritate* del 2009, l'una solo in parte rientrando nel filone della Dottrina sociale e l'altra che non solo ne fa parte integrante, ma è al contempo la prima nella quale le problematiche legate all'economia ed alla finanza sono affrontate e ricondotte nell'alveo di una concezione alla cui stregua si indica come via d'uscita quella di recuperare la centralità dell'uomo, la strumentalità dei beni, il primato dell'essere sull'avere, l'etica della responsabilità e della solidarietà.

nel campo tipicamente religioso e pure in quello della morale, nonostante la sua "scesa in campo" nell'agone politico (ascrivibile a Sant'Agostino in chiave di mutuo sostegno rispetto all'Impero, proseguita dalle alte figure di Leone Magno e di Gregorio Magno come forma di supplenza ad un regime ormai lontano, assente o impotente a Roma ed evoluta in scontro prima nella lotta per le investiture, poi per il primato quanto ad *ordinatio* divina, indi degenerata in una prassi di intervento diretto nei conflitti tra le nuove realtà istituzionali, specie per allargare i propri domini). Invece, altrettanto non può dirsi per la tenuta dell'Impero, che ne esce ridimensionato sotto ogni profilo²¹.

²¹ Né c'è da meravigliarsene: se la Chiesa vede cadere con la morte di Bonifacio VIII le sue pretese teocratiche, in realtà non ne esce impoverita, trattandosi di mire mondane, estranee alla sua missione di guida spirituale, sicché finisce per ritrovare se stessa e riconquistare peso e credibilità, dai poveri ai re dei nuovi Stati nazionali che ne erano stati favoriti e che a lei ancora si rivolsero per una sorta di superiore "accreditamento". Semmai, sarà proprio la nuova alleanza tra trono ed altare che legherà la Chiesa in larga misura all'assolutismo ed alla nascita dello stato moderno. Al contrario, l'idea carolingia di un nuovo impero universale, sacro in quanto il suo potere derivava da Dio, finisce già con la morte del suo fondatore e la dispersione dell'unità istituzionale, quando i vari sovrani si proclamano tali memori della formula di Marino da Caramanico (*rex in regno suo superiorem non recognoscens est imperator*), la quale riduce l'*imperium* all'effettiva capacità di *jurisdictio*. Un'idea, o meglio un principio, alla cui stregua il potere per esser tale deve avere una fonte che lo convalidi, la quale non cade pur se vien meno la figura di chi si era pensato l'incarnasse, dato che per tale suo valore ideale non si disperde mai: tuttalpiù riappare e scompare di volta in volta, come un fiume carsico, quando ci sono forti personalità ad incarnarlo (da Ottone I a Carlo V). Restò inoltre come punto di riferimento utile per largire titoli e prebende, per fornire un

Insieme alla fine di un'unità politica ed ideale, si consumava la fine di un'epoca e quella che si apriva, per l'insieme dei cambiamenti innescati, esigeva a maggior ragione delle risposte diverse- diremmo oggi- dal diritto e dalle istituzioni, dotate di un effettivo potere e di capacità di governo. Tra queste emersero le corporazioni di arti e mestieri, i Comuni e le monarchie nazionali (ma anche certi principati). Economia e strutture sociali tipiche del feudalesimo erano avvertite come obsolete e come ostacoli per lo sviluppo degli obiettivi, tra loro diversissimi, della nascente borghesia opulenta dei traffici e degli affari, delle città e borghi che crescevano per numero e rilevanza, dei sovrani che per esser tali e per costruire la loro potenza dovevano mettere in condizioni di non nuocere infidi nobili che si consideravano loro *pares* ed erano, con i loro contrasti, guerricciole e ripicche, artefici di una sorta di latente anarchia²².

titolo giuridico a signori che intendevano ammantare il loro *dominium* di un'investitura feudale, ma soprattutto per gestire crisi che le parti -non certo le grandi monarchie- intendono risolvere senza ricorrere alle armi, salvo che in Germania dove riesce per secoli a fungere da catalizzatore fra i tanti regni, principati e staterelli fino a quando non vi emerge un contraltare quale la Prussia. L'imposizione napoleonica nel 1806 a Francesco II d'Asburgo di rinunciare al titolo di Sacro Romano Imperatore in cambio di quello di Imperatore d'Austria non fu quindi niente più di una formale presa d'atto, dal punto di vista sostanziale, di un qualcosa che era maturato da tantissimo tempo, ma che, per il suo carattere appena tratteggiato, poteva far velo al "gran corso" che ambiva a porsi come nuovo arbitro dei destini d'Europa anche là dove non fosse riuscito a conquistare terre e popoli.

²² Will Durant nella sua opera più vasta, e nota al pari di quella simile dedicata alla storia della filosofia, ossia *The Story of Civilization*,

Questa nuova economia non poteva reggersi senza adeguati strumenti che creassero i presupposti perché la sua nuova finanza, fondata sul credito, trovasse adeguato sostegno e tutela. Al suo sostegno materiale provvidero le società e compagnie di investitori dedite a costruire banche ed assicurazioni; al suo sviluppo

in undici volumi pubblicati in vari anni, nel quarto (*The Age of Faith*, New York 1950, tr. It. *Storia della civiltà*, vol. IV, *L'età della Fede*, Milano 1957) intitola il Cap. XXIV "rivoluzione economica", indicandone come limiti temporali il 1066 ed il 1300. Intitolatura appropriata, per un insieme di eventi e fattori concomitanti di radicali cambiamenti: la nuova dimensione dei commerci, per la riapertura delle vie marittime nel Mediterraneo e nel Mar del Nord, dopo che per secoli erano state teatro *raids* e conquiste; le innovazioni tecnologiche nelle manifatture (ruote ad acqua e forni a carbon fossile per fondere i metalli) e nell'agricoltura (irrigazioni, rotazione delle colture, allevamento di bestiame selezionato, disboscamenti in pianura per estendere la cerealicoltura –grazie all'aratro in ferro– ed in montagna per diffondere il castagno, la cui farina sarà uno dei cardini dell'alimentazione fino all'introduzione di mais, patate e pomodori dall'America); il rifiorire o l'edificazione di borghi e città, che percependosi come realtà nuova pretendevano di essere per lo meno autonome ed aspiranti, soprattutto, a veder ridotti i propri obblighi verso l'Impero e la Chiesa ad imposte e tasse, senza *corvées* o altri obblighi, se non concordati ed approvati dai propri organi di governo. Ma non si può pensare ai Comuni a prescindere dall'organizzazione economico-sociale interna ad essi, ovvero dalle corporazioni delle arti e mestieri, alle quali era obbligatorio essere iscritti per esercitare una qualsiasi attività. Noto è che nella Firenze del Duecento un poeta come Dante per svolgere la sua attività letteraria avesse dovuto iscriversi all'arte degli speziali, gli antenati dei nostri farmacisti, perché insieme ai medici erano gli unici che per lavorare avevano dovuto compiere degli studi. Esse fecero a lungo il bello ed il cattivo tempo per i Comuni sia per conquistare il potere sia per mantenerlo, alleandosi ora col clero ed i nobili contro i magnati, appoggiandosi ora all'Imperatore ora al Papa quando necessitava un aiuto esterno. Ma Durant e la maggior parte degli storici contemporanei, anche quelli come Pro-

