

SEZIONE PRIMA – Alle origini della tecnica legislativa (di Costanza Badii e Pasquale Costanzo)

1.1. Premessa. – Quando nasce la tecnica legislativa? Da quando il consorzio sociale si pone il problema di darsi leggi tecnicamente ben strutturate? In quale epoca è già possibile rinvenire teorizzazioni di queste tecniche?

Queste le domande a cui tenteremo, sia pure solo grazie a notevoli esempi e senza pretese di esaustività, di fornire qualche risposta, consapevoli che tanto oggi si parla di buone pratiche e di tecniche legislative, ma che più in ombra resta l'origine di queste teorizzazioni e dell'esigenza di crearle e di applicarle.

Lo sforzo non è banale, se partiamo dal presupposto, peraltro innegabile, che il concetto di tecnica legislativa è un concetto moderno e attuale. Esso esprime infatti l'esigenza di porre ordine nel caos normativo crescente in misura esponenziale, e ciò sia in relazione al rapporto tra le fonti giuridiche sia in relazione al linguaggio, alla struttura e allo stile che caratterizzano la legislazione di oggi.

L'ottica in cui qui vogliamo porci deve essere necessariamente aperta a considerare, a scoprire e a cogliere l'origine e lo sviluppo delle radici di questa disciplina, persuasi che nell'antichità si avvertiva l'esigenza di leggi ben formulate così come esistevano elementi di tecnica legislativa, benché fossero assenti le relative elaborazioni teoriche.

Si cercherà peraltro nel contempo di mettere a fuoco, attraverso alcuni significativi testi storici, normativi e letterari l'evoluzione del concetto stesso di legge scritta, opportuna e naturale premessa per comprendere l'origine e lo sviluppo dell'esigenza consapevole di una legislazione ben redatta.

1.2. Legge e scrittura. – Il termine *legge* deriva dunque, come noto, dal latino *lex*, che significa *regola, norma*, la cui etimologia viene riferita al latino *legere* e al greco *λέγειν*.

L'origine della parola, peraltro, non è univoca. Secondo alcuni, infatti, *lex* discende dalla radice indoeuropea *legh* (*fare, aderire, applicare*), da cui derivano anche l'anglosassone *lagu* e quindi l'inglese *law*, in relazione a quel carattere della legge di essere *posita* (cfr. il tedesco *Gesetz* e il greco *θεσμός*).

Già nella Bibbia leggiamo:

“...E il Signore parlò a Mosè e disse:...

fate un'arca di legno...E nell'arca riporrai la legge, ch'io ti darò...

E finiti questi ragionamenti sul monte Sinai, il Signore diede a Mosè due tavole di pietra contenenti la legge scritta dal dito di Dio...

E Mosè scese dal monte portando in mano le due tavole della legge, scritte dall'una parte e dall'altra.

E fatte di mano di Dio; la scrittura parimente impressa nelle tavole era di Dio”¹.

Nelle Tavole si identificano la legge e la scrittura.

La parola della legge, infatti, incisa sulla pietra in forma epigrafica acquista nuovi caratteri: la certezza (nel senso che la parola scritta è oggettivata, vincolata nella sua composizione); la costanza (in quanto essa permane inalterata nel tempo); la comunicabilità (essa viene letta a voce, trasmessa per copia, conosciuta in forma diretta); l'impersonalità (giacché essa si distacca dalla persona che la dettò o che la scrisse, in quanto diventa una cosa, una realtà autonoma).

Il passo fa riflettere, anche se l'esperienza giuridica della creazione della legge scritta simbolizzata nel passo biblico non è ancora quella della legge come espressione tecnica.

Nell'Esodo leggiamo ancora:

“...Quando Jahvè ebbe finito di parlare con Mosè sul monte Sinai, gli diede le due tavole della Testimonianza, tavole di pietra, scritte dal dito di Dio...”²

¹ Esodo, 24,6 - 32,16.

² Esodo, 31, 18.

Dal passo biblico si comprende come la scrittura fosse fin dall'antichità uno dei caratteri intrinseci della legge, quale elemento capace di imprimere certezza e stabilità alla regola prescrittiva.

Il testo scritto della legge viene infatti riconosciuto come valido e come tale rispettato.

Anche nel passo di Neemia la legge si identifica con *il libro*, che contiene il comando che il popolo è tenuto ad osservare:

“In quei giorni, il sacerdote Esdra portò la legge davanti alla assemblea degli uomini, delle donne e di quanti erano capaci di intendere.

Lesse il libro sulla piazza...dallo spuntar della luce fino a mezzogiorno...tutto il popolo porgeva l'orecchio a sentire il libro della legge...

Esdra aprì il libro in presenza di tutto il popolo, poiché stava più in alto di tutto il popolo; come ebbe aperto il libro, tutto il popolo si alzò in piedi. Esdra benedisse il Signore Dio grande e tutto il popolo rispose: “Amen, amen”, alzando le mani; si inginocchiarono e si prostrarono con la faccia a terra dinanzi al Signore.

I leviti...leggevano il libro della legge di Dio a brani distinti e con spiegazioni del senso, e così facevano comprendere la lettura”...³

L'esigenza di incidere la legge per iscritto è testimoniata del resto anche nelle XII Tavole (*duodecim tabularum leges*) compilato dai *decemviri legibus scribundis*, che rappresentano la prima codificazione del diritto romano.

Il testo delle Dodici Tavole venne inciso su lastra di bronzo, affisse poi nel Foro.

1.3. La relazione tra legge naturale e legge scritta. – Attesa l'importanza dell'elemento della scrittura per la legge, non si può almeno non accennare all'interazione ricorrente fin dall'antichità tra legge naturale e legge scritta.

Se talvolta esse sono collocate in posizione antinomica, talvolta, al contrario, si trovano in rapporto per così dire rafforzativo l'una dell'altra.

A tale proposito, ci pare interessante esplorare alcuni dei documenti che testimoniano la relazione tra *νόμος* e *φύσις*, laddove l'essenza della legge come ragionevolezza si accorda con ciò che è in armonia con la natura, che ordina soltanto ciò che è opportuno e sanziona ciò che è sbagliato.

A tale proposito, Cicerone nel *De Legibus* (I secolo a. C.) così concepisce la legge:

“*Lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea, quae faciendae sunt, prohibetque contraria. Tale ratione cum est in hominis mente confirmata et perfecta, lex est*”⁴.

Essa è:

“*recta ratio imperandi atque prohibendi; quam qui ignorat, is est iniustus, sive est illa scripta usquam sive nusquam*”.

Vi è infatti una *non scripta, sed nata lex, lex naturae, vera lex*, che è, secondo l'insegnamento stoico presente nei giuristi romani, *recta ratio naturae congruens, diffusa in omnibus, constans, sempiterna*⁵.

La legge naturale trascende dunque la legge scritta, in quanto presente nella natura delle cose e immanente ad esse.

Ad essa si confà la legge positiva, che sancisce le prescrizioni e i divieti.

La legge naturale ciceroniana resta il modello del giusnaturalismo cristiano medioevale e, indirettamente, di quello moderno tanto teologico quanto laico.

³ Neemia, 8, 2-9.

⁴ Cicerone, *De legibus*, I, 6, 18. È appena il caso di ricordare che per stoicismo si intende l'indirizzo filosofico della scuola greca fondata in Atene da Zenone di Cizio (334-262 a. C.). Lo stoicismo si fonda principalmente su un ideale di saggezza che si raggiunge vivendo secondo natura, accettando cioè con distacco e rassegnazione la legge inderogabile del *Logos*, che regola ogni accadimento.

⁵ Cicerone, *De re publica*, 3, 22, 33.

Cicerone tuttavia dedica la sua attenzione a quella positiva più di quanto avessero fatto i filosofi greci.

Nel *De Legibus* si legge infatti:

“*Sed ...populariter ...loqui necesse erit, et eam legem, quae scripto sancit quod vult, aut iubendo, aut vetando, ut vulgus, appellare*”.

La necessità di sancire “*scripto*” il comando contenuto nella legge ricorre dunque nel pensiero ciceroniano, laddove la scrittura è elemento che imprime alla legge i caratteri della certezza e della validità.

Il fatto che la norma sia scritta consente che essa sia fissata, e si pone come il presupposto per la sua osservanza.

