

Amedeo Arena è professore ordinario di Diritto dell'Unione Europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II e Senior Fellow presso l'Institute of European Studies della University of California, Berkeley. È referente scientifico dell'Accademia Filangieri di Partenope, nell'ambito della quale ha promosso l'istituzione del Premio Filangieri per giovani giuristi. Ha tenuto diverse lezioni e relazioni a convegni, presso università italiane e statunitensi, sulla corrispondenza tra Gaetano Filangieri e Benjamin Franklin ed è stato curatore della mostra pannellare che ha riunito per la prima volta le lettere dei due illuministi, esposta presso il Consolato generale d'Italia a Filadelfia e presso l'Istituto italiano di cultura a San Francisco. Le sue ricerche d'archivio hanno condotto al riconoscimento di Domenico Cirillo come primo socio italiano della American Philosophical Society di Filadelfia, attraverso la correzione di un errore avvenuto nel 1768. È stato, inoltre, nominato membro del comitato istituito dalla American Philosophical Society per le celebrazioni del 250° anniversario della Dichiarazione di indipendenza.

Il presente volume, rientrante nella Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II e pubblicato in occasione degli 800 anni dalla fondazione dell'Ateneo napoletano, si divide in due parti.

La prima, denominata *Cittadino di tutti i luoghi*, raccoglie dei saggi che esaminano la rilevanza che il pensiero filangieriano ha assunto, già alla fine del Settecento, in una pluralità di ambiti geografici: da Napoli a Milano, dalla Francia alla Prussia, dalla Gran Bretagna agli Stati Uniti d'America.

La seconda parte, intitolata *Contemporaneo di tutte l'età*, comprende dei contributi che si soffermano sulla valenza delle riflessioni di Filangieri in diverse epoche storiche, dall'Ottocento ai giorni nostri.

L'opera intende evidenziare l'universalità del pensiero di Filangieri, nella convinzione che le sue idee possano ancora offrire utili spunti per «conciliare in un codice la libertà, la pace, e la ragione» e per «compire l'opera» della «felicità de' popoli».

Gaetano Filangieri rappresenta una figura importante dell'Illuminismo, che merita senz'altro una raccolta di scritti come quelli contenuti in Cittadino di tutti i luoghi, contemporaneo di tutte l'età: l'universalità del pensiero di Gaetano Filangieri. Che risultato straordinario! Ho letto l'epilogo di tale volume con grande interesse e l'ho trovato affascinante.

Ellen R. Cohn, Senior Research Scholar presso il Dipartimento di storia dell'Università di Yale ed Editor-in-Chief dei *Papers of Benjamin Franklin*, promossi dall'Università di Yale e dalla American Philosophical Society di Filadelfia

EDIZIONE FUORI COMMERCIO

ISBN 979-12-235-0082-8



CITTADINO DI TUTTI I LUOGHI, CONTEMPORANEO DI TUTTE L'ETÀ:
L'UNIVERSALITÀ DEL PENSIERO DI GAETANO FILANGIERI

ES

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ FEDERICO II

CITTADINO DI TUTTI I LUOGHI, CONTEMPORANEO DI TUTTE L'ETÀ: L'UNIVERSALITÀ DEL PENSIERO DI GAETANO FILANGIERI

A CURA DI
AMEDEO ARENA

EDITORIALE SCIENTIFICA

Il volume a cura di Amedeo Arena mostra come Gaetano Filangieri, Benjamin Franklin ed altri intellettuali si siano confrontati sulle idee dell'Illuminismo, unendo gli individui al di là dei confini nazionali nella ricerca di ordinamenti costituzionali che siano equi, giusti e inclusivi. Il volume rivela che la ragione e la conoscenza possono trascendere i limiti del nazionalismo per promuovere la causa comune dell'umanità, fornendo un esempio che resta estremamente rilevante nel ventunesimo secolo.

David R. Brigham, Ph.D., Librarian e CEO della Historical Society of Pennsylvania, Filadelfia

In copertina: Giuseppe Bonito, *Ritratto del giurista Gaetano Filangieri*, (part.), olio su tela, 1785-1788, esposto presso il Museo Civico Filangieri per gentile concessione della Galleria Porcini.

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

Nuova serie

4



CITTADINO DI TUTTI I LUOGHI,
CONTEMPORANEO DI TUTTE L'ETÀ:
L'UNIVERSALITÀ DEL PENSIERO
DI GAETANO FILANGIERI

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Volume edito con il contributo dell'Università degli studi di Napoli Federico II,
nell'ambito dell'accordo di cooperazione scientifica
con la Vrije Universiteit Brussels.

Si ringrazia il prof. Nicola De Blasi, dell'Università Federico II di Napoli,
per la consulenza linguistica ed il dr. Alessandro Maurini,
dell'Università degli studi di Torino, per il lavoro redazionale.

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2024 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 979-12-235-0082-8

✓*A traverso degli errori che vi si troveranno forse sparsi, a traverso della bassezza, colla quale saranno esposte le più grandi verità, a traverso degl'infiniti difetti, che vi si potranno incontrare, comparirà sempre il mio cuore, che l'ambizione non ha contaminato, l'interesse non sedotto, il timore non ha avvilito. Il bene pubblico è il solo oggetto di quest'opera, e il zelo col quale è scritta, è il suo unico ornamento.

Gaetano Filangieri, *La scienza della legislazione*, seconda edizione, Napoli, 1781, Stamperia Raimondiana, tomo I, Introduzione, p. 58.

* Spunta apposta da Benjamin Franklin nella copia conservata presso la biblioteca della American Philosophical Society di Filadelfia, con collocazione 340.1 F47s.

INDICE

<i>Piano dell'opera</i> , di AMEDEO ARENA	IX
---	----

PREFAZIONI

<i>Il pensiero cosmopolita di Gaetano Filangieri: un ponte tra Illuminismo e contemporaneità, tra Italia e Stati Uniti</i> , di MARIANGELA ZAPPIA	XIX
--	-----

<i>Il diritto è educazione per vivere in comunità: l'eredità di Gaetano Filangieri</i> , di RICCARDO IMPERIALI DI FRANCAVILLA	XXI
--	-----

<i>Dall'Illuminismo italiano alla Costituzione americana: l'attualità di Gaetano Filangieri</i> , di ANTONIO GIORDANO	XXIII
--	-------

<i>Nel nome di Filangieri: un'Accademia per riscoprire e diffondere il pensiero degli illuministi napoletani</i> , di BENEDETTO MIGLIACCIO	XXV
---	-----

<i>Gli illuministi europei nella giurisprudenza della Corte di giustizia: aspettando Filangieri</i> , di STEFAAN VAN DER JEUGHT	XXXI
--	------

PARTE I

CITTADINO DI TUTTI I LUOGHI

VINCENZO FERRONE <i>Costituzionalismo e diritti dell'uomo nella cultura illuministica</i>	3
--	---

FRANCA PIROLO <i>Gaetano Filangieri tra progetti di riforma e realtà del potere nel Regno di Napoli nel XVIII secolo</i>	25
---	----

VALERIA FERRARI <i>Quale ruolo per i corpi intermedi nella Napoli di fine Settecento?</i> <i>Le riflessioni di Gaetano Filangieri</i>	39
FRANCESCO BERTI e DARIO IPPOLITO <i>La Scienza della legislazione e il paradigma Beccaria</i>	53
ANTONIO TRAMPUS <i>Filangieri e il linguaggio dei diritti dell'uomo nella traiettoria napoleonica</i>	83
FRANCESCO MARIANI <i>Il cosmopolitismo e l'idea di una pace possibile: Kant e Filangieri sul problema degli eserciti permanenti</i>	93
FABRIZIO SIMON <i>Giustizia retributiva e giustizia distributiva.</i> <i>Gaetano Filangieri e Adam Smith a confronto</i>	117
ALESSANDRO MAURINI <i>Dato questo primo passo, bisogna farne un altro: il realismo filangieriano nel discorso finale di Benjamin Franklin alla Convenzione di Filadelfia</i>	139

PARTE II CONTEMPORANEO DI TUTTE L'ETÀ

VALERIA MARZOCCO <i>Scienza della legislazione e costituzionalismo. La perenne attualità del contributo di Gaetano Filangieri</i>	157
RAFFAELE SABATO <i>La motivazione delle sentenze tra la Prammatica napoletana del 1774, il pensiero di Gaetano Filangieri e i principi europei in tema di stato di diritto</i>	175
FRANCESCO DE SANTIS DI NICOLA <i>"Sovrano impero delle leggi", soggezione alla legge e ruolo del giudice</i>	183
GIAN MARCO ANTONELLI <i>Il "sovrano impero delle leggi" alla prova dell'attuazione della normativa antiriciclaggio</i>	217

MICHELA TROISI

Gaetano Filangieri: prolegomeni alla giustizia costituzionale 223

MARIO RIBERI

*La Scienza della legislazione alla Camera dei deputati dal Regno di Sardegna
all'Italia repubblicana* 237

ANGELA IACOVINO

Il diritto al servizio della felicità pubblica: echi filangieriani nella Costituzione repubblicana 257

ALESSANDRO ROSANÒ

*“Diritti inviolabili dell’umanità e della ragione” e processo di integrazione europea:
dall’antitesi alla sintesi* 283

EPILOGO / EPILOGUE

*La corrispondenza tra Gaetano Filangieri e Benjamin Franklin: lumi per la federazione
americana e l’integrazione europea, di Amedeo Arena* 309*The Correspondence Between Gaetano Filangieri and Benjamin Franklin: Enlightenment
for the American Federation and for European Integration, di Amedeo Arena* 323

APPENDICE

La corrispondenza Filangieri-Franklin 337*Lettere spurie* 347

Piano dell'opera

AMEDEO ARENA

Il presente volume, edito in occasione degli ottocento anni dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, raccoglie una serie di scritti sul pensiero di Gaetano Filangieri, alcuni dei quali riprendono delle relazioni tenute presso il Dipartimento di giurisprudenza di tale Ateneo nel contesto delle prime tre cerimonie di conferimento del *Premio Filangieri per giovani giuristi*. Tale premio, istituito dall'Accademia Filangieri di Partenope nel 2021, è assegnato ogni anno ai laureati in giurisprudenza che meglio riescano a evidenziare i profili di continuità tra il proprio lavoro di tesi e il pensiero di Gaetano Filangieri.

Allo stesso modo, questo volume nasce dalla convinzione che le riflessioni di Filangieri, sebbene radicate nella Napoli del Settecento, assumano una valenza che si estende nel tempo e nello spazio. Lo stesso Filangieri, del resto, alla fine del secondo libro de *La Scienza della legislazione*, considerava il filosofo illuminista un «cittadino di tutti i luoghi» e un «contemporaneo di tutte l'età» e riteneva «l'universo» fosse «da sua patria, la terra [...] la sua scuola, i suoi contemporanei ed i suoi posteri [...] i suoi discepoli».

Il volume si apre con cinque contributi introduttivi. Mariangela Zappia, Ambasciatrice d'Italia presso gli Stati Uniti, riflette sul pensiero cosmopolita di Gaetano Filangieri, evidenziando come i suoi ideali illuministi, connessi ai diritti umani, abbiano influenzato profondamente il costituzionalismo americano. Tale contributo sottolinea come l'impegno di Filangieri nella promozione del bene comune e della felicità pubblica abbia trovato eco nelle riflessioni dei costituenti statunitensi, contribuendo a forgiare l'identità di tale nazione.

Riccardo Imperiali di Francavilla, rappresentante della famiglia Filangieri presso l'omonimo Museo civico, sottolinea come, per il proprio avo, il diritto non fosse semplicemente un insieme di norme coercitive, ma un vero e proprio strumento educativo, essenziale per il vivere civile e per il progresso della società. La concezione filangieriana del diritto come mezzo per la formazione morale e civile dei cittadini si colloca all'interno di una visione più ampia, in cui la legge promuove valori etici e sociali condivisi.

Antonio Giordano, *Board Member* della *National Italian American Foundation*, una delle organizzazioni più rappresentative della comunità italoamericana, e fondatore e presidente della *Sbarro Health Research Organization* di Filadelfia, un'organizzazione no profit per la ricerca sul cancro e le malattie croniche attiva negli

Stati Uniti ed in Italia, sottolinea la forte valenza identitaria di figure come Filangieri, Mazzei e Beccaria per la comunità italoamericana e la loro perdurante rilevanza nelle relazioni tra Italia e Stati Uniti.

Benedetto Migliaccio, presidente dell'Accademia Filangieri di Partenope, illustra il ruolo di tale associazione nell'approfondimento e nella divulgazione dell'Illuminismo napoletano, attraverso convegni, mostre e l'istituzione del Premio Filangieri per giovani giuristi. Tale contributo evidenzia l'importanza di mantenere viva l'eredità filangieriana, capace di ispirare i giuristi contemporanei, e di riaffermare i valori universali di giustizia, progresso e cosmopolitismo che la caratterizzano.

Il contributo introduttivo di Stefaan van der Jeught, professore di diritto dell'Unione europea presso la *Vrije Universiteit Brussel* e *Press Officer* presso la Corte di giustizia dell'Unione Europea, riprende una lezione tenuta all'Università Federico II sui riferimenti letterari presenti nelle conclusioni degli Avvocati Generali, evidenziando come gli stessi abbiano citato le opere di diversi illuministi europei ed auspicando una maggiore attenzione da parte delle istituzioni europee verso il pensiero di Filangieri.

Il volume si articola poi in due parti, intitolate *Cittadino di tutti i luoghi* e *Contemporaneo di tutte l'età*. La prima raccoglie dei contributi che mostrano come il pensiero di Filangieri, tra la fine del Settecento ed i primi anni dell'Ottocento, abbia assunto rilevanza in una molteplicità di contesti geografici e culturali, da Napoli a Milano, dalla Francia alla Prussia, dalla Gran Bretagna agli Stati Uniti d'America.

Il contributo di Vincenzo Ferrone introduce tale disamina soffermandosi sull'indissolubile legame tra il costituzionalismo e il linguaggio dei diritti dell'uomo nel Tardo Illuminismo. Lo scritto evidenzia come questo rapporto sia cruciale per comprendere l'ambizioso progetto politico di quell'epoca, che ha trasformato la storia dell'Occidente in un autentico laboratorio della modernità. La storiografia internazionale ha tardato a riconoscere il contributo dell'Illuminismo alla formulazione dei diritti umani, spesso oscurato dalle rivoluzioni americana e francese. Il saggio critica anche la recente storiografia anglosassone che presenta i diritti umani come una novità postmoderna, ignorandone le radici illuministiche. Secondo l'autore, l'Illuminismo ha esteso la Rivoluzione scientifica alle scienze umane, creando nuovi valori umanistici che rimangono fondamentali per la comprensione dei diritti di cittadinanza e per l'emancipazione dell'uomo attraverso un profondo ripensamento epistemologico.

La disamina della rilevanza geografica del pensiero di Filangieri prende le mosse dal contesto ove lo stesso fu concepito: la Napoli del Settecento. Il contributo di Franca Pirolo esamina infatti il ruolo cruciale del filosofo all'interno del

panorama politico e intellettuale napoletano di quell'epoca, declinando la tensione tra l'idealismo riformatore di Filangieri e la resistenza degli antichi poteri, concentrandosi sul contesto sociale ed economico del Regno di Napoli, in particolare il feudalesimo. L'autrice esplora le affinità e le divergenze tra Filangieri e Bernardo Tanucci, mettendo in luce come il primo, nonostante le difficoltà incontrate, abbia promosso una visione radicale di sovranità popolare e di riforma economico-sociale, opponendosi con forza ai privilegi feudali. Il saggio offre inoltre un'analisi approfondita delle dinamiche di potere dell'epoca e delle sfide che limitarono l'attuazione delle riforme proposte, evidenziando come il pensiero di Filangieri, pur radicato nel XVIII secolo, continui a offrire spunti di riflessione sulle tensioni tra giustizia, potere e modernizzazione.

Il contributo di Valeria Ferrari, del pari, approfondisce il ruolo centrale che i corpi intermedi, in particolare la nobiltà e il ceto togato, rivestivano nella Napoli in cui Filangieri formulò le proprie riflessioni. Il filosofo campano riconosceva ai corpi intermedi una funzione di equilibrio tra il sovrano e il popolo, ma negava loro quelle prerogative che, a suo avviso, avrebbero frammentato la sovranità statale. Attraverso un'analisi delle critiche di Filangieri al sistema feudale e alla giurisdizione baronale, l'autrice mostra come il filosofo auspicasse una profonda trasformazione politica e sociale, basata sull'abolizione delle primogeniture e dei fe-decommessi, e sull'introduzione di un libero mercato della terra. Il capitolo illustra inoltre la tensione tra l'ideale di una monarchia costituzionale e l'indivisibilità del potere sovrano, che Filangieri vedeva come necessario per evitare l'anarchia e garantire la pubblica felicità.

La trattazione si sposta quindi verso la Milano di Cesare Beccaria. Nel proprio capitolo Francesco Berti e Dario Ippolito operano un confronto tra le idee di Filangieri con quelle di Beccaria, evidenziando come il primo abbia sviluppato e ampliato alcune delle intuizioni del secondo, particolarmente in tema di giustizia penale e diritti umani. Filangieri, pur condividendo molte delle idee dell'illuminista milanese, si distingue per un approccio che abbraccia non solo la giustizia penale, ma anche la giustizia civile e l'organizzazione dello Stato. Questo confronto permette di apprezzare la profondità e la complessità del pensiero filangieriano, collocandolo all'interno di una tradizione riformista più ampia e articolata.

Così come Milano, anche Parigi era culturalmente molto vicina a Napoli tra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento. Il capitolo di Antonio Trampus esamina il ruolo del pensiero filangieriano nel contesto della Francia napoleonica, esplorando come le idee del filosofo campano in materia di diritti dell'uomo siano state recepite e integrate nella filosofia politica e nella codificazione napoleonica. L'autore illustra come Napoleone, pur non avendo conosciuto personalmente Filangieri, abbia riconosciuto l'importanza della sua opera, in particolare nel campo

delle leggi penali. Il capitolo inoltre delinea i punti di contatto tra *La Scienza della legislazione* e i principi giuridici affermatasi durante il Consolato e il Primo Impero, mettendo in evidenza l'influenza di Filangieri su figure chiave come Benjamin Constant e altri intellettuali francesi. Inoltre, l'autore approfondisce il dibattito sulla servitù e la schiavitù in Europa, evidenziando il contributo di Filangieri alla riflessione sui diritti civili, in un periodo storico caratterizzato da profonde trasformazioni politiche e sociali.

Dalla Francia napoleonica la trattazione prosegue verso la Prussia di Immanuel Kant. Nel proprio saggio, Francesco Mariani esplora una tensione, interna al pensiero di Filangieri e Kant, tra una reale aspirazione pacifista e cosmopolita e la limitazione imposta da una lettura pragmatica dei rapporti di forza tra gli Stati nel complesso quadro europeo del secondo Settecento. Il tema degli eserciti permanenti (*miles perpetuus*), che rappresenta, secondo Mariani, una cartina al tornasole per comprendere la contraddizione tra le alte aspirazioni di trasformazione dell'umanità e le battute d'arresto di fronte alla resistenza delle istituzioni che si desiderava cambiare.

L'analisi si sposta quindi verso la Gran Bretagna di Adam Smith. Il saggio di Fabrizio Simon si addentra nella comparazione tra i due modelli di "società giusta" propugnati, rispettivamente, dall'illuminista scozzese e dal filosofo napoletano. In particolare, Simon mostra come, sebbene *The Wealth of Nations* e *La Scienza della Legislazione* presupponessero entrambe una certa fiducia nel progresso dell'umanità, le due opere si basavano su concezioni profondamente diverse dell'individuo e dell'ordine sociale. Dopo aver contestualizzato le opere di Smith e di Filangieri nel Settecento, l'autore confronta le loro idee sulla giustizia retributiva e distributiva, evidenziando le differenze nel pensiero dei due intellettuali.

Le idee di Filangieri non si propagarono soltanto in Europa, ma giunsero persino al di là dell'Atlantico: la seconda parte del volume si chiude infatti a Filadelfia, ove ha visto la luce la Costituzione degli Stati Uniti d'America. Il contributo di Alessandro Maurini analizza l'influenza del pensiero di Filangieri sullo statista americano, contribuendo alla formazione della democrazia americana. Attraverso un'accurata disamina delle notazioni di Franklin sulla propria copia dell'opera di Filangieri, l'autore evidenzia come tale scritto abbia avuto un'incidenza sul pensiero del costituente americano nell'ultima fase della sua esperienza politica. Il saggio mette in luce l'importanza delle riflessioni di Filangieri sulla schiavitù, che hanno trovato riscontro nell'impegno abolizionista di Franklin, e sottolinea l'analogia tra il realismo di Filangieri e il pragmatismo di Franklin al termine della Convenzione di Filadelfia con riguardo alla necessità di una costituzione che, nonostante le contraddizioni ed i compromessi politici, potesse comunque garantire il bene comune e la felicità della nazione.

I contributi della seconda parte del volume, denominata *Contemporaneo di tutte l'età*, pongono l'accento sulla valenza che il pensiero di Filangieri ha conservato nel corso del tempo, tracciando un percorso che va dall'Ottocento fino ai giorni nostri e dimostrando come le sue idee abbiano continuato a ispirare il dibattito giuridico, politico e sociale.

La seconda parte si apre infatti con il contributo di Valeria Marzocco, la quale analizza il legame tra il pensiero di Filangieri e il costituzionalismo, evidenziando come la riflessione filangieriana sia stata fondamentale per lo sviluppo di una concezione moderna della limitazione del potere e della centralità della legge. L'autrice, in particolare, sottolinea l'eterogeneità del costituzionalismo filangieriano rispetto alle correnti liberali prevalenti, ponendolo in una tradizione che si avvicina al repubblicanesimo.

Il capitolo di Raffaele Sabato prende le mosse dallo scritto giovanile di Filangieri, le *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, in cui il filosofo campano sottolineava l'importanza dell'obbligo di motivazione nelle pronunce giudiziarie, introdotto nel Regno di Napoli nel 1774 su iniziativa di Bernardo Tanucci. Il contributo si sofferma sulla portata rivoluzionaria di tale riforma, evidenziando la sua carica innovativa per l'amministrazione della giustizia, non solo nel Regno di Napoli ma nell'Europa intera. L'autore illustra, poi, come l'obbligo di motivazione delle sentenze sia stato consacrato nella Costituzione italiana e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, analizzando le principali pronunce in materia della Corte di Strasburgo.

Anche il contributo di Francesco De Santis di Nicola prende spunto dalle *Riflessioni politiche* di Filangieri, soffermandosi sul rapporto tra il giudice e la legge. In tale capitolo, l'autore esamina la tensione tra la soggezione del giudice alla legge e l'indipendenza della magistratura, mostrando come la prospettiva filangieriana operi un bilanciamento tra tali fondamentali esigenze. Il saggio esplora inoltre le implicazioni delle idee di Filangieri per il dibattito contemporaneo sull'indipendenza della magistratura e sulla trasparenza del sistema giudiziario.

Alle *Riflessioni politiche* del 1774 si ispira altresì Gian Marco Antonelli, che nel proprio contributo esplora la rilevanza delle idee filangieriane in tema di Stato di diritto ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione della disciplina vigente per il contrasto al riciclaggio di denaro ed al finanziamento del terrorismo, di cui al D.lgs. n. 231 del 2007. L'autore analizza come i principi fondamentali di legalità e determinatezza, esaltati da Filangieri, siano spesso disattesi nell'applicazione delle norme antiriciclaggio, con specifico riferimento alle sanzioni amministrative irrogate ai professionisti per il mancato rispetto della normativa in materia. Il saggio richiama inoltre l'importanza della chiarezza delle leggi per evitare l'arbitrio giudi-

ziario e garantire la libertà dei cittadini, sottolineando l'attualità delle riflessioni di Filangieri al riguardo.

Il contributo di Michela Troisi si sofferma non solo sulle *Riflessioni politiche* del 1774, ma anche sull'opera più matura di Filangieri, *La Scienza della legislazione*, pubblicata tra il 1780 ed il 1791. L'autrice analizza come Filangieri anticipi concetti moderni di giustizia costituzionale, proponendo un "piccolo codice" di leggi fondamentali e inviolabili. Questa visione, sebbene ancora embrionale, si avvicina alla concezione di una costituzione rigida e alla superiorità dei diritti fondamentali da essa sanciti rispetto alla legislazione ordinaria. L'autrice rileva inoltre come Filangieri abbia evidenziato l'esigenza di un organo di controllo, il Censore delle leggi, e introduca l'idea dell'Eforato, una magistratura destinata a mantenere l'equilibrio tra i poteri, anticipando alcuni aspetti del moderno sindacato di costituzionalità.

Il capitolo di Mario Riberi analizza l'incidenza de *La Scienza della legislazione* nei dibattiti parlamentari italiani, dal Risorgimento fino alla Seconda Repubblica. L'autore esamina numerosi interventi parlamentari che, dal 1848 al 1994, hanno richiamato l'opera di Filangieri. Attraverso le citazioni di deputati come Lorenzo Valerio, Domenico Fois, Luigi Zuppetta, Luigi Minervini, Giuseppe Nanni e Francesco Pais Serra, emerge una rilevanza duratura del pensiero filangieriano nei dibattiti relativi a temi cruciali come la riforma del sistema giudiziario, il decentramento amministrativo ed il processo penale.

La finalità dell'ampio programma di riforme proposte da Filangieri è la felicità dei cittadini: un concetto che Angela Iacovino esamina dettagliatamente nel proprio contributo. Dopo aver evidenziato le difficoltà nel definire tale concetto, l'autrice rivolge lo sguardo al contributo di Filangieri, che ha avuto il merito di legare indissolubilmente il tema della felicità a quello dei diritti fondamentali. L'autrice rileva inoltre che il diritto alla felicità è stato riconosciuto nelle costituzioni di diversi Paesi, divenendo un valore riconosciuto anche a livello internazionale. Nel contesto italiano, l'autrice ritiene che la Costituzione, pur non menzionando espressamente un «diritto alla felicità», persegua tale obiettivo attraverso l'articolo 3, che impegna la Repubblica alla promozione del pieno sviluppo della persona umana, implicando che lo Stato debba garantire condizioni economico-sociali favorevoli per assicurare la libertà e l'eguaglianza dei cittadini.

Altro tema centrale ne *La Scienza della legislazione* è quello dei «diritti inviolabili dell'umanità e della ragione», oggi più spesso denominati «diritti fondamentali». Il capitolo di Alessandro Rosanò illustra come tali diritti hanno trovato riconoscimento nell'ambito del processo d'integrazione europea. L'autore evidenzia che, sebbene tale processo sia stato avviato per finalità principalmente economiche, col tempo è emersa una dimensione politica più marcata, culminata nei Trattati di

Maastricht, Amsterdam e Lisbona, che hanno dato consacrazione normativa nel diritto primario dell'Unione Europea a valori come la democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali. L'autore analizza come la Corte di giustizia dell'Unione Europea abbia svolto un ruolo cruciale in questo processo, dimostrando che l'integrazione europea attraverso i diritti fondamentali è stata un'evoluzione graduale ma costante, secondo l'adagio *natura non facit saltus*. Questo sviluppo è emblematico di un processo d'integrazione che ha dato vita a profonde trasformazioni politiche ed assiologiche nel continente europeo.

L'epilogo, a firma del curatore del presente volume, evidenzia l'universalità del pensiero di Filangieri in senso sia geografico che diacronico, sottolineando come la corrispondenza di valori e di idee tra il filosofo campano e lo statista americano Benjamin Franklin, emblematicamente rappresentata dal celebre carteggio tra i due intellettuali, abbia affrontato temi rivelatisi centrali sia, nell'immediato, per la creazione di una federazione tra le tredici ex colonie americane, sia, a distanza di quasi due secoli, per l'integrazione degli Stati europei nell'ambito di organizzazioni sovranazionali quali le Comunità europee e, da ultimo, l'Unione europea.

L'appendice raccoglie le nove lettere che costituiscono la corrispondenza Filangieri-Franklin, più due lettere spurie. I testi di tali lettere sono stati trascritti dai documenti originali, cortesemente messi a disposizione dalla *American Philosophical Society* e dalla *Historical Society of Pennsylvania* di Filadelfia e dal Museo Civico Filangieri di Napoli.

In conclusione, questo volume intende fornire un contributo allo studio del pensiero di Filangieri sotto diversi angoli visuali, mostrando come le sue idee possano ancora oggi illuminare il cammino verso una società giusta ed equa. Il presente volume intende inoltre stimolare il dibattito contemporaneo su Filangieri in vista del 250° anniversario della Dichiarazione d'indipendenza, che rappresenta non soltanto l'atto di nascita di una nazione, ma anche il frutto di una riflessione su valori ed idee alla cui elaborazione hanno contribuito anche diversi illuministi italiani.

PREFAZIONI

PREFAZIONE

IL PENSIERO COSMPOLITA DI GAETANO FILANGIERI: UN PONTE TRA ILLUMINISMO E CONTEMPORANEITÀ, TRA ITALIA E STATI UNITI

MARIANGELA ZAPPÀ*

Il presente volume rappresenta un prezioso contributo allo studio del pensiero di Gaetano Filangieri, un intellettuale napoletano ed italiano che ha saputo coniugare gli ideali dell'Illuminismo con una visione universalistica dei diritti umani. Le due parti in cui si articola l'opera, "Cittadino di tutti i luoghi" e "Contemporaneo di tutte l'età", dimostrano l'ampiezza e la profondità dell'influenza filangieriana su diverse culture e società – inclusa quella del Paese destinato a divenire la principale potenza mondiale, gli Stati Uniti d'America – e in differenti epoche storiche, dall'Ottocento fino ai giorni nostri.

Sotto tale angolo visuale, il volume si pone in continuità con il convegno "Filangieri & Franklin: The Italian Enlightenment and the U.S. Constitution", promosso dall'Ambasciata d'Italia a Washington nel 2010, che aveva visto la partecipazione di figure eminenti quali Marcello Pera, Giannicola Sinisi, Monica D'Agostini e il giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti Antonin Scalia, in un importante momento di riflessione sull'illuminismo italiano e la sua valenza per il costituzionalismo americano.

Filangieri è stato in effetti una delle figure che maggiormente hanno contribuito al dibattito sui diritti dell'uomo e sulla necessità di un ordinamento giuridico che garantisse il bene comune e la felicità pubblica, concetti che risultano centrali nel costituzionalismo statunitense. Insieme a Philip Mazzei e a Cesare Beccaria, Filangieri ha ispirato diversi costituenti e statisti americani, inclusi alcuni presidenti "paradigmatici" come Franklin e Jefferson, contribuendo a forgiare l'identità di una nazione e di una democrazia che si accinge a celebrare il 250° anniversario della Dichiarazione che ne ha sancito la nascita.

Questo volume costituisce, per il suo curatore, il punto di arrivo di un percorso di diffusione della conoscenza del pensiero di Filangieri negli Stati Uniti, in cui il rigore accademico si è combinato con un forte impegno di "diplomazia culturale". Le lezioni che il Prof. Arena ha tenuto, con il sostegno dell'Ambasciata e del-

* Ambasciatrice d'Italia negli Stati Uniti d'America.

la rete consolare italiana, presso numerose università americane – quali la University of Pennsylvania, la Georgetown University e molte altre – testimoniano l'impatto e la profonda incidenza di tale opera di approfondimento e disseminazione.

Un ulteriore esempio del contributo del prof. Arena alla diffusione del pensiero filangieriano negli Stati Uniti è rappresentato dalle mostre sulla corrispondenza tra Filangieri e Franklin delle quali egli è stato curatore, esposte presso l'Istituto Italiano di Cultura di San Francisco e il Consolato Generale d'Italia a Filadelfia. Queste iniziative hanno riunito, per la prima volta, riproduzioni delle lettere dei due grandi illuministi, offrendo un'occasione unica per riflettere sull'influenza reciproca e sull'importanza cruciale che i loro scambi epistolari hanno avuto nel dibattito internazionale su temi fondamentali e "globali" come i diritti umani e la giustizia sociale.

Il pensiero di Filangieri, come emerge dai contributi raccolti in questo volume, continua ancora oggi a ispirare giuristi, storici e filosofi del diritto, contribuendo a un dialogo sempre più intenso tra Italia e Stati Uniti. Quest'opera, oltre a promuovere la riflessione accademica su Filangieri, ha anche il merito di rinnovare l'interesse per quei valori universali che ancora oggi possono guidare la costruzione di un ordinamento giuridico fondato sul primato della ragione, in un'epoca in cui le sfide globali richiedono soluzioni giuridiche e politiche improntate ai valori del multilateralismo, del rispetto dei diritti umani e dei valori di fondo della democrazia. Sono quindi lieta di esprimere il mio più vivo apprezzamento nei confronti del curatore e degli autori di questo volume, il cui impegno contribuisce a tenere viva la riflessione sul pensiero di Filangieri nelle relazioni tra Italia e Stati Uniti.

PREFAZIONE

IL DIRITTO È EDUCAZIONE PER VIVERE IN COMUNITÀ: L'EREDITÀ DI GAETANO FILANGIERI

RICCARDO IMPERIALI DI FRANCAVILLA*

Si perdonerà se, in una pubblicazione dal registro tecnico e scientifico, ci sia una prefazione dal tenore personale. È forse questo il mandato che io, del resto, detengo per la famiglia Filangieri nel ruolo di vigilanza alla custodia di ciò che fu dell'ultimo Gaetano, il quale affidò, in vita, al suo Museo, le proprie – magnifiche – utopie, con anche le storie dei Filangieri, e dunque la storia di suo nonno Gaetano. Suo nonno che è in qualche modo anche un po' mio, o meglio ancora, la nonna di mio nonno ha potuto chiamare nonno lo stesso Gaetano, generazione più, generazione meno.

Questa premessa mi è doverosa per giustificare il perché io sia vincolato ai Filangieri, ma ancor di più a poter declinare la sua lettura attraverso un punto di vista differente, quello familiare appunto. Dove la famiglia va intesa come primo approccio di comunità, in cui vigono delle regole e delle gerarchie, dei protocolli condivisi da rispettare. In alcuni contesti, come probabilmente quello mio di riferimento, il dettame è più stringente, per reverenza e disciplina verso il senso di continuità che i cognomi impongono. Ed è qui che, quando la nobiltà incrocia la propria lettura virtuosa, e non già banali privilegi, questa consegna alla storia nasconde trucchi di convivenza, basati sul rispetto, regole attraverso cui il passato può sopravvivere, tramandarsi, prosperare, pur restando fedele ai propri valori, evolversi senza tradirsi.

In questo tipo di famiglie, la visione è unica: un testimone che dal capostipite passa, con la compiaciuta ansia per chi lo detiene a che non sia sotto il proprio mandato che cada. Viene meno l'*ego* del singolo, in una prospettiva ben più estesa, orizzontale ai tempi. È comunità, ma in senso ancor più ampio, poiché unisce relazioni che non sono ancora esistenti. La famiglia così intesa è allora cultura che trascende i limiti dell'uomo e diventa insegnamento anche per gli altri, l'educazione si traduce in valore assoluto: la consapevole limitazione della libertà dell'uno a beneficio di quella dell'altro. È qui che, per evitare inciampi dei più di-

* Rappresentante degli eredi Filangieri presso il Consiglio di Vigilanza del Museo Civico Filangieri.

stratti alla sensibilità del prossimo, nasce il diritto, così da disciplinare un livello comune e certo di attenzione, sotto cui non è civilmente accettabile scendere.

Questo insieme di concetti, che io non posso che riportare in maniera confusa, è invece il principio dello Stato e del convivere, che ben chiaro hanno avuto menti sapienti della storia, da Locke a Hobbes, da Rousseau a Filangieri. Ogni declinazione della filosofia di questi maestri senza tempo ha condizionato le discipline dei loro posteri, ha creato il diritto – inteso come insieme di leggi che tutelano i membri della comunità con contrasto alla discrezionalità – e l'apertura al concetto di trasparenza come maggior tutela al condannato. Ed ecco allora la motivazione della sentenza del Filangieri e il suo pensiero che resta intramontabile pilastro del nostro ordinamento e del diritto moderno. E io, così come già mio padre, ritrovo nei miei studi l'incoscienza e silenzioso tributo ad un avo illuminato.

PREFAZIONE

DALL'ILLUMINISMO ITALIANO ALLA COSTITUZIONE AMERICANA: L'ATTUALITÀ DI GAETANO FILANGIERI

ANTONIO GIORDANO*

In qualità di *Board member* della *National Italian American Foundation*, una delle organizzazioni più rappresentative della comunità italoamericana, e di fondatore e Presidente della *Sbarro Health Research Organization*, organizzazione no profit per la ricerca sul cancro fondato a Filadelfia nel 1993 e da ultimo attivo anche in Italia, ho accolto con grande piacere l'invito a partecipare a questo volume dedicato a Gaetano Filangieri. Filangieri è una figura di straordinaria importanza per la comunità italoamericana, non solo per le sue eccezionali qualità intellettuali, ma anche per il significativo legame che instaurò con uno dei padri fondatori degli Stati Uniti, Benjamin Franklin. Questo rapporto epistolare, che si estese fino alla Convenzione di Filadelfia, rappresenta un ponte culturale e ideologico tra l'Italia e gli Stati Uniti, sottolineando i rapporti tra l'Illuminismo italiano e la nascita della costituzione americana.

Gaetano Filangieri è stato l'autore della *Scienza della Legislazione*, opera che ha avuto un impatto profondo non solo in Europa ma anche in America. Anche altri intellettuali italiani hanno esercitato una significativa influenza sui padri fondatori americani: Filippo Mazzei, ispiratore di Thomas Jefferson nella stesura del testo della Dichiarazione di Indipendenza, e Cesare Beccaria, citato da John Adams durante il processo per il massacro di Boston. Tali connessioni dimostrano come il pensiero illuminista italiano abbia profondamente influenzato la nascente nazione americana.

Promuovere la conoscenza del contributo dell'Illuminismo italiano, sia in Italia che negli Stati Uniti, è un obiettivo che il curatore di questo volume ha portato avanti con competenza e convinzione. Tra le varie iniziative nell'ambito delle quali ho avuto l'onore di collaborare con il professor Arena, desidero ricordare quella, coronata dal successo, volta a ottenere il riconoscimento di Domenico Cirillo come primo socio italiano della American Philosophical Society, la più antica so-

* *Board Member* della *National Italian American Foundation*, CEO della *Sbarro Health Research Organization* presso la *Temple University* di Filadelfia.

cietà accademica americana fondata da Franklin nel 1743. Questo riconoscimento non solo celebra la figura di un naturalista, medico e patriota della Repubblica napoletana, ma evidenzia anche l'importanza delle relazioni intellettuali e culturali tra Italia e Stati Uniti.

L'opera qui presentata è un tributo alla vastità e alla profondità del pensiero di Gaetano Filangieri, che non si limitava a considerare il diritto come un insieme di norme coercitive, ma lo vedeva come uno strumento educativo essenziale per il progresso civile e morale della società. La sua concezione del diritto come mezzo per promuovere valori etici e sociali è di straordinaria attualità, e il suo pensiero continua a offrire spunti rilevanti per il dibattito contemporaneo sui diritti umani e sulla giustizia sociale.

Questo volume esplora non solo il contesto storico e culturale in cui Filangieri operò, ma anche l'ampiezza della sua eredità intellettuale, che si estende ben oltre i confini della sua Napoli settecentesca. Il pensiero di Filangieri, caratterizzato da una visione cosmopolita e universale, rimane una fonte di ispirazione per le generazioni presenti e future. Spero che questo lavoro stimoli ulteriori riflessioni e studi, contribuendo a mantenere viva l'eredità di un grande pensatore il cui impegno per la giustizia e i diritti umani continua a risuonare con forza nel nostro tempo. Il pensiero di Filangieri ci invita a costruire una società più giusta ed equa, fondata sui principi di libertà, uguaglianza e solidarietà, valori che devono guidare il nostro agire quotidiano.

PREFAZIONE

NEL NOME DI FILANGIERI: UN'ACCADEMIA PER RISCOPRIRE E DIFFONDERE IL PENSIERO DEGLI ILLUMINISTI NAPOLETANI

BENEDETTO MIGLIACCIO*

L'Accademia Filangieri di Partenope, che ho l'onore di presiedere, è stata ufficialmente presentata al pubblico nel maggio 2019 presso il Museo Civico Filangieri di Napoli. Sin dalla sua fondazione, l'Accademia si è posta l'ambiziosa missione di “difendere i luoghi, le persone e le idee universali della nazione napoletana colpiti dalla *dammatio memoriae*”. L'inaugurazione dell'Accademia è stata arricchita dalla felice coincidenza del ritorno a Napoli del “ritratto ritrovato” di Gaetano Filangieri eseguito da Giuseppe Bonito. Da quel momento, l'Accademia si è dedicata con costanza e passione a promuovere e diffondere la modernità del pensiero dell'Illuminismo napoletano, nonché a onorare la memoria dei martiri della Repubblica Napoletana, figure emblematiche che incarnano i valori di libertà e progresso sociale che la nostra istituzione intende preservare e divulgare.

Nel dicembre del 2019, l'Accademia Filangieri ha organizzato il proprio secondo evento, sul tema del “diritto alla felicità”. Questo incontro, anch'esso ospitato dal Museo Civico Filangieri, ha segnato l'avvio di una fruttuosa collaborazione con Raffaele Sabato, giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo, e Lorenzo Salazar, sostituto procuratore generale di Napoli, i quali hanno evidenziato l'importanza della riflessione filangieriana sui diritti fondamentali e sull'integrazione europea. Questo incontro ha inaugurato un dialogo costruttivo che ha portato molti partecipanti a divenire soci e sostenitori attivi dell'Accademia, riconoscendo la straordinaria attualità delle idee di Filangieri sull'eredità dei Lumi. Essi hanno sottolineato come le riflessioni sulla giustizia, i diritti umani e la razionalità continuano a rappresentare principi fondamentali per affrontare le sfide contemporanee, contribuendo così a rafforzare l'impegno dell'Accademia nella diffusione e promozione del pensiero illuminista a livello internazionale.

Nel dicembre 2021, l'Accademia ha organizzato un ulteriore evento presso Villa Pignatelli, focalizzato sul tema del cosmopolitismo e sul rifiuto delle barriere tra uomini, popoli e nazioni. L'evento, intitolato *Da Gaetano Filangieri a John Len-*

* Presidente dell'Accademia Filangieri di Partenope.

non: il sogno cosmopolita nel 50° anniversario di Imagine, ha rappresentato un'occasione unica per esplorare le convergenze tra il pensiero del filosofo campano e le idee del celebre cantautore di Liverpool. Durante l'incontro, il professor Amedeo Arena ha illustrato i punti di contatto tra le concezioni illuministiche di Filangieri e la visione utopica di Lennon, entrambe caratterizzate da un forte desiderio di pace universale e fratellanza tra i popoli. Parallelamente, il dottor Mauro Giancaspro ha approfondito le origini e il significato della canzone *Imagine*, contestualizzandola nel periodo dei sanguinosi conflitti in Vietnam, e ha messo in luce le similitudini con le guerre che devastavano l'Europa ai tempi de *La Scienza della Legislazione*. L'evento ha così evidenziato come, a distanza di secoli, il messaggio cosmopolita e pacifista di Filangieri mantenga una sorprendente attualità e continui a ispirare le riflessioni contemporanee su un mondo senza confini.

L'Accademia Filangieri ha poi istituito il Premio per giovani giuristi "Gaetano Filangieri", destinato ai laureati in giurisprudenza di età inferiore ai 30 anni che, attraverso le loro tesi di laurea, abbiano saputo "trasporre nella contemporaneità il pensiero cosmopolita di Filangieri". Questo prestigioso riconoscimento, che si fregia del patrocinio del Museo Civico Filangieri, non solo contribuisce ad arricchire il panorama della ricerca filangieriana, ma offre anche l'opportunità di connettere le giovani generazioni di studiosi con i nobili ideali settecenteschi di cui Filangieri è stato portavoce. Le candidature per il Premio vengono valutate da una commissione composta da: il professor Amedeo Arena, docente presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II; l'avvocato Riccardo Imperiali di Francavilla, rappresentante degli eredi Filangieri nel Consiglio di Vigilanza del Museo Civico Filangieri; e il dottor Raffaele Sabato, giudice presso la Corte europea dei diritti dell'uomo. Le cerimonie di consegna delle prime tre edizioni del Premio si sono svolte presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Federico II, al termine di conferenze che tracciano percorsi interdisciplinari dal Settecento ad oggi, a riprova dell'attualità del pensiero filangieriano.

Il primo di tali eventi è stato organizzato nell'aprile del 2022 ed ha esplorato in profondità il tema della presunzione di innocenza, intitolato *La presunzione di innocenza: da Filangieri alla Direttiva 2016/343*. Questo incontro, rivolto non solo a studenti e docenti universitari, ma anche a tutti coloro interessati al principio della presunzione di innocenza, si è aperto con i saluti istituzionali di illustri esponenti del mondo accademico e giuridico, ponendo le basi per una discussione articolata che ha spaziato dalla procedura criminale nella Napoli del Settecento fino all'analisi delle più recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali europee. Particolarmente rilevanti sono stati gli interventi che hanno esplorato le pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di presunzione di innocenza ed i risvolti relativi alla tutela dei dati personali.

La seconda cerimonia di conferimento del Premio Filangieri si è tenuta nell'aprile 2023, in concomitanza con l'incontro di studi intitolato *I diritti inviolabili dell'umanità: da Filangieri all'Europa di oggi*. Questo evento ha rappresentato un'importante occasione di riflessione interdisciplinare, affrontando temi fondamentali come la costituzionalizzazione dei diritti dell'uomo, il rapporto tra il costituzionalismo e *La Scienza della legislazione*, e l'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nel XX secolo. Particolare attenzione è stata dedicata alle origini della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e al ruolo dell'Unione europea in questo ambito. L'incontro si è concluso con una riflessione su un tema di grande attualità: la protezione dei dati personali come diritto umano, alla luce delle sfide poste dall'intelligenza artificiale.

La terza cerimonia di conferimento del Premio Filangieri si è svolta nel 2024, in occasione del 250° anniversario della pubblicazione delle *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano* di Gaetano Filangieri, un'opera in cui il filosofo napoletano ha offerto una visione innovativa dello Stato di diritto. I premi sono stati assegnati al termine dell'incontro di studio intitolato *Il Sovrano impero delle leggi: da Filangieri ai giorni nostri*. L'evento ha fornito l'occasione per discutere temi come la centralità della legge, la soggezione del giudice alla legge, l'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie, e le sfide al principio dello Stato di diritto nell'ambito della normativa europea antiriciclaggio. I partecipanti hanno evidenziato come le intuizioni di Filangieri continuano a influenzare la giurisprudenza e la legislazione contemporanea, sottolineando la necessità di un approccio giuridico che unisca rigore normativo e protezione dei diritti fondamentali. Questo incontro ha ulteriormente consolidato l'impegno dell'Accademia nel promuovere il dialogo su temi di legalità e giustizia, mantenendo vivo e rilevante il pensiero di Filangieri nel contesto giuridico e culturale odierno.

Il tema "Gaetano Filangieri e Benjamin Franklin" è uno degli argomenti su cui l'Accademia è intervenuta con particolare frequenza, grazie soprattutto ai contributi del professor Amedeo Arena. L'intenso carteggio tra Filangieri e Franklin rappresenta, infatti, un simbolico punto di partenza per una nuova serie di eventi programmati tra Italia e Stati Uniti. Questa corrispondenza, ricca di riflessioni filosofiche e giuridiche, costituisce una testimonianza del dialogo transatlantico tra due dei più grandi pensatori dell'Illuminismo e funge da fulcro per approfondire ulteriormente il legame intellettuale e culturale tra i due paesi. Il prossimo ciclo di eventi dell'Accademia, dunque, sarà dedicato a esplorare e valorizzare questi scambi storici, contribuendo a rafforzare le radici comuni che legano la tradizione giuridica e filosofica italiana e statunitense.

Desidero inoltre ricordare che l'Accademia, in collaborazione con il Museo delle Arti Sanitarie, ha patrocinato una serie di eventi commemorativi dedicati a

Domenico Cirillo, martire della reazione controrivoluzionaria. Il ciclo di tre incontri, intitolato *Domenico Cirillo: medico, naturalista e patriota del 1799*, ha riscosso un tale apprezzamento da essere riproposto in diverse sedi, tra cui la Biblioteca Antoniana ad Ischia ed il Chiostro di San Francesco ad Aversa. Questi eventi hanno visto la partecipazione di docenti e magistrati, che hanno contribuito al progetto di divulgazione volto a far conoscere la figura di questo illustre illuminista. La commemorazione di Cirillo non solo ha celebrato il suo contributo in ambito medico e scientifico, ma ha anche sottolineato il suo impegno per i valori di libertà e giustizia, rendendo omaggio a un protagonista chiave della storia repubblicana napoletana.

In questa occasione, grazie agli studi approfonditi del Prof. Amedeo Arena, è emerso il “caso” riguardante l’elezione del medico, naturalista e patriota napoletano Domenico Cirillo come socio dell’*American Philosophical Society*, la più prestigiosa accademia statunitense fondata da Benjamin Franklin nel 1743. Le ricerche del professor Arena hanno portato alla luce che tale elezione non ebbe luogo a causa di un banale errore di trascrizione avvenuto nel 1768, che impedì il conferimento del meritato riconoscimento a Cirillo. La prova di questo errore, che ha minato l’assegnazione di un onore così prestigioso, è stata presentata e comunicata dallo stesso professor Arena durante la terza sessione del primo evento dedicato a Domenico Cirillo.

A seguito di questa scoperta, l’Accademia ha sostenuto il prof. Arena nella sottoscrizione di una petizione volta a ottenere il riconoscimento postumo di Domenico Cirillo come socio dell’*American Philosophical Society*. L’iniziativa ha ottenuto un notevole successo, consolidando ulteriormente le basi per la conferma della rilevanza internazionale della cultura napoletana e del profondo legame che unisce gli intellettuali partenopei a quelli statunitensi da oltre due secoli. Grazie a questi sforzi, Domenico Cirillo oggi è finalmente riconosciuto, con iscrizione retroattiva, quale socio dell’*American Philosophical Society*, restituendo così il giusto onore a una figura di spicco della storia intellettuale napoletana e internazionale.

Purtroppo, le idee profondamente innovative di Gaetano Filangieri rimangono spesso nascoste sotto una coltre di silenzi secolari; paradossalmente, l’esperienza della Repubblica Napoletana, che avrebbe dovuto amplificare gli ideali filangieriani, è divenuta invece il luogo del loro lungo oblio. La missione dell’Accademia Filangieri di Partenope, il cui nome rievoca l’antico toponimo di Napoli, è quella di ridare vita a quel luogo ideale mai completamente realizzato, dove possano trovare espressione concreta le idee di pace e progresso sociale sostenute da Filangieri e dagli altri illuministi napoletani. Con questo obiettivo, l’Accademia si impegna a promuovere e diffondere una riflessione sulla modernità e sulla rilevanza contemporanea del pensiero napoletano del Settecento, coin-

volgendo autorità, istituzioni, giuristi illustri, professionisti, semplici cittadini e, soprattutto, giovani studenti e studiosi. È attraverso questa rete di collaborazione e dialogo che intendiamo riportare alla luce il valore universale del pensiero filangieriano, affinché continui a ispirare le future generazioni.

Il presente volume, frutto di contributi di studiosi ed esperti, rappresenta un ulteriore passo verso il raggiungimento di questo obiettivo. Con l'auspicio che esso possa contribuire a rinnovare l'interesse verso il pensiero di Filangieri, speriamo di offrire un'occasione di approfondimento e di dialogo intorno ai temi che ancora oggi risultano di straordinaria attualità. Ci auguriamo che queste pagine possano fungere da stimolo per una riscoperta critica e appassionata delle idee illuministiche napoletane, affinché i loro valori di giustizia, tolleranza e progresso sociale continuino a vivere e a prosperare nel nostro tempo e in quelli a venire.

PREFAZIONE

GLI ILLUMINISTI EUROPEI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: ASPETTANDO FILANGIERI

STEFAN VAN DER JEUGHT*

Nella ricca tradizione del pensiero giuridico europeo, l'Illuminismo ha rappresentato una svolta decisiva verso i principi che informano ancora oggi la giurisprudenza europea. Tra i molti pensatori che hanno contribuito a questa trasformazione, nomi come Montesquieu, Voltaire, Beccaria e Kant emergono spesso nelle discussioni accademiche e nelle conclusioni degli Avvocati Generali della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE). Le loro opere hanno fornito preziose indicazioni per interpretare i principi generali che fanno parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Tuttavia, il nome di un grande illuminista italiano è ancora assente dalla *Raccolta della giurisprudenza* della CGUE: quello di Gaetano Filangieri.

Il presente volume approfondisce pensiero di Filangieri, filosofo e giurista napoletano, la cui opera principale, *La Scienza della legislazione*, formula un'ambiziosa proposta di riforma delle leggi. I capitoli di questo volume mettono in risalto l'attualità del pensiero di Filangieri, che ha ancora molto da offrire al dibattito dottrinale e politico, nonché alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Gli Avvocati Generali della CGUE, nel loro ruolo di esperti di diritto dell'Unione europea, hanno spesso richiamato le opere degli illuministi europei per fornire una cornice storico-filosofica alle proprie argomentazioni giuridiche. Cesare Beccaria, ad esempio, è stato citato da diversi Avvocati Generali in relazione al principio di legalità in materia penale. La sua opera *Dei delitti e delle pene* rimane un testo fondamentale per comprendere lo Stato di diritto e le sue riflessioni sulla necessità di leggi chiare, precise e non retroattive continuano a guidare il ragionamento della CGUE nelle cause che riguardano profili di diritto penale. Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Bot nella causa C-42/17, *M.A.S.*, ad esempio, si fa esplicito riferimento a Beccaria quando si afferma che “nessun rea-

* Professore di diritto dell'Unione Europea presso la Vrije Universiteit Brussels e *Press Officer* presso la Corte di giustizia dell'Unione Europea.

to può essere addebitato e nessuna pena può essere inflitta se questi ultimi non sono previsti e definiti dalla legge prima che i fatti siano commessi”. Questo principio, una delle grandi conquiste dell’Illuminismo, resta un pilastro della tutela dei diritti umani in tutta Europa.

Allo stesso modo, le riflessioni di Montesquieu sulla separazione dei poteri sono state fondamentali nel plasmare l’architettura giuridica delle democrazie europee, sia a livello nazionale che a livello sovranazionale. La sua celebre opera *Lo Spirito delle Leggi* è stata richiamata dagli Avvocati Generali in numerosi casi riguardanti l’equilibrio istituzionale dell’Unione Europea. Ad esempio, nelle proprie conclusioni nella causa C-130/19, *Corte dei conti europea c. Karel Pinxten*, l’Avvocato Generale Hogan ha citato la celebre affermazione di Montesquieu secondo la quale “[p]erché non si possa abusare del potere, bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere”. Questo principio assume una valenza centrale per la tutela dello Stato di diritto, uno dei fondamenti dell’ordinamento giuridico dell’Unione Europea.

Nonostante i numerosi riferimenti alle opere degli illuministi, Filangieri non ha ancora ricevuto lo stesso riconoscimento. Ciò desta non poca sorpresa, dal momento che molte delle idee da lui sostenute sono strettamente attinenti ai valori sanciti nell’ordinamento giuridico dell’Unione Europea. La sua concezione di un sistema giuridico che promuove la felicità pubblica e i diritti umani risulta in piena sintonia con gli obiettivi contenuti nei Trattati istitutivi.

Uno dei temi centrali del pensiero di Filangieri è la proporzionalità delle pene rispetto ai delitti. Analogamente, il principio di proporzionalità costituisce una caratteristica chiave del diritto dell’Unione Europea, specialmente nel contesto del mercato interno e della protezione dei diritti umani. Questo principio trova inoltre applicazione in numerosi settori che sono stati oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell’Unione europea. Diversi atti di diritto derivato, difatti, prevedono che le sanzioni siano “effettive, proporzionate e dissuasive”. Inoltre, la CGUE ha elaborato un ampio *corpus* giurisprudenziale sulla proporzionalità delle sanzioni imposte dalle istituzioni europee o dagli Stati membri, per far sì che esse non vadano oltre quanto necessario per conseguire gli obiettivi prefissati. Sebbene Filangieri non sia stato citato esplicitamente in queste pronunce, le sue considerazioni sulla proporzionalità potrebbero fornire importanti spunti agli Avvocati Generali ed ai giudici dell’Unione Europea.

Il mio auspicio pertanto è che, grazie a questo volume, le riflessioni di Filangieri possano fornire lumi anche alle istituzioni dell’Unione europea e, in particolare, alla giurisprudenza della CGUE. Incorporare il pensiero di Filangieri nelle conclusioni degli Avvocati Generali arricchirebbe ulteriormente il ragionamento della CGUE e contribuirebbe allo sviluppo di una giurisprudenza che affondi le

sue radici negli ideali di razionalità e progresso propugnati dagli illuministi, sottesi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e pertanto utili alla ricognizione dei principi generali del diritto dell'Unione Europea.

PARTE I
CITTADINO DI TUTTI I LUOGHI

COSTITUZIONALISMO E DIRITTI DELL'UOMO
NELLA CULTURA ILLUMINISTICA

VINCENZO FERRONE *

*Plus mes Compatriotes chercheront la vérité plus ils aimeront leur liberté.
La même force d'esprit qui nous conduit au vrai nous rend bons citoyens.
Qu'est-ce en effet que d'être libres? C'est raisonner juste,
c'est connoître les droits de l'homme;
& quand on les connoit bien on les défend de même.*

VOLTAIRE, *Questions sur les miracles*, 1765.

Non c'è dubbio che il legame tra costituzionalismo e linguaggio dei diritti dell'uomo sia un nodo cruciale per capire il disegno emancipatorio e politico del Tardo Illuminismo. Quel nesso aiuta a capire la genealogia dei diritti e a decifrare l'enigma di una rivoluzione culturale che ha cambiato la storia dell'Occidente delineandosi come un autentico laboratorio della modernità: un esperimento culturale e un'esperienza storica che, mirando ad emancipare l'uomo attraverso l'uomo, diede vita a molteplici e talvolta contraddittorie risposte alle sfide di un contesto storico dominato dalla crisi sociale e politica dell'Antico Regime. Quelle risposte si rivelarono da subito originali ed eversive perché fondate sullo spirito critico, sull'audace ripensamento epistemologico di tutti i saperi su basi empiriche: sull'allargamento della Rivoluzione scientifica alle scienze dell'uomo, sulla creazione di nuovi valori in grado di caratterizzare l'umanesimo dei moderni sino ai giorni nostri¹.

Sbocciata soprattutto nel secondo dopoguerra, l'imponente storiografia internazionale sull'Illuminismo ha tuttavia molto tardato nell'occuparsi della questione diritti. Solo negli ultimi anni sono apparsi i primi lavori al riguardo². Molti sono i

* Professore ordinario di storia moderna presso il Dipartimento di studi storici dell'Università degli Studi di Torino.

¹ Cfr. V. FERRONE, *Il mondo dell'Illuminismo. Storia di una rivoluzione culturale*, Einaudi, 2019.

² Tra questi primi lavori, con prospettive e percorsi tuttavia assai differenti, cfr. L. HUNT, *Inventing human rights: a history*, W.W. Norton, 2007; D. EDELSTEIN, *Enlightenment rights talk*, in *The Journal of modern history*, 86, 2014, pp. 530-65 ora nel volume ID., *On the Spirit of Rights*, University of Chicago Press, 2019; V. FERRONE, *The Politics of Enlightenment. Republicanism, Constitutionalism, and the Rights of Man in Gaetano Filangieri*, Anthem, 2012 (I ed. it. 2003); ID., *The Enlightenment and the rights of man*, Liverpool University Press, 2019 (I ed. it. 2014).

motivi del grave ritardo determinato perlopiù dalla forte persistenza di antichi e suggestivi paradigmi interpretativi difficili da scalfire. Il principale sta certamente nel nesso, da subito al centro dell'interesse degli studiosi, tra la proclamazione dei diritti e le rivoluzioni americana e francese. Le *Dichiarazioni* del 1776 e del 1789, in particolare quella francese, hanno infatti costruito una sorta di impenetrabile cono d'ombra capace di oscurare i decenni precedenti, relegando così l'Illuminismo sullo sfondo, a origine intellettuale del processo rivoluzionario, ma non della nascita e della costruzione del linguaggio dei diritti dell'uomo³.

E questo inchiodare la consacrazione di quel linguaggio esclusivamente alla storia dei processi rivoluzionari ha fortemente condizionato anche l'apparizione, nel corso degli ultimi decenni, di una nuova storiografia proiettata tutta sulla contemporaneità, sulla diffusione crescente nel dibattito politico mondiale dei cosiddetti "*Human Rights*", espressione largamente ricorrente a partire dagli anni Settanta del secolo scorso con l'esaurirsi dei progetti emancipatori comunisti, socialisti decisi ad eliminare o a riformare il capitalismo. Si tratta in primo luogo di una storiografia ideologicamente militante di origine anglosassone che si è caratterizzata soprattutto nel definire il discorso dei diritti umani come qualcosa di programmaticamente distante e diverso da quanto emerso nel Settecento europeo; un discorso del tutto originale, in radicale e polemica discontinuità con l'eredità rivoluzionaria del XVIII secolo che aveva sempre mirato a tradurre i diritti naturali in diritti di cittadinanza politici e costituzionali garantiti dagli stati nazionali secondo un progetto degenerato e inquinato dalle moderne esperienze negative del colonialismo, dell'imperialismo, del razzismo scientifico. Recente e ultima utopia, i diritti umani⁴, sono stati indagati e raccontati come un'inedita morale universale dichiaratamente post-moderna, apparsa all'improvviso sulla scena mondiale, senza precise ed esclusive radici storiche, senza un riferimento a specifici programmi politici, culturali ed ideologici del passato, fondata soprattutto sull'appello alla dignità dell'essere umano da sempre presente in tutte le religioni e in tutte le culture del mondo. Un appello – va segnalato – che ha rischiato talvolta di scivolare in vuota retorica e persino ad essere male interpretato nei conflitti recenti proprio per la sua forma volutamente indefinita.

Ma se l'universalistica genericità di quest'ultima utopia, il suo carattere dichiaratamente postmoderno e impolitico, in aperta rottura con il passato dell'Occidente ne hanno fatto comunque uno strumento prezioso di lotta in difesa dell'umanità, a farne le spese è stata però soprattutto la conoscenza storica nel

³ Cfr. V. FERRONE, *The Enlightenment. The History of an Idea*, Princeton University Press, 2015.

⁴ Cfr. S. MOYN, *The Last Utopia, Human Rights in History*, Harvard University Press, 2010; *Human Rights in the Twentieth Century*, ed. S.-L. HOFFMANN, Cambridge University Press, 2011.

suo complesso. La cultura illuministica dei diritti dell'uomo, il suo peculiare programma politico e costituzionale sembra non essere mai esistito nella narrazione di chi racconta la genealogia dei diritti umani. I tratti salienti di quella cultura sono stati, infatti, o sistematicamente ignorati, o arbitrariamente confusi con il processo rivoluzionario e la sua controversa eredità ottocentesca.

Analoghi problemi di sottovalutazione o addirittura di mancato riconoscimento dello specifico contributo illuministico al tema dei diritti sono tuttavia presenti anche nei migliori studi sulla cosiddetta genealogia dei diritti nel mondo antico, in quello medievale e moderno⁵. E non si tratta solo della scarsa attenzione alla questione nell'ambito del tradizionale tema della continuità o meno di precisi percorsi intellettuali, ma dell'esclusione della linguistica storica come preliminare e prezioso strumento d'indagine. Dietro le voci "diritto di natura", "diritti naturali", "doveri dell'uomo", "diritti dell'uomo", "diritti della persona" stanno infatti ben delineati mondi culturali differenti, percorsi intellettuali contrastanti, espressioni e discorsi che mutano forma e sostanza a seconda dei contesti storici e non solo di quelli astrattamente linguistici, intrecciando comunque tra di loro, e inevitabilmente, elementi di continuità e di discontinuità.

Insomma, anche la storia ha i suoi diritti⁶. Del resto lo avevano compreso bene due grandi studiosi come Gerhard Oestreich e Paul Hazard proprio intervenendo su questi temi. Il primo, nella sua *Geschichte der Menschenrechte*, pur sottolineando la centralità del neostoicismo nella nascita del moderno diritto naturale del Cinque e Seicento, segnalò per tempo anche l'esistenza della discontinuità introdotta dal «concept of the "rights of man" came down to us especially from the eighteenth century, when the philosophers of the Enlightenment, who had a preminent role in the field of social thought and the theory of the state, fully developed their theory of natural rights. For first time in its 2000-years history the theory of natural law became a practical philosophy, divided into three branches of ethics, economy and politics»⁷. Il secondo, invece, descrivendo magistralmente gli albori dell'Illuminismo, lo presentò come un radicale mutamento di civiltà legato proprio all'apparizione dei diritti: «for a civilization founded on Duty – duty to-

⁵ Cfr. P. SLOTTE, M. HALME-TUOMISAARI (eds), *Rivisiting the Origins of Human Rights*, Cambridge University Press, 2015.

⁶ Cfr. V. FERRONE, *The Rights of History: Enlightenment and Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 39, 2017, pp. 130-141. Cfr. anche B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali legge naturale e diritto canonico*, Il Mulino, 2002, che sottolinea come «l'espressione diritti umani è oggi spesso impiegata per indicare l'assenza di qualsiasi adesione necessaria ai sistemi filosofici e teologici che un tempo erano associati alla più antica espressione "diritti naturali"» (p. 17, nota 4).

⁷ G. OESTREICH, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, Duncker & Humblot, 1968, pp. 11-12.

wards God, duty towards the sovereign, the new school of philosophers were fain to substitute a civilization founded on the idea of rights – rights of individual, freedom of speech and opinion, the prerogative of man as a man and citizen»⁸. Meglio non si sarebbero potuti descrivere aspetti decisivi della radicale metamorfosi imposta dalla rivoluzione culturale dell'Illuminismo al diritto naturale. Un paradigma quest'ultimo che resta comunque ineludibile per chiunque voglia riflettere ancora oggi sulla storia dei diritti.

Apparso nel mondo greco con il profilarsi dell'idea di natura e con la nascita della filosofia quel paradigma aveva da sempre espresso, e continua a farlo ancora oggi – seppure come fragile e controverso orizzonte retorico cui appellarsi – l'insopprimibile aspirazione umana verso un ideale di giustizia eterna e immutabile, scolpita nelle leggi dell'universo e ben rappresentata nella sua tragica versione nell'*Antigone* di Sofocle. La ricerca del giusto in natura (*dikaion phýsikon*, giusto o diritto secondo natura) mirò infatti da subito a limitare il potere, suscitando dubbi sull'autorità e sulle ancestrali leggi divine, contrapponendo la natura alla convenzione giuridica, alla volontà del legislatore (*dikaion nomikón*). Disponiamo ormai di una ricca bibliografia sul cosiddetto diritto naturale classico nel mondo greco e romano e poi nelle sue suggestive versioni agostiniana e tomistica⁹. Ed è proprio all'egemonia culturale di quest'ultima versione in Occidente che occorre fare riferimento per comprendere i termini della successiva radicale discontinuità introdotta dagli illuministi in tema di diritto naturale e di diritti dell'individuo.

Nessuno, prima di Dante nella *Divina Commedia* (*Paradiso*, 1-3), ha descritto meglio e con efficacia poetica il cosmo tomistico-aristotelico destinato a diventare nei secoli la cornice e l'orizzonte di riferimento teorico del diritto naturale cristiano. Quella suggestiva rappresentazione della natura che, sotto il disordine apparente dei fenomeni naturali e sociali, delle antinomie e dei particolarismi, coglieva ed esaltava l'ordine voluto dalla sapienza e dalla volontà di Dio era stata elaborata nei minimi dettagli da Tommaso d'Aquino nella *Summa theologiae*. Il Dottore Angelico vi aveva descritto il cosmo come un tessuto organico di relazioni simile a una fitta rete tra tutte le creature, reso visibile secondo una precisa e rigida scala gerarchica tra il creato e l'increato; il tutto animato da un primo motore, immoto e divino. In quella perfetta rappresentazione della natura, l'imperfezione teologica e la conclamata minorità dell'individuo macchiato dal peccato originale era, in ultima analisi, riscattata, rispetto all'implacabile condanna agostiniana, solo nel suo

⁸ P. HAZARD, *The Crisis of European mind 1680-1715*, NYRB Classic, 2013, p. xvi.

⁹ A parte le numerose opere recenti restano fondamentali L. STRAUSS, *Natural right and history*, University of Chicago Press, 1953; C. SSCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Greven, 1950; E. BLOCH, *Natural law and human dignity*, MIT Press, 1986.

ricollocarsi come *parte* all'interno del *tutto*: attraverso la riproposizione delle concezioni organicistiche e comunitarie enunciate da Aristotele nella *Politica*. Tommaso faceva di quel modello, che inchiodava il rapporto uomo-natura all'idea di uomo come animale sociale, un durevole e granitico paradigma conoscitivo destinato a durare nei secoli¹⁰. Un paradigma in cui il problematico riconoscimento dell'esistenza e dell'autonomia dell'individuo come persona era reso possibile unicamente nel suo essere considerato in primo luogo parte di una famiglia, poi di una comunità, di tanti *ordines* particolari, armonicamente e gerarchicamente pensati come elementi di un ordine universale e complessivo: insomma, un vero e proprio trionfo ontologico ed epistemologico della *multitudo*, della *totalitas*, della *universitas* sull'individuo, sul soggetto. A rafforzare ulteriormente quel primato stava infine una concezione del diritto naturale in cui la *scientia iuris* dei giuristi medievali indagava e svelava il significato autentico della legge trovandola nella natura delle cose al solo fine di ripristinare l'ordine oggettivo turbato¹¹. Nulla a che vedere con l'idea illuministica di natura e soprattutto di legge come moderna espressione della volontà umana su cui avremo modo di tornare.

E tuttavia, proprio mentre si cristallizzava l'immagine del cosmo tomistico-aristotelico e la sua rappresentazione del diritto naturale oggettivo, affioravano nella giurisprudenza creativa del XII e del XIII secolo, in particolare nella canonistica, nei testi di Rufino, Riccardo, Ugucione e di tanti altri celebri decretisti medievali anche le prime forme di diritto soggettivo: si faceva largo l'idea, tutta morale¹², dell'esistenza di diritti soggettivi come diritti naturali dell'individuo. La storia di questo nuovo ed eversivo modo di pensare il diritto naturale, l'apparizione dell'individuo come soggetto giuridico nelle opere dei francescani e di Guglielmo da Ockham, (apparizione demonizzata da alcuni autorevoli storici, a partire da Michel Villey¹³, come un virus letale da esorcizzare), è stata troppe volte raccontata perché si debba qui ritornare. Semmai rispetto a quella polemica va ribadita la tesi di chi ha sottolineato come quelle concezioni contrapposte del diritto convivessero da subito l'una accanto all'altra nei secoli, facendosi strada nel mondo filosofico e giuridico ma soprattutto politico nella dialettica tra papato e conciliarismo, tra diritti dei sudditi e sovranità dei re, inabissandosi e riaffiorando in singoli

¹⁰ Cfr. J. MARITAIN, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Editions de la Maison Française, 1942 ; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980.