occorse la duplice invenzione della cambiale e dell'assegno nonché la tenuta della contabilità (con libri *ad hoc*, attraverso la partita doppia ed un'annuale puntualizzazione dei conti col sistema dei bilanci); alla tutela l'azionabilità di pretese volte ad ottenere il pagamento di interessi per i capitali prestati o comunque investiti e messi a frutto. Problema, questo, che fu possibile risolvere solo col ritorno al diritto romano, dopo secoli nei quali molti santi e Padri della Chiesa avevano condannato l'usura (portando nel suo alveo qualsiasi mutuo di danaro con interessi, a prescindere dal tasso praticato) fino a spingere una grande figura di Pontefice come Leone I a confermare espressamente quanto stabilito dal Concilio di Nicea nel 325, senza andare oltre, ossia il divieto per i chierici di prestar danaro, divieto che poi Carlo Magno estenderà nel 789 anche ai laici. E' quindi uno dei tanti luoghi comuni privi di

cacci (*Storia degli Italiani*, Roma-Bari 1975) che considerano il Trecento un'età di transizione, di crisi, ma anche di grande vitalità e capacità d'apertura hanno forse prestato eccessiva attenzione alla costruzione di tante splendide cattedrali e di palazzi a detrimento delle principali opere pubbliche che in tre secoli furono realizzate a servizio dei molteplici traffici e degli approvvigionamenti d'ogni genere necessari per i nuovi aggregati urbani: se decine e decine furono i porti e gli arsenali, centinaia e centinaia furono ponti e vedette, migliaia infine le strade romane restaurate e riaperte ed ancor più numerose quelle costruite *ex novo* non solo tra porti e campagne con le città, ma pure per render raggiungibili opifici e miniere, perché questo è pure il periodo in cui l'Europa ha bisogno estremo di metalli, e si torna anche a cercare l'oro (a Joachimsthal –oggi in Repubblica Ceca– ne fu trovato in abbondanza e presto venne là fuso e coniato; le relative monete, dal luogo di provenienza, furono dette *joachimsthaler*, donde il termine *thaler* (tallero) e, in inglese, *dollar*).

fondamento storico dire che per colpa della Chiesa gli unici, in pratica, a prestar denaro ad interesse furono gli Ebrei: in realtà i primi a farlo furono i banchieri italiani e dal linguaggio loro derivano non a caso termini come *bank* etc.

Così, un insieme di eventi e di cambiamenti epocali, sul piano del diritto ebbe attutiti i suoi effetti grazie ad una *scientia iuris*, capace, malgrado tutto, di costruire un nuovo ordine e poi un altro ancora: agli albori del Medioevo, quello dello *ius comune*, e con l'avvento dell'Era Moderna quello di un diritto internazionale, caratterizzato da una *par condicio* giuridica degli Stati, i cui assetti istituzionali interni evolveranno anch'essi poco dopo a partire dall'inglese *Bill of Rights*²³.

Un sistema complesso di norme, il primo, che comprende l'insieme delle norme vigenti (e relativi *status* ed *actiones*), sia singolari –come privilegi ed immunità– sia speciali, eccezionali, corporative o locali, la cernita di quale doversi applicare spettava al giureconsulto saper individuare. Come tale esso era stato “costruito” lentamente ed aveva mosso i suoi primi passi nel X° secolo ed è uno dei tanti frutti della *renovatio imperi* di

²³ Siamo quindi già in pieno Seicento, alla vigilia della rivoluzione liberale ed industriale che porterà alla fine dell'evo moderno e con esso anche del diritto comune, che l'Illuminismo settecentesco rifiuterà per sbarazzarsi con un sol colpo del diritto canonico, più che del diritto romano, in quanto rimasugli di un passato buio ed oscurantista e strumenti per conservare inique differenze di trattamento innanzi alla legge per status e ceti prefissati, ma in primo luogo per minare le fondamenta politiche e giuridiche delle monarchie per grazia di Dio. Come non citare, a mo' d'esempio Muratori e di suoi.

ottoniana memoria e della quale avrebbe dovuto essere uno dei pilastri di sostegno.

Il diritto romano e in altre materie il diritto canonico (tanto in ambito matrimoniale quanto *ratione personae*), in questo variegato sistema, entrano in gioco –ancora come *leges generales*– quando altre norme non siano applicabili; ma, più spesso, lo fanno al fine, esso pure generale ma su un piano d'ordine logico-sistematico, di specificare la *ratio iuris* da osservarsi per decidere sulla fattispecie e circa quale sia il diritto da applicare.

Il ruolo della giurisprudenza torna così ad essere centrale come era stato per quella romana classica²⁴ e per questa via tornano a dispiegare un ruolo guida le *regulae juris* quale specificazione di principi che in esse erano riconosciuti ed affermati, avendo acquisito col tempo una validità fondata appunto su tale loro

²⁴ Non è da sottovalutare il fatto che venisse recuperata questa generalità del diritto romano proprio quando il ruolo dell'impero si stava perdendo e veniva quindi meno l'ineluttabile ed assiomatica conseguenza che essendo unica l'espressione del potere unico fosse il diritto. Un'osservazione però che si può superare proprio grazie ad un riferimento testuale del *Digesto*, laddove (I, I, 9) si riporta una sorta di osservazione di Gaio: *omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio partim communi omnium hominum jure utuntur*”, notazione che indusse uno studioso del diritto come Windscheid ad identificare la novità nella concezione del tutto non come sommatoria di parti ma come la loro unità. Ne deriva che il diritto comune non ha un carattere dogmatico e neppure una dimensione astratta, ma è un vero e proprio complesso di norme che sono colte nella loro unità sistemica. In questo senso, in parte è da condividere e in parte da non condividere quanto sottolineato da Calasso al riguardo (*op. cit.*, pp. 375-376), mentre appaiono più condivisibili le prospettazioni di Cannata, di Cavanna e di Espanha e le ricostruzioni documentarie che nel ns. ateneo portano avanti Capogrossi Colognesi e Montorzi.

carattere, su tale loro attitudine ad esprimere un *idem sentire*, un punto fermo che in mezzo a tante incertezze appariva come un metro di giudizio sicuro²⁵.

Tra la fine dell'XI° e l'inizio del XII° secolo, un docente di arti liberali, *Yrnerius*, prende ad occuparsi specificamente non più di opere retoriche ma dei testi giuridici romani e quindi basa la sua conoscenza non più su nozioni sparse e disarticolate, ma sul loro complesso come pervenuto attraverso la monumentale opera codificatrice di Giustiniano, che nella nostra penisola e nel resto dell'Europa occidentale sottratto al dominio ed all'influenza bizantina, restò come avvolto in un alone di leggenda, fin quando una sua copia viene portata a Pisa. Con Irnerio nasce lo *Studium* di Bologna nell'ambito del quale emersero da subito le figure dei suoi principali discepoli (i Quattro Dottori: Bulgaro, Martino, Iacopo e Ugo)²⁶.

