

*SU MASSIMO LUCIANI, OGNI COSA AL SUO POSTO.*  
RESTAURARE L'ORDINE COSTITUZIONALE DEI POTERI

---

Estratto dal volume  
QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA  
DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO  
53 (2024)

---

Isbn 9788828866954

Discussione su

MASSIMO LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2023.

ENZO CHELI

Il senso di questo libro, ultimo lavoro di Massimo Luciani, traspare chiaramente dal suo titolo (*Ogni cosa al suo posto*) e ancora più chiaramente dal sottotitolo (*Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*).

Rimettere le cose al loro posto e restaurare l'ordine costituzionale dei poteri significa riportare in equilibrio e ridare forma ad un'esperienza costituzionale come la nostra che da qualche tempo — nella visione dell'Autore — sta scivolando pericolosamente verso il disordine.

Ma in cosa consiste questo disordine? E qual è l'ordine che di contro va restaurato? E che fare per restaurarlo?

Per dare una risposta a queste domande Luciani articola questo suo lavoro in tre parti.

Una prima parte, la più generale, è dedicata alla scienza giuridica ed alle nozioni di diritto, di ordine e di limite. Se nel diritto si trova la base della convivenza sociale, alla base della convivenza c'è l'ordine ed alla base dell'ordine la legge, cioè il complesso di regole giuridiche che distribuiscono potere e competenze tra soggetti diversi a garanzia della libertà dei singoli e dei corpi sociali. La separazione dei poteri rappresenta pertanto la base del costituzionalismo moderno, che trova il suo primo richiamo nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 dove si afferma che la società che non garantisce i diritti insieme con la separazione dei poteri non ha una costituzione.

Nella seconda parte di questo libro Luciani traccia la mappa del disordine e degli sconfinamenti tra i poteri dello Stato che si sono manifestati e seguitano a manifestarsi nel passaggio storico tra lo Stato di diritto e lo Stato costituzionale, cioè nel corso di quella vicenda del costituzionalismo moderno che si è sviluppata dopo il secondo conflitto mondiale ed è tuttora in corso.

Per quanto concerne il nostro sistema il disordine investe sia la funzione di produzione della legge, sempre più condizionata dalle invasioni del potere esecutivo, sia la funzione di applicazione della

legge, sempre più condizionata dal protagonismo di un potere giudiziario (costituzionale e ordinario) che tende a esondare nella sfera politica del potere legislativo. Questi sconfinamenti della giurisprudenza vengono solitamente giustificati con un richiamo a valori costituzionali che andrebbero realizzati anche a costo di forzare il testo della legge. Una tendenza che porta allo sviluppo di quella giurisprudenza creativa che Luciani critica severamente dal momento che, a suo avviso, il rapporto tra legislazione e giurisdizione non dovrebbe svolgersi sulla base di un bilanciamento tra valori (tra il valore del diritto e quello della giustizia), bensì sulla base di una rigorosa ripartizione delle competenze tra legislatore e giudice operata dalla costituzione.

Una terza parte di questo libro viene, infine, dedicata ad « esercizi di restauro e di restaurazione » che investono il campo di possibili riforme « restauratrici » che Luciani affronta con proposte generali di metodo richiamando quei principi classici della cultura politica e giuridica che dovrebbero condurre, attraverso una corretta separazione dei poteri, ad un recupero della centralità del Parlamento, della sovranità della legge e della distinzione tra morale e diritto.

Su questo terreno resta però la difficoltà per la scienza giuridica di trovare il punto di equilibrio tra la forza di inerzia delle sovrastrutture giuridiche ed una adeguata considerazione dei mutamenti storici che investono l'economia, la società e la politica di ciascun paese e che possono legittimare anche una lettura evolutiva della sua costituzione.

Questa, in estrema sintesi, la linea esposta in questo libro che, a mio avviso, si presenta come uno dei lavori più significativi tra quelli comparsi di recente nella letteratura giuspubblicistica del nostro paese. Lavoro particolarmente significativo perché non investe aspetti marginali o istituti particolari della nostra esperienza giuridica, bensì il nucleo centrale di questa esperienza quando cerca di rispondere alle domande di base relative alla funzione del diritto ed alle modalità del suo esercizio attraverso i processi di produzione ed applicazione delle norme giuridiche. Su questo terreno il lavoro sviluppa e aggiorna una linea di pensiero molto approfondita e molto ben documentata che Luciani ha da tempo avviata con le sue importanti ricerche in tema di forme di governo e di interpretazione conforme a costituzione.

VITTORIA BARSOTTI

*OGNI COSA AL SUO POSTO.*  
LA PROSPETTIVA DI UNA COMPARATISTA

Se ogni cosa deve stare al suo posto, non si può che partire dal principio, dal titolo; a proposito del quale sarebbe facile giocare con le parole e forse è ciò che ci si potrebbe aspettare da una persona con una

formazione molto diversa da quella degli illustri costituzionalisti e storici che partecipano all'incontro odierno.

*Ogni cosa al suo posto*: ma c'è davvero un posto per tutte le cose? Un posto fisso? E così via... Ma non è bene cadere in questa tentazione solo apparentemente scherzosa perché il titolo è bello e, insieme al sottotitolo, esprime in maniera raffinata, sintetica ed efficace il pensiero profondo che lega tra di loro tutte le colte pagine del libro.

Semmai, in prima battuta, è a proposito del sottotitolo, *Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, che si potrebbe osservare come la scelta del verbo sia provocatoria e forse anche un po' pericolosa, ma è sapientemente giustificata nelle ultime pagine del libro (p. 226 e ss.) ove con eleganza si spiega che «restaurare» assume sia il significato dinamico che richiede innovazioni tecniche conformi alle esigenze del tempo, sia il significato di ripristinare; e ciò che in fondo si vuol ripristinare è la posizione della legge nell'ordinamento: «è la legge che va rimessa al suo posto» (p. 227).

Sul titolo, tuttavia, mi permetto una piccola nota di carattere letterario, poiché esso ha richiamato alla mia mente un autore originale e senz'altro conosciuto da Massimo Luciani, considerato il suo interesse al rapporto tra certezza (del diritto) e neuroscienze, e visto che nella sua ricostruzione il tema della certezza si intreccia anche con quello dell'identità e del posizionamento della persona nel mondo (p. 46); e considerata inoltre la vicinanza con le neuroscienze che Massimo Luciani mostra in un articolo decisamente affascinante, *Itinerari costituzionali della memoria*, pubblicato sulla rivista dell'Associazione dei costituzionalisti l'anno passato (1). Il riferimento è a Oliver Sachs e al suo *Everything in its place*, tradotto in italiano per i tipi di Adelphi proprio con *Ogni cosa al suo posto* (2).

Ho letto il libro di cui oggi si parla con piacere e impegno, e l'impressione è stata quella di un libro colto, profondo, chiaro, preciso, fatto di parole scelte con cura una per una. Un libro ove, pagina dopo pagina, si dipana un filo teso che non si interrompe mai e ove il presente trova le sue profonde radici nel passato. Pare che l'Autore abbia fatto proprie le lezioni di Italo Calvino, quelle proposte per i pensieri e gli scritti del nuovo millennio che non poté presentare ad Harvard perché la morte lo colse prematuramente mentre le stava preparando: leggerezza, rapidità, esattezza, visibilità, molteplicità (3).

Massimo Luciani presenta con toni contemporaneamente pacati e appuntiti le proprie idee, e talvolta menziona anche le possibili critiche

---

(1) M. LUCIANI, *Itinerari costituzionali della memoria*, in « Rivista dell'AIC », 2022, 4, p. 80 e ss.

(2) O. SACHS, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Adelphi, 2019.

(3) I. CALVINO, *Lezioni americane. Sei proposte per il nuovo millennio*, Milano, Mondadori, 1993.

a queste idee — critiche che poi vengono con maestria confutate. Quando si esprimono perplessità, dubbi, preoccupazioni su alcune questioni, su alcuni itinerari della giurisprudenza o atteggiamenti della dottrina, si offrono suggerimenti o possibili soluzioni e « aggiustamenti » (p. 237). È il caso, per esempio, della rilettura della crisi delle crisafulliane « rime obbligate » (p. 190 e ss.), oppure di alcune proposte intese ad evitare i problemi che possono nascere dalle doppie pronunce 'stile Cappato' delle Corte costituzionale — pronunce che Massimo Luciani non apprezza (p. 209 e ss.) <sup>(4)</sup>.

*Ogni cosa al suo posto* è quindi un libro preoccupato riguardo alla situazione presente, ma anche propositivo. Un libro ove il tema della certezza del diritto è il fulcro della narrazione, e che intende quindi riportare al centro del dibattito della scienza giuridica il doppio e intimo legame tra diritto e ordine, tra diritto e certezza.