¹¹ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, 1995, che così scrive riferendosi alla concezione medievale del diritto: «il diritto non è mai creato ma può invece essere cercato, letto, detto, interpretato, trovato» (p. 153).

¹² Per la concezione dei diritti naturali come "idea morale" cfr. B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali*, cit., p. 21 e sgg.

¹³ Cfr. M. VILLEY, *Le Droit et les droits de l'homme*, PUF, 1990.

trattati di teoria politica che cominciarono ad interrogarsi sul tema cruciale dell'inalienabilità dei diritti naturali¹⁴.

Ma è soprattutto dalla nascita del cosiddetto diritto naturale moderno di Grozio e di Pufendorf che dobbiamo muovere se si vuole davvero cogliere per intero la discontinuità e le peculiarità della rivoluzione culturale dell'Illuminismo in tema di diritti, scansando quegli anacronismi che finiscono quasi sempre con il tramutare il domenicano Las Casas in Rousseau o i fraticelli francescani in *philosophes*. Anche in questo caso, pur rinviando alla ricca bibliografia sul tema, alcuni aspetti meritano di essere puntualizzati.

Quel modo inedito di concepire il diritto naturale era figlio di molti padri e soprattutto di un contesto storico drammatico e mai visto con l'esplosione della crisi religiosa della cristianità: la secolare e sanguinosa guerra civile tra cattolici e protestanti con il conseguente sgretolamento della *Respublica christiana* che costrinse Grozio a fuggire a Parigi e a scrivere nel 1625 il *De jure belli ac pacis* durante i massacri della Guerra dei Trent'anni. Di fronte a quell'orrore («vedevo che nel mondo cristiano le guerre si conducono con una mancanza di freni vergognosa perfino per i popoli barbari»¹⁵), Grozio non esitò ad invocare la creazione di una nuova morale universale lontana dalle carneficine tra le diverse confessioni e dal cruento fondamentalismo delle controversie teologiche così care al cardinale Bellarmino¹⁶. Con gli stessi intenti, alle malevoli critiche di alcuni teologi luterani al suo capolavoro, *De iure naturae et gentium* del 1672, Samuel Pufendorf rispose spiegando di aver voluto fondare un nuovo diritto naturale destinato a valere per tutti gli uomini *non quia christiani sed quia homines*¹⁷.

Insomma, non v'è dubbio che all'origine del cosiddetto "diritto naturale moderno" stava in primo luogo il bisogno di elaborare un progetto culturale capace di salvare l'Europa dalla più terribile delle guerre moderne: la guerra civile, teologica e religiosa che per sua natura era incomponibile come tutti i conflitti tra "verità" assolute e non tra interessi. Da qui, in un contesto condizionato dalla improcrastinabile necessità di elaborare nuove pratiche di disciplinamento sociale e di un rinnovato governo complessivo della società europea in fiamme, la scelta di rilanciare i principi e i valori universalistici dello stoicismo tra cui il bisogno di razionalità e soprattutto l'*appetitus societatis* dell'individuo: cioè qualcosa di più del

¹⁴ Cfr. D. EDELSTEIN, *On the Spirit of Rights*, cit., p. 9 e sgg., che esamina in particolare la storia delle teorie politiche.

¹⁵ H. GROTIUS, *Prolegomena to the law of war and peace*, Bobbs-Merrill, 1957, p. 21, § 28-29.

¹⁶ Cfr. F. MOTTA, *Bellarmino. Una teologia politica della Controriforma*, Morcelliana, 2005.

¹⁷ Cfr. la ricostruzione del dibattito in V. FERRONE, *The Enlightenment and the rights of man*, cit., pp. 61 e sgg.

tradizionale comunitarismo aristotelico-tomistico a supporto del tradizionale vincolo religioso, in quanto quell'antico primato dell'identità collettiva sull'individuo si saldava con l'appello alla dignità dell'uomo di Cicerone e all'esercizio delle virtù civili degli stoici romani. Ed è proprio al celebre *De officiis* di Cicerone che s'ispirava sin dal titolo il piccolo, diffusissimo manuale di sintesi del 1673, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*, con cui Pufendorf cercò di divulgare la sua monumentale e indigesta opera, *De iure naturae et gentium*. In quel libretto, e poi nelle opere degli epigoni destinate ad egemonizzare il circuito delle università europee, il diritto naturale dei moderni si configurò come il tentativo di creare una scienza morale in cui la legge di natura fondamentale stava nel rispetto primario del "principio di sociabilità". Un principio universale che comportava ovviamente sul piano logico l'assoluta centralità dei doveri dell'uomo: dei doveri verso Dio, verso il sovrano, verso gli altri, come spiegò bene Pufendorf rafforzando nell'Europa lacerata dai conflitti il principio d'autorità, la sovranità, il modello politico assolutistico ritenuto ormai indispensabile di fronte al *bellum omnium contra omnes* illustrato da Hobbes.

Il diritto naturale dei moderni traeva infine ulteriore forza e prestigio dall'aver sposato appieno i fondamenti epistemologici della Rivoluzione scientifica risultata vincente nella lotta contro i fautori della cosiddetta «crise pyrrhonienne» determinati a disintegrare con il loro scetticismo e relativismo culturale ogni speranza di verità accessibile all'uomo durante le guerre di religione¹⁸. Con Pufendorf, l'adozione del metodo razionale assiomatico-deduttivo come criterio di verità "a priori" divenne infatti il fondamento epistemologico capace di trasformare il vecchio diritto naturale in una vera e propria scienza morale dimostrativa. Celebrato negli *Elementi* di Euclide e rilanciato dai protagonisti della Rivoluzione scientifica da Cartesio a Galileo sino a Newton e allo Spinoza dell'*Ethica more geometrico demonstrata* quel metodo, applicato al diritto naturale, partendo da *principi* assunti come postulati di per sé evidenti, costruiva con dimostrazioni *more geometrico* un vero e proprio *sistema generale* rigorosamente razionale in campo morale, politico e giuridico. Ne illustrò bene il progetto epistemologico Jean Barbeyrac nella sua lunga *Préface du traducteur* all'edizione francese del 1706 di Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes le plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*. Sempre a Barbeyrac, vero padre spirituale del diritto naturale dei moderni con le sue traduzioni dal latino al francese, dottamente annotate, dei classici di quel pensiero, dobbiamo anche la raffinata e geniale trasformazione del diritto naturale dei moderni in potente strumento apologetico di difesa della reli-

¹⁸ Cfr. R.H. POPKIN, *The History of Skepticism from Erasmus to Spinoza*, University of California Press, 1997.

gione. Percepito e denunciato alla sua apparizione come ambigualmente eversivo perché tendenzialmente secolarizzato nel suo fiero opporsi alla differenti confessioni in lotta concedendo non poco al socinanesimo, al deismo e alla religione naturale, quel diritto naturale fu trasformato da Barbeyrac in una sorta di ultima e massiccia diga, moderna, razionale, astutamente fortificata da un abile ricorso alla lettura apologetica delle opere di Galileo e di Newton, contro ogni forma di ateismo e di diffusione del libero pensiero materialista nel primo Settecento: aprendo così la strada alle prime avvisaglie della cultura illuministica.

Insieme ai “cattolici illuminati” di Roma, ai seguaci delle *Boyle Lectures* a Londra e ai *réfugiés* ugonotti ad Amsterdam, Barbeyrac, contribuì infatti all’ammodernamento del diritto naturale degli antichi mutandone la rappresentazione della natura dal vecchio cosmo aristotelico-tomistico all’universo-macchina di Newton¹⁹; ma soprattutto fu tra i protagonisti di quelle lotte per la *libertas philosophandi* e la libertà di coscienza destinate a sdoganare e a far conoscere il linguaggio dei diritti naturali elaborato nel Medioevo²⁰. Aspetti cruciali di quella riapparizione sono stati da tempo ricostruiti attraverso lo studio delle modalità della diffusione dello stoicismo – che divenne il veicolo principale di quello sdoganamento – nel corso della crisi religiosa del Cinque e Seicento. Di quel processo è stata ricostruita la torsione e i passaggi dall’indiscusso primato dei doveri – che continuò comunque a rimanere tale – al riconoscimento dell’esistenza di diritti, facendo derivare i secondi dai primi²¹. Risulta invece ancora sottovalutata nelle recenti ricerche la straordinaria vitalità di quella concezione del diritto naturale nel corso del XVIII secolo e sino ai giorni nostri²². Quel nuovo modo di rappresentare l’esistenza dei diritti naturali derivandoli unicamente dai doveri come semplici strumenti per il loro espletamento, muovendo dal principio di sociabilità e da una concezione razionale e conservatrice del modello organicistico-comunitario, lo si ritrova infatti soprattutto in Scozia e Germania²³. Basti pensare alla circolazione delle opere di Pufendorf nelle grandi università del Continente; al rilievo che ebbe

¹⁹ Cfr. M.C. JACOB, *The Newtonians and the English Revolutions 1689-1720*, Harvester, 1976; V. FERRONE, *The intellectual Roots of the Italian Enlightenment. Science, Religion and Politics in the Early Eighteenth Century*, Prometheus Books, 1995.

²⁰ Cfr. ID., *The Enlightenment and the rights of man*, cit. pp. 78 e sgg.

²¹ Cfr. G. OESTREICH, *Geschichte der Menschenrechte*, cit.; H.W. BLOM, L.C. WINKEL (eds), *Grotius and the Stoa*, Van Gorcum, 2004.

²² Sulla persistenza dell’interpretazione dei diritti naturali come “duty-based” fino ai giorni nostri, cfr. R. DWORKIN (ed), *Taking rights seriously* (Duckworth, 1978), p.171; J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, p. 201, specialmente il capitolo 8, intitolato “Are duties prior to rights?”.

²³ K. HAAKONSEN, *Natural Law and Moral Philosophy: From Grotius to Scottish Enlightenment*, Cambridge University Press, 1989, pp. 6 e sgg.

in Francia, ad esempio per i fisiocrati, la traduzione nel 1758 dell'opera di Christian Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens* in cui interi capitoli erano dedicati al tema *Des devoirs des homme envers les autres et des droits qui y sont attachés*. Capitoli tutti decisivi nell'influencare i teorici francesi del *laissez faire* e del rispetto ossessivo dell'*ordre naturel* da salvaguardare e ripristinare in ogni caso in quanto opera divina e quindi intoccabile.

Il diritto naturale degli illuministi era davvero tutt'altra cosa. La sua cifra autentica stava infatti anzitutto nella critica e nel ripensamento epistemologico della Rivoluzione scientifica del Seicento, della sua rappresentazione meccanicistica della natura: nell'empirismo e nel nuovo umanesimo simbolicamente delineato con grande efficacia nell'albero della conoscenza dell'*Encyclopédie*, un meccanismo conoscitivo centrato su tutte e tre le facoltà principali dell'individuo (ragione, memoria, immaginazione), capaci nel loro equilibrato e sinergico operare di ridefinire le fondamenta dei saperi tradizionali, dando vita alla cosiddetta *scienza dell'uomo*, la vera grande eredità dell'Illuminismo²⁴ nel suo vario e moderno articolarsi disciplinare: Senza quelle scienze, senza «l'invenzione dell'uomo» e il suo «intrinamento»²⁵, indagando l'umanità e l'autonomia dell'essere umano come individuo, «agente culturale» capace di operare, a differenza degli altri animali, dentro e fuori la natura, progettando in tal modo la sua emancipazione, la straordinaria conversione dei diritti naturali dei canonisti nel moderno linguaggio illuministico dei diritti dell'uomo non sarebbe mai avvenuta. Non desta pertanto stupore che quel processo fosse accompagnato da una dura e implacabile polemica contro Grozio e Pufendorf in molti circoli illuministici europei. Dal clamoroso processo intentato nei loro confronti a Milano nelle pagine del «Caffè» di Beccaria ai sarcasmi di Voltaire che non esitava a definire quelle opere come un lascito della peggior tradizione della scolastica marchiate da «un esprit faux, obscur, confus, incertain»²⁶. Per non parlare poi delle velenose e dirompenti prese di distanza di Rousseau e di Diderot che aprirono definitivamente la strada al ripensamento critico dei diritti naturali in «droits politique», di cui amava parlare Condorcet²⁷, al servizio dei programmi di riforma per la difesa e l'emancipazione dell'individuo.

²⁴ Cfr. V. FERRONE, *Una scienza per l'uomo. Illuminismo e Rivoluzione scientifica nell'Europa del Settecento*, UTET, 2007; ID., *Il mondo dell'Illuminismo*, cit., pp. 15 e sgg.

²⁵ Cfr. M. FOUCAULT, *The Order of Things: an archaeology of human science*, Psychology Press, 2002, p. 336.

²⁶ F.-M.A. VOLTAIRE, *Correspondence and related documents*, ed. T. BESTERMAN, University of Toronto, vol. 92, p. 95.

²⁷ Cfr. M.-J.-A.-N.C. CONDORCET, *Sketch for a historical picture of the progress of human mind*, Noonday Press, 1955, pp. 109 e sgg.

Altrove, cui rinviamo per i riferimenti specifici²⁸, abbiamo raccontato i momenti salienti di quella metamorfosi in Francia, Italia, nel mondo anglosassone e nelle regioni del Sacro Romano Impero. Qui occorre tuttavia ricordarne sinteticamente alcuni passaggi decisivi se si vuole davvero capire le fondamenta teoriche della originale costituzionalizzazione dei diritti dell'uomo elaborata dagli illuministi.

La ridefinizione del linguaggio medievale dei diritti naturali in “diritti dell'uomo” come diritti morali, politici e giuridici conobbe, ad esempio, una tappa significativa con la voce *droit naturel* nell'*Encyclopédie* scritta da Diderot. Con un sottile esercizio di decostruzionismo che spiegava i molteplici e contraddittori significati assunti nel passato dall'espressione diritto naturale, Diderot ne ridefiniva il significato alla luce della rivoluzione epistemologica avviata proprio nelle pagine dell'*Encyclopédie* e nel suo celebre volumetto del 1753, *De l'interprétation de la nature*. Contro il fissismo, il creazionismo statico e il determinismo dell'universo-macchina, il primato del metodo geometrico-deduttivo, il dominio della metafisica in campo filosofico, le nuove scienze dell'uomo, la cosiddetta “filosofia sperimentale” degli illuministi rilanciavano, ammodernandola, la *natura naturans* di matrice rinascimentale dei Bruno e dei Campanella con i suoi caratteri dinamici e vitalistici, l'epigenismo, il calcolo della probabilità per rispondere allo scetticismo, un nuovo empirismo baconiano capace finalmente di rivalutare la connessione interattiva tra uomo e natura, di mettere sullo stesso piano conoscitivo della ragione, facoltà umane tanto cruciali quanto troppo a lungo trascurate come l'immaginazione e la memoria. «L'uomo non è che il ministro o l'interprete della natura: intende e agisce soltanto per quanto lo consente la sua conoscenza sperimentale o riflessa degli esseri che lo circondano»²⁹, amava dire *maître* Denis nella sua sistematica e geniale opera di secolarizzazione e umanizzazione della Rivoluzione scientifica del secolo precedente. Non stupisce pertanto il suo attacco alla metafisica, all'astratto razionalismo geometrico-deduttivo di Cartesio, Spinoza, Leibniz, e Pufendorf che avevano escluso il cosiddetto *consensus gentium* nella ricerca del giusto in natura. E invece, per Diderot, proprio dalla storia dell'uomo in ogni angolo della terra, dal suo agire politico e consapevole andavano semmai ricavati i veri valori universali del diritto naturale. Quei valori andavano infatti ricercati «in the general will [...] in the principles of law written by all civilized nations; in the social practice of savage and barbaric peoples; in the tacit conventions between enemies of mankind among themselves, and even in the feelings of

²⁸ Cfr. V. FERRONE, *The Enlightenment and the rights of man*, cit..

²⁹ D. DIDEROT, *Arte*, in *Encyclopédie*, a cura di D. DIDEROT, J.-B. D'ALEMBERT, trad. it. *Tutte le tavole dell'Encyclopédie*, Mondadori, 2000, p. 88.

indignation and resentment these two passions which nature seems to have placed even in animals to compensate for the deficiency of laws in society and blemish of public vengeance»³⁰.

Va detto che questa rivalutazione empirica della conoscenza a posteriori, a partire dalla memoria, dal ripensamento della centralità della storia piuttosto che da ricostruzioni logiche a priori, lo si ritrova per intero anche in molti altri illuministi europei soprattutto in Italia come vedremo. Così come essa affiora nella critica di Hume al diritto naturale accusato di ricavare valori morali sulla base di astratti e inaffidabili ragionamenti logici. E tuttavia l'attacco decisivo al paradigma del diritto naturale di Grozio e Pufendorf venne anzitutto da Rousseau; dalla sua corrosiva e polemica opera di smascheramento ideologico condotta non a caso in parallelo e negli stessi anni della critica epistemologica di Diderot.

Nella storia dei diritti, il ginevrino è stato indicato come il padre dei diritti dell'uomo avendone costruito con i suoi romanzi il fondamento emotivo e quel torrente di emozioni all'origine della loro diffusione settecentesca. Lo fece capeggiando il movimento letterario europeo che metteva per la prima volta al centro la visione del corpo, del sé, l'autonomia e l'identità dell'individuo, rivalutandone i sentimenti, le passioni, l'identificazione psicologica e l'empatia tra gli esseri umani³¹. In realtà Rousseau fece molto di più.

Sul piano filosofico Locke aveva già da tempo avviato la costruzione empirica della persona come individuo autonomo e cosciente portando il *principium individuationis* ben oltre Boezio (*persona est naturae rationalis individua substantia*) e l'individualismo cristiano centrato sull'anima, dono divino, come sostanza razionale. Indagando il rapporto, fatto di percezioni relazionali tra mente e corpo, contrapponendo la *persona-anima* della tradizione cristiana alla *persona-coscienza* degli illuministi, Locke riuscì nell'impresa decisiva di riannodare il linguaggio medievale dei diritti naturali alla moderna ricerca dell'umanità e dell'autonomia dell'uomo come individuo. Lungo questo sentiero s'incamminò anche Rousseau deciso a fondare la nuova scienza dell'uomo facendo i conti con la Rivoluzione scientifica, coniugando l'antropologia fisica all'antropologia culturale, ipotizzando una preistoria prima della storia, confrontandosi con le ricerche di Tyson, Linneo e Buffon, riflettendo sui confini tra i primati, tra l'uomo e la scimmia, approdando infine a quella definizione cruciale nella storia dei diritti che identificava l'umanità dell'uomo nella perfettibilità e soprattutto nella libertà rispetto all'istinto degli animali. Dopo Rousseau la libertà come diritto naturale divenne la cifra autentica

³⁰ ID., *Diritto naturale*, in D. DIDEROT, J.-B. D'ALEMBERT, *Encyclopédie*, cit., p. 243.

³¹ Cfr. L. HUNT, *Inventing human rights*, cit., p. 127.

dell'essere umano: «rinunciare alla propria libertà vuol dire rinunciare alla propria qualifica di uomo»³², scrisse polemizzando con lo schiavismo di Grozio.

Così come aveva messo in guardia da una lettura troppo ottimistica del progresso delle scienze e delle arti che ignorava le logiche di dominio sottese, le potenziali disuguaglianze introdotte dall'uso corporativo e possessivo di quei nuovi saperi, Rousseau non esitò a denunciare il carattere ideologico che si annidava nel cuore del diritto naturale di Pufendorf; ne svelò la deriva dispotica dell'assolutismo presente in quel paradigma che si ammantava ai suoi occhi di falsa scientificità, legittimando in realtà il potere di origine divina dei re con un rigoroso razionalismo e una falsa rappresentazione dell'ordine naturale. Senza esitazioni, sempre continuando a reinterpretare l'idea di natura, il grande ginevrino sostituì al vecchio *diritto naturale* l'economia politica, l'antropologia e soprattutto il nuovo *diritto politico* degli illuministi.

La politicizzazione settecentesca del linguaggio dei diritti naturali deve molto a Rousseau. Egli ne fece il suo rovello ossessivo cercando di mettere insieme l'individuo, caratterizzato dai diritti, con la necessità di difenderne l'esistenza e la loro pratica politica approdando a una comunità repubblicana, un'associazione di uomini liberi ed eguali capace di autogoverno e di mettere insieme libertà e responsabilità. Di lampante chiarezza sin dal titolo quasi mai citato per esteso era in tal senso la formulazione del problema all'origine del *Contract social ou principes du droit politique*:

Trovare una forma di associazione che difenda e protegga le persone e i beni degli associati sfruttando al massimo la forza comune, associazione nella quale ogni uomo, pur unendosi a tutti gli altri, non obbedisca che a se stesso e resti libero come prima. Questo è il problema fondamentale di cui il contratto sociale offre la soluzione³³.

Ma sempre in quelle stesse nelle pagine, Rousseau andò anche oltre sacralizzando i “diritti dell'uomo” in una sorta di *teologia politica* che prevedeva la creazione di una “religione civile” per diffonderne la conoscenza e la pratica tra il popolo.

La rivoluzione culturale dell'Illuminismo portò a definitiva precipitazione un

³² Cfr. V. FERRONE, *Il mondo dell'Illuminismo*, cit. p. 155. Fu Rousseau a chiedere per primo che la tradizionale definizione di uomo fosse sostituita «da una definizione nuova, secondo la quale non è la ragione, ma la libertà, ciò che distingue specificamente l'uomo» (L. STRAUSS, *Natural right and history*, cit., p. 300).

³³ J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Fabbri, 2001, p. 63. L'espressione “diritto politico” ricorre per la prima volta in Montesquieu, ma in Rousseau assume un valore polemico tutto nuovo.

lungo e tormentato processo di trasformazione del linguaggio canonistico dei diritti naturali in un potente strumento di difesa e di emancipazione dell'individuo che merita di essere ricordato, almeno nelle sue tappe essenziali che sono all'origine della precisa identificazione di diritti fondamentali come quello alla *vita*, alla *libertà*, alla *proprietà* e soprattutto alla *ricerca della felicità*.

Laddove Hobbes costruì il suo *Leviatano* che legittimava l'assolutismo sul rispetto del diritto alla vita come unico e fondamentale diritto naturale dell'individuo, sappiamo che Locke ridefinì invece il diritto di proprietà come un diritto naturale inalienabile sulla base del *proprium* del soggetto, dichiarando legittimo solo quel governo che ne garantiva l'esercizio. Fu poi in primo luogo con l'apparizione sulla scena europea dei valori di libertà e di tolleranza, di fronte all'imperversare cruento della guerra civile e religiosa, che cominciarono a delinearsi le stesse mura perimetrali e secolarizzate del paradigma illuministico dei diritti dell'uomo. Il processo e la condanna di Galileo segnò certamente in quella direzione un momento importante nella lotta per la *libertas philosophandi* così come significativa fu la rivendicazione della libertà religiosa con la veste di diritto naturale inalienabile dell'individuo da contrapporre al principio della sovranità assoluta e al principio *cuius regio, eius religio* ribadito a Vestfalia. Quella rivendicazione, quel ritorno di Antigone in difesa della libertà di coscienza formulata nel 1706 per la prima volta dal rettore dell'università di Leida Gerard Noodt, apriva la strada maestra al rilancio definitivo dei diritti naturali, alle polemiche argomentazioni dei *freethinkers*, di Bayle, alle denunce dei *philosophes* contro la Santa Inquisizione e la Chiesa cattolica incapace di riconoscere l'esistenza dello *ius ad libertatem religiosam* come diritto naturale sino al Vaticano II e al decisivo intervento di Paolo VI³⁴.

Fu tuttavia solo con la clamorosa invenzione del diritto naturale alla ricerca della felicità³⁵ che la rivoluzione illuministica arrivò a caratterizzare compiutamente il linguaggio dei diritti dell'uomo come nuova scienza universale della morale. Lo fece rilanciando nella cultura europea quei valori e quelle idee dell'epicureismo che avevano già colpito Bacone, alimentato l'atomismo della Royal Society, la riflessione filosofica di Gassendi, di Locke e dei "cattolici illuminati" italiani che ne cristianizzarono il messaggio³⁶. Con la secolarizzazione da parte di Voltaire, Rous-

³⁴ Sui ritardi e i limiti della Chiesa nel riconoscere i diritti dell'uomo mi sia consentito rinviare a V. FERRONE, *Lo strano Illuminismo di Joseph Ratzinger. Chiesa, modernità e diritti dell'uomo*, Laterza, 2013. Per il rovente dibattito suscitato in Italia su questi temi ignorati all'estero cfr. F. BOLGIANI, V. FERRONE, F. MARGIOTTA BROGLIO (a cura di), *Chiesa cattolica e modernità*, Il Mulino, 2004.

³⁵ Cfr. A. TRAMPUS, *Il diritto alla felicità. Storia di un'idea*, Laterza, 2008.

³⁶ Sul neo-epicureismo settecentesco cruciale per l'Illuminismo cfr. V. FERRONE, *The Intellectual Roots*, cit.; J. ROBERTSON, *The Case for the Enlightenment. Scotland and Naples 1680-1760*, Cambridge University Press, 2005; N. LEDDY AND A.S. LIFSCHITZ (eds), *Epicurus in the Enlightenment*, Oxford

seau, Diderot, l'empirismo razionale e scientifico neo-epicureo si rivelò particolarmente efficace contro la superstizione e il terrore della morte, creando le condizioni per il diffondersi del deismo e di una religione naturale e universale che prendeva atto del disinteresse della divinità per il mondo e le vicende umane poeticamente illustrato da Lucrezio nel *De Rerum Natura*. Ma soprattutto, quel rinnovato sistema di valori che poneva al centro l'uomo, la condizione umana nei suoi limiti naturali, le facoltà e le passioni, la ricerca della felicità terrena, coniugando l'amore di sé con la empatia verso gli altri, contribuì a spostare definitivamente l'attenzione dai *doveri* ai *diritti*: dal principio della sociabilità e dalla centralità dei doveri dello stoicismo ai diritti dell'uomo come individuo. L'idea di felicità degli antichi e dei cristiani divenne qualcosa di molto differente rispetto al passato: si convertì in un valore radicalmente cambiato di segno, tutto umano e terreno, destinato a mutare la ricerca della felicità in un diritto naturale davvero speciale, mai visto prima: un potente motore immoto dell'intero discorso sui diritti pensato dagli illuministi per riformare la società d'Antico Regime.

Per sincerarsene basterebbe leggere il manuale del ginevrino Jacques Burlamaqui, *Principes du droit naturel* del 1748. Tradotto in molte lingue, diffuso ovunque, dall'Italia alle colonie americane dove divenne il testo degli studenti di Harvard e di Princeton, quel manuale spiegava bene la svolta antropologica neo-epicurea dei circoli illuministici europei dal cosmo comunitario degli stoici alla centralità dell'individuo titolare di diritti. Il diritto naturale non era ormai più soltanto la ricerca del giusto in natura bensì una scienza morale fatta di regole giuridiche per condurre anzitutto l'uomo a un «véritable et solide bonheur». E a tal proposito anche la parola diritto cambiava di significato da oggettivo a soggettivo: atto di volontà finalizzato alla ricerca della felicità, il vero «fondement général des droits de l'homme»³⁷. Per la prima volta con Burlamaqui, i diritti balzavano in primo piano venendo prima dei doveri, mentre la morale universale stava per intero nel rispetto dei diritti naturali dell'uomo finalizzati alla ricerca della felicità.

La metamorfosi del diritto naturale nel diritto politico degli illuministi conobbe altre e non meno importanti tappe prima che i diritti naturali divenissero diritti morali e politici da inverare attraverso le riforme. Tra queste tappe la ridefinizione del concetto di *legge*, da opera divina impressa nella natura ad autonoma espressione della volontà umana, la nascita dell'idea moderna di *legislazione*, associata all'opzione illuministica per il governo delle leggi rispetto al governo dell'uomo.

Nell'*Esprit des lois* Montesquieu iniziò l'opera secolarizzando definitivamente la *legge*, smascherando ideologicamente la funzione dispotica dei giuristi, la presun-

University Press, 2009.

³⁷ Cfr. J.-J. BURLAMAQUI, *Principes des droit naturel*, C. & A. Philibert, 1748, p. 104.

ta ontologia del diritto come scienza cara ai *sacerdotes iuris* medievali. Lo fece denunciando i cosiddetti *arcana iuris* con quello stesso spirito critico e corrosivo che stava animando l'attacco illuministico agli *arcana religionis* e agli *arcana imperii*. Certo, rispetto all'indagine di Montesquieu sui condizionamenti che la natura, il clima, il cibo, i sistemi di produzione imponevano alle leggi di tutti popoli della terra, Rousseau era andato assai oltre nel *Contratto* con la sua secca definizione di legge come volontà generale, autonomo atto della libertà dell'uomo *ζῶον πολιτικόν*. Ma a rompere definitivamente gli indugi fu Helvétius nel 1758 con il volume *De l'esprit*. Messo all'Indice a Roma e bruciato a Parigi quel testo attaccava l'immagine deterministica, immobile e fissa della natura presente nel diritto naturale degli epigoni di Pufendorf invocando una nuova «scienza della legislazione»³⁸ per dare nerbo giuridico all'attacco dell'Antico Regime, per diminuire con le riforme le disuguaglianze e diffondere la felicità pubblica e privata.

L'appello fu raccolto soprattutto a Napoli e nella Milano del "Caffè". Il *best seller* di Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* del 1764 rappresentò in tal senso un clamoroso esempio per tutto l'Occidente: il primo grande capolavoro frutto di un costante impegno dei circoli illuministici italiani verso le riforme centrate sui diritti. Scritto contro l'arbitrio feroce dei giudici, la tortura giudiziaria, la pena di morte, in difesa dell'uomo e dei suoi diritti, quel volumetto divenne rapidamente un *manifesto* illuministico capace di scuotere l'intera opinione pubblica europea alimentando le riforme del diritto penale, rafforzando l'impegno di Voltaire alle prese con il caso Calas e di quanti denunciavano la feroce giustizia d'Antico Regime, ridisegnando per sempre l'umanesimo dei moderni, il diritto di punire e la stessa idea di giustizia³⁹.

Fu tuttavia la monumentale opera del filosofo e giurista napoletano Gaetano Filangieri, *La scienza della legislazione*, a sintetizzare la metamorfosi dei diritti naturali in diritti dell'uomo facendoli diventare la fonte primaria della costruzione di un moderno ordinamento giuridico e di un nuovo costituzionalismo ispirato ai valori dell'Illuminismo: libertà, umanità, tolleranza, felicità, cosmopolitismo, uguaglianza.

Preziosi per la storia comparata europea dei diritti nel Settecento, finalmente riconosciuti come «a cornerstone [...] much more widely diffused in Spain and Spanish America than in the English-speaking world»⁴⁰, quei volumi apparsi tra il

³⁸ C.-A. HELVÉTIUS, *De l'esprit* (1758), trad. it. *Dello spirito*, Editori Riuniti, 2019, p. 120.

³⁹ Cfr. V. FERRONE E G. RICUPERATI (a cura di), *Il caso Beccaria. A 250 anni dalla pubblicazione del "Dei delitti e delle pene"*, Il Mulino, 2016.

⁴⁰ J. ISRAEL, *The Expanding Blaze. How the American Revolution Ignited the World, 1775-1848*, Princeton University Press, 2017, p. 7.

1780 e il 1788 ambivano a divenire il manuale del perfetto legislatore illuminista. Essi avevano alle spalle una raffinatissima cultura filosofica e giuridica che da tempo stava facendo i conti con il linguaggio dei diritti naturali nei suoi aspetti morali e politici. Cominciò Giambattista Vico con i suoi attacchi a Cartesio e Spinoza, al diritto naturale protestante di Grozio e Pufendorf, accusato di razionalismo astratto, di aver trascurato il mondo storico, il significato paradigmatico del diritto romano e il *consensum gentium* come criterio di verità. La sua geniale *Scienza Nuova* che tramite la filosofia e la filologia, il baconiano *verum ipsum factum* indagava il corso storico delle nazioni nell'orizzonte della storia ideale ed eterna, rifondeva epistemologicamente anche il diritto naturale. Quest'ultimo era infatti diviso in *ius naturale prius* dove protagonista era l'uomo, in *solitudine summus*, titolare di diritti naturali dati da Dio, innati, universali ed eterni, e uno *ius naturale posterius* caratterizzato invece dal diritto positivo, dalla storia, leggi e costumi delle nazioni dove, inverandosi nel tempo, diritti, principi e valori del «giusto eterno»⁴¹ acquisivano piena legittimità. Una geniale fondazione storica e filosofica dei diritti, questa di Vico, che, accanto alla fondazione antropologica di Rousseau, si ritrova in molti illuministi europei culminando nell'idea dei diritti dell'uomo come mito e politico da realizzare nella trionfale ucronia della decima epoca dell'umanità descritta da Condorcet nell'*Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit human*.

Lungo questa strada vichiana s'incamminò il padre dell'Illuminismo italiano Antonio Genovesi con la stampa a Napoli nel 1766 della *Diceosina o sia filosofia del giusto e dell'onesto*, il primo manuale europeo di etica come scienza dell'uomo interamente fondato sull'individuo titolare di diritti naturali. In polemica con il tradizionale riferimento preliminare al principio di sociabilità e ai doveri, quel volume metteva invece in primo piano l'individuo e contrapponeva il postulato etico dell'eguaglianza morale di tutti gli uomini come eguaglianza dei diritti alle disuguaglianze somatiche, etniche documentate dalla letteratura dei viaggiatori, dagli studi di Buffon sulle varietà dei popoli. L'idea di eguaglianza, che era stata lungamente dibattuta in quegli stessi anni da tutti i circoli illuministici europei e ripensata sotto forma di principio e valore umanitario da rilanciare, divenne per Genovesi la chiave di volta per attaccare le gerarchie e i privilegi dell'Antico Regime. Allo stesso modo egli scagliò l'universalismo dei diritti e la loro inalienabilità contro la tratta degli schiavi e chi continuava a invocare il crudo realismo politico di Machiavelli, l'autonomia della morale dalla politica, negando spazio all'utopia ragionevole racchiusa nel diritto naturale dell'uomo alla ricerca della felicità.

Erede di Vico e di Genovesi, in ossequio alla definizione aristotelica di scienza (*Scientia debet esse de universalibus et aeternis*), Filangieri fece l'ultimo tratto di strada

⁴¹ Cfr. V. FERRONE, *The Enlightenment and the rights of man*, cit., pp. 278 e sgg..

verso una politica legislativa delle riforme volta a emancipare e difendere l'uomo tramite l'esercizio dei diritti. Laddove il suo interlocutore dichiarato, Montesquieu, nella prima stagione dell'Illuminismo aveva studiato la legge com'è e non come avrebbe dovuto essere («ragionato piuttosto sopra quello che si fatto che sopra quello che si dovrebbe fare»⁴²), la *Scienza della legislazione* delineava invece i tratti salienti di ciò che noi oggi definiremmo la costruzione di un unico ordinamento giuridico radicalmente alternativo al particolarismo e pluralismo giuridico dell'Antico Regime; un ordinamento interamente fondato sui diritti dell'uomo e sul principio morale della loro eguaglianza universale.

Pervasi da una potente volontà politica riformatrice decisa a creare una moderna società civile di liberi ed eguali, quei volumi affrontavano di petto questioni decisive della cultura politica del Tardo Illuminismo, dalla sovranità popolare al “repubblicanesimo dei moderni”, in cui, a differenza del mondo antico, la più larga partecipazione possibile alla vita politica si coniugava con l'idea originale di rappresentanza e del rispetto dei diritti individuali. A tal fine un volume era dedicato alla riscrittura del diritto penale, mettendo al centro il diritto naturale alla difesa reclamato da Beccaria: ripensando la procedura, rivendicando il pubblico processo accusatorio rispetto a quello segreto inquisitorio al fine di riequilibrare il rispetto dei diritti dell'imputato e le ragioni dell'accusa in un orizzonte – profondamente eversivo per l'Antico Regime – di eguaglianza di tutti di fronte alla legge. Un altro volume era poi dedicato alla legislazione in merito all'educazione pubblica: la vera strada maestra individuata dalla cultura illuministica europea da Lessing a Condorcet per un consapevole esercizio della partecipazione politica, del diritto alla libertà di pensiero e di stampa come strumenti indispensabili alla libera formazione dell'opinione pubblica e per un'autentica emancipazione dell'uomo attraverso l'uomo.

Ma nella sterminata revisione critica della legislazione dei diritti in merito al governo rappresentativo, alla libertà di coscienza, alla tolleranza religiosa, al diritto internazionale cosmopolita⁴³, l'autentico capolavoro ancora troppo poco conosciuto è rappresentato dal volume, *Delle leggi politiche ed economiche* in cui Filangieri affrontava il tema della fondazione epistemologica ed etica della nascente economia politica, del rapporto tra diritti e sfera economica, diritti dell'uomo e mercato. Filangieri lo faceva dialogando e polemizzando con i fisiocrati e gli illuministi scozzesi.

Laddove a Parigi furono molti *philosophes* come Diderot e Ferdinando Galiani,

⁴² Cfr. G. FILANGIERI, *La scienza della Legislazione*, Centro di studi sull'illuminismo europeo “G. Stiffoni”, 2004, vol. I, p. 19.

⁴³ Per un'analisi complessiva cfr. V. FERRONE, *The Politics of Enlightenment*, cit..

a denunciare, durante la *guerre des farines* del 1763, il liberismo astratto e settario dei fisiocrati che anteponevano ferocemente il diritto di proprietà e di libertà di commercio dei grani, l'autonomia del mercato a ogni altro diritto naturale, a Napoli, Filangieri preferì invece prendere le distanze soprattutto dal loro misconoscimento del commercio e dell'industria a favore dell'agricoltura. Il complesso rapporto tra mercato e diritti era stato del resto affrontato con ben altra consapevolezza e prospettive dall'Illuminismo scozzese, neutralizzando politicamente i diritti, confinandoli nella sfera della giustizia, escludendoli dalla sfera economica in nome della salvaguardia dell'ordine naturale da ogni turbolenza rivoluzionaria. Era quindi soprattutto a Hume e a Smith che pensava Filangieri quando scrisse il suo capitolo *Delle gelosie del commercio e delle rivalità tra le nazioni* o quando trasformava il diritto alla ricerca della felicità in un moderno diritto sociale necessario alla fondazione di quella che Genovesi chiamava *economia civile*, così diversa dall'economia politica scozzese. A tal fine se il liberismo di Smith per favorire la produzione e la circolazione era largamente condiviso, netta era invece la divergenza sulla questione dell'equa distribuzione della ricchezza prodotta. Filangieri non credeva affatto alla distribuzione di ricchezza per vie "naturali", né al principio di sociabilità e simpatia, né alla provvidenziale mano invisibile garante dell'ordine naturale. Per conciliare le virtù civiche degli antichi con la ricchezza dei moderni, garantire i diritti e la costruzione di una moderna società civile capace di autogoverno repubblicano, egli riteneva necessarie leggi sull'educazione pubblica, una giustizia distributiva fondata sulla tassazione progressiva, decisioni forti per colpire monopoli, evitare polarizzazione di ricchezze e disuguaglianze inaccettabili.

Tra quello che noi oggi chiamiamo il mercato e i diritti dell'uomo Filangieri non aveva insomma dubbi a favore dei secondi: La cultura illuministica non aveva forse scoperto che i diritti rappresentavano la cifra autentica dell'umanità dell'uomo, la fonte di ogni politica emancipatoria? Da qui il problema della loro difesa e del loro esercizio politico e giuridico dopo averne riconosciuto l'universale fondatezza morale; l'impegno verso un nuovo *costituzionalismo illuministico* capace di inerrarli secondo le indicazioni di Vico, distinguendo finalmente tra la scoperta e la rivendicazione dei diritti e la loro concreta realizzazione. Lungo questa stessa strada si erano del resto incamminati in molti in Europa con soluzioni differenti.

In Francia, forse con troppa fiducia nell'uomo, Rousseau affidò la custodia dei diritti alla volontà generale nel *Contratto sociale*, al potere legislativo, alla democrazia, alla logica repubblicana trascurando però la funzione storica del costituzionalismo come limite all'onnipotenza della sovranità; Diderot e altri *philosophes* fecero invece del linguaggio dei diritti soprattutto una potente *formula politica*, uno strumento retorico per mobilitare l'opinione pubblica contro lo schiavismo e l'Antico Regime attraverso il teatro, la letteratura, le arti visive, "mettendo in sce-

na” l’eguaglianza e l’universalizzazione dei diritti. In Germania, nonostante l’impegno di molti *Aufklärer* e degli *Illuminati di Baviera*, prevalse invece la lettura conservatrice dei diritti *duty-based*, il loro legame organico con i doveri teorizzato dagli epigoni di Pufendorf e Wolff secondo uno schema vincente che fu diffuso in Francia soprattutto dai fisiocrati. Il trionfo di quel paradigma del diritto naturale di origine tomista si ebbe, nel 1794, dopo un tormentato dibattito che vide al centro anche le traduzioni in Germania di Filangieri con la promulgazione dell’*Allgemeines Landrecht* in cui i diritti erano concessi dallo Stato, secondo una logica cetuale che negava di fatto il loro carattere universalistico ed egualitario rivendicato in Francia e in Italia.

Ma ancora una volta fu nel confronto diretto con la cultura anglosassone e in particolare con la rivoluzione americana che prese corpo il progetto costituzionale delineato nella *Scienza delle legislazione*. Come larga parte dei circoli illuministi europei anche Filangieri visse con entusiasmo e partecipazione quegli eventi. Sin dal primo volume egli non si limitò infatti a criticare il “costituzionalismo cetuale d’antico regime” caro a Montesquieu che rivendicava la funzione naturale e consuetudinaria di limite e di difesa della libertà da parte dei corpi intermedi, dalla nobiltà alla chiesa contro la sovranità assoluta e dispotica delle monarchie settecentesche, ma andò invece assai oltre attaccando la sua celebre apologia della costituzione inglese, il principio del *governo misto*, la mancanza di una costituzione scritta capace di fissare la separazione dei poteri e garantire davvero l’esercizio dei diritti. I drammatici tumulti del movimento *Wilkes and Liberty* contro Giorgio III e la rivolta delle colonie apparivano ai suoi occhi la prova definitiva del fallimento della *Old Constitution*. Lo studio accurato dei *Commentaries on the Law of England* di Blackstone, che saldavano il vecchio diritto naturale di matrice comunitaria e tomista rielaborato da Pufendorf con la storia eroica delle lotte del popolo inglese per i diritti naturali gli confermava infine il carattere ambiguo e riduttivo del costituzionalismo inglese rispetto al progetto cosmopolita degli illuministi volto a ripensare il diritto naturale partendo dall’individuo, approdando a una costituzione scritta e fissa: forgiando appositamente un nuovo ordinamento legislativo sulla base dell’eguaglianza innata dei diritti naturali per tutti gli esseri umani con l’obiettivo di proteggerli e diffonderli nel mondo.

Filangieri cercò ripetutamente di condizionare in senso illuministico e cosmopolita il dibattito costituzionale nelle colonie americane inviando i volumi della *Scienza della legislazione* al suo amico Franklin. Egli intuiva che la storicizzazione dei diritti elaborata da Blackstone, la concezione stadiale della storia umana, l’esaltazione acritica del progresso scientifico, dei meriti delle moderne società commerciali nel processo di civilizzazione dei popoli, largamente presente tra i padri costituenti sensibili soprattutto alle teorie dell’Illuminismo scozzese, pote-

vano facilmente essere male interpretati: quel contrapporre al buon selvaggio di Rousseau l'idea del cattivo selvaggio da civilizzare per fargli acquisire solo nel tempo, educandolo, i suoi sacrosanti diritti naturali poteva alimentare una deriva schiavista e dar vita a una costituzione che negava di fatto l'universalismo innato dei diritti dell'uomo. Non desta pertanto stupore l'appassionata e pubblica messa in guardia di Filangieri contro la possibile e temuta torsione schiavista del processo rivoluzionario nelle colonie americane: il suo accorato invito ai *Founding Fathers* ad assumersi la responsabilità di fronte alla storia del possibile tradimento degli ideali e dei valori cosmopoliti dell'illuminismo. E a ben vedere con quell'appello egli coglieva nel segno scorgendo all'orizzonte ambiguità, contraddizioni, tradimenti inattesi nelle convulse vicende del cosiddetto costituzionalismo rivoluzionario di quegli anni turbolenti.

Fautori del costituzionalismo illuministico come Condorcet, Mazzei, Paine e altri ancora avevano tratteggiato bene i punti salienti di quel progetto nei roventi dibattiti svoltisi subito prima e durante la Rivoluzione francese: costituzione scritta, separazione dei poteri, sovranità popolare, repubblicanesimo, governo rappresentativo, ma sempre e anzitutto esercizio e tutela dei diritti dell'uomo⁴⁴. Era infatti proprio quest'ultimo punto la chiave di volta, l'architrave del progetto. Lo spiegò chiaramente Mario Pagano nel *Progetto di costituzione della Repubblica napoletana* del 1799: «la più egregia cosa che ritrovasi nelle moderne costituzioni è la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo*. Manca alle antiche costituzioni questa solida e immutabile base»⁴⁵. E tuttavia anche se la Dichiarazione, prima manifestazione del processo di positivizzazione dei diritti nella storia rappresentava già una grande conquista come conciliarla con la Costituzione, come evitare il conflitto tra potere costituente, potere legislativo e diritti dell'uomo?

Nella *Declaration* del 1776 Jefferson fece largamente ricorso al linguaggio dei diritti dell'uomo per rivendicare l'indipendenza e consacrare la nascita del nuovo stato, ma, come temuto da Filangieri, la costituzione schiavista del 1787 ne liquidò invece ogni riferimento egualitario, cosmopolita e universalistico ai diritti dell'individuo. In Francia la solenne *Déclaration des droits de l'homme* del 1789 non evitò certo il dramma del Terrore giacobino. Tra le vittime di quel clima feroce, Condorcet tentò ripetutamente con i suoi progetti di costituzione alternativi al populismo giacobino di frenare la loro concezione circa l'onnipotenza legislatrice della nazione contro i diritti dell'uomo. Vanamente. Non traggano in inganno i

⁴⁴ Cfr. A. TRAMPUS, *Diritti e costituzione. L'opera di Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, Il Mulino, 2005.

⁴⁵ Cfr. F.M. PAGANO, *Progetto di costituzione della Repubblica napoletana*, a cura di F. MORELLI, A. TRAMPUS, Edizioni della laguna, 2008, p. 122.

tentativi come quello di Sieyès di introdurre meccanismi di garanzia costituzionale come il farraginoso *Jury constitutionnaire*. Lo spirito comunitario del vecchio diritto naturale, i diritti della nazione, il potere legislativo come espressione della volontà generale avevano ormai preso il sopravvento sui diritti dell'individuo cari agli illuministi. Con la costituzione termidoriana del 1795 l'eterno «fantôme des devoirs»⁴⁶, amato da Cicerone, da Pufendorf e dai fisiocrati, riapparve sulla scena.

Fu Mario Pagano, allievo di Filangieri, insigne giurista destinato a morire sul patibolo a criticare con grande acutezza la *Déclaration des droits et des devoirs des l'homme e du Citoyen* dei termidoriani. Precisò che l'eguaglianza non era un diritto ma un principio; i doveri derivavano dai diritti e non viceversa; il diritto di resistenza era sacro e non spettava al popolo in quanto tale ma all'individuo e comunque «quando diciamo popolo intendiamo parlare di quel popolo che sia rischiarato nei suoi veri interessi e non già una plebe assopita nell'ignoranza e degradata nella schiavitù»⁴⁷. Da qui la costituzionalizzazione dei diritti dell'uomo come progetto emancipatorio della rivoluzione culturale illuministica. Il diritto alla ricerca della felicità declinato come felicità pubblica e sociale, soccorso ai bisognosi, riduzione delle disuguaglianze, diritto all'istruzione pubblica come prerequisito repubblicano alla partecipazione politica.

Ammaestrato dalla fragilità e dagli errori del costituzionalismo rivoluzionario francese, Pagano si pose anche il compito di come garantire in ogni modo i diritti e dirimere il potenziale conflitto tra i principi costituzionali illuministici e il potere legislativo. A tal proposito inventò un istituto di garanzia costituzionale, il *Corpo degli Efori*, assai simile alle nostre attuali Corti Supreme con forti poteri d'intervento. Insomma, all'insegna di una *costituzione*, un *tribunale* e un *giudice* gli illuministi napoletani affrontarono la grande questione settecentesca su come invettare e proteggere i diritti dell'uomo. E quella soluzione, che ancora oggi resta in campo, non aveva nulla a che vedere con le successive, ambigue codificazioni *ex partes principis* di alcuni diritti naturali come nel codice napoleonico o nell'*Allgemeines Landrecht*, né con le arbitrarie interpretazioni liberali ottocentesche dei diritti fortemente condizionate dal nascente individualismo ideologico. Basterebbe rileggere il celebre *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri* di Benjamin Constant per sincerarsene.

Il generoso e difficilissimo tentativo degli illuministi europei e della *Scienza della Legislazione* di chiarire e armonizzare i diritti dell'uomo come individuo con i diritti delle comunità, popoli e nazioni attraverso il costituzionalismo resta in tal senso la vera eredità politica di quella rivoluzione culturale destinata a trasformat-

⁴⁶ Cfr. M. GAUCHET, *La révolution des droits de l'homme*, Gallimard, 1989, p. 71.

⁴⁷ Cfr. F.M. PAGANO, *Progetto di costituzione*, cit., p. 124.

si in un grande laboratorio della modernità. Un'eredità, comunque, preziosa perché fatta di problemi ancora aperti e ineludibili piuttosto che di soluzioni apparentemente definitive.

GAETANO FILANGIERI TRA PROGETTI DI RIFORMA E REALTÀ DEL POTERE NEL REGNO DI NAPOLI NEL XVIII SECOLO

FRANCA PIROLO *

SOMMARIO: 1. La fortuna del pensiero di un giovane intellettuale del XVIII secolo. – 2. Napoli in transizione: i crocevia del Settecento. – 3. Tra idealismo e pragmatismo: le visioni di Tanucci e Filangieri per Napoli. – 4. La sfida al feudalesimo e la difesa della sovranità popolare. – 5. Conclusioni.

1. *La fortuna del pensiero di un giovane intellettuale del XVIII secolo*

Dalla loro comparsa nel tardo Settecento, le idee di Gaetano Filangieri hanno attirato l'attenzione di studiosi italiani ed europei. In particolare, i volumi de *La Scienza della Legislazione* di Gaetano Filangieri, padre del generale Carlo, che avrebbe guidato le truppe borboniche durante le guerre napoleoniche¹, hanno alimentato un dibattito intellettuale che, nel corso del tempo, non si è mai affievolito. L'affinità con i lumi di Melchiorre Gioia, Cesare Beccaria e Vincenzo Cuoco, gli

* Ricercatrice in Storia Economica presso il Dipartimento di Scienze Economiche, Aziendali e Statistiche dell'Università di Palermo.

¹ Su Gaetano Filangieri si vedano F. VENTURI, *Il giovane Filangieri in Sicilia*, in *Archivio Storico per la Sicilia Orientale*, LXIV, 1, 1968, pp. 19-41; G. RUGGIERO, *Gaetano Filangieri, un uomo, una famiglia, un amore nella Napoli del '700*, Guida, 1999; E. LO SARDO, *Filangieri, Gaetano*, Dizionario bibliografico degli italiani, vol. 47, 1997; [https://www.treccani.it/enciclopedia/gaetano-filangieri_\(Dizionario-Biografico\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/gaetano-filangieri_(Dizionario-Biografico)/); A. GIANNOLA, *Filangieri, Gaetano. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Economia*, 2012, [https://www.treccani.it/enciclopedia/gaetano-filangieri_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Economia\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/gaetano-filangieri_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Economia)/); A. TRAMPUS, *Filangieri, Gaetano, Il contributo italiano alla storia del pensiero: Diritto*, 2012, [https://www.treccani.it/enciclopedia/gaetano-filangieri_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/gaetano-filangieri_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/); A. PAOLELLA, *Scritti su Filangieri*, Imago Artis Edizioni, 2019; M. SIRAGO, M. RASTRELLI, *Carlo Filangieri e il regio opificio di Pietrarsa. Una industria per le macchine a vapore napoletane (1840-1860)*, La Valle del tempo, 2023, pp. 3-13.

Il figlio di Gaetano, Carlo Filangieri, orfano di padre a soli quattro anni, fu avviato dalla madre, Caterina Frendel, alla carriera militare. Sotto il regno di Ferdinando I, si distinse nell'esercito borbonico come un pioniere della modernizzazione militare. Rafforzò le forze armate del Regno e contribuì in modo determinante allo sviluppo industriale, dimostrando un'acuta comprensione delle connessioni tra potere militare ed efficienza economica. R. DE LORENZO, *Filangieri, Carlo*, Dizionario Biografico degli Italiani, Vol. 47, 1997; F. PIROLO, *Le origini e la memoria: la Real Fabbrica di Pietrarsa nell'Autobiografia filangieriana*, in *Studi economici e sociali*, LVI, I, 2021, pp.78-98.

procurò la stima di giuristi ed economisti come Antonio Genovesi, Pietro Giannone, Gian Battista Vico, Ferdinando Galiani e Mario Pagano, fino all'amicizia intima con Giuseppe Maria Galanti, Giuseppe Palmieri, Melchiorre Delfico e Domenico Cirillo; inoltre, il ritratto dettagliato tracciato da Donato Tommasi nell'*Elogio* funebre del giurista napoletano ne testimonia l'ampio riconoscimento, sottolineando la sua formazione, il suo impegno civile e il suo contributo alle scienze giuridiche ed economiche².

Le idee riformatrici di Filangieri, pur non essendo esenti da critiche, in particolare per l'eccessivo ottimismo e la fiducia nel progresso³, hanno alimentato un dibattito che si è protratto nei secoli. A partire dalla Rivoluzione francese, e fino al Novecento con studiosi come Venturi, Romeo⁴, Galasso⁵, Gentile⁶, Tagliacozzo⁷, Villari⁸ e Nicolini, il pensiero di Filangieri è stato costantemente rivisitato e riproposto in nuove chiavi interpretative.

Il pensiero filangieriano, pur radicato nel XVIII secolo, continua a stimolare un vivace dibattito tra gli studiosi contemporanei e le sue riflessioni sui diritti

² Le idee di Filangieri influenzarono anche importanti esponenti del ceto funzionariale direttamente impegnati nella gestione e nelle riforme del regno. Donato Tommasi, giurista e intellettuale dell'Illuminismo napoletano molto vicino a Filangieri, dopo la scomparsa del caro amico, fu protagonista in Sicilia delle riforme finanziarie nel Regno e nel ruolo di Conservatore Generale della Real Azienda, ebbe il merito di introdurre un sistema amministrativo più efficiente e trasparente. L. DI FIORE, *Tommasi, Donato*, Dizionario Biografico degli Italiani, vol. 96, 2019; D. TOMMASI, *Elogio storico del cavaliere Gaetano Filangieri*, a spese di Michele Stasi, 1792; di R. FEOLA, *Donato Tommasi tra Illuminismo e Restaurazione*, in *Archivio Storico per le Province Napoletane*, LXXXIX, X, terza serie, 1972 e *Dall'Illuminismo alla Restaurazione. Donato Tommasi e la legislazione delle Sicilie*, Jovene, 1982. Su Tommasi, si vedano anche i recenti contributi di F. PIROLO, *Pratiche contabili e proposte di riforma nel regno di Napoli tra XVIII E XIX secolo. Il Real patrimonio di Sicilia nelle carte del Conservatore Donato Tommasi*, in A. LEPORE, F. FIMMANÒ, V. FERRANDINO (a cura di), *La contabilità pubblica e privata in Europa tra età moderna e contemporanea*, in *Rivista della Corte dei conti*, LXXIV, numero speciale 1/2021, pp. 462-471 (www.rivistacorteconti.it) e *Donato Tommasi e il progetto di istituzione di un'Accademia di Agricoltura a Palermo nel 1792*, in *Studi economici e sociali*, LVII, I-II, 2022, pp. 134-154.

³ M. BENJAMIN CONSTANT, *Commentario alla Scienza della legislazione di G. Filangieri*, Prima traduzione italiana, Italia, 1826.

⁴ R. ROMEO, *Illuministi meridionali: dal Genovesi ai patrioti della Repubblica partenopea, La Cultura illuministica in Italia*, in MARIO FUBINI (a cura di), ERI, 1957, pp. 177-178.

⁵ G. GALASSO, *Filangieri tra Montesquieu e Constant*, in G. GALASSO (a cura di), *La Filosofia in soccorso dei governi: la cultura napoletana del Settecento*, Guida, 1989, pp. 453-484.

⁶ F. GENTILE, *Il destino dell'uomo europeo: Montesquieu e Filangieri a confronto*, in A. VILLANI (a cura di), *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, Guida, 1991, pp. 403-420.

⁷ G. TAGLIACOZZO (a cura di), *Economisti napoletani dei secc. XVII e XVIII*, L. Cappelli Editore, 1937.

⁸ R. VILLARI (a cura di), *Il Sud nella storia d'Italia, Antologia della questione meridionale*, Laterza, 1961.

umani, sulla democrazia e sullo stato di diritto⁹ assumono oggi una risonanza particolare in un mondo globalizzato e multiculturale. Nonostante ciò, la sua fiducia in un rinnovamento radicale del Mezzogiorno e nella possibilità di costruire una “società giusta ed equa” appare, alla luce degli eventi storici, eccessivamente ottimistica¹⁰.

2. Napoli in transizione: i crocevia del Settecento

Il XVIII secolo napoletano fu un laboratorio di aspirazioni contrastanti: da un lato, l'anelito a un rinnovamento illuminato e l'eco delle rivoluzioni europee, dall'altro, la tenace resistenza degli antichi poteri e le profonde radici di un sistema sociale immobile¹¹. In questo clima di fermento, le idee rivoluzionarie - soprattutto quelle provenienti dalla Francia - trovarono un terreno fertile, dando vita a un decennio di tumulti e di speranze, culminato nella breve esperienza della Repubblica Partenopea.

Il regno di Carlo III di Borbone segnò un primo tentativo di modernizzare il Regno di Napoli, introducendo riforme illuminate che si scontravano con le resistenze dell'antico regime, radicato nei suoi privilegi e nelle arcaiche strutture sociali¹².

⁹ A. TRAMPUS, *Diritti e costituzione. L'opera di Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, Il Mulino, 2005; sull'influenza della rivoluzione americana in Filangieri, si vedano A. ARENA, *Da Napoli a Parigi, da Filadelfia a Vico Equense: Gaetano Filangieri ed il carteggio con Benjamin Franklin*, in M. FUMO, A. FIMIANI (a cura di), *Storie e personaggi del castello di Vico Equense*, Luciano Editore, 2022, pp. 23-36 e R. ALIBRANDI, *The Bourbon city of brotherly love. The foundation of a new Philadelfia in the age of Enlightenment*, in *Storia e Politica*, X, 3, 2018, pp. 351-387.

¹⁰ V. FERRONE, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Laterza, 2003.

¹¹ Sull'Illuminismo si vedano di G. GIARRIZZO, *L'Illuminismo e la società italiana. Note di discussione*, in *L'età dei Lumi. Studi storici sul Settecento europeo in onore di Franco Venturi*, 2 voll., Jovene, 1985 e *Illuminismo*, Guida, 2011; di V. FERRONE, *Il mondo dell'Illuminismo. Storia di una rivoluzione culturale*, Einaudi, 2019 e *I profeti dell'Illuminismo. Le metamorfosi della ragione nel tardo Settecento italiano*, Laterza, 2000.

¹² Sul riformismo della corte carolina, si vedano di I. ZILLI, *Carlo di Borbone e la rinascita del Regno di Napoli. Le finanze pubbliche (1734-1742)*, ESI, 1990 e il recente contributo, *La camera della Sommaria ai tempi di Carlo di Borbone fra conflitti e mediazioni*, in A. LEPORE, F. FIMMANÒ, V. FERRANDINO (a cura di), *La contabilità pubblica e privata in Europa tra età moderna e contemporanea*, in *Rivista della Corte dei conti*, LXXIV, numero speciale 1/2021 (www.rivistacorteconti.it), pp. 129-134.

Il movimento riformatore vide come capofila una generazione emergente, le cui visioni erano state profondamente influenzate dalla trasformazione politica avvenuta dopo l'acquisizione del Regno da parte di Carlo nel 1734¹³.

Molti intellettuali italiani ed europei aderirono alla massoneria illuminista e l'intreccio tra illuminismo e massoneria ebbe un impatto significativo sulla cultura e la società del tempo. Nel 1786, Federico Münter, teologo, archeologo e membro dell'Ordine degli Illuminati fondato in Baviera nel 1776, giungeva segretamente dalla Danimarca a Napoli per incontrare Filangieri e diffondere le idee innovative per destabilizzare il potere costituito nel Regno¹⁴. Nelle fucine massoniche, Filangieri approfondì anche gli avvenimenti rivoluzionari d'oltreoceano, analizzando come le colonie britanniche avevano saputo liberarsi dal dominio coloniale dando vita a un nuovo ordine politico fondato sui principi democratici¹⁵.

L'intensa attività intellettuale di quel periodo favorì la nascita delle idee che avrebbero portato alle future trasformazioni economiche e sociali del Regno. Le proposte di riforma provenivano da figure chiave come Giuseppe Maria Galanti, Ferdinando Galiani, Antonio Genovesi e lo stesso Filangieri che avevano una comune visione critica del sistema feudale¹⁶. Auspicavano infatti la modernizzazione dell'agricoltura, lo sviluppo dell'industria attraverso la creazione di manifatture e il sostegno alle imprese; la riforma del sistema fiscale per renderlo più equo e una delle politiche economiche più efficaci. Tutte idee che sebbene non riuscirono a sovvertire del tutto i principi del dispotismo illuminato, lasciarono un'impronta significativa anche nel regno di Ferdinando IV, salito al trono nel

¹³ M. SCHIPA, *Il Regno di Napoli al tempo di Carlo di Borbone*, 2 voll., Albrighi, 1923; M. MAFRICI, *Il re delle speranze. Carlo di Borbone da Madrid a Napoli*, ESI, 1998; R. AJELLO, *Carlo di Borbone, Re delle Due Sicilie* in I. ASCIONE (a cura di), *Carlo di Borbone. Lettere ai sovrani di Spagna (1720-1734)*, vol. I, Ministero per i beni e le attività culturali Direzione generale per gli archivi, 2001; e il più recente G. CARIDI, *Essere re e non essere re. Carlo di Borbone a Napoli e le attese deluse (1734-1738)*, Rubbettino, 2006.

¹⁴ B. CROCE, *Federico Münter e la massoneria di Napoli nel 1785*, in *Aneddoti di varia letteratura*, III, Laterza, 1954; G. PAOLUCCI, *Gli Illuminati a Napoli. Illuminismo e segretezza alla corte di Maria Carolina*, in *Römische Historische Mitteilungen*, 60, Band/2018, pp. 241-256; E. S. SERPENTINI, L. GIOVANNI (a cura di), *Gli Illuminati. Un filo rosso tra la Baviera e l'Abruzzo*, Artemia Nova Editrice, 2020, pp. 135-164.

¹⁵ M. GAGLIARDI, *Gaetano Filangieri e le radici del pensiero repubblicano e dei diritti dell'uomo*, in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio* 1/2015.

¹⁶ Sull'importanza della feudalità come nodo cruciale per interpretare le dinamiche sociali, politiche e economiche del Mezzogiorno, si segnalano i contributi di A. M. RAO, *L'«amaro della feudalità». La devoluzione di Arnone e la questione feudale a Napoli alla fine del 700*, Edizioni Luciano, 1997; *Felicità pubblica e felicità privata nel Settecento*, Edizioni di Storia e Letteratura, 2012 e il recente *Mezzogiorno feudale: Feudi e nobiltà da Carlo di Borbone al Decennio francese*, FedOA Press, 2022.

1759, introducendo elementi di vitalità e trasformando gradualmente alcune dinamiche del potere¹⁷.

Nella seconda metà del Settecento, gli illuministi meridionali denunciarono l'arretratezza del Regno, criticando aspramente il latifondo come principale ostacolo allo sviluppo economico e sociale. Sotto accusa era il sistema fondiario, dominato da nobili e clero, considerato la radice di disuguaglianze non solo economiche ma sociali e politiche.

L'impatto delle idee rivoluzionarie francesi accelerò il processo di trasformazione e mise in luce le profonde divisioni all'interno della società napoletana tra coloro che aspiravano a un cambiamento radicale e coloro che erano legati all'ordine costituito. I nuovi ideali di libertà, uguaglianza e progresso, sfidando l'antico ordine feudale, suscitarono nel Mezzogiorno grandi speranze mentre il consolidato sistema di potere, fondato su privilegi e clientele, ostacolava la formazione di una classe media dinamica e imprenditoriale e costringeva il Regno a un prolungato immobilismo economico e a una marcata disuguaglianza sociale.

3. Tra idealismo e pragmatismo: le visioni di Tanucci e Filangieri per Napoli

Il Regno di Napoli si distinse come centro di pensiero economico all'avanguardia, adottando idee innovative che ne avrebbero influenzato il futuro sviluppo. Le riflessioni accademiche scatenarono un acceso dibattito tra gli studiosi e gli economisti, dando vita a animate discussioni sui concetti chiave di libertà, proprietà privata e progresso economico. I sostenitori di queste idee difesero i principi del libero scambio, sostenendo che uno scambio senza vincoli avrebbe stimolato le forze dell'innovazione e della prosperità; l'enfasi sulla libertà economica era affiancata da una forte difesa dei diritti di proprietà privata, cui veniva riconosciuto il ruolo cruciale di favorire il dinamismo economico.

Le correnti progressiste, fondate su solide basi teoriche, non si discostavano dalla realtà: cercavano costantemente di applicare i loro principi ideali, promuovendo riforme concrete. Infatti, i loro sforzi culminarono in una serie di riforme modernizzatrici che alla fine del secolo furono promosse dal re e dal suo fidato ministro Bernardo Tanucci¹⁸.

¹⁷ P. PIRONTI, *Le riforme economiche di Ferdinando IV di Borbone*, in *Il Fluidoro*, a. IV, 1-2, 1956-1957; di P. VILLANI, *Il dibattito sulla feudalità nel regno di Napoli dal Genovesi al Canosa*, in *Saggi e ricerche sul Settecento*, Istituto Italiano per gli Studi Storici, 1968 e *La repubblica, il periodo francese, l'eversione dell'antico regime*, in F. BARBAGALLO (a cura di), *Storia della Campania*, Guida, 1978, vol. I, pp. 294-295.

¹⁸ R. AJELLO, *La vita politica napoletana sotto Carlo di Borbone. La fondazione del tempo eroico della dina-*

All'interno del governo napoletano la figura di Tanucci, giurista toscano di grande fama, spiccava per aver già ricoperto prestigiosi incarichi. Giunto a Napoli al seguito di re Carlo, Tanucci aveva rapidamente raggiunto i vertici del potere: fu inizialmente nominato Consigliere di Stato, poi ministro della Giustizia nel 1751, assumendo due anni dopo anche la carica di ministro degli affari esteri. Ma l'apice della sua carriera giunse nel 1754, con il passaggio del regno da Carlo – passato sul trono spagnolo – al figlio Ferdinando, che avveniva in un clima di transizione e di incertezza; a causa della minore età dell'erede, il sovrano affidò così al ministro il ruolo di figura centrale nel Consiglio di Reggenza (1758-1767).

Sebbene il Regno di Napoli rimanesse in gran parte immune alle guerre che devastavano l'Europa in quel periodo, le ripercussioni economiche e sociali erano innegabili. La scarsità di risorse e l'aumento vertiginoso dei prezzi alimentarono tensioni e malcontento, spingendo il governo a cercare soluzioni per migliorare le condizioni di vita della popolazione. Proprio in quegli anni emerse una vivace classe di intellettuali illuministi che, ispirandosi ai principi di ragione, progresso e libertà, teorizzarono ambiziosi progetti di riforma e aspirarono alla loro attuazione pratica, dando vita a quello che Venturi ha definito “la Primavera dell'Illuminismo napoletano”¹⁹.

Durante il ministero di Tanucci, il Regno visse un periodo di intensa attività intellettuale e politica che ebbe un impatto fondamentale sul suo sviluppo; l'*Epistolario* del primo ministro durante il regno di Carlo offre una preziosa testimonianza del clima di quegli anni. Le sue lettere, indirizzate a sovrani, ministri e intellettuali europei, rivelano una profonda consapevolezza delle sfide che il Regno doveva affrontare e il suo impegno nel promuovere riforme illuminate.

Tanucci, stimato per la sua profonda conoscenza del diritto, si rivelò un abile amministratore e un fine diplomatico. La sua influenza si fece sentire in maniera significativa in molteplici ambiti, dalla riforma della giustizia alla gestione delle relazioni internazionali, contribuendo a rafforzare il prestigio del Regno e a consolidarne la posizione nello scenario europeo.

Tanucci, all'interno del governo, si configurava come un interprete concreto e fautore pragmatico delle idee del Filangieri. Entrambi esponenti del pensiero illuminista, condividevano l'ideale di riforma e di progresso, pur differenziandosi per i metodi e le strategie attuative; era infatti, Tanucci, un riformatore più graduale e pragmatico, mentre il pensiero di Filangieri era più radicale e idealista tan-

stia, in *Storia di Napoli*, II ed., vol. IV, ESI, 1972, pp. 445-726.

¹⁹ F. VENTURI, *Settecento riformatore*, vol I, *Da Muratori a Beccaria*, Einaudi, 1968.

to che la sua opera maggiore venne addirittura tacciata di “giacobinismo”²⁰. L’esperto politico, tuttavia, non si limitò ad essere un mero osservatore delle teorie illuministe elaborate da Filangieri ma seppe tradurle in provvedimenti concreti²¹. Grazie alla sua visione lungimirante e alla sua abilità politica, Tanucci attuò riforme significative nella pubblica amministrazione e nella giustizia²². Fu artefice dell’introduzione di un innovativo e equo codice penale, dell’abolizione della tortura e della limitazione dell’arbitrio dei giudici. Istituì un sistema per l’istruzione dei funzionari giudiziari per garantirne la professionalità e l’indipendenza e nel campo dell’amministrazione pubblica, le sue attenzioni riformatrici si focalizzarono sulla semplificazione delle procedure burocratiche per un’amministrazione più efficiente e al servizio di tutti. Le riforme tanucciane, pur non sempre radicali come quelle auspiccate da Filangieri e sebbene ostacolate da poteri consolidati, rappresentarono un passo importante verso lo smantellamento del feudalesimo e la costruzione di un futuro giusto e prospero per il Regno²³.

