

Per una filologia della legge*
di Piero Alberto Capotosti e Giuseppe di Gaspare

Se la crisi rappresenta il momento nel quale l'essenza o l'interna contraddittorietà di un fenomeno viene alla luce, sia consentito al giurista di fronte ad un oggetto come la legge, per lui tanto consueto quanto misterioso, procedere con cautela e quindi più che affrontare di petto un tema così pesante, divagare, secondo recenti suggerimenti, con leggerezza.

Il fatto è che, della legge, è incerta la stessa radice etimologica: *lex* come derivante da *legere* oppure da *ligare*. In questo senso appunto la legge come «ciò che lega» oppure come «ciò che è letto»¹. Questa incertezza in ordine all'origine etimologica del termine è in realtà a ben vedere, la stessa incertezza in ordine al significato del concetto; in altri termini il quesito etimologico trapassa, ancora oggi, nel quesito epistemologico: la legge come forza oppure come comunicazione? Certo è che il riferimento a questa anfibologia concettuale consente, in una certa misura, di ripercorrere l'itinerario del significato della nozione.

Nel diritto romano arcaico in particolare, il concetto di *lex* come forza, e in questo senso lo stesso concetto di diritto (a questo livello di astrazione legge, diritto oggettivo e norma giuridica costituiscono lo stesso ordine concettuale), ha una radice immediata, un ancoramento diretto con la forza (fisica). Esso è intuibile sulla base dell'originario significato degli stessi istituti più arcaici: il riferimento alla *manus* (*capio, teneo, habeo*) dimostra l'immediato collegamento della situazione giuridica soggettiva al possesso della *vis*, della forza fisica cioè che la sostanzia. Tale relazione, per altro verso, può essere colta quasi visivamente ove si richiamino alla memoria le statue bronzee italiche di quel periodo con quella mano enorme, sproporzionata, che si erge minacciosa.

Certo, quando la *manus*, nello stesso diritto romano, si abbassa e si stringe nel gesto pattizio, la originaria dimensione della forza fisica si stempera e si scinde nella *voluntas* del soggetto e nella forza della sanzione, soprattutto etero-imposta (in questo senso la *lex*, come norma giuridica, come prodotta dal *pactum*).

*Il Saggio qui riproposto è stato pubblicato dagli Autori nel 1988 in *Fondamenti I2* (1988) I2I-I27.

¹ Orestano, *I fatti di normazione nell'esperienza romano-arcaica*, Torino 1967, 182 ss.

Ed in questa linea, ovviamente, sono da ricercare gli sviluppi futuri del diritto romano, come fondamento dell'attuale diritto civile, nello *jus commune*, nello *jus gentium*.

Ancora, nella fase poetica della conoscenza, per usare una schematizzazione vichiana, troviamo la legge come «comunicazione», come rivelazione, cioè, di un ordine superiore e trascendentale, oppure immanente ma incomprensibile. La legge, qui, si incanala nel flusso di comunicazioni che gli aurspici, gli auguri decifrano a partire dai segni con cui essa si manifesta alle società primitive. Certo qui la legge non è scissa e non è scindibile ancora dalle leggi fisiche e da quelle morali e religiose. Sono, in questo senso, *leges aeternae, quibus a deo datur reguntur omnia*; anche la norma (giuridica), il precetto in ordine ai comportamenti sociali, si colloca in questo processo di comunicazione, di rassicurazione di fronte all'ignoto, al terror che pervade l'uomo primitivo.

Legge e diritto, quindi, come forza e legge e diritto, come rivelazione, come comunicazione, sin dagli albori della storia della civiltà.

Apparentemente scissi, anche se interferenti, questi due aspetti diverranno in seguito due facce di uno stesso concetto, di uno stesso ordine sistematico. Un primo punto di contatto è già avvertibile nel tardo diritto romano, Ulpiano recita *Iurisprudentia est divinarum et humanarum notitia, aequae iusti scientia* (Dig. I, I, 10). Il diritto, quindi, assume una propria specificità nell'ordine della produzione della comunicazione metafisica: è l'*imperator* in quanto investito, in quanto «consacrato» che assume il nuovo ruolo di interprete della legge giuridica, distinta da quella morale e religiosa la cui specificazione sarà rimessa al magistero della Chiesa. Si opera così, pur proveniente dalla stessa matrice, una prima partizione di *genus* e *species* tra la legge in generale e quella religiosa o terrena.