Nell'ambito della definizione di legge, dunque, i giuristi romani subiscono l'influsso stoico, benché si preoccupino di attenersi a criteri più strettamente tecnico-giuridici.

Così per Modestino⁶ la *virtus* della legge consiste nell'*imperare, vetare, permettere, punire*.

In questo egli sembra seguire Quintiliano, secondo il quale:

“*lex omnis aut tribuit, aut admitit, aut punit, aut iubet, aut vetat, aut permittit*”⁷.

Le definizioni fornite dai giuristi romani appaiono dunque prive di particolare originalità, in quanto applicano alla legge positiva definizioni della legge universale naturale fornite dai filosofi stoici⁸.

1.4. Lo stile e la forma nell'antichità. – Se già queste prime considerazioni consentono di concepire la stessa “scrittura come una tecnica” assiologicamente orientata, è nella stessa fase storica considerata che troviamo testimoniata anche l'attenzione alla “tecnica della scrittura”, particolarmente per quanto concerne il rigore stilistico e la forma linguistica con cui si esprime un testo di legge a .

L'importanza della forma è infatti presente già nell'antica Roma.

A questo proposito preme citare il retore Dionigi di Alicarnasso (I secolo a.C.), che nella sua opera principale *Sulla disposizione delle parole* espone i suoi principi stilistici relativi alla scelta e alla collocazione delle parole, rivelando la sua preferenza per la *medietas*, affine alle teorie retoriche di ciceroniane.

Premesso che l'autore non fa riferimento in modo specifico soltanto alla legge, ma compie un discorso più ampio, che ricomprende l'attività dei poeti, degli storici, dei filosofi e degli oratori, l'idea dominante che ricorre è che la trascuratezza della forma compromette anche il valore concettuale del contenuto di un'opera o di uno scritto.

Egli esprime una proporzione matematica secondo la quale la composizione si relaziona alla scelta come le parole si relazionano al pensiero:

“...Ogni forma, dunque, con cui noi esprimiamo i nostri pensieri, si manifesta o in versi o senza versi: in un modo o nell'altro può essere armoniosa e produrre un senso di bellezza, o che sia in versi o che sia in prosa. Se invece, la forma è trascurata e buttata giù a caso, guasta anche il valore del concetto. Molti, poeti e storici, filosofi ed oratori, hanno scelto con cura espressioni belle e convenienti al loro argomento, ma, avendo dato loro un'armonia comune e priva d'arte, non hanno ricavato alcun beneficio da quella loro fatica. Altri, invece, avendo usato parole di nessun conto ed umili, accostandole con grazia e saggiamente, hanno dato molta bellezza ai loro scritti. Si potrebbe quasi dire, che la composizione sta alla scelta, come le parole stanno al pensiero. Infatti, come un bel pensiero non ha valore, se non gli si dà l'ornamento di un bel linguaggio, così non serve a nulla trovare un'espressione pura ed elegante, se non si riveste anche di una appropriata armonia” (Dionigi di Alicarnasso, I secolo a.C., *Sulla disposizione delle parole*, I-3)⁹.

⁶ *Digesta* I, 3, 7.

⁷ Quintiliano, *Institutiones oratoriae* 7, 5.

⁸ G. Fassò, *Legge*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1973, vol. XXIII, s. v..

⁹ Dionigi di Alicarnasso, *Sulla disposizione delle parole*, I-3, in G. Rosati, *Scrittori di Grecia*, 3, Sansoni, 1992, 411 ss..

1.5. La legge scritta concepita come *ratio* e razionalità del legislatore. – Successivamente può dirsi che ruolo della legge scritta e tecniche scritturali si alimentino a vicenda, anche se questa seconda esigenza è caratterizzata da un andamento un po' carsico, prevalendo nella riflessione l'attenzione verso il primo filone speculativo.

Così, l'eredità ciceroniana della legge scritta concepita come *ratio* si mantiene una costante in San Tommaso d'Aquino (1225-1274), corifeo dell'antropologia e della politologia medievali, che così definisce la legge:

*“definitio legis, quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune et ab eo qui curam communitatis habet promulgata”*¹⁰.

L'essenzia legis è definita come *rationis ordinatio* promulgata per il bene comune, che ha in sé un valore positivo e immanente.

In tale concezione la dimensione soggettiva della legge cede il passo alla dimensione oggettiva.

Ciò che rileva infatti non è tanto il soggetto che la emana quanto il suo oggettivo contenuto, che viene doppiamente precisato: consiste in un ordinamento che è demandato alla ragione.

Il termine *ordinatio* concentra l'attenzione dal soggetto all'oggetto; ordinare infatti si pone come un'attività vincolata, in quanto significa prendere atto di un ordine oggettivo preesistente e non eludibile, entro il quale si inserisce il contenuto della *lex*.

Il concetto di *ordinatio* è identificato nella ragione, cioè in un'attività psicologica prevalentemente conoscitiva, proiezione del soggetto al di fuori della propria individualità per scoprire nella realtà a lui esterna le verità in essa contenute, l'ordine progettato e attuato da Dio.

Essenziale in questa concezione è la ragionevolezza della *lex*, ovvero la determinata e rigida corrispondenza del suo contenuto ad un modello che non è creato dal legislatore o dal ceto dei giuristi, ma che essi sono chiamati a scoprire nell'ontologia del creato¹¹.

Ultimo elemento della definizione si riferisce alla necessità che la legge, una volta scritta, sia promulgata da colui che ne ha autorità.

Ciò conferisce alla legge quel carattere di stabilità e solennità che la rendono osservabile dalla comunità che essa regola.

Dai testi notiamo che San Tommaso compie un passo ulteriore.

Laddove la legge naturale si presenti come insufficiente o come oggetto di corruzione, la legge scritta ha il compito di supplire, di integrare e di correggere tale legge.

Nella *Summa Theologica* leggiamo infatti:

*“...Sembra che la legge naturale possa essere cambiata. Infatti, a proposito dell'espressione del Siracide (17, 9): Diede loro inoltre la scienze e la legge delle vite, la Glossa dice: Volle che fosse scritta una legge come correzione della legge naturale. Ma quello che viene corretto, viene cambiato. Dunque, la legge naturale può essere cambiata...La legge scritta è stata data come correttivo della legge di natura o perché attraverso la legge scritta si supplisse a ciò che mancava alla legge naturale: o perché la legge naturale nei cuori di alcuni, riguardo a certe cose, era talmente corrotta che essi ritenevano essere buone quelle cose che sono mali per natura”*¹².

La *Weltanschauung* di San Tommaso del resto perdura nei secoli.

La ritroviamo infatti in Girolamo Savonarola (1492-1498):

*“...la legge è una ordinazione di ragione manifestata dal principe per el bene comune ed è una regola che indice li uomini al ben vivere. E nota che la non si chiameria legge s'ella non fussi manifestata, e però dice che debbe essere promulgata dal principe...”*¹³

Anche per Savonarola dunque occorre che la legge sia necessariamente manifestata e promulgata da chi ne ha l'autorità.

¹⁰ Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica, Prima Secundae, Quaestio 90*, art. 4.

¹¹ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2001, 24.

¹² San Tommaso d'Aquino, *Sulla legge, Summa Theologica, Prima Secundae (I-II), Quaestio 94, Sulla legge naturale*, Articolo 5.

¹³ G. Savonarola, *Prediche sopra Ruth e Michea*, III-463, V. Romano (a cura di), Roma, 1962, 463.

In assenza di tale elemento essa non si può definire legge nel senso pieno del termine.

Con riferimento al testo delle Tavole delle legge di Mosè, il pensiero di Savonarola richiama ancora una volta l'attenzione sulla legge come testo scritto contenente norme prescrittive:

“Quando Moisè volse fare il tabernaculo per serrarvi le tavole della legge, dategli da Dio, tutti quelli ebrei e uomini e donne, ognuno, offeriva prontamente tutte quelle cose più preziose che avevano per tale opera...”¹⁴

Come appena visto, la riflessione sul ruolo della legge è strettamente imbricato con quello del legislatore, a cui spetta non solo di porla ma anche di renderla efficacemente manifesta.

Questa simbiosi di ruoli raggiunge in Dante vette espressive altissime.

In particolare, ci interessa citare il passo del *Paradiso* in cui Dante presenta la figura dell'imperatore Giustiniano, concepito come un sovrano esemplare, quasi simbolo dell'Impero stesso, governato da leggi sagge.