Tanucci e Filangieri erano pure consapevoli che il tradizionale schema di sovranità, con il potere concentrato unicamente nelle mani del re, non era più sostenibile e sapevano bene che le nuove idee illuministe avrebbero invertito quello schema. Raffaele Ajello nella nota critica, *Il tempo storico delle “riflessioni”*, infatti, scrive di Tanucci: «certo non si può dire fosse un illuminista. Ma era un uomo giusto. E, comunque, le grandi svolte teoretiche ed ideologiche, i sostanziali e profondi mutamenti delle mentalità, una volta realizzati, s’impongono, più o meno inconsciamente, anche a chi li rifiutò e vi si oppose»²⁴. Lo studioso riconosce che Tanucci non poteva essere considerato un filosofo illuminista a tutti gli effetti a causa della sua adesione ad alcune convinzioni cattoliche tradizionali e del suo approccio cauto alla riforma; tuttavia, sottolineava che la sua politica si allineava

²⁰ A. SIMIONI, *Le origini del risorgimento politico dell’Italia meridionale*, G. Principato, 1925.

²¹ B. TANUCCI, *Epistolario*, XII, 1763-1764, in M. C. FERRARI (a cura di), 2 voll., Società di Storia Patria, 1997; *Epistolario*, XIV e XV, 1765, in M. G. MAIORINI (a cura di), Società di Storia Patria, 1996.

²² T. FORNARI, *Delle teorie economiche nelle provincie napoletane dal 1735 al 1830*, Hoepli, 1888.

²³ Sulla questione feudale e il ruolo di Tanucci, A. M. RAO, *Mezzogiorno feudale: Feudi e nobiltà da Carlo di Borbone al Decennio francese*, cit., pp. 129-177.

²⁴ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l’ultima legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell’amministrazione della Giustizia*, Stamperia di Michele Morelli, 1774, riproduzione anastatica dell’opera del Filangieri curata dall’Istituto di Studi Filosofici e dall’Istituto Universitario di Magistero “Suor Orsola Benincasa” di Napoli, in occasione del Convegno Internazionale, *Gaetano Filangieri e l’Illuminismo europeo*, Vico Equense, 14-16 ottobre 1982, p. XI; Sull’Illuminismo giuridico, si veda P. ALVAZZI DEL FRATE, *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le Riflessioni politiche del 1774*, in F. LIOTTA (a cura di), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, Monduzzi Editore, pp. 237-260.

ad alcuni dei principi chiave dell'Illuminismo e aggiungeva che l'impatto di quel movimento culturale si sarebbe presto ampliato grazie al successo incontrato delle idee riformatrici.

4. *La sfida al feudalesimo e la difesa della sovranità popolare*

Ispirato dalle idee e dall'insegnamento di Antonio Genovesi, e arricchito il suo bagaglio intellettuale con *Lo Spirito delle Leggi* di Montesquieu²⁵, Filangieri si distinse come figura di spicco nel panorama nazionale e internazionale con la sua opera più famosa, *La Scienza della legislazione*, scritta in cinque libri e pubblicata in otto volumi tra il 1774 e il 1780.

La Scienza diventò rapidamente il testo di riferimento dei riformatori italiani e ebbe vasta eco in Europa; la sottolineatura della profonda connessione esistente tra diritto, sistema sociale e sistema economico contribuì a fornire saldi e originali basi alle tendenze illuministe nel Mezzogiorno.

L'originalità dell'analisi economica di Filangieri risiede nella sua capacità di integrare prospettive giuridiche ed economiche. In particolare, l'esame approfondito del sistema giudiziario gli permette di individuare connessioni inaspettate tra il diritto e i meccanismi che regolano la produzione e la distribuzione della ricchezza. L'analisi comparata del sistema giudiziario e delle questioni economiche rappresentava un metodo di indagine inedito che indusse a Filangieri a sostenere l'importanza del quadro normativo per il governo dei fenomeni economici.

Lo Stato come istituzione, secondo Filangieri, andava riformato in maniera profonda per assumere il ruolo di garante dei diritti dei cittadini e limitare il potere sovrano, evitando derive dispotiche. In tal senso, egli aveva individuato nel feudalesimo, ancora saldamente radicato nel Mezzogiorno, la radice dei mali che affliggevano il Regno e si opponeva con forza ai privilegi e all'immobilismo dei baroni in campo economico.

Nel secondo libro, *Le leggi politiche ed economiche*, ritroviamo Filangieri che si colloca tra i fisiocratici e gli economisti classici e si fa promotore di un sistema economico basato sul *laissez-faire* e sulla libera concorrenza, in contrapposizione alle obsolete strutture feudali²⁶.

²⁵ Filangieri, pur affermando di aver trovato ispirazione nel pensiero di Montesquieu, nutriva posizioni più radicali, vale a dire che aspirava al potere politico del popolo che è la fonte di ogni legittimità. V. FERRONE, *La società giusta ed equa*, cit., p. 63.

²⁶ F. SIMON, *Rights, the Distribution of Wealth, and Happiness: Gaetano Filangieri's Constitutional Ideal of Justice*, in *History of Political Economy*, 80, 2, pp. 373-401.

Dalle pagine del terzo libro de *La Scienza, Le Leggi criminali*, emerge un'ancora più incisiva critica al sistema feudale e l'esortazione alla ribellione contro gli oppressori: «la natura non ci ha fatti per essere il trastullo di pochi uomini potenti, ma ci ha somministrati tutt'i mezzi necessari per esser liberi e felici»²⁷, così scriveva Filangieri scagliandosi contro il potere politico, strumento di oppressione, che doveva trasformarsi in mezzo per garantire la libertà e il benessere di tutti i cittadini.

Filangieri proponeva un modello di società nuovo, basato sui principi di giustizia e libertà in cui gli abusi di potere venivano combattuti, in coerenza con i principi illuministi, la presa di coscienza del popolo e con nuove leggi che avrebbero favorito la creazione di un sistema equo e trasparente in una società migliore²⁸. Tuttavia, l'inconciliabilità tra le aspirazioni riformatrici degli illuministi che avevano messo in discussione la legittimità della monarchia e l'inerzia della corte borbonica preclusero ogni ipotesi di mutamento radicale, sia sociale che economico, del Regno napoletano.

L'opprimente egemonia del potere borbonico rappresentava una barriera invalicabile per ogni progresso del Regno.

Lo stesso Tanucci, che si era rivelato pieno sostenitore del riformismo dovette abbandonare l'idea di una nazione moderna ed efficiente; allo stesso modo, Filangieri, dovette rinunciare alla sua visione di società ideale basata su leggi giuste ed eque, perché entrambi si scontrarono con l'intransigente conservatorismo dei Borboni e videro ostacolate le loro iniziative da quella monarchia ancorata a schemi tradizionali e insensibile a qualsiasi cambiamento che potesse metterne in discussione il potere assoluto.

Le riflessioni del filosofo riflettevano una profonda consapevolezza dei mali della giustizia feudale: le leggi rappresentano il fondamento su cui si costruisce ogni società civile, il codice di condotta che regola i rapporti tra gli individui, dall'economia alla politica e, in particolare, il diritto penale svolge un ruolo cruciale nel garantire la sicurezza e l'eguaglianza dei cittadini, definendo i comportamenti illeciti e stabilendo le relative sanzioni.

Tuttavia, misurando l'efficacia del sistema penale non in base alla severità delle pene ma anche alla certezza di queste e alla garanzia di difesa degli accusati,

²⁷ G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, tomo III, Stamperia Raimondiana, 1883, p. 264.

²⁸ «L'amministrazione della giustizia è fra noi divisa tra i feudatarj, e i magistrati. Un avanzo dell'antico governo feudale lascia ancora a'baroni la criminale giurisdizione. Questa prerogativa, della quale essi sono estremamente gelosi, forma il primo anello di quella lunga catena di disordini, che interamente distruggono la nostra civile libertà». G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, tomo III, cit., p. 267.

Filangieri identificava le radici del sistema giudiziario penale europeo in un complesso intreccio di influenze storiche e culturali: il diritto romano, le tradizioni barbariche, il diritto canonico e il diritto feudale avevano creato un complesso sistema normativo fatto di norme e procedure frutto di secoli di stratificazioni che lo avevano indebolito e reso inefficace.

In questa direzione, Filangieri, anticipando le sfide della modernità, aveva intuito la necessità di conciliare tradizione e innovazione nel diritto vale a dire, di riformare il sistema giuridico conservandone le radici storiche; attraverso un'analisi comparata col diritto penale inglese, basato sulla *common law*, intendeva poi promuovere soluzioni che garantissero una giustizia più equa ed efficiente. La giustizia, infatti, è intesa da Filangieri come il pilastro fondamentale sul quale poggia ogni società democratica, e dunque l'indipendenza dei giudici e la separazione dei poteri rappresentano gli strumenti per realizzarla.

In particolare, Filangieri evidenziava la forte discrepanza tra l'ascesa del potere centrale del sovrano e il persistente ruolo dominante dei baroni nel Regno. Nonostante la crescente autorità monarchica, i nobili locali mantenevano un controllo significativo sulle terre e una rilevante influenza sulla politica grazie ai privilegi legati ai feudi; tra questi privilegi, l'amministrazione della giustizia rappresentava un elemento chiave del loro potere²⁹. Infatti, la nomina del giudice da parte dei baroni condizionava i processi e le sentenze rendendo il sistema della giustizia feudale profondamente iniquo e spesso corrotto.

La Scienza della Legislazione rappresenta una rottura netta con le concezioni tradizionali, con quest'opera Filangieri pose le basi per una moderna visione della sovranità popolare, sfidando l'idea assolutistica della sovranità, concentrata nelle mani di un monarca per diritto divino. L'idea centrale è che la sovranità appartiene al popolo, che attraverso un contratto sociale la delega al sovrano, che ha il compito di governare nell'interesse della nazione³⁰; Filangieri suggerisce un approccio basato sui principi dell'utilitarismo (la legge è utile se genera benessere e felicità), in contrapposizione al giusnaturalismo dominante, secondo cui il diritto si basa su principi universali e immutabili derivanti dalla natura umana o dal volere divino³¹.

Dunque, il tema centrale del pensiero filangieriano che occupa buona parte

²⁹ D. IPPOLITO, *La Scienza della legislazione. Introduzione al pensiero giuridico di Gaetano Filangieri*, in *Historia et Ius*, paper 2, 24/2003, pp.1-29 (www.historiaetius.eu - 24/2023 – paper 2).

³⁰ G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, tomo III, cit., p. 439; I. SISTO, *la scienza dello Stato nel pensiero di Gaetano Filangieri*, in *Archivio Storico Pugliese*, XLIX, 1996, pp. 153- 161.

³¹ F. SIMON, *Il marginalismo giuridico di Gaetano Filangieri*, Studi e Note di Economia, XIV, 2, 2009, pp. 243-267.

della sua opera relativa alle “Leggi criminali” è proprio la critica al feudalesimo. I difetti strutturali del sistema feudale, inefficiente e foriero di disuguaglianze, avevano avviato una crisi della società napoletana del tardo Settecento e della legislazione borbonica di quel periodo. Filangieri criticò dunque le fondamenta del sistema in modo graduale e strategico: le sue idee, basate sulla critica dei privilegi³², sullo sviluppo economico e sulla centralizzazione del potere, posero le basi per un’evoluzione verso un sistema socio-economico più moderno.

Filangieri sosteneva con ragione che la giustizia, sotto il dominio baronale, era manipolata a vantaggio dei privilegiati. Esempio emblematico della traduzione concreta dei principi espressi da Filangieri fu la gestione della grave carestia che colpì duramente il Regno nel 1763³³: di fronte alla drammatica situazione, il governo di Tanucci intervenne con una serie di misure volte ad alleviare la sofferenza della popolazione e ad assicurare l’approvvigionamento alimentare. Fu emanata una legge che obbligava i feudatari a vendere i loro grani a un prezzo calmierato, limitando così il loro potere di speculazione sui beni primari. Questa, tuttavia, non produsse i risultati sperati e vanificò gli sforzi di Tanucci: la malnutrizione diffusa, le vittime della fame e l’aumento della povertà contribuirono ad alimentare il malcontento sociale e a indebolire il governo borbonico³⁴.

Ispirandosi ai principi dell’equità della giustizia, Tanucci elaborò un altro provvedimento che si rivelò rivoluzionario per l’epoca: la Legge del 23 settembre 1774 che imponeva l’obbligo di motivare le sentenze; Filangieri ne apprezzò infatti i benefici in un opuscolo dedicato al ministro³⁵. Tale scelta lungimirante, era stata infatti pure conseguenza della sfida posta dalla rivolta palermitana del 1773; questa d’altronde fu determinante nell’orientare molte delle convinzioni di Filangieri, testimone oculare della rivolta durante un soggiorno nella città siciliana. La riflessione sulla questione sociale e politica posta dal tumulto, confermò l’idea che solo riforme profonde e condivise potessero costruire una società più giusta.

³² «I dritti baronali, de’ quali la nostra nobiltà si crede tanto onorata; e questa è quella giurisdizione, che i nostri nobili chiamano *la pupilla de’ loro occhi* e che cercano di conservare a onta de’ mali che reca alla società». G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, tomo III, cit., p. 308.

³³ P. MACRY, *Mercato e società nel regno di Napoli. Commercio del grano e politica economica nel Settecento*, Guida, 1974.

³⁴ F. VENTURI, Gaetano Filangieri. Nota introduttiva, in *La letteratura italiana. Storia e testi*, diretta da R. MATTIOLI, P. PANCAZI, A. SCHIAFFINI, 46° vol., *Illuministi italiani*, 5, *Riformatori napoletani*, F. VENTURI (a cura di), Riccardo Ricciardi Editore, 1962, pp. 603-659, p. XII; F. VENTURI (a cura di), *Gaetano Filangieri. Scritti*, Einaudi, 1976.

³⁵ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l’ultima legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell’amministrazione della Giustizia*, cit..

La legge sulla motivazione delle sentenze faceva implicito riferimento al principio della sovranità popolare riconoscendo il diritto del popolo di conoscere le ragioni delle decisioni giudiziarie. Si trattava di un atto di rottura con il passato, in cui la giustizia era spesso appannaggio di un'élite ristretta e inaccessibile ai cittadini comuni³⁶. Filangieri, con il citato *pamphlet*, illustrò all'opinione pubblica i vantaggi della nuova legge³⁷, che si era infatti scontrata con la forte resistenza da parte di coloro che avevano interesse a mantenere il preesistente *status quo*³⁸, in primo luogo con la rigidità della monarchia assoluta e con un contesto storico ancora impreparato alle riforme auspiccate dal filosofo. Tre anni dopo la sua prematura morte, infatti, le nuove leggi, mai inserite in un quadro di riferimento più organico, furono revocate³⁹.

Un ulteriore passo verso l'erosione del sistema feudale fu compiuto nel 1775, quando il governo di Tanucci emanò una legge che sottoponeva i feudatari all'amministrazione della giustizia pubblica, contribuendo all'affermazione del principio di uguaglianza di fronte alla legge. Al baronaggio napoletano veniva quindi sottratto un fondamentale privilegio che consentiva l'esercizio arbitrario del potere, obbligandolo a sottostare alle leggi e alle istituzioni del Regno⁴⁰.

Il potere baronale non si esercitava solamente in ambito giudiziario ma aveva la sua base nella preminenza in ambito economico. L'intreccio tra potere politico e potere economico creava diverse problematiche: i baroni, interessati al mantenimento dei propri privilegi e alle rendite fondiari, frenavano ogni prospettiva di sviluppo e di crescita economica e l'affermazione di nuove attività. Controllando le risorse e le attività produttive mantenevano il monopolio su mercati locali e sulle esportazioni dei beni, limitando la concorrenza e imponendo prezzi vantaggiosi per sé stessi. In tal modo, essi concentravano nelle loro mani e immobilizzavano

³⁶ R. AJELLO, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, Jovene, 1961; R. TUFANO, *Il "popolo" nel governo di Bernardo Tanucci. L'emergenza della questione sociale nel Regno di Napoli (1734-1774)*, in C. URSO, P. VITOLO, E. PIAZZA (a cura di), *Un'isola nel contesto mediterraneo. Politica, cultura e arte nella Sicilia e nell'Italia meridionale in età medievale e moderna*, Atti del Convegno internazionale, Catania 21 marzo 2017, Mario Adda Editore, 2018, pp. 103-147, p. 144. D. TOMMASI, *Elogio storico del cavaliere Gaetano Filangieri*, cit., pp. 19-23.

³⁷ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, Stamperia di Michele Morelli, 1774.

³⁸ D. TOMMASI, *Elogio storico del cavaliere Gaetano Filangieri*, cit.

³⁹ M. TITA, *Sentenze senza motivi. Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai dispacci del 1774*, Jovene, 2000; D. IPPOLITO, *La Scienza della legislazione. Introduzione al pensiero giuridico di Gaetano Filangieri*, cit..

⁴⁰ F. VENTURI, *Riforme e riformatori nell'Italia meridionale. Pagano, Palmieri, Delfico ed altri minori*. corso di Storia moderna 1961-62, Gheroni, 1962, pp. 171-178.

immense risorse che non venivano reinvestite in attività produttive e nel mercato.

Gli economisti avevano già iniziato a interrogarsi sul ruolo della proprietà fondiaria nello sviluppo economico. Filangieri sosteneva che la distribuzione disuguale della terra era l'ostacolo maggiore al progresso economico e alla stabilità sociale; criticava i latifondi, i privilegi della nobiltà e il potere baronale, asserendo peraltro che questi ultimi potevano trarre vantaggio dalla trasformazione delle terre in proprietà privata.

5. Conclusioni

Le dinamiche interne alla famiglia reale borbonica influenzarono profondamente la politica napoletana. Le divergenze tra il re Carlo e la regina Maria Carolina, in particolare sulla figura del ministro Bernardo Tanucci, portarono a un cambio di guardia. L'allontanamento di Tanucci nel 1778 e la nomina del marchese della Sambuca segnarono l'inizio di una nuova era, caratterizzata dall'ascesa politica del generale John Acton che assunse un ruolo sempre più centrale nella gestione degli affari dello Stato⁴¹.

Intanto, sottratto alla carriera diplomatica che lo aveva portato a prolungati soggiorni a Londra e Parigi, assorbendo la cultura europea, Domenico Caracciolo⁴², nominato viceré nel 1780, proseguì l'opera riformatrice anche nel vicereame insulare⁴³.

L'isolamento geografico della Sicilia, ai margini delle principali rotte commerciali e culturali europee, ne limitò però l'apertura alle idee riformatrici. Il potere baronale, radicato nella struttura sociale e nell'economia dell'isola, manteneva i contadini in una condizione di sudditanza, creando un profondo divario tra le élites e le masse popolari. Le riforme più urgenti che riguardavano la redistribuzione della ricchezza e la limitazione dei privilegi, si scontrarono con la forte resistenza

⁴¹ R. AJELLO, *I filosofi e la regina. Il governo delle due Sicilie da Tanucci a Caracciolo*, in *Rivista Storica Italiana*, I, 1991, pp. 398-454, p. 448.

⁴² A. SCIBILIA, *Caracciolo, Domenico*, Dizionario Biografico degli Italiani, Volume 19, 1976; F. VALSECCHI, *Il riformismo borbonico in Italia*, Bonacci editore, 1990; V. SCIUTI RUSSI, *Inquisizione spagnola e riformismo borbonico fra Sette e Ottocento. Il dibattito europeo sulla soppressione del «terribile monstre»*, in *Studi e testi per la storia della tolleranza in Europa nei secoli XVI-XVIII*, vol. 12, Olschki, 2009; R. CANCELILA, *Autorità feudale e potere feudale nella Sicilia moderna*, in *Quaderni Mediterranea Ricerche Storiche*, 24, 2013.

⁴³ E. PONTIERI, *Il riformismo borbonico nella Sicilia del sette e dell'Ottocento*, ESI, 1965, pp. 51-117.

delle istituzioni tradizionali, come il clero, la nobiltà e la magistratura, che vedevano minacciati i propri interessi⁴⁴.

Insediato al potere, Caracciolo diede continuità al percorso di rinnovamento avviato a Napoli e, in linea con le teorie della scuola genovese e filangieriane, le riforme caracciolane, pur in un contesto politico caratterizzato da tensioni tra il governo viceregio e l'aristocrazia terriera, trovarono ampia risonanza⁴⁵.

Il progetto di Caracciolo per una Sicilia moderna non trovò terreno fertile in quella realtà ostile e resistente al cambiamento; l'eccessivo centralismo e la sottovalutazione delle élites locali pregiudicarono fin dall'inizio le sorti dell'iniziativa. L'istituzione del catasto, volta a ridistribuire le ricchezze e a consolidare il potere statale, innescò una violenta reazione da parte del baronaggio, che vedeva minacciati i propri privilegi secolari⁴⁶.

Il tentativo di imporre una riforma così radicale, senza tener conto degli interessi locali, si rivelò fallimentare: i baroni, difendendo i propri possedimenti, ostacolarono in ogni modo l'attuazione delle riforme, e alimentarono il malcontento popolare. Probabilmente, un approccio più inclusivo, che avesse coinvolto i nobili in un processo di negoziazione e di condivisione dei benefici della modernizzazione, avrebbe potuto aprire la strada a una transizione più pacifica e duratura. Pertanto, l'ostilità del baronaggio siciliano e le resistenze interne all'apparato statale vanificarono gli sforzi riformatori di Caracciolo e il suo richiamo a Napoli nel 1786, succedendo al Marchese della Sambuca nella carica di primo ministro, precedentemente occupata da Tanucci, segnò la fine di un'ambiziosa stagione di riforme.

⁴⁴ Per approfondimenti si vedano F. RENDA, *La grande impresa. Domenico Caracciolo vicerè e primo ministro tra Palermo e Napoli*, Sellerio, 2010 e R. CANCELIA, *Aspetti del dibattito sulle giurisdizioni feudali in Sicilia (1784-1789)*, *Associazione Mediterranea*, 3, eBook, Mediterranea - ricerche storiche, 2013.

⁴⁵ V. D'ALESSANDRO, G. GIARRIZZO (a cura di), *La Sicilia dal Vespro all'Unità d'Italia*, in *Storia d'Italia*, UTET, 1989, pp. 557-592.

⁴⁶ G. GIARRIZZO, *Nota introduttiva a Domenico Caracciolo*, in G. GIARRIZZO, G. TORCELLAN, F. VENTURI (a cura di), *Illuministi italiani*, tomo VII, *Riformatori delle antiche repubbliche, dei ducati, dello stato pontificio e delle isole*, Ricciardi, 1965, pp. 1021-1026.

QUALE RUOLO PER I CORPI INTERMEDI
NELLA NAPOLI DI FINE SETTECENTO?
LE RIFLESSIONI DI GAETANO FILANGIERI

VALERIA FERRARI *

SOMMARIO: 1. Genesi e fortuna della *Scienza della Legislazione*. – 2. Feudalità, aristocrazia e ceto togato nell’ottica della “rivoluzione costituzionale” filangieriana. – 3. Conclusioni.

1. *Genesi e fortuna della* Scienza della Legislazione

Ecco il vero aspetto nel quale si deve osservare la nobiltà nelle monarchie. Essa dev’essere un corpo luminoso, ma non potente; essa deve avere alcune prerogative di onore, ma niuna d’impero; essa deve ornare il trono, ma non dividerne il potere; essa deve piuttosto esser considerata come un effetto delle leggi dell’opinioni favorite dalla costituzione del governo, che come una parte necessaria del corpo politico. In poche parole: senza una nobiltà ereditaria la monarchia sarebbe oscurata, alterata, ma non distrutta; ma con una nobiltà ereditaria, unita ad un potere ereditario, non vi è più monarchia: due poteri innati, come si dimostrerà, non sono compatibili con questa specie di costituzione¹.

Così osservava, nel terzo libro della sua *Scienza della Legislazione*, il cavaliere Gaetano Filangieri, nato il 22 agosto 1753² a Cercola, presso Napoli, terzogenito (di undici figli) di Marianna Montalto, figlia del duca di Fragnito e di Cesare Filangieri, discendente della famiglia dei principi di Arianello, «il lustro della quale» – come egli stesso scriverà in una lettera indirizzata a Benjamin Franklin – era «molto maggiore delle sue ricchezze»³.

Avviato fin dalla prima infanzia alla carriera militare, si avvicinò agli studi umanistici e, in particolare, a quelli storico-sociali, sotto la guida del sacerdote giansenista Luca Nicola De Luca, futuro vescovo di Muro Lucano, apprendendo

* Professoressa associata in Storia delle istituzioni politiche presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell’Università La Sapienza di Roma.

¹ G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, Dai Torchi di Glauco Masi, 1827, t. II, pp. 350-351.

² G. RUGGIERO, *La data di nascita di Gaetano Filangieri: un problema risolto*, in «Archivio Storico per le Province Napoletane», CXVIII, 2000, pp. 205-224.

³ Cfr. F. VENTURI, *Gaetano Filangieri. Nota introduttiva*, in ID. (a cura di), *Gaetano Filangieri. Scritti*, Einaudi, 1976, p. VII.

dal suo Maestro il «costume» inteso come abito di grande rigore e di austerità di vita; «l'abito del travaglio», ossia l'abitudine allo studio, cui dedicherà fino a dodici ore al giorno e un «amore della gloria molto fermentato», inteso come amore volto esclusivamente alla ricerca del bene comune⁴.

Dopo la pubblicazione di alcuni scritti minori, la monumentale *Scienza della Legislazione* rappresentò l'esito finale del poderoso lavoro di ricerca intrapreso da Filangieri sotto l'attenta guida di De Luca. Pubblicata in vari volumi tra il 1780 e il 1785 e rimasta incompiuta a causa della prematura scomparsa del suo Autore, tale opera, come si legge nel suo "disegno preliminare" avrebbe dovuto essere divisa in sette libri riguardanti: 1) le norme generali; 2) le leggi politiche ed economiche; 3) il diritto e la procedura penale; 4) l'educazione; 5) la religione; 6) la proprietà; 7) la patria potestà e il buon ordine della famiglia⁵.

Fondata sul presupposto che la legge dovesse essere l'espressione della «ragione universale» finalizzata al conseguimento della «pubblica felicità»⁶, la *Scienza della legislazione* si rivelò, fin dall'apparizione sul mercato librario dei primi volumi in cui l'opera era stata suddivisa, uno dei maggiori successi editoriali dell'epoca. Tra la fine del '700 e i primi anni del secolo successivo, se ne ebbero in Italia oltre venti edizioni, pubblicate a Napoli, Firenze, Milano, Venezia, Catania, Genova, Livorno e Roma. Già celebrata dai maggiori intellettuali della Penisola come «un'opera che fa[ceva] onore all'Italia», come ebbe a sottolineare Pietro Verri, essa divenne, in breve tempo, un vero e proprio *best seller* internazionale, tradotto non solo nelle lingue più diffuse dell'Europa occidentale – inglese, francese, tedesco e spagnolo –, ma anche in russo, polacco, danese, olandese e svedese⁷. Un successo, quello dell'opera filangieriana, che ebbe come effetto non solo quello di assicurare un'immediata ed enorme celebrità al suo Autore, ma anche quello di accrescere, in ambito europeo, l'interesse e la considerazione nei confronti dell'Illuminismo italiano in generale, come si può evincere dalle considerazioni formulate dal traduttore francese dell'opera filangieriana, Jean-Antoine Gauvin-Gallois:

⁴ Cfr. D. FIOROT, *Introduzione*, in A. ANDREATTA, *Le Americhe di Gaetano Filangieri*, ESI, 1995, pp. 3-4.

⁵ A causa della prematura morte di Filangieri, avvenuta a Vico Equense il 21 luglio 1788, non videro mai la luce gli ultimi due libri della *Scienza della Legislazione* mentre il quinto libro, dedicato al tema della religione, fu pubblicato postumo e incompleto.

⁶ Su questo specifico aspetto dell'opera filangieriana, cfr. S. COTTA, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, Giappichelli, 1954.

⁷ Cfr. G. RUGGIERO, *Il pubblico di Filangieri: dalle province del Regno alle capitali d'Europa*, in «Frontiera d'Europa», XVI, n. 2, 2010, pp. 223-245.

Cinq éditions, publiées successivement à Naples, à Florence et à Milan, attestent la célébrité dont il jouit dans le pays de la terre où la science des droits et des devoirs de l'homme est cultivé avec le plus d'ardeur et, peut-être, avec le plus de succès⁸.

Straordinario fu, in particolare, il successo della *Scienza della Legislazione* in Francia, ove lo scrittore napoletano fu presto ribattezzato «le jeune Montesquieu d'Italie».⁹ Ma la *Scienza della Legislazione* può effettivamente essere letta come una sorta di proseguimento ideale dell'*Esprit des Lois*? In realtà, in avvio alla sua opera, Filangieri non nascondeva un chiaro intento polemico nei confronti del presidente del Parlamento di Bordeaux:

Lo scopo che io mi propongo è tutto diverso da quello di quest'autore. Montesquieu cerca in questi rapporti [tra le leggi e il clima, i modi di produzione, il carattere e la storia dei popoli] lo spirito delle leggi ed io vi cerco le regole. Egli procura di trovare in essi la ragione di quello che si è fatto ed io procuro di dedurne le regole di quello che si deve fare. I miei principi stessi saranno per lo più diversi dai suoi¹⁰.

Ma al di là dell'esplicita presa di distanza enunciata da Filangieri nei riguardi dell'opera del *philosophe*, è tuttavia ben evidente quanto lo “spirito” di Montesquieu si aggiri in molti luoghi della *Scienza della Legislazione*, e, in generale, è indubbio che l'autore dell'*Esprit des Lois* abbia esercitato una profonda influenza sul pensiero dell'illuminista napoletano.¹¹ Difatti, poche righe più avanti, Filangieri

⁸ *Préface du traducteur* a G. FILANGIERI, *La science de la Législation*, 7 voll., 1786-91, vol. I, p. V, citato da V. FERRONE, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Laterza, 2003, p. VII.

⁹ L'autore di tale definizione, il giurista e parlamentare parigino Antoine de Hillerin (che fu peraltro il traduttore delle *Considérations sur la procédure criminelle* di Mario Pagano), così affermava nei riguardi dell'autore della *Scienza della Legislazione*. «C'est dans son ouvrage, qui mérite d'être lu, relu et médité, quoiqu'il n'ait pu le porter à la juste perfection de développement et d'analyse de principe qu'il se proposait de lui donner; c'est dans son ouvrage qu'il fait voir avec quelle énergie, avec quel courage, avec quelle force de raisonnement, de raison et de style, mais en même temps avec quelle décence, avec quelle justice l'homme sensible, l'écrivain patriote élève la voix contre les abus quand les droits sacrés de l'humanité et les intérêts de l'état l'exigent». (Cfr. *Ibid.*, p. 66).

¹⁰ G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, cit., t. I, p. 14.

¹¹ Al riguardo, cfr. A. VALDARNINI, *La ragione delle leggi secondo il Montesquieu e il Filangieri*, in *ID.*, *Saggi di filosofia sociale*, Paravia, 1890, pp. 53-75; S. COTTA, *Montesquieu e Filangieri. Notes sur la fortune de Montesquieu au XVIII siècle*, in «Revue internationale de philosophie», IX, 1955, ff. 3-4, pp. 387-400; G. GALASSO, *Filangieri tra Montesquieu e Constant*, in *ID.*, *La filosofia in soccorso de' governi. La cultura napo-*

non mancava di esprimere la sua sincera gratitudine verso Montesquieu, definendo l'opera che si accingeva a presentare ai suoi lettori: "un tributo che io offro ad un uomo che ha pensato prima di me e con i suoi stessi errori mi ha istruito e mi ha insegnato la strada per ritrovare la verità"¹². Ciò che però distingue nettamente Filangieri da Montesquieu è la sua critica radicale all'insieme dei presupposti giuridico-istituzionali su cui si fondava il costituzionalismo cettuale d'*Ancien Régime* a partire dalla feudalità, alla cui conservazione viene negata qualunque giustificazione teorica e pratica.

2. Feudalità, aristocrazia e ceto togato nell'ottica della "rivoluzione costituzionale"¹³ filangieriana

La critica filangieriana al regime feudale inizia già nel primo libro della *Scienza della Legislazione*, ove Filangieri ne auspicava un completo e definitivo superamento al fine di moltiplicare il numero dei proprietari, obiettivo conseguibile, a suo avviso, soltanto creando un libero mercato della terra, rendendo disponibili le esorbitanti ricchezze degli ecclesiastici e trasformando i feudatari in semplici proprietari. Condizione essenziale per tale trasformazione sociale ed economica era dunque la soppressione dei principali istituti giuridici che gravitavano intorno alla feudalità:

Togliete prima d'ogni altro le primogeniture, togliete i fedecommissi. Sono queste le cause delle ricchezze esorbitanti di pochi e della miseria della maggior parte. Sono le primogeniture che sacrificano molti cadetti al primogenito d'una famiglia, sono le sostituzioni che sacrificano molte famiglie ad una sola. L'una e l'altra diminuiscono all'infinito il numero dei proprietari nelle nazioni d'Europa, l'una e l'altra sono oggi la rovina delle popolazioni¹⁴.

Nei confronti di tale radicale progetto non tarderanno a giungere, accanto agli elogi dei riformatori, anche le critiche dei più strenui difensori dell'*Ancien Régime*, i

letana del Settecento, Guida, 1989, pp. 453-484; F. GENTILE, *Il destino dell'uomo europeo: Montesquieu e Filangieri a confronto*, in L. D'ALESSANDRO (a cura di), *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, Guida, 1991, pp. 403-420.

¹² G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, cit., t. I, p. 14.

¹³ Mutuo tale efficace definizione da F. DI DONATO, *La rivoluzione costituzionale di Gaetano Filangieri*, in G. D'AGOSTINO, M. DI NAPOLI, S. GUERRIERI, F. SODDU (a cura di), *Il tempo e le istituzioni. Scritti in onore di Maria Sofia Corcinlo*, ESI, 2017, pp. 191-206.

¹⁴ G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, cit., t. I, p. 219.

quali, molto spesso, non esitavano a difendere la validità delle proprie argomentazioni appellandosi all'autorità di Montesquieu. Fu questo il caso del letterato Giuseppe Grippa, autore, nel 1782, di una *Lettera al sig. Cavaliere D. Gaetano Filangieri sull'esame di alcuni suoi progetti politici*. Se la «costituzione dei governi dei principati d'Europa è migliore di quella dei principati dell'Asia» – affermava Grippa – il merito, come aveva spiegato Montesquieu, stava nella forte presenza dei corpi intermedi e, soprattutto, nella nobiltà feudale. Se la nobiltà fosse divenuta un “fantasma” come auspicato da Filangieri, priva cioè di ricchezze e privilegi in grado di garantirne l'esistenza materiale, anche la monarchia era destinata a sparire in breve tempo, lasciando il posto alla violenza e all'anarchia. Alle argomentazioni addotte da Grippa – che non mancava d'insinuare nell'animo dei lettori il dubbio che gli audaci piani riformistici di Filangieri non fossero altro che il frutto della sua precaria condizione di figlio cadetto¹⁵ – il giovane cavaliere rispose nel terzo libro della sua opera, edito nel 1783, con una nuova e ancora più incisiva condanna del regime feudale, definito «sistema il più assurdo, che unisce tutti i vizi dell'anarchia agli orrori della tirannide»¹⁶.

Cosa è feudalità? E' una specie di governo che divide lo stato in tanti piccioli stati, la sovranità in tante picciole sovranità, che smembra dalla corona quelle prerogative che non sono comunicabili; che non ripartisce l'esercizio dell'autorità, ma divide, distrae ed aliena il potere istesso; che spezza il nodo sociale in vece di restringerlo; che dà al popolo molti tiranni in vece di un solo re, al re molti ostacoli a fare il bene, invece di un argine per impedire il male; alla nazione un corpo prepotente, che situato tra il principe ed il popolo usurpa i dritti dell'uno con una mano, per opprimere l'altro coll'altra; che, in poche parole, mescolando in un istesso governo un'aristocrazia tumultuosa ad un dispotismo diviso, ci lascia tutta la dipen-

¹⁵ Di analogo tenore saranno anche le sarcastiche allusioni di Salvatore Pignatelli, principe di Strongoli, il quale, dando alle stampe nel 1784 la sua *Lettera apologetica del principe di Strongoli al dotto signor D. Giuseppe Grippa circa l'opera del cavaliere D. Gaetano Filangieri*, così ipotizzava: «Se si proibisse di prender moglie a tutti coloro, che impiegati non sono, che sostener non possono la propria famiglia nello stato in cui nati sono; allora sì, che niuno lagnar si potrebbe dell'ingiustizia, contro la quale declama il prelodato secondogenito: non si impedirebbe la propagazione: ma tutti coloro, che menar vogliono una vita rilasciata, ed oziosa, o resterebbero privi di moglie, e per conseguenza del piacere di perpetuare la propria schiatta: o soggiacerebbero a soffrire la pena minacciata da Dio al nostro primo Padre; ed a stentare per la conservazione di quelle sostanze di cui sono i primogeniti semplici amministratori.» Sulla questione, cfr. G. RUGGIERO, *Gaetano Filangieri. Un uomo, una famiglia, un amore nella Napoli del Settecento*, Guida, 1999, pp. 297-305.

¹⁶ G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, cit., t. II, p. 352.

denza della monarchia senza l'attività della sua costituzione, e tutte le turbolenze della repubblica, senza la sua libertà¹⁷.

In particolare, era a suo avviso necessario sottrarre ai baroni il potere giurisdizionale («del quale essi sono estremamente gelosi», egli sottolineava), essendo quest'ultimo «il primo anello di quella lunga catena di disordini che interamente distruggono la nostra civile libertà»¹⁸.

Illustrando tutte le caratteristiche principali dei diritti giudiziari di cui godevano i baroni napoletani, così egli osservava:

Alcuni dicono che il barone non è altro che un magistrato del principe; ma io domando: si può mai chiamar magistrato un uomo la giurisdizione del quale non si raggiunge ad applicare a' casi particolari le leggi generali che il sovrano ha dettate, ma ad esercitare i diritti sovrani in quasi tutta la loro estensione? Si può chiamar magistrato del principe colui che in certa maniera è superiore alle leggi, che crea dei giudici per l'amministrazione della giustizia così civile come criminale, che può far la grazia, può liberare dalla meritata pena un delinquente, può convertire in una pena pecuniaria una pena afflittiva di corpo? Si può mai chiamar magistrato colui ch'esige delle contribuzioni reali e personali dai suoi sudditi, che ha diritti sulle loro braccia e sulle loro opere, [...] che non esercita questo potere in nome del principe, ma colla sua propria autorità, che lo trasmette ai suoi discendenti, che lo dà fino in dote alle sue figlie in difetto di eredi mascolini, che in alcuni paesi, come in Sicilia, può venderlo e donarlo a chiunque gli aggrada? Chi non vede dopo queste riflessioni che la feudalità è una vera alienazione e divisione del potere sovrano, che di sua natura è indivisibile?¹⁹

Com'è noto, il programma di riforme qui abbozzato da Filangieri fu portato a compimento nel Meridione solo alcuni anni più tardi, ossia in seguito all'avvento nel regno dei Napoleonidi durante il cosiddetto “Decennio francese” (1806-

¹⁷ Ibid., t. II, p. 354.

¹⁸ Ibid., t. II, p. 336.

Su questi aspetti del pensiero politico filangieriano, si vedano, fra gli altri, R. AJELLO, *I filosofi e la regina. Il governo delle Due Sicilie da Tanucci a Caracciolo*, in «Rivista Storica Italiana», CIII, 1991, pp. 398-454; 657-738; *La luminosa virtù. Un'idea di costituzione nel Mezzogiorno*. Pagine de *La scienza della Legislazione* a cura e con un saggio introduttivo di Eugenio Lo Sardo, Donzelli, 2017; F. DI DONATO, S. SCOGNAMIGLIO, *La civilizzazione statale nell'opera di Gaetano Filangieri. Teoria politica, educazione giuridica, rivoluzione costituzionale* in «Giornale di Storia costituzionale», n. 39, 1/2020, pp. 17-52.

¹⁹ G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, cit., t. II, pp. 355-356.

1815), mediante le leggi eversive della feudalità e l'applicazione delle norme sulla proprietà privata contenute nel *Code Civil des Français*²⁰.

Indubbiamente, però, l'esigenza di una profonda trasformazione dell'assetto politico-istituzionale del regno era stata avvertita dai rappresentanti più politicamente "illuminati" della classe dirigente napoletana fin dall'avvento al trono di Carlo di Borbone nel 1734²¹. Convinto della necessità di ridurre i numerosi privilegi dei feudatari era stato il ministro Bernardo Tanucci, promotore di una coraggiosa riforma volta a limitare la facoltà dei baroni di assolvere i reati d'omicidio dietro pagamento di una cospicua somma di denaro. Il fidato ministro di re Carlo, difatti, era fermamente convinto che la limitazione dei diritti di cui godevano nel regno i ceti privilegiati fosse la *conditio sine qua non* ai fini del rafforzamento del potere regio. Pertanto, gli sforzi del ministro toscano – benché scarsamente coronati da successo a causa delle forti resistenze delle classi privilegiate nei confronti del suo audace disegno riformista – s'indirizzarono anche contro le prerogative del potente ceto dei togati, titolari delle più importanti cariche all'interno delle numerose magistrature della capitale. Sostenitore convinto di tale linea politica era stato, da sempre, Filangieri che, nel 1774, aveva dato alle stampe uno scritto dal titolo *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano che riguarda l'amministrazione della giustizia* ove, dopo aver definito i magistrati «un corpo di despoti»²², salutava con entusiasmo l'iniziativa tanucciana di obbligare i giudici a motivare per iscritto le loro

²⁰ A tal riguardo, è interessante ricordare che, parlando di Filangieri in occasione della visita fattagli dalla vedova, Charlotte Frendel, e dai suoi figli, Napoleone (allora primo console) lo definì «ce jeune homme, qui est notre maître à tous».

²¹ Sul primo riformismo borbonico, cfr., tra gli altri, M. SCHIPA, *Il regno di Napoli al tempo di Carlo Borbone*, Società Editrice Dante Alighieri, 1923, 2 voll. (rist. anast. SEN, 1988); A. PANNONE, *Lo Stato borbonico*, vol. I: "Lo Stato e la sua attività amministrativa", Seeber, 1924; P. VILLANI, *Mezzogiorno tra riforme e rivoluzione*, Laterza, 1962; R. AJELLO, *La vita politica napoletana sotto Carlo di Borbone. La fondazione ed il tempo eroico della dinastia*, in *Storia di Napoli*, Società Editrice Storia di Napoli, 1972, vol. II, pp. 459-717; E. CHIOSI, *Il regno di Napoli dal 1734 al 1799*, in *Storia del Mezzogiorno*, Edizioni del Sole, 1986, vol. IV, pp. 371-467; A.M. RAO, *Il riformismo borbonico a Napoli*, in *Storia della società italiana*, Teti, 1989; M.G. MAIORINI, *La Reggenza borbonica, 1759-1767*, Giannini, 1991; A. SPAGNOLETTI, *Storia del regno delle Due Sicilie*, Il Mulino, 1997; M. MAFRICI, *Il re delle speranze. Carlo di Borbone da Madrid a Napoli*, ESI, 1998; *Bernardo Tanucci nel terzo centenario della nascita, 1698-1998*, ETS, 1999; G. CARIDI, *La modernizzazione incompiuta nel Mezzogiorno borbonico 1738-1746*, Rubbettino, 2012; ID., *Carlo III. Un grande re riformatore a Napoli e in Spagna*, Salerno, 2014.

²² G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano che riguarda l'amministrazione della giustizia*, Michele Morelli, 1774. Al riguardo, cfr. M. TITA, *Sentenze senza motivi. Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai dispacci del 1774*, Jovene, 2000 e P. ALVAZZI DEL FRATE, *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le Riflessioni politiche del 1774*, in F. LIOTTA (a cura di), *Studi di Storia del diritto medievale e moderno*, Monduzzi, 2007, pp. 237-260.

sentenze, le quali, inoltre, dovevano essere basate «non più sulla nuda autorità dei dottori, che hanno pur troppo colle loro opinioni o alterato o reso incerto ed arbitrario il diritto, ma sulle leggi espresse del regno». Una strategia politica, quella tanucciana, per molti aspetti analoga a quella attuata negli stessi anni in Francia al fine di ridurre il potere dei Parlamenti²³. Opponendosi nettamente al potere d'interpretazione delle leggi fino ad allora riservato ai magistrati, Filangieri sosteneva dunque la necessità che costoro si limitassero ad applicare alla lettera il dato normativo:

Che questi magistrati non arbitrino sulle leggi, che non le interpretino a capriccio, che non si allontanino con il pretesto dell'equità da' loro espressi dettami; che il cittadino non vegga nel legislatore il suo giudice, né nel suo giudice il legislatore²⁴.

Lo scrittore napoletano, pertanto, alla “monarchia temperata” teorizzata da Montesquieu – ancora del tutto impregnata del costituzionalismo cetuale *d'Ancien Régime* poiché gravitante intorno ai tradizionali privilegi nobiliari e parlamentari – contrapponeva l'immagine ideale di quella che egli definiva una “monarchia ben costituita”, ove il dispotismo dei baroni e l'arbitrio dei magistrati non sarebbero stati che un pallido ricordo. Bandita, dunque, nell'opera filangieriana, la funzione di equilibrio dei corpi intermedi? Non esattamente, giacché, al riguardo, il pensiero dell'autore della *Scienza della Legislazione* era il seguente:

La natura dunque della monarchia richiede che vi sia tra il monarca e il popolo una classe o un rango intermedio destinato non ad esercitare alcune delle porzioni del potere, ma a mantenerne piuttosto l'equilibrio e che vi sia un corpo depositario delle leggi, mediatore fra i sudditi e il principe. I nobili compongono questo rango intermedio e i magistrati questo corpo depositario delle leggi. Le leggi debbono dunque [...] fissare i limiti di ciascheduna autorità nello Stato, esse debbono dichiarare quello che infelicemente in quasi tutte le monarchie si ignora: debbono dichiarare, io dico, quali sieno i veri diritti della corona e quale il ministero dell'individuo che la porta; esse debbono determinare fin dove debba estendersi il potere legislativo e dove debba cominciare e finire l'esecutivo; le suddivisioni di questo, diversi ordini delle magistrature, le loro dipendenze, l'ordine delle appellazioni, le loro rispettive incombenze, tutto deve essere determinato e stabilito dalle

²³ Cfr. F. VENTURI, *Gaetano Filangieri*, cit., p. XVI. Sulla questione, cfr., fra gli altri, F. DI DONATO, *Esperienza e ideologia ministeriale nella crisi dell'ancien régime*, Jovene, 1996.

²⁴ G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, cit. t. I, p. 101.

leggi.[...] Se subito che o il monarca vuol far da giudice o il giudice vuol fare da legislatore, non ci è più né libertà né sicurezza nella nazione²⁵.

Filangieri riconosceva dunque sia ai nobili sia ai togati il ruolo di corpi intermedi tra monarca e sudditi, ma nella sua strenua difesa dell'indivisibilità del potere sovrano, li spogliava totalmente di quelle prerogative che, a suo avviso, rappresentavano un intollerabile smembramento della sovranità stessa:

In ogni specie di governo l'autorità deve esser bilanciata, ma non divisa; le diverse parti del potere debbono essere distribuite, ma non distratte. Uno deve essere il fonte del potere, uno il centro dell'autorità. [...] Senza questa unità di potere non vi può essere ordine nel governo, o per meglio dire non vi è più governo, giacché l'anarchia non è altro che la distruzione di quest'unità²⁶.

Fedele a tale concezione del potere, egli respingeva altresì il principio dell'ereditarietà di qualunque carica pubblica a eccezione di quella monarchica:

In una monarchia non vi può essere che un solo potere ereditario, e questo è quello del monarca. Si è stabilito che il figlio del re succedesse al suo trono, per evitare i torbidi d'una elezione e i disastri d'un interregno. Si è preferita l'incertezza di avere un principe imbecille alla sicurezza di cagionare nella morte del re una convulsione molto pericolosa nello stato. [...] Non bisogna dunque confondere i motivi dai quali dipende la sovranità ereditaria, con quelli dai quali dipende ogni altra specie di potere ereditario in uno stato. [...] Le ricompense son dovute alle azioni, le cariche al talento ed al merito d'esercitarle. Un figlio può avere un diritto ad ereditare le ricompense ottenute da suo padre; ma potrebbe egli avere un diritto ad ereditare le sue cariche? [...] Non avviene forse spessissimo che il figlio d'un eroe è il più stupido ed il più malvagio d'uno stato?²⁷

L'importanza tributata da Filangieri al corpo dei magistrati – nel quale lo scrittore napoletano riconosceva una «parte integrale della costituzione»²⁸ – era dunque corroborata dal fatto che tale carica non fosse ereditaria:

²⁵ *Ibid.*, pp. 99-100.

²⁶ *Ibid.*, t. II, p. 352.

²⁷ *Ibid.*, pp. 359-361.

²⁸ *Ibid.*, p. 351.

Depositari della facoltà esecutiva, essi [i magistrati] sono l'unico freno contro gli abusi dell'autorità del monarca. Qual'è in fatti la differenza che vi è tra la monarchia e il dispotismo, se non quella che nasce dall'esistenza e dal vigore della magistratura? Ma la magistratura non è ereditaria e il potere del magistrato non è innato. Gli individui di questo corpo sono scelti dal re. Salendo sul trono egli può disfarsi di quelli che il suo antecessore ha creati, e può, sempre che vuole, liberarsi da quelli che egli stesso ha scelti, quando vede che è stato tradito nella sua scelta²⁹.

3. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte sul pensiero del giovane cavaliere napoletano, sembrerebbe potersi dedurre che la forma di governo da lui auspicata si configurasse nell'ideale settecentesco dell'assolutismo monarchico, "illuminato" dalla presenza, pochi passi dietro il trono, dei filosofi e degli intellettuali, cui spettava il compito di suggerire al sovrano – titolare del potere legislativo – le riforme più idonee a garantire l'ordine politico-sociale e la pubblica felicità. L'idea di una "monarchia ben costituita" appariva in effetti a Filangieri la scelta più politicamente opportuna al fine di garantire il rispetto della legge e la libertà civile dei cittadini:

In ogni società vi sono due forze, l'una fisica e l'altra morale. La prima è nell'uomo, la seconda è nel governo [...]. Il particolare vantaggio di una monarchia ben costituita è che la forza si trova combinata con la minore quantità di forza fisica. Nella democrazia la forza morale è unita alla massima forza fisica e questo fa che in alcuni casi, in questa forma di governo, la libertà civile è immolata alla libertà politica³⁰.

Al tempo stesso, era sua ferma convinzione che la legittimità del potere monarchico dovesse comunque provenire dal basso, ossia dal popolo, e che tale stato di cose potesse essere garantito anche in assenza di un assetto politico-istituzionale di tipo rappresentativo. Così affermava infatti Filangieri:

Vi è un tribunale che esiste in ciascheduna nazione, che è indivisibile, perché non ha alcuno de' segni che potrebbero manifestarlo, ma che agisce di continuo e che è più forte dei magistrati e delle leggi, dei ministri e del re, che può essere per-

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, t. II, p. 357.

vertito dalle cattive leggi, diretto, corretto, reso giusto e virtuoso dalle buone, ma che non può né dalle une né dalle altre esser contrastato e dominato. Questo tribunale, che col fatto ci dimostra che la sovranità è costantemente e realmente nel popolo, e che questo non lascia in certo modo di rappresentarla, malgrado qualunque deposito che ne abbia fatto tra le mani di molti o di uno solo, di un senato o di un re; questo tribunale, io dico, è quello della pubblica opinione³¹.

Affinché tale “tribunale” potesse operare efficacemente in un regime ove il sovrano era titolare esclusivo della potestà legislativa era però necessario garantire due condizioni essenziali; la prima di queste era costituita dall’educazione, pubblica e universale, ossia garantita dallo Stato a tutti i cittadini³²:

Che ci sarebbe mai da sperare dall’educazione, se questa fosse interamente abbandonata alle cure private? Quanti pochi sono gl’individui in una società, anche la più numerosa, che sarebbero nelle circostanze di procurare una buona educazione a’ loro figli? Tra questi pochi individui, quanto anche più picciolo sarebbe il numero di coloro che unirebbero il potere alla volontà; e tra questi ultimi, quanto anche più infinitamente picciolo sarebbe il numero di coloro che, potendo e volendo, riuscirebbero in questa difficile intrapresa?

L’ignoranza e la miseria nel basso popolo; la perdita de’ parenti, e l’abbandono de’ genitori negli orfani e negli esposti; l’assiduità e l’importanza delle occupazioni in quella classe di cittadini che vive col frutto della sua industria, o coll’impiego de’ suoi talenti; le dissipazioni de’ piaceri de’ ricchi; le distrazioni della vanità e dell’ambizione de’ nobili; l’esercizio delle cariche e de’ pubblici impieghi ne’ magistrati e ne’ potenti; i pregiudizi e gli errori quasi universalmente adottati, e che sono diametralmente contrari a’ veri principii dell’educazione; l’effetto istesso dell’amore male inteso, e della debolezza così frequente ne’ genitori; la cura eccessiva della fisica conservazione de’ loro figli, e la timida sollecitudine di soccorrerli,

³¹ *Ibid.*, t. VI, p. 105.

³² Sull’argomento, cfr., tra gli altri, D. BERTONI JOVINE, *Storia della scuola popolare in Italia*, Einaudi, 1954; A. BROCCOLI, *Educazione e politica nel Mezzogiorno d’Italia (1767-1860)*, La Nuova Italia, 1973; D. BALANI, M. ROGGIERO, *La scuola in Italia dalla controriforma al secolo dei lumi*, Loescher, 1976; G. RICUPERATI, M. ROGGIERO, *Istruzione e società in Italia: problemi e prospettive di ricerca*, in “Quaderni Storici”, n. 38, 1978, pp. 640-665; E. CHIOSI, *Intellettuali e plebe. Il problema dell’istruzione elementare nel Settecento napoletano*, in “Rivista Storica Italiana”, 1988, f. I, pp. 155-175; M. R. PELIZZARI (a cura di), *Sulle vie della scrittura. Alfabetizzazione, cultura scritta e istituzioni in età moderna*. Atti del Convegno di studi Salerno, 10-12 marzo 1987, ESI, 1989; I. ZILLI (a cura di), *Scuola e società: le istituzioni scolastiche in Italia dall’età moderna al futuro*, ESI, 2000; G. BONETTA, *Scuola e civilizzazione. Il sistema formativo italiano dal ’700 alla fine del ’900*, Armando, 2020.

anche quando il bisogno non lo esige, che dà a' fanciulli una certa pusillanimità, ed una certa debolezza d'animo che distrugge il coraggio e la confidenza nelle proprie forze, la poca considerazione, e i pochi vantaggi, che procurano le noiose e difficili funzioni di educatore, e la singolarità e profondità de' talenti, delle cognizioni, delle virtù e del moral carattere, che richiederebbe quest'ufficio; la corruzione finalmente de' costumi, che le buone leggi dovrebbero distruggere, e riparare, ma che infelicemente si ritrova oggi introdotta in tutte le classi, in tutti gli ordini della società, non ci mostrano forse evidentemente quanto poco vi sia da sperare e quanto da temere dall'educazione privata?³³

La seconda condizione indispensabile ai fini del consolidamento di un'opinione pubblica matura e consapevole era la libertà di stampa che, pertanto, assumeva un'importanza primaria nel quadro della speculazione filangieriana:

La libertà dunque della stampa, o che si consideri nel rapporto che avrebbe nel nostro legislativo sistema, con quelle gran vedute, delle quali si è parlato nel principio di questo capo, o che si consideri come la conseguenza d'un diritto che non si può né trasferire, né rinunciare, né distruggere, ma che si può facilmente contenere ne' giusti suoi confini; o che si consideri come uno de' più vigorosi argini dell'errore, o come uno de' più favorevoli veicoli della libertà; si troverà sempre che è uno de' beni il più fecondo di altri beni; uno de' dritti più efficaci alla conservazione degli altri diritti; una delle libertà meno esposte al pericolo delle altre libertà, cioè alla licenza; ed uno de' più vigorosi soccorsi che la legislazione somministrar possa alla pubblica istruzione³⁴.

L'analisi filangieriana, pur non aliena da un larvato pessimismo a causa della crisi in cui languiva il riformismo borbonico dopo l'allontanamento del ministro Tanucci voluto dalla regina Maria Carolina, era tuttavia fortemente ancorata all'ideale, tipicamente illuminista, dell'"incivilimento progressivo" su cui, di lì a pochi anni, Nicolas de Condorcet avrebbe scritto dense e illuminanti pagine. Questo, dunque, era il significato più profondo della sua opera, volutamente monumentale e multidisciplinare e che, già nella scelta del titolo, ove la "scienza" era accostata alla "legislazione", disvelava l'auspicio del suo Autore di vedere finalmente sottratto al ceto togato il monopolio secolare degli *arcana juris*, attraverso un processo di riconnessione del diritto alla dimensione sociale in cui esso nasce-

³³ G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, cit., t. IV, pp. 15-16.

³⁴ *Ibid.*, t. V, p. 111.

va e si evolveva³⁵. Solo debellando gli abusi e i privilegi impietosamente descritti nella sua *Scienza della Legislazione* sarebbe stata possibile un'inversione di rotta rispetto alla profonda crisi sociale e politico-istituzionale che da tempo attanagliava il regno di Napoli e nella quale si rifletteva la crisi in cui versava in Europa la società per ceti di *Ancien Régime*. Un'impresa tutt'altro che agevole (e le forti resistenze che il messaggio filangieriano incontrò presso gli ambienti più conservatori ne sono un'eloquente dimostrazione), per definire la quale Filangieri ricorreva alla celebre immagine platonica dei re-filosofi:

Si troverà finalmente che l'antico voto di Platone verrebbe da noi con questo mezzo doppiamente conseguito; giacché se per stabilire la felicità d'un popolo egli voleva che o regnassero i filosofi, o filosofassero i re; nel popolo a seconda del nostro legislativo sistema istituito, s'incontrerebbero entrambi i beni, giacché le leggi genererebbero i filosofi e li farebbero regnare, frenerebbero i re e li costringerebbero a filosofare: regnerebbero i primi dirigendo l'opinione, e filosoferebbero gli ultimi per ottenerne i suffragi³⁶.

³⁵ Su questa linea interpretativa dell'opera filangieriana, cfr. F. DI DONATO, 1987. *Statualità Civiltà Libertà. Scritti di storia costituzionale*, ESI, 2021, in particolare pp. 258-267.

³⁶ *Ibid.*, t. V, p.112.

LA SCIENZA DELLA LEGISLAZIONE
E IL PARADIGMA BECCARIA

FRANCESCO BERTI * – DARIO IPPOLITO **

SOMMARIO: 1. Il paradigma riformatore. – 2. Il cantiere filangieriano. – 3. La questione penale. – 4. La riforma processuale. – 5. Il diritto di punire e i suoi limiti.

1. *Il paradigma riformatore*

All'epoca della formazione intellettuale di Filangieri, il panorama della cultura giuridica era connotato dai lineamenti dottrinali di tre grandi paradigmi epistemici. Oltre all'antico – ma sempreverde – paradigma giurisprudenziale, fiorivano i molteplici rami del moderno paradigma giusnaturalistico e imponeva la sua inaggirabile presenza il paradigma innovativo del diritto come scienza sociale.

Quando parliamo di paradigma giurisprudenziale, ci riferiamo a quella lunga tradizione di *scientia iuris* che, affondando le sue radici nel diritto romano, si sviluppa, tra continuità e rotture, dall'età dei glossatori a tutto l'antico regime, mantenendo una funzione centrale nella configurazione dell'ordinamento giuridico. I cultori di questa forma di conoscenza sono commentatori e sistematori di testi normativi, che studiano le fonti del diritto (*i digesta*, le leggi statali, le sentenze, i trattati dei grandi giureconsulti, ecc.) per fondare su queste basi autoritative la propria dottrina. Il metodo di questa forma di sapere è costituito dalle regole dell'*interpretatio*.

I giuristi che operano nell'orizzonte del paradigma giusnaturalistico perseguono obiettivi diversi rispetto agli studiosi del diritto positivo. Confidando nella capacità nomotetica (o nomo-euristica) della ragione, si dedicano alla ricerca delle regole universali della condotta umana. Scoperti i principi supremi della giustizia, procedono a inferirne i corollari normativi, per costruire, deduzione dopo deduzione, il sistema razionale del diritto naturale. Il loro proposito è quello di produr-

* Professore ordinario di storia delle dottrine politiche presso il Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali dell'Università di Padova.

** Professore ordinario di filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre.

re una scienza giuridica tanto rigorosa quanto la geometria. Il loro canone metodologico è la *demonstratio*¹.

Il paradigma epistemico della giurisprudenza come scienza sociale è il metodo di studio del diritto inaugurato da Montesquieu nell'*Esprit des lois*². Diversamente dai giuristi dogmatici, egli non si propone di ricercare ciò che il diritto positivo prescrive. Il suo intento non è neppure quello – proprio del giusnaturalismo – di individuare le prescrizioni del diritto naturale. Egli è interessato a comprendere perché il diritto positivo stabilisce quello che stabilisce. Le norme giuridiche, in quest'ottica, sono concepite come fenomeni determinati dalla correlazione che intrattengono con le altre dimensioni della vita sociale. Né le tecniche interpretative, né i ragionamenti deduttivi si rivelano quindi adeguati all'indagine. Occorre osservare i dati della realtà, compararli, cogliere le regolarità e formulare – per induzione – leggi scientifiche dotate di capacità esplicativa e portata empirica. Il modello epistemologico, in questo caso, è quello della fisica moderna³.

La Scienza della legislazione di Filangieri non è riconducibile a nessuno di questi paradigmi. Può essere invece correlata al modo di accostarsi al diritto proposto da Cesare Beccaria in *Dei delitti e delle pene*. Al pari di Beccaria, infatti, Filangieri sviluppa un discorso *de iure condendo*, che si confronta con lo *ius conditum* e ne prefigura il superamento. A partire dalle rispettive convinzioni antropologiche, etiche e giuridiche, i due *enfants prodiges* dell'illuminismo italiano stabiliscono i principi di giustizia e i canoni di politica del diritto che devono orientare l'azione legislativa. Il loro approccio eminentemente normativo contribuisce a modellare un nuovo *paradigma riformatore*, caratterizzato dalla riflessione critica e dall'elaborazione progettuale. Le loro opere di giuristi filosofi si presentano come *specula legislatoris*: irriducibili al genere tradizionale dello *speculum principis*, contemplan il governo dello Stato e le regole della convivenza sociale *ex parte civium*.

Del paradigma riformatore, inteso come stile di pensiero giuspolitico a vocazione operativa, la *Scienza della legislazione* rappresenta forse l'espressione più sistematica e ambiziosa. Per pubblicizzarne l'edizione veneziana, lo stampatore Giovanni Vitto la celebrò nel «Giornale dei letterati» come il «più vasto edificio, che mente umana [avesse] ideato giammai»: «un perfetto e in ogni sua parte coe-

¹ Cfr. N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, in *Il pensiero politico dell'età moderna*, a cura di A. Andreata e A.E. Baldini, UTET, 1999, pp. 169-196. Forse non è superfluo segnalare il carattere idealtipico della distinzione: molti sono i giuristi che scrivono sia di diritto positivo sia di diritto naturale.

² MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle leggi* (1748), a cura di S. Cotta, UTET, 2005.

³ Cfr. S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Klincksieck, 1973; e D. IPPOLITO, *L'esprit des droits. Montesquieu et le pouvoir de punir*, pref. di M. Rueff, trad. di Ph. Audegean, École Normale Supérieure Éditions, 2019.

rente sistema legislativo»⁴. Sebbene il giudizio sia enfatizzato dallo scopo commerciale, è indubbio che l'opera possieda un carattere di originalità: in primo luogo nel «disegno e [nel] coraggio d'intraprenderlo»⁵. Filangieri stesso, prospettandone il *Piano*, rivendicava con orgoglio il proprio primato intellettuale:

È cosa strana: fra tanti scrittori che si sono consacrati allo studio delle leggi, chi ha trattato questa materia da solo giureconsulto, chi da filologo, chi anche da politico, ma non prendendo di mira che una sola parte di questo immenso edificio; chi, come Montesquieu, ha ragionato piuttosto sopra quello che si è fatto, che sopra quello che si dovrebbe fare; ma niuno ci ha dato ancora un sistema compiuto e ragionato di legislazione, niuno ha ancora ridotta questa materia ad una scienza sicura ed ordinata, unendo i mezzi alle regole e la teoria alla pratica. Questo è quello che io intraprendo di fare in quest'opera⁶.

Nell'invitare il lettore a seguirlo lungo i sentieri inesplorati della scienza della legislazione, Filangieri si premurava – come Beccaria – di distinguere i suoi passi da quelli di Montesquieu⁷: proprio perché, come Beccaria, dal pensiero di Montesquieu era stato fortemente influenzato. Del resto, tutti coloro che si erano addentrati nell'inesauribile miniera filosofica dell'*Esprit des lois* ne erano usciti arricchiti: nel lessico, nella morfologia e nella sintassi del proprio discorso giuridico.

⁴ Cit. in F. BERTI, *La ragione prudente. Gaetano Filangieri e la religione delle riforme*, Centro Editoriale Toscano, 2003, pp. 196-197. Disinteressato, ma identico, è il giudizio del diplomatico tedesco Friedrich Johann Lorenz Mayer, che nel *Voyage en Italie* scrive: «personne avant lui n'avait conçu un plan de législation aussi vaste, un système aussi complet que celui dont une mort prématurée l'empêcha de tracer l'entier développement» (F.J.L. MAYER, *Voyage en Italie*, Henrichs, 1802, p. 369).

⁵ Ivi, p. 197.

⁶ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, edizione critica diretta da V. Ferrone, Edizioni della Laguna, 2003-2004, 7 voll., [1] libro I, «Introduzione», pp. 18-19 [di qui innanzi: *SL*, seguita dal numero del volume dell'edizione critica tra parentesi quadra e dal numero del libro e della parte citata fuori di parentesi].

⁷ Poche pagine dopo il brano citato, Filangieri tornava a marcare le distanze: «Non si dovranno meravigliare coloro che leggeranno questo libro, se vedranno trattati [...] questi oggetti, dopo che l'autore dello *Spirito delle leggi* ne ha così diffusamente parlato. [...] lo scopo che io propongo è tutto diverso da quello di questo autore. Montesquieu cerca in questi rapporti lo spirito delle leggi ed io vi cerco le regole. Egli procura di trovare in essi la ragione di quello che si è fatto ed io procuro di dedurre le regole di quello che si deve fare» (*SL*, [1] libro I, «Piano dell'opera», p. 23). Sul confronto con Montesquieu si vedano, tra gli altri, S. COTTA, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, Giappichelli, 1954; G. GALASSO, *La filosofia in soccorso de' governi. La cultura napoletana del Settecento*, Guida, 1989; V. FERRONE, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Laterza, 2003.

Filangieri ne aveva tratto suggestioni assiologiche e strumenti di analisi della realtà, che gli permisero di comprendere, nell'orizzonte programmatico della sua *Scienza*, la complessità dei rapporti tra diritto e sistema sociale. Da qui discende la sensibilità relativistica che, in tante pagine, informa i suoi giudizi di valore e modula le sue direttive metalegislative⁸: «La scienza della legislazione ha, è vero, i suoi principi generali; il legislatore non deve ignorarli: ma egli deve farne quell'uso che fa l'oratore de' precetti della rettorica; egli fa servire i precetti all'orazione e non l'orazione a' precetti»⁹.

La razionalità giuridica – nella prospettiva filangieriana – è l'artificio di una «ragione prudente»¹⁰ scaltrita dall'esperienza¹¹. Condividendo con Beccaria la convinzione che solo l'imperio della legge può assicurare la libertà individuale¹², Filangieri si batte per il superamento del multiverso giuridico di matrice medievale, caratterizzato dal pluralismo degli ordinamenti e dall'assenza di gerarchia nelle fonti. Nella congerie dei diritti locali, delle normative cetuali, delle massime giurisprudenziali e delle autorità dottrinali (abbarbicate ai tronchi del diritto romano, del diritto canonico, del diritto feudale, del diritto patrio ecc.) egli denuncia il tralignamento della funzione dello *ius dicere* nel potere dello *ius dare*. Esposta ai fortuali dell'arbitrio giudiziario, la libertà degli individui si inabissa tre le onde dell'incertezza giuridica.

2. Il cantiere filangieriano

Sono molteplici i profili (biografici, culturali, politici) che rendono fecondo (sul piano storiografico e filosofico) l'accostamento di Filangieri a Beccaria. Del più rilevante (quello concernente la questione penale) ci occuperemo nelle pagine che seguono. Preliminarmente, però si deve rilevare la fondamentale distanza che

⁸ Cfr. le penetranti pagine di I. BIROCCI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica in età moderna*, Giappichelli, 2002, pp. 510-537. Nel giudizio di chi, prima e dopo Benedetto Croce, ha svalutato la *Scienza* come un testo affetto dal «preconcetto del secolo, la credenza nell'astratta Ragione» (B. CROCE, *Storia del Regno di Napoli* [1925], Adelphi, 1992, p. 226) è visibile il più trito dei luoghi comuni antilluministici.

⁹ *SL* [2], libro II, cap. XVIII, p. 143.

¹⁰ Cfr. F. BERTI, *La ragione prudente*, cit.

¹¹ «L'esperienza, quest'astro della ragione», scrive Filangieri in *SL* [5] libro IV, parte I, cap. 1, p. 4.

¹² In riferimento a Beccaria, cfr. PH. AUDEGEAN, *Cesare Beccaria filosofo europeo*, Carocci, 2014, pp. 46-56; e D. IPPOLITO, *The Legal Artifice of Liberty. On Beccaria's Philosophy*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2023, <https://doi.org/10.1007/s11572-023-09686-4>

intercorre tra la *Scienza della legislazione*, opera di una vita, e *Dei delitti e delle pene*, opera della stagione più radiosa di una vita.

Filangieri non aveva neppure vent'anni quando la rivista palermitana «Notizie de' letterati» diede conto di un suo lavoro inedito, intitolato *Della morale de' legislatori*. A recensirlo fu Isidoro Bianchi, firma ben nota nei circoli culturali dell'Illuminismo italiano¹³. Il testo manoscritto di Filangieri non è giunto sino a noi, ma dal riassunto che ne fece il recensore risulta evidente la corrispondenza del suo impianto tematico con quello della futura *Scienza della legislazione*. Quindici anni dopo, nei mesi precedenti alla morte precoce, Filangieri continuava a sviluppare il suo progetto giovanile:

Passato a dimorar nella Cava – racconta il suo amico Donato Tommasi – la mancanza di una più frequente società di amici che in qualche ora del giorno il distraessero, fece sì che maggiormente s'immergesse ne' letterarj travagli. Quasi ogni dì dodici ore egli dava alla più profonda applicazione, e spesso queste formavano una continua sequela. Costante nel sistema di concedere al sonno brevissimo tempo, era egli sempre l'inverno nel suo gabinetto di studio molte ore prima che il sole si levasse. Queste gravi ed incessanti fatiche, congiunte all'umido e freddo cielo di Cava, [...] gli scossero grandemente la salute¹⁴.