L'ideologia del medioevo è tutta ispirata a questa concezione dei due ordini di manifestazione: dalla città terrena e dalla città divina, ai due soli. È su questa ideologia che poggia la costruzione del Sacro Romano Impero. È a questa visione, infine, che si ispira il pensiero tomistico. È, al fondo, il concetto di «bene comune» alla cui tutela presiede l'autorità dell'imperatore, ma che per la fonte da cui deriva, sovrasta la volontà dello stesso.

Tutt'altra cosa, quindi, dal principio *quod principi placuit legis habet vigorem* che, come è noto, riassume la ideologia dei nascenti Stati assoluti². S'inquina, in qualche modo, la derivazione sacrale del diritto e questo tende, nuovamente, a fondarsi essenzialmente sulla forza: sulla volontà sovrana a prescindere, anche dalla eventuale «investitura». Questo diritto statutale, «innovativo», entra così

² Caillet, *L'administration en France sous Richelieu*, -Paris 1875, -14-5S.

in conflitto con lo *jus commune* dando luogo, nei diversi ordinamenti positivi, a varie forme di sovrapposizione e separazione: lo *jus mercatorum*, lo *jus fisci*, ad esempio. Rimane, comunque, anche di fronte a questo riapparire di una concezione del diritto come forza, una visione universale e trascendentale dello stesso, che si esprime all'epoca; nelle categorie che permangono; della *lex terrae* o del *Landrecht*, come fonti legislative non disponibili neppure dal sovrano ed in particolare dello *jus gentium*³.

Questa dicotomia avrà una sua ricomposizione nell'età dei lumi. In fondo, il giusnaturalismo rappresenta proprio questo: la individuazione di un fondamento trascendente ed unificante del diritto è della legge come forza e come rivelazione. L'ideologia dell'interesse generale viene ormai a sostituire, definitivamente, la precedente idea del bene comune. L'interesse generale determinato dalla legge come astrazione e sintesi dell'interesse comune ai singoli individui riunifica il diritto comune con il diritto dello Stato, il diritto soggettivo con quello oggettivo ed il diritto come forza con il diritto come rivelazione. Perché ancora di questo si tratta: il diritto collegato alla natura del soggetto giuridico ha un attributo di immanenza e di eternità⁴. In questo senso il diritto - come diritto naturale - è sempre esistito, sta alla ragione umana riconoscerlo, ma una volta rivelatosi, esso ha vigenza eterna ed universale. Questa concezione è evidente nella dichiarazione «dei diritti dell'uomo e del cittadino» ed è ancora alla base dell'età della codificazione: la norma che prescrive il principio della completezza del codice civile è il punto terminale di questa «rivelazione», chiude il cerchio di questo ragionamento. Ed in effetti, questa ricomposizione atemporale tra diritto come volontà e come forza e diritto come manifestazione di un ordine immanente e razionale, tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, sembra dar luogo alla costruzione di un'impalcatura sistematica logicamente inattaccabile e sottratta all'usura del tempo che fa perno sulla funzione di interpretazione di questo diritto «naturale» ad opera dello Stato^{4a}.

Tuttavia, anche questa ideologia giuridica durerà assai meno delle precedenti⁵.

A chi si porrà a valutare nel prossimo millennio l'idea che il fondamento della legge riposi sulla determinazione di un gruppo di soggetti scelti per individuare l'interesse generale, oppure l'idea che la legge sia una specificazione terrena di una volontà superiore ad opera di un soggetto a ciò

³ 3. È dallo studio di quest'ultimo che, come è noto, si diparte il giusnaturalismo (Grozio, *De iure belli ac pacis*).

⁴La ricomposizione di questo dualismo è già nel Contratto sociale di J.J. Rousseau.

^{4a} Cfr. O. Galgano, *Il diritto privato tra codice e costituzione*, Bologna 1983, I3.