Abituata al confronto con ordinamenti nei quali, superata finalmente la teoria dichiarativa del diritto, al giudice è apertamente riconosciuta la funzione di *lawmaker*, due sono i momenti del libro di Massimo Luciani su cui vorrei proporre alcune piccole osservazioni.

Il primo momento si colloca nel capitolo dedicato all'applicazione della legge (Cap. III, p. 147 e ss.). Qui si critica il « protagonismo giudiziario » e lo si fa attraverso un discorso che, partendo dalla crisi della legislazione, dalla debolezza del legislatore, si articola in più punti e si pongono seri dubbi con riferimento alla diretta applicabilità della costituzione, all'interpretazione conforme a costituzione, alle conseguenze alle quali può portare il divieto del *non liquet*, laddove intesi a emancipare gli interpreti dal testo della legge allo scopo di massimizzare la realizzazione dei « valori » costituzionali o laddove dettati dall'esigenza di ricercare la « giustizia del caso concreto » a scapito del rigoroso rispetto delle regole (processuali e sostanziali) dell'ordinamento (pp. 152-161).

Le mie riflessioni si riferiscono alla specifica, ma al contempo più generale, critica che viene rivolta alla « cosiddetta creazione giudiziale del diritto » (p. 161 e ss.).

Non è possibile riassumere qui il denso pensiero di Massimo Luciani secondo cui, non accogliendo la versione crisafulliana della distinzione tra disposizione e norma <sup>(5)</sup>, « Le variegate posizioni creazioniste sono unite da un [...] profilo critico rinvenibile nella differenza strutturale, sistemica e funzionale tra produrre e interpretare la legge » (p. 166). Si assume quindi l'idea di una netta distinzione tra produzione e interpretazione della legge e si accetta — forse con un po' di disagio — l'inevitabile imprecisione di ogni linguaggio, compreso quello del

<sup>(4)</sup> Sul tema della doppia pronuncia si tornerà tra breve.

<sup>(5)</sup> V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, p. 195.

legislatore, per poi osservare che: «l'ambiguità del linguaggio non impedisce la cognizione del significato di un enunciato, ma preclude semplicemente l'idea che una e una sola interpretazione 'vera' non manchi mai» (p. 169).

Massimo Luciani ci spiega di seguito che il riconoscere al giudice potere creativo nasce da una temperie culturale complessa, caratterizzata da tratti molteplici e offre una spiegazione assai colta per tale attribuzione. La rinviene infatti in una matrice molto lontana nel tempo che trae origine in venti secoli d'interpretazione delle sacre scritture e quindi nel processo di interpretazione dei testi (dei libri) che rivelano o recepiscono la voce divina.

Non riuscendo a sintetizzare un passaggio cruciale del racconto, e facendo un salto temporale, non rimane che riportare le parole dell'Autore:

Ora, nel momento in cui, dopo le inizialmente isolate esperienze statunitensi e weimariana, ci si trovò di fronte al massiccio impatto delle costituzioni del secondo dopoguerra, il paradigma de 'il' Libro riemerse in tutta la sua forza attrattiva. Si cominciò, con formula assai imprecisa non casualmente germinata nella cultura cattolica, a parlare delle nuove costituzioni come di un 'diritto naturale positivizzato'; poi si vide nelle nuove costituzioni europee e in quelle dei così detti paesi in via di sviluppo una reazione morale alla barbarie dei totalitarismi novecenteschi e del colonialismo; infine, si concepì il *judicial review* della legislazione come riaffermazione delle ragioni della ragione contro le ragioni della decisione. Tutto, in questo modo, finiva per cospirare in favore dell'estensione all'interpretazione giuridica (specie costituzionale) degli stili e delle intenzioni che avevano segnato l'esegesi biblica, in particolare ponendo l'interprete alla ricerca di un senso 'morale' delle norme (specie costituzionali), trascendente quello letterale (pp. 174-175).

Al termine di questa avvincente storia, si ribadisce il favore per una netta distinzione tra produzione e interpretazione della legge precisando che la produzione della legge avvia una comunicazione intersoggettiva totalmente umana, retta dal principio dell'affidamento semantico e governata da un senso letterale che non può essere aggirato ed eluso (p. 176). Insomma, se ho capito bene, per Massimo Luciani le parole del legislatore sono fatte di solo nucleo, non hanno alcuna penombra, non possiedono quindi quell'alone di incertezza ai margini ove può trovare spazio l'attività dell'interprete <sup>(6)</sup>.

Propongo allora di fare un passo indietro nello spazio e nel tempo: Stati Uniti, inizio del secolo scorso.

Il giudice Cardozo, nel 1921, naturalmente a proposito di un sistema di fonti diverso dal nostro, che assegna al precedente valore di

---

<sup>(6)</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1997<sup>2</sup>, *passim*.

fonte primaria e che è governato dalla regola *stare decisis*, scrive che: « *stare decisis is the working day rule of our law* » (7). E dunque, pur riconoscendosi al giudice potere creativo, si sente la necessità di ribadire chiaramente che tale potere deve essere esercitato solo in occasioni particolari, perché la certezza del diritto è un principio che può essere disatteso solo in casi eccezionali. È noto che gli inglesi, irriducibili conservatori delle tradizioni e certamente meno fantasiosi degli americani nella manipolazione creativa dei precedenti giudiziari, giungono ad una conclusione non molto differente solo nel 1966, con il *Practice Statement*, laddove si cerca di temperare la necessità di interpretazione evolutiva con il bisogno di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento dei consociati (8).

Insomma, anche nel mondo di *common law* e per un genuino realista come Cardozo la regola del precedente vincolante, la regola posta e scritta, è centrale, è il pane quotidiano, tant'è che il giudice può svolgere una funzione creativa, ma solo in maniera interstiziale: « In countless litigation, the law is so clear that judges have no discretion. They have the right to legislate between gaps, but often there are no gaps » (9). E anche nel momento creativo il giudice trova comunque i propri limiti nell'ordinamento nel suo insieme, nella tradizione, nella comunità degli interpreti e, in fondo, nel processo stesso (10).

Ed allora, in termini più generali e riferibili anche al nostro sistema, è vero che nel lavoro di tutti i giorni, come scrive Massimo Luciani, « la produzione della legge [...] è governata da un senso letterale che non può essere aggirato ed eluso ». L'immaginazione della realtà, tuttavia, presenta poi gli imprevisti, i « casi critici », nel senso che Gustavo Zagrebelsky attribuisce a questa espressione, nei quali l'affidamento semantico può non aiutare l'interprete (11). Quando la disposizione incontra il caso imprevedibile della vita e la norma non può rinvenirsi nel nucleo delle parole, allora la soluzione si può forse cercare nella loro penombra; e in questa penombra, all'interno di una pluralità di metodi interpretativi posti in maniera non gerarchica tra loro, si troverà il metodo che mette in comunicazione il caso con l'ordina-

(7) Nel 1921 il giudice Cardozo tiene la famosa *Storr lecture* presso la Yale Law School che viene poi pubblicata nel 1924: B.N. CARDOZO, *The Growth of Law*, New Haven, Yale University Press, 1924, p. 28.

(8) *Practice Statement*, pronunciato da Lord Gardiner, per l'Appellate Committee della House of Lords: [1966] All ER 7.

(9) B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, p. 130. Il leggendario testo è stato ristampato nel 2010 da Quid Pro Books, New Orleans, Louisiana, e contiene i riferimenti alla numerazione originale delle pagine.

(10) M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 63-72.

(11) G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 191.

mento, secondo una « concezione pratica dell'interpretazione » (12). Insomma, quando il diritto incontra « l'incandescenza dei fatti » si può anche ricorrere alla fantasia (13).

Quanto sia importante un'idea pratica del diritto, che faccia incontrare la vita vera con l'astratta disposizione del legislatore, ce lo insegna bene Paolo Grossi. Sul tema, i riferimenti alle opere del Maestro fiorentino potrebbero essere molti, tratti, per esempio, da *Mitologie giuridiche della modernità* (14), oppure da *L'invenzione del diritto* (15), ma preferisco riportare alcune frasi prese da un libro dedicato agli studenti, *Prima lezione di diritto*:

L'enorme conquista epistemologica, anche per il chiuso universo dei giuristi, consiste in alcune basilari risultanze: la coscienza della follia di aver concepito il testo normativo come indipendente (nella sua generalità e astrattezza) dal caso concreto che sarebbe andato a disciplinare; la salvifica persuasione che il momento rilevante è il fatto della vita intorno al quale e per il quale il testo è interrogato dall'interprete; la consapevolezza che l'attualità più sostanziosa non è quella del testo [...], ma quella dell'interprete/applicatore, voce della società su cui inciderà la disposizione con la possibile conseguenza che questa può venire interrogata e trasformata con contenuti diversi da quelli astrattamente voluti dal 'manifestatore' [...] (16).