In sostanza, questi neofiti del diritto romano avvertono come prima necessità quella di chiarire il senso e la portata delle singole a partire dal loro significato

²⁵ Incertezze che derivavano soprattutto dall'inadeguatezza di norme barbariche e particolari ancora vive e non semplici simulacri, anche se si stava spiegando l'impetuosa ripresa economica di quel periodo con tutte le sue grandi trasformazioni e tutti i suoi cambiamenti a monte ed a valle.

²⁶ La *schola* dove si insegnava il diritto, col prestigio acquisito, stimolò l'allargamento delle discipline che nella città di Bologna iniziarono ad essere coltivate, grazie anche ad una politica di favore adottata dal Comune a vantaggio di docenti e di discenti. Era l'anno 1088 e ad esso risale la fondazione di questa università, che essendo la più antica al mondo, è la sola che quindi può legittimamente fregiarsi del titolo di *alma mater studiorum*.

letterale. Visto che si trattava di spiegare la *littera* –in greco *glossa*– le note esplicative a margine, arricchite da altri richiami testuali, per traslato furono denominate glosse e glossatori gli studiosi che si impegnavano in quest'opera meritoria di ricostruzione non solo filologica dei testi, ma destinata ad isterilirsi, viste la non illimitatezza e l'immutabilità dei materiali di studio.

Ma essendo il metodo funzionale rispetto alla corretta comprensione del testo, già per i glossatori l'obiettivo di esplicitare le *regulae* diviene il principale fine che lo studioso del diritto deve porsi.

Meglio sarebbe dire "torna", anziché "diviene", perché questa capacità era quella che caratterizzava nella giurisprudenza romana classica il vero giureconsulto dal mero causidico e, soprattutto, perché l'ultimo titolo del *Digesto* presenta una raccolta di diverse regole *iuris antiqui*.

Su questa strada, dal Duecento iniziano ad essere presenti fra i testi giuridici raccolte di "brocardi" ed il passaggio successivo quello di creare trattazioni sistematiche (*summae* nel linguaggio del tempo, che col trascorrere dei secoli semanticamente si è trasformato in quello che invece esprimeva l'*epitome* ovvero il compendio)²⁷.

La sempre maggior difficoltà, che presto emerse, di poter essere originali nell'espore un materiale vastissimo, ma come consacrato dal tempo, impose agli in-

²⁷ Tra esse eccelle la *summa codicis* di Azzone, la cui ultima ristampa si ebbe addirittura nel 1610, segno di un suo successo ben duraturo, non meramente editoriale, ma che attesta il persistere di un metodo d'insegnamento (e di apprendimento) che viene dalla latinità classica.

gegni, che ambivano ad andar oltre e cercare vie diverse, di abbandonare il campo della glossa o delle trattazioni sistematiche.

Ma quella che li attrasse non fu la ricerca di creare principi o regole nuove, adatte ad un'umanità, occidentale in specie, che stava prendendo coscienza di tutte le sue possibilità, delle potenzialità che scienze e tecniche avevano e delle prospettive di sviluppo per i commerci, le finanze e le manifatture; semmai furono quest'ultime ad esigere un diritto più rispondente ai nuovi tempi ed alla nuova economia che si andava imponendo²⁸. Così, prima apparvero esposizioni di possibili fattispecie nuove (i *casus*), altre per ripercorrere e riesaminare le questioni sulle quali i maestri avevano disputato (le *dissentiones*) o per affrontare disamine di controversie da scuola secondo un metodo che era già

²⁸ Così, attraverso l'approfondimento della disciplina romanistica sul deposito irregolare, delle varie forme di prestito di danaro e di finanziamento, trattati in modo specifico nei libri diciassettesimo e ventiduesimo del *Digesto*, torna come a nuova vita una casistica che si adattava perfettamente alle esigenze di banchieri, armatori, assicuratori, investitori di capitali che, finanziando imprese commerciali, lo facevano per lo più riservandosi una parte dei profitti e quindi, in un certo senso, esponendosi loro stessi ai rischi d'impresa, fatto che consentiva di aggirare qualsiasi divieto al prestito di danaro ad interesse. L'alea ed il fiuto dell'affare discriminavano allora - ed ancora - tra chi faceva fortuna e chi invece andava alla rovina. Per i Centurione di Genova finanziare Cristoforo Colombo e poi i Re Cattolici, sarà un affare; per i banchieri toscani finanziare ambo i combattenti della Guerra dei cento anni sarà un affare al momento, che sconteranno i loro figli quando i successivi re francesi ed inglesi in tempi diversi non onoreranno i loro impegni, portando al fallimento le banche lucchesi e quelle dei Bardi e dei Peruzzi, facendo un grande favore ai Medici, loro avversari e concorrenti di sempre.

stato in uso in tutte le scuole classiche di retorica (le *questiones*)²⁹.

Il passo ulteriore, quello di individuare i *principia iuris* non fu compiuto né dai glossatori né dai commentatori forse per mancanza di fantasia o per l'incapacità di svilupparne di nuovi andando oltre gli *iuris praecepta* del *Digesto*³⁰. Può spiegarsi così perché mancò nello *ius civile* un'opera come fu nel campo canonico la raccolta delle *decretali* di Gregorio IX, che rappresentò pure una vera e propria svolta metodologica, riconducendo - senza esitazione alcuna - nel campo strettamente giuridico negozi e rapporti umani pur se presenti in affari spirituali, sottolineando questo loro carattere col richiamare proprio il principio che la Legge viene posta *ut appetitus noxius sub iuris regula limitetur, perquam genus humanum ut honeste vivat, alterum non laedat et ius suum unicuique tribuat*³¹.

²⁹ Se non si esulasse dagli scopi nostri, varrebbe la pena di ricordare come l'anonimo autore del *De iuris subtilitatibus* apra l'opera con un'allegoria della Giustizia assisa in trono in mezzo al suo tempio posto in cima ad un'alta vetta, ed il trono è sovrastato dalla Ragione con l'Equità che le siede in collo circondata dalle altre figlie: la Religione, la Pietà, la Grazia, la Verità, ma anche la Vendetta e l'Obbedienza. Davanti al tempio della Giustizia sta un interprete con tanti discepoli che lo interrogano e ne ascoltano le risposte. Il rischio in precedenza accennato di non riuscire ad essere innovativi, divenne realtà dopo la comparsa della *magna glossa* di Accursio, detta anche ordinaria per il fatto che era essa per gli studi giuridici il punto di partenza, cosa che meritò per il suo eccellente vaglio critico.

³⁰ Calasso, *op. cit.*, p. 200.

³¹ *Ibidem*, p. 562.

Questa pedissequa ripetizione di uno dei punti più noti del *Digesto* che è stato oggetto di studio e riflessione da parte tanto di giuristi quanto di filosofi del diritto³² è la riprova che non solo aveva un senso una laurea *in utroque iure*, ma che la logica di ambedue gli assi portanti del diritto comune era la medesima.

Eppure scopo del commento era andare oltre la *littera* e penetrare il senso delle norme; è il periodo in cui, grazie anche alla "riscoperta" di Aristotele, anche la teologia evolve e da esposizione esegetica dei testi sacri diviene scienza del dogma, nel quale la dialettica a sua volta diviene strumento di sistemazione razionale come nella filosofia, pur restando quest'ultima sua ancella in quanto scienza dell'opinabile e non del vero³³.