La lunga, laboriosa, solitaria, estenuante gestazione della *Scienza della legislazione* è quanto di più lontano si possa immaginare dalla genesi primaverile del «miracoloso libretto»¹⁵ di Beccaria, la cui crepitante ispirazione (etica ed estetica) fu alimentata dal calore dell'amicizia e dalle scintille del dialogo¹⁶. Alle radici della distanza, ovviamente, c'è la diversa ambizione dei due capolavori: *Dei delitti* vuole

¹³ «Bravo il signor don Gaetano Filangieri, che in così fresca età ha saputo bere ne' migliori fonti de' più bei Geni di questo secolo, li Puffendorf, li Montesquieu, li S. Réal, li Beccaria, ed ha dalle loro opere coll'accortezza dell'ape ingegnosa succhiate le più profittevoli cognizioni, trascurando o ribattendo quelle che attraversano o non conducono al nobile soggetto della sua dissertazione. Noi ci compromettiamo che, animato dall'esempio de' suoi, saprà continuare in così nobili e utili studi e, maturando negli anni, ci darà più maturi frutti de' singolari suoi talenti» (così lo lodava e lo incoraggiava I. BIANCHI, *Della morale de' legislatori*, in *Notizie de' letterati*, 19, Palermo 12 maggio 1772, pp. 294-98, pubblicato in F. VENTURI, *Il giovane Filangieri in Sicilia*, in *Archivio Storico per la Sicilia Orientale*, 1968, LXIV, 1, pp. 29-30).

¹⁴ D. TOMMASI, *Elogio storico del Cavalier Gaetano Filangieri*, Filippo Raimondi, 1788, p. 59.

¹⁵ Così Piero Calamandrei qualifica i *Delitti* in un discorso pronunciato alla Camera dei Deputati nella seduta del 27 ottobre 1948. Cfr. *Il Ponte*, 3, 1949, p. 229.

¹⁶ Sulla genesi dei *Delitti* (scritto tra il marzo del 1763 e il febbraio del 1764) si veda la magnifica *Introduzione* di Ph. Audegean a C. BECCARIA, *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, ed. par Ph. Audegean, ENS Éditions, 2009, pp. 9-46.

sferzare, mentre la *Scienza* vuole spiegare; *Dei delitti* vuole folgorare, la *Scienza* vuole illuminare; *Dei delitti* vuole spronare, la *Scienza* vuole guidare. Rispetto alla riflessione critica di Beccaria, maggiore è la preoccupazione, in Filangieri, di elaborare e configurare i possibili profili di un'alternativa valida alla società d'antico regime. Tale proposito trova espressione in un progetto dettagliato di riforma generale della società e delle istituzioni, fondato sul costituzionalismo repubblicano¹⁷. Così, la differente intenzione dei due autori si riflette nella differente dimensione delle loro opere: smilzo e affilato, il *pamphlet* di Beccaria; maestoso e squadrato l'edificio di sapienza legislativa costruito da Filangieri.

La costruzione, purtroppo, non giunse a termine; tuttavia, poiché l'architetto ne illustrò il progetto al momento dell'apertura del cantiere, abbiamo un'immagine complessiva dell'edificio. Con lineare nitore, essa è disegnata nel *Piano ragionato dell'opera*, che suntegge i contenuti dei sette libri previsti. Fissato il fine delle leggi nella «conservazione» e nella «tranquillità» dei soggetti (ossia nella tutela della vita, della libertà e della proprietà), nel primo libro Filangieri esamina le regole generali della scienza legislativa, sviluppando la teoria della bontà relativa delle leggi, preliminarmente distinta dalla nozione di bontà assoluta. Il secondo libro propone una politica del diritto dell'economia finalizzata all'obiettivo di accrescere la popolazione e la ricchezza degli Stati europei, attraverso una serie di riforme attinenti alla distribuzione della proprietà, al sistema fiscale, al sistema militare, all'agricoltura, al commercio e alle attività manifatturiere. Il terzo libro è diviso in due parti: la prima concerne la procedura penale, la seconda i delitti e le pene. Entrambe sono connotate da un'accentuazione del carattere prescrittivo del discorso, che in alcuni passaggi prende la forma di un vero e proprio articolato legale. Il quarto libro è diviso in tre parti: la prima si intitola *Delle leggi che riguardano l'educazione*, la seconda *Delle leggi che riguardano i costumi*, la terza *Delle leggi che riguardano l'istruzione pubblica*. Lo scopo generale di queste diverse specie di leggi è quello di formare cittadini virtuosi: capaci (e volenterosi) di contribuire al bene comune. Il quinto libro, interrotto al capitolo ottavo, avrebbe dovuto esaminare i principi

¹⁷ Su tali aspetti si rinvia in particolare a: M. BATTAGLINI, *La tutela della Costituzione in Filangieri e Verri* e R. RAIMONDI, *Gaetano Filangieri, la Costituzione degli Stati Uniti e le Costituzioni europee*, in L. D'ALESSANDRO (a cura di), *Gaetano Filangieri e l'illuminismo europeo*, Guida, 1991, pp. 201-212 e 507-517; V. FERRONE, *La società giusta ed equa*, cit.; A. TRAMPUS, *Storia del costituzionalismo italiano nell'età dei Lumi*, Laterza, 2009; F. BERTI, «Repubblica» e «democrazia» nella *Scienza della legislazione* di Gaetano Filangieri, in A. TRAMPUS (a cura di), *Il linguaggio del tardo illuminismo. Politica, diritto e società civile*, Edizioni di Storia e Letteratura, 2011, pp. 139-159; D. IPPOLITO, *Le dimensioni della democrazia: un itinerario meridionale tra illuminismo e repubblicanesimo*, in *Ibid.*, pp. 191-209; F. DI DONATO, *La rivoluzione costituzionale di Gaetano Filangieri*, in G. D'AGOSTINO, M. DI NAPOLI, S. GUERRIERI, F. SODDU (a cura di), *Il tempo e le istituzioni. Scritti in onore di Maria Sofia Corciulo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 177-192.

Delle leggi che riguardano la religione. Nella convinzione che essa fosse necessaria alla convivenza, Filangieri si proponeva di indicare al legislatore i mezzi per contrastare la superstizione e la miscredenza. Il sesto e il settimo libro, restati *in mente philosophi*, avrebbero dovuto trattare i temi civilistici della proprietà e della famiglia.

Impressionante è il piano e notevolissimo è l'esito della sua – pur parziale – esecuzione. Filangieri pensava in grande (forse per questo affascino Napoleone)¹⁸. Lavorava alla *Scienza della legislazione* e contemporaneamente progettava nuove imprese intellettuali: una *Scienza delle Scienze* e una *Istoria civile, universale e perenne*. Opere senza precedenti, per gli obiettivi a cui miravano¹⁹. Opere titaniche, come lasciano indovinare i titoli. Ma le difficoltà non inibivano la volontà di conoscenza di Filangieri. Sapeva come muoversi sulle spalle dei giganti. E non soffriva di vertigini.

Antichi e moderni, giuristi e filosofi, storici ed economisti: la trama del suo discorso, nella *Scienza*, è tessuta nel dialogo con i classici. In particolare, con chi all'altezza del classico era stato elevato dai contemporanei: i *maîtres à penser* dell'Illuminismo. Non solo Beccaria; non solo Montesquieu: sullo scrittoio di Filangieri sono squadernati i volumi di Raynal, di Rousseau, di Helvétius, di Hume, di Genovesi, dei fisiocratici, degli enciclopedisti... La *Scienza della legislazione* è il precipitato della filosofia politica dell'Illuminismo europeo²⁰: «per la sua organicità, per la passione civile del suo messaggio, per la potenza intellettuale del suo autore» – ha rimarcato Vincenzo Ferrone – «si impone all'attenzione del lettore» quale «sintesi ormai matura [...] del grande dibattito intellettuale dei lumi»²¹.

Non tragga in inganno la parola «sintesi»: non si vuole degradare Filangieri dal rango di pensatore a quello di compilatore. La dimensione sintetica dell'opera sta nel suo avvolgente spettro tematico, capace di contenere «decenni di riflessioni nel campo del diritto, della politica, dell'economia, dell'educazione e della religione»²². Ma tale capienza non è l'effetto di un'abilità rapsodica, bensì il frutto dell'autonomia intellettuale dell'autore. Filangieri segue un proprio percorso, lungo il quale si alternano i compagni di strada. Di tappa in tappa sceglie le sue guide, ma nel prestare ascolto alle loro voci non smette mai di contemplare le cose con i

¹⁸ Cfr. F. VENTURI, *Gaetano Filangieri. Nota introduttiva*, in *La letteratura italiana. Storia e testi*, vol. 46, *Illuministi italiani*, t. 5, *Riformatori napoletani*, a cura di F. VENTURI, Ricciardi, 1962, pp. 603-659.

¹⁹ Cfr. D. TOMMASI, *Elogio*, cit., pp. 171-172, dove compare un frammento dell'introduzione alla *Scienza delle Scienze*; e *SL* [5], libro IV, parte I, cap. 25, p. 176, per un accenno al progetto dell'*Istoria*.

²⁰ F. BERTI, *La ragione prudente*, cit., p. 174.

²¹ V. FERRONE, *I profeti dell'illuminismo. Le metamorfosi della ragione nel tardo Settecento italiano*, Laterza, 1989, p. 345.

²² *Ibid.*, p. 340.

propri occhi. Studia i problemi e medita le soluzioni. Accoglie indicazioni e giunge a conclusioni. Condivide giudizi ed elabora argomentazioni. Indubbiamente la *Scienza* è attraversata da numerosi «campi di tensione»²³. Ma – come ha puntualmente rilevato Pietro Costa – a generarli sono le polarità entro cui procede il pensiero dell'autore, non la malaccorta giustapposizione di pensieri altrui. La consueta qualificazione di Filangieri come filosofo eclettico potrebbe anche essere accolta: a patto, però, di evitare l'anacronismo del giudizio censorio e di comprendere che l'eclettismo è l'abito intellettuale degli illuministi:

L'éclectique – è Diderot a ripeterlo – est un philosophe qui foulant aux pieds le préjugé, la tradition, l'ancienneté, le consentement universel, l'autorité, en un mot tout ce qui subjugue la foule des esprits, ose penser de lui-même, remonter aux principes généraux les plus clairs, les examiner, les discuter, n'admettre rien que sur le témoignage de son expérience et de sa raison; et de toutes les philosophies, qu'il a analysées sans égard et sans partialité, s'en faire une particulière et domestique qui lui appartienne²⁴.

Il ritratto di Filangieri ben si presterebbe come illustrazione di questa voce dell'*Encyclopédie*. Nell'atteggiamento critico e costruttivo descritto da Diderot, riconosciamo la matrice culturale della *Scienza della legislazione*. Attraverso un'inflessa disciplina di studio e riflessione, Filangieri giunse a formarsi un proprio punto di vista su tutte le questioni tematizzate nell'opera. Non sempre tale punto di vista spicca per originalità. Ma dove originale fu, l'opera sale verso le vette dell'Illuminismo. È il caso del terzo libro, *Delle leggi criminali*, in cui Filangieri si ricollega al paradigma Beccaria, sviluppandolo, arricchendolo e rafforzandolo.

3. La questione penale

«In nessun periodo come nella seconda metà del secolo XVIII – ha scritto Giovanni Tarello – è stato intensamente dibattuto il problema penale»²⁵. Il diffuso consenso su cui, nei secoli precedenti, riposava la repressione dei comportamenti non conformisti e delle azioni qualificate come criminali per ragioni morali o religiose, inizia a cedere sotto l'impeto della critica filosofica.

²³ P. COSTA, *La «Scienza della legislazione»: impressioni di lettura*, in *Iride*, 47, 2006, p. 182.

²⁴ D. DIDEROT, *Éclectisme*, in *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Briasson-David-Le Bresson-Durand, 1755, t. V, p. 270.

²⁵ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna* (1976), il Mulino, 1997, p. 383.

Rifiutato l'ordine stabilito, ineguale e autoritario delle gerarchie di *status*, elevato l'individuo a razionale artefice del mondo politico, fissata nella salvaguardia dei suoi diritti la base di legittimità dello Stato, il pensiero dei Lumi mette a fuoco il problema della legislazione penale come dimensione cruciale dell'ordine civile. La qualificazione dei reati, la definizione delle pene, l'organizzazione dei giudizi risaltano nel disegno teorico di un paradigma di governo caratterizzato dalla subordinazione della potestà pubblica alla legge, in funzione della tutela dei soggetti. Ripensata la politica a partire dal primato dei diritti, il potere di punire si profila in tutta la sua tragicità. A quali condizioni è giustificabile? Perché, quando e come deve essere esercitato? La consapevolezza della sua necessità non toglie nulla alla sua terribilità. Indispensabile alla protezione della vita, dell'integrità e della libertà delle persone, esso ne costituisce, al contempo, una temibile minaccia.

È in questo contesto filosofico che Filangieri concepisce ed elabora il terzo libro della sua *Scienza*²⁶, nel cui orizzonte (nitidamente liberale) spicca l'esigenza di tutela dei diritti individuali di fronte agli abusi e alle prevaricazioni del potere. Non è certo un caso se Benjamin Constant, severissimo e puntigliosissimo nell'evidenziare gli aspetti aporetici dell'opera di Filangieri, manifesta ripetutamente il suo consenso rispetto alle tesi espresse in questo libro²⁷.

Sul piano formale, esso costituisce un trattato nel trattato: un libro ampio, analitico e sistematico, carico di aspirazioni nomotetiche. Diversamente dai primi due, infatti, fu scritto nella consapevolezza che a leggerlo sarebbero stati in molti e che, tra questi molti, c'era chi lo attendeva per servirsene a fini pratici: «Il celebre *Franklin* [...] – si legge in una recensione firmata da Angelo Maria Bandini per le *Novelle letterarie* – à fatto intendere all'Autore, che egli desidera di osservar le sue

²⁶ Sulla dottrina penalistica di Filangieri si rinvia a M. BOSCARRELLI, *Riflessioni sul pensiero penalistico di Gaetano Filangieri*, e M.A. CATTANEO, *Alcuni problemi nella dottrina della pena di Gaetano Filangieri*, in L. D'ALESSANDRO (a cura di), *Gaetano Filangieri e l'illuminismo europeo*, cit., pp. 247-253 e 261-288; K. SEELMANN, *Gaetano Filangieri e la proporzionalità fra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell'illuminismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, 1, pp. 3-25; S. DI NOTO MARRELLA, *La procedura criminale nel pensiero di Gaetano Filangieri*, P. LAPI, *La legislazione criminale sostanziale nel pensiero di Gaetano Filangieri*, A. ALIANI, *La prevenzione dei delitti*, in G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione. Dal Libro III «Delle leggi criminali. Parte I Della Procedura». Lettura per il Corso di Egesi delle fonti del diritto italiano*, Casanova, 2003, pp. 7-27, 49-84, 85-104; F. BERTI, *Il garantismo penale di Gaetano Filangieri*, in *Archivio storico del Sannio*, 2, 2006, pp. 147-201; F. BERTI, *Diritto penale e diritti dell'uomo: il garantismo di Gaetano Filangieri*, in D. IPPOLITO (a cura di), *La libertà attraverso il diritto*, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 115-147; e D. IPPOLITO, *Pensamiento jurídico ilustrado y proceso penal: la teoría de las pruebas judiciales en Gaetano Filangieri y Mario Pagano*, in *Jueces para la democracia*, 61, 2008, pp. 61-76.

²⁷ Cfr. B. CONSTANT, *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri*, Dufart, 1824, deuxième partie, pp. 168, 196, 207.

idee nella Legislazione Criminale, prima di metter mano al Codice Criminale della Pensilvania»²⁸.

Maturata – soprattutto nel confronto con Locke – una visione giusnaturalistica dei diritti e dello Stato, Filangieri scopre, con Montesquieu e Beccaria, la dimensione politica e la centralità costituzionale del diritto penale. Alla sua configurazione e ai suoi contenuti è legata la posizione dell'individuo di fronte all'autorità. Dalla latitudine dei divieti, dalle modalità punitive, dalla struttura del processo dipendono la sicurezza e la libertà. Per assicurare questi fini del consorzio civile, Filangieri ritiene necessaria la codificazione delle norme proibitive, sanzionatorie e procedurali: norme che devono essere pensate in relazione all'esigenza di salvaguardare l'individuo tanto dalle azioni offensive dei privati quanto dalle prevaricazioni dei poteri pubblici.

Alla critica di un ordinamento penale, ancora confessionale nelle proibizioni, strutturalmente arbitrario nelle decisioni e spesso feroce nelle punizioni, Filangieri accompagna il progetto di un sistema garantista improntato alla logica della limitazione del potere punitivo dello Stato. Un paradigma nel quale il campo dei divieti legittimi è circoscritto dai principi di materialità, offensività e colpevolezza, che, configurando i delitti come azioni esteriori, lesive degli altrui diritti e imputabili alla responsabilità di un individuo, allarga la sfera soggettiva delle immunità e delle facoltà giuridicamente protette. Sul fronte sanzionatorio, i criteri di legittimità delle scelte legislative sono identificati nei principi di necessità, proporzionalità e umanità, che interdicono la comminazione di castighi crudeli e impongono la modulazione della severità delle pene lungo la scala di gravità dei delitti.

All'obiettivo politico del «contenimento della prassi punitiva»²⁹ sono funzionali non soltanto le garanzie sostanziali che circoscrivono il terreno del diritto penale, ma anche gli strumenti di prevenzione non penale dei delitti: priorità verso la quale tutta la legislazione statale deve convergere. Solamente costruendo una società in cui la libertà individuale sia accompagnata dalla partecipazione politica e l'equa ripartizione della proprietà dall'istruzione pubblica, la violenza criminale potrà essere efficacemente e significativamente ridotta.

L'eredità di Beccaria è pienamente capitalizzata: Filangieri rivendica la depenalizzazione dei comportamenti inoffensivi – criminalizzati perché contrari alla morale corrente o alla dottrina della fede – e reclama la mitigazione delle reazioni repressive del potere, nel quadro di una rifondazione integrale dell'ordinamento basato sul principio di legalità. Laicizzazione, umanizzazione e codificazione: nel suo piano di politica del diritto, Filangieri segue le linee direttrici della riforma pe-

²⁸ *Novelle Letterarie*, 6, 8 febbraio 1782, pp. 81-82.

²⁹ K. SEELMANN, *Gaetano Filangieri e la proporzionalità*, cit., p. 21.

nale propugnata nei *Delitti*. Le segue, le approfondisce e le moltiplica, aggiungendovi il contributo originale della sua analisi teorica e delle sue proposte operative³⁰.

Il suo apporto al garantismo dei Lumi è particolarmente rilevante nell'ambito della riflessione sul processo penale, la cui fisionomia, dalla prospettiva filangieriana, appariva viziata da «un miscuglio mostruoso de' principi della romana giurisprudenza [...], della legislazione de' barbari» e di «massime contrarie alla libertà dell'uomo e distruttive de' dritti più preziosi del cittadino»³¹. Al fine di assicurare quella e questi, risultava dunque necessario impegnarsi in un lavoro organico di progettazione riformatrice, volto a ridefinire nel dettaglio – tassello dopo tassello – l'organizzazione dei giudizi penali:

Lo strepito universale contra l'irregolarità della presente procedura – scrive Filangieri – non ha ancora fatto nascere un nuovo metodo, che si dovrebbe all'antico sostituire. La filosofia si è fermata sopra alcuni de' suoi componenti, che sono i più manifestamente viziosi; ma non ha ancora distesi i suoi sguardi sopra l'intera macchina. Questo ha resi inutili i suoi sforzi. [...] Discostiamoci dunque da queste parziali invettive; esaminiamo il sistema della criminale procedura in tutta la sua estensione [...]; alla dipintura de' mali uniamo la scelta de' rimedi³².

Il rilievo d'incompletezza con cui Filangieri marca le distanze dai predecessori è probabilmente ingeneroso, ma non è privo di fondamento. Tanto Beccaria quanto Montesquieu avevano concentrato l'attenzione più sul diritto penale sostanziale che sulla procedura. Mentre le loro risposte alle domande «perché proibire?» e «come punire?» sono chiare, precise, e puntuali, le loro tesi a proposito dei problemi del giudizio penale sono meno elaborate. Benché nei *Delitti* la critica della procedura contemporanea sia netta, tanto quanto l'enunciazione di principi liberali concernenti la detenzione preventiva, i poteri del giudice e i mezzi di prova, le indicazioni di Beccaria restano lontane dal comporre il «nuovo metodo» ricercato da Filangieri. Di tutta evidenza, il richiamo al processo «informativo» [...] usato dallo stesso asiatico dispotismo nei casi tranquilli e indifferenti³³ non poteva bastare a prospettare un modello valido in vista della riforma giudiziaria.

³⁰ Ovviamente non mancano le critiche alle tesi di Beccaria: di alcune diamo conto nelle pagine che seguono. Intanto conviene segnalare al lettore italiano le acute pagine di L. PRIETO SANCHÍS, *La filosofía penal de la Ilustración*, Palestra, 2007, pp. 188-195.

³¹ *SL* [3], libro III, parte II, cap. I, p. 4.

³² *Ibid.*, pp. 5-6.

³³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Einaudi, 1994, XVII, p. 46.

Il sistema di garanzie elaborato da Filangieri ha quali fonti di ispirazione i due principali paradigmi storici del processo accusatorio: quello della Roma repubblicana e quello dell'Inghilterra contemporanea. Nel solco di Thomasius, egli sfrutta tutta la potenzialità polemica della grande dicotomia *inquisitio/accusatio*, squalificando ogni componente del metodo inquisitorio come incompatibile con la libertà e valorizzando gli elementi costitutivi del modello accusatorio come strumenti di tutela dell'innocenza e garanzia di verità.

4. *La riforma processuale*

Nel panorama illuminista, la posizione riformatrice di Filangieri si caratterizza per la volontà di rifondare il processo penale sull'accusa privata. Gran parte del movimento illuminista, ostile al rito inquisitorio e alla magistratura professionale, espresse, con varianti più o meno significative, una netta propensione verso una riforma accusatoria del procedimento penale orientata al modello di *common law* del *trial by jury* inglese³⁴. Non sono da trascurare, tuttavia, le differenze riscontrabili all'interno di questo orientamento generale. Sotto questo profilo, il dibattito illuminista intorno alla riforma della procedura penale fu condizionato dalle concezioni relativistiche di Montesquieu, secondo cui il processo accusatorio fondato sull'accusa privata e sul giudizio popolare, tipico delle repubbliche antiche e del regime costituzionale inglese, era conveniente solo agli Stati che hanno come fine la libertà politica dei cittadini, mentre risultava inadatto alle monarchie contemporanee³⁵.

Perché – viene da chiedersi – Filangieri elaborò un modello integralmente accusatorio, fondato sull'accusa privata? Non era forse consapevole della sua difficile realizzazione negli ordinamenti giuridici continentali del suo tempo? Una risposta plausibile consiste nel ritenere che la netta propensione a favore del processo accusatorio “puro” sia stata dettata dal carattere di forte esemplarità garantista e insieme repubblicana che tale modello rivestiva. Nella *Scienza*, infatti, convergono, fondendosi, istanze prettamente liberali, volte a tutelare la libertà individuale dal potere, con idealità di tipo democratico-repubblicano, intese a promuovere la par-

³⁴ Il modello processuale inglese fu oggetto di diffusa ammirazione da parte degli illuministi, che ne misero in rilievo gli elementi garantistici – utilizzo repubblicano della giuria, distinzione tra accusa e giudizio, oralità e pubblicità della procedura – in funzione polemica contro i vizi del processo inquisitorio. Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *I “philosophes” e la giuria penale*, in *Nuova rivista storica*, LXX, 1986, pp. 107-46.

³⁵ E. DEZZA, *Note su accusa e inquisizione nella dottrina settecentesca*, in L. Berlinguer, F. Colao (a cura di), *Illuminismo e dottrine penali*, Giuffrè, 1990, pp. 185-239

tecipazione attiva dei cittadini ai processi decisionali. Ricorrendo alla nota distinzione di Berlin, potremmo dire che la *libertà negativa* si combina con quella *positiva*³⁶.

Per Filangieri, il contratto sociale determina il trasferimento del diritto di punire dagli uomini al potere sovrano. Ora, la scelta del modello accusatorio di tipo repubblicano pare una chiara indicazione verso l'idea che la sovranità risieda in quel corpo politico a cui il contratto sociale medesimo dà origine: il popolo. Non è forse il terzo libro quello nel quale Filangieri, per negare valore giuridico all'alienazione, da parte del monarca, di una quota del potere sovrano ai baroni – e precisamente, la parte relativa all'esercizio della giurisdizione criminale –, afferma esplicitamente che il monarca è solo «un amministratore fiduciario della sovranità», la quale risiede, inalienabilmente, nel popolo?³⁷

In secondo luogo, pare lecito osservare che l'appassionata apologia del modello accusatorio vigente nella Roma repubblicana, l'inequivocabile condanna del diritto penale e, più in generale, delle istituzioni politiche romane dell'età imperiale, erano un modo per denunciare i rischi di una degenerazione dispotica delle monarchie d'antico regime e per ipotizzare l'esaurimento del ruolo storico e politico delle monarchie assolute nel processo di modernizzazione della società.

In terzo luogo, avvalorare il sistema accusatorio, sapientemente rielaborato alla luce della dottrina giusnaturalista dei diritti dell'uomo, serviva non solo a delineare un'ideale regolativo, ma anche a indicare la concreta possibilità storica di un ordine politico e giuridico repubblicano, ancorato ai principi del costituzionalismo moderno, secondo il modello proposto, al di là dell'Atlantico, dalle colonie americane insorte contro la madrepatria inglese.

Proprio l'Inghilterra, del resto, è presentata – insieme alla Roma repubblicana – quale esempio di protezione della libertà civile nell'ambito del processo penale. La *Constitution de l'Angleterre* di Jean Louis De Lolme e i *Commentaries on the laws of England* di William Blackstone, che contribuirono in misura determinante ad accreditare il modello inglese del *trial by jury* nella cultura illuminista³⁸, sono le autorevoli fonti cui Filangieri attinge per porre in rilievo le qualità (senza peraltro nascondere i difetti) della procedura penale britannica.

Il rigetto del sistema inquisitorio è nettissimo. Le sue origini vengono fatte risalire all'età imperiale romana. Successivamente, con la caduta dell'impero, il metodo accusatorio fu reintrodotta dai “codici delle nazioni barbare”, per essere poi

³⁶ Cfr. I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, Feltrinelli, 1989.

³⁷ *SL* [3], libro III, parte I, cap. 13, pp. 180-81.

³⁸ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *I “philosophes” e la giuria penale*, cit., pp. 122-26.

nuovamente soppiantato dalla procedura inquisitoria per opera della Chiesa e dello Stato.

Confusione e connubio tra magistratura giudicante e magistratura inquirente; segretezza del procedimento penale; mancanza di un effettivo diritto di difesa da parte dell'accusato; possibilità, da parte della pubblica accusa, di detenere in arresto l'indiziato senza informarlo sul capo d'imputazione; potere di arrestare un cittadino sulla base di fragili indizi; impossibilità, da parte dell'accusato, risultato poi innocente alla fine del procedimento penale, di rivalersi sul pubblico accusatore; massima libertà e sostegno alle accuse segrete da parte di privati cittadini contro altri cittadini: tutte queste violazioni dei più elementari diritti dell'individuo vengono da Filangieri addebitate alla procedura inquisitoria.

Particolarmente efficace risulta la denuncia filangieriana dell'istituto della carcerazione preventiva, che nella procedura inquisitoria d'antico regime veniva usata come primo passo del procedimento penale. Essa muoveva o da un rapporto degli incaricati del governo, o dalle accuse della parte lesa, oppure da denunce segrete. Ciò poteva determinare l'immediato arresto del sospettato, che veniva rinchiuso in carcere in attesa di essere interrogato (spesso dopo settimane o addirittura mesi), senza che gli si rendessero noti l'accusa e gli accusatori.

La procedura inquisitoria rende di fatto inoperosa la separazione del potere legislativo-esecutivo dal potere giudiziario: Filangieri utilizza i principi di Montesquieu, universalizzandoli, per contrastare la difesa "relativista", operata dallo stesso Montesquieu, della procedura penale fondata sulla pubblica accusa.

Come è possibile, si chiede Filangieri, che la libertà di accusare possa essere giusta in una repubblica e ingiusta in una monarchia? Se, come ha asserito Montesquieu, la delazione è intrinsecamente associata alla libertà di accusare, «né in una repubblica, né in una monarchia la legge potrebbe dare al cittadino questo barbaro diritto». Non avveniva infatti così presso gli antichi romani: a Roma la libertà di accusare era associata alla difficoltà di calunniare; pene severe erano previste per i cittadini che si macchiavano di questo crimine. Di più: ammettendo che in una monarchia la libertà di accusare si tramuta necessariamente in uno strumento di oppressione, incoraggiando chiunque voglia ingraziarsi il sovrano ad accusare i suoi nemici, che dire del «vendicatore pubblico», del pubblico ministero? «Questo è un magistrato creato dal principe, pagato dal principe, che deve al principe ciò che ha, e che può esserne dal principe privato»³⁹.

Questo sistema appare tanto più ingiusto, osserva Filangieri riprendendo un argomento caro alla critica illuminista, qualora si consideri il fatto che, «nel tempo istesso che si è abolita la libertà di accusare, si è permessa la libertà di denunciare».

³⁹ *SL* [3], libro III, parte I, cap. 3, p. 34.

Alla puntuale descrizione dei vizi, segue l'elenco dei rimedi: così, nel nuovo sistema di procedura penale, dovrà essere ripristinata l'accusa privata, unita alle leggi che proibiscono e sanzionano la calunnia; dovrà essere sancita la distinzione tra delitti pubblici, «ne' quali ogni cittadino potrebbe divenire accusatore» e delitti privati, «nei quali la sola parte offesa dovrebbe avere questo diritto»; l'accusatore dovrà promettere di portare innanzi l'accusa sino al termine del processo; le accuse dovranno essere chiare e circostanziate, in modo tale da salvaguardare i diritti dei cittadini; il reato cadrà in prescrizione dopo tre anni; tutto il procedimento penale dovrà essere pubblico.

Se la procedura ordinaria dovrà essere quella accusatoria, Filangieri ritiene, tuttavia, che vi siano alcuni specifici casi in cui l'accusa dovrebbe essere sostenuta dalla parte pubblica: il metodo inquisitorio dovrebbe subentrare «quando il delitto è dunque sicuro e l'autore del delitto ignoto; quando esiste un delitto, ma manca l'accusatore; quando la parte offesa si querela, ma non accusa». Anche limitato a questi soli casi, il sistema inquisitorio dovrà comunque essere riformato in senso accusatorio: il giudizio e l'accusa dovranno essere nettamente separati; dovranno essere vietate le denunce anonime; i magistrati accusatori macchiatisi di calunnia potranno essere perseguiti penalmente; la nuova magistratura dovrà essere decentrata in tutto lo Stato.

Per quanto riguarda il secondo momento della procedura criminale, la cosiddetta «intimazione all'accusato» (o citazione), Filangieri mette in luce ancora una volta la barbarie dei sistemi vigenti, ritornando sul problema della carcerazione preventiva. Il lettore è condotto in una prigione e invitato a contemplare la figura di un detenuto: a guardare «il pallore di morte che si manifesta sul suo volto, le piaghe che cuoprono il suo corpo, gl'insetti schifosi che lo rodono, quei cenci che lo cuoprono per metà». Dando voce alla disperazione del carcerato, Filangieri racconta in prima persona le violenze, le umiliazioni e le minacce subite, l'ingiustizia della procedura a cui è stato sottoposto⁴⁰. L'artificio retorico gli permette di far risaltare con maggiore efficacia l'ingiustizia della carcerazione preventiva e la disumanità delle condizioni detentive.

Ai vizi dei sistemi vigenti egli contrappone le virtù di processo romano-repubblicano che, opportunamente rivisitato e corretto, potrà dare luogo a un metodo molto più giusto e rispettoso dei diritti dei cittadini:

⁴⁰ Da rilevare che un espediente letterario simile viene utilizzato da Beccaria nel capitolo sulla pena di morte, allorché il milanese dà voce dapprima a un «ladro» o un «assassino», e poi agli «uomini», per mettere in luce le ingiustizie del sistema politico e giuridico vigente: cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., XXVIII, pp. 66 e 68.

Citare un uomo che è accusato di un delitto; condurlo innanzi al magistrato competente; mostrargli il suo accusatore; palesargli l'accusa; interrogarlo senza mistero sulle verità di ciò che si è asserito contro di lui; non mostrare alcuna prevenzione in favor d'alcuna delle parti; concedere un ugual numero di giorni al reo per giustificarsi ed all'accusatore per sostenere la verità della sua accusa; abolire tutti quegli atti *estragiudiziali* [...] che rendono così abbominevole, così indegno, così ingiusto il presente sistema [...]; abolire que' giuramenti inutili che si esigono dall'accusato [...]; non ricorrere nella *citazione* alla cattura, che in que' soli casi, nei quali o si può sospettare della fuga dell'accusato, o si ha ragione di punire il suo disprezzo per la legittima autorità; lasciar libera la sua persona sulla parola di un fideiussore, sempre che la natura del delitto e la gravezza della pena [...] non ricerchi una sicurezza maggiore; procurare che anche in questi casi la custodia dell'accusato non sia indegna di un innocente; impiegare una porzione delle pubbliche rendite alla costruzione delle carceri, dove i depositi della giustizia pubblica dovrebbero risvegliare l'idea piacevole della moderazione e del rispetto [...]; trattare, in una parola, l'accusato da cittadino finché il suo delitto non venga interamente provato⁴¹.

Il criterio garantista che dovrebbe informare le prime parti della nuova procedura, fondata sul principio di legalità, sulla pubblicità del procedimento penale, sul contraddittorio, sulla drastica limitazione dell'istituto della carcerazione preventiva, sulla presunzione d'innocenza, dovrebbe vigere anche nelle altre. Così, per ciò che concerne le prove, Filangieri ritiene che la procedura penale non possa, in questo caso, ispirarsi alla giurisprudenza romana, perché in essa si trova «una ondolazione continua tra la misericordia e la ferocia, tra una eccessiva dilicatezza nel valutare il valor delle pruove ed un tirannico ed ingiusto metodo nel ricercarle».

L'obiettivo polemico principale della parte della procedura che riguarda la ricerca delle prove e la loro valutazione è l'uso della tortura: Filangieri riprende e approfondisce, in due capitoli tra i più efficaci di tutta l'opera, riflessioni già svolte da molti illuministi, per dimostrare l'ingiustizia, sotto il profilo morale, e l'illiceità, sotto quello giuridico, del metodo della tortura come strumento per la ricerca della verità.

Gettando uno sguardo a volo d'uccello sulla storia giuridica europea, egli focalizza il momento in cui la tortura fu introdotta e il momento in cui trovò generale diffusione in corrispondenza di due fasi politiche caratterizzate dal trionfo di un potere oppressivo: quello imperiale prima, quello papale poi. Soffocata a Ro-

⁴¹ *SL* [3], libro III, parte I, cap. 7, pp. 64-65.

ma la libertà repubblicana, scrive Filangieri con accenti tacitiani, «il dispotismo de' primi Cesari avea bisogno di questo rimedio, tanto distruttivo della civile sicurezza, quanto favorevole alla loro usurpata autorità». Dieci secoli dopo — prosegue, esibendo tutto il suo acceso anticurialismo — fu la Chiesa romana a consacrare e universalizzare l'adozione della tortura come strumento d'inchiesta probatoria:

Quando dal Vaticano si riformava la giurisprudenza dell'Europa; quando in mezzo a' fulmini delle censure il capo della Repubblica europea annunziava a' fedeli insieme coi dogmi della religione le nuove leggi che si dovevano alle antiche sostituire; quando l'*inquisizione* canonizzò l'uso della tortura, adottandolo insieme colle altre sue tiranniche istituzioni, allora tutte le nazioni si credettero nell'obbligo di riconoscerne i vantaggi⁴².

L'inquadramento storico abbozzato da Filangieri funge da prologo polemico alla diretta contestazione della tortura, la cui strategia retorica si serve di un «parallelo» screditante con i «giudizi di Dio de' tempi barbari», da cui emerge, al di là dell'insensatezza di entrambi come tecniche di verifica, l'adeguatezza e l'opportunità di questi in relazione al loro contesto socio-culturale, a fronte dell'assoluta e abominevole irrazionalità di quella: «sempre ingiusta, sempre pernicioso, sempre contraria agl'interessi di qualunque società, in qualunque luogo ed in qualunque tempo»⁴³.

Nella trama di questa comparazione, Filangieri riprende, ordina e sviluppa gli argomenti abolizionistici proposti da ultimo da Beccaria, valorizzando innanzitutto la tesi giusnaturalistica del «diritto del silenzio». Si tratta di un corollario del diritto all'autoconservazione, concepito nella tradizione del giusnaturalismo moderno, fin da Hobbes (citato in proposito nella *Scienza*), come diritto soggettivo incardinato nelle leggi di natura e perciò prevalente rispetto alla legislazione positiva. Filangieri sostiene che l'obbligo imposto dall'ordinamento processuale all'imputato di confessare il proprio crimine è contrario al diritto di natura, che prescrive «la conservazione della propria esistenza»: perciò è nullo. Ma se «il reo non ha il dovere di confessare il proprio delitto [...], il magistrato non può avere il diritto di esiger da lui questa confessione»⁴⁴: perciò la tortura, che è il mezzo attraverso cui quella pretesa illegittima si fa valere, è un attentato alla legge di natura.

Il secondo argomento richiamato da Filangieri rileva l'inefficacia della tortura come esperimento probatorio. Il motivo, risalente alle *Institutiones Oratoriae* di

⁴² *SL* [3], libro III, parte I, cap. 10, pp. 87-88.

⁴³ *SL* [3], libro III, parte I, cap. 11, p. 106.

⁴⁴ *SL* [3], libro III, parte I, cap. 11, p. 107.

Quintiliano, è centrale in *Dei delitti* di Beccaria, il quale osserva che istituire un rapporto genetico tra il «dolore» e la «verità» significa immaginare che «il criterio di essa risieda nei muscoli e nelle fibre», con la conseguenza sicura di «assolvere i robusti scellerati e di condannare i deboli innocenti»⁴⁵. Filangieri segue la scia, ribadendo che «la tortura è la pruova della robustezza del corpo e non della verità; che l'innocente, ma debole, vien condotto alla morte da questo assurdo criterio; che il delinquente, ma robusto, resta sicuramente impunito sotto gli auspici di una pratica così fallace»⁴⁶.

I binari lungo cui procede la polemica filangieriana sono quelli della giustizia e dell'utilità, tracciati dai due argomenti appena considerati⁴⁷. Rispetto all'utilità, l'illuminista napoletano rimarca ancora gli effetti dannosi della tortura, che offendendo irrimediabilmente i corpi degli individui incide di riflesso sul corpo sociale: «lo slogamento delle ossa, lo sfibramento de' muscoli, l'atroce stiratura dei nervi sono mali, che non si riparano mai interamente»: la «patria perde un cittadino utile, e la sua famiglia è privata dell'istrumento unico della sua sussistenza»⁴⁸. Sul piano dei criteri di giustizia si susseguono diverse considerazioni, tra le quali la più importante è la denuncia della tortura come lesione dei principi di retributività e di giurisdizionalità penale. Dato il suo carattere violentemente affittivo, la tortura è di fatto «una pena tormentosa ed infamante, che si dà ad un uomo nel mentre che ancora si dubita se sia reo»: è la punizione (illegittima) di un (presunto) innocente. L'argomento appare già in Thomasius e in Beccaria, che gli dà evidenza collocandolo al principio della sua vibrante requisitoria.

Nel processo inquisitorio l'istituto della tortura era strettamente legato alla posizione suprema che nel «tariffario legale» dei dati probatori era assegnata alla confessione. La lotta per l'abolizione della tortura, perciò, passava anche per il ridimensionamento del valore concludente della confessione. E il ridimensionamento di quel valore equivaleva alla negazione sostanziale della validità del sistema delle prove legali. È questa la direzione in cui procede Filangieri nel determinare i principi sui quali deve essere fondato il giudizio: da un lato, la «certezza morale», definita come «*lo stato dell'animo sicuro della verità di una proposizione, che riguarda l'esistenza di un fatto che non è passato sotto i nostri occhi*»; dall'altro, il «criterio legale», di cui egli specifica puntualmente i «canoni di giudicatura» atti a determinarlo⁴⁹.

⁴⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., XVI, p. 38.

⁴⁶ SL [3], libro III, parte I, cap. 11, p. 111.

⁴⁷ D. IPPOLITO, *Naples: Torture judiciaire et procès pénal dans la culture juridique des Lumières*, in *La torture, de quels droits? Un pratique de pouvoir (XVI^e-XXI^e siècle)*, sous la dir. de N. Campagna, L. Delia et B. Garnot, Imago, 2014, pp. 70-82.

⁴⁸ SL [3], libro III, parte I, cap. 11, p. 113.

⁴⁹ SL [3], libro III, parte I, cap. 15, p. 126.

Il quarto momento della procedura penale è costituito dalla «ripartizione delle giudiziarie funzioni». È questo il punto in cui Filangieri, attingendo alle opere di Blackstone e Delolme, traccia un elogio del sistema processuale inglese, nel quale sull'«esempio di Roma libera e di Roma schiava», si è «conosciuto il vantaggio che vi era nel suddividere, e combinare le diverse parti delle giudiziarie funzioni in maniera che l'una fosse di freno all'altra»⁵⁰. In Inghilterra i magistrati pubblici si limitano ad istruire il processo, a nominare la giuria e a presiedere il procedimento penale. I diritti dell'accusato sono tutelati dalla legge: anzitutto, senza il preventivo voto uniforme del «*grand jury*» – una giuria composta di un numero variabile di giurati nominati dal giudice della contea («*Sheriff*») – sulla fondatezza probatoria dell'accusa, il procedimento non può neppure essere istruito; inoltre, l'imputato ha facoltà di ricusare i giurati che compongono il «*petit jury*», la seconda giuria, composta dai «*pari del reo*», che, una volta terminato il dibattimento, nel quale l'accusa e la difesa possono fronteggiarsi ad armi pari, deve giudicare sulla verità o sulla falsità dell'accusa.

Subito dopo aver decantato le virtù del processo inglese, Filangieri si preoccupa, per rendere più stridente il contrasto, di descrivere i vizi dell'amministrazione giudiziaria nel suo paese. Sono queste tra le pagine più note della *Scienza*, nelle quali il filosofo napoletano si scaglia contro la «satrapia *abbominevole*» del feudalesimo e le sue prerogative giuridiche⁵¹.

Il nuovo sistema delle «giudiziarie funzioni» nasce dalla «combinazione del sistema giudiziario degli'inglesi, con quello de' romani liberi»: un connubio perfezionato attraverso «alcune modificazioni» che Filangieri considera «necessarie» ed accredita come l'esito di «una profonda meditazione».

Anzitutto, sotto il profilo della giustizia, lo Stato sarà diviso in varie province, in modo da decentrarne l'amministrazione, snellendo così i procedimenti. Alla difesa sarà data ampia facoltà di ricusazione sia dei giudici di diritto che dei giurati. Il processo si svolgerà secondo il rito inglese: i giudici saranno composti da una giuria popolare e da tre «giudici del diritto»: giuristi di professione, *bouches de la loi*, nominati dal principe, incaricati di istruire la giuria sui particolari tecnico-giuridici necessari alla decisione sul fatto, di riepilogare i termini del dibattimento alla presenza delle parti, e infine di applicare la legge alla decisione dei giudici del fatto.

⁵⁰ *SL* [3], libro III, parte I, cap. 16, p. 151.

⁵¹ Su queste pagine e sull'infuocato dibattito che suscitò cfr. F. VENTURI, *Gaetano Filangieri*, cit., pp. 627-28, 634-36; P. VILLANI, *Un oppositore di Gaetano Filangieri, Giuseppe Grippa professore della scuola di Salerno*, in *Rassegna storica salernitana*, XXVII, 1-4, 1966, pp. 33-38; ID., *Il dibattito sulla feudalità nel Regno di Napoli dal Genovesi al Canosa*, in *Saggi e ricerche sul Settecento*, Istituto Italiano per gli Studi Storici, 1968, pp. 263-91; A. DE MARTINO, *Tra legislatori e interpreti. Saggio di storia delle idee giuridiche in Italia meridionale*, Jovene, 1975, pp. 215-20, 231-35, 297-310.

Le sessioni processuali dovranno essere periodiche e frequenti, in modo da favorire la velocità del procedimento, tutelando gli innocenti.

Anche l'idea di istituire in ogni comunità un giudice di pace è chiaramente ispirata all'esperienza giuridica inglese: per Filangieri, il giudice di pace, eletto annualmente dai cittadini della comunità, col consenso del preside, dovrebbe occuparsi dei «leggieri delitti», cercando di «accordare le parti tra di loro, di rappacificarle, sempre che si potrebbe, e di non venire al giudizio se non quando tutt'i mezzi di riconciliazione si sarebbero adoprati».

Stabiliti poi i criteri deontologici che dovrebbero guidare il lavoro degli avvocati della difesa, incentrati sulla moderazione e sulla pacatezza, Filangieri arriva infine a definire la sesta e ultima parte della «criminale procedura»: la sentenza. Come logica conseguenza dei principi stabiliti, egli ritiene che la sentenza debba essere preceduta da quattro diversi giudizi, i primi tre emessi dai giudici del fatto, l'ultimo dai giudici del diritto. La giuria dovrà determinare, attraverso voto unanime: 1) l'esistenza o meno della prova legale; 2) la verità, incertezza o falsità dell'accusa; 3) il grado del delitto (nel caso l'accusa sia ritenuta vera). In particolare, il secondo giudizio dovrà essere la risultanza della combinazione del giudizio sulla prova legale con quello riguardante l'intima convinzione dei giurati, cosicché si potranno determinare tre diversi giudizi, ripresi dal diritto processuale romano (*absolvo; condemno; non liquet*). L'accusa dovrà essere considerata: vera, quando l'esistenza della prova legale verrà suffragata dalla certezza morale; falsa, quando mancheranno entrambi i requisiti; incerta, quando si determinerà l'assenza di uno dei due. I giudici del diritto devono limitarsi ad applicare la legge alla fattispecie del reato, fissando, nel caso di condanna, i termini della pena.

Per quanto riguarda i tipi di sentenza, la condanna dovrà dunque essere decretata solo nel caso in cui la prova legale sia suffragata dalla certezza morale di colpevolezza. Nel caso invece in cui uno di questi due requisiti venisse a mancare, l'accusato riacquisterà la libertà, ma dovrà comunque rimanere *sub iudice*, e i suoi diritti di cittadinanza verranno sospesi fino alla sentenza definitiva, che potrà essere richiesta sia dall'accusatore che dall'accusato, quando l'uno o l'altro saranno venuti in possesso di nuove prove. Nel caso in cui la giuria accertasse la mancanza di entrambi i requisiti, la sentenza dovrà assolvere pienamente l'imputato, il quale non potrà più essere processato per lo stesso reato e potrà chiedere la riparazione del danno o intentare una causa per calunnia contro il suo accusatore, qualora se ne presentassero gli estremi legali⁵².

⁵² Sotto questo profilo, pare opportuno mettere in luce l'equilibrio cercato da Filangieri tra il principio del libero convincimento vigente nel sistema anglosassone e quello fondato sul mero calcolo probatorio-legale. Da un lato, infatti, il filosofo napoletano, concordando con le preoccupazio-

Riprendendo un principio vigente nel diritto processuale inglese, Filangieri manifesta poi la sua contrarietà verso l'idea di un processo di appello promosso dall'accusato. Un secondo grado di giudizio, scrive, potrà darsi solo nel caso in cui il magistrato, accertato un palese errore della giuria sulla prova legale – l'intima convinzione è invece, per sua natura, insindacabile –, richieda al re l'istruzione di un nuovo processo.

Così riformata, la procedura criminale combinerà insieme «questi tre gran vantaggi: la maggior sicurezza per gl'innocenti, il maggiore spavento pe' malvagi e il minore arbitrio pe' giudici». Qualora la sentenza portasse alla condanna dell'accusato, la pena dovrà essere pronta, in modo tale da dissuadere i consociati dall'imitare il delinquente; pubblica, per far sì che «ogni mistero inquisitorio sparisca dalla criminale procedura»; e dovrà, in ogni caso, essere ispirata al principio utilitaristico di prevenzione generale e al principio umanistico della mitezza penale: «La più efficace per gli altri, e la meno dura che sia possibile pel delinquente»⁵³.

ni espresse dall'illuminismo giuridico, è ben consapevole che il giudizio fondato esclusivamente sulle prove legali, lungi dal produrre effetti garantisti, rafforza, al contrario, l'arbitrio giudiziario, in quanto «l'impossibilità di dimostrare il fatto colle prove legali ha dato origine all'abuso di condannare alla pena arbitraria il reo che non ha potuto esser legalmente convinto» (*SL* [3], libro III, parte I, cap. 15, p. 130 n.); senza considerare, poi, che gli istituti di prova legale (confessione, giuramento, preterminazioni del carattere e del valore di prove e indizi e loro classificazione gerarchica, prequalificazioni dei testimoni) erano i pilastri su cui si basava il processo inquisitorio d'antico regime condannato dagli illuministi in generale e da Filangieri nella fattispecie. Dall'altro, tuttavia, l'autore della *Scienza* manifesta anche una diffidenza «per ogni interpretazione intimistica e incontrollata del principio del libero convincimento», alla quale poteva dar luogo la critica illuminista della prova legale: al fine di evitare questa nuova forma di arbitrio giudiziario, fondato sull'assenza di regole di acquisizione e valutazione delle prove, si sforza di stabilire «criteri sicuri per la pronunzia del giudice e di costruire formule certe per la sentenza» (G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, 2001, p. 131). In sostanza, Filangieri se respinge un sistema di giudizio completamente abbandonato a «stati mentali a base emotiva, variabili secondo le teste ed esposti a mille influssi» (F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1993, p. 556). La posizione di Filangieri è un tentativo di superamento della aporia alla quale poteva dar luogo il pensiero dei Lumi in materia penale: «Ad un giudice arbitro pressoché assoluto nell'applicazione delle pene, ma esautorato per quanto riguarda la critica probatoria, subentrava un giudice vincolato alla lettera della legge per quanto concerne la tipologia dei reati e delle pene (magistrato); sostanzialmente libero, invece, nel convincimento sul fatto (giurato)» (M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 1994, pp. 130-31). In ogni caso, ha osservato Ferrajoli, gran parte dell'illuminismo si indirizzò «solo contro il sistema delle prove legali positive o sufficienti, mentre difese fermamente le prove legali negative o necessarie» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, p. 169).

⁵³ *SL* [3], libro III, parte I, cap. 24, p. 232. In questo capitolo, come del resto in altri, la dipendenza di alcuni brani del testo filangieriano dal capolavoro di Beccaria è palese: cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., XIX, pp. 47-49.

5. *Il diritto di punire e i suoi limiti*

Nella seconda parte del libro, dedicata al diritto sostanziale, Filangieri riprende l'impostazione giusnaturalistica e contrattualistica che aveva posto a fondamento della nascita del potere politico sin dall'inizio del primo libro, combinandola ecletticamente, in questo come in quello, con il modello organicistico-aristotelico⁵⁴.

Il diritto di punire è ritenuto da Filangieri un diritto naturale, in quanto esso si ritrova già nello stato di natura: si tratta di un diritto individuale, universale, di relazione, di ciascuno sopra tutti. La derivazione lockiana di questa interpretazione giusnaturalistica dello stato di natura e del diritto di punire è palese: Filangieri stesso, del resto, si richiama esplicitamente più volte a Locke in questa parte dell'opera. In particolare, nel cap. XXIX – dove, in polemica con Beccaria, sostiene la legittimità della pena capitale –, traduce un passo del *Secondo trattato* in cui il filosofo inglese aveva asserito che la legge di natura sarebbe inutile se nello stato di natura non ci fosse qualcuno autorizzato a farla eseguire e che, poiché nello stato di natura tutti gli uomini sono liberi ed eguali, tutti hanno l'eguale il diritto di punire⁵⁵. Sempre seguendo Locke, Filangieri completa il ragionamento affermando che l'imperfezione dello stato di natura non è dovuta alla mancanza del diritto di punire, ma alla difficoltà di esercitarlo efficacemente⁵⁶.

L'imperfezione dello stato naturale non derivava dunque dalla deficienza del diritto di punire, ma dalla deficienza de' mezzi, o sia della forza necessaria per far valere, per esercitare in tutt'i casi questo dritto [...]. Or questa imperfezione dello stato naturale è stata corretta nello stato civile. In questo stato non si è creato un nuovo diritto, ma si è reso sicuro l'esercizio dell'antico. In questo stato non è più un privato che si arma contro un altro privato per punirlo di un delitto che ha commesso, ma è la società intera; il depositario della forza pubblica è quello ch'esercita questo dritto del quale gl'individui si spogliarono per investirne tutto il corpo, o sia il sovrano, che lo rappresenta⁵⁷.

⁵⁴ Cfr. F. BERTI, *La ragione prudente*, cit., pp. 441-456; e G. PECORA, *Il pensiero politico di Gaetano Filangieri. Una analisi critica*, Rubbettino, 2007. Sulla lettura proposta da quest'ultimo, si veda D. IPPOLITO, *La «Scienza della legislazione»: osservazioni critiche su «una analisi critica»*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 39, 2010, pp. 809-826.

⁵⁵ Cfr. *SL* [4], libro III, parte II, cap. 29, pp. 23-249 e J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, a cura di L. Payreson, Utet, 1960, II, 6-7, pp. 242-43.

⁵⁶ Si tratta, come noto, di uno dei quattro difetti dello stato di natura secondo Locke. Cfr. J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., II, 126, p. 341.

⁵⁷ *SL SL* [4], libro III, parte II, cap. 29, pp. 26-27.

Filangieri sostiene dunque che lo stato civile o politico non crea un nuovo diritto, ma rende sicuro l'esercizio dell'antico. Anche per Locke «la società civile (o politica) non è una soppressione-superamento ma una conservazione-perfezionamento della società naturale»⁵⁸. Filangieri arriva a stabilire questa continuità per la stessa strada indicata dal filosofo inglese, poiché egli concepisce lo stato di natura come quello stato in cui l'uomo, in virtù della sua razionalità e socievolezza, vive, almeno inizialmente, in una condizione pacifica con gli altri uomini⁵⁹.

Ne discende che la concezione giusnaturalistica di Filangieri si pone in netta antitesi con quella dei giusnaturalisti assolutisti come Hobbes. Con il contratto sociale gli uomini trasferiscono interamente il diritto di punire alla società, allo scopo di renderlo effettivamente esercitabile e in specie allo scopo di tutelare, attraverso questo, i diritti naturali trattenuti – vita, libertà e proprietà – e i diritti di cittadinanza acquisiti col patto fondatore dello Stato. La società politica monopolizza dunque il medesimo diritto che nello stato di natura l'individuo aveva sopra tutti gli altri. L'impostazione garantista e liberale dello schema contrattualista si lega in Filangieri, ancora una volta, con la prospettiva democratico-repubblicana; e questa è intesa come il completamento di quella. Lo Stato che ha il diritto di punire è, almeno sotto questo riguardo, lo Stato dei cittadini liberi ed eguali nei diritti, che esercitano attivamente quel diritto attraverso le giurie.

Nello stato civile, le pene sono necessarie. La sanzione penale è «quella parte della legge colla quale si offre al cittadino la scelta o dell'adempimento di un sociale dovere, o della perdita di un sociale diritto». Senza la legge ne fosse sprovvista, da un lato il delinquente non avrebbe alcun freno nel reiterare il reato, dall'altro, il nocivo esempio fornito dalle sue azioni potrebbe indurre altri ad imitarlo. Sulla base di questo presupposto, Filangieri elabora l'idea che la pena non abbia una finalità retributiva di vendetta e di espiazione, bensì una funzione essenzialmente deterrente, di prevenzione speciale e ancor più di prevenzione generale⁶⁰. Da tale concezione della pena Filangieri fa discendere il rapporto di proporzionalità che deve instaurarsi tra delitto e pena, da cui ricava il principio della mitezza del diritto: la minima sofferenza per il colpevole deve essere proporzionata alla massima efficacia intimidatoria⁶¹. Scrive infatti:

Né la vendetta dell'offesa recata alla società, né l'espiazione del reato sono gli oggetti delle pene. La vendetta è una passione e le leggi ne sono esenti [...]. Le

⁵⁸ N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, 1963, p. 258.

⁵⁹ Cfr. *SL* [1], libro I, cap. 1, pp. 47-51.

⁶⁰ Si veda, a tal proposito, A. ALIANI, *La prevenzione dei delitti*, cit., pp. 88-89.

⁶¹ M.A. CATTANEO, *Alcuni aspetti nella dottrina*, cit., p. 271-79.

leggi, allorché puniscono, hanno innanzi agli occhi la società e non il delinquente, esse son mosse dall'interesse pubblico e non dall'odio privato; esse cercano un esempio per l'avvenire, e non una vendetta pel passato [...]. L'oggetto dunque delle leggi nel punire i delitti non può essere se non quello d'impedire che il delinquente rechi altri danni alla società e di distogliere gli altri dall'imitare il suo esempio coll'impressione che la pena da lui sofferta dee fare su' loro spiriti. Se questo fine si può dunque conseguire colle pene più dolci, le leggi non debbono impiegare le più severe. Quelle pene sono dunque preferibili che, serbata la proporzione che conviene col minor tormento del reo, producono il maggiore orrore pe' delitti e il maggiore spavento per coloro che sarebbero tentati a commetterli⁶².

Di tutta evidenza, questo brano è in gran parte una parafrasi del cap. XII di *Dei delitti*⁶³. Se però prestiamo attenzione a quanto Filangieri scrive subito dopo, possiamo capire la natura composita della dottrina penale di Filangieri: egli supera infatti la concezione strettamente utilitarista del diritto per affermare, ancora una volta, in un'ottica garantista volta a circoscrivere il diritto di punire, il primato dei diritti dell'uomo sulla dimensione dissuasiva della pena⁶⁴:

Il legislatore, nel determinare dunque le pene alle diverse specie de' delitti, non dee permettersi che quel grado di severità necessaria per reprimere l'affezion viziosa che la produce. Se egli oltrepassa questo confine, egli cade nella tirannia, poichè, se la società dev'esser protetta, i dritti degli uomini debbono essere rispettati, e non è permesso sacrificarne se non quella porzione ch'è necessaria per conservare e difendere la pubblica sicurezza⁶⁵.

A questo punto Filangieri passa ad elencare le diverse fattispecie di pena, che corrispondono ai tipi di diritti assicurati agli uomini dal patto sociale, che trova espressione puntuale nelle norme dell'ordinamento giuridico. Ogni reato si configura, contemporaneamente, come la violazione di un patto legalmente sancito: «Se le leggi sono le formole ch'esprimono i patti sociali, ogni trasgressione della legge è dunque la violazione di un patto. Se i patti sociali non sono altro che i doveri che ogni cittadino contrae colla società in compenso de' dritti che acquista,

⁶² *SL* [4], libro III, parte II, cap. 27, pp. 15-16.

⁶³ *Ivi*, pp. 272-74. Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., XII, p. 31.

⁶⁴ Nell'opera di Filangieri non solo dunque è possibile riscontrare la compresenza delle tre grandi ideologie penalistiche dell'illuminismo: l'utilitarismo, l'umanitarismo e il proporzionalismo (cfr. A. ALIANI, *La prevenzione dei delitti*, cit., p. 86); ma anche è possibile stabilire, rispetto a queste, il primato della cultura giusnaturalista.

⁶⁵ *SL* [4], libro III, parte II, cap. 27, p. 16.

ogni violazione di un patto dee dunque esser seguita dalla perdita di un dritto». «Le diverse specie di dritti c'indicheranno dunque le diverse specie di pene»⁶⁶.

Per Filangieri le pene possono essere suddivise in cinque diverse specie, desumibili dai cinque diversi tipi di diritti di cui ciascun cittadino gode nella società civile: pene capitali (diritto alla vita); pene infamanti (diritto all'onore); pene pecuniarie (diritto alla proprietà reale); pene privative o sospensive della libertà personale – carcere, lavori pubblici, esilio, deportazione – (diritto alla proprietà personale); pene privative o sospensive delle civiche prerogative (diritti di cittadinanza).

Non intendiamo soffermarci qui sui motivi per cui Filangieri, entrando in diretta polemica con Beccaria, ritiene legittima la morte di Stato. Numerosi studiosi hanno scritto pagine importanti su questo tema, soprattutto in relazione al dibattito che si sviluppò intorno alle argomentazioni portate da Filangieri a favore della pena di morte⁶⁷. Piuttosto, preme sottolineare il fatto che per l'illuminista napoletano lo Stato deve fare un uso parco di questa estrema punizione: Filangieri infatti prevede la pena di morte solo per due tipologie di reato: omicidio e lesa maestà⁶⁸. «Per poco che se ne abusi», osserva riferendosi alla pena capitale, «degenera in un

⁶⁶ Specifica Filangieri: «Se un cittadino può con un solo delitto violare tutt'i patti sociali, egli può dunque per un solo delitto esser privato di tutt'i sociali dritti. Se tutti questi dritti non sono ugualmente preziosi, e se non tutt'i delitti sono ugualmente funesti alla società, è giusto che colui che si astiene dal delitto più grave e che commette il meno grave, conservi il dritto più prezioso e perda il meno prezioso» (*SL* [4], libro III, parte II, cap. 25, p. 8). E più avanti aggiunge: «Il dritto, che avevi acquistato col sociale patto, sarà per te estinto subito che avrai violato il patto che te l'aveva procurato» (*SL* [4], libro III, parte II, cap. 26, pp. 12-13). Si può qui notare, insieme all'assunto per cui la pena ha una funzione di prevenzione generale, la persistenza di un principio proporzionalistico-retributivo, per quanto riguarda la distribuzione della pena, comune alla cultura illuminista a partire da Montesquieu, secondo il quale la pena deve essere tratta dalla natura del crimine, e dunque la qualità della pena deve corrispondere alla qualità del reato. Sulla presenza dell'ideologia retributivista nella filosofia della pena dei Lumi ha richiamato l'attenzione D. IPPOLITO, *La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme*, in *Lumières*, 20, 2010, pp. 21-34; e ID., *Pour qu'une peine ne soit pas une violence*, in *Le moment Beccaria*, a cura di Ph. Audegean e L. Delia, Oxford University Studies in the Enlightenment, Liverpool University Press, 2018, pp. 159-189.

⁶⁷ Cfr., ad esempio: F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Laterza, 1985, pp. 532-35; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, 2007, pp. 183-200; I. MEREU, *La morte come pena. Saggio sulla violenza legale*, Donzelli, 2000, pp. 121-25; V. FERRONE, *La società giusta*, cit., pp. 104-05; F. BERTI, *La ragione prudente*, cit., pp. 330-32 e 497-500; M.R. DI SIMONE, *Gaetano Filangieri e i criminalisti italiani della prima metà dell'Ottocento*, in A. TRAMPUS (a cura di), *Diritti e costituzione. Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, il Mulino, 2005, pp. 199-202; A. TUCCILLO, *Droit de punir et légitimation de la peine de mort dans la Science de la législation de Filangieri*, in L. DELIA, F. HOARAU (a cura di), *Corpus: revue de philosophie*, 62, 2012, pp. 231-44.

⁶⁸ *SL* [4], libro III, parte II, cap. 30, p. 32.

veleno micidiale che può insensibilmente condurre il corpo politico alla dissoluzione e alla morte».

Filangieri sottolinea il fatto che il ricorso spropositato alla pena di morte ha moltiplicato il numero di alcuni delitti particolarmente efferati, prodotto l'impunità di alcuni delitti meno gravi e causato la perdita di valore dello stesso istituto della pena capitale. Relativamente al primo punto, Filangieri riprende l'argomento illuministico secondo cui punire con la morte il furto significa istigare i ladri all'assassinio. La perdita di vigore dell'estremo castigo deriva invece dal fatto che «le pene hanno un valore assoluto e un valore di opinione. Il primo è nella intensità della pena, il secondo è nell'immaginazione degli uomini. Il primo si misura dal bene che si perde, il secondo dall'impressione che fa nell'animo degli uomini questa perdita». Ora, se «non si può dubitare che le impressioni più forti perdano il massimo loro vigore allorché sono frequenti» è naturale che «l'orrendo spettacolo [...] di un delinquente condotto al patibolo dalla mano della giustizia non farà più quell'impressione che far dovrebbe quando si offre frequentemente agli occhi del popolo».

Per quanto concerne le altre specie di pene, le uniche che Filangieri considera universali – cioè applicabili a tutti i cittadini in qualunque tipo di società – sono le pene privative o sospensive della libertà personale: di queste quelle carcerarie dovrebbero essere irrogate con procedimento sommario dal giudice di pace, sul modello inglese, solo per reati lievi, per una durata massima di soli tre mesi⁶⁹. Al carcere Filangieri preferirebbe, per i reati più gravi, le pene ai lavori pubblici⁷⁰ o alla deportazione, mentre l'esilio *in patria* risulta particolarmente adatto per punire i delitti "locali", quali sono ad esempio quelli suscitati dalle passioni amorose.

Classificate le pene, l'autore della *Scienza* passa all'analisi dei delitti. Per definire il rapporto di proporzionalità che deve instaurarsi tra la pena e il delitto, egli asserisce che i delitti devono essere distinti secondo la qualità e il grado. «La qualità del delitto è il patto che si viola; il grado è il grado di colpa o di dolo col quale si commette l'azione. Bisogna dunque proporzionare la pena alla qualità ed al grado».

La qualità del reato è perciò desumibile dal grado di interesse sociale tutelato dal patto violato. Per una via in parte diversa da quella seguita da Beccaria, Filangieri tuttavia arriva alla medesima conclusione, che gli dà modo di fissare un ulte-

⁶⁹ Nel caso delle pene carcerarie, la pena assume, per Filangieri, lo scopo dell'emenda del reo (*SL* [4], libro III, parte II, cap. 33, pp. 57-58). «Assegnando alla detenzione un fine rieducativo, il Filangieri si pone come precursore di una posizione di pensiero che ancora oggi è fondamentale in un paese democratico» (P. LAPI, *La legislazione criminale*, cit., p. 59). Sulle differenze con Beccaria cfr., da ultimo, PFI. AUDEGEAN, *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale*, il Mulino, 2023, pp. 97-101.

⁷⁰ Cfr. *SL* [4], libro III, parte II, cap. 33, pp. 58-59.

riore principio garantista: se il danno alla società è la prima e più importante misura del delitto, allora l'intenzione di commettere un reato, in quanto non comporta alcun danno alla società, non può essere punita.

Ciò che distingue la concezione filangieriana da quella beccariana su questo punto è che, mentre per il riformatore lombardo il danno alla società deve essere l'unica misura dei delitti, Filangieri, accanto a questo criterio di valutazione, introduce una seconda misura, il grado, che ha come oggetto la determinazione della componente psichica del reato, che giustifica la diversa punibilità del reo all'interno della stessa fattispecie di reato.

La determinazione della volontà è un problema particolarmente delicato: da essa dipende non solo il grado del reato, ma pure la possibilità o meno di punirlo. Per il filosofo napoletano «l'azione involontaria», in quanto «procede dalla violenza o dall'ignoranza» non è punibile dalla legge: «Colui, dunque, che una forza esterna obbliga ad agire, o colui che, mosso dalle spinte dell'appetito, non conosce, né può conoscere il fine e le circostanze dell'azione, costui, io dico, non sarà delinquente quantunque abbia violata la legge».

Il concetto di volontarietà ha come immediata conseguenza l'affermazione di un ulteriore motivo garantista: per Filangieri, infatti, i fanciulli, «gli stupidi», i «dunatici» e i «frenetici» devono essere ritenuti incapaci di delinquere in quanto incapaci di intendere e di volere, cioè di «appetire e conoscere»: le loro azioni non sono perciò imputabili, e dunque punibili. Tale concetto, inoltre, impone all'autore della *Scienza* la necessità di distinguere tra il caso e la colpa: il caso, infatti, non può essere imputabile, perché «suppone in colui che agisce l'ignoranza assoluta della possibilità dell'effetto che l'azione ha prodotto». La colpa, al contrario, è imputabile perché, se «nel caso non esiste né la volontà di violare la legge né la volontà di esporsi al rischio di violarla; nella colpa non vi è la volontà di violare la legge, ma vi è quella di esporsi al rischio di violarla».

Sempre derivati dal concetto di volontarietà sono i tre diversi gradi di colpa e di dolo individuati dal filosofo napoletano⁷¹: i primi (infima, media, massima), vengono prodotti dalla maggiore o minore predisposizione del reo di esporsi al rischio di violare la legge⁷²; i secondi sono determinati dallo stato d'animo con cui il reo ha compiuto il reato: il dolo sarà infimo se il delinquente ha agito sotto

⁷¹ Argomentazioni in parti simili saranno sviluppate da Pagano nei *Principii del Codice Penale*, in F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale; Principii del codice penale; Teoria delle prove (Logica de' probabili)*, ris. an., Kluwer Ipsosa, 1998, pp. 244-68. Sulla dottrina penale di Pagano, maturata parallelamente a quella di Filangieri, si veda D. IPPOLITO, *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Giappichelli, 2008, pp. 157-222.

⁷² *SL* [4], libro III, parte II, cap. 37, p. 123.

l'impeto della passione o per una forte causa impellente, medio, se il reato è commesso a sangue freddo oppure senza una forte causa, massimo se invece è perpetrato con perfidia o senza alcun motivo⁷³.

La complessità di questa classificazione è ben presente allo stesso Filangieri. Infatti, la distinzione tra caso, dolo e colpa ruota attorno al concetto di volontarietà: nel caso, la volontà di violare la legge è inesistente e dunque l'azione non è imputabile; nella colpa è pure assente, però vi è la volontà di esporsi al *rischio* di violarla, cosicché tale azione è imputabile; nel dolo, invece, la volontà di violare la legge è palese, cosicché i delitti dolosi devono essere puniti con maggiore severità rispetto a quelli colposi.

Per quanto riguarda la classificazione dei delitti, Filangieri anzitutto distingue tra delitti pubblici e delitti privati: della prima classe, fanno parte «tutti quei delitti che secondo la pratica quasi comune d'Europa, la parte pubblica, o sia il magistrato che rappresenta il fisco, può a sua istanza perseguire in giudizio»; nella seconda classe egli invece comprende «que' delitti che senza la *querela* della parte offesa la parte pubblica non può perseguire». È naturalmente implicita, in questa distinzione, una rilevanza gerarchica diversa attribuita ai delitti, a seconda che essi offendano la società intera o solo una parte, più o meno piccola, di essa. Nei diritti privati, insomma, «la società può tollerare l'impunità», mentre in quelli pubblici, «essa dee punire ancorché l'offeso perdoni. La guerra pubblica dee subentrare a quella privata». Nei delitti pubblici, pertanto, ogni cittadino dovrà avere la libertà di accusare, ma, in assenza di un'accusa privata, l'azione accusatoria verrà promossa dal magistrato pubblico preposto a tale ufficio; nei delitti privati, invece, la libertà di accusare dovrà essere ristretta «alla parte offesa o a' suoi stretti parenti».