Il secondo momento di *Ogni cosa al suo posto* che ha richiamato la mia attenzione si trova nel capitolo dedicato al controllo della legge, ove, tra le altre cose, si tratta con saggezza della crisi delle già ricordate « rime obbligate ». In questo capitolo c'è un paragrafo intitolato *La Corte in "dialogo" con il legislatore?* e le virgolette insieme al punto interrogativo rivelano subito parecchio del pensiero scettico di Massimo Luciani sul tema (p. 200 e ss.).

Anche su questo punto, alcune piccole osservazioni prima di concludere con un'ultima citazione.

L'Autore tratta sostanzialmente dello strumento inedito della « doppia pronuncia » inaugurato con la vicenda Cappato. È noto che in questo caso la Corte costituzionale emette nel 2018 un'ordinanza (17) secondo la quale è illegittimo punire chi agevola il suicidio del malato che, in piena libertà e consapevolezza, decide di rifiutare terapie mediche che gli infliggono sofferenze fisiche o morali, e che reputa

(12) Ivi, pp. 184-185 e G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 177 e ss.

(13) P. GROSSI, *La fantasia nel diritto*, in « Quaderni fiorentini », 15 (1986), p. 589, a p. 590.

(14) P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007.

(15) P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari, Laterza, 2022.

(16) P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari, Laterza, 2003, p. 109.

(17) Corte costituzionale, ordinanza 207/2018.

contrarie al suo senso di dignità. Tuttavia, poiché urge un intervento del legislatore per definire modi e condizioni di esercizio del diritto a ricevere un trattamento di fine vita, la Corte riconosce l'illegittimità dell'art. 580 del Codice penale, ma differisce a una data futura la relativa declaratoria, assegnando al legislatore un termine, che risulta di circa 11 mesi, per emendare il vizio. Quindi il dispositivo dell'ordinanza rinvia a una successiva udienza la trattazione della questione, ma contiene comunque una motivazione in cui si enunciano i principi costituzionali ritenuti violati.

Come comparatista non posso non ricordare che l'ordinanza contiene anche riferimenti ad altre esperienze giuridiche, quali quelle canadese e inglese, le cui corti supreme, in casi analoghi, hanno adottato strumenti decisori molto simili definiti espressamente di collaborazione e dialogo tra Corte e Parlamento. Inoltre, sul tema della intensità del controllo esercitato dalle corti e sull'importanza di strumenti decisori duttili non sono solo i nostri giudici ad aver guardato oltre i confini: il giudice Calabresi, della corte federale d'appello del II circuito, già nel 1995, in *US v. Then*, esortava i colleghi a prendere esempio dalle esperienze europee e nel farlo citava un Maestro fiorentino, Mauro Cappelletti<sup>(18)</sup>. Quindi il dialogo della nostra Corte si svolge in due direzioni: verso il legislatore interno e verso i giudici di altre giurisdizioni.

La strada che poi intraprende il caso Cappato è prevedibile: di fronte all'inerzia del legislatore ha luogo l'udienza di rinvio a seguito della quale la Corte emana una inevitabile sentenza in cui dichiara incostituzionale *in parte qua* l'art. 580 del Codice penale<sup>(19)</sup>.

Rispetto alla « doppia pronuncia », Massimo Luciani imposta la sua critica nella prospettiva della salvaguardia del principio della separazione dei poteri: ciascuno deve fare il suo mestiere. E all'interno di un articolato ragionamento, tra le varie perplessità che lo conducono a non apprezzare la nuova tecnica decisoria della Corte costituzionale, vi è quella secondo cui tale tecnica potrebbe incentivare l'inerzia di un legislatore che, nel presente contesto politico, scaricherebbe sui giudici la responsabilità delle decisioni difficili (spec. pp. 209-210).

Nel suo sofisticato ragionamento sul punto Massimo Luciani fa riferimento a due padri del costituzionalismo americano: Thayer e Bickel. Tali riferimenti, e soprattutto il secondo, mi conducono ad una sommessa osservazione.

Provando ad instaurare un dialogo (meglio: una collaborazione) con il legislatore, la Corte non mi pare che ne stimoli l'inerzia, ma semmai mette il legislatore drammaticamente di fronte alle proprie

---

(18) *U.S. v. Then*, 55 F. 3rd 464, 466 (2<sup>nd</sup> Cir. 1995) ove si cita espressamente M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1989.

(19) Corte costituzionale, sentenza 202/2019.

responsabilità — e ciò è tanto più necessario proprio in un contesto politico in cui esso tende a giocare a nascondino. Di fronte all'opinione pubblica il Parlamento apparirà vergognosamente, anche se molto prevedibilmente, inadempiente e forse sarà spinto prima o poi ad agire o infine chiamato a rispondere politicamente della propria inattività. Tant'è che proprio Alexander Bickel, il maestro delle virtù passive (che poi tanto passive non sono) e guarda caso collega a Yale del giudice Calabresi citato poco sopra, Bickel elogia i vari modi che le Corti hanno a disposizione (o si possono inventare) per non porsi in diretto e immediato contrasto con il legislatore, ma sono invece intesi ad istaurare con questo un rapporto dialogico al fine di raggiungere un corretto equilibrio istituzionale. E Bickel lo dice a mio avviso chiaramente in quello che è considerato un testo fondamentale da molti studiosi: *The Least Dangerous Branch*, il cui sottotitolo è assai significativo: *The Supreme Court at the Bar of Politics*:

[...] the Court has, over the years, developed an almost inexhaustible arsenal of techniques and devices. Most of them are properly called techniques for eliciting answers, *since so often they engage the Court in a Socratic colloquy with the other institutions of government and society as a whole concerning the necessity for this or that measure, for this or that compromise* (20).

BERNARDO SORDI

PIANISTI E COMPOSITORI.  
IN MARGINE ALL'ULTIMO LIBRO DI MASSIMO LUCIANI

1. In un momento in cui, da un lato, si denunciano i *Tempi difficili per la Costituzione* e i conseguenti *smarrimenti dei costituzionalisti* (G. Zagrebelsky, Roma-Bari, Laterza, 2023); dall'altro, anche in sedi giornalistiche di larga diffusione, si rimprovera alla dottrina italiana del diritto costituzionale di aver completamente dimenticato le grandi tematiche fondative, Massimo Luciani ci regala un saggio importante sull'*ordine costituzionale dei poteri*, imperniato su di uno sguardo profondo, che deliberatamente incorpora una lunga, talvolta persino lunghissima, distanza dal presente.

Il volume si concentra infatti sul cuore stesso della costituzione moderna e lo fa, in consapevole scelta programmatica, abbandonando le secche di un quotidiano, troppo spesso rissoso e reso asfittico dalla pochezza del dibattito politico corrente.

Il volume pone, dunque, come suo oggetto, un nodo gordiano dell'assetto costituzionale dei poteri — bene esemplato da una norma

---

(20) A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven and London, Yale University Press, 1962, p. 70 (il corsivo è mio).

chiave nel trapasso tra costituzionalismo antico e moderno, come l'articolo 16 della dichiarazione dei diritti del 1789 —, passandolo immediatamente al vaglio di un'analisi imperniata sulla lunga durata.

Si legge, perciò innanzi tutto, nel volume, una scelta di campo, dal chiaro significato metodologico, ancor prima che un giudizio severo sull'ennesima, e ancor più improvvisata, ripresa dell'accanimento terapeutico sulla seconda parte della costituzione repubblicana. Una scelta di campo che vuole ribadire che il diritto costituzionale intende ancora rappresentare, secondo la celebre immagine ottocentesca, il *tronco* dal quale si dipartono i tanti rami del diritto pubblico e, secondo gli approdi novecenteschi, addirittura discende l'intero ordinamento giuridico. E intende pure continuare ad essere, secondo una svolta che in Europa matura nella seconda metà del diciannovesimo secolo, il luogo privilegiato della *Allgemeine Staatslehre* e, a cascata, della stessa teoria generale del diritto.

Questo primo tratto distintivo del volume deve essere, a mio parere, valutato in modo estremamente positivo, perché ha l'effetto di alzare, immediatamente, l'asticella della ricerca, allontanando l'eccesso esegetico, vuoi normativo, vuoi giurisprudenziale, che appesantisce molta, attuale, produzione scientifica. È, soprattutto, ha il pregio di rimettere al centro dell'attenzione e del dibattito la questione degli *opening dilemmas*, dei momenti fondativi delle diverse tradizioni costituzionali, oggetto recente del bel libro, edito nel 2022 da Cornell, di Richard Franklin Bensel.