Già per Cino da Pistoia³⁴ mente e ragione si identificano ed il vaglio critico appare fondamentale per inter-

³² E fra tutti possiamo citare gli atti del colloquio italo-francese tenutosi a Roma nel 1973 e riuniti in due volumi collettanei dal titolo *La filosofia greca e il diritto romano*, Roma 1976-1977, oltre ricordare il basilare testo di Schulz sui principi del diritto romano e gli studi di Cotta e Fassò in materia, non dimenticando come già Gioele Solari avesse sottolineato che la formula *honeste vivere, suum quique tribuere et neminem laedere* (ossia la celebre definizione dei precetti del diritto data da Ulpiano nel suo I° libro *Regularum* di cui in *Digesto* I, I, 10) esprimeva tre principi filosofici, prima ancora che giuridici, rispettivamente riferibili allo stoicismo, all'aristotelismo ed all'epicureismo.

³³ La stessa gerarchia delle norme che vede la *lex divina* al primo posto e l'ordine scalare delle virtù cristiane, per cui quelle teologali sono superiori a quelle morali desumibili dalla filosofia aristotelica, secondo San Tommaso non può non condizionare il piano dei rapporti fra teologia e filosofia, riguardando la seconda solo il piano terreno e la prima il senso ontologico del creato e delle creature.

³⁴ Deve al riguardo farsi riferimento a un consiglio fornito dal giurista pistoiese nel 1326 alla cui stregua *multum est consideranda mens et*

pretare il diritto. Bartolo da Sassoferrato, e subito dopo il suo discepolo Baldo degli Ubaldi, ambedue docenti presso la nostra università pisana-primeggeranno e la loro fama fu assai duratura nel tempo, perché seppero volare alto ed al contempo mantenere sempre chiari e coltivati nessi, implicazioni, ascendenze, ma soprattutto tenendo l'esatto conto di ciò che è fine e di ciò che è mezzo, di ciò che è causa (prossima o remota, diretta o indiretta) e di ciò che invece è effetto. Così, proprio dallo studio del diritto e della storia di Roma seppero prender le mosse per condannare in termini generali la tirannide e la guerra in quanto violazioni del *pactum unionis* con il quale gli uomini si costituiscono in *societas ad iure vivendum*³⁵. Sempre a loro si debbono pure i

ratio legislatori, sed ubi possit colligi mens et ratio, quae est idem ab ea est concludendum (Monti, *Cino da Pistoia giurista*, Città di Castello 1924, p. 125). Non si tratta, in verità, di una sorta di endiadi, ma mente e ragione (ove non si considerino semplicemente l'una la sede dove l'altra si elabora), ma uno snodo dialettico (così come *nous* e *dianoia* in Aristotele ed intelletto e ragione in Kant), anche se alla fine la conoscenza per essere piena, in grado di resistere alle procedure di verificabilità e di fallibilità, deve abbracciare tanto l'*intus ire* quanto il *cum prehendere*, l'andar a fondo penetrando le cose e coglierle in ogni sfaccettatura e nesso possibile. E sempre etimologicamente e semanticamente parlando, conoscere e capire derivano una da *cum-noscere* e l'altra da *capere*, prendere, ma pure contenere.

³⁵ *Ubi societas ibi jus* è una sorta di constatazione, così come pure appare una presa d'atto il motto *ubi non est ordo horror*. Bartolo con la sua espressione colloca il compito che la società, una volta costituita, ha da assolvere su un piano che non si limita alla legislazione, ma implica la forgiatura dei costumi e l'educazione alla legalità perché in tutto ciò consiste il vivere secondo diritto. Inutile sottolineare che da questo angolo visuale dovremmo apprezzare il vecchio precetto delle nostre università, invalso fino all'avvento delle codificazioni, per il quale si

fondamenti del diritto internazionale privato e di quello della navigazione e le loro riflessioni su quest'ultimo aspetto furono tenute ben presenti dalla Spagna quando cercò, seppure invano, di legittimare il suo dominio sul mare Oceano³⁶.

afferitava che non ci poteva essere un buon giurista che non seguisse le linee tracciate dal Sassoferatto (*nullus bonus jurista nisi sit bartolista*).

³⁶ Il consolidarsi nel Mediterraneo dell'Impero ottomano e la caduta delle altre vie terrestri verso l'estremo oriente nelle mani di popoli non più soggiogati ad un solo, e magari illuminato, Gran Khan, ma spesso in guerra tra loro o con ampie zone infestate da ribelli e/o predoni, convinse Spagna e Portogallo a cercare di raggiungere Persia, India e Cina via mare, forti della conoscenza che in passato Nearco e Pitea, per restare sul sicuro, erano riusciti a compiere il cammino inverso. Il dominio del mare divenne quindi obiettivo primario, perché logicamente senza di esso sarebbe stato impossibile, materialmente, raggiungere nuove terre e, ove disabitate, considerarle *res nullius* ed impossessarsene legittimamente. Ma, se appunto per queste il diritto romano forniva un aiuto e poteva quindi farsi ricorso ad esso, altrettanto non poteva dirsi per il dominio del mare, visto che il *mare nostrum* –riferimento per tante norme– tale non era più da quasi un millennio e, soprattutto, perché non poteva sfuggire a nessuno dotato di buon senso che il "gran mare Oceano" era qualcosa che, per la sua incomparabilità materiale, era riferimento inutilizzabile, considerando appunto che le eccessive differenze in quantità si traducono in diversa qualità. Ma se esso non si poteva "possedere", però si voleva trovare l'appiglio per ottenere una sorta di esclusiva sulle rotte, i commerci ed i diritti di pesca e di insediamento, con deduzione di colonie. Essendo i primi interessati alla questione sovrani di potenze cristiane, la soluzione fu individuata dai loro giuristi di corte nella teoria medievale secondo la quale, essendo il Papa vicario di Cristo *dominus mundi*, come tale aveva *pleni iudicio potestatis* sulla terra intera e quindi si rivolsero a lui, intanto perché stabilisse una linea che demarcasse le due aree sulle quali Spagna e Portogallo potevano agire. Il valenzano Rodrigo Borgia, l'esecrato Alessandro VI, non si tirò indietro e con la bolla *Inter coetera* del 4 maggio 1493, ossia una cinquantina di giorni dal trionfale ritorno di Colombo dalle

La scoperta dell'America e la colonizzazione del Nuovo Mondo posero alla prova non tanto la "tenuta" di certi principi –primo fra tutti quello della naturale fratellanza di tutti gli uomini in quanto ugualmente figli di Dio e fratelli in Cristo–, ma la loro debolezza sul piano dell'effettiva loro possibilità di tutela innanzi a prevaricazioni d'ogni genere e gravità³⁷.

supposte Indie, tracciò la *raya* che univa idealmente i poli del globo. Stabilendola a 100 leghe ad ovest delle Azzorre, attribuiva la zona ad occidente alla Spagna e quella ad oriente al Portogallo, a condizione che assolvessero allo specifico mandato di evangelizzare le genti con cui avessero stabilito contatti. Gli interessati, ovviamente, intesero tale compito missionario con lo zelo di chi vuole sfruttare l'unica possibilità che ha per ottenere i propri scopi di conquista, specie dopo che fu chiaro che si trattava di un nuovo continente e che c'erano diverse isole e terre nell'altro Oceano che separa Americhe ed Asia. Ma per far ciò dovettero ricorrere ancora una volta al diritto romano ed all'istituto dell'*occupatio*, come pure a quelli dell'*inventio*, della *derelictio*, della *praescriptio*, non sottovalutando infine la via offerta da Bartolo, quella della *jurisdictio* e della sua distinzione dal *dominium* (e quanto ciò andasse incontro alle attese di Carlo V è inutile dirlo, visto che quella richiamata dal giurista italiano era la *jurisdictio* dell'imperatore). Pure Baldo degli Ubaldi tornò utile con la sua triplice distinzione a proposito del mare, ossia che è cosa *commune quoad usu, proprietatem tamen est nullius... sed jurisdictio est Caesaris*. Su questi aspetti, che saranno aspramente contestati da Grozio e dai sovrani inglesi e francesi in diritto –e nei fatti con le loro patenti di corsa–, vedasi in particolare Cassi, *Ultramar. L'invenzione europea del Nuovo Mondo*, Roma-Bari, 2007.