A questa prima classificazione, utile a «regolare l'ordine della procedura», l'illuminista napoletano ne fa seguire un'altra, che invece serve a «regolare la distribuzione delle pene»: questa nuova classificazione, perciò, è basata sugli oggetti dei delitti⁷⁴.

Non è possibile, nello spazio di questo contributo, seguire la lunga e minuziosa descrizione filangieriana delle varie classi di delitti. Assai rappresentative sono le sue considerazioni sulla classe dei delitti contro il sovrano: i *crimina lesae maiestatis*⁷⁵. Lo scopo di Filangieri è quello di difendere i diritti individuali di fronte al po-

⁷³ Cfr. *SL* [4], libro III, parte II, cap. 38, p. 136.

⁷⁴ Analizzata sotto questo profilo, la molteplicità dei delitti viene da Filangieri ricondotta a dieci classi: *contro la divinità, contro il sovrano, contro l'ordine pubblico, contro la fede pubblica, contro il diritto delle genti, contro l'ordine delle famiglie, contro la vita e la persona de' privati, contro la dignità del cittadino o sia degli insulti e degli oltraggi, contro l'onore del cittadino, contro la proprietà del cittadino* (cfr. *SL* [4], libro III, parte II, capp. 44-54, pp. 161-315).

⁷⁵ Cfr. G. ALESSI, *Il processo penale*, cit., p. 121. Su questo punto è obbligato il rinvio a M. SBRICCO-

tere dello Stato esercitato dispoticamente, seguendo del resto una ormai consolidata critica illuminista all'utilizzo arbitrario di questa fattispecie di reato in antico regime, che si ritrova a partire dall'*Esprit des lois* di Montesquieu. Filangieri osserva, riprendendo alcune riflessioni storiche sviluppate nella prima parte del libro, che nella Roma repubblicana le fattispecie di reato ricomprese nella classe dei delitti di lesa maestà erano molto limitate. Una serie di leggi speciali permise ai despoti romani, a partire da Silla, di estendere arbitrariamente questa classe di reati, allo scopo di accrescere il loro potere e distruggere la libertà repubblicana. «Ma, chi lo crederebbe? Queste acque, che una sorgente così immonda ci ha tramandate, invece di purificarsi nel loro corso si sono maggiormente imbrattate a misura che si sono sparse pe' vasti spazi che contengono le moderne monarchie dell'Europa». Tutte le nazioni si servono del delitto di lesa maestà non solo per perseguire reati di diversa gravità, ma anche azioni che non sono configurabili come reati. Occorre, anche in questo caso, disciplinare la materia, ricondurre i reati in precise fattispecie, vale a dire limitare il diritto di punire.

Nelle pagine finali del terzo libro, la critica delle proibizioni penali oppressive ed eccessive si impenna in una decisa protesta contro le esorbitanze del potere punitivo che inventa delitti «che non si devono punire». L'istanza della decriminalizzazione – che da Thomasius a Le Peletier attraversa le dottrine giuridiche e politiche del Settecento – si esprime, nella *Scienza*, in un discorso che delegittima la punizione del suicidio, dell'usura, del vizio del gioco, insieme ai «delitti d'incantesimo, magia, sortilegio, stregoneria, divinazione, augurio, interpretazione dei sogni, incubismo, succubismo ecc.»: «nomi per sempre memorandi», predice Filangieri, «nell'istoria delle sciagure, degli errori delle superstizioni de' popoli»⁷⁶.

Anche sotto questo profilo, il modello garantista elaborato da Filangieri si pone in rapporto di continuità rispetto all'opera di Beccaria⁷⁷. Di continuità, di consolidamento e di sviluppo, come abbiamo tentato di provare. La *Scienza della legislazione* non è solo uno dei molteplici documenti della fecondissima stagione culturale che *Dei delitti* avviò con la sua circolazione internazionale: del cosiddetto «momento Beccaria»⁷⁸, essa rappresenta l'approdo teorico più organico, sistematico e compiuto. Nella storia del garantismo penale, è difficile rinvenire un'opera altrettanto paradigmatica fino allo scorcio del XX secolo⁷⁹.

LI, *Crimen lesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, 1974.

⁷⁶ SL [4], libro III, parte II, cap. 55, pp. 315-27.

⁷⁷ Cfr. D. IPPOLITO, *Cosa proibire? Scopi e limiti delle proibizioni penali nella filosofia di Beccaria*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2, 2022, pp. 85-109; e PH. AUDEGEAN, *Violenza e giustizia*, cit., pp. 111-155.

⁷⁸ PH. AUDEGEAN, L. DELIA (a cura di), *Le moment Beccaria*, cit., 2018.

⁷⁹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989.

FILANGIERI E IL LINGUAGGIO DEI DIRITTI DELL'UOMO NELLA TRAIETTORIA NAPOLEONICA

ANTONIO TRAMPUS *

SOMMARIO: 1. Filangieri tra Napoleone e Constant. – 2. Filangieri e codificazione napoleonica. – 3. I diritti dell'uomo e la servitù in Europa.

Il 20 gennaio 1811 Napoleone interviene in una riunione del Consiglio di Stato. Il tema all'ordine del giorno è la situazione politica dei Dipartimenti del Nord e dell'Ovest, e la parola è affidata al consigliere Pierre-François Réal. Ex giacobino, è uno dei fedeli di Bonaparte, considerato qualche anno prima successore naturale di Joseph Fouché come ministro di polizia generale. Réal presenta la situazione, i malumori, le resistenze ad obbedire agli ordini e a eseguire le leggi, spiegando tuttavia che occorre considerare in modo diverso e con gradualità la colpevolezza degli individui. Ad esempio un sindaco di campagna è «moins éclairé et moins responsable qu'un fonctionnaire qui a rang plus élevé», ma Napoleone lo interrompe esclamando: «Conseiller Réal! vous dites là une bêtise: la loi est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Souvenez-vous de votre chère déclaration des droits de l'homme!»¹.

La fonte di questo colloquio non è certamente neutra: è Jean Baptiste Couchery (1767-1814), rivoluzionario moderato, amico di Briot, condannato alla deportazione dopo il 18 fruttidoro e riparato in Germania. Tuttavia, l'enfasi sui due poli di questo dialogo, cioè l'analisi dello stato di emergenza che turba l'ordine pubblico e il richiamo di Napoleone a «votre chère déclaration des droits de l'homme», ben fa comprendere il clima nel quale viene evocato il linguaggio dei diritti dell'uomo.

Le pagine che seguono intendono ripercorrere alcune tracce del dibattito sui diritti dell'uomo nella Francia di Napoleone attraverso il filtro delle letture dell'opera di Filangieri, che permette di far emergere il contesto ambiguo e complesso degli anni del Consolato e del primo Impero. Si vedrà, così, come

* Professore ordinario di storia moderna presso il Dipartimento di Studi Linguistici e Culturali Comparati dell'Università Ca' Foscari di Venezia.

¹ *Le Moniteur secret, ou Tableau de la Cour de Napoleon, de son caractère, et de celui de ses Agens*, I, Chez les Marchands de nouveautés, 1814, p. 16.

l'immagine di Filangieri viene progressivamente spostata dal campo costituzionale a quello della filosofia politica. Infine, verrà messo in luce l'ultimo tentativo di ancorare Filangieri alla questione dei diritti dell'uomo in Europa attraverso le riflessioni di Jean-Jacques Leuliette sull'importanza di ricordare il contributo al dibattito sui diritti dell'uomo giunto dall'abolizione della servitù feudale nel continente europeo.

1. *Filangieri tra Napoleone e Constant*

Il rapporto tra Gaetano Filangieri e Napoleone Bonaparte è paragonabile un ossimoro, perché i due mai si incontrarono in vita. Alla morte di Filangieri, nel 1788, il giovane corso è ancora un luogotenente votato all'indipendenza della Corsica, e forse non c'era ancora tra le sue letture la *Scienza della legislazione*, benché alcuni includano Filangieri tra gli autori a lui familiari, assieme a Mably, Raynal e Smith². La relazione più diretta e più celebre di Bonaparte con l'illuminista rimane quella consegnata dal racconto di quanto avviene dopo la caduta della Repubblica napoletana, quando Carolina Frenzel con i figli raggiunge Parigi e, tramite André-Joseph Abrial già commissario civile a Napoli, viene ricevuta dal Primo Console. In quell'occasione non solo Napoleone mostra i volumi della *Scienza* che tiene sul tavolo dichiarando che Filangieri è da considerarsi maestro di tutti, ma lo fa – secondo Ricca – usando parole «che riferivansi alla compilazione di quella parte del memorando Codice Napoleone che riguarda le Leggi penali, alla redazione della quale allora dedicavasi il Consiglio di Stato sotto la immediata presidenza del 1° Console»³.

Sembra esserci dunque una relazione diretta tra la *Scienza della legislazione* e il linguaggio dei diritti confluito nella codificazione napoleonica, quanto meno nel Codice penale. E su questo, se non altro, insistono nel volgere dei primi decenni tutti gli allievi e gli apologeti di Filangieri, impegnati a salvaguardare e a rafforzare l'immagine dell'illuminista morto precocemente, martire prima ancora dei repubblicani del '99 e – come emerge dalle parole di Napoleone – maestro di tutti.

Grazie alle ricerche degli ultimi vent'anni, conosciamo oggi con maggiore precisione alcuni percorsi attraverso i quali il linguaggio filangieriano dei diritti si impone all'attenzione della Francia napoleonica. Il traduttore francese della *Scienza*, Gauvin

² M.G. LIBRI, *Souvenirs de la jeunesse de Napoléon tirés de ses manuscrits inédits*, Fournier, 1842, p. 27; A. FOURNIER, *Napoléon Ier*, I, Bouillon, 1891, p. 16.

³ E. RICCA, *Della famiglia Filangieri*, De Pascale, 1863, p. 376.

Gallois già membro della loggia «Neuf Sœurs» e vicino a Condorcet, è un amico di Benjamin Constant del quale diventa collega nel Tribunato, che andrà a presiedere nel 1802. Sempre dalla loggia «Neuf Sœurs» provengono Charles Dupaty, avvocato generale al parlamento di Bordeaux, e Claude Pastoret, procuratore generale di Parigi, poi membro dell'Assemblea legislativa e autore della celebre definizione di Filangieri come «Montesquieu d'Italie»⁴. Tra il 1791 e il 1798 il *Moniteur Universel* fa spesso riferimento a Filangieri nei dibattiti su temi costituzionali e così pure M^{me} de Staël⁵ e Pierre-Louis Guinguené, che pubblicherà nella *Biographie universelle* di Michaud un articolo su Filangieri ponendolo sullo stesso piano di Vico.

All'indomani della costituzione dell'anno VIII (1799), cioè della Carta costituzionale del Consolato, il nesso tra democrazia e costituzione diventa ancora più centrale nel dibattito pubblico per quanti ritengono che la volontà popolare può esprimersi autenticamente solo nel momento in cui si manifesta liberamente. Ciò avviene allorquando opera attraverso l'esercizio delle libertà fondamentali, per cui diventa chiaro che non esiste sovranità popolare senza diritti di libertà individuali. Il problema però non è soltanto tecnico e di natura costituzionale, ma soprattutto politico in quanto legato alla necessità di come costruire e mantenere il consenso nel nuovo sistema repubblicano. È interessante il fatto che a partire da questo momento il linguaggio filangieriano dei diritti continua ad interessare non tanto per la sua traducibilità sul piano costituzionale – e nemmeno, come vedremo più oltre, sul piano della scienza penalistica –, ma piuttosto per la sua dimensione filosofico-politica⁶. Mentre, infatti, i rivoluzionari napoletani e gli allievi di Filangieri, anche tramite Francesco Mario Pagano, cercano di trasformare la *Scienza della legislazione* in un progetto di governo, dandogli forma attraverso il *Progetto di costituzione per la Repubblica napoletana*, la Francia del Consolato sembra vedere in Filangieri più un filosofo, la cui opera viene disgiunta dal problema della sua applicabilità. Significativamente, in questo senso, l'approccio iniziale di Benjamin Constant alla *Scienza* non riguarda la questione della teoria generale delle leggi o le parti economiche, processuale o penale, ma la questione della religione, alla quale è interamente dedicato il volume postumo fatto pubblicare da Donato Tommasi nel 1791⁷. Diversamente, infatti, da quanti hanno immaginato una sua conoscenza

⁴ C.-E. PASTORET, *Des lois pénales*, t. I, Buisson, 1790, p. 7.

⁵ G. DE STAËL-HOLSTEIN, *De la littérature considérée dans ses rapports avec les institutions sociales* (1799), nouvelle édition critique établie, présentée et annotée par A. BLAESCHKE, Flammarion, 1988.

⁶ Su questi temi rinvio a A. TRAMPUS, *La Naissance du langage politique moderne. L'héritage des Lumières de Filangieri à Constant*, Classiques Garnier, 2017, pp. 106-113.

⁷ Riprendo qui alcune riflessioni introdotte in A. TRAMPUS, *Filangieri et Constant: constitutionnalisme des Lumières et constitutionnalisme libéral*, in *Annales Benjamin Constant*, 30, 2006, pp. 51-70; sul tema

tardiva dell'opera del napoletano, magari tramite M^{me} de Staël e Goethe,⁸ è proprio agli anni del Tribunato e quindi alla seconda edizione di Filangieri curata da Gauvin Gallois, che risale il primo interesse per la *Scienza della legislazione*⁹.

Allo stesso modo, il manoscritto del 1806 dei *Principes de politique applicables à tous les gouvernements* conferma che l'approccio di Constant a Filangieri si concentra soprattutto sul rapporto tra politica, religione e morale¹⁰. Tra i materiali preparatori del trattato *De la religion* ci sono poi alcuni estratti, intitolati *Morceau de Filangieri sur la religion*¹¹, scritti certamente prima 1810 come testimonia la loro collocazione all'interno dei faldoni della Bibliothèque Nationale de France¹², dove l'attenzione per la religione si snoda attraverso una declinazione del linguaggio dei diritti che affronta il tema dell'uguaglianza (e della disuguaglianza tra sacerdoti e fedeli) sotto una prospettiva particolare. Per Constant questa disuguaglianza nei diritti non nasce, come per Filangieri, da un fattore culturale e quindi artificiale (come può essere la religione), ma dai fenomeni naturali di paura e di superstizione¹³. Il tema della religione sembra essere così un modo indiretto per discutere il problema dell'origine delle disuguaglianze e per respingere, da parte di Constant, l'assunto filangieriano secondo cui ogni disuguaglianza nei diritti dovuta a condizionamenti culturali può essere corretta con l'uso della ragione.

della religione in Constant cfr. P. THOMPSON, *La religion de Benjamin Constant. Le pouvoirs de l'image*, Pacini 1980.

⁸ V. FROSINI, *Filangieri e Constant: un dialogo fra due secoli*, in L. D'ALESSANDRO (dir.), *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, Guida, 1984, p. 364; ID., *La coscienza giuridica. Ritratti e ricordi*, Giappichelli, 2001.

⁹ B. CONSTANT, *Discours au Tribunat. De la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays (1799-1803)*, a cura di M.L. SÁNCHEZ-MEJÍA E K. KLOOCKE., in *Œuvres complètes de Benjamin Constant (OCBC)*, Niemeyer, IV, 2005, p. 781.

¹⁰ Così anche P. DEGUISE, *Benjamin Constant méconnu: le livre «De la religion»*, Librairie Droz 1966 ; P. THOMPSON, *La religion*, cit., p. 12.

¹¹ P. CORDEY, *A propos du Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri: Filangieri, Constant et les libéraux*, in *Le relazioni del pensiero italiano risorgimentale con i centri del movimento liberale di Ginevra e Coppet*, Accademia Nazionale dei Lincei, 1979, p. 174-175 (anche in ID., *B. Constant, G. Filangieri et La science de la législation*, in *Revue européenne des sciences sociales*, 18, 1980, pp. 56-79).

¹² Frammenti del capitolo V del *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri* (intitolati *De la révolution salutaire que Filangieri prévoyait*) si trovano fra i manoscritti di B. CONSTANT, *Œuvres à caractère littéraire et historique*, III, Bibliothèque Nationale, R. 60721, c. 1-39. Il testo *Morceau de Filangieri sur la religion* è riportato da P. THOMPSON, *La religion*, cit., p. 576-578.

¹³ Citato in P. THOMPSON, *La religion*, cit., p. 251.

2. Filangieri e codificazione napoleonica

Non c'è forse tema più controverso nella storia della cultura giuridica del problema dell'eredità dei diritti dell'uomo nella codificazione napoleonica, tanto in quella civile quanto in quella penale¹⁴. La questione è sostanzialmente priva di soluzione, qualora la si voglia porre nei termini di una riflessione sull'eredità diretta del linguaggio illuministico dei diritti. Il discorso politico nel tornante rivoluzionario subisce infatti tante e tali torsioni, da rendere pressoché irriconoscibili i fili che attraversano i cambiamenti politici, istituzionali e lessicali. In altra sede ho provato ad analizzare questi percorsi attraverso l'indagine su un aspetto negativo dei diritti dell'uomo come la morte civile, intesa illuministicamente non solo come perdita della qualità di cittadino ma anche come perdita della qualità di essere umano¹⁵. Di fatto, rispetto ad una grande discussione settecentesca sul rapporto tra morte civile e morte naturale, nella *Scienza della legislazione* di Filangieri praticamente non c'è traccia della questione, se non un rapido accenno nel libro IV sui delitti e le pene (scritto tra la fine del 1781 e i primi mesi del 1782), laddove tratta delle pene «privative o sospensive delle civiche prerogative». Benché il passaggio sembri poco significativo e non è stato notato dalla storiografia, la posizione dell'illuminista napoletano appare evidente. Dinanzi ad una trattatistica settecentesca che dedica alla morte civile un'attenzione e uno spazio talora esorbitante e talaltra nullo, Filangieri la analizza in due paginette mettendo in piedi un'argomentazione e una struttura retorica in gran parte nuove. Spiegando infatti in maniera chiara che la morte civile deve intendersi come la perdita della qualità di cittadino, osserva che il senso e l'efficacia di questa pena possono essere capiti solo in un contesto nel quale viene effettivamente compreso il significato della cittadinanza, il che avviene quando la qualità della cittadinanza corrisponde ad un effettivo esercizio dei diritti civili. Solo allora la loro privazione si può trasformare

¹⁴ Cfr. J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français*, Presses Universitaires d'Aix, 2004; J.L. CHABOT, P. DIDIER, J. FERRAND, *Le Code civil et les Droits de l'homme (Actes du colloque international de Grenoble, 2003)*, La Librairie de l'Humanité, 2005; F. LORMANT, *La Révolution du droit pénal (1791-1810)*, in V. LEMONNIER-LESAGE, F. LORMANT (a cura di), *Droit, Histoire et Société. Mélanges en l'honneur de Christian Dugas de la Boissonny*, PUN-EDULOR, 2009, pp.145-168.

¹⁵ A. TRAMPUS, *Morte civile e diritti dell'uomo: la positivizzazione dei diritti tra Illuminismo e Restaurazione e tra costituzioni e codici*, in G. DEMARCHI, F. DI CHIARA, E. FIOCCHI MALASPINA, B. RODRIGUEZ ARROCHA (a cura di), *Las fronteras de la Ilustración: itinerarios entre historia y derecho*, Dykinson, 2021, pp. 187-209.

in un *vulnus* così grave da essere paragonato a una privazione della vita fisica e quindi a una vera pena¹⁶.

È interessante però il fatto che per Filangieri la morte civile come perdita della cittadinanza è tipica di un passato non più ripetibile. Solo Roma e la legislazione repubblicana hanno fatto ricorso alla morte civile come alternativa alla morte fisica ma con la stessa funzione afflittiva, lasciando al delinquente la scelta «della perdita della vita o della patria». In quel caso, le conseguenze della morte civile sono simili a quelle della morte fisica perché «l'esistenza politica era così preziosa al Romano quanto lo era l'esistenza fisica». Per simmetria, nella società contemporanea l'orrore verso la pena della morte fisica deve suscitare – secondo Filangieri – stessi sentimenti analoghi nei confronti di quella civile, e la perdita della qualità di cittadino deve considerarsi quindi una «pena orribile», diversa solo perché tinta dal «sangue civile» anziché dal sangue biologico. Da qui le conseguenze logiche: la morte civile è un istituto da abolire in nome dei diritti dell'uomo non solo e non tanto perché assimilabile alla morte fisica, ma anche perché la sua funzione – quella della perdita della cittadinanza – è apprezzabile «nelle sole democrazie», diversamente dalle monarchie e dalle aristocrazie dove «l'esercizio della sovranità è tra le mani di un solo»¹⁷.

Nel momento in cui inseguiamo il linguaggio filangieriano dei diritti dell'uomo, e della sua condanna della morte civile, verso la traiettoria napoleonica, ci rendiamo anche conto di quanto la situazione cambia nel passaggio dalla Rivoluzione al consolato e all'impero. Nel progetto di codice penale rivoluzionario la morte civile, secondo la relazione di Michel Lepeletier Saint-Fargeau del maggio 1791, scompare effettivamente per lasciare posto ad altre pene afflittive quali la perdita dei diritti del cittadino e ulteriori forme di incapacità giuridica, secondo una strategia confermata anche nel testo definitivo dello stesso anno¹⁸. Lo stesso avviene otto anni dopo nel progetto di costituzione per la repubblica napoletana steso da Francesco Mario dove l'espressione «morte civile» è definitiva-

¹⁶ Sul rapporto tra funzione della pena e difesa dei diritti dell'uomo in Filangieri si veda anche V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo. L'Illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Laterza, 2014, pp. 335-336.

¹⁷ Cito da G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione. Edizione critica*, diretta da V. FERRONE, vol. IV: *Delle leggi criminali. De' delitti e delle pene*, a cura di G. TOCCHINI e A. TRAMPUS, Edizioni della Laguna, 2004, cap. XXIV, pp. 63-68.

¹⁸ M.R. DI SIMONE, *L'identità giuridica e la sua perdita nell'istituto della morte civile in Francia*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 74-75, 2001-2002, pp. 41-42.

mente cancellata in nome del riconoscimento dei diritti naturali dell'uomo¹⁹. In Francia, tuttavia, già il decreto del 28 marzo 1793 reintroduce la morte civile come sanzione conseguente alla condizione di emigrato e la stessa pena di morte fisica come sanzione per la violazione di queste norme, aggravando la situazione di coloro che già di fatto erano divenuti «cittadini senza patria»²⁰.

Il riemergere così rapido dell'istituto della morte civile a soli quattro anni dalla Rivoluzione è stato interpretato dagli storici e dagli storici del diritto come un segno del suo profondo radicamento nella cultura francese e come uno dei segnali più vistosi della tendenza a ridimensionare le conquiste rivoluzionarie, culminata nel depotenziamento della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, nella mortificazione del primato della costituzione e nell'accoglimento della morte civile nel codice napoleonico del 1804²¹. A seguire i dibattiti nel Consiglio di Stato, alla presenza di Napoleone stesso, che accompagnano la definitiva reintroduzione della morte civile in coincidenza con l'introduzione del nuovo *Code civil*, si vede che, significativamente, né nel Consiglio nel Tribunato, né infine nelle relazioni accompagnatorie degli articoli sui diritti civili e sulla morte civile del progetto di codice presentate al Consiglio di Stato dal consigliere Achille Libéral Treilhard e al Tribunato dal tribuno Jean Gary, ricorrono l'espressione «diritti dell'uomo» o riferimenti alla Dichiarazione dell'89²².

3. I diritti dell'uomo e la servitù in Europa

Nel corso del 1802 l'Institut de France, istituito sette anni prima riunendo le accademie reali fino a quel momento esistenti, bandisce un concorso a premio per la migliore dissertazione su come l'abolizione della servitù in Europa ha contri-

¹⁹ M. BATTAGLINI, *Mario Pagano e il progetto di costituzione della repubblica napoletana*, Archivio Guido Izzì, 1994, pp. 98-99; *Progetto di costituzione della Repubblica napoletana presentata al governo provvisorio dal Comitato di legislazione*, edizione critica a cura di F. MORELLI e A. TRAMPUS, introduzione di A.M. RAO, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo-Edizioni della Laguna, 2008.

²⁰ È l'efficace espressione utilizzata da A.M. RAO, *Esuli. L'emigrazione politica in Francia (1792-1802)*, Guida, 1992, p. 565.

²¹ M.R. DI SIMONE, *La morte civile in Francia*, cit., p. 43 e, per un quadro più ampio del dibattito sulla «modernità» o meno dello strumento codicistico napoleonico R. FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*, Giappichelli, 2011, pp. 1-16.

²² *Code Napoléon suivi de l'exposition des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement etc.*, vol. 2, Firmin Didot, 1808, pp. 49-65 e 66-90. H. DARD, *Opinion d'un jurisconsulte sur diverses questions concernant les dettes contractées par les émigrés, antérieurement à la mort civile dont ils ont été frappés, et à la confiscation de leurs biens*, s.t., 1819.

buito a sviluppare i Lumi e la ricchezza delle nazioni. Il bando però viene quasi subito ritirato, apparentemente senza motivo, ma probabilmente a causa dei provvedimenti con i quali Napoleone ristabilisce la schiavitù e la tratta nelle colonie francesi²³.

Uno dei concorrenti è Jean-Jacques Leuliette, nato a Boulogne nel 1767, figlio di un fabbro e autodidatta, arruolato nella guardia nazionale nel 1789 e entusiasta membro del Club des Amis de la Constitution di Boulogne. Ammiratore di Mirabeau, del quale scrive un elogio funebre nel 1790, si avvicina a Brissot e alla Société des Amis des Noirs. Sostiene l'affrancamento degli schiavi neri delle colonie francesi e propone la loro ammissione ai diritti di cittadinanza. All'interno della Société des Amis de la Constitution è fautore della monarchia costituzionale, dei diritti dell'uomo e del cittadino, condanna l'uso del duello, della pena di morte e professa la libertà religiosa. Grazie a Brissot diventa nel 1792 uno dei segretari di Roland de la Platière, ministro del governo girondino. Con il Terrore è costretto a ripiegare su attività di secondo piano e dopo la caduta di Robespierre riprende l'impegno pubblico come giornalista e collaboratore delle *Annales patriotiques et littéraires*, divenendo poi redattore capo di *La Sentinelle* e strenuo difensore della costituzione dell'anno III. Si tratta del suo trampolino di lancio per la nomina, il 14 floreale dell'anno VI, a professore di belle lettere all'École Centrale di Versailles, dove rimane fino a quando nel 1804 le Écoles vengono trasformate in licei. Da quel momento diventa insegnante privato di lettere, fino alla successiva nomina nel 1808 a professore dell'Athénée de Paris, goduta però per un solo anno perché di lì a poco muore investito lungo la strada da una carrozza, del cui sopraggiungere non si è accorto per l'abitudine a camminare distratto e immerso nella lettura²⁴.

Leuliette partecipa al concorso dell'Institut de France del 1802 e si trova, come altri, a dover ritirare il proprio contributo. Tuttavia, non si arrende e tre anni dopo lo pubblica comunque con il titolo *Discours sur cette question: Comment l'abolition progressive de la Servitude en Europe a-t-elle influé sur le développement des lumières et des richesses des Nations?*²⁵ Il figlio del fabbro di Boulogne, che si presenta come «ami de l'humanité», osserva da subito come il dibattito sui diritti dell'uomo si sia spostato troppo presto verso il tema della schiavitù e della tratta dei neri, dimenticando il lungo e graduale percorso europeo verso l'abolizione della servitù feuda-

²³ Su questo tema cfr. M. FIORAVANTI, *Il pregiudizio del colore. Diritto e giustizia nelle Antille francesi durante la Restaurazione*, Carocci, 2012, pp. 101-105.

²⁴ Le notizie biografiche sono tratte da M. FOURNET, *Jean-Jacques Leuliette (1767-1808)*, in *Les Cahiers du Vieux Boulogne*, <http://fournetmarcel.free.fr/leuliette.pdf>.

²⁵ J.-J. LEULIETTE, *Discours sur cette question: Comment l'abolition progressive de la Servitude en Europe a-t-elle influé sur le développement des lumières et des richesses des Nations?*, Imprimerie de Mme Locard, 1805.

le. Di fatto, osserva, il tema dell'abolizione del sistema feudale è stato dimenticato quasi da tutti, con l'eccezione di William Robertson che lo discute nella sua storia di Carlo V. E se Adam Smith, David Hume, Mirabeau hanno avuto il merito di richiamare l'attenzione sul rapporto tra schiavitù e economia politica, non c'è nessuno che ha riflettuto su questa relazione a partire dal tema della servitù e del regime feudale²⁶.

L'invito di Leuliette appare chiaro sin dalle prime pagine del suo discorso: come non bisogna considerare la questione della schiavitù come un problema lontano dal continente europeo e dalle menti degli uomini, così non bisogna dimenticare che esiste uno stretto rapporto tra schiavitù e servitù personale nella storia europea. È ben vero che la schiavitù deriva da un'alterazione dei rapporti di forza tra gli uomini dovuta alla politica e che la servitù invece da un'alienazione espressa o tacita della libertà effetto dell'imbecillità delle persone²⁷. Tuttavia, in entrambi i casi è la legge a dover delimitare l'ambito di questi fenomeni, definendone le condizioni e punendo gli abusi. L'assenza della libertà rimane il principale ostacolo allo sviluppo dell'economia e dei commerci. Leuliette lega il tema della schiavitù e della servitù alle teorie popolazioniste per affermare – sulla scorta dell'indagine storica e soprattutto dell'esempio degli antichi – che laddove manca la libertà personale si attenuano anche il diritto di proprietà e l'attitudine al commercio, per cui si rendono necessarie tanto la protezione, quanto la consapevolezza dei diritti dell'uomo²⁸.

A differenza della schiavitù, però, la condizione servile richiede se necessario un'attenzione anche maggiore perché si fonda sull'equivoco di un'apparente libertà personale sotto il giogo del lavoro, determinando una condizione non sempre correttamente percepita come assimilabile alla schiavitù. La feudalità moderna, osserva Leuliette, è il risultato di un abuso del vincitore, esattamente come la schiavitù, anche se non è conseguenza di una battaglia ma l'effetto di una posizione dominante nel sistema feudale²⁹. La libertà in Europa, quando ricorrono queste situazioni, è perciò una libertà apparente e infatti solo laddove la servitù è abolita si risvegliano le menti, riparte l'industria, rifioriscono le arti. Tutte le pagine della seconda e terza parte del libretto sono dedicate di conseguenza ad una sorta di indagine comparata attraverso la storia dei diversi paesi europei con

²⁶ J.-J. LEULIETTE, *Discours*, cit., pp. VII-X. Su questi temi ritorna V. FERRONE, *Guerra globale e pace perpetua nel Tardo Illuminismo. Commercio, imperi, schiavismo, diritti dell'uomo e dell'umanità*, in *Rivista Storica Italiana*, CXXXVI (3), 2024, in corso di pubblicazione.

²⁷ J.-J. LEULIETTE, *Discours*, cit., p. 4.

²⁸ J.-J. LEULIETTE, *Discours*, cit., pp. 12-13.

²⁹ J.-J. LEULIETTE, *Discours*, cit., pp. 48-49.

l'intendo di analizzare, sulla base di questi principi, le cause dell'arretratezza o del progresso civile ed economico nelle differenti nazioni. Ne emerge con chiarezza, secondo l'interpretazione di Leuliette esposta nella quarta ed ultima parte, che ovunque sia presente la servitù è un ostacolo allo sviluppo della popolazione, del commercio e dell'industria³⁰. Allo stesso modo, come la schiavitù arricchisce solo i mercanti dediti alla tratta ma non le nazioni, così la servitù fa la fortuna dei soli baroni ma impoverisce l'Europa. Dove questo legame non viene spezzato, mancano leggi a protezione delle libertà e non c'è vera giustizia. E proprio a questo proposito Leuliette cita Filangieri perché, a parte la *Scienza della legislazione*,

je ne connais point d'ouvrages qui renferment autant d'excellentes choses, sur la jurisprudence criminelle. Il devrait être médité par toutes les jurisconsultes; mais la plupart ont le malheur de ne point aimer les philosophes. Le même écrivain a examiné le droit de primogeniture avec ses funestes effets. Heureusement il n'existe plus en France, et les abus féodaux n'ont plus pour nous que le mérite de pénibles souvenirs³¹.

Il figlio del fabbro di Boulogne divenuto redattore di *La Sentinelle* si incontra così idealmente con il giovane nobile divenuto simbolo del costituzionalismo illuministico napoletano. Leuliette, come si vede, legge Filangieri collocandolo tra i filosofi che purtroppo non sono amati dai giuristi, ma apre un canale di comunicazione con i precursori del pensiero liberale e in particolare con Benjamin Constant, che a sua volta in quegli anni legge Filangieri e ne elabora le riflessioni in funzione della prima versione dei *Principes de politique* (1806) e poi del *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri* (1822). Si tratta di un filo rosso, meritevole di ulteriori ricerche, che emerge non tanto nel *Commentaire* quanto nella recensione di Constant ad un altro saggio di Leuliette, *l'Essai sur les causes de la supériorité des Grecs dans les arts d'imagination*, apparsa su *Le Publiciste* in due puntate tra il 17 giugno e il 3 luglio 1805. È lì che il contributo di Leuliette per il concorso mai svolto sugli effetti dell'abolizione della servitù viene ripreso e inserito in una riflessione più ampia sul destino dei diritti dell'uomo nella libertà dei moderni³².

³⁰ J.-J. LEULIETTE, *Discours*, cit., p. 143.

³¹ J.-J. LEULIETTE, *Discours*, cit., p. 125.

³² Cfr. B. CONSTANT, *Écrits littéraires (1800-1812)*, sous la direction de P. DELBOUILLE, Max Niemeyer Verlag, 1995, pp. 997-1008.

IL COSMOPOLITISMO E L'IDEA DI UNA PACE POSSIBILE:
KANT E FILANGIERI SUL PROBLEMA
DEGLI ESERCITI PERMANENTI

FRANCESCO MARIANI *

Nessun dubbio che vi spiri una vera *humanitas*.
Ma, come tutto quel che è perfetto, questo dice anche qualcosa sulle condizioni e i limiti di ciò
che trova una simile compiuta espressione. Condizioni e limiti della *Humanitas*?
[...] Questi i limiti angusti entro i quali la *humanitas* svolse la sua alta funzione e senza cui era
condannata ad avvizzire. ... Insomma, quando si parla di *humanitas*, non bisogna dimenticare
l'angustia della stanza borghese in cui l'illuminismo proiettava il suo raggio.¹

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Ripensare una pace possibile oggi. – 3. Filangieri e la
riforma degli eserciti permanenti. 4. – Kant e la *Pace perpetua*. L'idea normativa di pace
e le sue contraddizioni. 5. – Conclusioni.

1. *Introduzione*

La citazione è tratta dal breve commento di Walter Benjamin a una lettera di
Johann Heinrich Kant al fratello Immanuel. In questo passo Benjamin riconosce
come nelle parole dei fratelli Kant dimori un'idea di *Humanitas*: una *Humanitas* che
contrasta chiaramente con la barbarie della Germania nazista. Eppure, questa no-
zione di umanità è, secondo Benjamin, ancora limitata nelle sue ambizioni e aspi-
razioni dalla ristrettezza della cultura “illuminata” di cui è espressione. È quindi
con uno sguardo critico che, a distanza di quasi due secoli e mezzo, si deve ritor-
nare al pensiero di due filosofi come Kant e Filangieri.

Ritornare alle idee del cosmopolitismo, della pace come obiettivo del progres-
so umano non significa quindi eliminare la distanza che ci separa, nascondere le
contraddizioni o piegare le idee del passato alle necessità, o contingenze, del pre-
sente. Al contrario, tornare alle idee di grandi pensatori dell'illuminismo significa
proprio accettare la distanza, la differenza come cifra fondamentale di una vera
comprensione del passato e del presente.

* *Adjunct Professor* di Filosofia presso la Loyola University Chicago (JFRC).

¹ W. BENJAMIN, *Uomini tedeschi*, trad. di Clara Bovero ed Emilio Castellani, Adelphi, 1992, pp.
22-23.

Tornare criticamente alla filosofia dei nostri due autori si impone addirittura come un compito etico e non solo storico o filosofico. Se è vero, infatti, che questi due filosofi hanno contribuito a quella decisiva fase della storia materiale e spirituale europea che è stata il tardo illuminismo, non bisogna dimenticare che essi hanno con forza e ostinazione lottato per presentare e promuovere la loro adesione all'ideale repubblicano, a quello di un ordine civile guidato dalla ragione e del cosmopolitismo. La loro adesione a quegli ideali deve quindi esser riconosciuta non come un prodotto dei tempi in cui sono vissuti quanto come una precisa decisione filosofica ed etica.

Tornare a Kant e Filangieri oggi equivale ugualmente a una "decisione". Se comprendere, per usare un'espressione di Emilio Garroni, significa sempre ri-comprendere, allora riflettere "su e con" i nostri autori è un modo di riattivare idee, concetti e principi che hanno avuto un ruolo fondamentale nella storia europea e che sembrano oggi in molti casi assenti nel dibattito pubblico e intellettuale, fatto tanto più ingiustificabile se considerato nel cupo momento storico che attraversa il nostro continente.

Nelle pagine che seguono cercherò di mettere in luce una tensione interna al pensiero di Gaetano Filangieri e Immanuel Kant riguardo all'idea di una pace possibile. In particolare, proverò a mettere in evidenza, in entrambi i pensatori, la collisione tra una reale aspirazione pacifista e cosmopolita e la limitazione imposta da una lettura pragmatica dei rapporti di forza tra gli stati nel complesso quadro europeo del secondo Settecento.

La contraddizione di cui sopra è esemplificata plasticamente dall'istituto degli eserciti permanenti in Europa. Il problema degli eserciti permanenti (*miles perpetuus*), nelle loro diverse forme, rappresenta a mio avviso una perfetta cartina al tornasole per chi voglia comprendere, anche nei pensatori più risoluti, la contraddizione tra le alte aspirazioni di trasformazione dell'umanità e le battute d'arresto di fronte alla resistenza di quelle stesse istituzioni materiali che si è chiamati a cambiare.

2. *Ripensare una pace possibile oggi*

Quando si pensa all'idea di una pace possibile sulla quale, nonostante le notevoli differenze, Filangieri e Kant hanno riflettuto, si deve tener presente che, forse per la prima volta nella storia della civiltà europea, essi si rifacevano a una nozione di pace sostanzialmente secolarizzata: infatti, pur accettando la macro-

distinzione tra illuminismo moderato e illuminismo radicale², appare fuori di dubbio che la desiderata pace non coincide più con la nozione cristiana di *pax aeterna*.

La pace è ora pensata come il risultato di un meccanismo giuridico-razionale che gli Stati, per mezzo dei legislatori, devono istituire. Alla pace ricevuta direttamente dall'autorità divina o indirettamente tramite gli strumenti della provvidenza, si sostituisce una pace che è il prodotto di un meccanismo tra Stati. E tuttavia Kant e Filangieri si pongono il problema di come coniugare il fattore "umano" e contingente con quello istituzionale affinché la pace e una vita buona siano finalmente possibili, ben consapevoli, da un lato, che dalla sola riforma istituzionale alla pace nessuna semplice deduzione è sufficiente e, dall'altro, che senza una nuova idea di legislazione, di stato e di ordine internazionale nessuna riforma dell'uomo potrebbe resistere per più di una generazione. L'idea etica e politica di una pace come frutto della riforma al contempo dell'uomo e dello stato allora costituisce un obiettivo primario e le vie attraverso le quali agisce sugli eventi di quel tempo sono «complesse e tortuose come quelle della provvidenza»³.

Filangieri e Kant comprendono che il loro tempo si approssima a un punto di svolta⁴: la storia, diremmo oggi europea, è a un punto critico nel quale forse per la prima volta è possibile un miglioramento decisivo, anche se non definitivo, della vita degli uomini in società. In una storia europea segnata dalle guerre e in cui l'alternanza tra guerra e pace è considerata ineluttabile, lo sviluppo della ragione e la crescita dei principi repubblicani può forse rendere accessibile una nuova e pacifica forma di convivenza tra gli Stati.

Filangieri e Kant si muovono quindi non solo in questo solco e sulla spinta di molte idee propulsive del pensiero illuministico, ma hanno contribuito fortemente a modificare e rinvigorire la forza di quelle idee: tanto Filangieri quanto Kant hanno aderito all'illuminismo inteso come decisione ben più che come tradizione di pensiero. La *Scienza della legislazione*, da un lato, si presenta come il più importante e compiuto progetto di riforma giuridica, etica e politica dell'illuminismo italiano; dall'altro, la *Pace perpetua* costituisce il culmine etico-politico della traiettoria spirituale dell'*Aufklärung*, e forse dell'illuminismo nella sua totalità. Entrambi, nei rispettivi campi d'indagine e secondo le rispettive prospettive filosofiche, hanno raccolto la sfida storico-ideale dell'illuminismo. Da un lato, raccogliendo

² J. ISRAEL, *Una rivoluzione della mente. L'Illuminismo radicale e le origini intellettuali della democrazia*, trad. di Fulvia Tassini e Pietro Schenone, Einaudi, 2011, pp. 4-33.

³ F. VENTURI, *Pagine repubblicane*, Einaudi, 2004, p. VII.

⁴ Per un'analisi della "pace possibile" nell'Illuminismo tedesco vedi T.J. REED, *Scenes from a Unknown Enlightenment*, The University of Chicago Press, 2016, pp. 201-2016.

l'imperativo della modernità⁵, hanno colto la necessità di usare la conoscenza dell'uomo e della sua storia per trasformare il mondo e le regole secondo cui gli uomini vivono.

L'attenzione posta sul tema della legislazione e della forma repubblicana di governo dimostra, infatti, la matrice trasformativa, e non contemplativa, del pensiero di questi filosofi: l'intrinseca politicità della *Scienza della legislazione* e della *Pace perpetua* fanno tutt'uno con l'ambizione morale di rendere finalmente possibile una vita associata degli uomini che sia degna dei diritti e delle aspirazioni di cui sono portatori. Dall'altro, essi hanno elaborato il proprio progetto giuridico ed etico-politico non nello spazio vuoto inaugurato dalla nozione "cartesiana" di politica di Hobbes, ma in senso teleologico. Facendo proprio l'ottimismo metafisico⁶ dell'epoca hanno guardato alla propria fase storica come stadio critico e di svolta della storia e del progresso dell'umanità e quindi attraverso le lenti di un processo che teleologicamente⁷ conduce al pieno sviluppo delle capacità, razionali e morali, umane. Se l'umanità intera si approssima ad un punto critico della propria traiettoria etico-politica allora il progetto riformatore del filosofo non si presenta solo come proposta teorica ma come compito, sebbene ideale, da portare a termine.

Secondo le caratteristiche specifiche del tardo illuminismo, Filangieri e Kant hanno allora rinnovato la grande "scommessa" della filosofia: comprendere la struttura e la logica profonda della realtà e dell'uomo per trasformare il mondo, per dare ad esso una forma che sia degna dell'uomo. Così facendo essi hanno concepito il compito riformatore della filosofia non in senso puramente descrittivo ma come, ed essenzialmente, normativo. Riforma politica ed etica allo stesso tempo, non solo obiettivo concreto del presente ma passo fondamentale nel processo asintotico verso una società e umanità migliori.

L'ideale repubblicano che anima la *Scienza della legislazione* e la *Pace perpetua*, e quindi tanto la riforma delle istituzioni civili nazionali quanto la creazione di una libera federazione di stati, dà forza all'idea di un ordine umano sottratto alle ingiu-

⁵ Hobbes inaugura una nuova idea di politica e stato in senso moderno: la politica come strumento secondo l'imperativo "exeundum e stau naturae".

⁶ In Filangieri e ancor più in Kant questo ottimismo metafisico è fortemente controbilanciato da una "antropologia" negativa. L'ottimismo finalistico sui progressi dell'uomo è compensato da una visione tutt'altro che naïve della natura umana, il cui "legno storto" resta sempre un fattore ineliminabile in tutte le vicende storiche.

⁷ È alla luce di questa visione teleologica, ancorché non dialettica, della storia che gli sforzi filosofici di Filangieri e Kant assumono un significato più completo: è solo di fronte alla contingenza storica compresa come possibile "punto di svolta" per l'umanità che i loro progetti di riforma assumono il carattere concreto di un compito.

stizie del vecchio regime e apre, almeno idealmente, la via a una comunità umana globale sotto l'autorità della ragione. Il repubblicanesimo si presenta quindi sia come grimaldello per scardinare sistemi politici e giuridici che hanno frustrato le universali aspirazioni umane sia come progetto di una comunità di uomini che si estende oltre i limiti dello stato. Il cosmopolitismo settecentesco inaugura, seppur solo in modo ancora congetturale, l'idea che gli uomini godano di diritti globali, di diritti che si estendono oltre la specifica comunità nazionale di appartenenza e quindi l'idea di una nuova forma di cittadinanza.

Repubblicanesimo e cosmopolitismo sono quindi, certamente, uno strumento per rispondere alle esigenze storiche e spirituali dell'epoca ma anche per delineare il progetto di una umanità che si estende molto al di là di essi. Anche in virtù del loro nesso necessario con l'idea di un ordine interazionale pacifico⁸, quei due ideali sono quindi un modo di cogliere la contingenza, si potrebbe dire, senza rimanerne intrappolati. Quanto il "raggio" dell'illuminismo, per tornare all'espressione di Benjamin, si estende al di là della mera contingenza storica è qualcosa che nell'uomo contemporaneo non può non suscitare una sincera ammirazione. E ancor più straordinariamente, i nostri due filosofi hanno sostenuto l'idea di una pace possibile e i principi ispiratori del cosmopolitismo proprio e nonostante la figura dello spirito del cosmopolitismo stesse già tramontando e lasciando la via a quelle idee di nazione e nazionalismo che avrebbero dominato buona parte della politica europea nel secolo che si annunciava.

Volgendo, per un attimo, lo sguardo alla contingenza storica in cui viviamo oggi, non si può non notare come l'idea di un ordine internazionale pacifico sia spesso considerata la cifra di una politica ingenua, di una filosofia che non comprende le logiche profonde della geopolitica e dello schema amico-nemico. Per molto tempo il dibattito pubblico si è concentrato su temi importanti come la tolleranza, l'inclusione e la sostenibilità, relegando la pace a semplice corollario. Forse l'opinione pubblica, si potrebbe pensare, si è talmente abituata a un mondo co-

⁸ Il cosmopolitismo di Kant e Filangieri si colloca, a mio avviso, al di là della logica di Bastiat del "se su di un confine non passano le merci, vi passeranno i cannoni". Essi certamente condividono lo spirito commerciale della loro epoca e della classe sociale emergente, ma la loro idea cosmopolitica non si fonda sul libero mercato in senso moderno. Non c'è alcuna garanzia, né logica né giuridica, infatti che l'estensione del libero commercio faccia rispettare il diritto cosmopolitico, cioè l'idea di una comune appartenenza a una comunità sovranazionale. Il colonialismo e il neocolonialismo ne sono la conferma. I principi fondamentali del progetto cosmopolitico moderno come il diritto d'asilo e di visita si collocano, infatti, a metà tra morale e diritto: "oltre" la morale perché sono previsti dal diritto; "meno" del diritto pubblico perché non esiste alcuna autorità dotata di potere coercitivo che li faccia rispettare. E tuttavia il progetto cosmopolitico non è riducibile o assimilabile al libero mercato globalizzato, neanche nella sua eccezione più equa.

stantemente in guerra da non considerare quello della pace come un tema vitale: la pace non è, o non è stata, una priorità per molto tempo ed è spesso stata sostituita da quella della sicurezza.

Guardando la politica contemporanea prendiamo atto del fatto che la sicurezza, e non la pace, sia considerata una vera e propria priorità. La sicurezza è in molti casi un concetto unilaterale ed esclusivo, dal momento in cui si accetta che la propria sicurezza sia inevitabilmente ottenuta a danno degli altri; al contrario, la pace è un concetto universale e cosmopolitico, poiché delinea un ordine che promuove la “tranquillità”, il godimento dei diritti fondamentali e la piena fioritura di tutti gli esseri umani. L’enfasi sulla sicurezza è indicativa non solo di un restringimento del concetto di pace, ma anche della capacità di immaginare e aspirare a un ordine intersoggettivo e interstatale migliore e più giusto, preferendo limitarsi a evitare una catastrofe per un gruppo specifico di persone in uno specifico luogo. Restringere la portata dei concetti, delle politiche e delle discussioni a lungo andare riduce anche la nostra capacità di pensare e immaginare un ordine diverso di quello che abbiamo davanti agli occhi. Abbiamo bisogno di un “orizzonte”⁹ lungo per contrastare il «fiato corto»¹⁰ del pensiero politico contemporaneo, un orizzonte in cui immaginare una società diversa: Kant e Filangieri hanno elaborato i propri progetti filosofici come aspirazione (etica, estetica, politica, giuridica...) a un ordine diverso da quello esistente.

Questo ambizioso sforzo filosofico, con tutti i suoi rischi di fallimento¹¹, è almeno una risposta all’idea che un ordine internazionale pacifico, anche se limitato al continente europeo, sia stato l’errore di una società “postmoderna” in un mondo moderno, l’errore di una società che ha considerato “a priori” l’uso della forza inaccettabile. Argomentazioni di questo tipo sono spesso portate avanti da chi pensa di giudicare gli eventi odierni da una visione puramente tattica o strategica, in cui le miserie e le aspirazioni dei popoli tendono inevitabilmente a scomparire dietro le supposte ragioni geopolitiche o di chi, guardando retrospettivamente alla storia umana, si limiti a ravvisare nelle pene provocate della guerra uno stato di cose tristemente inaggrabile e il prodotto di una incompatibilità “organi-

⁹ Richiamo qui la polarità di base tra ciò che Koselleck chiama “spazio d’esperienza” e “orizzonte d’attesa”. Per “spazio d’esperienza” bisogna intendere l’insieme delle eredità del passato in cui le tracce sedimentate costituiscono le fondamenta sul quale poggia una possibile svolta storico-culturale. Allo spazio d’esperienza si oppone un orizzonte d’attesa sul quale si proiettano le previsioni, anticipazioni, le speranze e utopie, che danno un contenuto al futuro storico. La dialettica tra questi due poli è ciò che assicura la dinamica della coscienza storica.

¹⁰ L’espressione «fiato corto» è tratta da *Bentham, Fichte, Kant, Madison, Penn, Rousseau, Abbé de Saint Pierre filosofi per la pace*, a cura di D. Archibugi e F. Voltaggio, Editori Riuniti, 1991, p. LIV.

¹¹ È qui il caso di ricordare le parole di Erasmo «Naufragium feci, bene navigavi».

ca¹² degli uomini con la vita civile nella sua pienezza. Nel dibattito europeo contemporaneo si pone spesso il seguente dilemma: l'Europa deve decidere quale ruolo svolgere nel mondo contemporaneo, cioè se essere un club elitario¹³ o essere un grande attore geopolitico.

Ecco allora una domanda che si impone oggi con assoluta urgenza: come ripensare un ordine tra gli uomini che sia razionale e pacifico? La guerra in Europa, la debolezza delle democrazie liberali occidentali, la crisi migratoria e le crescenti restrizioni alla libera circolazione delle persone rendono ineludibile e imperativo il compito che abbiamo davanti. Siamo in grado di concepirci come legati all'intera comunità degli esseri umani e allo stesso tempo cittadini di una specifica comunità nazionale? Esiste un'incompatibilità tra le due cose?

3. *Filangieri e la riforma degli eserciti permanenti*

Le radici locali e le grandi idee dell'Europa non possono mai esser separate¹⁴.

Per comprendere la posizione di Filangieri rispetto all'istituzione degli eserciti permanenti in Europa, e in particolare, nel Regno delle Due Sicilie è necessario innanzitutto chiarire brevemente il quadro generale delineato nella *Scienza della Legislazione*. Mossa senza dubbio dal profondo disagio di molti intellettuali europei verso l'ingiustizia incarnata dalle istituzioni del passato e del presente, la *Scienza* si pone come obiettivo quello di progettare, con uno sguardo sinottico ai sistemi

¹² Così scrive Freud, in una famosa lettera del 25 novembre 1914, a Lou Andreas Salomé: «Non ho dubbi che l'umanità riuscirà a rimettersi anche da questa guerra; tuttavia, so per certo che né io né i miei contemporanei rivedremo mai più un mondo felice. Tutto è troppo orribile; ma quel che è più triste è che le cose vanno esattamente come avremo dovuto immaginarle in base a quanto le attese suscitate dalla psicoanalisi ci hanno insegnato sugli uomini e sul loro comportamento. È questo atteggiamento nei confronti del genere umano ad avermi sempre impedito di condividere il Suo sereno ottimismo. Nel segreto del mio animo ero giunto alla conclusione che, se ravvisiamo nella nostra civiltà attuale, che è di tutte la più elevata, soltanto una gigantesca ipocrisia, è evidente che non siamo organicamente idonei per questa civiltà. Non ci resta che abdicare, e il Grande Sconosciuto, persona o cosa, che si nasconde dietro al Fato, ripeterà in futuro l'esperimento con un'altra razza». La citazione è tratta da S. FREUD, A. EINSTEIN, *Perché la Guerra?*, trad. di Cesare Musatti, Silvano Daniele, Sandro Candreva e Ermanno Sagittario, Bollati Boringhieri, p. 8.

¹³ Su questo punto e sulla natura del cosmopolitismo kantiano vedi L. CARANTI, *La pace fraintesa. Kant e la teoria della pace democratica*, Rubbettino, 2012, pp. 27 ss.. Mi pare convincente la tesi di Caranti sul carattere "non esclusivo" del cosmopolitismo kantiano, in contrapposizione alla tesi esposta da Micheal Doyle nel noto saggio *Kant, Liberal Legacies and Foreign Affairs* del 1983.

¹⁴ F. VENTURI, *Pagine repubblicane*, Einaudi, 2004, p. 3.

giuridici del presente e del passato, una società che smantelli l'ordine esistente e l'assetto sociale che ne è il prodotto: una «utopia scientificamente costruita»¹⁵, che nel delineare un sistema giuridico per la società che deve venire esprime indirettamente un'aspra critica dello status quo. L'idea, comune in tutti gli spiriti illuminati del tempo, è quella di sostituire all'arbitrio dei governanti il governo della legge, i cui principi derivano dalla ragione e non da ignoranza, superstizione e prevaricazione. Sull'onda della rivoluzione americana, tra i pensatori del vecchio continente, repubblicanesimo e spirito anti-inglese conducevano sempre più all'idea di una pace possibile, come sovvertimento del modo in cui i governanti avevano fin a quel punto concepito l'esercizio del potere sovrano.

Quel tiepido riformismo che aveva proceduto, anche nel caso dei sedicenti regnanti illuminati, sempre dall'alto verso il basso non aveva potuto scalfire né la politica degli equilibri in Europa né aveva voluto mettere in discussione la guerra come strumento sempre accessibile a chi detenga il potere. Il pensiero politico aveva forse potuto spostare l'accento sulle virtù di una buona legislazione ma non aveva potuto ancora mettere in discussione il costante ricorso alla forza nella risoluzione delle contese. La simpatia per la causa delle tredici colonie si accompagnava alla critica al dispotismo inglese, sempre attratto dalle ricchezze degli altri Paesi e principale ostacolo all'idea cosmopolitica¹⁶ della libertà degli uomini e delle merci. È in questo quadro generale che Filangieri, nel libro II della *Scienza della legislazione*¹⁷, affronta direttamente la questione degli eserciti permanenti e del loro ruolo nel consesso europeo.

Un milione e dugento mila uomini compongono lo stato ordinario delle truppe in Europa quando il mondo è in pace. Questi non sono altro che un milione e dugento mila uomini destinati a spopolare l'Europa colle armi nel tempo di guerra e col celibato durante la pace. Essi son poveri ed impoveriscono gli Stati. Essi mai difendono le nazioni al di fuori, ma l'opprimono nell'interno. Noi manteniamo più

¹⁵ G. FILANGIERI, *La luminosa virtù. Un'idea di costituzione nel Mezzogiorno del Settecento*, Donzelli, 2017, p. X.

¹⁶ «Tutte le nazioni», scrive Filangieri, «si riguardino come una società unica, tutti i membri della quale abbiano eguali diritti di partecipare ai beni di tutte le altre» (G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, Edizioni della laguna, 2004, I, II, p. 178). Cfr. P. FRANCESCHINI, *La "tranquillità" in Filangieri e la "pace perpetua" in Kant: diritto e morale nella filosofia europea di fine Settecento*, in G. ACOCELLA, F. MARINO, *Del diritto delle genti e delle sue trasformazioni. Momenti di storia dell'etica sociale e politica, morale nella filosofia europea di fine Settecento*, Itinerari sociali, 2003, pp. 102-103.

¹⁷ Per il testo originale vedi G. FILANGIERI *La Scienza della legislazione*, cit. Libro II, *Delle leggi politiche ed economiche*, Capo VII, *Stato presente delle truppe d'Europa: quint'ostacolo della popolazione*, pp. 61-76.

truppe in tempo di pace che non ne mantenevano i più grandi conquistatori allorché facevano la guerra a tutte le nazioni del mondo¹⁸.

In questo passo Filangieri coglie acutamente il paradosso che sorregge l'apparente equilibrio europeo: egli lo definisce un "errore di calcolo", poiché il costo ingentissimo del mantenimento degli eserciti non solo costituisce un evidente ostacolo verso il miglioramento delle condizioni di vita degli uomini all'interno dei singoli stati ma non apporta alcun vantaggio verso l'esterno. La corsa agli armamenti¹⁹, per usare un'espressione a tutti nota, ha finito per ridurre a zero la sicurezza anche di coloro che hanno investito in quel settore una gran parte delle finanze pubbliche. Utilizzando come controesempio i sistemi militari dell'antica Grecia e Roma, Filangieri si colloca nel solco della nozione di cittadino-soldato centrale nella filosofia di Rousseau: a differenza dei soldati di professione i cittadini difendono, con la più alta motivazione, la propria patria solo in caso di guerra e superato l'estremo pericolo tornano alla vita civile. Nessuno in Europa, dice Filangieri, prima del re francese Carlo VII avrebbe mai conservato in tempo di pace gli eserciti che servivano la patria in tempi di guerra. Quella radicale trasformazione del sistema militare si è presto espansa all'intero continente.

I governanti europei anziché allearsi contro il militarismo francese hanno immediatamente e scelleratamente adottato la stessa politica, costringendosi di fatto a difendersi da nazioni in uno stato di "guerra perpetua": «ciaschedun popolo si armò, non per essere in guerra ma per vivere in pace». L'Europa si presenta quindi come un unico "quartiere d'inverno" e anche in tempo di pace lo spettacolo è quello della guerra. L'inutile moltitudine di soldati dilapida di fatto le sostanze pubbliche e riduce la possibilità che i popoli crescano²⁰ e progrediscano. Così facendo i governanti hanno creato centinaia di migliaia di mercenari e un perenne stato di insicurezza e instabilità.

Secondo Filangieri, infatti, da un lato la comunicazione dei popoli è ormai universale e nessun re o principe può ammassare eserciti senza che gli altri stati lo sappiano; dall'altro, la presenza di truppe perpetue non garantisce neanche la sicurezza interna. Sono la giustizia e l'umanità dei principi che oggi governano gli uomini e forniscono "uno scudo" contro le sommosse interne: i popoli civili so-

¹⁸ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., p. 78.

¹⁹ Lo stesso tipo di argomentazione di può trovare in più passaggi della *Pace perpetua* di Kant. L'opinione di Filangieri e di Kant è che la crescita degli eserciti e delle spese militare può facilmente portare a "guerre brevi", cioè condotte per ridurre il potere militare degli Stati avversari. Questo conduce però, come sappiamo, a una spirale negativa che allontana la società europea dalla pace.

²⁰ Filangieri usa il termine "antropofagia" per indicare come l'allontanamento forzato degli uomini dalle proprie case impedisca la crescita della popolazione, oltre che danneggiare l'economia.

no guidati dalle leggi e dalla giustizia e la tranquillità pubblica non trova alcun vantaggio nell'autorizzare l'uso di truppe perenni. Il fine del legislatore e di chi governa non è quello di opprimere e controllare i sudditi ma di promuovere la felicità del popolo: in esplicita polemica con Machiavelli e in sintonia con i principi della rivoluzione americana, Filangieri afferma che lo spirito della sedizione non troverà spazio tra i membri di una società felice e che è dunque inutile «innalzare un argine contro un torrente che non può nuocerci»²¹.

In queste pagine traspare chiaramente l'ideale repubblicano di Filangieri, poiché la giustizia guida i popoli civili promuovendo le loro libertà e capacità laddove i principi, maneggiando maldestramente strumenti dispotici, finiscono spesso per danneggiare se stessi e il proprio popolo.

Persuadiamoci: non ci è sicurezza per i principi fuori della virtù, dell'amore de' popoli, della moderazione del governo, della saviezza delle leggi e della loro religiosa osservanza. Il solo tiranno, privo di questi mezzi, ha bisogno di una truppa di mercenari che lo difenda da un popolo sempre irritato e oppresso; ma chi lo difenderà da' suoi difensori? Egli deve esserne o lo schiavo o la vittima²².

Attraverso l'esempio della guardia pretoriana a Roma, Filangieri contrappone tanto la sicurezza di chi governa secondo le leggi alle insidie di chi si affida al potere militare, quanto il valore e la forza del cittadino-soldato all'ozio e alla mollezza del mercenario. Nessun vantaggio può esser ottenuto dall'istituzione degli eserciti permanenti se si confronta la motivazione del libero cittadino all'incerto guadagno del mercenario. A ciò, scrive Filangieri, un saggio legislatore può e dovrebbe porre rimedio. È a questo punto che, cedendo forse un po' alla retorica del patriottismo settecentesco, Filangieri inizia a presentare il suo progetto di riforma, la sua alternativa agli eserciti permanenti. Secondo Filangieri a una nazione basterebbe poter contare su trecentomila combattenti: si tratterebbe non di mercenari, ma di liberi cittadini sempre pronti a difendere la propria patria davanti alla minaccia esterna²³. Questo libero esercito di liberi cittadini sarebbe sufficiente, purché adeguatamente preparato e stipendiato dallo stato, a difendere la nazione in caso di guerra e a «farla rispettare in tempo di pace».

²¹ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., p. 82.

²² Ibid., p. 83.

²³ Ibid., p. 86: «in tempo di guerra le deserzioni sarebbero più rare, perché un cittadino che ha proprietà, che ha moglie, che ha figli, non lascia così volentieri il suo posto come lo fa un mercenario, al quale torna sempre conto di rivendere la sua persona ad un altro principe e che non perde niente perdendo la patria».

Trecentomila combattenti volontari difenderebbero la propria patria senza esser trascinati dalla forza, convinti col denaro o destinati così dalla sorte. Un esercito così progettato potrebbe, scrive Filangieri, garantire la sicurezza esterna e la tranquillità interna. Una simile riforma cambierebbe la vita in Europa e «l'evidenza della verità» fa sperare che il giorno della sua realizzazione si stia avvicinando.

Chi sa, dunque, se un giorno la moderazione de' principi soddisferà i voti d'un oscuro politico intraprendendo una riforma che potrebbe far mutar d'aspetto l'Europa? [...] dovranno forse i sospiri dell'uomo virtuoso per la prosperità delle nazioni costantemente perire, nel mentre che quelli dell'ambizioso e dell'insensato sono così spesso soddisfatti e secondati dalla sorte? No, i progressi delle cognizioni utili hanno oggi ingentiliti i troni. Pare che la politica illuminata dalla ragione abbia cominciato a far conoscere a' principi che la sola felicità de' popoli che si governano deve determinare l'uso dell'autorità. Essi sanno che la forza è l'istrumento di colui che vuol regnare sopra una nazione di schiavi, ma che le buone leggi, la moderazione, la dolcezza sono le sole catene che uniscono i veri cittadini al sovrano²⁴.

Nel passo appena citato sono plasticamente rappresentati due capisaldi del pensiero filangieriano: da un lato, le speranze dell'uomo virtuoso non resteranno frustrate ancora a lungo se è vero che i "progressi" della conoscenza e l'autorità della ragione hanno già iniziato da tempo a "ingentilire" coloro che governano; dall'altro, il nesso tra l'uso legittimo della forza e la felicità dei popoli come obiettivo da conseguire. In un ribaltamento dell'espressione hobbesiana, Filangieri afferma che le buone leggi e la moderazione sono le sole "catene" che uniscono il potere sovrano a un popolo di cittadini e non di schiavi.

L'accento è posto sul progresso conoscitivo, non come pia illusione né come mera contingenza, ma come interpretazione della cifra essenziale del momento storico e dallo stadio di sviluppo raggiunto dalla civiltà europea. Si coglie con assoluta vividezza la consapevolezza storica di approssimarsi a una passaggio decisivo della traiettoria umana dalla barbarie prepolitica e precivile al pieno dispiegamento delle capacità dell'uomo: conquiste, rimaste inaccessibili e perfino impensabili per la grande maggioranza dell'umanità passata, appaiono forse per la prima volta a portata di mano e il dovere del riformatore, inserito nel quadro della filosofia della storia illuminista²⁵, è di tradurre in termini concreti ciò che è rimasto fino ad ora sul piano

²⁴ Ibid., p. 88.

²⁵ Per Cassirer, la filosofia della storia non impedisce alle menti più acute dell'illuminismo di

solo ideale. Infatti, «quella nazione che sarà la prima a metterla in esecuzione [la riforma degli eserciti], sarà la prima a sentirne i vantaggi».

E tuttavia, alla fine della propria proposta di riforma degli eserciti permanenti, Filangieri si sofferma brevemente sul tema della flotta militare e sul dominio del mare. Il mare costituisce infatti un “territorio comune”, sul quale tutte le nazioni hanno gli stessi diritti e che, quindi, dovrebbe esser sottratto al dominio di poche. Poiché dal mare possono venire ai popoli vantaggi e sciagure in egual misura è necessario disporre di forze tali che possano garantire e conservare la “libertà generale”. Filangieri non è certamente il primo a ritenere che, al fine di difendere la libertà generale dal dominio inglese, il mare debba esser presidiato militarmente, cionondimeno è possibile percepire una tensione, sebbene non vera contraddizione, tra la proposta di riforma degli eserciti permanenti e quella di aumentare gli stanziamenti per la marina militare. «La marineria militare», scrive Filangieri, «converrebbe dunque innalzare sulle ruine delle truppe di terra. Queste cagionano, [...], la miseria de’ popoli senza difenderli, e quella li difende, non solo senza impoverirli, ma arricchendoli»²⁶. Sulle “ruine” delle truppe di terra dovrebbe innalzarsi quindi una flotta militare.

In questo caso, Filangieri fa sì riferimento al mare come territorio in cui debba essere conservata la libertà di tutti, ma non si fatica a riconoscere oltre la libertà generale l’interesse di parte. Se si considera la collocazione del Regno delle Due Sicilie, l’articolazione della sua economia e la limitazione dei suoi particolari interessi economici, legittimi o no, che deriva dal mancato controllo del mare, allora l’idea di potenziare la flotta militare assomiglia al tentativo di modificare gli equilibri commerciali a proprio vantaggio facendo ricorso alla forza la quale è, in assenza di organismi terzi e sovrastatali, sempre arbitraria.

Questa conclusione sulla marina militare non intende far altro che illuminare un aspetto che lo stesso Filangieri non approfondisce in queste pagine. Egli sottolinea in un paio di occasioni i benefici economici che una nazione può ottenere dallo sviluppo della propria marina militare ma non si sofferma, come fatto nel caso delle truppe di terra, sulle risorse pubbliche da destinare a questa impresa. Si ha dunque l’impressione, leggendo tra le righe il testo filangieriano, che il diverso giudizio sui due tipi di eserciti, quello di terra e quello di mare, sia la conseguenza del parziale spostamento d’accento dal piano cosmopolitico a quello degli interes-

sviluppare una vera coscienza storica della propria epoca. Vedi E. CASSIRER, *La filosofia dell’Illuminismo*, Cap. V, Ghibli, 2019.

²⁶ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., p. 89. Egli poi aggiunge: «non è questo il tempo da scrivere tutt’i vantaggi che recherebbero ad una nazione i progressi della marineria militare».

si mercantilistici di una parte. Sotto il cappello della “libertà generale”²⁷ si può intravedere, quindi, la difesa armata di interessi economici particolari, giacché il dominio di altre potenze e l'insicurezza dei mari costituiva un reale impedimento per la crescita e prosperità del popolo del meridione.

La tesi di Filangieri, da un lato, può essere vista come la denuncia del fenomeno della pirateria quale ostacolo al libero commercio, inteso come veicolo di prosperità e pace. Il commercio rappresentava agli occhi di Filangieri uno strumento fondamentale tramite il quale tanto l'autonomia delle nazioni quanto la consapevolezza della loro mutua dipendenza potevano finalmente venire sanciti in un ordine cooperativo e pacifico. Per questo motivo, egli riteneva la pirateria una delle cause del permanente stato di guerra nel Mediterraneo, un crimine contro il diritto delle genti e quindi un vero nemico dell'umanità. D'altra parte, l'idea di prosperità e libero commercio di cui Filangieri si faceva promotore includeva, non solo dal punto di vista degli interessi del Regno della Due Sicilie, la messa in discussione di alcuni rapporti di forza tra le grandi potenze marittime europee: una messa in discussione la cui “sfera d'azione” si estendeva, per profondità e portata, ben al di là del solo fenomeno della pirateria e chiamava in causa anche gli equilibri nel Vecchio Continente.

Quest'ultimo punto ricorda le difficoltà, nell'Europa del tardo Settecento come in quella contemporanea, di conciliare un genuino punto di vista pacifico e cosmopolitico con i confliggenti interessi economici degli Stati, quasi sempre risolti in ultima istanza da rapporti di forza diseguali.

4. *Kant e la Pace perpetua. L'idea normativa di pace e le sue contraddizioni*

Se si osserva la *Pace perpetua* e il pensiero politico kantiano in generale, è facile notare che essi oscillano tra due polarità: da un lato, il carattere normativo della filosofia trascendentale e, dall'altro, il pragmatismo realista che contraddistingue parte della concezione politica di Kant. Quella grande rivoluzione europea che il “radicale” Rousseau aveva ritenuto impossibile viene invece lasciata in dono dalla storia al ben più “moderato” filosofo di Königsberg: posto al cospetto dell'evento

²⁷ Seppur in modo radicalmente diverso dal neoliberalismo contemporaneo, anche nel liberalismo classico, di cui tanto Filangieri quanto Kant sono espressione, si presentava *in nuce* la complementarità tra apertura delle frontiere e libero movimento di uomini e merci, da un lato, e uso della forza e possibili effetti securitari dell'altro. Nel liberalismo di cui i due nostri pensatori sono espressione però economia e politica erano ancora due ambiti distinti e l'economia era ancora considerata, indirettamente, una parte della filosofia pratico-morale.

destinato a cambiare il corso della storia europea e sovvertire un equilibrio durato un secolo e mezzo, Kant è costretto a mettere alla prova il proprio pensiero filosofico in modo inedito, mostrando tanto la forza della propria filosofia quanto i limiti della cultura di cui essa è espressione.