2. Il lettore, che si avventura tra le dotte pagine di Luciani, è subito positivamente sommerso dall'ampiezza, cronologica e tematica, dello sguardo dell'autore. Può essere ora indirizzato verso una celebre costituzione di Teodosio II e Valentiniano III del 429 d.c., la *lex digna* (*digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri*): celebre *crux interpretum* dei giuristi medievali, alle prese con la necessità di renderla compatibile con il *quod principi placuit legis habet vigorem* della *lex de imperio*. Oppure, invitato a spigolare tra i trattatelli politico-giuridici di Bartolo da Sassoferrato, a partire dal *De tyranno*. Sino a esser proiettato, con la stessa perizia, la stessa acribia, la stessa capacità di contestualizzazione, verso un testo chiave di Justus Wilhelm Hedemann, acutissimo lettore delle trasformazioni indotte dal primo conflitto mondiale, fondatore, proprio nel 1919, all'Università di Jena, di un celebre e particolarmente innovativo, Istituto giuridico, dedicato al lemma, allora ancora inedito, del diritto dell'economia: un testo apparso nell'*annus horribilis*, per la Germania, del 1933 e in una fase di progressivo avvicinamento dell'autore al nazismo, eppure, pronto a denunciare il pericolo della fuga verso le clausole generali per il diritto e per lo Stato (*Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*).

3. Cosa restituisce al lettore questo sguardo lungo?

Direi, soprattutto, un filo rosso che lentamente, ma tenacemente si snoda tra le diverse esperienze giuridiche e che continuamente conferma il diritto come autentico pilastro del vivere sociale: conferma

— come scrive l'autore — l'ordine « come *condizione di pensabilità* di una comunità politica » (p. 41).

*Nullus ordo est sempiternus horror*, ammonisce il Libro di Giobbe. E di lì in poi, la grande dicotomia, tra governo delle leggi e governo degli uomini, magistralmente ripercorsa da Norberto Bobbio in pagine cui dobbiamo i nostri pilastri fondativi, scandisce i tentativi di ogni età storica e di ogni comunità politica di darsi il proprio ordinamento. Per dirla con un celeberrimo passo di Baldo degli Ubaldi: « regimen non potest esse sine legibus et statutis, ergo eo ipso quod populus habet esse, habet per consequens regimen in suo esse, sicut omne animal regitur a suo proprio spiritu et anima ». E da Ambrogio Lorenzetti, nel 1339, al frontespizio del *Leviatano* di Hobbes, nel 1651, ne possediamo anche straordinarie rappresentazioni iconografiche.

La ricerca dell'ordine, di un ordine e di un regime, certo, diversamente fondati e articolati nelle diverse esperienze giuridiche, è quindi il compito sempiterno di ogni generazione e, in primo luogo, del filosofo e del giurista.

A questa sfida ricorrente, che vive nel suo percorso storico di tante declinazioni e di tanti precedenti, nel libro molto felicemente ripercorsi, Massimo Luciani aggiunge però un ulteriore tassello. Un tassello che, nella lettura dell'autore, appare decisivo: l'ordine implica certezza; presuppone necessariamente prevedibilità. Ancora l'autore: « un diritto incapace di prevedibilità rinuncerebbe alla propria capacità ordinante » (p. 51).

Si tratta di un'affermazione che, nella sua generalità, difficilmente potrebbe esser messa in discussione. E, tuttavia, l'impressione del lettore, se in particolare quel lettore è uno storico del diritto, è che quel requisito di imprescindibile certezza dell'ordine, quasi impercettibilmente, ma altrettanto inevitabilmente, trascolori in certezza della legge, in intenzione del legislatore, un legislatore proiettato verso un crescente monopolio tra le fonti del diritto: un legislatore non più destoricizzato e quasi eternizzato, ma già pienamente investito delle prerogative e dei poteri di una modernissima sovranità legislativa.

Il filo rosso, che abbiamo visto tessersi sin dall'antichità, conosce un momento in cui improvvisamente si tende, e in cui la ricorrente necessità dell'ordine, si tramuta in certezza del diritto: una *certezza del diritto* che, in particolare nella realtà continentale, che si sta avviando a incubare il suo percorso verso la codificazione, inizia a essere invariabilmente declinata come *certezza della legge*.

Un momento che, nella nostra tradizione giuridica, possiede pure una datazione precisa, tra il 1742 dei *Difetti della giurisprudenza* di Ludovico Antonio Muratori e il 1764 della prima edizione livornese, presso Marco Coltellini, del *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria: autori e opere che Luciani presuppone, ma che non ricorda.

Ed è un momento peculiare, destinato presto ad allargare la forbice tra un mondo che presto si definirà di *civil law* e l'altro di

*common law*, in cui, con relativa contemporaneità, non troppo diverse esigenze di certezza dell'ordinamento, e di prevedibilità delle decisioni giudiziarie, stanno spingendo verso tecniche e soluzioni alternative, avviate verso la progressiva affermazione di un inedito principio di *stare decisis*, ma pur sempre ancora incanalate nel solco di un solido primato della *iurisdictio*, che ancora resiste e può riuscire a convivere con il 'moderno' principio dell'onnipotenza del legislatore.

Per il continente sarà proprio questo momento di metà Settecento, quello in cui l'*ancien régime*, un ordine pienamente giuridico, ma quasi privo dei requisiti che la Rivoluzione dichiarerà presto intangibili, di uguaglianza e di uniformità, con minimi tassi di legificazione e di prevedibilità, rispetto al futuro modello codificato, inizia a virare, per ora molto lentamente, verso la *constitution nouvelle* e l'affermazione della legge come espressione della volontà generale.

4. Recuperata una tavolozza più ricca e sfumata, per tempi e colori, anche lo sguardo retrospettivo dello storico difficilmente non potrà non confermare che il modello principe, messo a punto dal costituzionalismo moderno, nei suoi travagli euro-americani del Sei-Settecento, sia quello dell'etero-regolazione (p. 65), certo ormai democraticamente assunta sulla base dei postulati dello Stato costituzionale contemporaneo, secondo esiti di partecipazione e di suffragio, all'epoca irraggiungibili e che per il loro definitivo allargamento richiederanno lotte e tempi, persino secolari.

Il messaggio di Luciani è di assoluta nitidezza ed è in larga misura condivisibile. È questa etero-regolazione democratica, come la dichiarazione del 1789 si premura subito di stabilire al suo articolo 6, a costituire il modello privilegiato e la bussola cui ancor'oggi riorientare, senza incertezze, l'ordine costituzionale dei poteri. Mentre le forme di autoregolazione, dall'autore esemplate secondo un accostamento che un poco sorprende (p. 61), tra l'ordine catalattico di Friedrich August von Hayek e il pluralismo giuridico di Paolo Grossi, freddissimo nei confronti del neoliberalismo e delle sue derivazioni economicistiche ordoliberali, risultano all'autore scarsamente convincenti e facile preda di poteri privati sempre più invisibili e rapaci.

È, appunto, confermando il primato di questa etero-regolazione democratica, che occorre, per Luciani, con pazienza mettersi al lavoro, per eseguire un'attenta manutenzione dell'ordine giuridico, a partire dalla correzione di quella piaga delle leggi provvedimento che scardinano abusivamente il principio di generalità della legge e quella riserva di amministrazione che deve essere declinata essenzialmente nelle forme del *right to be heard, to have access, to give reasons*.

Questa sorta di capillare *restitutio in integrum* non è un tema nuovo per l'autore, che già anni fa, in una monumentale voce dell'*Enciclopedia del diritto*, dedicata alla *Interpretazione conforme a costituzione*, aveva ripetutamente espresso la necessità di una revisione dei meccanismi di reciproca compatibilità di legalità costituzionale e legalità

legale. Qui, il giudizio su quell'indirizzo è divenuto addirittura più severo, bollato come vero e proprio simbolo del 'creazionismo giudiziario' e di un debordante protagonismo del giudice, con una critica durissima alla sentenza n. 356 del 22 ottobre 1996 (Presidente Ferri, relatore Zagrebelsky), che ne aveva dato una prima definizione (p. 157).

