

Romano Ferrari Zumbini

Note a margine del libro Tra norma e vita

(doi: 10.1411/90158)

Le Carte e la Storia (ISSN 1123-5624)

Fascicolo 1, giugno 2018

Ente di afferenza:

Polo Bibliotecario Parlamentare (camera)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Note a margine del libro *Tra norma e vita**

di Romano Ferrari Zumbini

Ringrazio il presidente del Senato, Pietro Grasso, per l'ospitalità e le generose parole di saluto rivoltemi; ringrazio il segretario generale, Elisabetta Serafin, per l'organizzazione di oggi e il supporto ai miei studi nel corso degli anni; ringrazio i presenti per l'attenzione.

Ringrazio il presidente Zanon e gli autorevoli relatori – Luigi Lacchè, Andrea Manzella e Guido Melis – per i preziosi stimoli offerti, dei quali ovviamente farò tesoro.

Mi fa molto piacere che Luigi Lacchè abbia colto una linea di continuità fra la precedente monografia e questa, attraverso il ricorso in entrambi i titoli all'avverbio “*tra*” (nel 2008 “*Tra* idealità e ideologia” e nel 2016 “*Tra* norma e vita”). Effettivamente indica il mio sforzo di intercettare quel che si svolge nella dinamica giuridica, che non è mai una dimensione assoluta, bensì una dimensione strumentale (o direbbe taluno, sovrastrutturale). Apprezzo altresì di Luigi Lacchè l'aver evidenziato la mia aspirazione a superare la serie amplissima dei luoghi comuni infondati, perché ripetuti tralaticciamente, senza una verifica del fondamento fattuale.

Resto piacevolmente colpito, direi quasi turbato, dagli apprezzamenti di Guido Melis sul metodo; in effetti, questo era uno dei miei intenti: riflettere sulle vicende fondanti della comunità costituzionale, che si sono talora espanse sino al presente, analizzandole per quello che esse effettivamente furono, sia nella genesi che nello sviluppo ulteriore. Per quanto banale possa a prima vista apparire, mi sono avvalso delle fonti dirette (*in primis*, degli Atti parlamentari). Il metodo adottato esprime il disagio di fronte a opere che racchiudono 50 o 100 anni di vicende costituzionali in poco più di 150 pagine.

Del pari, Andrea Manzella intesse da par suo un fitto reticolo di parallelismi fra l'agone politico di allora e quello di oggi; e ben a ragione. Del resto, l'animo umano sempre quello è, con il suo dispiegarsi a fisarmonica, fra squisita generosità e gretta meschinità. Quel che differisce, invece – e profondamente rispetto ad allora – è il telaio costituzionale. Quindi è proprio la costante dei comportamenti umani che permette di meglio intercettare il diverso impatto che sulla politica delle istituzioni hanno la rigidità costituzionale ovvero la mobilità. Quella mobilità, che implica l'accettazione della spontaneità come fonte legittimata dal presupposto della condivisione. Va chiarito che non ogni iniziativa sorta in quegli anni assurde al rango di istituto o soggetto costituzionale – come avvenne invece per il voto di fiducia al governo –; di fronte alle tribune per il pubblico nelle Aule, evocate da Andrea

*Replica dell'autore alla presentazione del suo libro, *Tra Norma e vita. Il mosaico costituzionale a Torino 1846-1849* (Roma, Luiss University Press, 2016), il 25 maggio 2017 a Palazzo Giustiniani.

Manzella, non vi era condivisione fra i *players* istituzionali: pertanto esse vennero collocate ai margini della vita istituzionale. Solo le iniziative condivise assunsero nell'empireo della costituzionalità (come nel caso del decreto-legge e del discorso programmatico dei neogoverni).