È un'idea, un'idea morale, che spinge alla riforma e a un ordine internazionale secondo il diritto, in questo disegno di un ordine politico senza precedenti che Kant aveva riferito a Rousseau e a Platone. Kant si riferisce ai *Phantast* – contrapposti agli *Schwärmer* –, a coloro che non vaneggiano ma sanno immaginare un ordine di cose inedito, a coloro che sanno farsi guidare da un'idea verso qualcosa che nell'esperienza non è ancora dato. È questa la parte propulsiva della filosofia trascendentale, animata da un normativismo che non si limita a descrivere i fenomeni, ma ne stabilisce le condizioni di possibilità e, sul terreno morale, stabilisce obiettivi che è necessario perseguire senza eccezioni.

Kant, però, non si fa illusioni: tutta la filosofia trascendentale si gioca su questa differenza e tensione tra fenomeni e noumeni, tra idee ed esperienza, e anche il suo pensiero politico presenta questa tensione tra ciò che la ragione comanda e ciò che le condizioni contingenti permettono. La tensione è sempre sul “punto di proporzione”²⁸ tra elementi a priori e a posteriori e, nella politica intesa come diritto “calato” nella storia, cioè come idee applicate alle circostanze reali, presenta plasticamente questo contrasto mai risolto. La pace perpetua, ammette Kant, è probabilmente un'idea irrealizzabile, «freilich eine unausführbare Idee», ma la ragione ci impone di perseguirla con il suo veto irresistibile: non ci deve essere guerra. Non si tratta quindi di un'utopia nel senso moderno del termine²⁹, ma di un comando morale che si presenta sotto forma di idea regolatrice, e di una meta alla quale è necessario avvicinarsi il più possibile. La pace perpetua non è un'idea vuota³⁰, come hanno creduto alcuni pensatori realisti di oggi e di ieri, ma un «compito», innanzitutto del pensiero.

Se è un **dovere** e se è anche una fondata speranza l'attuazione di uno stato di diritto pubblico, anche solo per la via progressiva, indefinita approssimazione, allora la *pace perpetua*, che prenderà il posto di quelli che fino a ora sono stati falsamente denominati trattati di pace (propriamente, armistizi) non è **un'idea vuota**,

²⁸ Il punto di proporzione tra principi a priori e dati a posteriori si traduce, nel caso della politica, nella tensione irrisolvibile tra il principio normativo della ragione e la natura contingente della realtà storica.

²⁹ Per questo tema vedi B. BACZKO, *L'Utopia. Immaginazione sociale e rappresentazioni utopiche nell'età dell'Illuminismo*, trad. di Margherita Botto e Dario Gibelli, Einaudi, 1979, pp. 157-180.

³⁰ Per l'idea di *pax kantiana* vedi G. ZÖLLER, *Pax kantiana. La pace perpetua in filosofia*, In G. RAMETTA (a cura di), *Filosofia e guerra nell'età dell'idealismo tedesco*, FrancoAngeli, 2003, pp. 51-64.

bensi un compito che, assolto per gradi, si avvicina sempre più al suo adempimento (poiché è da sperare che divengano sempre più brevi i periodi di tempo nei quali conseguiranno simili progressi)³¹.

Il punto cruciale per Kant non è se la pace perpetua sia “reale o meno”, ma agire come se, “*als ob*”, fosse una cosa reale³². La forza della norma kantiana mostra come un’idea possa essere dotata di una forza sufficiente a mettere in moto un processo storico nonostante le numerose condizioni avverse. Se è vero che Rousseau è la “figura sullo sfondo” della Rivoluzione francese, molti hanno visto nella filosofia trascendentale il correlato ideale della rivoluzione o in quest’ultima il correlato empirico di ciò che Kant postulava con la sua filosofia morale basata sull’autonomia del soggetto e sul comando della legge morale.

L’assolutezza³³ dell’idea di pace perpetua è intesa come principio motore di una trasformazione etico-politica che tende asintoticamente alla realizzazione di un nuovo ordine internazionale governato dalla ragione. Quando, dunque, si archivia frettolosamente il successo letterario della *Pace perpetua* sotto la voce del suo fallimento filosofico-politico, bisogna tenere presente che Kant scriveva proprio al passaggio tra due fasi fondamentali della civiltà europea: il cosmopolitismo, forse in anticipo rispetto alle condizioni politiche della sua effettiva realizzazione, era, per così dire, una forma dello spirito che stava già tramontando, contrastata dalle nuove posizioni del Romanticismo e dall’emergente spirito nazionalistico.

Nel suo difficile equilibrio tra normativismo e pragmatismo, la visione cosmopolitica kantiana, in quanto compimento originario delle aspirazioni etico-politiche dell’Illuminismo, non si proponeva di descrivere in termini strumentali come realizzare un nuovo stato di cose – la *Pace perpetua* non è un vero e proprio trattato tra Stati –, ma un obiettivo come compito dell’umanità. Infatti, la pace universale è il «fine ultimo della dottrina del diritto considerata nei limiti della sola ragione!», cioè il fine ultimo di ciò che la ragione può pensare degli uomini in generale come soggetti a leggi pubbliche. In Kant, almeno in parte nella *Pace perpe-*

³¹ I. KANT, *Per la pace perpetua, Un progetto filosofico*, in I. KANT, *Scritti di storia, politica e diritto*, trad. di Filippo Gonnelli, Laterza, 1995, p. 204 (VIII, 386, grassetto aggiunto): «Wenn es Pflicht, wenn zugleich gegründete Hoffnung da ist, den Zustand eines öffentlichen Rechts, obgleich nur in einer ins Unendliche fortschreitenden Annäherung wirklich zu machen, so ist der ewige Friede, der auf die bisher fälschlich so genannte Friedensschlüsse (eigentlich Waffenstillstände) folgt, keine leere Idee, sondern eine Aufgabe, die, nach und nach aufgelöst, ihrem Ziele (weil die Zeiten, in denen gleiche Fortschritte geschehen, hoffentlich immer kürzer werden) beständig näher kommt».

³² Vedi M. MORI, *La pace e la ragione. Kant e le relazioni internazionali: diritto, politica storia*, Il Mulino, 2008, pp. 52 e ss..

³³ Ibid., p. 51.

tua, le relazioni internazionali non sono interamente, come per Hobbes, fondate sul bisogno di “sicurezza”, ma su quello di pace, cioè di un ordine cosmopolitico pacifico. Kant sa ovviamente che per rendere possibile la pace perpetua è necessario non solo mostrarne il fondamento razionale, cioè il diritto come costruzione della ragione pratica e la pace universale come suo compimento, ma anche provare il fondamento della sua efficacia³⁴. È in questa tensione che la distinzione tra *lex stricta* e *lex lata* gioca il suo ruolo decisivo.

Ora, è noto che Kant abbia una visione riformista e gradualista della politica, una visione pienamente in linea con la sua filosofia della storia. Come conciliare, però, ciò che la ragione comanda inflessibilmente, cioè ciò che vale come “razionale”, e ciò che la temporalità della politica richiede? Kant trova la soluzione nella nozione di *lex lata* o *permissiva*, cioè una legge comandata dalla ragione che tuttavia prevede un differimento della sua applicazione. Il progetto di una pace perpetua non è pensabile, a mio avviso, se non all'interno di questo quadro generale, poiché il concetto di *lex permissiva* è lo strumento-dispositivo che giustifica giuridicamente e filosoficamente il riformismo del progetto kantiano della *Pace Perpetua*³⁵. Lo strumento concettuale della *lex permissiva* non modifica l'obbligo, ma i modi e i tempi in cui esso viene adempiuto così da attendere le giuste condizioni storiche, «se non si vuole che tutto vada perduto»³⁶. Kant cerca così di fondare il suo riformismo, opposto in teoria alle tendenze rivoluzionarie, su ragioni giuridico-razionali e non – o non solo – sulla prudenza politica. Si tratta allora di mostrare come, nella *Pace perpetua*, ciò che la ragione comanda possa essere rimandato senza contraddizioni. Il riformismo di Kant, come ricorda Mori, è sempre sospeso tra speranza e paura.

L'assunzione del potere assoluto, che da Hobbes e Rousseau arriva fino a Kant, pur privato dell'arbitrio tipico del primo e della tendenza rivoluzionaria del secondo, è espressione di un riformismo che, da un lato, non si allontana dal modello del sovrano illuminato (o autodichiarato tale) e, dall'altro, rimane cieco o indifferente alle ragioni materiali (strutturali) e non solo formali (sovrastutturali) che rendono le società settecentesche ancora sostanzialmente ingiuste e antidemocratiche. Il modello del sovrano illuminato, tipico dell'*Aufklärung*, si basava ancora sul

³⁴ Cfr. G. CAVALLAR, *Kant's Embedded-Cosmopolitanism. History, Philosophy, and Education for World Citizens*, De Gruyter, 2015, pp. 21-48.

³⁵ Senza l'istituto filosofico-giuridico della *lex permissiva*, infatti, il riformismo kantiano sarebbe impossibile, se non addirittura contraddittorio.

³⁶ I. KANT, *Per la pace perpetua*, cit., p. 176 (VIII, 357: «wenn nicht alles verloren werden soll»). Cfr. *Ibid.*, p. 189 (VIII, 373).

presupposto che un sovrano illuminato o l'influenza dei filosofi e dell'Illuminismo potessero da soli produrre le riforme di cui la società aveva bisogno³⁷.

È quindi in questo contesto generale che si collocano gli articoli preliminari della *Pace perpetua*. I sei articoli preliminari sono condizioni preparatorie della pace, ovvero condizioni che, se applicate, impediscono che l'ordine delle relazioni internazionali attuale renda impossibile la pace in futuro. Attraverso di essi, inoltre, è resa possibile l'applicazione dei tre articoli definitivi, da cui dipende l'esistenza stessa di un ordine internazionale pacifico. Kant distingue i sei articoli preliminari in *leges latae* e *leges strictae*.

Per *leges strictae* si intendono quelle leggi che non consentono alcuna dilazione nell'applicazione del loro principio, mentre ciò è consentito per le *leges latae*. È stato giustamente notato che Kant ha considerato “*strictae*” quelle proibizioni che riguardano solo le abitudini e i modi di pensare, mentre considerava “*latae*” quelle leggi che richiedono, nella loro applicazione, la modifica delle istituzioni politiche e giuridiche³⁸. Ecco però presentarsi dinnanzi un problema fondamentale: la distinzione tra i due gruppi di leggi, *latae* e *strictae*, deve essere per Kant giustificata razionalmente poiché ciò che è comandato dalla ragione non può essere negato o alterato dalle circostanze empiriche. In altre parole, poiché la prassi non può modificare quanto risulta vero in teoria, la dilazione nell'applicazione di alcuni articoli preliminari alla pace perpetua (*leges latae*) è ammissibile a condizione che sia lo stesso principio razionale al loro fondamento a prescriverlo. Tuttavia, almeno nel caso del terzo articolo preliminare, la dilazione dell'applicazione del principio sembra basarsi su mere ragioni contingenti.

Il terzo articolo preliminare riguarda l'abolizione degli eserciti permanenti, cioè l'abolizione dell'istituto del *miles perpetuus*. Kant scrive: «gli eserciti permanenti (*miles perpetuus*) devono col tempo scomparire del tutto».³⁹ Rifacendosi alla nozione rousseauiana di *soldat-citoyen*, che difende la patria dalle aggressioni esterne, Kant critica il ricorso degli Stati agli eserciti permanenti. Lungi dal presentarsi in forma utopica, anche se non senza qualche cauta dissimulazione, Kant dimostra qui di aderire agli ideali della neonata repubblica francese e di opporsi ai governi

³⁷ M. MORI, *La pace e la ragione*, cit., p. 192.

³⁸ Secondo questa lettura sono quindi *leges strictae* gli articoli 1,5,6, quelle cioè che richiedono applicazione immediata e non procrastinabile; e *leges latae* gli articoli 2,3,4.

³⁹ I. KANT, *Per la pace perpetua*, cit., p. 165 (VIII 345): «infatti essi minacciano incessantemente di guerra altri Stati [...]; li incitano a superarsi a vicenda nel numero degli armati, che non conosce limiti, [...] si aggiunga che venir assoldati per uccidere o venire uccisi sembra implicare un uso di uomini come semplici macchine e strumenti nelle mani di un altro (lo Stato), ciò che non si accorda affatto con il diritto dell'umanità nella nostra persona».

feudali del resto d'Europa. Gli articoli preliminari sono chiaramente una presa di posizione contro gli strumenti, la prassi e le prerogative tipiche dei governi dispotici europei. Solo con la Francia, infatti,

cessa l'onnipotenza dell'esercito, il reclutamento è volontario e l'esercito esclusivamente difensivo: i cittadini parlano con la voce dei soldati. Contro i principi che si indebitano per fare gli eserciti o vendono i propri soldati per comprare beni di lusso, la Francia è l'unica via possibile per un ordine europeo libero e pacifico⁴⁰.

È chiaro a Kant, infatti, che senza la vittoria del repubblicanesimo, e l'istituzione di una libera federazione di stati come ordine internazionale, la guerra non scomparirà mai dalle vicende umane. Per la prima volta, molti intellettuali constatano che un evento storico come l'attuale rivoluzione è diventato la causa di ogni uomo libero. La prima guerra "ideologica" non mira a ottenere nuovi titoli o beni, ma ad abbattere l'ordine politico precedente e a metterne in piedi uno che dia vita a un nuovo corso della storia umana. Infatti, un esercito permanente a disposizione del re non solo rappresenta una minaccia costante alla pace e alla sovranità degli altri Stati, ma contravviene anche all'obbligo morale di trattare gli uomini «sempre anche come fini in sé e mai solo come mezzi». Inoltre, il fatto che la difesa di uno Stato e tutte le operazioni belliche siano delegate a un esercito professionale riduce nell'opinione pubblica il sentimento di avversione contro la guerra, poiché i cittadini vedono la guerra come qualcosa che non li tocca da vicino, né materialmente né spiritualmente. Anche questo è un tema all'ordine del giorno dell'opinione pubblica europea. La guerra in Ucraina ha, forse inevitabilmente, risvegliato nei Paesi europei il desiderio di espandere e rinnovare i propri eserciti permanenti, contribuendo all'aumento delle spese militari, e la questione della "sicurezza" europea ha senza dubbio oscurato quella della "pace" europea.

Perché, tuttavia, ci si domanda, Kant, ritenendo gli eserciti permanenti moralmente sbagliati ed empiricamente controproducenti, ha ritenuto di rimandare la loro proibizione? Perché il terzo articolo preliminare ammette una dilazione nella sua applicazione? Non è affatto chiaro. A differenza delle motivazioni "razionali" adducibili per il secondo articolo preliminare, in questo caso non sembra esserci alcuna controindicazione razionale o morale all'applicazione immediata del terzo articolo. Se nel caso del secondo articolo preliminare, «nessuno Stato indipendente (piccolo o grande, qui è lo stesso) deve poter esser acquistato da un altro per

⁴⁰ D. LOSURDO, *Autocensura e compromesso nel pensiero politico di Kant*, Bibliopolis, 2007, p. 173 ss..

eredità, scambio, compera o donazione»⁴¹, al di là della lettura kantiana del contesto europeo e delle vicissitudini della Francia rivoluzionaria⁴² l'autore può avanzare, come rischio estremo da evitare, il vuoto di potere e il conseguente ritorno allo stato di natura che può scaturire da una troppo precipitosa abolizione dell'idea di stato come *patrimonium*⁴³; nel caso del terzo articolo invece sembra che Kant rinvii l'applicazione della legge per ragioni meramente pragmatiche, diremmo per puro realismo politico.

È possibile che Kant sia influenzato in questo caso non solo dalla realtà del suo Paese – la Prussia era lo Stato più militarizzato⁴⁴ d'Europa – ma anche dallo spirito del tempo: infatti, il militarismo e la questione della sicurezza nazionale segnano fortemente la transizione storica tra Settecento e Ottocento⁴⁵. Il riformismo kantiano in questo caso mostra plasticamente di fare i conti con la distanza tra l'idea che deve perseguire e il riconoscimento che la realtà storica si oppone alla realizzazione di ciò che la ragione comanda. Il carattere “permissivo” del terzo articolo preliminare non nasce, come vorrebbe Kant, da una prescrizione razionale interna alla legge, ma dal riconoscimento dei propri limiti rispetto allo sforzo necessario per realizzare il comando della ragione. La dimensione normativa che non abbandona mai il pensiero kantiano mostra qui una sorprendente arrendevolezza nei confronti delle circostanze esterne che pure è chiamata imperativamente a modificare.

⁴¹ I. KANT, *Per la pace perpetua*, cit., p. 164 (VIII, 344).

⁴² Per la ricostruzione del contesto storico che sorregge i sei articoli preliminari di Kant, vedi D. LOSURDO, *Autocensura*, cit., pp. 168 e ss.. Losurdo mette in luce come gli articoli preliminari siano chiaramente diretti contro le pratiche tipiche dei governi dispotici europei: 1) il secondo articolo è diretto contro le guerre di gabinetto e i governanti che considerano lo stato come patrimonio personale; 2) il quarto articolo, che vieta l'indebitamento a fini militari e la vendita di soldati, è rivolto contro l'Inghilterra, capofila dei nemici francesi, e il suo dallo spirito commerciale (*Handelsgeist*); 3) il quinto articolo, che sancisce il diritto di non interferenza, mira ad affermare il diritto della repubblica francese di autodeterminarsi e non essere attaccata dai governi europei reazionari, ma lasciando aperta una giustificazione giuridica per l'aiuto fornito dai francesi al vicino Belgio.

⁴³ Il timore di Kant è che una interruzione immediata della catena di successione e di governo negli stati europei possa spalancare le porte all'anarchia, cioè, minare alle basi la società civile e riportare gli uomini allo stato di natura. Si tratta quindi di un obiettivo che deve essere ottenuto nel tempo, dal momento che la ragione ci comanda di rimanere nello stato civile e che uno stato civile, per quanto ingiusto, è comunque preferibile all'assenza di ogni forma di ordine.

⁴⁴ Vedi J. HUIZINGA, *Lo scempio del mondo*, trad. di Ervino Pocar, Bruno Mondadori, 2004, pp. 80 e ss.; R. KOSELLECK, *La Prussia tra riforma e rivoluzione (1791-1848)*, trad. di Marco Cupellaro, Il Mulino, 1988, Cap. 1.

⁴⁵ Vedi F.C. BEISER, *Enlightenment, Revolution, and Romanticism. The Genesis of Modern German Political Thought, 1790-1800*, Harvard University Press, 1992 pp. 36-56.

Come si evince dal quadro generale fin qui delineato e dalle contraddizioni specifiche all'interno della *Pace perpetua*, da un lato, la normatività trascendentale richiederebbe l'istituzione di una federazione di Stati che porti alla pace perpetua, cioè all'abolizione per sempre della guerra; dall'altro, a causa delle circostanze contingenti e della prudenza politica, il postulato del diritto pubblico perde forza e rischia di essere gradualmente sostituito da una visione più cauta delle relazioni internazionali, volta a difendere lo status quo dal turbine degli eventi. Lo spirito federalista e pacifista viene contrastato, e quindi stemperato, dal crescente timore che «tutto possa andare perduto»⁴⁶.

Se in Kant, già nel grande progetto della *Pace perpetua*, possiamo intravedere una “normatività diluita”, come dovremmo giudicare il mondo davanti ai nostri occhi e le interpretazioni che ne vengono fornite?

5. Conclusioni

Abbracciamo con la mente due repubbliche, l'una grande e veramente pubblica, nella quale sono compresi gli dèi e gli uomini, nella quale non ci volgiamo a guardare verso questo o quel cantuccio, ma commisuriamo al sole i confini dello Stato di cui siamo cittadini; l'altra, alla quale ci ha assegnati la condizione della nascita⁴⁷.

L'ondata di “realismo” nella lettura delle dinamiche geopolitiche e delle relazioni interstatali, unita alla consapevolezza che il potere politico, anche nelle società democratiche più solide, appare spesso subordinato alla forza e soggetto all'influenza di grandi gruppi e strutture di potere globale – in grado di agire al di là della sovranità statale – rischia di costituire la pietra tombale dell'eredità dell'illuminismo nelle relazioni internazionali, o almeno di quel tanto di spirito cosmopolitico che sembrava aver animato la creazione di organismi come l'ONU e l'Unione Europea⁴⁸.

⁴⁶ Vedi supra, p. 14, n. 32.

⁴⁷ L.A. SENECA, *Dialoghi*, Libro VIII, *De Otio*, 4.1, trad. di Paola Ramondetti, Utet, 1999, pp. 621: «duas res publicas animo complectamur, alteram magnam et vere publicam qua di atque homines continentur, in qua non ad hunc angulum respicimus aut ad illum sed terminos civitatis nostrae cum sole metimur, alteram cui nos adscripsit condicio nascendi».

⁴⁸ L'attuale guerra in Europa e la triste mancanza di prospettiva a lungo termine, l'assenza di ogni forma di idea regolativa, della maggior parte dei Paesi e leader europei, ci deve spingere ancor di più a riflettere sulle condizioni che hanno reso possibile “l'eccezione europea” dal 1945 a oggi. Cfr. Caranti, *La pace fraintesa*, cit., p. 108: «si può chiedere allo scettico se lo spettacolare successo di

Non si tratta, però, di tornare a Filangieri o a Kant e nemmeno di sperare di trovare nella “lettera” dei rispettivi progetti giuridico-filosofici soluzioni adatte al nostro presente, ma di cogliere lo spirito che li aveva animati, con i loro pregi e limiti: una forma di pensiero ancora dotata di forza normativa, qualcosa che appare assai raramente nel dibattito contemporaneo. La storia del pensiero europeo sul problema della guerra può essere vista, come ricorda Burgio, come un

graduale processo di passaggio dall'idea che la guerra fosse dovuta principalmente alle disposizioni immorali degli uomini all'idea che la guerra fosse causata principalmente dal tipo di istituzioni in cui viviamo. Non solo il carattere dispotico di quasi tutti gli Stati, le restrizioni alla libera circolazione degli uomini e le tendenze autarchiche, ma anche e soprattutto l'assenza di un'istituzione internazionale che potesse fungere da arbitro⁴⁹.

Il merito di Filangieri è stato quello di comprendere che senza una ambiziosa riforma della legislazione, che assicuri agli uomini diritti universali, libertà e tranquillità, la vita civile, e la promessa di felicità che l'accompagna nel suo significato più pieno, non si distinguerebbe dallo stadio prepolitico. Il ruolo di Kant, invece, è stato anche quello di aver contribuito in modo originale alla svolta filosofico-istituzionale nella discussione sulla guerra e sulla pace tra gli Stati, di progettare il ruolo pacificatore di una libera federazione di stati e di aver concepito la pace e l'ordine cosmopolitico come nozioni “spesse”, cioè al contempo come doveri etici da perseguire e come compiti del pensiero. Rimane fermo, infatti, che senza la guida della ragione “pratica” un ordine internazionale, pur ben disegnato, può divenire dispotico: non si tratta solamente di quali istituzioni o di procedure si adottano, ma soprattutto di quale obiettivo (e idea morale) seguiranno tali istituzioni. Kant non ha in mente un meccanismo puramente istituzionale, in cui le decisioni si risolvono semplicemente in regolamenti o procedure burocratiche interstatali, ma il dovere di approssimarsi gradualmente a un ordine governato dalla ragione.

In nessun campo la natura umana appare meno degna di essere amata che nei rapporti tra i popoli. Nessuno stato, neanche per un istante, è sicuro della sua in-

pacificazione dell'Europa, condotto in gran parte attraverso l'applicazione dei precetti kantiani a un continente fino a quel momento particolarmente bellicoso, possa davvero essere considerato una coincidenza e non una spettacolare conferma della bontà della ricetta normativa kantiana, ivi inclusa la sua visione progressiva della storia».

⁴⁹ A. BURGIO, *Per una storia dell'idea di pace perpetua*, in I. KANT, *Per la pace perpetua*, trad. di Roberto Bordiga, Feltrinelli, 1991, p. 87.

dipendenza e della sua proprietà nei riguardi degli altri. La volontà di soggiogarsi reciprocamente o di sottrarsi a vicenda ciò che è proprio è sempre presente; e l'armarsi per la difesa, che rende la pace spesso ancora più opprimente e distruttiva per il benessere interno che non la guerra, non può mai cessare. Ora, contro tutto ciò non c'è alcun altro mezzo possibile se non un diritto delle genti fondato su leggi pubblicamente dotate di potere, al quale ogni Stato deve sottoporsi (secondo l'analogia con un diritto civile, ovvero dello Stato, fra singoli uomini); - infatti una pace universalmente durevole attraverso il cosiddetto equilibrio delle potenze in Europa è una pura illusione, come quella casa di Swift, che era stata costruita dall'architetto tanto perfettamente secondo tutte le leggi dell'equilibrio, che appena vi si posò un passero, essa crollò⁵⁰.

Agli occhi di Kant risulta, quindi, evidente che una pace durevole non può scaturire dal solo equilibrio delle potenze europee e che senza l'istituzione di un ordine pubblico europeo l'assenza della guerra rimarrà un fatto semplicemente accidentale e temporaneo. Confidare in un equilibrio di natura militare o nel successo di decisioni diplomatiche estemporanee e unilaterali, senza poter contare su un ordine giuridico europeo vero e proprio, significa per Kant costruire una casa come quella descritta da Swift, in cui il peso di un passero fa cedere l'intera struttura.

Nonostante gli evidenti limiti teorici, che noi tutti giudichiamo alla luce di due secoli di "senno di poi", Filangieri non rinuncia al nesso tra la luminosa virtù repubblicana e la possibile fioritura dell'uomo civile, così come Kant non rinuncia mai alla teoria di una repubblica mondiale, ma accetta che tale obiettivo debba essere rimandato – attraverso la *lex permissiva* – a un momento storico futuro e più propizio: solo così si può salvare la normatività⁵¹ del pensiero illuministico nel suo complesso. Una repubblica mondiale come semplice idea regolativa della ragione è infatti il prezzo che Kant è disposto a pagare.

La filosofia del tardo Settecento ha quindi ancora la funzione di monito per il pensiero critico di oggi: ci ricorda che il realismo politico e lo stato delle relazioni internazionali che descrive come un "fatto inalterabile" non sono né l'unica pro-

⁵⁰ I. KANT, *Sul detto comune: questo può esser giusto in teoria ma non vale per la prassi*, in I. KANT, *Scritti di storia, politica e diritto*, Laterza, 1995, p. 158 (VIII, 312). È interessante notare che nel 1793 Kant ancora ritiene vincolante l'analogia strutturale tra individui e stati (oggi nota come "domestic analogy"), mentre cambierà idea nella *Pace perpetua*, di due anni successiva.

⁵¹ Vedi P. KLEINGELD, *Kant and Cosmopolitanism. The Philosophical Ideal of World Citizenship*, Cambridge University Press, 2011, pp. 132 e ss.; Cfr. R. MALIKS, *Kant's Politics in Context*, Oxford University Press, 2014, pp. 151-167.

spettiva possibile né un destino ineluttabile, anche e forse soprattutto di fronte agli eventi storici di cui siamo testimoni⁵².

Come Platone prima di loro, a cui lo stesso Kant si riferiva nella *Pace perpetua*, vede la “necessità” della politica in capo alla filosofia, così Kant e Filangieri hanno colto il nesso fondamentale tra la conoscenza del mondo e dell'uomo, per quanto è a noi accessibile, e la trasformazione⁵³ di esso attraverso il cambiamento dei principi e delle istituzioni sotto le quali gli uomini civili vivono⁵⁴.

Sorge dunque inevitabile la domanda: siamo ancora disposti a pensare in questo modo? La guerra in Europa, lo stato di debolezza se non di vera e propria crisi delle democrazie avanzate e lo stato di ingiustizia permanente in cui vive la stragrande maggioranza dell'umanità ci impongono di riesaminare la questione. Che cos'è oggi l'idea di un ordine civile e internazionale governato-guidato dalla ragione? Un'idea ingenua di cui disfarsi semplicemente come chi, trovata una porta chiusa, getta via la chiave?

Mentre ci poniamo questa domanda, sappiamo che la possibile risposta si è allontanata da noi e i termini stessi si sono fatti più indecifrabili e forse cupi: venuto meno ogni possibilità di una lettura del progresso umano in termini teleologici, possibilità che invece accomunava Filangieri e Kant, si fatica a costruire un “senso” della storia e delle istituzioni in cui viviamo. La crisi materiale delle società europee è infatti progredita insieme al crescente smarrimento nel tentativo di comprenderla, prima, e contrastarla, poi. Anche la globalizzazione, che negli ultimi tre decenni ha rappresentato il surrogato negativo di un ordine internazionale, non più governato dalla ragione ma dalle regole del libero mercato, è oggi in crisi.

Come se fossimo tornati al punto di partenza, è necessario quindi ripensare, ricomprendere e immaginare di nuovo un ordine civile e internazionale secondo ragione⁵⁵ – che per primi gli illuministi hanno elaborato – oltrepassando i limiti concettuali in cui è stato concepito. Ripensare una costituzione civile e le condizioni che rendono possibile per tutti una vita nel suo significato più pieno, e pro-

⁵² Sebbene, infatti, il pensiero politico tanto di Filangieri quanto di Kant siano chiaramente espressione della contingenza storica che hanno vissuto e così anche della visione del mondo della borghesia del loro secolo, essi possono rappresentare, se affrontanti con prospettiva critica, una fonte di riflessione utile contro le tesi, e ideologie, della contingenza storica attuale.

⁵³ Vedi V. FERRONE, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Laterza, 2005, p. 172 ss.

⁵⁴ La libertà repubblicana è l'unica in grado di garantire lo sviluppo dei diritti universali, di origine giusnaturalistica, dell'uomo in concreto. Vedi F. VENTURI, *Utopia e riforma nell'Illuminismo*, Einaudi, 1970, p. 95.

⁵⁵ Per un progetto filosofico in questa direzione vedi, ad esempio, D. ARCHIBUGI, *The Global Commonwealth of Citizens: Toward Cosmopolitan Democracy*, Princeton University Press, 2009.

gettare un diritto internazionale e cosmopolita, che non si presenti più come un esercizio di mera compatibilità esterna ma come una vera e propria estensione del diritto pubblico normativo, è senza dubbio un compito del presente.

GIUSTIZIA RETRIBUTIVA E GIUSTIZIA DISTRIBUTIVA.
GAETANO FILANGIERI E ADAM SMITH A CONFRONTO

FABRIZIO SIMON *

SOMMARIO: 1 – Premessa. – 2. Due figli dell'Illuminismo. – 3. Individualismo, equità, giustizia. – 4. Interesse individuale, bene pubblico e riforme. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Le figure di Gaetano Filangieri e Adam Smith sono tra le più rappresentative dell'Illuminismo europeo, le loro opere tra le più lette dell'epoca e nel giro di pochi anni tradotte nelle principali lingue. I nomi di questi due autori sono noti e citati dai riformatori in ogni angolo del continente e anche oltreoceano, le loro idee ispirano ambiziosi progetti di riforma e negli ultimi due decenni del Settecento i loro lavori fungono da guida per i legislatori d'Europa e d'America. Eppure, nonostante alcune importanti convergenze, le proposte sono profondamente dissimili fino a produrre concezioni alternative dell'ordine sociale, del ruolo della legge e dei compiti che l'autorità politica può legittimamente esercitare. Una differenza che, già a partire dai concitati anni rivoluzionari a cavallo tra XVIII e XIX secolo, finisce per alimentare soluzioni politiche e posizioni ideologiche distinte e spesso anche contrapposte.

Questo lavoro presenta l'idea di "società giusta" che concepiscono rispettivamente Filangieri e Smith, mostrandone le assonanze ma indicandone soprattutto le divergenze e risalendo alla distinta visione antropologica dell'individuo che ne sta all'origine. Il saggio è organizzato in tre sezioni. La prima contestualizza i due autori nel proprio secolo, del quale sono pienamente partecipi e ne condividono lo spirito. Nella seconda è analizzato il profondo disaccordo che si registra tra lo studioso napoletano e quello scozzese riguardo la funzione storica della giustizia distributiva e di conseguenza su quali siano i limiti del legislatore. In ultimo, l'idea filangieriana di riforma, che dovrebbe realizzare un ordine giusto nella società, viene comparata ponendola a raffronto con quella smithiana. Delle brevi riflessioni sull'eredità intellettuale di questi due maestri dell'Illuminismo concludono questo studio.

* Professore associato in storia del pensiero economico presso il Dipartimento di Scienze Economiche, Aziendali e Statistiche dell'Università di Palermo.

2. *Due figli dell'Illuminismo*

Gaetano Filangieri e Adam Smith possono entrambi essere considerati come due figli dell'Illuminismo. La loro esistenza umana – breve quella del primo, più longeva per il secondo – e il loro impegno intellettuale si svolgono principalmente negli anni di maggiore radicalismo e fervore riformatore del XVIII secolo. L'autore scozzese è particolarmente attivo nel trentennio che corre dal 1759, anno della prima edizione della *Theory of Moral Sentiments*¹, alla sua morte nel 1790. Il periodo più significativo della vita dello scrittore partenopeo è il decennio 1774-85, durante il quale pubblica i primi quattro libri della *Scienza della Legislazione*². In questo intervallo di dieci anni, caratterizzato da grandi eventi in Europa e ancor di più oltreatlantico, nel 1776 appare anche la *Wealth of Nations* di Smith³.

Nessuno dei due filosofi riesce ad assistere agli straordinari esiti che le idee illuministe determinano con il propagarsi della rivoluzione in Europa. Filangieri non vive a sufficienza per essere testimone del 14 luglio 1789 e di conseguenza anche della Repubblica Partenopea, che alla sua opera si ispira. Smith muore nel luglio 1790, un anno dopo gli accadimenti rivoluzionari di Francia, quando ancora neanche sono stampate le *Reflections on the Revolution in France* di Edmund Burke. Entrambi, però, sono partecipi dello spirito dell'epoca, che nei loro scritti si riflette e a sua volta da questi è alimentato e arricchito. In angoli lontani d'Europa, i due pensatori concepiscono e coltivano l'obiettivo di soddisfare quello che è l'intento a cui aspira ogni esponente dei Lumi, cioè elaborare una grande scienza del legislatore, ovvero un insieme coerente, completo e universale di teorie sulla legge, la costituzione e il governo.

Già nella prima edizione della *Theory of Moral Sentiments*,⁴ Smith annuncia di lavorare a un'opera sulla *Natural Jurisprudence*, il cui oggetto – apprendiamo dalle *Lectures on Jurisprudence*⁵ – è «a theory of general principles of law and government»⁶ e la cui utilità consisterebbe nel «to prescribe rules for the decisions of judges and arbiters»⁷. Un impegno disatteso, ma che conferma ancora, seppure con scetticismo, poco prima della morte, nell'ultima edizione della *Theory of Moral Sentiments*. La *Wealth of Nations* rappresenta infatti solo l'anticipazione, circoscritta ai temi della *police, revenue and army*, di un progetto scientifico più ampio, tipica-

¹ A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, Liberty Classics, 1984.

² G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1984.

³ A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Liberty Classics, 1981.

⁴ A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, cit., VII, iv, p. 37.

⁵ A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, Liberty Fund, 1982.

⁶ *Ibid.*, 5, p. 398.

⁷ A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, cit., VII, iv, p. 8.

mente illuminista, la cui architettura e parziale trattazione ci è comunque nota grazie al ritrovamento delle *Lectures on Jurisprudence*, ma il cui risultato compiuto rimane ignoto, soprattutto a seguito della distruzione postuma dei manoscritti dell'autore per volontà dello stesso⁸. Medesimo scopo – indicato nell'introduzione⁹ – e simile destino attende Filangieri, che riesce a pubblicare solo i primi quattro libri della sua opera, a cui ne segue un quinto tre anni dopo la morte, lasciando così l'impresa interrotta. Opere che, sia in Scozia sia a Napoli, sono elaborate adottando una visione sistematica e newtoniana della scienza, con una ben ragionata divisione geometrica delle materie e delle teorie esposte, in modo da riannodarle e farle discendere da assiomi e principi primi¹⁰. Tale metodo newtoniano conduce gli autori verso il rifiuto di un rigido determinismo razionalista, per cercare empiricamente nella storia conferme o deviazioni dall'ordine naturale, approccio che si concretizza nella distinzione smithiana tra *Natural Jurisprudence* e *Historical Jurisprudence* e in quella filangieriana tra «bontà assoluta» e «bontà relativa» delle leggi¹¹.

Quanto la *Wealth of Nations* e la *Scienza della Legislazione* siano in sintonia con i sentimenti e le aspirazioni del secolo è facilmente riscontrabile gettando uno sguardo oltre le loro pagine per osservarne il successo presso il pubblico dell'epoca. Nel giro di pochi anni, entrambe le opere sono tradotte e stampate in ogni lingua letta in Europa ad opera di una variegata schiera di letterati, studiosi, editori, uomini di Stato, società scientifiche operanti in ogni paese¹². Per i riformatori del tardo Settecento, gli scritti di Smith e Filangieri rappresentano due compendi dove è possibile rintracciare il meglio della saggezza politica dell'epoca e due manuali per guidare le riforme e realizzare società più giuste, ricche e felici.

Opinione correttamente fondata, dato che il tratto comune che lega la *Scienza della Legislazione* e la *Wealth of Nations* è la fiducia nel progresso dell'umanità e la

⁸ Sulla *Jurisprudence* di Smith si rimanda a K. HAAKONSEN, *The Science of a Legislator. The Natural Jurisprudence of David Hume & Adam Smith*, Cambridge University Press, 1981; ID. *What Might Properly Be Called Natural Jurisprudence?*, in R.H. CAMPBELL e A.S. SKINNER (a cura di), *The Origins and Nature of the Scottish Enlightenment*, John Donald Publishers Ltd., 1982, pp. 205–25.

⁹ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., I, p. 5.

¹⁰ F. SIMON, *Adam Smith and Gaetano Filangieri: Two Alternative Faces of the Enlightenment Science of the Legislator*, in *Adam Smith Review*, 2018, pp. 44–45.

¹¹ Ibid..

¹² Sulle traduzioni di Smith si rimanda a C. LAI (a cura di), *Adam Smith Across Nations. Translation and Receptions of Wealth of Nations*, Oxford University Press, 2000; C. GUCCIONE (a cura di), *Cross-disciplinary Studies on Adam Smith's Language and Translated Works*, in *Adam Smith Review*, 2023, pp. 194–284. Sulla fortuna internazionale di Filangieri si veda A. TRAMPUS, *Diritti e Costituzione: l'opera di Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, il Mulino, 2005.

visione dell'individuo come un essere razionale, pienamente padrone del proprio destino, capace di perseguire il proprio interesse e titolare di insopprimibili diritti alla libertà, giustizia e felicità. Progresso che impone quindi di rimuovere tutte le istituzioni irrazionali, violente e obsolete dell'*ancien régime* che opprimono e impediscono le libere facoltà degli uomini. Nelle opere di Filangieri e Smith i lettori trovano un vero e proprio programma di emancipazione dell'umanità, esposto con vibrante passione e una seducente e battagliera retorica tipica del secolo, contro quei mostri che la cultura dei Lumi ha individuato. Entrambi gli autori si scagliano infatti verso le medesime categorie di nemici quali le istituzioni feudali, il maggiorascato, i fedecommessi, gli ordini religiosi, le corporazioni, i monopoli, la schiavitù e propongono riforme pienamente convergenti nel promuovere la più ampia libertà civile ed economica e una giustizia in grado di garantire un sicuro ed equo godimento dei diritti ai cittadini.

3. *Individualismo, equità e giustizia*

Nonostante i tratti simili dei profili intellettuali di Filangieri e Smith e le loro evidenti assonanze determinate dalla condivisione dello spirito dell'epoca, l'idea di ordine sociale e delle riforme necessarie per attuarlo differiscono significativamente nel pensiero dei due illuministi. L'obiettivo teorico dello scrittore napoletano è progettare una costituzione ideale che, tramite delle istituzioni e una legislazione in sintonia con i principi del diritto di natura, consenta di realizzare una società nella quale a ogni uomo sia garantita la giustizia e il rispetto dei diritti individuali¹³. Davanti alla scelta – tipica del dibattito politico costituzionale di fine secolo – tra tradizione e innovazione razionale, l'autore della *Scienza della Legislazione* sceglie la seconda. La costituzione di Filangieri non è il risultato storico di una spontanea e lenta evoluzione, ma il frutto di un deliberato tentativo di creare, con mezzi giuridici e istituzionali, le condizioni che permettano ai cittadini il godimento di una esistenza sicura e sufficientemente libera dal problema della sussistenza, al punto da non impedire l'esercizio dei diritti e il perseguimento della felicità¹⁴.

¹³ Vincenzo Ferrone ritiene che la tutela dei diritti umani siano al centro del pensiero politico di Filangieri. Si veda V. FERRONE, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Laterza, 2003.

¹⁴ Sul costituzionalismo di Filangieri oltre che a *Ibid.*, si rimanda ad A. TRAMPUS, *Diritti e Costituzione*, cit.; ID, *Gaetano Filangieri*, in P. CAPPELLINI ET AL. (a cura di), *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 253-56.

La fiducia della *Scienza della Legislazione* nella possibilità di istaurare un ordinamento costituzionale razionale deriva dalla visione antropologica che sta alla base dell'opera¹⁵. Nelle pagine di Filangieri l'uomo appare il risultato del concorso di diverse passioni, qualità e abilità, ma tra esse sono la razionalità e la capacità logica a prevalere nettamente e a spiegarne il comportamento. Gli individui convivono tra loro attraverso interazioni guidate dalla ragione che li induce a porre in essere un'infinità di scambi per conservare e acquisire diritti. L'autore adopera l'immagine del contratto per descrivere la razionalità delle relazioni sociali tra i singoli e anche tra questi e l'autorità. Adottando l'approccio contrattualista, la stessa origine del consorzio civile è ricostruita attraverso il patto, che permette agli uomini di avere assicurati determinati diritti come contropartita dell'assunzione di altrettanti doveri¹⁶. Scelta che discende dall'atto logico di comprendere che lo stato di natura attribuisce alla nascita diritti ma scarsi mezzi per difenderli, mentre l'ordinamento civile offre il maggior vantaggio di vederseli garantiti¹⁷.

Il comportamento umano, che sta alla base del diritto e di qualsiasi ordinamento giuridico e organizzazione costituzionale, viene inquadrato da Filangieri all'interno degli schemi di un individualismo edonista e utilitarista¹⁸. L'avversione del dolore e il desiderio del piacere costituiscono insieme le spinte che muovono gli uomini ad agire e che si indirizzano verso «l'amore del potere»¹⁹. Gli individui desiderano disporre di un qualche grado di potere che consenta loro di indurre gli altri a cooperare al raggiungimento della propria felicità e che sono pronti a esercitare nelle transazioni che instaurano nella vita civile²⁰. Nella *Scienza della Legislazione* osserviamo relazioni che coinvolgono attori che compiono scelte fondate sul calcolo della loro utilità e sulle conseguenze, in termini di costo e beneficio, di qualsiasi obbligazione, di rilievo privato o sociale, che assumono. I diritti stessi altro non sono che strumenti per esercitare un potere e ottenere una determinata utilità e in quanto tali a essi viene attribuito, dagli individui o dalle autorità, un corrispondente valore.

¹⁵ F. SIMON, *Rights, the Distribution of Wealth, and Happiness: Gaetano Filangieri's Constitutional Ideal of Justice*, in *History of Political Economy*, 2, 2018, pp. 375-76.

¹⁶ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., III, 25, p. 535.

¹⁷ V. FERRONE, *La società giusta ed equa*, cit., p. 104.

¹⁸ Anche la definizione di "felicità pubblica" e le procedure per determinarla sono per Filangieri essenzialmente individualiste e utilitarie. Si veda G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., II, 34, p. 286.

¹⁹ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., I, 12, p. 92.

²⁰ Sotto questo aspetto Filangieri si distingue da alcuni tratti che Luigino Bruni e Stefano Zamagni ritengono di avere individuato nella tradizione della "economia civile" napoletana. Si veda L. BRUNI, S. ZAMAGNI, *Civil Economy. Efficiency, Equity, Public Happiness*, Peter Lang, 2007.

Non tutti i diritti sono ugualmente preziosi, né un istesso diritto ha un ugual prezzo presso tutti i popoli [...] se i diritti non sono ugualmente preziosi, o se un istesso diritto può avere un prezzo diverso per due diversi popoli; il legislatore non dee dunque far altro che indagare il prezzo relativo che il suo popolo dà ai vari diritti²¹.

Il progetto costituzionale di Filangieri non potrebbe mai funzionare senza questa precisa concezione del comportamento umano caratterizzato principalmente dalla logica e pertanto dalla prevedibilità degli esiti. Il protagonista della *Scienza della Legislazione* è un “agente razionale”, calcolatore e pronto a massimizzare la propria utilità, abbastanza simile a quello che sarà l'*Homo Oeconomicus* dell'economia neoclassica, al punto da giudicare il valore dei beni e dei diritti secondo procedure che anticipano di un secolo il marginalismo di fine Ottocento. La spiegazione di Filangieri del principio dell'utilità marginale decrescente ne è una chiara evidenza²².

Or le impressioni, troppo frequenti sull'opinione, indeboliscono l'opinione istessa. Questa verità comparirà più luminosa se sarà illustrata da un esempio. Un grave pericolo sovrasta ad un popolo. Un cittadino ardito corre in mezzo a' maggiori rischi a salvare la patria. L'esito corrisponde alle sue speranze. Egli ritorna dalla sua gloriosa intrapresa covertò de' segni del suo patriottismo e del suo coraggio. La nazione benedice il suo eroe, e l'opinione pubblica l'eguaglia agli Dei. Questo pericolo si rinnova per ben mille volte. Mille cittadini, l'un dopo l'altro, corrono cogli'istessi rischi alla difesa della patria intemorita, e ciascheduno di essi glorioso ritorna dalla sua felice intrapresa. La salute della patria si deve tanto all'ultimo quanto al primo. I rischi a' quali si è esposto il primo, non sono maggiori di quelli, a' quali si è esposto l'ultimo. Il popolo è persuaso dell'uguaglianza del beneficio ottenuto dall'uno e dall'altro, ed è persuaso dell'uguaglianza del merito. Ma l'eroismo dell'ultimo cittadino farà forse nell'opinione pubblica quell'impressione che vi fece l'eroismo del primo? L'opinione pubblica, scossa per tante replicate volte da impressioni dello istesso genere, sarà essa così energica nel corrispondere, come lo era nel principio? Quale sarà l'effetto di tutte queste ripetute impressioni? L'ultimo eroe non otterrà quella quantità di opinione, che ottenne il primo; ma il primo

²¹ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., III, 40, p. 620.

²² Sul marginalismo di Filangieri si rimanda a F. SIMON, *Il marginalismo giuridico di Gaetano Filangieri*, in *Studi e Note di Economia*, 2, 2009, pp. 45–66; ID., *An Economic Approach to the Study of Law in the Eighteenth Century. Gaetano Filangieri and La Scienza della Legislazione*, in *Journal of the History of Economic Thought*, 3, 2011, pp. 223–48.

perderà tutto quello, che aveva di più sull'ultimo [...] noi troveremo che tanto nelle pene quanto ne' premii di opinione, il loro valore si diminuisce a misura che si moltiplica il numero de' puniti o de' premiati²³.

La costituzione riesce ad adempiere ai suoi fini proprio grazie alla circostanza che gli uomini sono principalmente razionali e pertanto ricettivi degli incentivi giuridici che ne indirizzano le scelte verso la soluzione che massimizza il benessere pubblico. La stessa possibilità di assicurare la coesistenza pacifica, il reciproco rispetto e la cooperazione per il comune vantaggio, tra individui mossi da motivazioni egoistiche, è conseguenza dell'abilità del legislatore nel creare un sistema di corretti stimoli, opportunità, benefici e premi per i cittadini, che conduca il perseguimento dell'interesse personale verso un equilibrio positivo per la collettività²⁴.

Diametralmente all'opposto si colloca Adam Smith, che al razionalismo legislativo dedica alcune delle più severe critiche contenute nella *Theory of Moral Sentiments*, i cui principi ritroviamo poi coerentemente sviluppati nelle *Lectures on Jurisprudence* e nella *Wealth of Nations*²⁵. Per l'autore scozzese le istituzioni e la legge sono un risultato spontaneo, lento e graduale, ma soprattutto imprevedibile, dello sviluppo della società. L'ordine non scaturisce dalla deliberata volontà di un contratto originario né le leggi e le istituzioni discendono da un atto razionale o fondato sul calcolo utilitaristico. Sono passioni, sentimenti e istinti a prevalere nella condotta umana ed è l'imponderabile combinarsi dei loro esiti a produrre le norme e gli istituti che governano le nazioni.

Though man, therefore, be naturally endowed with a desire of the welfare and preservation of society, yet the Author of nature has not entrusted it to his reason to find out that a certain application of punishments is the proper means of attaining this end; but has endowed him with an immediate and instinctive approbation of that very application which is most proper to attain it. The economy of nature is in this respect of a piece with what it is upon many other occasions. [...] Thus

²³ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., III, 31, p. 556.

²⁴ Si veda in proposito la soluzione adottata da Filangieri – G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., I, 12, p. 96 – per spiegare come le costituzioni democratiche, attraverso un meccanismo di incentivi meritocratici, riescono a trasformare interessi egoistici in partecipazione a servizio dell'interesse generale. Sul punto vedi F. SIMON, *Rights*, cit., p. 377.

²⁵ Sul tema della legge in Adam Smith si rimanda a N. MACCORMICK, *Adam Smith on Law*, in *Valparaiso University Law Review*, 15, 1981, pp. 243–63; D. LIEBERMAN, *Adam Smith on Justice, Rights and Law*, in K. HAAKONSSON (a cura di), *The Cambridge Companion to Adam Smith*, Cambridge University Press, 2006, pp. 214–45; F. SIMON, *Adam Smith and the Law*, in C.J. BERRY, M. P. PAGANELLI, C. SMITH (a cura di), *The Oxford Handbook of Adam Smith*, Oxford University Press, 2013, pp. 393–416.

self-preservation, and the propagation of the species, are the great ends which Nature seems to have proposed in the formation of all animals. Mankind are endowed with a desire of those ends, and an aversion to the contrary; with a love of life, and a dread of dissolution; with a desire of the continuance and perpetuity of the species, and with an aversion to the thoughts of its entire extinction. But though we are in this manner endowed with a very strong desire of those ends, it has not been entrusted to the slow and uncertain determinations of our reason, to find out the proper means of bringing them about. Nature has directed us to the greater part of these by original and immediate instincts²⁶.

L'individuo descritto da Smith non è affatto caratterizzato da una marcata inclinazione verso la razionalità e inoltre la dimensione edonista – con gli stimoli del piacere e del dolore – non determina in lui riflessioni e scelte basate sul calcolo utilitaristico²⁷. Lo stesso perseguimento dell'interesse personale – per l'uomo il costante e insopprimibile stimolo all'azione – non esaurisce la sfera delle passioni e motivazioni e neanche ne è il tratto dominante. Gli individui desiderano principalmente instaurare con il prossimo relazioni basate sulla condivisione di una reciproca stima²⁸ e di conseguenza si sforzano di ritrovarsi sempre al centro dell'attenzione di coloro da cui vorrebbero ricevere approvazione²⁹. La ricerca del vantaggio, del successo e anche della ricchezza, non seguono dunque un qualche schema razionale di consumo utilitarista, ma sono solo strumenti per soddisfare ambizioni e sentimenti, come la necessità di ostentare e divenire oggetto di ammirazione da parte degli altri³⁰. Il comportamento umano, di conseguenza, non si regola massimizzando l'utilità, ma sforzandosi di mostrare, al giudizio altrui, una condizione di appropriatezza e non fonda le proprie regole di condotta sul calcolo ma sull'opinione dello “spettatore imparziale”³¹. Quest'ultimo è una figura im-

²⁶ A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, cit., II, i, pp. 5, 10, 77-78.

²⁷ Sulla posizione di Smith riguardo l'utilitarismo si rimanda a K. HAAKONSEN, *The Science*, cit; D.D. RAPHAEL, *Hume and Adam Smith on Justice and Utility*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, s.n., 1972-73, pp. 87-103; W. AMOS, J.T. YOUNG, *Utilitarianism and the Role of Utility in Adam Smith*, in *European Journal of the History of Economic Thought*, 4, 2013, pp. 572-602; S. HOLLANDER, *Ethical Utilitarianism and the Theory of Moral Sentiments: Adam Smith in Relation to Hume and Bentham*, in *Eastern Economic Journal*, 4, 2016, pp. 557-80; M.P. PAGANELLI, F. SIMON, *Crime and Punishment: Adam Smith Theory of Sentimental Law and Economics*, in *Journal of the History of Economic Thought*, 2, 2022, pp. 268-87.

²⁸ A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, cit., I, i, 1.1, p. 9; *Ibid.*, I, i, 2.1, pp. 13-14.

²⁹ *Ibid.*, III, iii, 3-4, pp. 135-136.

³⁰ A. SMITH, *An Inquiry*, I, xi, 31, p. 190; A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, cit., VI, i, 3, pp. 212-213.

³¹ A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, cit., III, iii, 4, p. 137; *Ibid.*, VII, ii, 1.44, p. 292. Si veda M.P. PAGANELLI, *In Medio Stat Virtus: An Alternative View of Usury in Adam Smith's thinking*, in *His-*

maginaria – «man within» o «inhabitant of our breast» – sufficientemente terzo e indipendente da esprimere un giudizio imparziale su motivazioni e condotte³². Si tratta di un individuo ipotetico – che chiunque introspettivamente può consultare – la cui opinione, rappresentando quella dell'umanità in generale, può essere condivisa da ciascun essere umano³³. Il suo giudizio modera le passioni e i comportamenti ed è il meccanismo che Smith adotta per attribuire un valore oggettivo e universale a una morale essenzialmente soggettiva e individuale.

Pertanto, per l'autore scozzese, le azioni degli uomini, essendo dominate da fattori tutt'altro che rigidamente logici e consequenziali, non possono essere previste con esattezza e di riflesso l'esito delle leggi non è determinabile *ex ante* attraverso un'analisi dei costi e dei benefici tipica dell'utilitarismo³⁴.

Questa marcata differenza antropologica, tra l'opera di Filangieri e quelle di Smith, spiega i diversi ruoli e obiettivi che i due autori attribuiscono alla costituzione e al legislatore³⁵. La fiducia che la *Scienza della Legislazione* ripone nella capacità della legge di indirizzare, con ragionevole probabilità, i cittadini verso condizioni di benessere per il singolo e la collettività, spiana la strada a un vasto campo di interventi legislativi volti a realizzare una società caratterizzata da maggiore giustizia ed equità.

L'obiettivo della *Scienza della Legislazione* è che gli individui siano pienamente partecipi della vita pubblica e questo comporta necessariamente la facoltà di esercitare attivamente i propri diritti. Gli uomini nascono dotati di insopprimibili diritti naturali e altri ne acquistano nel corso della loro vita civile e la quantità e qualità di questi determina un reale e completo godimento della cittadinanza³⁶. L'immagine di cittadino che ci offre Filangieri è però lontana dai canoni tradizionali delle virtù repubblicane e attiene maggiormente al “repubblicanesimo dei moderni”, che pone l'individuo al centro di una sfera privata – costituita da interessi, affari, commerci, consumi e piaceri – la cui importanza non è inferiore a quella pubblica e che concorre alla compiuta realizzazione della dignità della per-

tory of Political Economy, 35, 2003, pp. 21–48.

³² A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, cit., III, iii, 4, p. 137; Ibid., VII, ii, 1.44, p. 292.

³³ Sull'operato dello spettatore imparziale si veda M.A. CARRASCO, *Adam Smith on Morality, Justice and the Political Constitution of Liberty*, in *Journal of Scottish Philosophy*, 2, 2008, pp. 135–156.

³⁴ K. HAAKONSSON, *The Science*, cit., p. 117; F. SIMON, *Adam Smith and the Law*, cit., pp. 408–411.

³⁵ F. SIMON, *Adam Smith and Gaetano Filangieri*, cit., pp. 47–57.

³⁶ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., II, XXII, pp. 250–51. Sulla trattazione dei diritti naturali e acquisiti nella *Scienza della legislazione* si veda V. Ferrone, *La società giusta ed equa*, cit., 2003, pp. 103–109.

sona³⁷. Nelle nazioni dove il commercio e le attività economiche non sono sviluppate e che sono afflitte dal problema della sussistenza, gli uomini hanno ben pochi diritti acquisiti da rivendicare e spesso neanche sono in grado di disporre dei più fondamentali diritti naturali³⁸. Nelle pagine di Filangieri, la povertà non esalta l'onore e il civismo ma al contrario lo degrada fino a cancellarlo e a estraniare l'individuo, confinandolo nella sua quotidiana lotta per una stentata sopravvivenza.

L'onore è una molla che può agire in tutti i cuori, quando si sappia comprimerla. Da per tutto gli uomini sono, riguardo a questo oggetto, presso a poco gli stessi. Da per tutto essi saranno sempre spinti dalle distinzioni e dalle ricompense. Ma prima che il villano sappia ciò che è onore, bisogna che egli sappia ciò che è l'agio ed il comodo. Un cuore oppresso dalla povertà non ha altro sentimento se non quello della sua miseria³⁹.

La costituzione ideale descritta dalla *Scienza della Legislazione* assume quindi l'impegno di assicurare ai cittadini quelle condizioni materiali che sottraggono dalla miseria, permettono una esistenza sicura, consentono di cercare la felicità e anche di partecipare alla vita pubblica. Uno scenario che si concretizza quando a ciascun individuo è possibile, con un ammontare di lavoro compatibile con la dignità della propria persona, acquistare tutti quei beni che soddisfano i bisogni indispensabili e offrono anche un adeguato livello di piaceri e comodità.

I mezzi dell'esistenza si riducono a due classi; a quelli che riguardano i bisogni indispensabili della vita; ed a quelli che mettono il cittadino in istato di gustare una certa specie di felicità inseparabile da una certa quantità d'agio e di comodo pubblico. [...] Uno stato non si può dir ricco e felice che in un solo caso, allorché ogni cittadino con un lavoro discreto d'alcune ore può comodamente supplire a' suoi bisogni ed a quelli della sua famiglia⁴⁰.

Il legislatore di Filangieri è vincolato da questo principio costituzionale a porre in essere le riforme indispensabili per accrescere la prosperità del paese. Il pro-

³⁷ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., p. 29. Su Filangieri e il repubblicanesimo si veda il dibattito tra Carlo Capra e Vincenzo Ferrone sulla rivista *Società e Storia*, fascicoli 2003 e 2004.

³⁸ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., II, 3, pp. 171-72. Si veda F. SIMON, *Rights*, cit., pp 378-80.

³⁹ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., II, 14, p. 222.

⁴⁰ *Ibid.*, I, 2, p. 50.

gramma economico della *Scienza della Legislazione* è contenuto nel Libro II “Delle leggi politiche ed economiche”, dove è tracciato un percorso di sviluppo che – abbastanza in sintonia con i principi della *Wealth of Nations*⁴¹ – indica nel lavoro la fonte di ogni ricchezza e nella libertà del mercato il requisito necessario perché questa si diffonda attraverso la società e si espanda ulteriormente⁴². L'autore napoletano, però, non immagina il compito della legislazione esaurito con la promozione della crescita economica, tramite la rimozione degli ostacoli alla libertà. Filangieri, infatti, crede fermamente che una costituzione giusta debba perseguire l'equità tra i suoi cittadini, combattendo la sperequazione delle fortune e redistribuendo la ricchezza: «lo stato presente delle nazioni dell'Europa è che il tutto si ritrova fra le mani di pochi. Bisogna fare che il tutto sia fra le mani di molti»⁴³.

L'ideale di società equa annunciato nella *Scienza della Legislazione* non consiste comunque nella perfetta uguaglianza materiale di redditi e patrimoni, ma attiene piuttosto alla soddisfazione che da questi si può trarre. È una condizione nella quale tutti i cittadini sono ugualmente felici poiché, anche se dispongono di un ammontare diverso di mezzi e proprietà, godono di un identico grado di appagamento nella propria vita. La redistribuzione della ricchezza è necessaria, ma va estesa solo fino al punto in cui ciascun individuo può avere un equo accesso alla felicità.

Io intendo per buona ripartizione, o distribuzione di ricchezze, una equabile diffusione di danaro, la quale, evitando la riunione di questo tra poche mani, cagiona un certo agio comune, istrumento necessario per la felicità degli uomini. Quando ogni cittadino in uno stato, può con un lavoro discreto di sette o otto ore per giorno, comodamente supplire a' bisogni suoi e della sua famiglia, questo stato sarà il più felice della terra: egli sarà il modello d'una società ben ordinata. In questo stato le ricchezze saranno ben distribuite; in questo stato finalmente non vi sarà l'eguaglianza delle facoltà, che è una chimera, ma l'eguaglianza della felicità in tutte le classi [...] eguaglianza che deve essere lo scopo della politica e delle leggi⁴⁴.

⁴¹ Ferrone ritiene che Filangieri potrebbe averne letto la traduzione francese o degli estratti italiani della *Wealth of Nations* a cui si ispira nell'elaborare il Libro II della *Scienza della legislazione*. Si veda V. FERRONE, *La società giusta ed equa*, cit., p. 50.

⁴² Sul pensiero economico di Filangieri si veda A. GIANNOLA, *Gaetano Filangieri*, in V. NEGRI ZAMAGNI, P.L. PORTA, *Il contributo italiano alla storia del pensiero Economia*, Istituto della Italiana Enciclopedia, 2012, pp. 337–41.

⁴³ G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, cit., II, 3, p. 175. Un obiettivo annunciato immediatamente nell'apertura dell'opera – Ibid., p. 29 – confermato nel libro primo e oggetto di trattazione in gran parte del libro secondo.

⁴⁴ Ibid., II, 35, p. 288.

Filangieri presenta il suo modello di giustizia sociale e ne dimostra la correttezza e validità facendo ricorso all'analisi marginalista e applicando il principio dell'utilità marginale decrescente, che abbiamo già citato in precedenza⁴⁵. Il primo passaggio consiste nello spiegare come un'iniqua distribuzione conduca a una perdita di felicità complessiva per la nazione. Quando i beni sono talmente concentrati nelle mani di un individuo da risultare in quantità sproporzionata per le sue reali necessità, il livello di soddisfazione che se ne trae è inevitabilmente decrescente all'aumentare della disponibilità, fino a collassare in valore nell'ultima dose posseduta.

La noia, compagna indivisibile di un ricco ozioso, lo seguita in tutti i luoghi, e non lo abbandona neppure ne' piaceri istessi. [...] I piaceri, quasi tutti esauriti per lui, non gli offrono più che una tetra uniformità che addormenta e stanca. [...] Il lungo uso de' piaceri glieli ha resi inutili. Questi sono tante molle usate, che s'indeboliscono a misura che si comprimono con maggior frequenza. Che diverranno allorché restano sempre compresse?⁴⁶

Qualsiasi tentativo delle classi ricche di sfuggire all'inesorabile meccanismo dell'utilità marginale decrescente è per Filangieri perfettamente inutile, poiché esiste un certo grado di felicità che gli esseri umani non possono oltrepassare e la natura impedisce che pochi fortunati possano essere realmente felici al costo della miseria del resto dell'umanità⁴⁷. La ricerca ossessiva di sempre nuovi piaceri, da acquistare con grandi quantità di ricchezze, per eludere la perdita di utilità nei beni di cui già si dispone, è vana e perviene sempre alla indifferenza e incapacità di provare ulteriori soddisfazioni⁴⁸. Il giudizio della *Scienza della Legislazione* è categorico: i ricchi sacrificano il benessere della nazione nel vano tentativo di inseguire una maggiore quantità di piaceri che le leggi naturali dell'economia gli negano⁴⁹.

Egli non la gusterà [la felicità] che in quei soli momenti nei quali soddisfa a' bisogni della vita. In questi momenti tutti gli uomini sono egualmente felici, ma la natura non moltiplica in favore del ricco i bisogni della fame, dell'amore, del son-

⁴⁵ F. SIMON, *Rights*, cit., pp. 381-87.

⁴⁶ G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, cit., II, 35, pp. 288-89.

⁴⁷ *Ibid.*, II, 35, p. 298.

⁴⁸ *Ibid.*, IV, 47, pp. 340-41. Dalle argomentazioni di Filangieri si intuisce che, riguardo le decisioni di consumo dell'individuo, potrebbe avere concepito una qualche idea del funzionamento di quella che sarà poi nota come "seconda legge di Gossen".

⁴⁹ *Ibid.*, IV, 47, p. 340.

no. [...] Nel tempo dunque che gli uomini soddisfano a' loro bisogni, tutti sono egualmente felici⁵⁰.

Lo stato delle società europee – caratterizzato da enormi sperequazioni della ricchezza – costituisce dunque una tale violazione delle leggi di natura e comporta una così significativa perdita di prosperità e felicità da legittimare l'intervento del legislatore per ripristinare l'equità sancita dal corretto ordine naturale⁵¹.

Su una posizione decisamente contraria si trova, invece, Adam Smith che teme più di ogni altra cosa la fiducia con cui la legislazione si affida a criteri razionalisti – come l'utilitarismo – per correggere la realtà. Dato che gli uomini non sono esseri dal comportamento perfettamente logico e la loro condotta non sottostà a schemi razionali, ma è regolata solo dalla reazione dello “spettatore imparziale”, lo studioso scozzese perviene alla conclusione che è preferibile rivolgere l'attenzione dell'autorità verso l'amministrazione della giustizia, piuttosto che a grandi progetti di riforma e trasformazione della società. Una conclusione che è conseguenza della ben nota distinzione, tracciata nella *Theory of Moral Sentiments*,⁵² tra la *justice* e la *benevolence*, che vede la prima caratterizzata da oggettività ed esattezza mentre la seconda apparire come estremamente indeterminata. La differenza deriva dalla diversa reazione che entrambe provocano nel terzo spettatore, che mostra un risentimento certo e incontrovertibile quando assiste a una violazione della giustizia, tale da essere universalmente condiviso da qualsiasi uomo, mentre è meno ricettivo nel manifestare “sympathy” verso gli atti di benevolenza o disapprovazione per l'ingratitude. Per Smith, dunque, l'ordinamento giuridico riesce a garantire oggettività e universalità solo quando si lascia vincolare dalla virtù negativa della giustizia e guidare dal principio commutativo del risentimento dello spettatore, come nella famosa citazione di Cicerone riportata nella *Theory of Moral Sentiments*:

In the race for wealth, and honours, and preferments, he may run as hard as he can, and strain every nerve and every muscle, in order to outstrip all his competitors. But if he should jumble, or throw down any of them, the indulgence of the spectators is entirely at an end. It is a violation of fair play, which they cannot admit of⁵³.

⁵⁰ Ibid., II, 35, p. 289.

⁵¹ Ibid., II, 36, p. 290.

⁵² A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, cit., II, ii (“Of Justice and Beneficence”).

⁵³ A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, cit., II, ii, 2.1, p. 83.

Qualsiasi tentativo di muovere da una giustizia meramente retributiva verso una sua accezione distributiva, comporta all'opposto accettare un alto grado di indeterminatezza e discrezionalità da parte di chi tenta di introdurla, poiché la virtù della benevolenza non suscita sentimenti sufficientemente certi e condivisi da guidare il riformatore nel promuovere il benessere generale o nel correggere le ineguaglianze⁵⁴.

Il ragionamento smithiano appare più chiaro se riferito alla distinzione – trattata ampiamente nelle *Lectures on Jurisprudence* – tra *perfect and imperfect rights*.⁵⁵ Solo quei diritti la cui violazione provoca la pronta e nitida reazione dello spettatore imparziale possono rientrare nella categoria dei *perfect rights* e sono quindi oggetto della giustizia. Si tratta di un'ampia categoria, nella quale ovviamente troviamo quelli che Smith identifica come “diritti naturali” ma anche molti “diritti acquisiti” e tra questi quello di proprietà.

We may here observe the distinction which Mr. Hutchinson, after Baron Puffendorf, has made of rights. He divides them into *jura perfecta* and *imperfecta*, i.e. perfect and imperfect rights.—Perfect rights are those which we have a title to demand and if refused to compel an other to perform. What they call imperfect rights are those which correspond to those duties which ought to be performed to us by others but which we have no title to compel them to perform; they having it intirely in their power to perform them or not. Thus a man of bright parts or remarkable learning is deserving of praise, but we have no power to compel any one to give it him. A beggar is an object of our charity and may be said to have a right to demand it; but when we use the word right in this way it is not in a proper but a metaphoricall sense. The common way in which we understand the word right, is the same as what we have called a perfect right, and is that which relates to commutative justice. Imperfect rights, again, refer to distributive justice. The former are the rights which we are to consider, the latter not belonging properly to jurisprudence, but rather to a system of moralls as they do not fall under the jurisdiction of the laws. We are therefore in what follows to confine ourselves entirely to the perfect rights and what is called commutative justice⁵⁶.

⁵⁴ K. HAAKONSSSEN, *The Science*, cit., pp. 85-86; C. GRISWOLD, *Adam Smith and the Virtues of Enlightenment*, Cambridge University Press, 1999, pp. 250-52.

⁵⁵K. HAAKONSSSEN, *The Science*, cit., p.105; N. MACCORMICK, *Adam Smith*, cit., pp. 245-49; F. SIMON, *Adam Smith and the Law*, cit., pp. 394-95.

⁵⁶ A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, cit., 14-15, p. 9.

Mentre i diritti naturali nascono con l'uomo, quelli acquisiti sono creati dalla legge e sono infatti protagonisti della *Historical Jurisprudence*⁵⁷. Il problema è che non tutti gli *acquired rights* possono ritenersi *perfect rights* come il diritto di proprietà, poiché tanti sono stati introdotti dal legislatore perseguendo interessi olistici o con intenti redistributivi e pertanto ignorando il giudizio dello spettatore imparziale. Quando questo accade, può presentarsi l'inconveniente che vengano distribuiti diritti e imposti doveri o divieti che, riscuotendo scarsa condivisione, trovano anche poca cooperazione da parte dei cittadini, causando poi il fallimento della legge⁵⁸.

La raccomandazione di Smith è dunque di concentrare prioritariamente l'azione del legislatore nel garantire un ordine fondato sulla giustizia commutativa – il fondamento indispensabile per l'esistenza della società – da esercitare a difesa dei diritti e delle libertà dei cittadini, ma anche da restaurare quando è stata violata e cancellata o introdurre quando viene negata. Il che non vuol dire che lo scrittore scozzese contesti la possibilità che la legislazione intervenga per migliorare la convivenza sociale, promuovere interessi generali e offrire ai meno abbienti condizioni migliori. Al contrario, le nazioni che omettessero tali iniziative si ritroverebbero a godere di un livello di ricchezza e felicità inferiore e potrebbero anche andare incontro a tutta una serie di difficoltà tali da compromettere poi anche la stessa giustizia retributiva.

The civil magistrate is entrusted with the power not only of preserving the public peace by restraining injustice, but of promoting the prosperity of the commonwealth, by establishing good discipline, and by discouraging every sort of vice and impropriety; he may prescribe rules, therefore, which not only prohibit mutual injuries among fellow-citizens, but command mutual good offices to a certain degree... Of all the duties of a law-giver, however, this, perhaps, is that which it requires the greatest delicacy and reserve to execute with propriety and judgement. To neglect it altogether exposes the commonwealth to many gross disorders and shocking enormities, and to push it too far is destructive of all liberty, security, and justice⁵⁹.