Dante fa parlare Giustiniano, il quale afferma che, per ispirazione dello Spirito Santo (*per voler del primo amor ch'i' sento*) eliminò quanto era ormai superato nella legislazione romana, in quanto riferito a costumi e usi del passato, e tolse ciò che era contraddittorio nell'accumularsi delle disposizioni giuridiche, tenuto conto del passare del tempo.

Ecco dunque che anche nella *Divina Commedia* emerge l'opportunità di razionalizzare e ordinare le opere legislative per ogni epoca storica.

Come esempio riuscito di tale necessità Dante sceglie appunto l'opera che Giustiniano realizzò con il *Corpus iuris civilis*.

Si legge infatti nel sesto canto del *Paradiso*:

“Cesare fui e son Iustiniano, / che, per voler del primo amor ch'i' sento, / d'entro le leggi trassi il troppo e 'l vano” (Dante Alighieri, *Divina Commedia, Paradiso*, VI, vv. 10-12)¹⁵.

La necessità di tradurre per iscritto il contenuto di una deliberazione ricorre anche nei secoli successivi, laddove la legge viene identificata con il libro che la contiene, che deve essere conosciuto dal consorzio sociale chiamato ad applicare le legge:

“Et volsono e comandarono che la prefata ordinatione insieme con la presente deliberatione & approvatione si debba transcrivere in buona forma, & in un libro di carta pecora legato in asse, & coperto di quoio di quella grandezza e in quel modo che parrà conveniente [...] per doversi continuamente tenere nella Cancelleria del prefato Magistrato...”¹⁶

Ciò è del resto il presupposto per la conoscenza della legge e per la sua osservanza da parte di ciascuno.

Senza l'espressione scritta la legge infatti non può essere né conosciuta né applicata, così come non può assumere quel carattere di certezza che la contraddistingue:

“Et acciocché ciascuno ne possa haver notizia... & che per alcun tempo non se ne possa allegare ignoranza alcuna Ella lo farà [*l'ordine*] per i luoghi publici, & consueti di sua iurisdittione bandire, & publicare & àncor registrare nel volume delli Statuti di quel luogo per notizia sua, & de' suoi successori...”¹⁷

L'osservanza della norma è dunque legata alle modalità con cui il contenuto della legge stessa è espresso per iscritto.

È tale contenuto infatti che deve essere conosciuto e applicato, anche nel caso in cui esso si discosti dalla legge naturale, più volte qui richiamata, immanente alla realtà delle cose:

¹⁴ G. Savonarola, *Rime*, G. Lazzeri (a cura di), Milano, 1924.

¹⁵ D. Alighieri, *La Divina Commedia, Paradiso*, VI, vv. 10-12, in <http://www.danteonline.it/italiano/cerca.htm>.

Si veda anche D. Alighieri, *La Divina Commedia*, E U. Bosco e G. Reggio (a cura di), *Paradiso*, Le Monnier, 1988, 89.

¹⁶ *Deliberatione [...] Sopra li Sindachi & Denuntiatori de malefitti della Città di Firenze*, del 13 febbraio 1550-51, Firenze, Giunti.

¹⁷ *Lettera mandata dal Commissario delle Bande ai Rettori degli Stati di S.A.S.*, in *Capitoli ordini, e privilegi fatti, stabiliti, e concessi [...] alle militie, et bande, del 1 ottobre 1556*, Firenze, G. Marescotti, 31-32.

Dott.¹⁰ in *Metodi e tecniche di formazione e di valutazione delle leggi*

“Quando la legge sia chiara, & espressa, non vi cade altro discorso, mentre bisogna osservarla come sta, ancor che paresse aspra, & esorbitante, o poco confacente alla ragion naturale...”¹⁸

1.6. Le teorizzazioni relative al potere legislativo. – Il XVII secolo è l'epoca in cui notiamo che grande attenzione viene rivolta alla legge scritta intesa come risultato e oggetto del potere legislativo.

J. Locke, nella sua opera *Due trattati sul governo* (1690), scrive:

“...La prima legge positiva e fondamentale di tutte le società politiche consiste nello stabilire il potere legislativo...Il legislativo rappresenta non soltanto il potere supremo della società politica ma resta sacro e immutabile nelle mani di chi l'abbia avuto in consegna...”¹⁹

In Locke, precursore dell'Illuminismo giuridico del XVIII secolo, viene celebrata la sovranità della legge, a cui sono sottoposte tutte le altre fonti del diritto.

Nelle sue opere appare centrale l'attenzione alle norme e al potere legislativo da cui esse promanano.

Tale potere, benché sia concepito come supremo e immutabile, viene da Locke sottoposto a limiti che sono nettamente individuati ed espressi:

“...Questi sono i limiti imposti al potere legislativo, di qualsiasi società in qualsiasi forma di governo, dalla fiducia della società e dalla legge divina e naturale: in primo luogo, esso deve governare in base a leggi stabilite e promulgate, che non possano mutare a seconda dei casi, ma abbiano una sola norma per il ricco e per il povero, per il favorito a corte e per il contadino all'aratro.

In secondo luogo, queste leggi non devono mirare ad altro che non sia il bene del popolo.

In terzo luogo, esso non deve imporre tasse sulla proprietà del popolo, senza il suo consenso, o quello dei suoi deputati...

In quarto luogo, il potere legislativo non deve, ne può, passare la prerogativa di fare le leggi ad altri, o affidarla a chi non sia stato designato dal popolo...”

Ribadita ancora una volta l'esistenza di una legge naturale a cui si affianca qui un elemento di consenso sociale, la *fiducia della società*, il primo limite che la legge deve rispettare per Locke è il principio di uguaglianza.

Tale principio viene rispettato attraverso leggi scritte certe e formalmente riconosciute, condizione che permette la loro applicazione in modo coerente nei casi di specie simili, e che impedisce di creare leggi *ad hoc* per singoli casi.

Lo scopo cui la legge deve mirare, in secondo luogo, è il bene del popolo, che ci richiama al *bonum commune* già presente nella *Summa Theologica* di San Tommaso.

Ulteriori elementi da non trascurare sono la necessità del consenso a legittimare il potere legislativo.

Il richiamo del bene comune è ribadito da Locke ai fini della distinzione del re legittimo dal tiranno.

Dalle parole attribuite dall'autore a re Giacomo I, infatti, appare che il bene pubblico sia presupposto necessario per redigere buone leggi, che devono mirare alla prosperità del popolo:

“...Re Giacomo I, infatti, nel discorso tenuto al Parlamento nel 1603, affermò: Nel fare buone leggi e costituzioni, anteporrò sempre il bene del pubblico e di tutta la società a ogni mio fine particolare e privato, pensando sempre che la prosperità e il benessere della società costituiscono il mio bene maggiore e la mia felicità terrena: punto, questo, che differenzia nettamente un re legittimo da un tiranno”²⁰.

L'attenzione al potere legislativo si fa ancora più consapevole in C. S. de Montesquieu (1689-1755).

¹⁸ G.B. De Luca, *Il dottor volgare*, XV, pt. 1, *Delli giudizi civili*, cap. X, 163.

¹⁹ J. Locke, *Due trattati sul governo, Dell'estensione del potere legislativo*, in *Documenti storici, L'età moderna*, Loescher, 1991, 165 ss..

²⁰ J. Locke, *Due trattati sul governo, Della tirannide*, in *Documenti storici, L'età moderna*, cit., 172-173.

Nella sua opera più famosa, *Lo spirito delle leggi* (1748), Montesquieu teorizza la necessità della divisione dei poteri (individuati nel potere legislativo, esecutivo, giudiziario)²¹, che non possono essere concentrati nella stessa persona, e rivela una concezione oggettivistico-naturalistica della legge.

Riconosciuta l'esistenza di *leggi invariabili* immanenti alla realtà umana, l'autore attribuisce al legislatore il compito di emanare leggi politiche e civili al fine di restituire l'uomo ai suoi doveri²².