Rispondo al quesito postomi da Nicolò Zanon, ricordando a me stesso che il ruolo della consuetudine nell'odierno contesto rigido assume per lo più a presupposto la norma scritta (è il caso dell'interpretazione data dai vari presidenti al ruolo del Capo dello Stato, ad es.). Quindi, cronologicamente è la norma scritta a precedere la vita normativa della consuetudine: un po' come il muro che precede la crescita dell'edera. In parole povere: è nato prima l'art. 87 e solo dopo è stato eletto il primo presidente e quindi, da allora, si sono forgiate le conseguenti consuetudini. Invece, in contesto mobile si prende atto che la consuetudine autonomamente concorre, al pari della norma scritta e della formazione spontanea, a creare il diritto. Ben comprendo l'imbarazzo che può nascere dall'ammettere la spontaneità come fonte, ma come inquadrare concettualmente la pluralità di istituti nati in assenza di fonte formale di produzione? Non si può infatti ricorrere alla consuetudine, che – come dottrina pressoché unanime sostiene – presuppone la reiterazione nel tempo, quale invece non si ravvisa nella nascita istantanea di figure o istituti costituzionali: come fu, ad esempio, per il presidente del Consiglio e l'*interim*.

Oltretutto, come legittimare altrimenti, se non in un contesto di mobilità costituzionale, la convalida di un senatore nominato senza il requisito dell'età minima? Ciò avvenne nel Senato del 1848, che ne approvò l'ingresso in Aula, ma sospendendone il diritto di voto sino al compimento della prescritta età. Solo in un contesto connotato da una costituzione minimalista e implementato dalla spontaneità ciò sarebbe stato possibile. E mi chiedo se invece un'elezione di *infra*-quarantenne, oggi, non determinerebbe un annullamento senza appello per violazione della Costituzione. E ulteriormente mi chiedo quale delle due soluzioni sia più vicina al sentire odierno.

Confesso che ascoltando e recependo quelle suggestioni, imperniate tutte sull'asse rotazionale del tempo nel diritto o forse meglio dello spazio da dare alla norma scritta nel tempo, mi è sorto spontaneo il quesito “dove mi sarei schierato se fossi vissuto nel 1814?” Ebbene mi sarei schierato con Savigny e contro Thibaut; con la Scuola storica e non con la codificazione; per una soluzione romantica e non per una illuministica. Insomma, nel *Kodifikationsstreit* mi sarei schierato per la valorizzazione del *Volksgeist*.

Se fossi invece vissuto nella seconda metà dell'Ottocento mi sarei schierato con l'università (e con la magistratura, i cui esponenti erano ovviamente allievi di quei professori) che respingevano l'idea di un codice civile; quindi non mi sarei schierato con l'imprenditoria (che era a sua volta assecondata dalla politica).

All'indomani del 1° gennaio del 1900 mi sarei schierato con la Scuola del diritto libero (versione novecentesca della Scuola storica), ancorché sia stata, indirettamente, foriera talora di una giurisprudenza bizzarra e bislacca pur di sabotare il codice civile (come nel caso di un testamento che fu annullato giacché la *sottoscrizione* – requisito fissato dal codice – non era stata posta *sotto*, bensì solo a margine del documento).

Ma se fossi vissuto nel 1935 avrei ribaltato la mia posizione di fronte alla strumentalizzazione perversa del concetto di *Volksgeist*, operata con sapiente perfidia dal nazismo. Fu infatti manipolato l'articolo 2 del codice penale riformulandolo: era stato introdotto un richiamo sì, al *Volksgeist*, ma non a tutela dei valori liberali, come era stato sino ad allora,

bensì per legittimare il giudice nel condannare in assenza di fattispecie incriminatrice. Ciò è tanto più grave, se si tiene conto che proprio la Germania era stata la terra del razionalismo penalistico settecentesco, tramite le intuizioni e gli approfondimenti di un Pufendorf e di un Thomasius, i quali avevano perfezionato il principio di legalità e il principio di tassatività della fattispecie penale. Il diabolico ricorso, volutamente generico, al *gesunder Volksgeist* distrusse, quindi, il *nulla poena sine lege*, ribaltandolo nell'inquietante *nulla lege sine poena*. Tutti conosciamo i drammatici filmati dei processi (ai congiurati del 20 luglio '44, e non solo) gestiti dal terribile Freißler, oltretutto giudice monocratico. Ebbene, a fronte di tale manipolazione non avrei potuto, per la prima volta, non aderire ai dettami e alle indubie garanzie del normativismo. Così si comportarono con impeccabile onestà intellettuale numerosi esponenti della Scuola del diritto libero, che si convertirono alle geometriche certezze del normativismo.