³⁷ A prendere a cuore apertamente la situazione degli Indios per primo fu il domenicano Padre Anton de Montesinos, con due celebri sermoni tenuti il 30/11/1511, prima domenica d'Avvento nella liturgia cattolica, e la domenica seguente, suscitando ire e scandalo tra i coloni di Hispaniola, incluso il viceré Diego Colon che indusse i francescani a denunciarne come eretiche le opinioni. Richiamato in Spagna per disculparsi, il frate riuscì a convincere il re e la corte dei buoni diritti dei nativi, donde, da un lato, la promulgazione delle *Leyes de Burgos*,

Nella legislazione spagnola le norme e le provvidenze a favore degli Indios erano, in astratto, avanzate e complete, forti di una precisa indicazione pontificia, che era andata nella direzione che i primi missionari avevano con spirito evangelico praticato anche a rischio di scontrarsi con l'avidità pervicace dei *conquistadores* e che Bartolomé de Las Casas aveva perorato a Valladolid innanzi al Re ed alle Cortes, dopo un celebre quanto estenuante duello oratorio con Ginés de Sepúlveda³⁸. Però dai Vicerè ai semplici coloni delle ondate

dall'altra la richiesta al Papa di esprimersi sulla questione della natura umana o meno dei selvaggi. La pronuncia pontificia si fece attendere, perché nel frattempo furono diffuse notizie tra il vero e l'esagerato secondo le quali idolatria, cannibalismo, sodomia ed estrema lussuria delle donne erano segno di una prevalenza animalesca degli istinti sulla ragione (dati forniti ora da francescani ora da domenicani tanto da indurre il Presidente del *Consejo de las Indias* del tempo, il Card. Garcia de Loyasa a considerare gli Indios esseri irrazionali). Arrivò forse tardi, ma chiara, con la bolla *Sublimis Deus* del 9/8/1537, affermando solennemente Paolo III, della famiglia Farnese, "che gli Indios sono veri uomini, capaci di comprendere la fede cattolica e desiderosi di volerla...pertanto, non possono esser privati della loro libertà, né delle loro proprietà".

³⁸ Era stato proprio l'esempio dell'impegno, mantenuto fino al sacrificio della vita, offerto da Montesinos ad indurre Bartolomé de las Casas, uno dei rapaci e spietati primi *encomenderos* dell'isola, ascoltarne le prediche, a farsi frate e poi mandare missionario nelle Indie. E questi, a sua volta, sarà preso a modello dal francescano Toribio de Benavente giunto in Messico al seguito di Cortes e che vorrà assumere il nome di Motolinia, "umile" in lingua *nauatl*, la cui *Historia de los Indios de Nueva Espana*, risale agli anni della celebre disputa tra Las Casas e Ginés de Sepúlveda innanzi a Carlo V ed alle Cortes a Valladolid, nel 1550 al termine della quale l'Imperatore rispose di mantenere le *Leyes nuevas* del 1542, che a trent'anni di distanza avevano integrato quelle di Burgos, senza però intervenire in concreto sui funzionari e sulle

immigratorie successive, passando per i vari funzionari civili e militari delle singole *audiencias* e comunità, fu posta in atto un'opera di "neutralizzazione" di detto impianto normativo così sistematica da far quasi perdere la memoria di tante provvidenze a favore degli Amerindi, degne di un avanzato sistema di *welfare* contemporaneo, e per converso tale da offrire spunti a quanti, specie nel mondo anglosassone, sono andati a costruire quella *leyenda negra* che, seppur lentamente, sta perdendo credibilità presso gli studiosi³⁹.

audiencias che tali norme avrebbero dovuto applicare. Discorso questo da ripetersi pure per le successive leggi promulgate da Filippo II ed oltre da una casa regnante che, al contrario dei Braganza, non ha mai visto un proprio membro sfidare l'Oceano e metter piede in America.

³⁹ Molto documentato, né poteva essere altrimenti vista la serietà dell'autore ed il suo arrivar ultimo cronologicamente ad occuparsi delle cause che portarono ad un quasi totale collasso demografico pari al genocidio culturale perpetrato, il testo di Livi Bacci, *Conquista. La distruzione degli Indios americani*, Bologna 2009, grazie anche al quale certi luoghi comuni della *Leyenda negra* vengono ridimensionati. E' comunque singolare che essa persista, specie presso ambienti statunitensi e britannici, quando proprio USA ed Inghilterra non si sono mai tirati indietro a pratiche di sterminio contro intere tribù indiane, pur di poter sfruttare le ricchezze e le risorse dei territori che loro interessavano e ciò compiendo non nel Cinquecento e col dubbio che non si trattasse di veri esseri umani (ma allora le unioni con donne amerinde erano da considerarsi "bestialità"?), ma in pieno Ottocento con tanto di Illuminismo alle spalle ed in pieno positivismo (forse che volevano dar prova concreta del peggior darwinismo?): Unica scusante a tali ritardi nel rivedere il tutto e ricondurre la cosa nell'alveo extrastorico del leggendario, la difesa ad oltranza che dei *conquistadores* fu fatta in Spagna sotto l'egida del franchismo, che ha finito per far passare inosservati studi anche seri.

Dal Seicento la teoria del diritto naturale si laicizza e gli Stati europei continentali, avendo la necessità di porre le basi di un potere moderno, intendendo per tale uno davvero *superiorem non recognoscens*⁴⁰, specie dopo la pace di Westfalia del 1648 quando per la prima volta gli assetti nuovi vengono stabiliti da loro a prescindere da qualsiasi ruolo di entità diverse o esterne, come erano appunto in origine la Chiesa e l'Impero, e all'epoca le mire egemoniche di una dinastia come gli Absburgo, debbono sbarazzarsi d'ogni possibile impedimento al pieno dispiegarsi della loro sovranità.

Machiavelli e Bodin avevano anticipato tale esigenza, da un lato svincolando la politica da opzioni di tipo morale e religioso (fino al punto di rovesciarne il rapporto di strumentalità) e dall'altro lato ponendo le basi teoriche di quello che sarà il centralismo di un governo regio assoluto⁴¹.