Ancora una volta, la legge è concepita come:

“...la ragione umana in quanto governa tutti i popoli della terra; e le leggi politiche e civili di ogni nazione non debbono esser altro che i casi particolari in cui questa ragione umana si applica. Esse devono esser talmente adatte al popolo per il quale son fatte, che è un caso raro che le leggi di una nazione convengano ad un'altra. Esse devono essere in armonia con la natura e col principio del governo costituito, o che si vuol costituire, sia che lo formino, come fanno le leggi politiche; oppure che lo mantengano, come fanno le leggi civili...”²³

Nelle parole di Montesquieu ritroviamo dunque il binomio tra legge naturale e leggi politica e civile, che appaiono come elementi particolari della *ratio* suprema immanente ai popoli della terra e in armonia con essa.

Ulteriore aspetto presente nella sua concezione è quello per cui ogni nazione necessita di una legislazione *ad hoc*, che difficilmente si adatta ad un popolo diverso da quello per il quale essa è emanata.

Anche nel pensiero di Cesare Beccaria ricorre l'attenzione alla legge stabile e uguale per tutti nel tempo.

Tale obiettivo si raggiunge ancora una volta attraverso la scrittura, che permette a tutti i membri del consorzio sociale di conoscere e di custodire nel tempo le leggi.

Ciò rende possibile mantenere la certezza del diritto, valore fondamentale di ogni fonte giuridica, compresa la legge:

“...Una conseguenza di queste ultime riflessioni è che senza la scrittura una società non prenderà mai una forma fissa di governo, in cui la forza sia un effetto del tutto, e non delle parti, e in cui le leggi inalterabili se no dalla volontà generale, non si corrompano passando per la folla degli interessi privati. L'esperienza e la ragione ci hanno fatto vedere, che la probabilità e la certezza delle tradizioni umane si sminuiscono a misura che si allontanano dalla sorgente. Che se non esiste uno stabile mutamento del patto sociale, come resisteranno le leggi alla forza inevitabile del tempo e delle passioni? Da ciò veggiamo quanto sia utile la stampa, che rende il pubblico, e non alcuni pochi, depositario delle sante leggi, e quanto abbia dissipato quello spirito tenebroso di cabala e d'intrigo che sparisce in faccia ai lumi ed alle scienze apparentemente disprezzate, e realmente temute dai seguaci di lui”²⁴.

²¹ C. S. de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, Capo III, *Delle leggi positive*, in S. Moravia, *Filosofia, I testi*, 2, Le Monnier, 1992, 159 ss.: “Esistono, in ogni Stato, tre sorte di poteri: il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti, e il potere esecutivo di quelle che dipendono dal diritto civile.

In base al primo di questi poteri, il principe o il magistrato fa delle leggi per sempre o per qualche tempo, e corregge o abroga quelle esistenti... Tutto sarebbe perduto se la stessa persona, o lo stesso corpo di grandi, o di nobili, o di popolo, esercitasse questi tre poteri: quello di fare le leggi, quello di eseguire le pubbliche risoluzioni, e quello di giudicare i delitti o le liti dei privati...”

²² C. S. de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, Capo I, *Delle leggi e dei vari rapporti coi vari esseri*, in S. Moravia, *Filosofia, I testi*, 2, Le Monnier, 1992, 159 ss.: “...Come gli altri corpi, l'uomo è, quale essere fisico, retto da leggi invariabili... Dio colle leggi della religione lo ha richiamato a sé; poteva ad ogni istante dimenticare se stesso: i filosofi con le leggi della morale lo hanno avvertito; fatto per vivere nella società, vi poteva dimenticare gli altri: con le leggi politiche e civili, i legislatori lo hanno restituito ai suoi doveri...”

²³ C. S. de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, Capo III, *Delle leggi positive*, in S. Moravia, *Filosofia, I testi*, 2, cit., 159 ss..

²⁴ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, V, *Oscurità delle leggi*, G. D. Pisapia (a cura di), Giuffrè, 1964.

1.7. La tecnica legislativa nell'Illuminismo giuridico. – Con l'Illuminismo giuridico anche la tecnica legislativa si fa più consapevole.

In particolare, Antonio Ludovico Muratori (1672-1750), nella sua opera *Dei difetti della giurisprudenza* (1742) pone l'attenzione sulla necessità della chiarezza della legge, che deve corrispondere alla *ratio* pensata dal legislatore.

Egli avverte infatti che:

“...il primo dei difetti intrinseci della giurisprudenza e della giudicatura vien dalle leggi stesse. Dovrebbero queste essere chiare, con termini ben esprimenti la mente del legislatore...”

Il secondo difetto interno nasce:

“...dall'essere tali leggi, che non provengono né possono provvedere a tutti i casi, i quali possono essere moltissimi, per non dire infiniti. Quindi hanno avuto origine tante eccezioni e limitazioni, applicate ai giureconsulti a non poche leggi e dedotte da altre leggi...”

La critica dell'autore si trasferisce a questo punto dalla legislazione alla giurisprudenza, con riferimento all'attività di interpretazione e applicazione della legge.

Del resto, se guardiamo alla documentazione storica oggetto di analisi, l'interazione fra legislazione e giurisprudenza è una costante, in quanto una legislazione oscura comporta problemi e dubbi interpretativi nell'attività del giudice²⁵.

Il terzo difetto lamentato è dunque quello che:

“...consiste nello scoprire ed interpretare la volontà ed intenzione degli uomini, con ricavarli dai fatti, o con delle parole degli stessi mortali...”²⁶.

Le leggi devono cioè essere scritte in modo tale da evitare equivoci e ambiguità, in quanto nella chiarezza formale trova spazio la garanzia della certezza del diritto²⁷.

L'autore prosegue:

“...Tanta farragine di libri di leggi, tante discordie fra i giureconsulti, hanno rendute nei tempi addietro arbitrarie, in infiniti casi, le sentenze dei giudici...”

Il più giovevole partito sarà che i principi mettano la falce alle radici, troncando, per quanto mai possano, le controversie ed inviolabilmente ordinando con leggi e statuti nuovi, quello che in avvenire avrà da osservarsi nei tribunali della giustizia...”

Nel quarto capitolo della sua opera, Muratori incalza ancora, dimostrando un tono ironico nella polemica approfondita contro il *diluvio di opere legali*.

Tale proliferazione di norme, confuse e prive di un ordine razionale, secondo l'autore, trasferiscono arbitrariamente l'autorità e la funzione di scrivere le leggi dai principi, soggetti legittimati a tale compito, ai dottori della legge.

Ciò pone il diritto in una situazione di continua instabilità e incertezza:

“...Chiedete ora quale sia il frutto di tanti libri, qual giovamento si sterminata mole di volumi abbia recato alla Giurisprudenza. Sarà pur divenuta facile l'intelligenza delle Leggi, spianato il cammino a giudicar rettamente. Tutto l'opposto. Ad altro non ha servito, né serve questo diluvio d'Opere Legali, se vi si farà ben mente, che a rendere la Giurisprudenza più difficile, imbrogliata e spinosa, e più incerti e dubbiosi i Giudizj di chi dee amministrar la Giustizia...”

Siam dunque giunti a vedere, che non più i soli Principi, a' quali era riserbato questo diritto, quei sono, che fan le Leggi, e loro danno l'autorità e la forza.

²⁵ La polemica contro la legislazione oscura e di conseguenza contro la giurisprudenza arbitraria è presente, oltre che in Muratori, nel pensiero di Beccaria e di Verri. Tra i testi legislativi, nel *Codice di leggi, e costituzioni* per gli Stati di Francesco III, Duca di Modena, nel *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili* emanato da Gregorio Papa XVI, di seguito citati.

²⁶ Le citazioni sono tratte da L. A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, G. Barni (a cura di), Milano, 1958, 29-31.

²⁷ T. E. Frosini, *Il drafting legislativo in Italia e altrove*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, fasc. 127, 2000, 7-41. La polemica si indirizza contro la ricerca dello spirito della legge, che trova poi un più ampio seguito in Montesquieu e in Filangieri, rappresentativi esponenti dell'Illuminismo giuridico.

Dott.¹⁰ in *Metodi e tecniche di formazione e di valutazione delle leggi*

Anche i Dottori da gran tempo son divenuti Legislatori, e il mondo d'oggi più bada alle loro opinioni, che alle oramai quasi rancide antiche Leggi; giacché tante di quelle vecchie Leggi si sono stiracchiate con varie interpretazioni, eccezioni, ed estensioni, e a queste più che al resto si fa mente ora ne i Giudizj. Per questa via i Dottori son'essi divenuti i maestri e padroni del Foro. E pur non ho detto tutto. Non solamente essi han convertito in Leggi le loro opinioni, ma hanno anche usurpata l'autorità di mutar queste private leggi, e di fabbricarne delle nuove, e surrogarne dell'altre a loro arbitrio...