E il lettore non fa fatica a immaginare che, se le pagine di Luciani stanno disegnando un vero e proprio manifesto, quel manifesto prende forma attraverso una *prinzipielle Auseinandersetzung*, sulla falsariga della critica kelseniana alla dottrina dell'integrazione di Rudolf Smend, che questa volta colpisce, come suo principale obiettivo, *Il diritto mite* di Gustavo Zagrebelsky, che oltre trent'anni fa aveva avuto il merito di segnalare alcune linee, ormai acquisite, di destrutturazione dell'ordinamento giuridico, con la crescente rilevanza del momento applicativo e una ormai conclamata inevitabilità dell'interpretazione. Luciani, come si è visto, prende la direzione opposta, giunge quasi a suggerire al lettore una dimensione metastorica della certezza, entrando così in piena rotta di collisione con quella tendenza che Natalino Irti, con il suo pennino acuminato, aveva tempo addietro stigmatizzato come « una sorta di *estetismo dell'incertezza* », « quasi venuto in moda ».

Neo-positivismo giuridico *versus* ermeneutica giuridica? Modernità giuridica contro *postdiritto*? Regole contro principi? Rinnovato monismo legislativo contro un incombente pluralismo giuridico? La complessità del presente non si presta a schematizzazioni di tipo binario, né tanto meno a dicotomie. E pochi costituzionalisti, come Luciani, sono stati in grado di spiegarci la 'rottura' dello Stato costituzionale, rispetto a quello Stato di diritto ottocentesco in cui, pure, il primo trovava le sue radici: una rottura fatta di legalità costituzionale rispetto alla legalità legale; di complessità dell'ordinamento e delle sue fonti rispetto alla semplicità della forma-codice; di competenza rispetto alla gerarchia; d'inflazione legislativa contro una persistente morigeratezza della legge...

Così come, Luciani, da studioso di Kelsen, sa bene che la dinamica dell'ordinamento richiede sempre un certo grado di *interpositio auctoritatis*; che la norma individuale del caso concreto non è già comunque e per intero prefigurata nella norma generale che il giudice è chiamato ad applicare. Sa bene, ancor prima di citare Roscoe Pound, che il *Commentario* di un grande della processualcivilistica italiana, Lodovico Mortara, già a fine Ottocento, al culmine del positivismo giuridico, ricordava che « mentre la legge rappresenta la *statica* del diritto obiettivo, la giurisprudenza ne costituisce la *dinamica* ».

E sa bene, secondo la celebre metafora di Günther Hirsch, che il giudice non è *Diener*, ma *Pianist*, non può essere — tanto meno nelle condizioni attuali di un sistema delle fonti che, da tempo, ha perduto la sua intelaiatura sistematica — il freddo esecutore di un impossibile sillogismo giudiziario, e che, persino nel penale, come ci insegnano Francesco Palazzo e Massimo Donini, deve divenire l'autorevole e

autonomo interprete di un legislatore cui, senza alcun dubbio, va ancora riservato il ruolo di grande *compositore* dell'ordine giuridico.

Vero è che questa metafora del *giudice-pianista* è stata pensata per un ordinamento, quello tedesco, che al terzo comma dell'articolo 20 del *Grundgesetz* proclama, accanto al vincolo della legislazione all'ordinamento costituzionale, che « il potere esecutivo e la giurisdizione sono vincolati al rispetto della legge e del diritto » (*sind an Gesetz und Recht gebunden*). Una norma che, nel suo proiettare verso la Stato costituzionale l'antica dialettica tra *droit e loi*, e quella corrente tra *common law* e *statute*, ci consente di apprezzare sino in fondo anche alcune, ultime, pagine di Paolo Grossi, intitolate al segnavia, solo apparentemente provocatorio, dell'*Oltre la legalità*. Appunto, una norma che non sarebbe male riscoprire, serenamente, anche nel dibattito italiano, nel quale il triangolo politica-legislazione-giustizia ha assunto, da troppo tempo, toni di inaccettabile incandescenza.

Certo, i bravi pianisti sono merce rara e c'è da dubitare che ce ne sia a sufficienza per ricoprire anche solo i gradi apicali della giurisdizione ordinaria e speciale. Mi sembra, però, che ancor meno abbondino, oggi, nel nostro, come negli altri paesi, travolti dall'intensità e dalla rapidità delle trasformazioni e dall'esplosione della domanda di giustizia, i grandi compositori.

E, allora, un po' malinconicamente, ma anche con il giusto realismo, di questa, simmetrica, reciproca, scarsità, dobbiamo tener conto, quando riposizioniamo i giusti rotismi dell'ordine costituzionale dei poteri, avviando quegli « esercizi di restauro e di restaurazione », con i quali il nostro volume efficacemente si chiude (p. 223 e ss.). Come mi pare abbia fatto, con pacata ma ferma consapevolezza, il Presidente della Repubblica, nell'ultima cerimonia del Ventaglio, prima delle ferie estive, ribadendo, a partire dal potere interpretativo del giudice secondo costituzione, sino alla sovranità legislativa del Parlamento, che « i ruoli non vanno confusi, anche a tutela dell'ambito di cui si è titolari ».

MASSIMO LUCIANI

#### NOTE A MARGINE DI UNA DISCUSSIONE FIORENTINA SU « OGNI COSA AL SUO POSTO »

1. L'intenzione di uno scritto e i debiti culturali contratti dal suo autore. — 2. La questione specifica della giurisdizione. — 3. Una considerazione (provvisoriamente) conclusiva.

1. *L'intenzione di uno scritto e i debiti culturali contratti dal suo autore.*

Scrive Bernardo Sordi che il Muratori del *Dei difetti della giurisprudenza* e il Beccaria del *Dei delitti e delle pene* sono « autori e opere

che Luciani presuppone, ma che non ricorda». Ha doppiamente ragione. Ha ragione quando dice che né l'uno né l'altro sono da me ricordati. Ha ragione quando dice che li presuppongo.

Sono certo che la prima sia una semplice constatazione e non una critica: di autori per me essenziali, ma non ricordati nel volume, in realtà, ve n'ha millanta e uno studioso raffinato come Sordi sa benissimo che quando — imprudentemente, certo — s'affrontano temi di amplissimo respiro la completezza dei richiami non è possibile e il tentativo di avvicinarvisi costringerebbe a sovraccaricare il proprio scritto di un apparato illustrativo così pesante da renderlo illeggibile. Farei dunque torto al mio interlocutore se anche minimamente sospettassi che le sue parole celino un intento, per questo profilo, in qualche modo critico.

Implicitamente critica, invece, è la seconda parte dell'osservazione e fra poco dirò perché. Prima, però, devo confessare che il mio debito nei confronti del pensiero giuridico dell'illuminismo, nelle sue varie articolazioni (ché Beccaria — ovviamente — non è affatto Muratori) è in effetti scoperto. E lo è tanto che avrei potuto mettere in esergo alle mie pagine non pochi *dicta* dell'uno e dell'altro di questi due straordinari classici.

Così, quando Muratori, nella *Dedica* che precede il *Dei difetti della giurisprudenza*, scrive che « non manca mai gente, che avvezza a vedere il mondo da tanti secoli zoppicante, tale sempre il vorrebbe »<sup>(1)</sup>, fa valere quello che a torto è stato inteso come l'ottimismo della ragione illuministica, ma che meglio dovrebbe dirsi l'impegno civile dell'illuminismo, il quale, per quanto consapevole della difficoltà, se non dell'impossibilità, del compito, s'è sempre risolto almeno a *cercare*, nei limiti delle povere forze di ciascuno, di migliorar l'esistente, non solo di criticarlo. Un impegno che condivido, sebbene non mi sia affatto chiaro quanto mi riesca di onorarlo.

Ancora. Quando sempre Muratori, nel *Della pubblica felicità*, collega la nascita del diritto all'esigenza dell'ordine e dice che è proprio « questo ordine » che « porta il nome di giusto, onesto, decoro, dovere ed altri simili »<sup>(2)</sup>, prospetta un argomentare logico nel quale con facilità mi riconosco.

Infine, quando Beccaria, nel *Dei delitti e delle pene*, con accenti hobbesiani, afferma esser le leggi « le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla », ed esser le pene lo strumento atto « a distogliere

---

(1) L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia, Pasquali, 1745, s.p., ma VI.

(2) L.A. MURATORI, *Della pubblica felicità, oggetto de' buoni principi*, Lucca, s. ed., 1749, p. 91.

il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società»<sup>(3)</sup>, disegna i tratti di un passaggio dal chaos all'ordine che largamente leggo nei medesimi termini.