⁵ E già Jhering avvertiva come «persino la logica si subordina all'interesse», *Der Geist des römischen Rechts*, Leipzig 1858, III, 465.

deputato, probabilmente riconoscerà, in entrambe le concezioni, un fondamento metafisico non molto diverso.

Ad ogni modo è in questa crisi della concezione della legge, come manifestazione dell'interesse generale, che si inquadra ancora l'attuale crisi, anche tecnica, della legislazione.

Come è noto, il pensiero giuridico ha opposto una forte linea di resistenza sul piano della riflessione teorica all'avanzare di tale processo critico⁶.

La concezione della generalità e dell'astrattezza della legge costituisce il riflesso teorico di questa ideologia della universalità e razionalità del diritto. Già, però, nei trattatisti della prima metà del secolo viene meno, progressivamente, l'attributo della immutabilità della norma di legge⁷. Successivamente, a cavallo del secolo, l'affermarsi della teoria della novità e poi il superamento della concezione della legge come regolante esclusivamente rapporti intersoggettivi ed, infine, la scissione tra il concetto di norma giuridica e quello di norma legislativa e il riapparire di una concezione della norma come «forza giuridica», come potere, denotano il progressivo venir meno della ideologia dell'interesse generale.

Ancora in Kelsen, comunque, ripugna l'idea che la legge possa essere espressione del prevalere dell'interesse partigiano: la dialettica parlamentare maggioranza-minoranza, è vista ancora al fondo come dialettica in ordine alla migliore individuazione dell'interesse generale⁸. Sul piano della riflessione giuridica tale contrapposizione è colta nel contrasto tra «decisionismo» e «formalismo»⁹. Ma se volgiamo lo sguardo dalle sistematizzazioni ideologiche alla realtà della legislazione è facile a vedersi come il processo di trasformazione è assai più avanti della riflessione, tendenzialmente razionalizzante e sistematizzante dei giuristi: l'impressione è che, mentre la riflessione teorica è tutt'ora attardata a ricucire le lacerazioni alle trame di una sistematica ormai sfaldata, il diritto positivo procede, anche se in modo non chiaramente percepibile, verso nuovi assetti e, forse, possibili sistematizzazioni.

Il precipitare del contenuto di interessi particolari nella legge, l'affermarsi cioè della prassi delle leggi-provvedimento e della legislazione speciale ha di fatto introdotto, ma forse per quello che

⁶ Si possono ricordare, come espressione, da ultimo, di questa tendenza, le nobili pagine di Lopez de Onitte, *La certezza del diritto*, Milano, 1968.

⁷ Ancora ad esempio in Macarel, *Droit administratif I*, Paris, 1844, 50.

⁸ H. Kelsen, *Il primato del Parlamento*, Milano 1962, 30.

⁹ K. Schmitt, *I tre tipi del pensiero giuridico*, in *Le categorie del politico*, Torino 1972, 251 ss.

prima si diceva reintrodotta, la forza della politica nella «neutralità» della norma legislativa: aberrazione somma, questa, per la coscienza giuridica liberale¹⁰.

Leggi-provvedimento, perciò, che assorbono il contenuto decisionale tipico del provvedimento amministrativo e leggi speciali, inoltre, che prefigurano e condizionano la libera scelta delle parti nel negozio di diritto privato¹¹.

Il potere, essenza tipica delle situazioni o delle posizioni soggettive (le potestà dell'autorità e il diritto soggettivo, rispettivamente nel diritto pubblico e in quello privato) viene così ricondotto alla norma di legge. Il diritto, quindi, come forza e disancorato dall'interesse generale può esser percepito anche in un approccio ideologico diverso, come sovrastruttura imposta dalla classe dominante¹².

Ma in realtà, l'estrema varietà degli interessi nella società pluralistica e il loro vario combinarsi e scombinarsi, hanno avuto definitivamente ragione anche di questa schematica concettualizzazione classista.