Ne volete di più per conoscere, in che stato compassionevole d'instabilità e d'incertezza sia ridotta questa per altro nobile scienza?...” (L. A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, capitolo IV, 1742)²⁸.

Sulla medesima lunghezza d'onda si pone un altro esponente dell'Illuminismo, Alessandro Verri (1741-1816), fortemente critico nei confronti dell'*ammasso di leggi*, del *caos di legislazioni*, che si pongono come terreno propizio per le antinomie, l'oscurità, il disordine.

La critica, invero, muove dal proliferare eccessivo dei commenti e delle glosse al diritto romano; la situazione non migliora, secondo Verri, neppure nel diritto canonico e negli statuti delle città.

La sovrabbondanza debordante di leggi comporta che poche di quelle scritte venivano osservate, lasciando spazio alla pratica giuridica, portatrice di incertezza e della mancanza di un ordine razionale:

“Quest'ammasso di leggi, monumento d'una grand'opera mal eseguita, può paragonarsi alle rovine d'un grande ed informe palazzo; si può dire che non si fece che distruggere. Non solo bastava ridurre tanti volumi ad uno solo, bisognava fissare i principi generali...”

Potrebbe addimandare perché quella sì profonda venerazione per le leggi romane solo s'astenesse dal rispettare le più salutari di tutte, e queste pur sì chiare non fossero osservate. Ma chi mirerà più da vicino le antinomie, le oscurità, il disordine delle leggi stesse vedrà ch'era proibire gli effetti, lasciandone le cagioni. Poiché non fuvvi mai materia al mondo più feconda d'interpretazioni, e che più inviti alle Glose ed ai Commenti, che questo caos di legislazioni...

...Vennero in seguito il gius canonico, gli statuti particolari delle città, e parve allora che le nazioni sentissero il male, ma non osassero di rimediarsi che in parte: le quali leggi, tutte unite al resto, formarono un labirinto di giurisprudenza.

Malgrado tanti volumi, poche sono le leggi scritte, ed è sostituita la tradizione all'uso della stampa. Questa tradizione, chiamata pratica, è in mano di pochi: ella partecipa dell'incertezza comune, ed è conservata con una sorte di mistero sempre funesto ai progressi della ragione...” (A. Verri, Frammenti di articoli apparsi fra il 1764 ed il 1766 nella rivista *Il Caffè*)²⁹.

Con esemplare efficacia espositiva è Montesquieu nella sua opera *Lo spirito delle leggi* (1748) ad enunciare una serie di principi attinenti alla corretta redazione delle leggi, tra i quali: la concisione dello stile, la semplicità e la chiarezza della forma espressiva della legge, la sua efficacia, la sua generalità.

Le indicazioni che l'autore fornisce al Libro XXIX, che appaiono moderne e concrete, riguardano proprio il modo di comporre le leggi, e hanno il fine ultimo di ottenere una legislazione tecnicamente ben formulata.

Anche in Montesquieu notiamo che ricorre il richiamo all'armonia con la *natura delle cose*, che si è dimostrata una costante dall'antichità in poi.

Le leggi devono inoltre dimostrare rispetto per la dignità umana³⁰: nate per sanzionare la malvagità umana, devono dimostrare di possedere la massima innocenza³¹.

Molti sono i riferimenti storici citati dall'autore come esempio dei principi che egli afferma.

²⁸ L. A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, capitolo IV, *Dei difetti esterni delle Leggi e della Giudicatura*, Venezia, 1742, 18-28.

²⁹ A. Verri, *Frammenti di articoli apparsi fra il 1764 ed il 1766 nella rivista Il Caffè*, in P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, 1998, 205 ss..

³⁰ L'interazione legge di natura - legge scritta è un concetto costante nella letterature storico-giuridica, come ampiamente dimostrato nella Presentazione di questo Libro.

Dott.¹⁰ in *Metodi e tecniche di formazione e di valutazione delle leggi*

Ma lasciamo parlare Montesquieu, che nel testo seguente appare particolarmente moderno nel compiere un'analisi approfondita di regole di tecnica legislativa:

“Chi ha un ingegno abbastanza vasto da poter dare leggi alla propria nazione o a un'altra deve usare certe attenzioni nel modo di comporle.

Lo stile deve essere conciso. Le leggi delle dodici tavole sono un modello di precisione: i fanciulli le imparavano a memoria. Le Novelle di Giustiniano sono così diffuse che le si dovette riassumere.

Lo stile delle leggi deve essere semplice: l'espressione diretta si comprende sempre meglio dell'espressione riflessa... Quando lo stile delle leggi è gonfio, non le si considera che come una opera di ostentazione. È essenziale che le parole delle leggi risvegliano nell'animo di tutti gli uomini le medesime idee...

Quando la legge deve arrecare un sopruso, bisogna evitare, per quanto è possibile, che ciò venga valutato in denaro...

Quando, in una legge, sono stati fissati i principi, non bisogna più ricorrere ad espressioni vaghe...

Le leggi non devono essere sottili: sono fatte per individui di mediocre intelligenza; non sono espressione dell'arte della logica, ma del semplice buon senso di un padre di famiglia.

Quando, in una legge, le eccezioni, le limitazioni, le modifiche non sono necessarie, è meglio non metterle: dettagli del genere ne generano altri.

Non bisogna modificare una legge senza un motivo ben fondato...

Quando si vuol render ragione di una legge, bisogna che la ragione sia degna della legge...

Come le leggi inutili indeboliscono le leggi necessarie, così quelle che possono essere violate indeboliscono la legislazione.

Una legge deve ottenere il suo effetto, e non bisogna permettere che vi si venga meno grazie ad una disposizione particolare...

Bisogna fare in modo che le leggi siano concepite in maniera da non andare contro la natura delle cose...

È raro il caso in cui si debba proibire una cosa non disonesta, col pretesto di una qualche immaginaria perfezione...” (C. S. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, 1748, libro XXIX, capo XVI, *Principi da osservare nel comporre le leggi*)³².

Ulteriore aspetto degno di nota riguarda l'interpretazione della legge su cui è Cesare Beccaria a concentrare la sua attenzione, chiedendosi quale sia il soggetto deputato a tale compito, se il sovrano legislatore ovvero il soggetto giudicante.

Egli critica aspramente lo *spirito della legge*.

Esso sarebbe infatti condizionato dalla logica non sempre corretta e oggettiva di ciascun giudice, con la conseguenza che il medesimo delitto sarebbe punito con sanzioni diverse in tempi diversi, in quanto soggetto all'errante instabilità delle interpretazioni.

“...Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi?... Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge...” (C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, IV)³³.

Dalle parole di Beccaria notiamo che l'autore condanna gli effetti negativi dell'oscurità delle leggi che conseguono ad una cattiva interpretazione.

Tali effetti sono aggravati dal fatto che le leggi sono scritte in una lingua straniera al popolo, che le rende incomprensibili dai loro destinatari, trasformandole da affare pubblico, quale esse fisiologicamente dovrebbero essere, a questione *quasi privata e domestica*:

³¹ T. E. Frosini, *Il drafting legislativo in Italia e altrove*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, fasc. 127, 2000, 7-41.

³² C. S. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, libro XXIX, S. Cotta (a cura di), Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1952, 301-309.

³³ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, in P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Giuffrè, 1998, 208-210.

“Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che trascina seco necessariamente l'interpretazione; e lo sarà grandissimo, se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicare da sé stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà, o de' suoi membri; in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico...” (C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, V)³⁴.

L'importanza dell'attività di interpretazione della legge è evidente se richiamiamo alla mente quanto sancito dall'art. 4 del *Codice civile del regno d'Italia* (1806):

“Se un giudice rifiuterà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di negata giustizia”.

Il potere giudicante, dunque, non può celarsi dietro ai difetti della legislazione per evitare di assolvere il suo compito istituzionale, quale quello di applicare la legge alla fattispecie concreta per risolvere la controversia.

Sarà suo obbligo invece interpretare e applicare la legge nel modo più consono al caso oggetto del suo esame.

Se gli autori precedenti indirizzano parte delle loro opere alla forma e alla tecnica delle leggi, Gaetano Filangieri pone tale disciplina al centro del suo pensiero.