⁴⁰ L'espressione è da ascrivere a Marino da Caramanico, anche se probabilmente non proviene da lui, che si sarebbe limitato a riprenderla. Ma il giurista molisano ebbe il merito di leggerne il significato non in una prospettiva personalistica, bensì istituzionale, alla cui stregua questa autonomia di giurisdizione, o se vogliamo pienezza di poteri, è ascrivibile in astratto non a chi l'esercita ma concerne il dove e come si esercita. Comunque su questi temi vedasi Cortese, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma 1966.

⁴¹ Secondo Fassò (*Storia della filosofia del diritto*, Roma-Bari 2005 –III ed. aggiornata a cura di Carla Faralli–, vol 2°, pag 28-29) Machiavelli avrebbe manifestato disinteresse per il diritto, come Thomas Moore ed Erasmo da Rotterdam. Però è anche vero che egli riconosce come principali fondamenti degli stati le buone armi e le buone leggi. Il fatto è che se le prime servono per costruire i regni e per mantenerli servono entrambe, se ne deve arguire che per il fiorentino contano molto di più le armi, tanto più che scissa la politica dalla morale e dalle religioni,

Con la sola eccezione di Hobbes, ed a parte il patetico Fillmer, il giusnaturalismo moderno rappresenta, già con Grozio, in ultima istanza il residuo argine a difesa della sovranità popolare e, per Locke, pure della democrazia esercitabile attraverso l'esercizio del diritto di resistenza quando il sovrano vada a violare quelle che sono designate come *properties*, non come *natural rights*, per l'evidente ragione che il diritto di proprietà ne rappresenta il paradigma ed al contempo l'obiettivo principale di tutela, visto anche, per non dire soprattutto, che di essa il filosofo inglese fu il primo a fornire una giustificazione, individuandone il fondamento nel lavoro⁴².

salvo trasformarle in mezzi, la legalità non sarebbe altro che un freno all'esercizio del potere da parte di chi se l'è conquistato. Diverso l'atteggiamento di Bodin, il quale ha a cuore principalmente la delinea-zione di un concetto nuovo, quello di sovranità (*souveraineté* nel testo francese e *majestas* nella versione latina fattane da lui stesso). Si tratta del potere di fare le leggi da parte del sovrano che così esprime la propria forza e si vale della stessa. Unico limite il diritto naturale che peraltro, nulla dicendo al riguardo, sembra essere una sorta di clausola di stile, di modo che il sovrano finisce per anticipare per certi versi la figura del leviatano.

⁴² Il lavoro stesso è definito da Locke proprietà della persona, che le conferisce il diritto di proprietà sulle cose nelle quali è stato applicato ed è il lavoro che rende utili le cose, trasformandole in beni, in oggetti aventi valore (*Two treatises on Government*, II, 27-40). Come è noto, applicando poi questo principio ad ogni genere di attività lavorativa, Locke con specifico riferimento alla coltivazione della terra, finì per giustificare e per dotare di un legittimo titolo giuridico l'espansionismo coloniale nelle lande del Nord America, dove ad un certo punto, per il ritorno degli Stuart sul trono inglese, consistenti nuclei di puritani si trasferirono definitivamente, iniziando a dar carattere non meramente commerciale ai nuovi stabili insediamenti oltreoceano.

La conquista dell'indipendenza da parte delle colonie britanniche del Nordamerica, impropriamente definita come "rivoluzione", dato che i coloni fondarono le loro rivendicazioni su effettive violazioni da parte della Corona dei diritti loro riconosciuti *ab initio*⁴³, seguita da quelle dell'America Latina assai simili quanto a forme e modi⁴⁴, e la Rivoluzione Francese pongono le premesse perché nel giro di un secolo l'*ancien régime* cada prima o dopo in tutta Europa e perché gli assetti degli Stati continentali si modifichino radicalmente sul piano esterno con la costruzione di nuovi a carattere nazionale (come l'Italia, la Germania ed indi quelli bal-

⁴³ Basti qui richiamare la *Dichiarazione d'Indipendenza* e basti ricordare come in effetti sia stata la rigida presa di posizione di re Giorgio III ad impedire che la maggior parte delle richieste delle colonie nord americane riunitesi in congresso "continentale" potessero essere accolte. Probabilmente non si trattò solo di un clamoroso caso di miopia politica, malattia di cui lord North fu sicuramente scevro, ma una scelta gretta dettata dalla necessità di rimpinguare le casse dello stato rimaste allo scoperto dopo la dispendiosa Guerra dei Sette anni.

⁴⁴ Un discorso analogo si può fare per le sollevazioni che a partire da quella del 25 di Maggio 1810 di Buenos Aires scossero alle fondamenta l'impero coloniale spagnolo nel continente americano. Anche qui ci fu chi vagheggiò di affidare la corona ad un esponente della casa reale, all'epoca assediata in Cadice dalle dilaganti forze napoleoniche che avevano imposto sul trono di Spagna Giuseppe Bonaparte, che come nuovo re pretendeva di inviare nelle colonie propri funzionari. Le sollevazioni furono quindi inizialmente nel senso di uno spiccato lealismo a favore dello spodestato Ferdinando VII. E tale lealismo si spinse fino al punto di considerare atti ostili anche gli sbarchi compiuti dagli inglesi, formalmente alleati del Borbone. In Messico si andò oltre, tant'è che inizialmente la sollevazione di Iturbide fu determinata dalla volontà di restar fedeli al monarca assoluto, costretto dalla cricca dei suoi ministri liberali a concedere la famosa Costituzione di Cadice.

canici), ma soprattutto dal punto di vista istituzionale perché fortemente centralizzati e tendenzialmente pervasivi. Due caratteri rispetto ai quali si impone il rapido abbandono del giusnaturalismo, ormai considerato una remora per l'esercizio di un potere che si pretende di nuovo assoluto in quanto espressione della volontà popolare, ed il parallelo avvento di un giuspositivismo che per quella stessa ragione non tollera limiti di alcun tipo, se non quelli offerti dal sistema là dove siano previsti dalla costituzione⁴⁵.

⁴⁵ A parte la triade *liberté, égalité, fraternité*, che incarna uno dei più antichi e noti esempi di parole d'ordine altamente espressive e capaci di coinvolgere emotivamente le masse, tra i principali obiettivi su cui convergevano diverse fazioni del "terzo stato" — e di quei pochi nobili e prelati che avvertivano l'urgenza di voltar pagina con l'assolutismo regio e dar vita ad un regime simile a quello inglese —, era quello della certezza del diritto da estendersi non solo alle regole inerenti i processi di formazione delle leggi, la loro promulgazione e la loro pubblica divulgazione, ma la loro stessa uniformità di applicazione. Dal primo angolo visuale, fin da subito dopo la fatidica presa della Bastiglia, si pose all'ordine del giorno dei lavori dell'Assemblea nazionale una *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino*, che fu redatta nel giro di un mese, e la preparazione di una carta costituzionale e di una codificazione che riducesse ad unità di fonti il diritto privato, quello commerciale, quello penale e le norme processuali per ciascuna delle tre branche. Dal secondo angolo visuale, soccorse la nota espressione di Montesquieu, alla cui stregua il giudice deve limitarsi ad essere "la bocca che pronuncia la parola della legge", e facendo tesoro di essa, nel 1804 quando in piena era napoleonica entrò in vigore la codificazione, gli elaboratori dei nuovi testi — il cui gruppo fu definito "scuola dell'esegesi" — previdero il divieto di interpretare estensivamente le norme, essendo l'attività del giudice costituita dal dovere di applicare la lettera della legge o, se preferiamo, la legge alla lettera. Dietro lo schermo della certezza del diritto, si voleva in realtà assicurare che il diritto fosse il più sicuro strumento di difesa per gli interessi della bor-

La lotta per il diritto, parafrasando il titolo di una delle più celebri opere di von Jhering⁴⁶, viene giocata interamente entro la politica e le sue regole da *elites* disomogenee, quanto ad origine e caratterizzazione delle loro fortune, ma anche per cultura e prospettive, e quindi non sempre capaci a far blocco tra di loro, o meglio pronte a distinguersi in assenza di situazioni esterne che ne mettano a repentaglio la posizione egemonica.