Le radici del legittimo e condivisibile successo del modello di costituzionalismo rigido nel secondo dopoguerra, dopo il 1945, risiedono in gran parte in ciò. Ecco quindi spiegata l'emozione che generò una relazione ai Lincei a Roma, nella storica Farnesina, da parte di Kelsen ai primi degli anni '50, quale mi fu evocata quando ero studente, da un professore, che all'epoca dei fatti era un giovane costituzionalista.

Ebbene da quella lezione di Kelsen sono passati oltre sessant'anni e questo libro si pone di fronte al quesito se in una società che si suole descrivere come liquida non siano emersi fattori di superamento di quel contesto rigido. La risposta del libro è affermativa; e i contenuti di quella risposta si strutturano nel solco della lezione di Paolo Grossi sulla post-modernità. Solo infrangendo il ferreo binomio "diritto = norma scritta" sarà possibile tornare a legare la percezione del giuridico con il sentire comune e questo libro tenta di intercettare i modi di emersione del giuridico oltrepassando le colonne d'Ercole tradizionali delle fonti di produzione del diritto scritto, da un lato, e della consuetudine, dell'altro.

La risposta che il libro fornisce è anormativista (da tener, a sua volta, distinta dall'anomia). Il rigido statalismo tardo-illuministico e la conseguente rigidità hanno di molto attenuato le loro spinte propulsive. Bisogna chiedersi se cioè non si stia scivolando dalla certezza del diritto al vuoto di certezza. Se un tempo la Costituzione rigida era in grado di stabilizzare, ora ci si chiede se invece non inizi ad essere un fattore di irrigidimento.

Nel breve arco di tempo che analizzo sorsero per partenogenesi, in assenza cioè di fonte formale di produzione e su base spontanea, cioè in modo condiviso, il controllo diffuso sulla magistratura; il voto di sfiducia al governo e pure a un singolo ministro; il decreto legislativo; il rapporto fiduciario tra Governo e Parlamento; il Consiglio dei ministri (e non solo).

La spontaneità, ossia la germinazione istantanea di norme e istituti, emerge quindi come una fonte che incoraggia, per dirla con Paolo Grossi, ad abbandonare le mitologie moderne e, quindi, il monolitismo della legge, i suoi pietrificati dogmi. Il monopolio della norma scritta offre un appiglio apparentemente sicuro, ma il quotidiano ci indica che è una realtà, quella normativista, ormai ingannevole, giacché non regge alle sfide della società contemporanea.

La spontaneità – e non sta a me dire se applicabile anche alla dimensione costituzionale contemporanea – ci conduce nel post-moderno con la riscoperta della prismaticità del pluralismo giuridico. Infatti, la spontaneità ci aiuta a superare la unidimensionalità del dato normativo scritto; ci aiuta a superare un'ossessione monopolizzante; ci aiuta a recuperare

la complessità della società di oggi. In sintesi, la spontaneità ci aiuta ad avvicinare il giuridico al sentimento comune; fattori, questi, che hanno intrapreso cammini divergenti, percorrendo strade viepiù divaricate.

Con la globalizzazione si sono ristrette le categorie spazio-temporali. Ebbene, poniamo che ciò sia un beneficio, ma resta non chiara l'essenza più intima della norma: non è più comando, d'accordo, ma non è ancora condivisione. Valorizzare la spontaneità può forse favorire l'affermarsi di una nuova percezione della norma, fondata sul requisito della condivisione.

Il giuridico non si esaurisce nel dato normativo scritto; il giuridico viene intercettato attingendo anche ai valori e alle sensibilità, ai sentimenti profondi della società, come pure alla forza normativa delle circostanze. Vi sono, quindi, le premesse per arginare un debordante positivismo e proprio le dinamiche della società contemporanea, quelle dinamiche che la rigidità fatica ad intercettare, spingono verso la mobilità costituzionale, intesa come sommatoria delle categorie di duttilità, di elasticità e di flessibilità. Solo liberando il giuridico da certo riduzionismo moderno e quindi accedendo al post-moderno sarà possibile emanciparsi dalla condizione di *servi legum*.