Smith, dunque, ammette che lo Stato si inoltri nel campo della giustizia distributiva e la *Historical Jurisprudence* è costituita da secoli di esempi di interventi nelle

⁵⁷ Ibid., 11, p. 401. N. MACCORMICK, *Adam Smith*, cit., p. 248.

⁵⁸ A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, ii, 90-92, pp. 104-05. Si veda anche il caso della sentinella in A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, cit., II, ii, 3.11, pp. 90-91.

⁵⁹ Ibid., II, ii, 1.8, p. 81.

più disparate materie. Il punto che distingue la posizione dell'autore della *Wealth of Nations* è la sua ostilità verso il *man of system*, cioè colui che, innamorato dei propri criteri logici, immagina perfetti modelli razionali di ordine sociale da imporre agli uomini ignorando le loro passioni, sentimenti e opinioni e spesso contrastando violentemente le loro volontà e libertà.

Some general, and even systematical, idea of the perfection of policy and law, may no doubt be necessary for directing the views of the statesman. But to insist upon establishing, and upon establishing all at once, and in spite of all opposition, everything which that idea may seem to require, must often be the highest degree of arrogance. It is to erect his own judgment into the supreme standard of right and wrong. It is to fancy himself the only wise and worthy man in the commonwealth, and that his fellow-citizens should accommodate themselves to him and not he to them. It is upon this account, that of all political speculators, sovereign princes are by far the most dangerous⁶⁰.

Il legislatore smithiano che volesse praticare la giustizia distributiva dovrebbe quindi rinunciare a calcoli efficientisti, alla pretesa di usare le norme come incentivi dall'esito certo e a grandi piani riformatori volti a riscrivere costituzioni e codici. Il suo compito è piuttosto quello di praticare la prudenza, così da collocarsi sempre in una posizione di appropriata moderazione. Il che consiste nell'introdurre solo quelle riforme che le circostanze spontaneamente sollecitano e farlo non guidati da una speculazione razionale ma interrogando il giudizio dello spettatore imparziale, cioè il sentire comune e le aspettative dei cittadini riguardo ciò che è appropriato e condivisibile.

4. *Interesse individuale, bene pubblico e riforme*

La diversa visione del legislatore e del suo ruolo, che Filangieri e Smith esprimono, si riflette necessariamente sul loro approccio alle riforme, sebbene a uno sguardo superficiale potrebbe non apparire immediatamente chiaro. Passando in rassegna una gran parte delle proposte avanzate nella *Wealth of Nations* e nella *Scienza della Legislazione* troviamo infatti una quasi perfetta coincidenza, soprattutto in campo economico. La dissoluzione del sistema feudale e il superamento dei suoi istituti sono una costante nelle pagine di entrambi gli autori così come le misure per far sì che questo conduca a una maggiore distribuzione della proprietà.

⁶⁰ Ibid., VI, ii, 2.17-18.

Altrettanto può rilevarsi per quanto riguarda il mercato, l'istituzione che grazie al meccanismo della concorrenza è in grado di regolare le relazioni economiche realizzando spontaneamente sia l'interesse del singolo sia quello della collettività. Filangieri come Smith propone infatti di rimuovere ogni ostacolo alla libertà del lavoro e dell'impresa e sopprimere monopoli e corporazioni che ostacolano l'espansione del mercato. Non è però sorprendente questa convergenza dato che si tratta di misure che restaurano o introducono libertà e pertanto ricadono tutte dentro il campo della giustizia negativa. In generale, poi, si registra uniformità riguardo gli oggetti da riformare, che però confermano quelli in cima all'agenda riformatrice dell'Europa dei Lumi: istruzione, secolarizzazione, sistema penale, proprietà, tassazione, etc..

È il percorso che conduce alla riforma a marcare la distanza tra la *Scienza della Legislazione* e la *Wealth of Nations*. L'autore napoletano, nel progettare qualsiasi intervento legislativo, si affida al calcolo efficientista e applica l'analisi protomarginalista che ha sviluppato per valutare costi e benefici e l'entità degli incentivi da impiegare. Innovazioni e miglioramenti devono massimizzare il benessere della nazione e promuoverlo ottenendo la cooperazione degli individui, creando quindi le opportune condizioni giuridiche per indurli ad assumere scelte che concorrano alla realizzazione dell'obiettivo⁶¹. È però sempre la massimizzazione utilitaria dell'interesse generale a prevalere e a dover guidare il riformatore. Principio che troviamo esplicitamente annunciato e conseguentemente applicato nelle politiche che devono attuare l'ideale di giustizia distributiva esposto nella *Scienza della Legislazione*⁶².

L'opera filangieriana – adottando e sviluppando il criterio dell'utilità marginale decrescente, attraverso il quale ha già dimostrato la perdita di benessere causata dalla concentrazione della ricchezza – giunge alla conclusione che, per correggere la sperequazione sociale e aumentare la felicità pubblica della nazione, la legislazione deve migliorare la posizione del cittadino meno avvantaggiato⁶³. Sono i più poveri ad attribuire il più alto valore all'ultima dose di bene di cui dispongono e di conseguenza qualsiasi trasferimento a loro favore incrementa la soddisfazione generale. La costituzione di Filangieri sancisce che, ogni qualvolta si distribuiscano diritti tra i cittadini, la legge deve preferire chi non è proprietario e a parità di condizione colui che è meno abbiente. Regola che troviamo concretamente appli-

⁶¹ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., II, 12, p. 208.

⁶² Nella *Scienza della legislazione* si registra una dogmatica fiducia nella possibilità di creare sempre un equilibrio tra la massimizzazione dell'interesse generale e quello individuale.

⁶³ Conclusione che pone Filangieri in anticipo sull'economia del benessere utilitarista anglosassone tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo. Si rimanda a F. SIMON, *Rights*, cit., pp. 397-99.

cata ad esempio nelle misure suggerite per redistribuire i fondi non coltivati delle terre feudali, delle manimorte o cittadine:

Una legge, per esempio, che nella compra de' fondi desse, *ceteris paribus*, la preferenza a non proprietari, e che, nella concorrenza di due compratori entrambi proprietari desse sempre la preferenza a colui che possiede una minor quantità di terreno, sarebbe utilissima per facilitare la diffusione delle ricchezze⁶⁴.

In direzione opposta procede, invece, Adam Smith, che rifiuta la possibilità di definire le leggi della giustizia *ex ante* tramite il calcolo utilitaristico o che si possa giudicare la bontà di una ipotetica configurazione sociale con un'analisi dei costi e dei benefici attesi. Lo scrittore scozzese teme soprattutto i *defender of public good*⁶⁵ che antepongono l'interesse olistico della società e in nome del quale sono disposti a sacrificare quello dei singoli o a comprimere le loro libertà⁶⁶.

La logica di Smith appare chiara esaminando la sua posizione nel campo delle ipotesi di riforma delle leggi penali⁶⁷. I riformatori utilitari – che l'autore scozzese genericamente soprannomina come allievi di Hugo Grotius – concepiscono la giustizia criminale con in mente l'obiettivo della difesa della società: «the safety of the community», «the deterring of others» e «correction of the offender»⁶⁸. Smith all'opposto ribalta la prospettiva e immagina un sistema penale meramente retributivo la cui unica finalità è la soddisfazione della vittima. L'attenzione della legge deve sempre essere rivolta all'individuo e posta a servizio della sua legittima attesa di essere soccorso contro un torto e vedere il proprio risentimento appagato dall'espiazione del reo. La deterrenza è ovviamente benvenuta e considerata indispensabile per il funzionamento della società ma – come spesso accade nel ragionamento smithiano – è un risultato spontaneo e non intenzionale, che deriva dalla difesa della vittima⁶⁹.

Il Libro III della *Scienza della Legislazione* – così come il *Dei Delitti e delle Pene* di Beccaria a cui s'ispira – pone invece la tutela della società al primo posto e considera quella del singolo come una mera conseguenza, escludendo in ogni caso finalità esplicative poiché ritenute inefficaci e causa di un'ingiustificata perdita di uti-

⁶⁴ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., II, 36, p. 292.

⁶⁵ A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, ii, 90-92, pp. 104-105.

⁶⁶ A. SMITH, *An Inquiry*, cit., V, i, b25, pp. 722-23.

⁶⁷ Sul trattamento di Smith delle leggi penali si rimanda a M.P. PAGANELLI, F. SIMON, *Crime and Punishment*, cit..

⁶⁸ A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, ii, 169, p. 136.

⁶⁹ *Ibid.*, ii, 93, p. 105.

lità⁷⁰. Una differenza di prospettiva che ne rivela altre relative alla funzione della sanzione ed alla natura del crimine. Per autori come Filangieri, la pena è un costo – chiaramente comprensibile per un agente razionale – che il legislatore determina per scoraggiare il reato controbilanciandone il guadagno atteso⁷¹. Smith invece fa discendere la punizione dal risentimento dell’offeso e dalla condivisione di questo sentimento da parte dello spettatore imparziale⁷². Di conseguenza, mentre Filangieri procede con un calcolo efficientista della pena e costruisce scale di deterrenza marginale⁷³, Smith ritiene che il giudizio dello spettatore indichi la corretta misura entro la quale appagare con una punizione la soddisfazione della vittima⁷⁴.

Criteri contrapposti che si riproducono anche nel definire cosa sia il delitto. Sebbene – coerentemente allo spirito illuminista dell’epoca – entrambi gli autori mostrino una visione secolarizzata del crimine, la logica efficientista dell’uno e quella individualista dell’altro confliggono anche in questo caso. La *Scienza della Legislazione* identifica i reati in tutti quei comportamenti sociali che arrecano un danno e di conseguenza producono una perdita di utilità per la società, direttamente quando colpiscono un interesse collettivo o indirettamente quando attentano a una singola vittima⁷⁵. Smith invece fa discendere la liceità o meno delle azioni dall’opinione dello spettatore imparziale⁷⁶, che la legge deve considerare e riprodurre, mentre teme quando questa funzione è affidata al calcolo utilitaristico. Lo scrittore scozzese crede che quando ci si discosta dal criterio del risentimento dello spettatore per abbracciare quello della difesa dell’interesse pubblico, si corre il rischio di punire comportamenti innocui e comprimere le libertà degli individui con l’intento di massimizzare un supposto benessere pubblico.

Il timore smithiano per una determinazione utilitaristica dell’interesse pubblico non comporta però che l’autore della *Wealth of Nations* ne neghi l’esistenza e la facoltà di perseguirlo, soprattutto quando è a vantaggio dei meno abbienti. La riforma dell’istruzione, uno dei grandi temi che ovunque in Europa appassiona le

⁷⁰ Sull’analisi efficientista del delitto e della pena in Cesare Beccaria e Gaetano Filangieri si rimanda a F. SIMON, *Criminology and Economic Ideas in the Age of Enlightenment*, in *History of Economic Ideas*, 3, 2009, pp.11–38; ID., *An Economic Approach*, cit.

⁷¹ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., III, pp. 25-26.

⁷² A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, cit., II, i, 2.5, pp. 70–71; Ibid., II, ii, 1.5, pp. 79–80; Ibid., II, i, 4.4, p. 74.

⁷³ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., III, pp. 29-30.

⁷⁴ A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, cit., I, i, 5.4, p. 24; A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, ii, 90, p. 104.

⁷⁵ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., III, p. 36.

⁷⁶ A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, cit., II, ii, 1.5, pp. 79–80; Ibid., II, iii, 3.2, pp. 105–106.

scuole dell'Illuminismo, ce lo indica chiaramente. In questo specifico campo, Smith ammette l'intervento del legislatore, che concepisce soprattutto a favore dei lavoratori. L'obiettivo è non solo migliorare le condizioni di vita materiali dei ceti più poveri, fornendo conoscenze che aumentino le loro abilità, ma offrire loro anche l'occasione per affinare le capacità intellettuali e godere di una vita appagante e dignitosa, che non si esaurisca nella mera e ripetitiva alienazione del lavoro. La *Wealth of Nations* impegna il legislatore a fornire obbligatoriamente un'istruzione a tutti i giovani e, per quanto possibile, anche al resto della popolazione⁷⁷. Smith in questo caso abbandona ogni riserva e mostra che è ammissibile inoltrarsi ben oltre la difesa negativa dei diritti ed estendere il potere dello Stato al punto da imporre doveri ai cittadini che ne restringano la libertà. Il legislatore può legittimamente obbligare gli individui a istruirsi e prevedere anche sanzioni, come divieti all'impiego, per chi elude⁷⁸.

Anche in questo caso però la distanza tra l'approccio smithiano e quello di Filangieri rimane visibile. La riforma dell'istruzione che troviamo nella *Wealth of Nations* riproduce la logica della prudenza e della minima interferenza – che deve guidare il governo quando interviene al di fuori della sfera della giustizia commutativa – e di conseguenza l'istruzione non deve necessariamente essere priva di oneri per chi ne fruisce⁷⁹, deve lasciare operare la concorrenza⁸⁰ e, sebbene Smith disegni alcuni possibili percorsi formativi e soluzioni pedagogiche, non indica un dettagliato piano educativo da applicare⁸¹. La *Scienza della Legislazione* prevede, invece, un sistema scolastico gratuito e molto più rigido nella sua organizzazione⁸², ma soprattutto centralizzato con riguardo a decisioni fondamentali, come la scelta del tipo di istruzione da impartire ai giovani. Filangieri, lasciandosi guidare dal criterio della massimizzazione del benessere della società, sottrae ai genitori la decisione sul tipo di educazione da dare agli studenti e l'affida all'autorità pubblica, che può distribuirli tra varie tipologie di formazione tenendo conto delle esigenze produttive della nazione, la domanda di mercato e i livelli di salario attesi.

Le arti che riecheggino un maggior numero di individui sono le più necessarie alla sussistenza del popolo; ma sono nel tempo istesso quelle che richiamano su chi l'esercita minor considerazione [...] Più: spesso avviene che nelle arti meno ne-

⁷⁷ A. SMITH, *An Inquiry*, cit., V, i, f, pp. 784-85.

⁷⁸ Ibid., p. 786.

⁷⁹ Ibid., p. 785.

⁸⁰ Ibid., p. 780.

⁸¹ Ibid., p. 785.

⁸² G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, cit., IV, 8, pp. 165-66.

cessarie, l'uomo impiega a più caro prezzo le sue braccia, che non le impiega nelle più necessarie. Un padre, senza prevedere che, moltiplicandosi più del bisogno gli artigiani di quell'arte, non solo questo vantaggio di maggior lucro si perderebbe da tutti colla concorrenza, ma che una parte di questi artigiani sarebbe anche condannata all'indigenza, un padre, io dico, senza estendere fino a questi riguardi le sue mire, troverebbe e nella vanità e nell'interesse due forti sproni per dare nella scelta la preferenza alle arti meno necessarie; ed in questo caso le più necessarie languirebbero, e con esse languirebbe la società e lo stato⁸³.

Nella *Wealth of Nations*, all'opposto, lo Stato deve interessarsi dell'istruzione del popolo senza alcuna considerazione di un immediato e preciso ritorno economico, ritenendo già sufficiente che tutti gli individui della nazione siano inciviliti e acculturati al punto di godere di una decorosa dignità ed essere dei cittadini consapevoli e partecipi.

A man, without the proper use of the intellectual faculties of a man, is, if possible, more contemptible than even a coward, and seems to be mutilated and deformed in a still more essential part of the character of human nature. Though the state was to derive no advantage from the instruction of the inferior ranks of people, it would still deserve its attention that they should not be altogether uninstructed. The state, however, derives no inconsiderable advantage from their instruction. The more they are instructed, the less liable they are to the delusions of enthusiasm and superstition, which, among ignorant nations, frequently occasion the most dreadful disorders. An instructed and intelligent people besides are always more decent and orderly than an ignorant and stupid one. They feel themselves, each individually, more respectable, and more likely to obtain the respect of their lawful superiors, and they are therefore more disposed to respect those superiors⁸⁴.

Alla fine, ciò che distingue le riforme di Filangieri e di Smith è la via da percorrere per giungere al risultato finale. Lo scrittore napoletano crede che l'individuo possa raggiungere la felicità se gli è consentito di vivere in una società più ricca e più equa e quindi progetta interventi legislativi avendo in mente la massimizzazione utilitaria del benessere della collettività. L'autore della *Wealth of Nations* concepisce, invece, le riforme solo se al servizio dell'interesse della persona, senza alcuna considerazione dell'utilità pubblica, immaginando che solo operando per

⁸³ Ibid., IV, 8, p. 165.

⁸⁴ A. SMITH, *An Inquiry*, cit., V, i, f, p. 788.

migliorare la vita del singolo sia poi possibile conseguire indirettamente il traguardo di un avanzamento dell'intera società.

5. Conclusioni

Il pensiero e l'opera di Gaetano Filangieri e di Adam Smith rappresentano due contributi fondamentali nel processo di edificazione della società libera avviatosi in Europa a partire dal XVIII secolo. Le loro intuizioni, idee, teorie e anche utopie hanno trasmesso valori, instillato ideali, aperto alla comprensione della realtà e ispirato riforme. Le costituzioni e le legislazioni europee ed atlantiche sono in una certa misura figlie sia della *Wealth of Nations* sia della *Scienza della Legislazione*.

La profonda distanza che separa l'ideale di società giusta dell'autore partenopeo da quella dello scrittore scozzese lascia comunque un segno nella cultura e nella politica, che oltrepassa la stagione dell'illuminismo, prosegue nel secolo seguente ed è ancora rintracciabile oggi. Il principio efficientista e quello individualista si fronteggiano dentro la scienza economica e la filosofia politica per tutto il XIX e ancora nel XX secolo. Così come l'ideale welfarista e quello dell'inviolabilità e autonomia della sfera privata provano a orientare, con alterne fortune, il costituzionalismo occidentale a partire dal tardo Settecento.

A distanza di più di duecento anni, possiamo però concludere che questa dialettica, ideologica e dottrinaia – che va oltre il contributo intellettuale delle opere di Smith e Filangieri – ha trovato una sua sintesi proprio nelle costituzioni europee contemporanee le quali, attraverso lunghi tentativi e correzioni, sono riuscite a temperare l'impegno a favore della giustizia sociale con la tutela della libertà personale e a realizzare ordinamenti giuridici che, almeno nei loro principi, si sforzano di trovare un equilibrio tra i diritti sociali e quelli individuali.

DATO QUESTO PRIMO PASSO, BISOGNA FARNE UN ALTRO:
IL REALISMO FILANGIERIANO
NEL DISCORSO FINALE DI BENJAMIN FRANKLIN
ALLA CONVENZIONE DI FILADELFIA

ALESSANDRO MAURINI*

SOMMARIO: 1. Franklin e la *Scienza della legislazione*. – 2. Le annotazioni di Franklin sulla *Scienza della legislazione*. – 3. Il realismo di Filangieri e il Franklin della Convenzione di Filadelfia.

1. *Franklin e la* Scienza della legislazione

Nella sua edizione inglese del 1791 tradotta da William Kendall, la *Scienza della legislazione* di Gaetano Filangieri finisce tra le mani di Alexander Hamilton nel 1793 grazie a Samuel Paterson¹. A partire dal 1802, l'opera viene a più riprese segnalata a John Adams da Adriaan Van Der Kemp². Nel 1809, Thomas Jefferson accetta la dedica riservatagli in una nuova edizione italiana del testo dall'editore Tommaso Masi, ringraziato per suo conto da Filippo Mazzei – un Jefferson che, nel 1825, dichiara però curiosamente di non essere a conoscenza di «nessuna traduzione inglese delle opere di Filangieri»³.

* Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di studi storici dell'Università degli studi di Torino.

¹ Cfr. *To Alexander Hamilton from Samuel Paterson, 16 February 1793*, in *Founders Online*, National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-14-02-0025>. [Original source: *The Papers of Alexander Hamilton*, vol. 14, *February 1793–June 1793*, ed. Harold C. Syrett. Columbia University Press, 1969, pp. 86–88]. Samuel Paterson era un noto libraio e bibliografo di Edimburgo.

² Cfr. *To John Adams from François Adriaan Van der Kemp, 11 November 1802 to 28 November 1802*, in *Founders Online*, National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Adams/99-02-02-4990>. [This is an Early Access document from *The Adams Papers*. It is not an authoritative final version]; *To John Adams from François Adriaan Van der Kemp, 17 January 1803*, in *Founders Online*, National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Adams/99-02-02-5006>. [This is an Early Access document from *The Adams Papers*. It is not an authoritative final version]; *To John Adams from François Adriaan Van der Kemp, 16 March 1803*, in *Founders Online*, National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Adams/99-02-02-5010>. [This is an Early Access document from *The Adams Papers*. It is not an authoritative final version]; François Adriaan Van der Kemp fu uno dei più importanti leader del movimento olandese dei *Patrioti*.

³ *From Thomas Jefferson to Achille Murot, 26 October 1825*, in *Founders Online*, National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/98-01-02-5619> [This is an Early Access doc-

Tuttavia, tra i *Founding Fathers*, è senza dubbio presso Benjamin Franklin che la *Scienza della legislazione*, composta di otto libri che vengono pubblicati tra il 1780 e il 1788, riscuote la sua maggiore fortuna. Venutone a conoscenza nel 1781 a Parigi tramite Diderot e D'Alembert, l'opera finì tra le mani di Franklin grazie a Luigi Pio, il segretario di Legazione a Parigi per il Regno delle Due Sicilie, a cui Filangieri affidò quattro copie dei primi due libri per la loro diffusione all'interno dell'ambiente massonico parigino⁴. Franklin ricambiò l'omaggio ricevuto con una sua produzione politica che giunse a Filangieri nel 1782 e che diede inizio, senza che mai i due si fossero conosciuti personalmente, a una corrispondenza epistolare già ampiamente ricostruita⁵.

Tale ricostruzione ha messo in evidenza l'attenzione e il piacere con cui Franklin lesse la *Scienza della legislazione*⁶. Recentemente, però, il ritrovamento e l'analisi di quei primi due libri dell'opera, appartenuti alla biblioteca personale di Franklin ora custodita presso l'*American Philosophical Society*, permette di determinare con precisione quali parti hanno suscitato quell'attenzione: «una serie di sottolineature ed evidenziazioni fatte di pugno dallo stesso Franklin», oltre che «numerosissime sottolineature di termini», consentono di mettere in luce i passaggi che più lo hanno colpito⁷.

Certo, va considerato che l'edizione italiana del testo riservò a Franklin qualche difficoltà di comprensione, a cui verosimilmente sono dovute alcune di quelle sottolineature, nonostante la sua buona comprensione di base della lingua italiana grazie agli studi su Niccolò Machiavelli, Tommaso Campanella e Cesare Becca-

ument from *The Papers of Thomas Jefferson: Retirement Series*. It is not an authoritative final version]. In questa come in tutte le citazioni a seguire in cui il riferimento bibliografico non prevede l'edizione italiana, la traduzione è da intendersi come mia.

⁴ Su Filangieri nella massoneria, cfr. G. GIARRIZZO, *Filangieri massone*, in *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, a cura di A. Villani, Guida, 1991, pp. 420-452; V. FERRONE, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Laterza, 2007, pp. 75-99, 29-30. Sul ruolo della massoneria per la circolazione dei testi, cfr. M.C. JACOB, *Living the Enlightenment: Freemasonry and Politics in Eighteenth-century Europe*, Oxford University Press, 1991; G. GIARRIZZO, *Massoneria e Illuminismo nell'Europa del Settecento*, Marsilio, 1994; A. TRAMPUS, *La massoneria nell'età moderna*, Laterza, 2008.

⁵ Cfr. da A. PACE, *Benjamin Franklin and Italy*, The American Philosophical Society, 1958 a V. FERRONE, *La società giusta ed equa*, cit., soprattutto pp. 24-25, passando per E. LO SARDO, *Il mondo nuovo e le virtù civili. L'epistolario di Gaetano Filangieri*, Fridericiana Editrice, 1999. Per una sintesi, anche delle vicende esposte, cfr. M. D'AGOSTINI, *Gaetano Filangieri and Benjamin Franklin: between The Italian Enlightenment and THE U.S. Constitution*, Ambasciata d'Italia a Washington, 2011, pp. 19-21.

⁶ Cfr. anche J. ISRAEL, *Il grande incendio. Come la Rivoluzione americana conquistò il mondo (1775-1848)*, Einaudi, 2018, p. 11.

⁷ M. D'AGOSTINI, *Gaetano Filangieri and Benjamin Franklin*, cit., p. 98.

ria⁸. Ciononostante, i «molti passi evidenziati con una linea, una parentesi o una croce a lato del testo», presenti esclusivamente nel primo dei due libri, sono inequivocabilmente sinonimo dell'attenzione che quelle parti di testo hanno suscitato agli occhi di Franklin. E sono segni che, collocati nella sua riflessione e nella sua attività precedente e successiva a quella lettura, certamente avvenuta tra il 1781 e il 1783, permettono di ricostruire nello specifico il valore, il ruolo e l'influenza dell'opera di Filangieri sul suo percorso intellettuale⁹.

2. *Le annotazioni di Franklin sulla Scienza della legislazione*

Nell'ottica di tale ricostruzione, e quindi in un'analisi di quelle sottolineature ed evidenziazioni non per ordine ma per temi, si può notare come ben tre di esse riguardino la questione della schiavitù (il primo passaggio è evidenziato con due punti esclamativi e diverse note a margine, il secondo con una croce a lato del testo, il terzo è semplicemente sottolineato).

Se un servo (dice egli), nel mentre che si difende, uccide un uomo libero che gli si era scagliato addosso per ucciderlo, sia punito come parricida. La propria difesa diverrà dunque un delitto nella persona d'un servo? E cosa è un servo senonché un uomo che ha avuto la disgrazia di cadere fra le mani d'un altr'uomo per difendere la sua libertà, la sua patria, i suoi dritti? Le antiche legislazioni, e particolarmente quella de' Romani, erano scandalose riguardo a quest'oggetto. I legislatori gli negarono anche il nome di uomo. La legge Aquilia condannava all'istessa pena l'uccisore d'un servo che l'uccisore del cane o del cavallo altrui.

La ferrea logica, che da un supposto dritto del vincitore sulla vita del vinto ne deduce un dritto anche più falso, quale è quello di privarlo della libertà, compensando colla schiavitù il preteso dono della vita, non è più ammessa nel moderno dritto delle genti, come non sono ammesse nel moderno dritto civile le vendite della propria libertà o della libertà de' figli. Finita la guerra, le catene de' prigionieri si sciolgono ed il vincitore restituisce al vinto la sua libertà, la sua patria, i suoi beni. Il guerriero non teme più la schiavitù e molto meno la teme il cittadino. Un figlio infelice non è esposto, come lo era in Roma, al pericolo d'esser venduto dal padre per non avere come alimentarlo.

⁸ Cfr. F. VENTURI, *L'Italia fuori d'Italia*, in *Storia d'Italia*, vol. III, Einaudi, 1973, p. 1097.

⁹ Nella lettera a Filangieri del 1783, Franklin già evidenzia un'ottima conoscenza del testo: cfr. *From Benjamin Franklin to Gaetano Filangieri, 11 gennaio 1783*, cit..

Nel mentre che il cristianesimo fa sentire nell'Europa i suoi benefici influssi, nel mentre che le nostre leggi si dichiarano in favore della libertà dell'uomo, nel mentre che l'umanità reclama da per tutto i suoi diritti, l'America europea è coverta di schiavi; la legislazione non solo si tace su quest'abuso, ma ne protegge il commercio infame; e su tutto l'immenso spazio di questo vasto continente non si ritrova che una sola piccola regione d'eroi che ha voluto sottrarsi a' rimorsi di quest'ingiustizia ed allo scandalo della posterità. La sola Pensilvania non ha schiavi¹⁰.

Non è così strano che a colpire Franklin sia stato il Filangieri che denunciava apertamente quanto la schiavitù fosse l'elemento più contraddittorio nei confronti del valore universalistico dei diritti dell'uomo, che «o erano diritti universali o scadevano a ciniche formule politiche per i tradizionali interessi nazionali»¹¹ – il Filangieri che nel terzo libro si rivolgerà direttamente ai «cittadini liberi dell'indipendente America»¹² per investirli di una missione storica e universale in difesa della libertà¹³. La lotta per l'abolizione della schiavitù, infatti, costituiva già da anni una delle maggiori attività dell'impegno politico e sociale di Franklin, almeno da quando nel 1775 aveva fondato a Filadelfia – insieme, fra gli altri, a Thomas Paine – la *Society for Promoting the Abolition of Slavery*, in cui l'abolizione della schiavitù veniva identificata come «il primo passo verso la futura emancipazione»¹⁴.

È fuor di dubbio, però, che l'attività di Franklin nello spazio pubblico per l'abolizione della schiavitù abbia subito un notevole incremento nel periodo successivo alla lettura della *Scienza della legislazione*. Perfino durante l'assemblea costituente degli Stati Uniti d'America, nel 1787, Franklin sarà impegnato a inviare a Richard Price, in Inghilterra, una serie di copie della costituzione e della legisla-

¹⁰ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione (1780-1791)*, edizione critica diretta da V. Ferrone, Centro studi sull'Illuminismo europeo «G. Stiffoni», 2003-2004, vol. I, capo IV («Della bontà assoluta delle leggi»), pp. 62, 69; sull'edizione di Franklin, che è la prima edizione del testo (Napoli, Stamperia Raimondiana, 1780), pp. 86, 96, 100. Cfr. M. D'AGOSTINI, *Gaetano Filangieri and Benjamin Franklin*, Cit., pp. 102-104.

¹¹ Ferrone, *La società giusta ed equa*, cit., p. 29.

¹² Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., vol. III, p. 162.

¹³ «Voi siete troppo virtuosi e illuminati per non ignorare che conquistando il diritto di governarvi da voi medesimi voi avete contratto agli occhi dell'universo il sacro dovere di essere più savi, più moderati, e più felici di tutti gli altri popoli. Voi dovrete dar conto al tribunale del genere umano di tutti i sofismi che i vostri errori potrebbero produrre contro la libertà. Guardatevi dunque dal far arrossire i suoi difensori e dal far parlare i suoi nemici» (Ibid.).

¹⁴ P. DELPIANO, *La schiavitù in età moderna*, Laterza, 2009, p. 93.

zione della sua Pennsylvania col dichiarato intento di «promuovere l'abolizione della schiavitù e il sostegno ai negri liberi tenuti illegalmente in schiavitù»¹⁵. Il suo intento era di diffondere la lotta abolizionista nello spazio atlantico per darle una dimensione il più possibile globale: durante il lungo percorso per le ratifiche della costituzione americana, la sua soddisfazione sarà massima nell'apprendere dallo stesso Price e da Thomas Percival che grazie alla diffusione delle istituzioni per l'abolizione della schiavitù, soprattutto a Londra, il Parlamento inglese si stava muovendo in direzione «della definitiva abolizione di questo infame traffico [degli schiavi]»¹⁶.

Insomma, negli anni Ottanta del Settecento Franklin incarnò più di chiunque altro l'impegno antischiavista nello spazio pubblico, fino, in pratica, alla fine dei suoi giorni. Solo pochi mesi prima di morire, ancora invitava John Adams a firmare una petizione abolizionista¹⁷, e firmava lui stesso quella promossa dal movimento antischiavista della Pennsylvania, a maggioranza quacchera, per richiedere al Congresso di mettere la parola fine al commercio degli schiavi: la libertà non estesa «a tutte le persone senza distinzione di colore» sarebbe stata una evidente incongruenza¹⁸.

D'altronde, l'uguaglianza naturale degli uomini («all men are created equal»¹⁹) era il principio a fondamento dei *rights of man* della *Declaration of Independence*, e non c'è alcun dubbio che quel principio inchiodasse senza appello la schiavitù: era emerso nitidamente negli Stati in cui quel principio era stato costituzionalizzato. In Virginia, all'«all men are by nature equally free and independent» si era dovuta aggiungere, come si fece poi anche in New Hampshire, la specifica restrittiva

¹⁵ *From Benjamin Franklin to Richard Price (unpublished), 9 June 1787*, in 643663 = 045-u049.html, <http://franklinpapers.org>; *From Richard Price to Benjamin Franklin (unpublished), 26 September 1787*, in 643788 = 045-u174.html, <http://franklinpapers.org>.

¹⁶ *From Thomas Percival to Benjamin Franklin (unpublished), 25 June 1788*, in 644181 = 045-u567.html, <http://franklinpapers.org>. Abolizione che il Parlamento inglese approvò nel 1807 con lo *Slave Trade Act*.

¹⁷ Cfr. *To John Adams from Benjamin Franklin, 9 February 1790*, in *Founders Online*, National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Adams/99-02-02-0839> [This is an Early Access document from *The Adams Papers*. It is not an authoritative final version].

¹⁸ G.B. NASH, *Race and Revolution*, Rowman & Littlefield, 1990, p. 40, anche in A. TAYLOR, *Rivoluzioni americane*, Einaudi, 2017, p. 401.

¹⁹ *The Declaration of Independence* (In Congress, July 4, 1776), in *Documents Illustrative of the Formation of the Union of the American States*, Government Printing Office, 1927. House Document No. 398. Selected, Arranged and Indexed by Charles C. Tansill, in https://avalon.law.yale.edu/18th_century/declare.asp (06/2021).

«when they enter into a state of society»²⁰ – società che era limitata agli uomini liberi²¹ – per evitare gli enormi problemi che «le asserzioni sull'uguaglianza degli uomini per nascita sollevavano per una società in cui c'era la schiavitù»²²; nella Pennsylvania di Franklin, l'«all men are born equally free and independent»²³ aveva permesso di intraprendere il processo di emancipazione in uno Stato in cui «i negri liberi», come Franklin stesso ebbe a dire a Condorcet qualche anno prima, già vivevano «in mezzo ai bianchi»²⁴; in Vermont, era stato addirittura specificato che «no male person, born in this country, or brought from over sea, ought to be holden by law, to serve any person, as a servant, slave or apprentice, after he arrives to the age of twenty-one Years, nor female, in like manner, after she arrives to the age of eighteen years, unless they are bound by their own consent, after they arrive to such age, or bound by law, for the payment of debts, damages, fines, costs, or the like»²⁵; nel Massachusetts di John Adams, l'«all men are born free and equal»²⁶ comportò che «nei primi anni Ottanta del Settecento numerosi

²⁰ *Declaration of Rights of Virginia* (In Congress, June 12, 1776), in *The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America*, Compiled and Edited Under the Act of Congress of June 30, 1906 by F.N. Thorpe, Government Printing Office, 1909, in <https://www.law.gmu.edu/assets/files/academics/founders/VA-Constitution.pdf> (06/2021). Per la medesima specifica in New Hampshire, cfr. *The Bill of Rights of New Hampshire* (In Congress, October 31, 1783), in *Journals of the Senate and House of Representatives, and Records of the President and Council from June 1784 to June 1787*, edited by A. Stillman Batchellor, with an Appendix Containing an Abstract of the Official Records Relative to the Formation, Promulgation, Consideration, and Adoption of the Federal Constitution, and Illustrative Notes, Vol. XX, John B. Clarke, Public Printer, 1891, pp. 9–31, in [https://en.wikisource.org/wiki/Constitution_of_New_Hampshire_\(1784\)](https://en.wikisource.org/wiki/Constitution_of_New_Hampshire_(1784)) (06/2021).

²¹ Cfr. J.E. SELBY, *Revolution in Virginia*, University Press of Virginia, 1988, pp. 106-108.

²² P. MAIER, *American Scripture. Making the Declaration of Independence*, Vintage, 1998, p. 193.

²³ *Declaration of Rights of Pennsylvania* (In Congress, September 28, 1776), in *The Federal and State Constitutions*, in https://avalon.law.yale.edu/18th_century/pa08.asp (06/2021).

²⁴ *From Benjamin Franklin to the Marquis de Condorcet, 20 March 1774*, in *Founders Online*, National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-21-02-0064> [Original source: *The Papers of Benjamin Franklin*, vol. 21, *January 1, 1774, through March 22, 1775*, ed. William B. Willcox. Yale University Press, 1978, pp. 151–152]. L'affermazione secondo cui la carta dei diritti stava permettendo alla Pennsylvania di intraprendere il processo di emancipazione può apparire in contrasto con l'affermazione della *Scienza della legislazione*, riportata in precedenza perché evidenziata da Franklin, secondo cui «la sola Pensilvania non ha schiavi». E in effetti lo è, perché si tratta di un errore di Filangieri: quando vengono pubblicati i primi due libri dell'opera (1780-1781) la schiavitù in Pennsylvania era ancora diffusa.

²⁵ *Declaration of Rights of Vermont* (In Congress, July 8, 1777), in *The Federal and State Constitutions*, in https://avalon.law.yale.edu/18th_century/vt01.asp (06/2021).

²⁶ *Declaration of the Rights of Massachusetts* (In Congress, June 16, 1780), in *The Report of a Constitution or Form of Government for the Commonwealth of Massachusetts, 28 – 31 October 1779*, in *Founders Online*,

schiavi ottennero la libertà sostenendo davanti alla Corte Suprema del Massachusetts che l'affermazione presente nella carta dei diritti dello Stato, quella che tutti gli uomini sono nati liberi e uguali, rendeva *illegale* la schiavitù²⁷.

Ebbene, quei *rights of man* definiti *inalienabili* in quanto avevano il loro fondamento nella natura umana costituivano nella *Declaration of Independence* un progetto rivoluzionario rappresentato in primissima istanza dalla loro costituzionalizzazione: essi venivano, per così dire, *sottratti* all'attività di governo («to secure these rights, Governments are instituted among Men»²⁸), dando luogo alla distinzione tra costituzione e legislazione. E sono proprio le considerazioni contenute nel primo libro della *Scienza della legislazione* sulla differenza tra costituzione e legislazione e sul ruolo che la costituzione deve avere per la legislazione ad aver particolarmente colpito Franklin nella sua lettura (entrambi i passi sono contrassegnati allo stesso modo, con due linee verticali a fianco del testo, vicino alle quali figura un segno di spunta).

Quanti mali si sarebbero risparmiati agli uomini se si fusse sempre avuta e consultata questa guida! Niuna cosa è più facile che urtare in un errore di legislazione, ma niente è più difficile a curarsi, niente è più pernicioso alle nazioni. Una provincia perduta, una guerra male intrapresa sono flagelli di pochi momenti. Un istante felice, una vittoria d'un giorno può compensare le sconfitte di più anni, ma un errore politico, un errore di legislazione può produrre l'infelicità d'un secolo e può preparare quella de' secoli avvenire. Sparta, tante volte oppressa dalle armi de' suoi vicini, si vide sempre risorgere più formidabile. La celebre sconfitta di Canne non servì che a rendere i Romani più coraggiosi; ma una triste esperienza ci ha fatto pur troppo vedere come un solo editto mal calcolato sopra le finanze ha rese sterili le campagne più fertili ed ha tolte migliaia di cittadini alla patria; come un solo errore nella legislazione politica d'un popolo è stato bastevole a chiudere i porti d'una nazione ed ha trasportate altrove le ricchezze dello Stato.

Il talento più esercitato può appena distinguere il sofisma dal vero, l'usurpazione dal dritto, la violenza dall'equità. Noi vediamo nelle controversie, che ogni giorno si agitano su questi oggetti, gli uomini stessi più istituiti nel pub-

National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Adams/06-08-02-0161-0002>. [Original source: *The Adams Papers*, Papers of John Adams, vol. 8, *March 1779–February 1780*, ed. Gregg L. Lint, Robert J. Taylor, Richard Alan Reyerson, Celeste Walker, and Joanna M. Revelas. Harvard University Press, 1989, pp. 236–271].

²⁷ P. MAIER, *American Scripture*, cit., p. 193.

²⁸ *The Declaration of Independence*, cit..

blico dritto essere strascinati da' volgati pregiudizi; ricorrere all'istoria per cercare nelle decisioni e ne' costumi antichi delle nazioni gli esempi, o i fatti propri per regolare i loro giudizi; confondere finalmente la forza, l'uso, il possesso, l'usurpazione istessa col dritto. Ma né l'istoria, né l'uso, né gli esempi, né le concessioni, né le *carte* possono dare a' re, a' magistrati, a' nobili un dritto che è contrario alla libertà del popolo, alla sicurezza del cittadino, all'interesse della nazione, la felicità della quale deve sempre essere la suprema legge. Questa parte della legislazione, non meno che le altre, deve da questo solo principio esser regolata, deve a questo solo oggetto esser diretta²⁹.

La *guida* di cui Filangieri parla nel primo passaggio è proprio la costituzione, che come specificherà ulteriormente «la legislazione non deve, né può distruggere»³⁰. Così come è proprio la costituzione ciò a cui Filangieri fa riferimento quando parla di *questa parte della legislazione*, che nello stesso libro espliciterà riferendosi a un «piccolo codice a parte delle vere leggi fondamentali, che determinassero la vera natura della costituzione, i diritti e i limiti dell'autorità di chiascheduno dei tre corpi, e non ammettessero né interpretazione né ambiguità. In questo codice ci dovrebbero essere soltanto le vere leggi fondamentali, non già quelle alle quali abusivamente si è dato questo nome»³¹. E' la stessa guida, la stessa parte della legislazione che in Virginia e nella Pennsylvania di Franklin prima che in Vermont, Massachusetts e New Hampshire era stata distaccata e anteposta alla *Constitution* con il nome di *Declaration of Rights*, realizzando a livello locale il sogno rivoluzionario della *Declaration of Independence*: dare inviolabilità, intangibilità e sacralità al principio di uguaglianza naturale degli esseri umani e ai *rights of man* individuali e universali – variamente definiti in quelle *Declaration of Rights* come «natural», «inherent», «unalienable», «essential»³².

²⁹ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., vol. I, capo III («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») e capo X («Primo oggetto di questo rapporto: la natura del governo»), pp. 55-56, 101; sull'edizione di Franklin, pp. 74-75, 146-147. Cfr. M. D'AGOSTINI, *Gaetano Filangieri and Benjamin Franklin*, cit., pp. 100-101, 105-106. Il corsivo è nel testo.

³⁰ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., vol. I, p. 122.

³¹ Ibid., p. 120.

³² Cfr. *Declaration of Rights of Virginia* (In Congress, June 12, 1776), in *The Federal and State Constitutions; Declaration of Rights of Pennsylvania* (In Congress, September 28, 1776), in Ibid.; *Declaration of Rights of Vermont* (In Congress, July 8, 1777), in Ibid.; *Declaration of the Rights of Massachusetts* (In Congress, June 16, 1780), in *The Report of a Constitution or Form of Government for the Commonwealth of Massachusetts, 28 – 31 October 1779*, cit.; *The Bill of Rights of New Hampshire* (In Congress, October 31, 1783), in *Journals of the Senate and House of Representatives*, cit..

Ma sono le ultime cinque righe del secondo passaggio riportato in precedenza a essere molto significative. Non solo, e non tanto, per l'interesse a proposito di quella *felicità della nazione* che Franklin evidenzia (con una linea a margine del testo) anche in un passaggio precedente della *Scienza della legislazione*:

Uno Stato non si può dire ricco e felice che in un solo caso; allorché ogni cittadino con un lavoro discreto d'alcune ore può comodamente supplire a' suoi bisogni ed a quelli della sua famiglia. Un lavoro assiduo, una vita conservata a stento non è mai una vita felice. Questa era la condizione dell'infelice Sisifo. Niun istante era per lui, perché li dovea tutti al lavoro³³.

Quelle ultime cinque righe sono molto significative soprattutto per l'analogia tra quell'*interesse e felicità della nazione*, la *suprema legge*, l'unico *principio* che *deve regolare* la costituzione, l'unico *oggetto* a cui essa *deve essere diretta*, evidenziati sul testo di Filangieri, e il *bene comune* per *assicurare la felicità della nazione* in nome del quale Franklin, nel discorso finale che il 17 settembre 1787 chiude i lavori dell'assemblea costituente di Filadelfia, intende *sacrificare* gli *errori* secondo lui contenuti nella costituzione – votando e schierandosi per la sua approvazione.

I confess that I do not entirely approve this Constitution at present, but Sir, I am not sure I shall never approve it: For having lived long, I have experienced many Instances of being oblig'd, by better Information or fuller Consideration, to change Opinions even on important Subjects, which I once thought right, but found to be otherwise. It is therefore that the older I grow the more apt I am to doubt my own Judgment, and to pay more Respect to the Judgment of others. Most Men indeed as well as most Sects in Religion, think themselves in Possession of all Truth, and that wherever others differ from them it is so far Error. [...]

In these Sentiments, Sir, I agree to this Constitution, with all its Faults, if they are such; because I think a General Government necessary for us, there is no Form of Government but what may be a Blessing to the People if well administred. and I believe farther that this is likely to be well adminstred for a Course of Years, and can only end in Despotism as other Forms have done before it, when the People shall become so corrupted as to need Despotic Government, being incapable of any other. I doubt too whether any other Convention we can obtain, may be able to make a better Constitution. [...]

³³ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., vol. I, capo II («Di ciò che si comprende sotto il principio generale della tranquillità e della conservazione e dei risultati che ne derivano»), p. 53; sull'edizione di Franklin, p. 70. Cfr. M. D'AGOSTINI, *Gaetano Filangieri and Benjamin Franklin*, cit., p. 100.

Thus I consent, Sir, to this Constitution because I expect no better, and because I am not sure that it is not the best. The Opinions I have had of its Errors, I sacrifice to the Public Good. I have never whisper'd a Syllable of them abroad. Within these Walls they were born, and here they shall die. If every one of us in returning to our Constituents were to report the Objections he has had to it, and endeavour to gain Partizans in support of them, we might prevent its being generally received, and thereby lose all the salutary Effects and great Advantages resulting naturally in our favour among foreign Nations, as well as among ourselves, from our real or apparent Unanimity. Much of the Strength and Efficiency of any Government in procuring and securing Happiness to the People depends on Opinion, on the general Opinion of the Goodness of that Government as well as of the Wisdom and Integrity of its Governors. I hope therefore that for our own Sakes, as a Part of the People, and for the sake of our Posterity we shall act heartily and unanimously in recommending this Constitution, wherever our Influence may extend, and turn our future Thoughts and Endeavours to the Means of having it well administered³⁴.

Franklin appare consapevole della *necessità di un governo* e, per questo fine, della necessità di una costituzione nonostante i suoi errori – che vanno sacrificati in nome del bene comune. Ebbene, due dei passaggi evidenziati da Franklin sulla *Scienza della legislazione* riguardano proprio, come si è visto, l'importanza della costituzione per il governo e l'interesse e la felicità della nazione che devono regolare e dirigere la costituzione.

Non solo. Se il sacrificio di cui parla Franklin è indubbiamente un atto di realismo, un compromesso tra un governo senza costituzione e una *costituzione migliore* senza quegli errori, allora quella analogia diventa più significativa alla luce di un'altra evidenziazione sul testo di Filangieri (con una marcata spunta a lato del paragrafo): quella relativa al passaggio che più di ogni altro, nel primo libro della *Scienza della Legislazione*, rappresenta il realismo di Filangieri.

Composta, io dico, la nostra legislazione da tante parti eterogenee, non doveva costar molta fatica il discreditarla. Essa in fatti è così decaduta dall'opinione pubblica che, se se n'ecceppa il sacerdozio destinato a custodire e consultare questi misteriosi libri della Sibilla, non ci è cittadino che non desideri la riforma de' nostri codici. *Dato questo primo passo, bisogna farne un altro³⁵.*

³⁴ From Benjamin Franklin: *Speech in the Convention on the Constitution (unpublished)*, 17 September 1787, in 643775 = 045-u161.html, <http://franklinpapers.org>. Il corsivo nel testo è mio.

³⁵ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., vol. I, capo VII («Degli ostacoli che s'incontrano nel cambiamento della legislazione di un popolo, e dei mezzi per superarli»), p. 80;

Il realismo di Filangieri, fra l'altro, fu la prima cosa che colpì Franklin nella sua lettura: la prima evidenziazione presente sul testo (un segno di spunta a lato) è infatti a margine del primo paragrafo dell'introduzione, dove si afferma che:

Tutti i calcoli, che si sono esaminati alla presenza de' principi, non sono stati diretti che alla soluzione d'un solo problema: *trovar la maniera di uccidere più uomini nel minor tempo possibile*³⁶.

Ma questo realismo, nel passaggio precedente, è evidentemente declinato sulla e per la legislazione: riguarda il *passo da fare* tra lo *screditarla* e il *desiderarne la riforma*. Che Franklin sembra tradurre con l'approvazione della costituzione, vista, nel suo discorso finale all'assemblea costituente, proprio come il passo necessario da compiere tra la consapevolezza degli errori presenti e il desiderio di una costituzione migliore senza quegli errori. Insomma, c'è quantomeno una significativa analogia tra il realismo di Franklin in fase costituente e il realismo che lo aveva colpito nell'opera di Filangieri.

Sulla copia della *Scienza della legislazione* nelle mani di Franklin, infine, risultano evidenziati altri tre passaggi: uno (con due linee parallele a margine del testo) riguarda una considerazione del giurista napoletano sull'imbecillità dell'atteggiamento dell'Inghilterra nei confronti delle colonie americane – atteggiamento non senza conseguenze nello scacchiere politico europeo. Il secondo e il terzo (con una sottolineatura) riguardano la presentazione di due temi che verranno poi trattati, rispettivamente, nel libro quarto e nel libro settimo: la legislazione penale e quella familiare.

Funesta riflessione! Le nazioni, non altrimenti che gli uomini, hanno i loro momenti d'imbecillità. L'Inghilterra rimbambisce; essa moltiplica le sue contribuzioni invece di diminuirle; essa perde la sua influenza nell'Europa per averla voluta troppo distendere nell'America; essa sarà ben presto priva dell'una e dell'altra e lo scettro dell'Europa, dopo esser passato dalla Spagna nella Francia, e dalla Francia nell'Inghilterra, pare che oggi sia per fissarsi tra le mani de' Moscoviti, ove le buone leggi lo chiamano. Vi resterà forse per lungo tempo e gli Europei dovranno

sull'edizione di Franklin, p. 114. Cfr. M. D'AGOSTINI, *Gaetano Filangieri and Benjamin Franklin*, cit., pp. 104-105. Il corsivo nel testo è mio.

³⁶ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., vol. I, "Introduzione", p. 11; sull'edizione di Franklin, p. 1. Cfr. M. D'AGOSTINI, *Gaetano Filangieri and Benjamin Franklin*, cit., p. 98. Il corsivo è nel testo.

forse un giorno ricever tutti la legge da questa sobria nazione? Il codice di Caterina mi dà più da pensare che la sua flotta spedita nell'Arcipelago.

Se le leggi criminali impediscono i delitti, spaventando il cittadino colla minaccia delle pene, esse non possono sicuramente far germogliare le virtù. Quella specie d'onestà negativa, che deriva dal timor delle pene, si risente sempre della sua origine.

Che se era scandalosa la legge di Roma che dava al marito ne' primi tempi della repubblica il dritto di uccidere la moglie per aver bevuto anche con moderazione d'un liquore, l'abuso istesso del quale non era interdetto al marito; che se il dritto del divorzio, dato presso la maggior parte degli antichi esclusivamente al marito, faceva che questi potesse tutto sulla moglie, senza che la moglie potesse almeno aver un rimedio contro l'abuso della sua autorità; che se, in una parola, gli antichi legislatori oltrepassarono i limiti del giusto e dell'onesto nel determinare l'estensione della patria potestà³⁷.

Queste ultime due evidenziazioni sono quelle che testimoniano il dichiarato interesse di Franklin per il terzo e il quarto libro della *Scienza della legislazione*, dedicati alle leggi criminali: è lo stesso interesse riscontrato nella loro corrispondenza epistolare per i due volumi che Filangieri spedirà a Franklin nell'ottobre del 1783 perseguendo il suo personale «sogno di Philadelphia»³⁸.

3. Il realismo di Filangieri e il Franklin della Convenzione di Filadelfia

Franklin trova in Filangieri un giurista che ha in mente di lavorare sulle *criminal laws* a cui lui era già molto attento: quello del codice penale, che Filangieri nel primo libro della *Scienza della legislazione* annuncia di mettere al centro della sua

³⁷ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., vol. I, capo III («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»), Piano ragionato dell'opera («Libro IV», «Libro VII»), pp. 60, 33-34, 44; sull'edizione di Franklin, pp. 83, 38, 55. Cfr. M. D'AGOSTINI, *Gaetano Filangieri and Benjamin Franklin*, cit., pp. 101-102, 99, 99-100.

³⁸ Sulla spedizione a Franklin da parte di Filangieri del terzo e quarto libro della *Scienza della legislazione*, cfr. *From Gaetano Filangieri to Benjamin Franklin, 27 ottobre 1783*, in 640428 = 040-u517.html, <http://franklinpapers.org>. Sul sogno di Philadelphia da parte di Filangieri, la cui espressione è qui presa a prestito da E. CUOMO, *Filangieri e il sogno di Philadelphia*, in *Innovazione e Diritto*, 3, 2009, pp. 17-34, cfr. di nuovo *From Benjamin Franklin to Gaetano Filangieri, 11 gennaio 1783*, cit..

opera nel terzo e nel quarto libro, era un progetto di riforma che Franklin aveva in mente da tempo per la sua Pennsylvania³⁹.

Nel capolavoro di Filangieri, inoltre, Franklin trova anche la condivisione del *right of revolution* delle colonie inglesi nei confronti della corona britannica, sancito solennemente nel primo paragrafo della *Declaration of Independence*⁴⁰: è il diritto all'indipendenza che le colonie, negli anni in cui Franklin legge la *Scienza della legislazione*, si stanno andando a conquistare con una valorosa e vittoriosa guerra per terra e per mare.

Ma a colpire particolarmente Franklin sono, di fatto, due temi specifici della rivoluzione illuministica dei *rights of man* contenuta nel secondo paragrafo della *Declaration of Independence*⁴¹: la separazione tra costituzione e legislazione – per costituzionalizzare, cioè rendere inviolabili, intangibili e sacri dei diritti che, avendo il loro fondamento nella natura umana, erano naturali e inalienabili e avevano valore individuale e universale – e l'abolizione della schiavitù come inevitabile conseguenza del principio alla base di quei diritti – l'uguaglianza naturale degli esseri umani. Insomma, le evidenziazioni di Franklin sulla *Scienza della legislazione*, oltre al già noto interesse, apprezzamento e stima nei confronti di Filangieri, ci mostrano nello specifico cosa il giurista napoletano rappresenti per l'illuminista americano: un grande interprete del sogno illuministico della *Declaration*, un grande sostenitore del suo linguaggio e del suo progetto costituzionale, un affidabile interlocutore per quell'«Enlightenment Rights Talk»⁴² che la *Declaration* aveva acceso nello spazio atlantico per la trasmissione della rivoluzione tra America ed Europa. Ma anche, verosimilmente, un formidabile sostegno da cui attingere forza per il prose-

³⁹ Ibid..

⁴⁰ «When in the Course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the Laws of Nature and of Nature's God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation» (*The Declaration of Independence*, cit.).

⁴¹ «We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness – That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed – That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness» (Ibid.).

⁴² D. EDELSTEIN, *Enlightenment Rights Talk*, in *Journal of Modern History*, LXXXVI, 3, 2014, pp. 530-565.

guimento e l'incremento della lotta rivoluzionaria, soprattutto quella per l'abolizione della schiavitù⁴³.

Dal punto di vista storiografico, l'elemento più interessante che quelle evidenziazioni mostrano è senza dubbio l'attenzione di Franklin alla lezione di realismo presente nel primo libro della *Scienza della legislazione*. L'evidente analogia tra il realismo evidenziato da Franklin sul testo e quello adottato nell'assemblea costituente per l'approvazione della costituzione nonostante i suoi errori, in nome del bene comune, dell'interesse e della felicità della nazione, non è certo sufficiente per parlare di un'influenza diretta della *Scienza della legislazione* sul Franklin della costituente. Tuttavia, quell'analogia rappresenta una chiave di comprensione della scelta di Franklin in assemblea, illustrandone il retroterra culturale e intellettuale per nulla estraneo al costituzionalismo illuminista: il realismo politico, tra utopia e riforma.

Quella scelta, infatti, sembra apparentemente incoerente. Franklin, emblema dell'impegno e della lotta abolizionista nel tardo Settecento, delle cui ragioni evidenzia peraltro sulla stessa *Scienza della legislazione* i passi più significativi, sceglie di accettare sulla schiavitù un compromesso temporale, federale e politico che, di fatto, la mantiene: la costituzione permette la schiavitù fino al 1808, la sua abolizione viene demandata ai governi locali, sui diritti politici degli schiavi prevede che solo «tre quinti dei neri devono essere rappresentati come se fossero uomini liberi»⁴⁴ – è la cosiddetta *clausola dei tre quinti*. Ad essa, inoltre, va aggiunta la cosiddetta *clausola dei fuggiaschi*: «i tribunali, gli sceriffi e le giurie del Nord avrebbero dovuto sostenere il regime schiavista obbligando con la forza i fuggitivi che avevano valicato i confini statali a tornare alle loro catene» obbligando «i magistrati ad aiutare i padroni a recuperare i fuggiaschi»⁴⁵.

In effetti, nel dibattito pubblico successivo, Franklin non tarderà a venir messo sul banco degli imputati, insieme a George Washington, con l'accusa di aver appoggiato il «sistema della schiavitù»⁴⁶: a farlo è Luther Martin, straordinario interprete del progetto costituzionale della *Declaration of Independence* nel processo costituzionale americano, e quindi della lotta per l'abolizione della schiavitù come

⁴³ Sul contributo di Filangieri e dell'Illuminismo napoletano all'abolizione della schiavitù, cfr. soprattutto A. TUCCILLO, *Il commercio infame: Antischiavismo e diritti dell'uomo nel Settecento italiano*, Clio-Press, 2013.

⁴⁴ *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates* [1986], edited by R. Ketcham, Signet Classics, 2003, p. 168.

⁴⁵ A. TAYLOR, *Rivoluzioni americane*, cit., p. 383.

⁴⁶ *The Debate on the Constitution. Federalist and Antifederalist Speeches, Articles, and Letters During the Struggle over Ratification*, edited by B. Bailyn, The Library of America, 1993, vol. I, p. 637.

inevitabile conseguenza del principio di uguaglianza naturale degli uomini che secondo Martin costituisce il vero «principio della Rivoluzione americana»⁴⁷.

Ebbene, quel realismo permette di vedere il compromesso sulla schiavitù come il *passo da fare* tra screditare una costituzione che non abolisce la schiavitù, sicuramente uno degli errori a cui Franklin si riferisce nel suo discorso finale all'assemblea, e il desiderio di riforma del codice in chiave abolizionista per una costituzione migliore senza quell'errore: quel *passo da fare* è una costituzione necessaria – sulla cui necessità per l'interesse e la felicità della nazione Franklin evidenzia i passaggi principali del primo libro della *Scienza della legislazione* – nonostante quel compromesso.

Interpretare la scelta di Franklin alla luce di quel realismo permette anche di comprendere, in definitiva, l'*endorsement* al suo discorso che arriva personalmente da Condorcet, da Thomas Paine, da Richard Price⁴⁸. Permette di comprendere, a proposito del compromesso sulla schiavitù, il silenzio di Thomas Jefferson, che riguardo la sua abolizione aveva già messo la firma su un altro compromesso intriso del medesimo realismo tra utopia e riforma: è il *Draft Proposal* del 1784, secondo il quale bisognava «bandire la schiavitù da tutti i territori del governo federale, quelli del Sud come quelli del Nord, a partire dal 1800» per non «urtare le sensibilità contemporanee»⁴⁹ – in un gradualismo riformista poi stravolto in fase costituente⁵⁰.

⁴⁷ *The Anti-Federalist Papers*, cit., p. 153.

⁴⁸ Cfr. *From Marquis de Condorcet to Benjamin Franklin, 8 luglio 1788*, in 644196 = 046- u007.html, <http://franklinpapers.org>; *To Thomas Jefferson from Richard Price, 26 October 1788*, in *Founders Online*, National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-14-02-0033> [Original source: *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. XIV, 8 October 1788-26 March 1789, edited by J. P. Boyd, Princeton University Press, 1958, pp. 38-40]; *From Thomas Paine to George Clymer, Paris, December 29, 1787*, in T. Paine, *Complete Writings of Thomas Paine*, edited by P. S. Foner, The Citadel Press, 1945, vol. II, pp. 1266-1267 (cfr. M. BATTISTINI, *Thomas Paine nella trasmissione atlantica della rivoluzione*, Tesi di dottorato di ricerca, 2008, https://www.academia.edu/21959542/Thomas_Paine_nella_trasmissione_atlantica_della_rivoluzione [06/2021], pp. 286-287).

⁴⁹ M.J. KLARMAN, *The Framers' Coup. The Making of the United States Constitution*, Oxford University Press, 2016, p. 295; T. JEFFERSON, *Political Writings*, edited by J. Appleby, T. Ball, Cambridge University Press, 1999, p. 475.

⁵⁰ Lo stravolgimento è dato sia dall'allungamento dei tempi al 1808, che avrebbe consentito di trasferire «altri 200.000 africani in catene nel corso dei successivi vent'anni» (A. TAYLOR, *Rivoluzioni americane*, cit., pp. 382), sia dalla formulazione lessicale della clausola: nel *Draft Proposal* di Jefferson si parla di «bandire la schiavitù dal 1800», mentre nella costituzione si parla di «mantenere la schiavitù fino al 1808». E permettere la schiavitù fino al 1808 non significa necessariamente che dopo il 1808 venga perentoriamente bandita – perentorietà invece evidente nel *Draft Proposal* del 1784. Insomma, per sintetizzare quello stravolgimento con le parole di James Madison, se «l'importazione di schiavi è permessa dalla nuova Costituzione per vent'anni, allora in sostanza è permessa per sempre» (*The*

Quel realismo permette di non guardare alla scelta di Franklin, e al favore con cui questi protagonisti europei e americani della trasmissione del sogno rivoluzionario illuministico guardano al suo discorso finale in assemblea e all'approvazione della costituzione, come a un tradimento del progetto costituzionale della *Declaration* – nonostante senza alcun dubbio l'impegno antischiavista lo caratterizzasse. Ma piuttosto, per contro, esso permette di tracciare in modo ancor più netto, da un punto di vista storico e storiografico, la radicata e radicale influenza dell'*Enlightenment Rights Talk* sull'assemblea costituente americana – specialmente attraverso Benjamin Franklin, ma non soltanto⁵¹. Inoltre, nella trasmissione della rivoluzione da una sponda all'altra dell'Atlantico, il medesimo realismo permette anche di tracciare definitivamente la determinante influenza di Filangieri: queste sottolineature ed evidenziazioni di Franklin sulla *Scienza della legislazione* restituiscono perentoriamente al giurista napoletano il ruolo di assoluto protagonista per il sogno rivoluzionario illuministico che guardava a Filadelfia come al primo momento storico per la realizzazione del suo eversivo progetto politico – la costituzionalizzazione dei *rights of man*.

Debate on the Constitution, cit., vol. I, p. 780).

⁵¹ Riguardo l'influenza del linguaggio illuministico dei *natural rights of man* della *Declaration* sui protagonisti della lotta per l'abolizione della schiavitù nella *Philadelphia Convention*, cfr. A. MAURINI, *Created Equal. La rivoluzione mancante alle origini degli Stati Uniti d'America*, Edizioni di Storia e Letteratura, 2020, pp. 85-98: questo articolo sviluppa un tema ivi trattato.

PARTE II
CONTEMPORANEO DI TUTTE L'ETÀ

SCIENZA DELLA LEGISLAZIONE E COSTITUZIONALISMO.
LA PERENNE ATTUALITÀ DEL CONTRIBUTO
DI GAETANO FILANGIERI

VALERIA MARZOCCO*

SOMMARIO: 1. La perenne attualità di Filangieri e le insidie della ricostruzione genealogica. – 2. Una limitazione *pedagogica* del potere. Filangieri e il costituzionalismo repubblicano. – 3. *Intermezzo*. Il costituzionalismo come ideologia. – 4. Una sovranità *sub lege*. Il modello del “governo della legge” nel pensiero di Filangieri.

1. *La perenne attualità di Filangieri e le insidie della ricostruzione genealogica*

Nella considerazione dei suoi interpreti, e in special modo di quelli contemporanei, l'opera di Gaetano Filangieri si staglia quale esempio paradigmatico di un lavoro intellettuale più che mai vivo. Non vi è dubbio, si dirà, che tale è la virtù di un pensiero che, pur calato nella contingenza delle vicende storiche, da esse trascende, assurgendo alle altezze proprie dei classici. Pur tuttavia, altrettanto evidente è che, esattamente in ciò, si ponga, com'è noto, il problema del metodo con il quale avvicinarsi alla pagina classica e, con esso, quello delle insidie dalle quali occorre guardarsi nella sua interpretazione.

In quanto classico, il pensiero di Filangieri istituisce un certo ordine di rapporti con l'*attualità*, sia essa la propria che quella alla quale appartiene chi legge: quest'ultima è relegata a «rumore di fondo» e al contempo ne è la premessa; essa, l'*attualità*, non vale così né a conchiuderne il perimetro, né a denegarne la parola, la quale *persiste* anche e soprattutto al cospetto di evidenze contrastanti che da essa derivino, per il suo autore o per il suo interprete. La pagina classica, e quella di Filangieri mostra tutta la dilemmaticità storiografica e teorica che da ciò si pone, è però anche un segmento che si colloca in una *genealogia*: il suo interprete non ha o non dovrebbe aver dubbi tanto nel riconoscerla quanto nel ricostruirne la collocazione¹.

Tra le preziose indicazioni appena richiamate, il tema del rapporto con il presente – e, dunque, con il circuito ermeneutico che si definisce tra autore e inter-

* Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Federico II di Napoli.

¹ I. CALVINO, *Italiani, vi esorto a leggere i classici* (1981), in ID., *Perché leggere i classici*, Mondadori, 2002, pp. 5-13 (spec. pp. 12 e 10).

prete –, come anche quello della sua ricostruzione genealogica, rinviano implicitamente ad altrettante fondamentali prospettive filosofiche e di metodo coltivate, rispettivamente, in seno all'ermeneutica² e al pensiero critico³.

Nella persistente attualità della riflessione di Filangieri, come nel suo collocarsi in una genealogica riconoscibile, se posta al vaglio e agli strumenti che appartengono al lettore consapevole e accorto, risiedono però le direttrici capaci di orientare, ma anche di dividere i suoi interpreti, tanto più se ci si addentra nel patrimonio di idee e di sollecitazioni che viene dal Filangieri giurista.

La prospettiva del riformismo, sviluppata dal filosofo napoletano nel quadro degli elementi storici e biografici che lo videro protagonista nel settecentesco Regno di Napoli⁴ ne sono lo sfondo inevitabilmente da ricostruirsi. Non appena tuttavia ci si disponga a isolarne il dettaglio, questa stessa cornice, sul piano della ricostruzione genealogica, offre diverse e talvolta non compatibili prospettive di indagine, dentro le quali è profondamente coinvolto non solo il livello di interpretazione generale del pensiero di Filangieri, e del Filangieri giurista, ma si ritrova affiorante il profilo proteiforme di un illuminismo sul quale il suo contributo, nelle sue aperture e nelle sue contraddizioni, concede di svolgere qualche riflessione.

È probabilmente, quest'ultima, la principale ricchezza di un'opera complessa come la *Scienza della legislazione*⁵, sulla quale prevale e si concentra, non a torto, la principale attenzione della letteratura critica, anche contemporanea.

Dal lato più propriamente giuridico, si tratta di una riflessione dalla quale possono trarsi molte e profonde sollecitazioni, sul piano della genesi di principi

² Si tratta di un ordine di problemi che rinvia in special modo alle riflessioni svolte in H.G. GADAMER, *Il problema della coscienza storica* (1963), Guida, 2006. In Italia, un'esemplare esplicitazione della funzione «legittima e impretebibile» dell'interprete nel processo interpretativo, che si misura in adesione all'approccio gadameriano e con la specificità del rapporto tra dogmatica e canoni epistemologici della storia del diritto, si ritrova in E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, 2 voll., Giuffrè, 1955, p. 765.

³ Per la chiarificazione del canone di ricostruzione genealogica nella storiografia del pensiero critico, muovendo da Nietzsche: M. FOUCAULT, *Nietzsche, la genealogia, la storia* (1971), in M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Einaudi, 1977, pp. 29-54.

⁴ Su questo aspetto, con speciale riguardo alla ricostruzione delle vicende del Regno di Napoli nel corso degli anni Settanta e Ottanta del Settecento: R. AJELLO, *I filosofi e la regina. Il governo delle due Sicilie da Tanucci a Caracciolo*, in *Rivista storica italiana*, fasc. II e II, 1991, pp. 398-454 e pp. 657-738.

⁵ Sull'opera, pubblicata per la prima volta nel 1780, e sulle vicende legate alla sua genesi e al suo carattere incompiuto: A. TRAMPUS, *La genesi e le edizioni della Scienza della Legislazione*, in G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, 7 voll., edizione critica diretta da Vincenzo Ferrone, Edizioni della Laguna, 2003-2004, Tomo VII, pp. V-LXXXII.

cardine della modernità giuridica e della loro coraggiosa affermazione in un contesto partecipe degli ideali riformatori dell'illuminismo giuridico europeo⁶.

Su quest'ultimo aspetto, non diverso, né minore, è l'ordine delle questioni venute all'attenzione degli interpreti del pensiero filangieriano. E ciò, occorre specificarlo, non riguarda esclusivamente e solo l'ambito di analisi relativa ai rapporti del filosofo con la cultura del suo tempo e con le sue principali aspirazioni – tema sul quale, invero, già la migliore e più attenta storiografia si è soffermata⁷ –, poiché maggiore e probabilmente di maggior peso, anche a valle delle preziose indicazioni che vengono da quest'area di studio generale, è il tipo di problemi che vengono dal porsi del pensiero giuridico e politico di Filangieri nella cuspide ambigua di un costituzionalismo illuministico del quale *libertà* e *legge* rappresentano le due architravi portanti⁸.

L'accostamento della *Scienza della legislazione* al costituzionalismo non è nuovo e tanto meno esso è questione lasciata a margine della considerazione dei suoi interpreti⁹. Ciò nonostante, soprattutto alla luce di alcune e autorevoli prospettive recenti, pare non del tutto evasa la domanda che pure ne ha da sempre orientato gli sforzi ricostruttivi. A ben riflettere, si tratta di una questione solo apparentemente ricadente nella perenne attualità del pensiero di Filangieri – la *Scienza della legislazione*, nel suo complesso considerata, può esprimere una concezione di costituzionalismo, e se sì, quale –, poiché, analogamente, essa concede spazio per ritenere tutt'altro che piano il tema della ricomposizione genealogica del suo contri-

⁶ Nella vasta letteratura in materia, si veda almeno F. VENTURI, *Settecento riformatore*, 5 voll., Einaudi, 1969-1990. Quanto, più specificamente, all'illuminismo giuridico, da diverse prospettive: P. COMANDUCCI, *Illuminismo giuridico: antologia di scritti giuridici*, Il Mulino, 1978; D. IPPOLITO, *La libertà attraverso il diritto: illuminismo giuridico e questione penale*, ESI, 2014.