Il punto più interessante, però, è perché Sordi tenga a sottolineare il mio debito nei confronti del pensiero giuridico dell'illuminismo. Suppongo che lo si debba alla diffidenza per quel movimento (politico e) di pensiero che fu propria di Paolo Grossi, Maestro<sup>(4)</sup> della scuola fiorentina cui Bernardo Sordi appartiene. Giuseppe Morbidelli ha di recente messo in dubbio l'antilluminismo di Grossi<sup>(5)</sup>: personalmente ne ravviso tali e tante testimonianze che non mi sembra possibile parlare di un fraintendimento dovuto al suo gusto pel paradosso, ma anche a voler contestare che di un suo vero e proprio antilluminismo possa parlarsi, almeno la sua diffidenza non si vorrà negare. E nemmeno questa diffidenza mi convince. La questione è importante per almeno due ragioni: il rapporto fra illuminismo e costituzionalismo; la concezione della giurisdizione (e più in generale dell'interpretazione). Vediamo.

Il legame fra costituzionalismo e illuminismo è genetico e logico. Per quanto si possa parlare di un *protocostituzionalismo*, leggibile nelle riflessioni del pensiero antico sulle forme di governo e — specie nello stoicismo — sul pregio incompressibile della persona umana, e di un *precostituzionalismo*, leggibile nelle riflessioni dei giuristi medievali sulla tirannide e sulla sovranità, così come in quelle dei monarcomachi sul potere legittimo e sul diritto di resistenza), il *costituzionalismo* è storicamente legato a quella piena modernità entro la quale l'illuminismo ha elevato la propria pretesa egemonica. Sono le esigenze economiche di un sistema capitalistico in fase di lancio, quelle politiche della sempre più forte borghesia produttiva, quelle culturali di un ripensamento garantista dell'articolazione del potere, a sollecitare l'avvento di un movimento come il costituzionalismo, anch'esso (non casualmente) allo stesso tempo politico e di pensiero. Il suo stesso nome quel movimento lo deve alla *lotta* per la costituzione, intesa non già come una fonte del diritto come le altre, ma come una vera e propria formalizzazione del patto fondativo della comunità politica, patto fondativo atto a garantire condizioni di libertà ed eguaglianza per tutti i paciscenti. Il propellente erano le forze economiche, politiche e culturali cui s'è fatto cenno, ma

---

(3) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. riv., Londra, Società dei Filosofi, 1774, p. 5.

(4) Confido che l'Amico e — appunto — Maestro vorrebbe perdonarmi. Chi ha avuto modo di conoscerlo sa quanto si schermisse, dicendo d'essere maestro, sì, ma di scuola elementare.

(5) G. MORBIDELLI, *Le radici del pensiero giuridico di Paolo Grossi*, in corso di pubblicazione, p. 54, nt. 91, del dattiloscritto cortesemente anticipatomi dall'Autore.

pesava anche l'idea che gli esseri umani andassero considerati padroni del proprio destino e che dovesse essere loro consentito cambiare il mondo avuto in sorte, plasmato da condizioni naturali o sociali ritenute immeritevoli d'essere passivamente subite. Di qui l'importanza dei momenti fondativi dei nuovi ordini costituzionali, che Sordi stesso giustamente richiama citando un recente volume di Richard Bense, dove fra l'altro si legge: « A modern founding is [...] the event following a revolution in which a constitutional assembly enacts that will in the form of a new social contract, a social contract that we commonly call a constitution » (6). Una costituzione, appunto.

La ragione della tanto criticata fede illuministica nella legge (ma prima ancora nella costituzione!) sta tutta qui. È la legge che consente di coltivare l'aspirazione al cambiamento; è la legge che permette di incidere nei rapporti sociali; è la legge che può farsi strumento di una volontà progettuale volta al futuro. L'elemento in parte utopico di questa concezione è evidente, così come ne è evidente anche l'elemento ideologico: pensare che basti legiferare per cambiare è ingenuo, così come è ingenuo pensare che dietro questo apparato ideologico non si celi l'opposta spinta a fare della legge uno strumento di cambiamento solo *statu nascenti*, per trasformarla subito dopo in strumento di conservazione e di mantenimento dei rapporti di forza instauratisi a seguito del primo conato rivoluzionario. Eppure, sebbene tutto questo sia agevole da capire, resta il fatto che, nella dimensione del diritto, non si danno strumenti diversi dalla legge (e prima ancora, ripeto, dalla costituzione) per consentire agli uomini di non chinarsi al fato.

L'obiezione è che questa idea sarebbe pronuba di un governo autoritario o comunque non democratico della comunità politica. Per i liberisti, infatti, la legge segnerebbe un inaccettabile primato della politica sull'economia, distruttivo della benefica *mano invisibile* del mercato. Per i comunitaristi la legge comprimerebbe la ricchezza naturale della società, mortificandone la capacità di autoregolazione. Sordi trova sorprendente che io abbia posto l'uno accanto all'altro i nomi di Hayek e di Grossi, così diversi nella valutazione del liberismo, ma le loro preoccupazioni nei confronti della legge e del governo *politico* della società sono esattamente le medesime, per quanto diverse — se non addirittura opposte — siano le premesse culturali dalle quali prendono le mosse e le preoccupazioni che li turbano. Nelle mie pagine non v'è nulla di più che un tentativo di difendere la dignità della legge quale strumento giuridico principe della politica, e dunque un tentativo di difendere (sferzandola) la politica: la libertà politica non si accontenta della subordinazione alle leggi del mercato né si esaurisce nella

---

(6) R.F. BENSEL, *The Founding of Modern States*, Cambridge et alii loci, Cambridge Univ. Press, 2022, p. 4.

partecipazione al claudicante pluralismo sociale dei giorni nostri, che tutto è tranne che il luogo di una democratica e autonoma interlocuzione fra eguali (7).

L'implicita perplessità di Sordi nei confronti dell'illuminismo conduce poi a un altro scetticismo, che investe la posizione della giurisdizione nel sistema dei poteri e la stessa teoria dell'interpretazione. Due dei miei tre interlocutori (Vittoria Barsotti e Bernardo Sordi) si sono soffermati su questo profilo, sicché è bene dirne a parte. Non senza prima aver precisato, tuttavia, che il mio intento non era certo soltanto quello di (provare a dire perché) tenere *al suo posto* (costituzionale, si badi!) la giurisdizione (che, insisto, può conservare l'elevatissima posizione che una corretta divisione dei poteri le assegna solo a condizione di rifuggire dalle tentazioni di onnipotenza), ma anche e soprattutto quello di confinarvi il potere esecutivo e di rimettervi quello legislativo-rappresentativo, restaurandone le prerogative. La questione, in generale, è per me quella della divisione dei poteri nel suo complesso e prima ancora quella dell'ordine. Che mi sia riuscito di tracciare « la mappa del disordine e degli sconfinamenti tra i poteri dello Stato che si sono manifestati e seguitano a manifestarsi nel passaggio storico tra lo Stato di diritto e lo Stato costituzionale », come generosamente ritiene Enzo Cheli, è a dir poco dubbio, ma non è dubbio che il mio intento sia stato quello di mettere in luce il disordine e di richiamare le ragioni profonde dell'aspirazione all'ordine. E, poiché l'ordine giuridico non può non risolversi in certezza del diritto, l'intenzione è stata all'un tempo quella di contestare la sempre più frequente arrendevolezza della scienza giuridica al disordine e la sua sostanziale rinuncia all'erogazione delle prestazioni di certezza che dovrebbero esserle tipicamente proprie. Scriveva sempre Muratori, riprendendo un luogo già allora abbastanza comune, che noi italiani siamo, volontariamente, i peggiori nemici di noi stessi (« Vincimur quidem nos Itali volentes ») (8). Vero o no che sia, a me sembra che vero lo diventi se applichiamo la frase alla scienza giuridica, che in molti casi si è autolesionisticamente sottratta alla funzione sistemica che le sarebbe propria e che sola — invece — ne giustifica l'esistenza.

## 2. *La questione specifica della giurisdizione.*

Sulla questione della giurisdizione sia Vittoria Barsotti che Bernardo Sordi seguono piste diverse dalla mia, mettendo sostanzialmente

---

(7) Ho cercato di motivarlo, da ultimo, in M. LUCIANI, *La Costituzione e il pluralismo*, in *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei*, a cura di P. Cappellini e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 197 e ss.

(8) L.A. MURATORI, *De Graecae linguae usu et praestantia*, parz. pubbl. in *Opere*, a cura di G. Falco e F. Forti, Milano — Napoli, Ricciardi, s.d., I, p. 48.

in dubbio la nettezza della distinzione fra legislazione e giurisdizione. Sebbene né l'una né l'altro lo dicano espressamente, mi sembra che entrambi neghino che l'interpretazione sia attività cognitiva e che gli enunciati dell'interprete siano aletici. Quanto meno — se ben comprendo — cognitività e aleticità sarebbero da escludere in non pochi casi.