Il fatto è che, venendo meno nella prassi l'idea dell'interesse generale, la legge perde sempre più la propria forza simbolica e, quindi la capacità aggregante di un consenso sociale diffuso. Le forme del consenso, pertanto, si parcellizzano, come si frantuma la stessa mediazione politica e conseguentemente la determinazione degli interessi assunti come pubblici. È in questo contesto che la crisi della legge si manifesta anche nei suoi aspetti tecnici, relativi cioè, alla tecnica giuridica come metodo sostanzialmente geometrico-matematico di sistematizzazione dei concetti e del linguaggio legislativo¹³. Il linguaggio ridondante e prolisso, da sempre prerogativa dell'atto amministrativo - le «grida» manzoniane - trapassa, in questo giuoco di contaminazione, nella norma di legge; la estrema varietà contenutistica della volontà dei soggetti privati, si riverbera, ora, nella varietà e nella ambiguità dei contenuti della norma legislativa¹⁴.

Il continuo comporsi e ricomporsi della mediazione politica, della aggregazione degli interessi dei singoli e soprattutto dei gruppi mina la stabilità della norma legislativa che di questo precario equilibrio è espressione. E così si accentua quel processo, già rilevato da Crisafulli, per cui la legge

¹⁰ G. Burdeau, *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français*: Archives de philosophie du droit, 1939, 17; F.A. Hayek, *La società libera*, Firenze 1969.

¹¹ Sulla destrutturazione e marginalizzazione del codice civile ad opera della legislazione speciale: N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1979, in particolare pp. 18 ss.

¹² Per la concezione marxista della legge cfr. P. Stucka, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, Torino 1967, 73 ss.

¹³ Un'analisi di questi aspetti è svolta da Irti, *L'età della decodificazione*, cit.

¹⁴ In sintesi si osserva come «i linguaggi delle leggi, molteplici e discordi, prolissi e ambigui declamatori e programmatici, rendono ormai impossibile un linguaggio unitario del diritto civile», Irti, *op. cit.*, 17.

perderebbe sempre più il carattere della «sovranità» per divenire viceversa progressivamente «policentrica» e «speciale». Le varie forme di «negoziato» legislativa tendono infatti a canonizzare interessi sempre meno generali e sempre più settoriali, mostrando altresì come le pressioni «neocorporative» si inseriscano nel processo di formazione del diritto, erodendo il momento autoritativo ed espandendosi in un indistinto e confuso modello «neocontrattualistico».

In sintesi, la legge sembra sempre di più lo strumento attraverso il quale la mediazione politica aderisce a tutte le pieghe della realtà sociale e, plasmandosi sulle stesse, si evolve seguendone le interne evoluzioni. Da qui, forse, un ultimo ed ulteriore passaggio: questo processo di adesione sembra finire progressivamente per annullare anche il momento della mediazione politica: il momento, cioè, della sintesi che si opera tra gli interessi tramite la forza della legge. Questa sembra sempre più divenire registrazione e riproposizione, in un linguaggio tendenzialmente neutrale, non solo dei punti di sintesi effettiva degli interessi, ma anche semplice riproposizione dello stesso processo continuo ed aperto di tale assestamento. In questo senso la legge, non più come frutto di una volontà «decisionista», ma come rappresentazione simbolica e linguistica, in un linguaggio che perde sempre più i caratteri tecnico-giuridici tradizionali, di questo processo reale.

La legge, quindi, in sintesi, intesa non come «decisione» ma come «opzione», come rinvio della decisione e come riproposizione della mediazione su un altro piano: un piano, cioè, ancora aperto agli interessati dalla assunzione non risolta ma solo sublimata della contrapposizione degli interessi nella norma. In questo modo, però, il conflitto «sublimato» si stempera o quanto meno può stemperarsi in una attività di interpretazione della norma che ritagli la decisione in modo da adattarla a circostanze e situazioni diverse nei rapporti di forza e nei luoghi e nelle modalità di manifestazione¹⁵. In questa evoluzione della norma come rinvio della decisione, (la legge come norma programmatica) ecco riapparire, ancora una volta, l'antico dilemma tra forza e comunicazione: la teoria giuridica, questa antica «musa» senza memoria, è pronta a riproporcelo nella nuova veste del diritto come «agire comunicativo».

¹⁵ Sintomatico di questo processo è la contraddittorietà sempre più evidente delle, una volta univoche, pronunce di legittimità della stessa Corte di Cassazione.