Ed è proprio la sua opera, *La scienza della legislazione* (1784) a segnare l'inizio della letteratura giuridica relativa alla redazione delle leggi in senso specifico e moderno.

Essa ebbe un successo enorme, che l'autore non fu in grado di conoscere da vivo: numerosi edizioni furono pubblicate, e molte traduzioni in altre lingue.

Lo scopo che Filangieri si proponeva era quello di indicare le linee direttive di una legislazione benefica per l'umanità, conforme alla ragione illuministica, e concepita come legislazione ideale.

Essa è ricca di rilievi di carattere formale in cui si possono rintracciare i segni della tecnica di produzione legislativa.

La legislazione infatti viene presa in considerazione dal Filangieri da un punto di vista propriamente scientifico, e si può considerare l'antecedente storico della tecnica legislativa contemporanea.

L'autore appare moderno, a nostro avviso, laddove afferma che la legislazione necessita di regole proprie costanti, in quanto gli errori ad essa relativi rappresentano un grave danno per l'umanità:

“...La legislazione, non altrimenti che tutte le altre facoltà, deve avere le sue regole; e i suoi errori sono sempre i più gravi flagelli delle nazioni...”

...ed è un errore dell'ignoranza il credere che in mezzo alle rivoluzioni, che cambiano di continuo la natura degli affari e l'aspetto delle società, la scienza della legislazione non possa aver alcuni principi fissi, determinati ed immutabili...”³⁵

Considerando il rapporto tra legislazione e costituzione, l'autore afferma che la prima non deve mutare la seconda, ma soltanto deve correggerne i difetti³⁶:

“...La legislazione non deve mutare l'essenza della costituzione, deve solo correggerne i difetti. Tutti i principi dunque dipendenti dal rapporto delle leggi colla natura di questo governo debbono esser diretti alla scelta de' mezzi proprj, per prevenire le funeste conseguenze di questi tre vizj...” (G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, libro I, Milano, G. Galeazzi, 1784, p. 11)³⁷.

1.8. L'idea di legislazione del Manzoni nella figura di Azzecagarbugli. – L'idea di una legislazione come insieme caotico e disordinato di norme cara agli Illuministi ci viene

³⁴ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, G. D. Pisapia (a cura di), Giuffrè, 1964, 22 ss..

³⁵ G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, libro I, capo III, A. Trampus (a cura di), Centro di Studi sull'illuminismo europeo “G. Stiffoni”, 2004, 72-84.

³⁶ Il rapporto tra fonti giuridiche, in particolare tra leggi e costituzione, ricorre anche nella *Costituzione del regno di Napoli*, in *Decreti del Re Giuseppe e Gioacchino*, di seguito citata.

³⁷ G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, libro I, Milano, G. Galeazzi, 1784, 116, in *Lessico Giuridico Italiano* (LGI), <http://www.ittig.cnr.it/BancheDatiGuide/vocanet/Index.html>.

Dott.¹⁰ in *Metodi e tecniche di formazione e di valutazione delle leggi*

incisivamente offerta a livello letterario da Alessandro Manzoni, nipote di Cesare Beccaria, nei *Promessi Sposi* (la cui prima stesura risale al 1821) laddove ci presenta la figura e lo studio dell'avvocato dottor Azeccagarbugli (il cui nome è già tutto un programma...)

Legami parentali a parte, se è pur vero che nel romanzo manzoniano l'idea di legislazione è introdotta attraverso la descrizione di un pratico del diritto, è espressiva l'idea che Manzoni trasmette presentando questa figura.

Azeccagarbugli e il suo studio sono esempio paradigmatico dell'affastellarsi caotico di leggi, in cui ritroviamo l'oggetto della polemica di Muratori e dei testi dottrinari e normativi del XVIII secolo.

Quando il buon Renzo si reca nello studio di Azeccagarbugli, così esso gli appare:

“Era questo uno stanzone, su tre pareti del quale eran distribuiti i ritratti de' dodici Cesari; la quarta, coperta da un grande scaffale di libri vecchi e polverosi: nel mezzo, una tavola gremita d'allegazioni, di suppliche, di libelli, di gride...”³⁸

Il riferimento alle *cento gride*, a quel *caos di carte* denota in modo efficace lo stato della legislazione dell'epoca, insieme con la difficoltà, contrariamente a quello che sembra affermare Azeccagarbugli, di trovare la norma da applicare al caso concreto.

Una volta che Renzo ha spiegato il suo caso al legale, infatti, questo afferma di aver capito di cosa si tratta, anche se in realtà aveva ben frainteso il problema di Renzo, pensando che egli fosse l'autore dell'ingiustizia invece che la vittima:

“Caso serio figliuolo; caso contemplato. Avete fatto bene a venire da me. È un caso chiaro, contemplato in cento gride, e...appunto, in una dell'anno scorso, dell'attuale signor governatore. Ora vi fo vedere, e toccar con mano...”

Così dicendo, s'alzo dal suo seggiolone, e cacciò le mani in quel caos di carte, rimescolandole dal sotto in su, come se mettesse grano in uno staio...”³⁹ (A. Manzoni, *I promessi sposi*, cap. III).

1.9. L'esigenza di norma ben redatte nei testi legislativi del XVIII e del XIX secolo. – Dal XVIII secolo l'Europa è in fermento per l'emanazione delle costituzioni e per l'elaborazione delle grandi codificazioni.

Se ci concentriamo sui testi delle costituzioni, notiamo che anche in tale contesto si mostra presente la necessità e la tensione a creare un *corpus* di norme omogeneo, coordinato e perfetto, in cui le singole parti siano in armonia con il tutto.

L'esigenza di stabilire *una legge facile e chiara* emerge dalle *Leggi e costituzioni* di Vittorio Amedeo II, re di Sardegna.

Di fronte alle modifiche degli editti e degli ordinamenti del suo regno, infatti, il testo che segue esprime la necessità di fornire una spiegazione e un senso di questi, al fine di giungere ad una normazione ben fatta.

Il testo, d'altra parte, è emanato nel XVIII secolo, epoca in cui i governi cominciano a darsi leggi uniformi che hanno lo scopo di consolidare le consuetudine pregresse.

“...E perché i saggi Editti e gli ordinamenti de' reali nostri predecessori, per le sottigliezze de' litiganti e per il cambiamento de' tempi, anno variata sorte e vicenda, dimodoché o non si considerano o sono diversamente considerati, ci siamo risolti di spiegare l'intrinseco loro senso e sostanza, riducendoli in un limpido e breve compendio, acciocché uniti a quelle dichiarazioni ed ampliamenti che un lungo maneggio del governo ci ha fatte conoscere per necessarie, si stabilisca una legge facile e chiara...” (*Leggi e costituzioni di S.M. il Re di Sardegna*, Vittorio Amedeo II, 1723).

Anche nella *Formula di promulgazione iniziale* del *Codice delle leggi e costituzioni* per gli Stati di Francesco III, duca di Modena, ricorre la tensione ad una legislazione chiara e semplice.

³⁸ A. Manzoni, *I promessi sposi*, N. Sapegno e G. Viti (a cura di), Le Monnier, 1990, 62-63.

³⁹ A. Manzoni, *I promessi sposi*, cit., 62-63.

Pur riconoscendo nelle leggi il fondamento della società, dal testo normativo emerge che il loro elevato numero ne rende difficile l'osservanza e la comprensione, aprendo la strada a interpretazioni arbitrarie.

Ciò rende viziato l'ufficio del giudicante, che si trova a dover interpretare e applicare leggi numerose e oscure:

“...Quanto sono state le Leggi in ogni tempo, e sono tuttavia l'anima, la regola, e il fondamento della Società umana, e de' Governi, altrettanto la loro molteplicità ne difficolta l'osservanza, e la oscurità dà luogo ad arbitrarie interpretazioni; vizio, e difetto l'uno, e l'altro perniciosissimo alla retta amministrazione della Giustizia, e il quale Noi abbiamo sempre avuto in animo di togliere per il bene, e per la felicità de' Nostri Sudditi ...” (*Codice di leggi, e costituzioni per gli Stati di Francesco III, Duca di Modena, Formula di promulgazione iniziale, 1771*)⁴⁰.