La situazione cambia quando poi le masse popolari, fino ad allora escluse dall'esercizio dei diritti di elettorato attivo e passivo, irrompono sulla scena facendosi portatrici di istanze collegate a visioni del mondo non meramente rivendicanti diritti negati, ma proponenti scenari nuovi legati a principi e valori di cui si afferma

ghesia, divenuta ormai classe egemone e di governo, come in passato solo per l'aristocrazia senatoria romana era stato nell'età repubblicana, visto che nel medioevo la frantumazione del potere e la massa di privilegi, immunità, libertà per caste, città, corporazioni resero impossibile la coesistenza di egemonia politica ed economica in capo ad un gruppo ben definito stabile e neppure al Papa o all'Imperatore in persona.

⁴⁶ *Der Kampf um's Recht*, Wien 1872 (tr. It. *La lotta per il diritto*) presenta, tra gli altri penetranti spunti ed osservazioni, un aspetto che, pur nella sua apparente ovvietà, non deve mai esser perso di vista: l'impegno individuale di chi lotta per difendere un proprio diritto soggettivo rappresenta uno spaccato della lotta per il diritto oggettivo, le cui possibilità di tenuta risiedono quindi tanto nella volontà del legislatore quanto nell'interpretazione dei giudici e nella determinazione delle persone ad esigerne il rispetto. E sarà a partire dal venir meno di tale determinazione, scaturente dalla consapevolezza dell'effettiva portata del proprio interesse particolare, che il diritto vigente o sarà cambiato o sarà diversamente interpretato o verrà meno per prescrizione o desuetudine.

il dovere dello Stato di riconoscerli e di tutelarli⁴⁷. E là dove i governi fanno finta di non vedere, di non sentire e di non capire prima o poi cresce la protesta e questa si fa scontro e non sul piano parlamentare, ma nelle vie e nelle piazze dove il numero fa la forza, anche se quella delle armi e della repressione mette a segno battaglie vinte, con tanto sangue ovunque sparso.

Ma contro chi predica l'odio e chi pratica la violenza entra in campo una Chiesa rigenerata, dopo aver perso il suo residuo potere temporale il 20 settembre 1870. Data per anni oggetto di forti risentimenti e di tante discordie in Italia; leniti, ma non rimossi dopo la Conciliazione del 1929; oggetto di antistoriche recriminazione di laicisti ottusi e di altrettanto *demodè* clericali ai quali ha sicuramente dato fastidio che in occasione del 150° anniversario di tale evento fosse presente il Card. Bertone, Segretario di Stato del Papa, che ha confermato la valutazione positiva che Paolo VI dette del fatto sto-

⁴⁷ Il "quarto stato", che alla rivoluzione francese, per effetto dell'istituzione della coscrizione obbligatoria, aveva dato un grande contributo di sangue nelle tante guerre seguite, restando però poi escluso da qualsiasi coinvolgimento nella vita politica ed anzi vedendo peggiorata direttamente ed indirettamente la sua situazione, è il proletariato delle masse lavoratrici, destinato a lievitare di suo numero per un incremento demografico considerevole nonostante guerre ed epidemie vecchie e nuove. Ma la carenza di offerta di lavoro e le croniche condizioni di degrado di intere aree geografiche e di sfruttamento di intere popolazioni soprattutto nelle nuove colonie africane e del mondo australe, colloca un gradino ancora più in basso un "quinto stato" fatto non da "intoccabili" come i *paria* indiani, ma di "inguardabili", nei cui confronti i governi tendono a comportarsi come se non esistessero e che sarebbero destinati a non sopravvivere se a prendersene cura non fossero associazioni filantropiche e religiose.

rico. E se in Italia l'impegno politico dei cattolici contro lo stato liberale e per la sua riforma in senso sociale, subì dei ritardi per tale questione che portò ad una lunga rottura dei rapporti tra Stato e Chiesa, così non fu in Belgio, Germania, Francia, Svizzera ed Impero Austro-Ungarico, dove vescovi, preti e laici dettero vita ad una miriade di iniziative (società di mutuo soccorso, cooperative, casse di risparmio e banche popolari, scuole, società operaie e contadine e sindacati, quando ciò non era vietato per legge) dalle quali ed a fianco alle quali come filiazione naturale si delineò un impegno politico diretto a difesa di alcuni principi cardine di una Dottrina sociale che, dalla promulgazione da parte di Papa Leone XIII il 15/5/1891 dell'enciclica *Rerum Novarum*, vede darsi alla politica persone di grande dirittura e forza morale, capaci in Germania di costringere il gran cancelliere Bismarck al ritiro dalla politica.

Far ciò a partire da valori e principi, anziché da interessi è novità scomoda per tutti: per chi la pratica e per chi l'ostacola se non hanno la tempra dell'apostolo. Non l'avevano avuta i grandi *leaders*, *libertadores* e rivoluzionari, salva l'eccezione, forse, di Mazzini, il cui settarismo però lo mantiene ancor oggi un personaggio atipico, da prendersi con la debita attenzione.

Con le ideologie la politica in parte si riscatta: da mera *tribè* (attitudine ed attività pratica) per dirla come piaceva ai Sofisti, si fa impegno per costruire, se non un mondo, almeno una realtà diversa, più giusta e più umana, atta a non alienare le persone, qualsiasi sia l'attività svolta. Talvolta ci sono accenti quasi messianici, come nel Marx soprattutto degli scritti giovanili

economico-filosofici, talvolta ci sono deliri di onnipotenza, talvolta ancora la consapevolezza che è difficile costruire società nuove, ma che essere costruttori di storia, se è apparentemente più semplice, esige tempi assai lunghi ed una costanza di propositi che le contingenze possono mettere a repentaglio quanto a consenso.