2.1. A questo proposito, Barsotti richiama Hart e la sua distinzione fra nucleo e alone, *penumbra*, delle parole del legislatore, nelle quali, secondo quest'ultimo, si può sempre registrare una « incertezza ai margini » (9). Si tratta per vero — come già tempo addietro mi era capitato di osservare — di una concettuologia la cui risalente genesi Hart non si preoccupò di ricordare, ma che era stata introdotta già all'inizio del Novecento da Georg Wurzel (10) e poi diffusa nella scienza giuridica continentale (che gli anglosassoni ignorano assai più di quanto noi ignoriamo la loro) tramite la distinzione proposta da Philipp Heck tra *Begriffskern* e *Begriffshof* delle norme (11). In ogni caso, se retta-mente intesa, questa distinzione non dovrebbe affatto mettere in dubbio la natura cognitiva dell'interpretazione (e quindi della giurisdizione/interpretazione).

In un saggio inizialmente non destinato alla pubblicazione, ma poi apparso sulla *Harvard Law Review* del 2013, Hart imposta la questione nella prospettiva della discrezionalità. Quella giudiziale, in particolare, sarebbe in parte esplicita, specie nei casi di « application of standards »; « discretionary remedies »; « sentencing in criminal cases » (12). E in parte sarebbe implicita (« tacit or disguised »), in particolare nei *borderline cases*, uno dei quali è — notoriamente e paradigmaticamente — quello della bicicletta o dell'auto giocattolo a motore condotte in un parco, caso da vagliare a fronte della norma che recita « No vehicles are to be taken into the park » (13). È chiaro che la prima forma di discrezionalità non pone alcun problema, perché si tratta di un'attribuzione di potere decisionale fatta dal legislatore che non involge problemi di interpretazione, mentre è sulla seconda che è bene soffermarsi.

Per Hart c'è discrezionalità quando ci troviamo in una posizione intermedia fra l'assoluto arbitrio e la coazione, cioè quando la scelta che

---

(9) H.L.A. HART, *The Concept of Law*, London, Oxford Univ. Press, 1961, trad. it. di M.A. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, p. 150.

(10) G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien, Deuticke, 1904, p. 41.

(11) P. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, Mohr, 1932, p. 52.

(12) H.L.A. HART, *Discretion*, in « Harv. L. Rev. », 127 (2013), p. 655. La terza ipotesi è ovviamente inquietante, ma penso debba intendersi riferita alla determinazione della pena.

(13) Ivi, p. 662.

facciamo non è dovuta « to personal whim or desires », ma nemmeno a princìpi che siano « clear, determinate, highly specific » e che « uniquely determine the particular thing we have to do » (14). A dire il vero, la sua posizione non è chiarissima, perché subito dopo afferma che c'è discrezionalità quando « there remains a choice to be made by the person to whom the discretion is authorized which is not determined by principles which may be formulated beforehand, although the factors which we must take into account and conscientiously weigh may themselves be identifiable » (15), il che pone il serio problema di capire che differenza ci sia fra « princìpi formulati prima [si badi] » e « fattori identificabili [si badi] da soppesare ». Trascuriamo, però, questo pur significativo nodo problematico e attestiamoci sull'idea che di fronte alla norma che proibisce di introdurre veicoli in un parco l'interprete sia nella condizione di scoprirsi titolare di un potere discrezionale. A me sembra che si debbano osservare due cose.

i) Potere discrezionale non è potere creativo di norme, sicché quand'anche l'interprete/giudice godesse di discrezionalità non per questo verrebbe meno la distinzione fra legislazione e giurisdizione.

ii) La discrezionalità è da Hart riconnessa a un difetto di certezza sui casi della vita e a un'incertezza sui fini perseguiti dalla norma da applicare. Ebbene: la prima è pacifica, perché nessun legislatore che non sia divino può prevedere la ricca varietà dei casi futuri. La seconda, invece, è meramente apparente e la si lamenta soltanto perché l'identificazione dello scopo può essere particolarmente complessa. In nessun caso, però, difettano all'interprete (in particolare all'interprete/giudice) gli strumenti per l'accertamento obiettivo (cognitivo) dello scopo, che sono quelli elaborati dalla plurimillenaria tradizione del pensiero giuridico occidentale (si badi: a essere cognitive non sono solo le attività logico-deduttive). Difficoltà, dunque, non è apertura alla creatività e nemmeno alla discrezionalità.

La questione, in definitiva, si risolve nella difficoltà di sussunzione di una fattispecie concreta (poniamo: la conduzione della bicicletta in un parco) in una fattispecie astratta (poniamo: il divieto di introdurre veicoli in un parco), ma questa è esattamente la tradizionale difficoltà di qualunque interprete anche per la teoria cognitiva dell'interpretazione. Dice però Barsotti, invocando l'autorità di Paolo Grossi, che « quando il diritto incontra l'incandescenza dei fatti » si può anche ricorrere alla fantasia ». Ora, così come l'Amico e Maestro scomparso confessava d'aver « sempre letto con uno sgomento profondo » la considerazione di Calamandrei che al giurista non sarebbe consentito permettersi il

---

(14) Ivi, p. 658.

(15) Ivi, p. 661.

lusso della fantasia <sup>(16)</sup>, io non posso non confessare che provo il medesimo sgomento quando leggo che la fantasia sarebbe consentita non solo all'innocuo giurista teorico, ma al giudice. Se la fantasia è intesa come « sostegno essenziale d'ogni capacità creativa » <sup>(17)</sup>, l'ultima cosa che si deve chiedere al giudice è di coltivarla, ché il giudice non può e non deve essere creatore d'alcunché. Per intendere perché sia altamente sconsigliabile sollecitare il giudice a dedicarsi a esercizi di fantasia credo basti essere entrati qualche volta in un'aula giudiziaria: allora sì che si avverte, con profonda, direi quasi dolorosa, urgenza, quell'esigenza di una certezza che di sponsali con la fantasia non ha alcun bisogno <sup>(18)</sup>.

2.2. Bernardo Sordi, a sua volta, svolge considerazioni di sistema sulla dinamica dell'ordinamento e sulla struttura logica dell'attività interpretativa che — credo — hanno avuto implicita risposta nelle considerazioni che precedono. Mi limito, allora, a soffermarmi su una sua notazione.

Sordi evoca una nota frase di Mortara, rinvenibile nel colossale *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*: « mentre la legge rappresenta la *statica* del diritto obiettivo, la giurisprudenza ne costituisce la *dinamica* » <sup>(19)</sup>. Frase ricordata perché — dice Sordi — « la dinamica dell'ordinamento richiede sempre un certo grado di *interpositio auctoritatis* », sì che « la norma individuale del caso concreto non è già comunque e per intero prefigurata nella norma generale che il giudice è chiamato ad applicare ».

Ebbene, a me sembra che quella frase meriterebbe d'essere ripensata. Non solo perché, concettualmente, tanto la legge quanto la sentenza appartengono sia alla dinamica (nel momento in cui vi sono

<sup>(16)</sup> P. GROSSI, *La fantasia nel diritto*, in « Quaderni fiorentini », 15 (1986), p. 589.

<sup>(17)</sup> Ivi, p. 592.

<sup>(18)</sup> Su un'altra parte del ragionamento di Vittoria Barsotti, relativo al diverso atteggiamento dei giuristi di *civil law* e di quelli di *common law* quanto alla teoria dell'interpretazione e alla concezione della giurisdizione non posso dire granché (oltre quanto ho osservato nel testo sulla posizione di Hart) nel limitato spazio concesso a queste brevi note. Sottolineo solo due punti:

i) il dato ordinamentale del maggiore o minore spazio assegnato alla giurisdizione non è concettualmente significativo quanto al tema della sua subordinazione o meno alla legislazione (l'uno è un profilo quantitativo, l'altro qualitativo);

ii) la giurisprudenza inglese è fra quelle che maggiormente insistono sul vincolo del giudice al testo della legge;

iii) tradizionalmente il vincolo alla legge è stato limitato a causa della morigeratezza del legislatore inglese, ma ormai da molti anni le cose sono cambiate.

<sup>(19)</sup> L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, Vallardi, s.d., I, p. 86.

immesse) che alla statica (allorché ormai ne fanno parte) dell'ordinamento. Ma anche e soprattutto perché essa è stata scritta nel contesto di un'esperienza ordinamentale assai diversa da quella (calamitosa) attuale. Quando Mortara la scriveva la legge era sì un punto fermo, un elemento dell'ordinamento tendenzialmente stabile, non soggetto alla quotidiana variabilità, mentre la giurisprudenza poteva continuamente mutare (anche se, pure qui, sarebbe da dire che mutava assai poco e assai lentamente). Chi si sentirebbe, oggi, di dirlo? Proprio perché la legislazione non ha rioccupato il *suo posto*, parlare adesso di staticità della legge pare francamente avventato: il povero giurista positivo sa bene che quel che ha studiato al mattino potrebbe non servirgli più alla sera, sicché contrapporre legislazione e giurisdizione pel profilo della stabilità s'è fatto esercizio assai difficile.