Ulteriore principio presente è quello del rapporto tra leggi e costituzione: il *corpus* normativo deve necessariamente rispettare la costituzione, che si pone come norma gerarchicamente sovraordinata alle altre leggi, principio cardine dominante nelle fonti del diritto.

“...Tutte le leggi esistenti, e non contrarie alla presente Costituzione, rimanendo in vigore, il Re farà attendere alla revisione di diversi rami di legislazione, affine di perfezionarli, coordinarli, metterli in armonia tra loro in modo da formare nelle parti e nel tutto, un corpo compiuto, e regolare di leggi. Questo lavoro verrà presentato alle deliberazioni del parlamento...” (*Costituzione del regno di Napoli, in Decreti del Re Giuseppe e Gioacchino, stampati non inseriti nel Bollettino delle leggi, anni 1806-1815*)⁴¹.

Il concetto di un *corpus* normativo tendenzialmente armonioso è presente anche nella legislazione ecclesiastica del XIX secolo.

Ne è esempio paradigmatico il *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili* emanato da Gregorio Papa XVI con moto proprio del 10 novembre 1834.

La struttura razionale e perfetta della legislazione appare inoltre come requisito indispensabile per evitare l'arbitrio del giudicante, che, di fronte ad una legislazione chiara e uniforme, è tenuto ad applicare la legge, che si presta ad essere oggetto inequivoco dell'attività interpretatoria a cui lo stesso è tenuto.

“...Queste leggi pertanto...formano un corpo di legislazione di cui le singole parti sono fra loro in armonia...la grande massima che dichiara ottime quelle leggi, le quali attribuiscono ai giudici il minimo arbitrio, senza violentare la loro coscienza; ed ottimi i giudici, i quali attribuiscono il minimo possibile arbitrio a loro stessi...” (*Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili emanato da Gregorio Papa XVI con moto proprio del 10 novembre 1834*)⁴².

Anche nei meandri del movimento codificatorio del XIX secolo scopriamo manifestazioni dell'esigenza di una legislazione unica e universale, capace di soddisfare il canone della certezza del diritto.

Ciò che balza agli occhi è comunque la manifestazione dello scopo a cui si mira, ovvero di avere una legislazione in armonia non solo nelle sue singole parti, ma anche nei confronti dei principi supremi che trascendono le singole norme (in questo contesto storico, della monarchia e della religione cattolica come religione di stato, atteso il carattere confessionale del regno di Sardegna):

“...Una delle più sollecite Nostre cure fu quella di procurare agli amati Nostri sudditi il beneficio di una legislazione unica, certa, universale, conforme ai principii della santa Nostra Cattolica

⁴⁰ *Codice di leggi, e costituzioni per gli Stati di Sua Altezza Serenissima*, tomi 2, *Formula di promulgazione iniziale*, Modena, presso la Società Tipografica, 1771, 782, in *Lingua Legislativa Italiana* (LLI), <http://www.ittig.cnr.it/BancheDatiGuide/lli/Index.htm>.

⁴¹ *Costituzione del regno di Napoli, in Decreti del Re Giuseppe e Gioacchino*, stampati non inseriti nel Bollettino delle leggi, anni 1806-1815, Napoli, s.t., 1815, 2, in *Lingua Legislativa Italiana* (LLI), <http://www.ittig.cnr.it/BancheDatiGuide/lli/Index.htm>.

⁴² *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili emanato dalla Santità di Nostro Signore Gregorio Papa XVI con moto proprio del 10 novembre 1834*, Roma, dalla Tipografia Camerale, 1834, 372, in *Lingua Legislativa Italiana* (LLI), <http://www.ittig.cnr.it/BancheDatiGuide/lli/Index.htm>.

Dott.¹⁰ in *Metodi e tecniche di formazione e di valutazione delle leggi*

Religione ed a quelli fondamentali della Monarchia...” (*Codice civile per gli Stati di Carlo Alberto Re di Sardegna*, 1837)⁴³.

1.10. Il dibattito sulla codificazione: la polemica fra F. C. von Savigny e A. F. J. Thibaut. – Indicazioni di tecnica legislativa sono presenti anche nei lavori preparatori dei moderni codici del XIX secolo e nei dibattiti da questi suscitati in dottrina⁴⁴.

In particolare, ci preme ricordare la celebre polemica sull'opportunità o meno di redigere un codice di diritto civile che intercorre tra due famosi giuristi del XIX secolo: A. F. J. Thibaut e F. C. Savigny, in quanto in essa si trovano considerazioni relative alla forma dei testi legislativi e al metodo di redigere le leggi.

Thibaut espone la sua posizione nel libello Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland (1814).

Egli sostiene con convinzione la necessità di una riforma totale del diritto civile, ritenendo che l'unico mezzo perché i tedeschi possano godere di buone relazioni civili sia la stesura di un codice emanato per tutta la Germania, sottratto all'arbitrio dei singoli governi e creato dallo sforzo congiunto di tutti gli stati tedeschi.

Per realizzare tale risultato, Thibaut ritiene necessario soddisfare due condizioni: la perfezione sia della forma che del contenuto di tale opera legislativa, pur dovendo notare con rammarico che la Germania della sua epoca non soddisfaceva nessuna delle due:

“...Due sono le condizioni che ogni legislazione può e deve soddisfare: essa dev'essere perfetta formalmente e materialmente; deve cioè esporre le sue disposizioni in modo chiaro, inequivocabile ed esauriente, e provvedere a un ordinamento saggio e adeguato delle istituzioni civili, conforme alle esigenze dei sudditi...” (*A. F. J. Thibaut, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814)⁴⁵.

Alla proposta di Thibaut risponde il fondatore della *Geschichtliche Rechtsschule*, massimo esponente della corrente pandettistica che lasciò il segno non solo in terra tedesca, ma che tanto incise anche nella civilistica italiana della seconda metà dell'Ottocento⁴⁶.

Nel suo libello *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814) Savigny, in aperta dialettica con Thibaut, rifiuta la sistemazione del diritto in un codice.

Secondo la sua posizione, è la *Rechtswissenschaft* la fonte giuridica più importante per la Germania, che non è pronta per un'opera di codificazione.

Facendo riferimento al suo avversario Thibaut, Savigny scrive nelle conclusioni del suo *Beruf*:

“...Il nostro obiettivo è lo stesso: vogliamo il fondamento di un diritto sicuro, sicuro dall'ingerenza dell'arbitrio e delle idee ingiuste...Per raggiungere tale obiettivo, loro chiedono un codice...Io vedo il mezzo giusto in una scienza giuridica in progresso organico, che possa essere comune a tutta la nazione...”⁴⁷

La posizione di Savigny prevale in Germania del XIX secolo, dove la pandettistica svolge la funzione del codice fino alla redazione del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) nel 1900, che è proprio il frutto della corrente scientifica tedesca.

⁴³ *Codice civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna*, Torino, Stamperia Reale, 1837, 660, in *Lingua Legislativa Italiana* (LLI), <http://www.ittig.cnr.it/BancheDatiGuide/lli/Index.htm>.

⁴⁴ Cfr. *Le direttive di tecnica legislativa in Europa*, R. Pagano (a cura di), vol. I, Camera dei Deputati, 1997, XX.

⁴⁵ A. F. J. Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, in A. F. J. Thibaut - F. C. Savigny. *La polemica sulla codificazione*, G. Marini (a cura di), ESI, 1882, 57 ss..

⁴⁶ Per la Pandettistica si veda A. Mazzacane, *Pandettistica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Giuffrè, s. v..

Sull'influenza della Pandettistica in Italia si veda P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico: 1860 - 1950*, Giuffrè, 2000.

⁴⁷ F. C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* in A. F. J. Thibaut - F. C. Savigny. *La polemica sulla codificazione*, G. Marini (a cura di), ESI, 1882, 197.

Savigny, tuttavia nella maturità delle sue elaborazioni rivela una progressiva tendenza alla sistematizzazione e all'attenzione per gli aspetti formali della legge, come si può comprendere dalle parole della sua opera tarda *System des heutigen Römischen Rechts* (1840).

Una volta definito cosa intende per legge, il giurista infatti fa riferimento non solo al contenuto di essa, che era invece al centro della sua attenzione nel *Beruf*, ma anche alla sua forma, che individua come ideale nella regola astratta:

“...Il diritto positivo, espresso in caratteri sensibili per mezzo della lingua, e rivestito d'una autorità assoluta, si chiama legge, e la formazione di questa è uno dei più nobili diritti del potere supremo dello Stato...”