Non è ancora un ritorno fragoroso del giusnaturalismo sotto nuove, ed in parte mentite spoglie, nè è semplicemente la messa in crisi in termini politici ed istituzionali di una classe dirigente autoreferenziale che aveva finito per tradire gli ideali del 1789 (attuandone parzialmente quello della libertà, solo formalmente quello dell'uguaglianza ed ignorando in pratica quello della fraternità tra le persone ed i popoli), tra i quali andrebbe annoverato pure quello della certezza del diritto, stravolto nella sua essenza, dal momento in cui esso diritto diviene strumento di tutela dei nuovi assetti di un'economia liberista che ha trovato nella "mano invisibile" la sua laica Provvidenza⁴⁸: è, dal punto di vista giuridico, la prima messa in discussione del giuspositivismo, andando a colpire il cuore delle codificazioni nate dopo l'esemplare napoleonico negli attuali Paesi a *civil law*: il principio dell'autonomia contrattuale costruito su una "teorica" parità di posi-

⁴⁸ Adam Smith e gli altri economisti classici, erano anzitutto dei moralisti, cosa spesso messa in secondo piano e specie per quanto attiene il ruolo di questo elemento di provvidenza tutta immanente, ma la cui immanenza non è solo oggettiva, ma viene innescata dall'agire umano ed opera in modo da raddrizzare il corso degli eventi.

zione, del tutto fittizia in presenza di forti disparità dei bisogni e di condizione dei contraenti.⁴⁹

Il ritorno completo del giusnaturalismo, seppur non più come modello – e su questo aspetto già Stammler ebbe ad esprimersi, affermando che il diritto naturale, inteso quale diritto giusto, ha un contenuto variabile⁵⁰, ma come limite per la legislazione, si situa negli anni che vanno dalla fine della II Guerra Mondiale alla caduta del sistema totalitario sovietico, almeno per quel che riguarda l'Europa, essendoci ancora una Cina e la Cuba dei Castro che attendono di vedere quella fine⁵¹.

⁴⁹ Era stata l'approvazione nel 1789 della proposta di legge, mirante a sopprimere le vecchie corporazioni di arti e mestieri, avanzata da Le Chapelier (destinato ad essere ricordato solo per questa sua iniziativa), che molto ottusamente le vedeva come residui di un mondo feudale di cui si voleva estirpare ogni memoria, a far sì che pure per i rapporti di lavoro si esplicasse in pieno il principio contrattualistico del mutuo consenso, senza vincoli predefiniti al numero dei dipendenti, all'importo del salario, agli orari di lavoro od altro. Un principio che andava assicurato, perché in astratto adeguato alla legge della domanda e dell'offerta (fondamentale per il liberismo) e difeso da forme di sindacato o di leghe di lavoratori che volevano alterarlo dando maggior peso alla volontà loro, apparve naturale vietare ogni forma di aggregazione sindacale, come se davvero l'estremo bisogno non costituisse un impedimento alla stessa formazione di un libero ed autentico consenso da parte di chi cercava lavoro.

⁵⁰ *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Halle 1896 (tr. It. *Economia e diritto second la concezione materialista della storia*).

⁵¹ Come punto di partenza possiamo indicare quella che Fassò (*op. cit.*, vol. III, p. 328) definisce "la clamorosa conversione al giusnaturalismo" di Radbruch del 1948, che sperimentata nella sua Germania a cosa poteva portare il positivismo se a dettare le norme era un potere criminale come quello hitleriano, sottolinea ora l'esigenza di un *uebergesetzliches* (un diritto superiore), come metro per valutare se una nor-

Le nuove frontiere della filosofia del diritto, dal punto di vista tradizionale di riflessione sul *quid ius* e sulle ragioni del *quid juris*, tornano ad intrecciarsi con quelle di una sua riflessione parallela quanto ad antichità ed importanza: quella che abbiamo sinora delineato, evitando di restar legati ad una prospettiva strettamente analitica, per cui regole e principi hanno svolto nell'arco del tempo un ruolo di chiarificazione ed insieme di comprensione, in senso etimologico del termine, del diritto e dei suoi sviluppi. Sviluppi che dal punto di vista della qualità delle relazioni umane fissate entro norme, oggi concernano soprattutto quella grande specie che sono i diritti umani, rispetto ai quali il ruolo di essi principi (e di esse regole da quelli derivanti) è pari a quello della legislazione statale e dei vari organismi internazionali⁵².

Non con questo che si ritenga "globalizzabile" il modello di democrazia rappresentativa liberaldemocratico; però la percezione di dover stabilire argini all'onnipotenza e pervasività dell'autorità statale e di tutti i pubblici poteri va oggi di pari passo con la sempre più vasta, convinta e diffusa affermazione del primato di un insieme di valori, giusnaturalistici nella loro essenza, ma che si pongono come espressione

ma esprima davvero un diritto oppure un torto legale, sicchè compito della filosofia del diritto è tornare ad essere concepita come teoria del diritto giusto (*Vorschule der Rechtsphilosophie*).

⁵² Della sterminata bibliografia in merito ai diritti umani, che si accresce di anno in anno di contributi sempre nuovi ed interessanti, una pregevole sintesi storica si ritrova in Italia in Cardia, *Genesi dei diritti umani*, Torino 2003 e Flores, *Storia dei diritti umani*, Bologna 2008.

di un *idem sentire* che è frutto di una crescita morale e spirituale prodotta da una diffusione delle possibilità di studiare lentamente progredita, anche grazie ad organismi internazionali come l'UNICEF e l'UNESCO, ad iniziative di interscambio culturale, ad un ruolo d'impulso di tanti ONG ed al supporto delle più diffuse fedi religiose, rispetto alle quali certe forme di integralismo appaiono come deviazioni solo in parte riconducibili a paventati rischi di contaminazione o di marginalizzazione.

Il problema, dal nostro punto di vista, è se quest'insieme di valori, più o meno vastamente ed autenticamente condivisi, sia ricollegabile al mondo dei principi oppure rappresenti qualcosa di nuovo e di diverso, non riconducibile al cammino che il mondo occidentale ha saputo intraprendere proprio nel periodo forse più difficile della sua storia. In sostanza, intercede un rapporto tra i valori ed i principi che gli ordinamenti giuridici in un modo o nell'altro esprimono attraverso i loro atti normativi e le loro istituzioni? E se questo rapporto sussiste, come si sostanzia? Sono i primi assoluti, non negoziabili ed i secondi relativi e mediabili, oppure il discorso è molto più complesso, legato a filosofie ed antropologie non riducibili ad unità?

Interrogativi legati a questioni di senso, particolarmente vivi nella bioetica, dove più che altrove la metafisica e l'esistenziale ora si incontrano ora si scontrano, tanto sul piano della cultura e delle scienze in generale, quanto in particolare dei costumi, della legislazione e del nostro modo personale di concepire il diritto ed il suo ruolo; interrogativi dove comunque

i confini, contrariamente a quanto pensava il grande poeta latino Orazio, intriso di epicureismo spicciolo, per invitare ad una prudente moderazione, ricordava che *sunt certi denique fines quos ultra citraque nequit consistere rectum*⁵³.

Tale richiamo tuttavia può essere accolto almeno nel senso di evitare estremizzazioni e rozze volgarizzazioni delle opinioni altrui, anche di quelle che possono sembrare le più lontane dal nostro modo di pensare o di concepire la vita, non per mero spirito di tolleranza o per un italianissimo "volemose tutti bene", ma per la consapevolezza tutta kantiana che il rispetto del prossimo è il fine ed il principio di qualsiasi forma di convivenza ed essendo il presupposto della libertà individuale è, a sua volta, il postulato della ragion pura pratica e quindi dell'agire morale.

⁵³ Orazio, *Satire*, I, 1, 106-107.