Si fa un gran parlare di semplificazione ma non ci si può illudere di realizzare una semplificazione amministrativa, se prima non si opera un convinto disboscamento della "giungla" legislativa. Mi sia concesso citare la saggezza di una donna antica, Maria Teresa d'Austria. Ella, al momento dell'assunzione del potere, pronunciò più o meno testualmente davanti ai suoi ministri e consiglieri queste parole: "vi firmerò, signori, qualunque atto e decreto mi porterete all'attenzione, ma una sola condizione io vi pongo: e precisamente che qualunque testo sia comprensibile anche al più incolto contadino della Galizia occidentale".

Si fa un gran parlare di disaffezione verso l'Europa, allora vorrei citare la saggezza di un'altra donna antica, Caterina di Russia, la quale ricevendo a corte il francese Voltaire – dopo averne ascoltato una perorazione in favore di testi legislativi che lasciavano intravedere un approccio codificatorio – gli replicò "mio caro filosofo, quello che voi prospettate è molto bello, ma non è nelle corde della sensibilità, non è nella cultura del mio popolo. Pertanto, pur condividendo molte delle Vostre parole, non potrò seguire i vostri consigli". Egli furibondo lasciò San Pietroburgo e da allora si scagliò contro Caterina.

E l'Europa talora sembra seguire l'approccio di Voltaire davanti Caterina di Russia. Quando potrebbe esser forse opportuno tener conto anche della saggezza di Caterina. Si lanciano grandi lamenti contro i populismi; si fa un gran parlare di "più Europa" all'insegna di un soffocante normativismo, ma perché non riflettere anche su un'Europa all'insegna del "meno", ossia con meno norme scritte, che talora sono incomprensibili sia nelle motivazioni di fondo, sia nel testo. E con il segno "meno" invito a riflettere sull'abbondanza di sovrapposizioni nella costruzione giuridica europea; sovrapposizione di norme e di istituti concorrenti fra loro, per i quali non è chiara la delimitazione nei confini di competenza. Insomma, se mi è concesso il ricorso ad un istituto di diritto romano, sarebbe auspicabile un'*actio finium regundorum* per perimetrare con nitore i confini di responsabilità fra i soggetti pubblici (comunitari e nazionali).

Viviamo in una società oggi pervasa dalla tecnologia, che esercita un potere attrattivo perverso e mefistofelico. Ravviso un parallelismo e una complementarità fra la forza attrattiva del normativismo e la forza attrattiva della tecnologia. Normativismo e tecnologia si

esaltano nei libretti d'istruzione degli apparecchi domestici di vita quotidiana, per cui la lettura di uno di quei libretti di istruzioni diviene impegnativo per chiunque non abbia un dottorato di ricerca in ingegneria idraulica o nucleare. Sono due forze attrattive che sembrano spogliare gli esseri umani della capacità di provare emozioni pure, genuine. Due forze attrattive che sembrano finalizzate pressoché esclusivamente all'idolatria del Pil, del denaro, del mercato; un'idolatria, quindi, che tutto travolge. Mentre, la semplicità, l'emozione della semplicità sembra cancellata dalla nostra vita quotidiana. Si è dimenticato che il "logos" costituzionale risiede nella semplicità delle intuizioni (culturali-politiche) di fondo. Quella semplicità, verso la quale non si può non provare una lontana nostalgia.

Sovviene il monito di uno studioso tedesco che nella seconda metà dell'Ottocento dovette emigrare per una chiamata universitaria (come noto a Basilea). Ebbene un'estate, a bordo del lago di Sils Maria in Engadina, Nietzsche ammonì, redigendo un frammento della *Gaia scienza*, a non cadere nel nichilismo, quello di una società che in nome del mercato uccide Dio. Quando è invece il caso di ricordare che, oltre al mercato, esiste anche e soprattutto Dio.