Più ancora, però, mi interessa osservare un'altra cosa, perché considero Lodovico Mortara un saldissimo punto di riferimento.

Il pensiero di Mortara sul rapporto fra legislazione e giurisdizione è complesso. Per un verso, la giurisprudenza « evolve lentamente nel senso medesimo delle civili relazioni fra gli uomini »<sup>(20)</sup>; l'attività del giudice non è semplice esecuzione, ma applicazione della legge, e questa « ha luogo mediante un processo complicato di determinazione e interpretazione delle norme giuridiche che hanno attinenza al caso o al fatto particolare venuto in esame »<sup>(21)</sup>; « la dipendenza della volontà del giudice da quella del legislatore può essere appena relativa »<sup>(22)</sup>. Per l'altro, però, il legislatore ha sempre la facoltà di riportare la giurisdizione all'ordine mercé le leggi di interpretazione autentica (istituto « accettato nel diritto pubblico di tutti gli stati liberi »)<sup>(23)</sup>; a presidio del « principio della divisione dei poteri nello stato libero » sta la Corte di cassazione<sup>(24)</sup>; in ogni caso, occorre prevenire « il pericolo di una sopraffazione della volontà della legge per parte del magistrato »<sup>(25)</sup>.

Mortara, come si vede, considera realisticamente il rapporto legislatore-giudice, ma non esita a insistere sulla certezza del diritto<sup>(26)</sup>, impone al giudice di investigare sempre la volontà del legislatore e, comunque, non mette in dubbio la soggezione assoluta del giudice al testo quando le sue parole « sono assolutamente chiare come espressione di una volontà determinata », perché la giurisdizione è « una

(20) MORTARA, *Commentario*, cit., I, p. 86.

(21) *Ivi*, I, p. 76.

(22) *Ivi*, I, p. 77.

(23) *Ibidem*.

(24) *Ivi*, I, p. 82.

(25) *Ivi*, I, p. 77.

(26) *Ivi*, I, p. 80.

funzione che prosegue ed integra la volontà della legge, assicurandone l'adempimento; e quindi non può alterarla, né surrogarla con una volontà evidentemente diversa » (27).

Quel che più conta, però, è come Mortara abbia concretamente interpretato il ruolo della giurisdizione quando è stato chiamato ad amministrarla. Ho già in molteplici occasioni ricordato ch'egli, dopo la storica sentenza (da lui redatta) della Corte d'appello di Ancona (da lui presieduta), con la quale, nei primi anni del Novecento, si riconosceva il diritto di voto politico alle donne (su azione delle famose « maestre di Senigallia ») (28), concesse un'intervista a *Il Giornale d'Italia* (29). Al giornalista che, sconcertato e stupito, gli chiedeva cosa gli fosse mai passato per la testa, egli confessò d'essere sulla questione (così il felice sottotitolo dell'intervista, che ne condensava il pensiero) « personalmente contrario », ma « giuridicamente favorevole ». Aveva deciso come aveva deciso perché lo Statuto parlava di « regnicoli » e il testo (il testo!) doveva essere rispettato, in quanto « regnicoli » non potevano che essere tanto gli uomini quanto le donne (che, pure, Mortara riteneva inadatte a occuparsi di politica). Proprio grazie al rigore dell'interpretazione testuale, alla formalistica esegesi del testo normativo, alla freddezza del giurista spogliatosi dei propri panni (convincimenti) politici per vestirsi di quelli curiali, era stato possibile raggiungere un risultato eccezionale, che la Corte di cassazione avrebbe rovesciato con una sentenza perfettamente « adeguata al caso » (cioè, in realtà, al pregiudizio maschilista della classe dirigente del tempo). Credo sia un episodio che meriterebbe d'essere meditato attentamente da coloro che vorrebbero dei giudici sempre sensibili alle esigenze (e quali mai, poi?) del caso scrutinato. Essi, in genere, sostengono questa posizione perché la sensibilità al caso sarebbe necessaria per assicurare il « progresso » del diritto, ma in questa vicenda, se per « progresso » è da intendere l'anticipazione dello spirito dei tempi, non la Cassazione, non la sostanzialistica Cassazione, ma la formalistica Corte d'appello di Ancona fu « progressista ». Né basta: indicare la direzione del progresso è scelta quant'altre mai politica e nessuno ha mai spiegato quale principio legittimante autorizzi un giudice professionale a prenderla. Se posso aggiungere una notazione privata: non per capriccio — oso pensare — la prima pagina del giornale su cui comparve quell'intervista sta alle mie spalle, incorniciata e a mo' di monito, quando siedo alla scrivania.

(27) Ivi, I, p. 89.

(28) P. CURZIO, *Le maestre di Senigallia*, in « *Questione giustizia* », 2016, 4. Per una ricostruzione a più voci della vicenda, v. i contributi raccolti in *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocatura italiana*, a cura di N. Sbrano, Bologna, il Mulino, 2004.

(29) *Il voto politico alle donne*, ne « *Il Giornale d'Italia* » del 1° agosto 1906.

### 3. *Una considerazione (provvisoriamente) conclusiva.*

Essere letti da studiosi del calibro di Enzo Cheli, Vittoria Barsotti e Bernardo Sordi è motivo di grata soddisfazione. Essere da loro commentati è motivo di onore (e di preoccupazione...). Averne la possibilità di replicare pubblicamente è motivo di appagamento. Non siamo d'accordo, è evidente, o almeno non siamo d'accordo su alcune questioni fondamentali della scienza giuridica. Credo, però, che — come è naturale che avvenga quando si riflette assieme — le ragioni di disaccordo siano emerse più nettamente di quelle di sintonia. Che, invece, ci sono e sono profonde.

Comune, invero, mi sembra la preoccupazione per la condizione attuale del nostro sistema costituzionale, eroso alle sue fondamenta da quelle « alterazioni » che nel mio libro ho cercato di descrivere, ancorché solo esemplificativamente. Enzo Cheli, in un suo recente contributo, che ha riscosso molta attenzione in dottrina e nel dibattito pubblico, ha scritto che il nostro modello costituzionale « si è dimostrato sinora efficiente, grazie anche alla sua notevole capacità di adattamento »<sup>(30)</sup>, precisando che le riforme costituzionali non possono rimediare, di per sé, alle « disfunzioni in atto nel sistema politico »<sup>(31)</sup> e che servirebbe una « rigenerazione delle prassi in uso nella sfera politica »<sup>(32)</sup>. Condivido appieno queste considerazioni. Che peraltro mi sollecitano una provvisoriamente conclusiva considerazione.

I partecipanti a questo dibattito sono animati da un comune sentimento di fedeltà alla Costituzione e ai valori cui essa si è ispirata. Tutti avvertono quanto siano gravi le distorsioni che hanno deviato il percorso del potere legislativo e del potere esecutivo, mentre non tutti leggono con la medesima preoccupazione quelle che hanno modificato la posizione del potere giudiziario. È mio profondo convincimento, espresso più e più volte, che proprio ribadendone i limiti il giudiziario venga rafforzato nella sua autonomia e indipendenza, ponendolo al riparo dagli strumentali attacchi che gli vengono da una politica sempre meno sorvegliata e sempre più povera di senso delle istituzioni. Gli amici coi quali adesso ho dialogato non la pensano così, ma vorrei dire questo. Qualche anno fa Paolo Grossi mi inviò uno dei suoi libri accompagnandolo con un bigliettino nel quale mi chiedeva chi di noi due si sarebbe « convertito » prima. Non l'ha fatto — ovviamente — nessuno dei due, e credo che nessuno (che si trovi su questa terra o altrove) lo farà oggi. Ma allora, così come oggi, abbiamo liberamente

---

(30) E. CHELI, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, il Mulino, 2023, p. 11.

(31) Ivi, p. 117.

(32) Ivi, p. 118.

discusso e discutendo, quanto meno, abbiám fatto maggiore chiarezza (spero di non essere presuntuoso se lo dico) nelle nostre idee. E, poiché alla necessità di schiarimenti non v'è limite, la discussione non finirà certo qui, anche perché il dialogo costruttivo ci serve per guardare con qualche preoccupazione di meno alle brutture del presente.