Se cerchiamo qual sia il contenuto della legge, troviamo che esso è determinato dalla natura stessa del potere legislativo...

Oltre al contenuto della legge...conviene ora prendere ad esaminare attentamente anche la forma di essa. Essa è determinata così dalla natura del potere supremo ond'essa emana, come dall'autorità assoluta di cui è rivestita. Nulla è più conforme a quest'origine ed a quest'autorità, che la forma astratta di regola e di comando...” (F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840)⁴⁸.

1.11. Un esempio di tecnica legislativa: la formula di promulgazione della Toscana del XIX secolo. – Una significativa testimonianza delle questioni legislative della Toscana della seconda metà del XIX secolo ci proviene da Enrico Poggi, ministro della giustizia del governo provvisorio della Toscana negli anni 1859-1860.

Da essa notiamo come, in una situazione politica incerta, il confronto sulle strategie dei governi insorti investisse aspetti strutturali e formali dei testi legislativi e amministrativi.

A una serie di notazioni generali e politiche sulla necessità di un'adozione completa ed immediata delle leggi e dei codici sardi, segue la questione relativa alla formula di promulgazione degli atti dei Governi provvisori.

Da essa emerge l'attenzione alla forma con cui veniva espressa l'autorità in forza della quale si procedeva all'emanazione di un atto ufficiale.

“...Per la intitolazione degli atti governativi noi avevamo preparato la formula:

In nome di S. M. Vittorio Emanuele Re eletto,

laddove i transappennini, a proposta del Farini, aveano già adottato la formula piemontese:

Regnando S.M. Vittorio Emanuele II.

Questo primo divario, oltrechè giustificava l'urgenza da me allegata nel provvedere, porgeva un manifesto segno del diverso punto di vista nel procedere all'unione.

I transappennini non sapevano far altro che copiare e copiare le cose piemontesi: noi all'incontro, in tuttociò che non concerneva le basi fondamentali del regno, volevamo il meglio ed amavamo di farlo capire per tempo, affinché non si scambiasse il concetto della unione nazionale in quello dell'incorporazione nostra al Piemonte.

La formula:

Regnando S.M: Vittorio Emanuele; oltre al non esser bella in sé stessa, per i toscani e per gli emiliani, che non erano ancora governati dal Re, suonava a un dipresso quel che suona l'altra:

Sedendo in Vaticano S.S. Papa Pio Nono.

Non esprimeva esercizio d'impero e d'autorità, ma indicazione di chi regnava in una certa parte d'Italia; e noi invece avevamo desiderio ed interesse ad esprimere e far sapere che anco in Toscana regnava Vittorio Emanuele; e che noi governavamo a nome di lui.

Ma bisognò accettarla, perché il Ricasoli l'aveva concordata.

Soltanto fu soppresso il [“] secondo [“], e pel giuramento dei notari e dei soldati fu ritenuta la formula:

⁴⁸ F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, V. Scialoia (a cura di), vol. I, Unione Tipografico Editrice, 1886, 63 ss..

Giuro d'esser fedele a Vittorio Emanuele Re eletto...” (E. Poggi, *Memorie storiche del governo della Toscana nel 1859-60*)⁴⁹.

1.12. La questione della lingua. – Ulteriore aspetto cui merita fare cenno è quello relativo alla lingua dei testi normativi.

A questo proposito l'accademico della Crusca Tommaseo (1802-1874) il 28 aprile 1868, prendendo lo spunto dalle discussioni sul vocabolario dell'uso parlato, proposto dal Manzoni e dai manzoniani come strumento per avviare la lingua ad una maggiore unità, invita alla prudenza, d'accordo in questo con i suoi colleghi, verso una proposta che l'accademia non può far propria, impegnata com'è in un'impresa di più ampio respiro.

Suggerisce in cambio che venga affidata alla Crusca un'altra parte dell'opera unificatrice, ed è questa: che siano risolti dal Consiglio degli Accademici le proposte che si faranno per rendere:

“più corretto e meglio determinato, come si conviene ad una grande e colta nazione, il linguaggio dell'amministrazione e delle leggi”⁵⁰.

Ma in questo caso il suggerimento cade nel vuoto: nessun consenso, nessun contrasto è documentato nel seguito della discussione.

L'Accademia della Crusca, per tradizione secolare, si tiene infatti lontana da ogni intervento d'autorità in questioni normative.

Anche Enrico Poggi sottolinea i problemi relativi alla lingua legislativa.

Dal documento storico che segue emerge come la lingua si ponga come veicolo per la comprensione e la recezione di un testo di legge.

Una disposizione poco chiara o addirittura ignota al popolo in quanto espressa in una lingua poco comprensibile risulta infatti difficilmente recepibile dai suoi destinatari⁵¹:

“...Nasceva un ultimo ostacolo dalla lingua.

Conteneva la legge varie disposizioni poco intelligibili dai toscani, ed usava parole di ignoto significato fra noi.

Come pretendere a pubblicarla senza correzioni, posto che il popolo più interessato a studiarla difficilmente l'avrebbe intesa?

Fissai un'adunanza di sera col Cadorna e gli affacciai tutte queste difficoltà.

Non mostrandosi egli disposto a cedere, si convenne di tenere un Consiglio di Ministri in casa del Salvagnoli per ivi discuterle.

Annui il Consiglio al mio parere, e allora si pose mano alle correzioni della legge con l'intervento del Consigliere Tabarrini; e dopo breve tempo la modificammo in guisa che riuscì meno gravosa della piemontese, alquanto più della legge toscana...” (E. Poggi, *Memorie storiche del governo della Toscana nel 1859-60*)⁵².

L'orgoglio per il primato della lingua toscana emerge anche dalla raccomandazione dello stesso Poggi a curare la purezza della lingua, nelle istruzioni che dette ai giuristi toscani inviati a Torino a partecipare alla Commissione mista per l'unificazione della legislazione civile e penale.

Tale elemento infatti è visto dal Poggi come essenziale per ottenere l'unità linguistica, presupposto imprescindibile per giungere all'unità nazionale.

“...Illustrissimi Signori,

Ben difficile è il dare alle SS. VV. precise istruzioni circa al mandato che vanno a compiere in Torino insieme ad una eletta schiera di Giureconsulti, di unificare la legislazione civile e criminale delle varie province del nuovo regno.

⁴⁹ E. Poggi, *Memorie storiche del governo della Toscana nel 1859-60*, (Pisa, 1867), ed. anast., Roma, Multigrafica editrice, 1976, vol. I, 278-282.

⁵⁰ Cfr P. Fiorelli, S. Angeli, P. Cecchettini (a cura di), *Niccolò Tommaseo e Settignano. La vita, le onoranze, il restauro della statua*, Comune di Firenze, Consiglio di Quartiere 2, 10.

⁵¹ Un'osservazione analoga è presente nel testo di Beccaria, C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, G. D. Pisapia (a cura di), Giuffrè, 1964, 22 ss..

⁵² E. Poggi, *Memorie storiche del governo della Toscana nel 1859-60*, vol. II, cit., 112.

Per il momento l'ufficio loro si restringe alla riforma del Codice civile di Sardegna, desiderata da molto tempo anco in Piemonte ed avviata con studi preparatorj, un saggio dei quali è stato loro comunicato da questo Ministero...

Do termine ... con raccomandare caldamente alle SS. VV. la cura della lingua, non sempre, né molto accarezzata nei vari Codici fin qui pubblicati fuori di Toscana.

Si rammentino i Commissarj d'onde vengono:

pensino che contro loro soli graverebbe la colpa di una lezione del Codice oscura e riprovata dal gusto e dall'uso del popolo, presso del quale la gentil favella regna da secoli senza contrasto, ed è universalmente rispettata;

e riflettano che senza curare la purità della lingua non si bandiscono i dialetti, e senza bandire i dialetti, non giungeremo mai a conseguire tutto intero il beneficio della unità nazionale, che richiede per condizione essenziale l'unità ed uguaglianza della favella tra le diverse genti che compongono la famiglia italiana..." (E. Poggi, *Memorie storiche del governo della Toscana nel 1859-60*)⁵³.

⁵³ E. Poggi, *Memorie storiche del governo della Toscana nel 1859-60*, vol. II, cit., 349-356.