⁷ Preziose sono, sui due versanti in questo tema può svilupparsi, relativi, rispettivamente, al contesto europeo e meridionale (o napoletano) dell'illuminismo, G. DE RUGGIERO, *Il pensiero politico meridionale*, Laterza, 1949; L. D'ALESSANDRO (a cura di), *Gaetano Filangieri e l'illuminismo giuridico europeo*, Guida, 1990; A. DE MARTINO, *Tra legislatori e interpreti. Saggio di storia delle idee giuridiche in Italia meridionale*, Jovene, 1975.

⁸ Quanto, più specificamente, all'opera di Filangieri, si tratta di riflettere intorno al rapporto tra *libertà* e *dovere* o, se si vuole, *prescrittività della legge* e *fondamento libero dell'obbedienza* («se il dovere senza la volontà, esclude la libertà; se la volontà senza il dovere esclude la dipendenza: il volere ciò che si deve conserva la libertà senza distruggere la dipendenza», al punto che «La volontà di fare ciò che si deve sarà dunque il nesso che combina la libertà colla dipendenza»): G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, t. 2, libro IV, Capo XXXV, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1984, p. 307. Cfr. con le questioni la cui rilevanza nel contesto illuministico è ricostruita con attenzione da M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di Comunità, 1966.

⁹ In questa cornice, si consideri, almeno: A. TRAMPUS, *Storia del costituzionalismo italiano nell'età dei Lumi*, Laterza, 2014.

buto, alla luce della storia delle idee e in considerazione delle categorie politiche e giuridiche di riferimento che in essa trovano spazio e forma.

In questa cornice, il sicuro riconoscimento genealogico davanti al quale l'interprete della pagina classica dovrebbe ritrovarsi è tutt'altro che agevole. In special modo quando esso si misura con una tradizione troppo a lungo oggetto di una narrazione monolitica come quella dell'illuminismo e, particolarmente, dell'illuminismo giuridico europeo¹⁰.

Nel quadro delle vicende che dell'opera filangieriana celebrarono, dapprima, l'importante diffusione, segnandone poi le successive e altalenanti sorti¹¹, sulla questione del rapporto di Filangieri con la cultura giuridica del suo tempo si sono concentrate diverse ricostruzioni, in parte legate al privilegio via via accordato agli altrettanto principali poli di attrazione rinvenibili nella sua pagina. A prevalere è stato uno sforzo di indagine che, con l'approfondirsi e con l'estendersi a penetrarne il complesso di influenze esterne e interne, ha certamente contribuito a evidenziare la ricchezza di un'opera vasta, isolandone la genesi intellettuale e le più profonde aspirazioni. Non stupisce, in questo senso, che, almeno a muovere dallo studio di Cotta del 1954¹², della critica filangieriana cifra dominante sia stata la restituzione del pensiero del suo autore alla temperie di una cultura illuministica riscoperta nel complesso delle sue plurali vocazioni e sensibilità: una direttrice che ha, di necessità, incrociato il tema connesso della ricostruzione delle influenze locali ed europee che mirabilmente operarono nella genesi e nello sviluppo di un pensiero che, per molti versi, può considerarsi la rappresentazione plastica dell'eclettismo tipico dell'intellettuale settecentesco niente affatto estraneo alla dimensione istituzionale e politica del proprio tempo.

Dentro le diverse tematiche di volta in volta privilegiate, in special modo nell'ambito della filosofia del diritto e della politica della seconda metà del Novecento, non è rimasta priva di rilievo la questione della natura ambigua di una categoria storiografica e filosofica – l'illuminismo – particolarmente evidente al cospetto di una riflessione, come quella di Filangieri, capace di cogliere, sintetizzare e rivelarne, al di là dei più saldi ancoramenti, le contraddizioni.

Questo aspetto, centrale nella valutazione della declinazione meridionale o più specificamente napoletana della corrente illuministica, come anche nella valu-

¹⁰ Per una ricostruzione storiografica su questi aspetti, che dà conto della tradizione delle letture sull'illuminismo, concentrandosi in special modo sulle traiettorie di accreditamento di approcci diversi e alternativi a essa: G. RICUPERATI (a cura di), *La reinvenzione dei Lumi. Percorsi storiografici del Novecento*, Olschki, 2000.

¹¹ Un breve, ma prezioso, nucleo di indicazioni su ciò si trova in V. FROSINI, *Introduzione*, in G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., pp. IX-XIV.

¹² S. COTTA, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, Vallecchi, 1954.

tazione delle continuità e delle distanze con l'altro polo di sviluppo delle sue idee, coagulato intorno alla figura di Verrì e di Beccaria a Milano¹³, è il medesimo che attrae non solo e non tanto la altrettanto decisiva questione della circolazione delle idee illuministiche oltreoceano, ma altresì, la dilemmatica, e non agevole composizione del contributo filangieriano entro i caratteri di fondo di autori napoletani che contribuirono a diffonderne la specificità.

Non è azzardato, in questo senso, affermare che il contributo che Filangieri ha offerto all'illuminismo debba la propria dirompente e perdurante forza a una sorta di duplice e parziale esteriorità a una narrazione prevalente, sull'illuminismo napoletano o meridionale e sull'illuminismo *tout court*. Sul primo versante, quale pensiero non compiutamente allineato o disponibile a farsi ricostruire nel solco canonico di una tradizione di studi per come essa si era radicata a Napoli, e per la quale si è espresso uno specifico ed egemonico criterio di giudizio storiografico, quello dello storicismo¹⁴. Quanto al secondo, più generale, con riguardo a quelle «due anime» della tradizione illuministica che sono in grado, ancora oggi, di delineare tanto le accelerazioni quanto gli ostacoli innervanti la cultura giuridica del tempo, tra realismo e utopia¹⁵.

2. Una limitazione pedagogica del potere. Filangieri e il costituzionalismo repubblicano

Restando in tema di genealogia concettuale, non stupisce che sul pensiero di Filangieri, intorno alla questione in sé classica del legame tra l'illuminismo giuridico e la categoria del costituzionalismo, si sia di recente animato un dibattito inte-

¹³ S. ARMELLINI, *Le due "anime" dell'illuminismo giuridico e politico italiano*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, fasc. LV, 1978, pp. 253-293.

¹⁴ La ricostruzione di queste vicende deve in larga parte la propria genesi all'influenza dell'interpretazione crociana di Filangieri. Sorreggevano, in Croce, le radici di un giudizio rivolto a non riconoscere una spiccata centralità all'opera filangieriana, due distinte ispirazioni: per un verso, la polemica contro la «mentalità massonica», di cui, come noto, Filangieri fu tra gli esponenti più illustri del tempo (B. Croce, *La mentalità massonica*, in ID., *Cultura e vita morale*, Laterza, 1926, pp. 143-150); per l'altro il vichismo, letto come profonda matrice della cultura giuridica e filosofica napoletana («quel solitario Vico, dal quale quasi tutti quegli scrittori (e anche il Filangieri) attingevano qualche giudizio o qualche teoria, ma senza mai penetrarne l'intrinseco»: B. CROCE, *Storia del Regno di Napoli*, Laterza, 1966, p. 156.

¹⁵ Appare quanto mai opportuno, in questo senso, accogliere la lettura circa i canoni razionalistici assunti dal pensiero politico di Filangieri, e del loro marcato realismo, dacché «il razionalismo assume una forma normativa assai caratteristica. La ragione non è più paga di tracciare un quadro ideale della vita politica; essa vuole che quel quadro si realizzi»: G. DE RUGGIERO, *Il pensiero politico meridionale*, cit., p. 74.

ressante, che più di qualche ragione ha avuto nella sua capacità di attrarre l'attenzione degli interpreti. La domanda su quale sia, se vi sia, un costituzionalismo ascrivibile alla sua riflessione è infatti, di tutta evidenza, un problema che non può non intrecciarsi con una stagione di studi che è ritornata problematicamente sull'illuminismo come laboratorio della modernità giuridica e politica, e sul costituzionalismo, nella sua impostazione di dottrina della limitazione del potere a fini di garanzia delle libertà individuali¹⁶.

Nella «dipintura complicata»¹⁷ che annunciava i sette libri in cui avrebbe dovuto articolarsi, nelle intenzioni del suo autore, il piano della *Scienza della legislazione*¹⁸ si mostra una prospettiva di pedagogia della legislazione e dell'amministrazione della cosa pubblica, idonea a definire il «venir in soccorso de' governi» da parte della filosofia come un progetto ben distinto rispetto alla cornice cinquecentesca magistralmente delineata dal *Principe* machiavelliano. Si tratta di un orizzonte normativo che affida lo scopo dichiarato di «intraprendere la riforma della legislazione» a canoni interni ed esterni, fondandola sulla fiducia nella ragione, per un verso – razionalizzazione delle procedure della produzione legislativa e dell'amministrazione della giustizia – e al perseguimento di scopi socialmente desiderabili, per l'altro.

Una pedagogia della legislazione, che fa della filosofia strumento di «soccorso de' governi»¹⁹. Una pedagogia, potrebbe aggiungersi, più ampiamente sociale e politica, e solo in parte allineata con l'ideale del «buon legislatore» pure assai presente nel *coté* illuministico²⁰, perché svolta e costruita tenendo in parallelo raziona-

¹⁶ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, 2015.

¹⁷ G. FILANGIERI, *Introduzione a La Scienza della legislazione*, Tomo I, a cura di Vittorio Frosini, cit., p. 6.

¹⁸ Su ciò: A. TRAMPUS, *La genesi e le edizioni della Scienza della legislazione*, cit..

¹⁹ La necessità di «dissipare alcuni errori che il fanatismo aveva consacrati, e che l'ignoranza, troppo facile ad esser sedotta, aveva ricevuti» si irradiava, così, nello spirito del tempo, celebrando il ruolo della filosofia «in soccorso de' governi» e, con essa, mostrando «gli effetti più salutari» che da ciò ne erano discesi: G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, p. 3. Su questi aspetti, specificamente: G. GALASSO, *La filosofia in soccorso de' governi*, Guida, 1989.

²⁰ Su questo aspetto, occorre riflettere su di una tradizione di letture, cementatasi non a torto intorno all'interpretazione di Ajello, circa l'influenza della pagina rousseauiana nell'illuminismo politico e giuridico italiano. Ciò, almeno se si considera l'ossimoro che da ciò può derivarsi con riguardo ad un nesso tra Rousseau e Machiavelli del tutto estraneo alla sensibilità di Filangieri: R. AJELLO, *Verso una giustizia non soltanto formale. La critica di Rousseau, Beccaria, Dragonetti all'idealismo formalistico*, in *Frontiere d'Europa*, vol. XXV, fasc. 1-2, 2009, pp. 9-425.

lismo e realismo, e irrorata da una tensione a revocare in dubbio la centralità tipicamente liberale che divide pubblico e privato, potere e obbedienza²¹.

Non vi è dubbio che tali specificità del pensiero filangieriano si collochino in continuità con un clima culturale, quello del tardo illuminismo, in cui il principale nodo teorico è ancora quello proprio del costituzionalismo illuministico – il rapporto da costruirsi tra sovranità e libertà –, ma più pregnante e potente è la sollecitazione della realtà politica, dei bisogni sociali, del loro prodursi come fatti che interrogano e guidano la responsabilità dell'elaborazione concettuale della filosofia: uno spettro dai confini ampi, dentro i quali vi sono la rivoluzione e la stagione costituente americana, di cui Filangieri è non solo osservatore, ma precoce interprete²², così come le aperture e i ripiegamenti che scuotono la monarchia a Napoli.

Quale costituzionalismo ne derivi o possa ricostruirsi da ciò è e resta, tuttavia, questione aperta, sulla quale può ambire a rappresentare qualche ipotesi ricostruttiva solo un approccio metodologico e teorico di liberazione di Filangieri dalla cristallizzazione in cui il suo pensiero è stato contenuto.

Non è un caso che questa ispirazione, con le nuove interpretazioni che ne discendono, d'altra parte, si sia posta e si ponga a muovere da una rilettura del costituzionalismo e del suo rapporto con l'illuminismo giuridico e politico. Quale ne sia l'autentico nucleo è tema che corre e si sviluppa in parallelo alla lettura della pagina filangieriana e, potrebbe dirsi, a ragione se, come accade talvolta, da ciò finiscono con il trarsi considerazioni sul costituzionalismo che in qualche modo, proprio attraverso Filangieri, emergono come non del tutto riducibili alla sua mera e parzialmente esaustiva declinazione liberale²³.

Nella prospettiva di svolgere qualche considerazione sulla tesi che vuole Filangieri espressione del pensiero del costituzionalismo, occorre muovere così dall'affermazione sulla quale essa fa principalmente leva, quella in base alla quale quest'ultimo, il costituzionalismo, nella sua versione illuministica, altro non sarebbe che un laboratorio teorico e politico di lotta per l'affermazione dei diritti

²¹ Si tratta, con ciò, di affermare una dimensione dell'obbedienza che non è mera adesione esteriore del comportamento, quanto, piuttosto, espressione di libertà di cui la legge è *condizione e cornice* in cui essa si esprime: G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., p. 307 ss.

²² Sul rapporto tra Filangieri e Franklin: A. PACE, *Benjamin Franklin and Italy*, in *The American Philosophical Society*, vol. 47, 1958, pp. XI-450. Per una discussione ampia sui rapporti tra massoneria e illuminismo: G. GIARRIZZO, *Massoneria e illuminismo nell'Europa del Settecento*, Marsilio, 1994; attraverso la lente del contributo di Filangieri: V. FERRONE, *La società giusta ed equa: repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Laterza, 2015, spec. pp. 73-93.

²³ Per una ricostruzione del rapporto tra liberalismo e costituzionalismo nel Settecento: G. SOLARI, *Liberalismo, costituzionalismo, democrazia nelle dottrine politiche del secolo XVIII* (1931), in ID., *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Guida, 1990, pp. 95-140.

umani²⁴. In altri termini, i tratti di questo costituzionalismo, maturato nel terreno di coltura dell'illuminismo giuridico e politico europeo, sarebbero la concretizzazione di un fatto nuovo e in parte evolutivo nel quadro della sua storia, la cui rilevante e paradigmatica affermazione si va prepotentemente delineando dalle pagine della *Scienza della legislazione*, portando a definitiva maturazione il pensiero politico e costituzionale di una intera epoca.

Ora, tornando alla tradizione del costituzionalismo, e alla tensione tra sovranità e libertà o, se si vuole, tra potere e diritto, il costituzionalismo di Filangieri sta, in effetti, tutto sviluppato all'interno di un perimetro dall'orizzonte ambizioso: il tentativo di tenere in equilibrio entrambi i poli di questa endiadi. Spingendo nel senso della valorizzazione e della centralità dei diritti, nella direzione canonica dell'illuminismo giuridico e recuperando, per il contributo di realismo che esso porta a esso, l'analoga e fondamentale centralità della sovranità politica e del potere che da essa si irradia.

Contro la tendenza sovente prevalsa in letteratura a risolvere il contributo filangieriano nell'alveo del "dispotismo illuminato" – una tesi contro la quale pare prender partito la profonda ispirazione anti-machiavelliana che pervade l'approccio della *Scienza della legislazione* alla sovranità e al suo esercizio²⁵ –, autorità e libertà individuali si ritrovano affermate in un circuito osmotico, garantite entrambe nella reciproca loro necessità dalla funzione mediatrice svolta dall'esigenza di una fondazione razionale della legge e, in ultima istanza, dai tratti di una pedagogia della cittadinanza in cui trova fondamento l'esigenza dell'obbedienza come *virtù civica*.

Una tale sovranità *sub lege*²⁶ rinvia ai tratti tipici del repubblicanesimo, andando a proiettarsi criticamente sulla matrice di un costituzionalismo liberale e, da ciò, sulla stessa sua saldatura con una certa tradizione dell'illuminismo giuridico, almeno su due fronti: per un verso, come si è accennato, controvertendo la divi-

²⁴ Cfr. V. FERRONE, *La società giusta ed equa*, cit..

²⁵ Così, chiaramente, Filangieri: «che un nuovo Machiavelli ardisca oggi di dire, che un principe, che vuol mantenersi, deve imparare a non esser virtuoso, se non quando il bisogno lo richiede; [...] che egli non deve adempiere alla promessa, se non quando può farlo senza arrecargli danno; che non deve essere virtuoso, ma apparirlo. [...] Tutta l'Umanità si scaglierà contro di lui, e la pubblica disapprovazione sarà il giusto premio alla sua bassezza»: G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., pp. 3-4. Su ciò, con uno sguardo più ampiamente rivolto alla scena dell'illuminismo giuridico napoletano: L. LA PUMA, *La lettura di Machiavelli a Napoli tra illuminismo e rivoluzione giacobina*, in G. BORRELLI (a cura di), *Machiavelli e la cultura politica meridionale*, in «Archivio della ragion di stato», 2001, pp. 144-155.

²⁶ P. COSTA, *La «Scienza della legislazione»: impressioni di lettura*, in *Iride*, vol. XIX, fasc. 47, 2006, p. 185.

sione tra pubblico e privato, per l'altro, delineando una concezione delle libertà individuali che va al cuore di un altro *locus* tipizzante della modernità illuministica, quello della libertà degli antichi e della libertà dei moderni²⁷, poiché queste ultime, nell'ambizioso progetto della *Scienza della legislazione*, non si ritrovano realizzate *contro* ma *secondo* e *grazie* alla legge.

La tesi, invero assai discussa²⁸, di un Filangieri fautore di un costituzionalismo eterodosso rispetto alla prevalente concezione abbracciata da una parte degli autori dell'illuminismo giuridico europeo, rivela elementi di notevole interesse. Sotto il profilo della ricostruzione genealogica, essa offre un contributo che consente di riallacciare e consolidare il pensiero di Filangieri a una tradizione illuministica troppo spesso tenuta in sottotraccia rispetto alla ricostruzione prevalente, ponendosi in un'ideale continuità con autori come Hélyvétius²⁹.

In questo accostamento, in verità, non vi è solo la traccia di un illuminismo eterogeneo rispetto alla narrazione dominante, quanto, piuttosto, una determinata concezione dell'obbligazione politica e del fondamento dell'ordine politico, affidati ad un circuito, si direbbe, della cittadinanza, in cui i due poli delle libertà e della sovranità sono tenuti in parallelo, a muovere dalla sfiducia dello spontaneo *auto-ordinamento politico* dei rapporti sociali.

Tornando alla questione di metodo proposta in apertura, si tratta di un approccio ricostruttivo che evoca una certa e specifica connessione tra ricostruzione genealogica e attualità della pagina classica. Lungi dal rappresentare alcun privilegio per l'allineamento e la composizione diacronica, la preoccupazione ricostruttiva in termini di storia del pensiero o delle idee si rivela nella sua capacità di essere strumento di intelligenza critica del presente, chiarificando un rapporto tra *genealogia* e *attualità* che non nutre alcuna pretesa di rinvenimento dell'origine, con-

²⁷ B. CONSTANT, *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni* (1820), Einaudi, 2005. Sull'«uso filologicamente spregiudicato» da parte di Berlin (I. BERLIN, *Due concetti di libertà* [1969], Feltrinelli, 2000), «al fine di far coincidere la dicotomia constantiana con quella [...] tra libertà negativa e libertà positiva»: G. PAOLETTI, *Introduzione* a B. CONSTANT, *La libertà degli antichi*, cit., p. vii (con bibliografia di riferimento).

²⁸ C. CAPRA, *Repubblicanesimo dei moderni e costituzionalismo illuministico: riflessioni sull'uso di nuove categorie storiografiche*, in *Società e Storia*, fasc. 100-101, 2003, pp. 355-407; per la replica di Ferrone: V. FERRONE, *Risposta a Carlo Capra*, in *Società e storia*, fasc. 104, 2004, pp. 401-407.

²⁹ Del tutto evidentemente, si misura anche da qui un problema storiograficamente decisivo, riguardante l'interpretazione del rapporto tra illuminismo e costituzionalismo, ma più precisamente attinente alla questione della definizione del repubblicanesimo, nella pluralità delle sue ascendenze teoriche, tra le quali è annoverata la matrice utilitaristica: D. WOOTON, *Laughing at Hélyvétius*, in M. VIROLI (a cura di), *Etica e religione nella tradizione repubblicana. Aspetti storici e teorici*, Fondazione Giovanni Agnelli, 1996, pp. 95-124.

centrandosi sulla *emergenza* («Entstehung») e sulla *provenienza* («Herkunft») dei concetti e delle loro tradizioni³⁰.

Ritrovando nel «cosiddetto nuovo repubblicanesimo del Tardo Illuminismo» l'implicita affermazione di una cesura rispetto alla ricostruzione della categoria, per come essa si era consolidata nella tradizione di studi sul Cinquecento e sul Seicento, è il pensiero di Filangieri a costituire un *exemplum* paradigmatico dei caratteri stessi di un costituzionalismo refrattario a fondarsi sul progetto proprio dell'illuminismo liberale, dacché rivolto ad affermare la propria difesa dei diritti dell'uomo non esclusivamente sul piano della primazia delle libertà individuali³¹. Di esso sarebbe segno uno sforzo di razionalizzazione e ordine che tiene salda la garanzia dei diritti, tra i quali la libertà-proprietà, e non rinuncia alla forza politica discendente dal potere sovrano, costruendo, l'una e l'altra, in un circuito di interscambio e reciproca legittimazione del quale la rappresentanza politica, per come i repubblicani la intendono, è cinghia di trasmissione³².

Una tale linea d'indagine bene esplicita, per il caso della pagina di Filangieri, i principali aspetti che hanno celebrato la fortuna di cui gode il repubblicanesimo nella scienza giuridica e politologica contemporanea, alla luce degli spazi di rottura che esso concede di coltivare, storiograficamente e filosoficamente.

La rilettura critica di un passaggio tra antico e moderno non segnato esclusivamente da discontinuità o salti ne rappresenta il principale orizzonte, ma non è il solo.

Accanto alla rilettura dell'illuminismo e dalla confutazione di una tesi che ne aveva schiacciato in senso liberale il canone di elaborazione di un costituzionalismo dal quale sarebbe stato sostanzialmente assente ogni rinvio al repubblicanesimo³³, è probabilmente superfluo ricordare che, a consumarsi o, quanto meno, erodersi, è una intera e assai rilevante tradizione interpretativa, che è stata al cuore di due letture classiche che ad essa, sebbene da angolazioni e distanze temporali differenti, hanno fatto rinvio: la rappresentazione dicotomica della libertà degli antichi e dei moderni³⁴ e, accanto a ciò, la stessa fisionomia che al costituzionalismo è stata consegnata dall'opera di MacIllwain, in cui la discussione del costituzionalismo antico e

³⁰ Su ciò, cfr. *supra*, nota 3.

³¹ Più nel dettaglio, come annota Ferrone, «Filangieri denunciava soprattutto i limiti di quel pensiero costituzionale in cui troppo grande era lo spazio riservato alle tradizioni, ai costumi, al gioco delle forze in campo nella difesa della libertà, fidando unicamente sulla divisione dei poteri e sulla loro contrapposizione»: V. FERRONE, *La società giusta ed equa*, cit., p. 199.

³² Su ciò, in termini analoghi: A. TRAMPUS, *Storia del costituzionalismo italiano dell'età dei Lumi*, cit..

³³ J.-M. GOULEMOT, *Sul repubblicanesimo e sull'idea repubblicana nel XVIII secolo*, in E. FOURET, M. OZOUF (a cura di), *L'idea repubblicana nell'Europa moderna*, Laterza, 1993, p. 36.

³⁴ Cfr. *supra*, nota 27.

moderno si riannodava al dualismo di origine medievale tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, assunto come nucleo generatore del costituzionalismo garantista³⁵.

3. Intermezzo. *Il costituzionalismo come ideologia*

Ogni volta che ci si trovi dinanzi alla domanda riguardante *cosa sia* il costituzionalismo, il tema dei «modelli costituzionali», quand'anche affrontato in termini descrittivi, non può non intrecciarsi problematicamente con quello dei «due lati del costituzionalismo»³⁶. Tali sono le altrettante tensioni che, in sede di ricostruzione storica, prendevano corpo nell'Europa della modernità e degli Stati nazione, e tali essi si lasciano riconoscere nella dialettica tra libertà e sovranità per come essa è emersa, ha oscillato e si è imposta negli ordinamenti contemporanei.

Non stupisce che il quadro al quale sovente ci si è ritrovati ad affidare la ricostruzione di queste traiettorie del costituzionalismo sia stato quello della discontinuità tra antiche e moderne sue concezioni, con l'inevitabile accento posto sul ruolo che le dottrine giusnaturalistiche, per un verso, e le rivoluzioni liberaldemocratiche della seconda metà del Settecento, per altro, ebbero sull'organizzazione del potere e sull'affermazione delle libertà per come le conosciamo oggi³⁷.

All'altezza di queste tradizioni ricostruttive, intorno alla definizione del costituzionalismo, si è animato un dibattito che, nutrendosi della diffusione dell'opera di MacIllwain, ha contribuito a definire i canoni interpretativi di una categoria di per sé ambigua, perché posta tra la dimensione politica e quella giuridica³⁸. Tenendo al centro, ancora, sovranità e libertà, è certamente nell'opera del filosofo e politologo americano, la cui recezione, in Italia, si deve al magistero di Nicola Matteucci³⁹, che

³⁵Nello specifico, si trattava così di ancorare il nucleo fondante del costituzionalismo attraverso la lente delle trasformazioni e della separazione tra *gubernaculum*, inteso come sovranità o, più ancora, «potere esecutivo» e *iurisdictio*, in termini di sua limitazione e di «controllo [...] mercé tribunali liberi e indipendenti»: C.H. MACILLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), Il Mulino, 1990, p. 153. Su ciò, in chiave ricostruttiva, con riguardo al paradigma della *iurisdictio*: P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere pubblico nella pubblicistica medievale (110-1433)*, Giuffrè, 1969.

³⁶ Per una discussione che si tiene su questa chiave di lettura: M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, cit..

³⁷ N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, il Mulino, 2016.

³⁸ Lavorando sulle radici hobbesiane del rapporto tra sovranità e rappresentanza: O. CHESSA, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Mimesis, 2020.

³⁹ Individuandone la genesi e ricostruendo l'interpretazione del MacIllwain di Matteucci (su questi aspetti, si cfr., almeno: N. MATTEUCCI, *Introduzione*, in C.H. MACILLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., pp. 7-24; ID., *Costituzionalismo*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio, N. Mat-

può rintracciarsi uno di questi canoni specifici: la ricostruzione di una idea del costituzionalismo che sta nella limitazione del potere attraverso il diritto.

Era una denuncia di parzialità, probabilmente l'indicazione di una surrettizia e storiograficamente fallace tendenza attualizzante del costituzionalismo, quella che così ne venivano implicitamente affermate: la pretesa che esso, «cogliendo soltanto un aspetto del costituzionalismo, lo stato misto» e, per di più, assurgendone a canone interpretativo generale «la versione più recente, e cioè la divisione dei poteri», consistesse in una forma di organizzazione del potere e non già e, anzitutto, in una sua *ideologia*, quella della sua limitazione come arbitrio⁴⁰.

In ciò, come bene e opportunamente Matteucci intuiva dell'opera di MacIllwain, andava relegata al rango di magistrale e perdurante fraintendimento storiografico e filosofico, la tesi che aveva affermato una strutturale e irredimibile incompatibilità tra le concezioni politologiche e giuridiche che, in special modo nella modernità, si erano fondate sulla primazia della sovranità – e qui, pare d'intendere, il pensiero non può non correre al contributo hobbesiano – e il costituzionalismo: ossimori intorno ai quali, non solo si era polarizzata una divisione, ma addirittura era andata affermandosi una concezione, anch'essa del tutto parziale, di un costituzionalismo mera «tecnica giuridica della libertà»⁴¹.

Può solo annotarsi che su questi aspetti, con Matteucci e, in specie, il Matteucci interprete di MacIllwain, si consumarono, come attenta letteratura ha di recente ricostruito, punti di attrito non marginali rispetto alle posizioni che, negli stessi anni, si consolidavano intorno al magistero bobbiano. Non banalmente, Bobbio leggeva in questa concezione del costituzionalismo agire surrettiziamente una determinata e, a suo avviso, alternativa, impostazione dei rapporti tra diritto e potere, la quale si era classicamente affidata a una dicotomia operante e viva

teucci, G. Pasquino, UTET, 1983, pp. 270-282; ID., *Positivismo giuridico e costituzionalismo* [1963], Il Mulino, 1996); C. MARGIOTTA BROGLIO, *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 2, 2000, pp. 387-425, spec. pp. 388 ss..

⁴⁰ C. MARGIOTTA BROGLIO, *Bobbio e Matteucci*, cit., p. 389. Un'interessante discussione sul costituzionalismo, a muovere dalla presunta rappresentazione di una contrapposizione tra «sovranità» e «Rule of Law» si legge in: O. CHESSA, *La scomparsa della sovranità. Sul costituzionalismo come ideologia e mitologia*, in *L'Ircervo*, vol. 19, fasc. 1, 2020, pp. 18-33. Di speciale interesse è la tesi in base alla quale il costituzionalismo, come ideologia, si farebbe definire come «un insieme di enunciati la cui funzione storica è stata quella di giustificare il transito a regimi politici i cui caratteri non corrispondevano ai principi del costituzionalismo se non in modo parziale e assai limitato»: Ibid., p. 19.

⁴¹ C. MARGIOTTA BROGLIO, *Bobbio e Matteucci*, cit., p. 395.

all'interno delle dottrine giusnaturalistiche e dei loro orientamenti, quella tra *ratio* e *voluntas*⁴².

Riconoscibile era il contributo a demistificare la valenza paradigmatica del *Nil aliud potest Rex quam quod de jure potest*, una formula nella quale Bobbio, diversamente da Matteucci, non leggeva alcuna ipotesi di affermazione di una alternativa «tra una costituzione in cui il potere è al di sopra del diritto e un'altra costituzione in cui il diritto è al di sopra del potere, bensì tra una costituzione in cui il potere supremo è quello del re e un'altra costituzione in cui il potere supremo spetta a un altro organo (siano i giudici del diritto comune, il parlamento, la Corte Suprema e via discorrendo)»⁴³.

Nell'adesione di Matteucci al canone storiografico proposto da MacIllwain, e in ragione della connessione istituita da quest'ultimo tra costituzionalismo medievale e americano, ciò si risolveva, come noto, in una forma di «governo dei giudici» che guardava con attenzione alla sua traduzione istituzionale; era nel costituzionalismo contemporaneo ed europeo ad indicarsi, in qualche modo, la forma che si era fatta affidataria, con il controllo di legittimità esercitato dalle Corti costituzionali, della limitazione della sovranità attraverso il diritto delle Carte fondamentali.

Un'ideologia, in fin dei conti, che tuttavia – e ciò non stupisce – del problema del potere e della questione specifica del rapporto tra sovranità politica e libertà individuali, non riusciva comunque a venire a capo teoricamente. Quasi che fosse inconsapevole dell'impossibilità di sottrarsi al problema del fondamento storico o, se si vuole, della forza, che la dimensione politica pone, e che solo un autore profondamente hobbesiano come Carl Schmitt ha potuto ben cogliere⁴⁴.

⁴² Interessanti, anche sul piano delle ideologie del costituzionalismo, sono le considerazioni che Bobbio rivolgeva, su questi aspetti, a Matteucci: «il fatto che le costituzioni che lei preferisce sono tanto superiori alle altre da distinguersi da quelle che rifiuta non per le diverse ideologie che le ispirano e neppure per le diverse tecniche di emanazione e di controllo del potere, ma addirittura per un diverso concetto del diritto: nelle prime il diritto sarebbe superiore al potere, nelle seconde il potere al diritto» (Norberto Bobbio a Nicola Matteucci, Breuil, 25.7.1963): C. MARGIOTTA BROGLIO, *Bobbio e Matteucci*, cit., pp. 416 ss.). Su questi aspetti, da ultimo: T. GRECO, C. MARGIOTTA, *Nicola Matteucci e Norberto Bobbio: un dibattito mancato?*, in *Filosofia politica*, fasc. 2, 2024, pp. 209-222.

⁴³ C. MARGIOTTA BROGLIO, *Bobbio e Matteucci*, cit., p. 424.

⁴⁴ Su questi aspetti, tra le più attente e rilevanti letture di Schmitt e del paradigma teologico-politico in rapporto alla modernità, si trova in G. PRETEROSSO, *Teologia politica e diritto*, Laterza, 2022.

4. Una sovranità sub lege. Il modello del “governo della legge” nel pensiero di Filangieri

La sovranità *sub lege* auspicata dal Filangieri della *Scienza della legislazione* può dirsi coincidere, per premesse e per vocazione, all’ideale della limitazione del potere attraverso il diritto, proprio del costituzionalismo di matrice liberale? O essa, piuttosto, incarna i tratti ascrivibili a una tradizione di diversa estrazione teorica e, segnatamente, quella del repubblicanesimo?

Rileggere Filangieri in funzione di questa domanda implica due ordini di considerazioni, interne ed esterne al suo pensiero, destinate a conferire all’interprete elementi dai quali poter istruire una possibile risposta. In ragione della centralità delle questioni che vi sono sottese è, quest’ultima, un’esigenza su cui si misura il tipo di attualità che la sua opera esprime agli occhi dell’interprete che la interroga, ma non solo. Si tratta di venire a capo di una genealogia, per come la si è intesa fino a questo momento, ovvero di uno sforzo di collocazione nella storia delle idee, tanto più complesso quanto più consapevole che essa è problematizzazione, prima ancora che ricerca di un fondamento originario.

Per un verso, c’è la questione della centralità della legge, più precisamente della «assoluta bontà delle leggi»⁴⁵ e del suo raffrontarsi alla loro «bontà relativa»⁴⁶, la quale evoca un tema antico e classico, quello platonico e aristotelico del «governo della legge», proprio perché nell’ideale della loro razionalità risiede, in Filangieri, il limite interno alle prerogative, storicamente al tempo inconfutabili, dell’assolutezza del potere sovrano, ovvero del «governo degli uomini». Si definisce così un confine, tra legittimità e illegittimità della volontà del sovrano: se, infatti, è «prerogativa inseparabile della sovranità», «il diritto di decidere e di determinare sovranamente su tutto quello che può nuocere o giovare al ben generale della società»⁴⁷, la sua azione si ritrova iscritta e contenuta sotto l’egida di un circuito, di cui il canone di razionalità delle leggi è garanzia *negativa* – come fattore frenante del potere sovrano – e *positiva*, quale dispositivo pedagogico di equilibrio, eguaglianza e, in ultima istanza, trasparenza e controllabilità, dal quale deriva la libertà politica dei consociati⁴⁸.

⁴⁵ Così Filangieri: «Io chiamo assoluta bontà delle leggi la loro armonia co’ principi universali della morale, comuni a tutte le nazioni, a tutti i governi, ed adattabili a tutti i climi» (G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., Tomo I, Libro I, Cap. IV, p. 55).

⁴⁶ «Le nazioni non si rassomigliano alle nazioni, i governi non si rassomigliano a’ governi» (G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., Tomo I, Libro I, Cap. V, p. 61).

⁴⁷ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., Tomo I, Libro II, Cap. XXII, p. 250.

⁴⁸ Sul tema della «libertà politica», in una chiave ricostruttiva che presta particolare attenzione alla sua concettualizzazione ed emersione nel quadro dell’illuminismo di matrice repubblicana, individuando in essa l’affermarsi di un punto di mediazione tra «virtù di cittadinanza» e «linguaggio dei diritti»: J.F. SPITZ, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, PUF, 1995; ID., *Le républicanisme, une*

La complessità di un tale edificio teorico si colloca non già e solo in una posizione di parziale esteriorità rispetto al costituzionalismo dei diritti caro all'illuminismo giuridico e politico. Più ampiamente, essa sta al cuore del problema filosofico del governo (e, dunque, del potere) e delle condizioni della sua giustizia o correttezza, non già per come il giusnaturalismo di matrice volontaristica o razionalistica se lo era posto, ma per quanto esso consenta di porre in luce lo «sguardo di Giano» della sovranità⁴⁹, categoria e concetto giuridico e politico, tentando di sottoporre e domarne la forza attraverso gli strumenti della ragione.

La funzione di mediazione e di garanzia della legge in Filangieri parrebbe, in questo senso, qualcosa di distinto rispetto alla concezione del costituzionalismo come dottrina della limitazione del potere attraverso il diritto, perché essa, in fondo, rifiuta la costruzione moderna dell'alternativa tra sovranità e libertà, potere e diritti, collocandosi, piuttosto, nel quadro della dicotomia tra “governo della legge” e “governo degli uomini”.

Se, come scrive Filangieri, «la libertà politica», sorretta dalla razionalità e dalla bontà delle leggi, «mette un freno al magistrato» e, al contempo, «ricorda al ricco che il povero gli è uguale», è la primazia del «governo della legge» a esser affermata contro il «governo degli uomini» definendo entrambe, sovranità e libertà, come prerogative che possono intendersi ed esercitarsi *sub condicione legis*.

È questo, così delineato, il modello di un costituzionalismo declinato in termini affini o compatibili con la tradizione del repubblicanesimo?

Di certo, il problema che, sul repubblicanesimo, occorre affrontare, ancor prima di decidersi sulla questione appena formulata, non è molto diverso dal medesimo che si è posto e si pone rispetto ad altre categorie politologiche e dottrinali, in special modo giuridiche. E questo problema risponde a un'esigenza di definizione e di perimetrazione dei suoi confini.

Su questo aspetto, come è stato rilevato, occorre sottolineare come la storia del lemma repubblicanesimo sia, tutto sommato, una storia recente⁵⁰. Potrebbe dirsi, anzi, che la categoria sia stata in qualche modo funzione ed esito di una specifica elaborazione concettuale, che venne a maturazione, assurgendo al rango e alla fortuna storiografica che intorno ad essa, oggi, si condensa, a partire dalla

troisième voie entre libéralisme et communautarisme?, in *Le Banquet*, fasc. 2, 1995, pp. 215-238.

⁴⁹ Così C. GALLI, *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Il Mulino, 2008.

⁵⁰ Come rileva Geuna, il termine stesso «repubblicanesimo» è, almeno fino alla metà degli anni settanta, assente, d'altra parte, sia dall'*International Encyclopedia of Social Sciences*, che nel *Dictionary of History of Ideas*, dell'inizio degli anni settanta; senza contare che lo stesso *Dizionario di politica* di Bobbio e Matteucci, del 1976, non annoveri alcuna voce espressamente ad esso dedicata: M. GEUNA, *La tradizione repubblicana e i suoi interpreti. Famiglie teoriche e discontinuità concettuali*, in *Filosofia politica*, fasc. 1, 1998, pp. 101-132 (spec. p. 101 ss.).

pubblicazione di *The Machiavellian Moment* di John Pocock⁵¹, lavoro il cui principale contributo si colloca al nucleo di alcune delle questioni sin qui discusse, a proposito della ideologia e delle narrazioni della modernità giuridico-politica.

L'altro volto della modernità che il pensiero repubblicano – quello che, nella ricostruzione di Pocock, ispirò i rivoluzionari e poi i costituenti americani – sarebbe andata affermando non era tuttavia affatto nuovo: esso delineava, in fondo, il riaffiorare di un aristotelismo politico mai del tutto fattosi da parte nella tradizione intellettuale europea, assorbito e vivificato nel pensiero politico di Machiavelli.

La difficoltà a ricomporre il repubblicanesimo esaurendolo in questa cifra ricostruttiva, in special modo per l'individuazione della sua esplicitazione nel pensiero di Machiavelli è tuttavia un dato chiaro ed evidente alle dottrine giuridiche e politiche che a esso possono ascriversi. Non vi è dubbio, infatti, che il perimetro di estensione descrittivamente individuabile del repubblicanesimo sia assai ampio⁵² e che esso, certamente, abbia toccato anche la categoria del costituzionalismo⁵³.

⁵¹ Si affermava una narrazione alternativa delle dottrine politiche della modernità, le quali erano fatte intendere quale insieme di variazioni sul tema del fondamento dell'obbligazione politica. A esse, Pocock contrapponeva la rappresentazione di una tradizione repubblicana dal lessico distinto, concentrato su cittadinanza e virtù pubbliche. Sebbene, di certo, ciò colga in larga parte il *proprium* del repubblicanesimo, per come esso si è andato ricostruendo storiograficamente e sviluppando teoricamente nei decenni successivi (cfr. *infra*, nota 52), il punto più divisivo di tale tesi era e resta il suo manifestarsi emblematicamente nel Cinquecento e, segnatamente, nel pensiero di Machiavelli (sulla questione dell'antimachiavellismo di Filangieri: cfr. *supra*, note 20, 25): J.G.A. POCOCK, *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone* (1975), Il Mulino, 2 voll., 1980.

⁵² Nel tentativo di ricostruire la costellazione del repubblicanesimo, per come essa si è fatta ricostruire e in considerazione delle diverse dottrine che ad essa possono ascriversi, per un orientamento (che ne rigetta le ascendenze aristoteliche, per porre l'accento sull'esperienza romana): M. VIROLI, *Per Amore della Patria, Patriotismo e Nazionalismo nella Storia*, Laterza, 1995; D.T. ROGERS, *Republicanism: the Career of a Concept*, in *The Journal of American History*, vol. LXXIX, 1992, pp. 11-38. Per gli sviluppi contemporanei, cfr. almeno Q. SKINNER, *Le origini del pensiero politico moderno* (1978), 2 voll., Il Mulino, 1989; ID., *Liberty before Liberalism*, Cambridge University Press, 1998; P. PETTIT, *Freedom with Honor: a Republican Ideal*, in *Social Research*, vol. LXIV, fasc. 1, 1997, pp. 52-76; ID., *Republicanesimo. Una teoria della libertà e del governo* (1997), Feltrinelli, 2000. Avvinta da diverse ascendenze teoriche e concettuali, la posizione di Habermas: J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Guerini, 1996, spec. pp. 316-326.

⁵³ Su questi aspetti, certamente centrale è il contributo di Sunstein, caratterizzato da un tentativo di enucleare le idee fondamentali del pensiero repubblicano, che si sintetizzavano in quattro principali assunti, tra i quali il modello della democrazia deliberativa e il valore della cittadinanza attiva: C. SUNSTEIN, *Beyond the Republican Revival*, in *The Yale Law Journal*, vol. XCVII, 1998, pp. 1493-1537.

Al di là di queste questioni di ordine storiografico, tra i principali contributi che nel contesto delle dottrine giuridiche il repubblicanesimo hanno attratto l'attenzione degli interpreti vi è la concettualizzazione della libertà, sulla quale autori come Skinner e Pettit hanno riversato una fondamentale opera di risemantizzazione, in aperta critica rispetto alla tradizione liberale.

È probabilmente da qui che occorre tornare sulla questione del costituzionalismo di Filangieri, e non senza ragioni. È specialmente Pettit a far chiara la prospettiva di allontanamento dalla concezione da una dicotomia solo apparentemente capace di definire la sfera di azione dell'individuo, perché, più profondamente calata nella dialettica tra pubblico e privato, potere e diritti: quella della libertà negativa e della libertà positiva.

Diversamente dalla libertà negativa, la quale si configura come assenza di interferenza, la libertà dei repubblicani si presenterebbe piuttosto come assenza dell'altrui dominio («non-domination»), portando con sé la distanza che corre tra *interferenza* e *dominio*: si è sottoposti a dominio quando si è soggetti alla volontà arbitraria di un altro che può decidere per lunghi periodi di non interferire, il che implica che si può essere sottoposti a forme di dominio in tutte quelle ipotesi in cui si dipende dall'incombente di rapporti di potere, che siano presenti o meno forme dirette ed esplicite di interferenza⁵⁴.

Si tratta di una prospettiva che inquadra il rapporto tra legge e libertà in termini del tutto esteriori all'impostazione liberale: diversamente dal liberalismo, che vede nella legge una *restrizione* della libertà, il repubblicanesimo, al contrario, intende la legge come la sua *condizione*.

Nel privilegio che ogni lettura non ortodossa concede, il repubblicanesimo avrebbe avuto una ricaduta importante nella ricostruzione dell'illuminismo e dei suoi modelli di costituzionalismo: da Rousseau, ad H \acute{e} lvétius, fino a Gaetano Filangieri⁵⁵.

Se il cardine di ogni concezione del costituzionalismo è la *Rule of Law*, esso è tale alla luce della questione che vi si può rintracciare: quella delle condizioni del governo giusto, affidata dal Platone maturo delle *Leggi* e dall'Aristotele della *Politica*, all'alternativa tra “governo della legge” e “governo degli uomini”.

È un punto sul quale Bobbio ha svolto qualche considerazione alla quale occorre rinviare a parziale e provvisoria chiusura delle riflessioni sin qui svolte, riconoscendo nell'opera di Filangieri la rappresentazione di «un modello insuperato» che ricade nel punto debole della radice di ogni costituzionalismo, sia esso o meno repubblicano, lì dove privilegia il «governo della legge», ma non può esimersi

⁵⁴ P. PETTIT, *Repubblicanesimo*, cit., p. 67 ss..

⁵⁵ V. FERRONE, *La società giusta ed equa*, cit., p. 188 ss. e 213 ss..

dal porsi la domanda che inaugura le *Leggi* di Platone: «nelle vostre Città, forestieri, fu un dio o un essere umano responsabile della fissazione delle leggi?»⁵⁶.

⁵⁶ PLATONE, *Leggi*, I, 624 A. Così Bobbio: «Se si rispondesse che le leggi hanno origine da altre leggi, si precipiterebbe in un regresso all'infinito [...]. Gli uomini vengono prima delle leggi» (N. BOBBIO, *Governo degli uomini o governo delle leggi?* [1983], in ID., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, 1984, pp. 184-186). Purché, ed è ancora il Platone che Bobbio discute, si abbia a mente che costoro siano e debbano essere «servitori delle leggi», dacché «su una Città in cui la legge è esautorata e calpestata vedo incombere la distruzione, e invece, per quella in cui la legge prevale sui magistrati, e i magistrati ad essa si sottomettono prevedo la salvezza e il godimento di tutti i beni che gli dèi concedono agli Stati»: PLATONE, *Leggi*, IV, 715 D.

LA MOTIVAZIONE DELLE SENTENZE TRA
LA PRAMMATICA NAPOLETANA DEL 1774,
IL PENSIERO DI GAETANO FILANGIERI E I PRINCIPI EUROPEI
IN TEMA DI STATO DI DIRITTO

RAFFAELE SABATO *

SOMMARIO: 1. La nascita dell'obbligo di motivazione delle sentenze: la *Prammatica* del 1774. – 2. La posizione di Gaetano Filangieri. – 3. L'evoluzione dell'obbligo di motivazione in Italia e a livello europeo.

1. *La nascita dell'obbligo di motivazione delle sentenze: la Prammatica del 1774*

Che le decisioni – almeno le più importanti – dei giudici necessitino di una motivazione appare principio oggi acquisito. Si tratta, in particolare, di un diritto dell'essere umano rispetto a quel segmento delle ingerenze statuali che è costituito dall'attività del giudice. Parimenti acquisito è, però, che non è sempre stata questa la situazione degli ordinamenti giuridici: vi fu un tempo, ancora assai vicino a noi, in cui l'esercizio della funzione giurisdizionale non imponeva ai giudici di motivare le proprie decisioni. Ho avuto l'onore – sotto la spinta di maestri e colleghi francesi come Paul Ricoeur, Antoine Garapon e Denis Salas – di partecipare dalla fine degli anni '90 dello scorso secolo a iniziative di riflessione sull'"atto del giudicare" e sulla compatibilità dell'esonero delle giurie popolari francesi dal motivare i loro verdetti nelle corti d'assise; e di vedere all'esito la condanna della Francia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Agnelet*, violando una siffatta regola il principio del giusto processo¹; ciò di cui aveva già preso

* Giudice italiano della Corte europea dei diritti dell'uomo. Le opinioni espresse sono personali e non rappresentano quelle dell'istituzione. Ringrazio la dott.ssa Lucrezia Maria Pisano, giurista in tirocinio presso la predetta Corte, per aver curato la trasposizione nel testo delle mie note e delle diapositive utilizzate nel convegno.

¹ Corte EDU, *Agnelet c. Francia*, n. 61198/08, 10 gennaio 2013. In effetti già nel 2010 la Grande Camera aveva affrontato il tema nel caso Corte EDU, *Taxquet c. Belgio* [GC], n. 926/05, 16 novembre 2010, ritenendo che l'assenza di motivazione di una sentenza derivante dal fatto che la colpevolezza è stata accertata da una giuria popolare non è, di per sé, contraria alla Convenzione. È necessario infatti tenere conto delle particolarità del procedimento davanti alle corti d'assise con la partecipazione di una giuria popolare; tuttavia, l'esame combinato dell'atto di accusa e dei quesiti posti alla giuria deve consentire di sapere quali elementi di prova e circostanze di fatto, tra tutti quelli discussi durante il processo, hanno in definitiva determinato la risposta dei giurati, che deve

atto il legislatore francese con la L. no. 2011-939 del 10 agosto 2011, che aveva innovato su una prassi secolare.

Prima ancora delle conquiste operate in ordine al consolidamento e alla realizzazione del principio di separazione dei poteri, divenuto classico con Montesquieu, le garanzie a protezione delle diverse funzioni statali erano piuttosto fragili e i giudici, molto spesso, si ritrovavano ad essere depositari di un potere che non era contenuto né limitato da alcun meccanismo di contro-bilanciamento². Il percorso che ha portato al mutamento della concezione secondo cui la creazione dell'ordinamento giuridico si originasse a partire da un "potere sovrano", pervenendo a quella in base alla quale viene decostruito il potere del sovrano per lasciare spazio alla creazione di una sovranità statale esercitata in nome del popolo, è stato un percorso che ha richiesto secoli di battaglie e riflessioni politico-filosofiche. Indagare le tappe che hanno portato all'istituzione dell'obbligo di motivazione delle sentenze è un esercizio necessario per comprendere a fondo come è cambiato il ruolo del giudice nel tempo e qual è la relazione esistente fra il potere giurisdizionale e quello legislativo, da un lato, e fra il giudice e i litiganti, dall'altro. Questo principio ha lentamente assunto un peso maggiore nella storia, incardinandosi in ambito processuale e costituzionale.

Sebbene si sia soliti far risalire l'obbligo di motivazione delle decisioni dei giudici alle leggi francesi successive al 1790, bisogna spostarsi nell'Italia settecentesca per individuare l'origine dell'imposizione dell'espressione delle ragioni del decidere. In effetti è stato nella Napoli di Ferdinando IV di Borbone, e del suo noto ministro Bernardo Tanucci, a prevedersi in via assolutamente innovativa l'obbligo di motivazione delle sentenze³.

Tale obbligo è espresso nella *Prammatica* tanucciana di riforma dell'amministrazione della giustizia del 27 settembre del 1774, che prescriveva non solo che

essere precisa e individualizzata, a mo' di motivazione sostitutiva. Su tali basi, i legislatori hanno introdotto veri e propri obblighi di motivazione anche per le giurie popolari, semmai assistite da giudici professionali.

² È noto che, pur nella ben diversa collocazione istituzionale dei "poteri" dello Stato all'epoca, il filosofo francese, diversamente da quanto spesso si ode oggi, voleva che fosse il giudiziario quello dei tre poteri che maggiormente dovesse essere tenuto a freno: «non vi è libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e da quello esecutivo. Se esso fosse unito al potere legislativo, il potere sulla vita e la libertà dei cittadini sarebbe arbitrario, poiché il giudice sarebbe al tempo stesso legislatore. Se fosse unito con il potere esecutivo il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore» (C. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di Sergio Cotta, Utet, 2005, Vol. 1, pp. 276-282).

³ In aggiunta alla notevole produzione di scritti storico-giuridici si veda, per una prospettiva processuale, G. MONTELEONE, *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, in «Il Giusto Processo Civile», 3 2007, pp. 663 ss.

fossero rese chiaramente le ragioni che avevano portato i giudici a statuire in un modo piuttosto che in un altro, ma anche che la motivazione fosse consapevole ed esplicita.

Il testo recita come segue:

in qualunque decisione, che riguardi o la causa principale, o gl'incidenti [...] si spieghi la ragione di decidere, o sieno li motivi, su quali la decisione è appoggiata⁴.

L'introduzione di tale prescrizione veniva originata dal sempre maggior crescente malcontento dei litiganti, che portò il Re a ricercare modalità che avrebbero potuto soddisfare l'opinione pubblica e offrire ai litiganti una maggiore comprensione e serenità circa le questioni che li concernevano. L'obiettivo principale della riforma era, dunque, quello di assicurare l'esattezza e la "religiosità" delle decisioni giudiziarie, al fine di evitare qualsiasi forma di corruzione e ingiustizia.

Prima della riforma, infatti, i litiganti si trovavano di fronte a decisioni rispetto alle quali si potevano posizionare in una condizione di sola accettazione, in quanto, la maggior parte delle volte non ne comprendevano la logica. I litiganti ottenevano una pronuncia oscura, indecifrabile e a tratti misteriosa, che li metteva in stato di confusione e sfiducia verso il potere statale.

La mancanza di motivazione impediva loro anche la possibilità di impugnare le decisioni che trovavano ingiuste, dal momento che non avevano a disposizione strumenti per comprendere l'oggetto della contestazione.

In base alla riforma dell'amministrazione della giustizia era stato previsto, inoltre, che tutte le decisioni giudiziarie motivate e sottoscritte venissero, a spese degli interessati (salva la gratuità "per la povertà del litigante"), pubblicate presso la stamperia regia, pena l'impossibilità della sentenza di passare in giudicato.

Emerge, con evidenza, la portata innovativa della *Prammatica*, la quale si faceva carico di fronteggiare anche le situazioni di incertezza interpretativa delle leggi, prevedendo che, in casi di non univocità dell'interpretazione o di lacuna legislativa, il giudice dovesse comunque porre alla base della propria decisione una ragione estrapolata dalle leggi in vigore.

Questa riforma ha dunque il merito di aver messo al centro del sistema giuridico i principi di legalità, separazione dei poteri e pubblicità, svestendo il ruolo del giudice di quella sacralità incontestabile che vietava di mettere in discussione il suo operato.

⁴ "O sieno" è congiunzione equivalente all'odierno "ossia" (che all'epoca si coniugava al plurale, ove necessario).

Questi principi, oggi, costituiscono il nucleo essenziale di ogni moderno stato di diritto, ma al tempo si trovavano solo in germe nella riflessione filosofica settecentesca, non essendo ancora stati acquisiti e incorporati all'interno della sistematizzazione delle funzioni giurisdizionali del tempo.

I giudici, poi, sino a quel momento avevano ricoperto una posizione di rilievo quasi sacrale: essi pretendevano una fiducia nei confronti del loro operato che fosse incondizionata, al punto che i litiganti avrebbero dovuto accogliere qualsiasi statuizione senza proferir parola alcuna. Ciò spiega come la riforma non sia stata accolta con favore dal Sacro Regio Consiglio napoletano, che la ritenne offensiva per i giudici, dal momento che sottraeva loro la libertà di pronunciarsi come meglio credessero, mettendo in luce l'esistenza di una certa diffidenza rispetto alle loro attività e facendoli sentire privati del proprio prestigio morale; a tali rilievi fece seguito la reazione di Ferdinando IV che, con il dispaccio del 25 novembre 1774, rispose rimarcando quale fosse il ruolo dei giudici e che scopo avessero le loro decisioni:

Vuole S. M. che il S. Consiglio abbia per massima, che la legislazione è tutta nella sovranità; che il Consiglio non è che giudice, e che i giudici sono esecutori delle leggi e non legislatori; che il diritto ha da essere certo e definito, non arbitrario; che la verità e la giustizia che i popoli conoscono e vedono nelle decisioni dei giudici, è il decoro dei magistrati, non quello stile di oracolo che non dubita di attribuirsi nella sua rappresentanza il Consiglio: essendo il genere umano pur troppo portato a sospettare e maledire quello che non intende facilmente⁵.

2. *La posizione di Gaetano Filangieri*

Gaetano Filangieri, il noto filosofo e giurista napoletano, allora ventiduenne, colse immediatamente la portata rivoluzionaria della *Prammatica*, che difese con fermezza nella sua prima opera a stampa, anch'essa del 1774, intitolata *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano*⁶.

Il testo sottolinea l'importanza del primato della legge e della separazione dei poteri, sostenendo l'introduzione dell'obbligo di motivazione come strumento di contenimento dell'arbitrio giurisprudenziale e promuovendo la tutela della libertà civile e di quella sociale.

⁵ Ibid., p. 665.

⁶ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, 1774.

È d'uopo ricordare che il Filangieri si interessava particolarmente dei profili politici dell'esercizio della funzione giurisdizionale, ritenendo che i Lumi della ragione, la scienza e, in particolare, la filosofia fossero gli elementi che avrebbero permesso di realizzare un'evoluzione della società, anche riguardo alla giustizia.

È per questo motivo che, come intellettuale, prestava particolare attenzione alle riforme legislative destinate a incidere su assetti tradizionali consolidati, prendendo nette posizioni al fine di promuovere l'evoluzione normativa e istituzionale.

Nell'ambito di questa visione, il filosofo si sofferma sull'analisi della cultura giuridica e della relazione esistente fra la nascita di una cultura illuminata e la moderazione del dispotismo dei governanti, sostenendo che se nei governi dispotici sono gli uomini a detenere il potere, in quelli moderati e di stampo illuminato sono le leggi; principio questo ben noto alla base della nozione di Stato di diritto poi sviluppatasi.

La fiducia che Filangieri riponeva nel progresso gli ha permesso di esprimere le proprie opinioni in maniera netta e determinata, già in età giovanile.

L'opera ragiona in maniera estremamente lucida sull'importanza della salvaguardia dell'imparzialità dei giudici e della loro subordinazione rispetto alla legge e si schiera vigorosamente a sostegno della *Prammatica*.

L'autore porta anche avanti l'ambizioso obiettivo di smascherare filosoficamente i giudici che nascondevano, dietro l'idea di una decisione giusta, l'utilizzo del concetto di equità di cui facevano uso in modo totalmente arbitrario. La riforma – secondo il filosofo – fungeva da deterrente contro l'arbitrio del potere giudiziario.

Filangieri mette altresì in evidenza quanto fosse importante dare una definizione precisa del concetto di interpretazione. Il suo intento era, dunque, quello di sottolineare la necessità che i giudici parlassero la lingua della legge e non utilizzassero la propria, in modo tale da evitare che l'interpretazione della legge si traducesse in creazione legislativa.

Filangieri si schiera, difatti, contro la libera interpretazione operata dai giudici, evidenziando come questa operazione provocasse una confusione fra il potere legislativo e quello giudiziario, trasformando i giudici in legislatori. L'obbligo di motivazione delle decisioni, secondo Filangieri, allontanava il pericolo dell'arbitrarietà, responsabilizzando i giudici dinanzi ai cittadini.

Fu, per questi motivi, che il filosofo ritenne estremamente entusiasmante questa riforma, sostenendo che essa aveva avuto il pregio di conferire un primato alla legge sugli uomini.

Il testo di Filangieri si colloca, dunque, nel pieno tracciato dell'illuminismo giuridico, espressione di una fiducia massima nel ruolo del legislatore e del primato della legge.

3. *L'evoluzione dell'obbligo di motivazione in Italia e a livello europeo*

L'inizio della prassi di motivazione delle sentenze viene segnato proprio dall'obbligo imposto ai giudici napoletani dalla *Prammatica* del 1774, fortemente condivisa da Gaetano Filangieri.

Nel tempo, la motivazione delle sentenze ha sviluppato numerose funzioni sociali e giuridiche, endo-processuali ed extra-processuali: tra le altre, quella di consentire alle parti di conoscere le ragioni della decisione attraverso il ragionamento logico-giuridico usato dai giudici, rendendo possibile alle parti l'accettazione della decisione (acquiescenza). Di fronte ad una decisione motivata, infatti, le parti si sentono rassicurate e sviluppano una maggiore fiducia nell'apparato statale. La decisione motivata consente, inoltre, l'esercizio del diritto di impugnazione, al fine di richiedere ed ottenere un controllo sull'operato dei giudici, nonché delimita l'effettiva portata del provvedimento (limiti oggettivi della *res judicata*) per l'esecuzione. La motivazione assurge, poi, a garanzia della funzione nomofilattica delle corti supreme, garantendo l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge.

Sotto il profilo extraprocessuale, grazie alla motivazione è possibile mettere in atto un controllo diffuso – anche mediante la stampa e i dibattiti parlamentari – sul rispetto dei principi di legalità e del giusto processo.

Ad oggi, tutti i sistemi democratici si sono evoluti nel senso di sancire l'obbligo di motivazione; la stessa Costituzione della Repubblica italiana, all'articolo 111 comma sesto, sancisce che tutti i provvedimenti giurisdizionali debbano essere motivati. L'obbligo di motivazione si eleva, dunque, a principio essenziale e irrinunciabile per l'esercizio del controllo democratico.

Nell'ordinamento italiano, questo principio si lega indissolubilmente a quello enunciato all'articolo 101, co. 1, Cost., secondo cui la giustizia è amministrata in nome del popolo. Il popolo diventa, dunque, il principale soggetto da tutelare, i cui diritti devono essere garantiti nei confronti delle possibili ingerenze dei poteri pubblici.

A livello europeo, nell'applicare l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte di Strasburgo ha ribadito più volte l'essentialità e l'irrinunciabilità della motivazione dei provvedimenti più importanti dei giudici.

Nella sentenza di Grande Camera *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2)⁷ si sottolinea e si ribadisce, in particolare, quali siano gli scopi della motivazione, affermando che la stessa ha l'obiettivo di dimostrare alle parti che i loro argomenti sono stati presi in esame e, in tal modo, contribuisce a una migliore accettazione della pronuncia dei giudici; viene rimarcata, inoltre, l'importanza di garantire una verifica sulle decisioni dei giudici nazionali, per scongiurare il rischio che queste divengano automatiche o stereotipate.

In conclusione, emerge con chiarezza l'impatto che sia la *Prammatica* del 1774 sia il coevo scritto di Filangieri hanno avuto sul sistema giudiziario italiano ed europeo.

L'acquisizione dell'obbligo di motivazione delle sentenze, dapprima in Francia e poi in tutt'Europa, ha contribuito a eliminare un elemento di imprevedibilità dell'operato dei giudici, rafforzando la certezza del diritto.

⁷ Corte EDU, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n° 2) [GC], n. 19867/12, 11 luglio 2017.

“SOVRANO IMPERO DELLE LEGGI”, SOGGEZIONE ALLA LEGGE E RUOLO DEL GIUDICE

FRANCESCO DE SANTIS DI NICOLA*

SOMMARIO: 1. Il “sovrano impero delle leggi” per Filangieri. – 2. La soggezione alla legge e la legittimazione costituzionale del giudice per Verde. – 3. Linee di continuità e differenze di contesto tra le riflessioni di Verde e Filangieri. – 4. Norme costituzionali sui diritti fondamentali: regole o principi? – 4.1. Conseguenze sulla configurazione dell’applicazione giurisdizionale delle norme costituzionali in tema di diritti fondamentali. – 5. Sintetico inventario di ulteriori fenomeni che implicano aspetti valutativi nell’attività decisoria del giudice. – 5.1. In particolare: domanda di tutela dei diritti fondamentali e concretizzazione del principio costituzionale da parte del giudice ordinario. – 6. Interpretazione conforme a Costituzione, diffusione del sindacato di legittimità costituzionale, disapplicazione della legge da parte del “giudice comune”. – 7. Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “non-maggioritario” del giudice. – 8. Soggezione alla legge, allontanamento dal modello liberal-positivistico dello *iusdicere* e necessità di una diversa legittimazione democratica del giudice.

1. Il “sovrano impero delle leggi” per Filangieri

Nel 1774, un giovanissimo Gaetano Filangieri licenziava alle stampe le *Riflessioni politiche su l’ultima legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell’amministrazione della Giustizia*, vale a dire il Dispaccio del Re di Napoli Ferdinando IV del 23 settembre 1774, che si deve all’opera di Bernardo Tanucci¹.

Nel suo scritto, Filangieri plaudiva al fine complessivo della riforma in questione, vale a dire quello «estirpare» l’arbitrio giudiziario² affermando il «sovrano Impero delle Leggi»³:

che il linguaggio del Magistrato sia il linguaggio delle leggi; che egli parli allor-

* Professore associato di diritto processuale civile presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università Federico II di Napoli.

¹ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l’ultima legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell’amministrazione della Giustizia*, Morelli, 1774, in http://www.bibliotecanapoletana.it/assets/archivio/libri/regno_napoli/562.pdf.

² G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l’ultima legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell’amministrazione della Giustizia*, Stamperia Morelli, 1774, p. 11.

³ G. Filangieri, *ibidem*, p. 5.

ché esse parlano, e si taccia allorché esse non parlano, o almeno non parlano chiaro; che l'interpretazione sia proscritta, l'autorità dei Dottori bandita dal Foro, e 'l Magistrato costretto ad esporre al Pubblico la ragione della sentenza⁴.

Vietato, dunque, che il giudice potesse «supplire coll'equità al giusto rigore delle leggi»⁵, perché ciò era ritenuto espressione di dispotico soggettivismo e fonte di intollerabile disuguaglianza tra i cittadini, le misure messe in atto andavano senz'altro approvate in quanto concorrevano a delineare una netta separazione: al Sovrano il potere di porre il diritto attraverso le leggi – sulla cui «gran base», scriveva Filangieri, è «poggiata» la «libertà de' Cittadini»⁶ – nonché di interpretarle⁷; al giudice il dovere di conoscere il fatto e fare «applicazione litterale della legge»⁸, motivando le sue sentenze che, in tal modo, non potranno essere frutto dell'arbitrio⁹.

Per essere rettamente intese, queste affermazioni abbisognano di alcune precisazioni o, meglio, di una breve contestualizzazione storica¹⁰.

Per un verso, a cavallo tra basso medioevo e albori dell'età moderna, l'interpretazione era intesa come un'attività ascrivibile al campo della nomopoiesi (piuttosto che dell'ermeneutica) ad appannaggio di giureconsulti teorici e pratici; ad essa si era, poi, andata affiancando l'attività legislativa dei sovrani¹¹. Filangieri si

⁴ Ibid., p. 13.

⁵ Ibid., p. 19.

⁶ Ibid., p. 17.

⁷ Ibid., p. 40 ss. Nel Dispaccio si prevedeva, infatti: «quando il caso sia in tutto nuovo, o totalmente dubio, che non possa decidersi né colla legge, né coll'argomento della Legge, allora vuole il Re, che si riferisca alla M.S. per attendere il Sovrano Oracolo».

⁸ Ibid., p. 46.

⁹ Scriveva Filangieri in Ibid., p. 47: «Quando il Giudice sa di dover esporre la ragione della sentenza, quando sa, che questa ragione deve esser dedotta dalla legge; quando sa che questa legge non può essere interpretata a capriccio, io non trovo un velo, che posta nascondere l'ingiustizia della sua sentenza». Nel senso che l'introduzione dell'obbligo di motivazione della sentenza si inscrive nei «moti di reazione contro la prassi giudiziaria dell'*ancien régime*, in quanto si avverte come la mancanza di motivazione costituisca il tramite essenziale dell'esercizio arbitrario del potere da parte dei giudici»: cfr. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, 1975, p. 326.

¹⁰ Cfr. R. AJELLO, *Il preilluminismo giuridico. Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, Jovene, 1965, pp. 165 ss..

¹¹ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référe legislatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Giappichelli, 2005, pp. 4-7; interessante, in proposito, il fatto che G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, cit., p. 12 (testo e nota), approvasse come non arbitraria quella forma di *analogia legis* prevista dal Dispaccio nei seguenti termini: «quando non vi sia legge espressa pel caso di cui si tratta, e si abbia da ricorrere all' interpretazione, o estensione della legge, vuole il Re, che questo si faccia dal Giudice in maniera, che le due premesse dell' argomento fieno

confrontava, dunque, con un sistema nel quale – si è detto autorevolmente – l’erosione dottrinale ai danni della legislazione regia costituiva una forma di azione dei ceti feudali a difesa dei propri privilegi¹²; del resto, già il divieto di *interprétation* e il *référé au législateur* previsti in Francia dall’*Ordonnance civile* del 1667, alla quale si ispirerà – tra gli altri – il surriferito intervento riformatore realizzato nel Regno di Napoli dal Tanucci, sono chiaramente volti ad affermare un modello di «legislazione senza giurisdizione»¹³ al fine di contrastare il sapere esclusivo dei giureconsulti e la concorrenza dei giudici nell’attività di produzione del diritto.

Per altro verso, ed è subito evidente come i due profili siano collegati, nel Regno di Napoli operavano una pluralità di giurisdizioni (soprattutto) feudali in competizione tra di loro; all’accaparramento delle cariche faceva da contrappunto la venalità della giustizia e l’accaparramento dei processi¹⁴, cui la potestà regia cercava di mettere un freno tramite inibizioni ed avocazioni, in una sorta di «faticoso ed instabile equilibrio, fondato sulla prepotenza»¹⁵. Non sorprende, allora, che a questo giudice il Filangieri contrapponesse il sovrano illuminato (peraltro illuminato dal Filosofo). Anche qui il parallelismo con la Francia di Luigi XIV è calzante: si voleva abbattere la giustizia feudale e, in particolare, quel giudice «miserabile e vile mercenario del barone», unitamente ai privilegi del clero (che pure impattavano sull’amministrazione della giustizia: si pensi soltanto all’istituto dell’asilo), per affermare un’unica sovranità e far vivere i cittadini liberi nello Stato, «tranquilli sotto la protezione della legge»¹⁶.

2. La soggezione alla legge e la legittimazione costituzionale del giudice per Verde

Tra il 2021 e il 2023, Giovanni Verde ha licenziato alle stampe due volumi, i quali costituiscono l’ideale condensato della sua chiara e poliedrica carriera; una non trascurabile parte di essi è dedicata ad una ricognizione della situazione attuale dei rapporti tra legge e giustizia nell’ordinamento italiano, muovendo dalla ricostruzione dell’architettura costituzionale in materia¹⁷.

sempre fondate nelle leggi espresse, e letterali».

¹² Cfr. R. AJELLO, *Il preilluminismo giuridico*, cit., p. 82.

¹³ Così N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, p. 51 ss., ove altri riferimenti.

¹⁴ Cfr. R. AJELLO, *Il preilluminismo giuridico*, cit., pp. 125 ss., 156 ss., 200 ss.

¹⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 167.

¹⁶ Cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif*, cit., pp. 142 e 146.

¹⁷ G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia*, Rubettino, 2021, specialmente pp. 15-20, 43-49, 61-77; ID., *Sul potere giudiziale e sull’inganno dei concetti. Soliloqui del crepuscolo 2021-2023*, Giappichelli, 2023,

Con una chiara «impronta positivista»¹⁸, i Padri costituenti hanno affermato nell'art. 101, co. 2, Cost. il principio per cui il «giudice è soggetto [...] alla legge», stabilendo così il confine tra potere legislativo e ordine giudiziario. Sottesa a tale disposizione vi è, in altre parole, il principio della separazione dei poteri di illuministica derivazione, il quale «presuppone il primato della legge sul diritto, perché tocca al legislatore di stabilire, in posizione di monopolio esclusivo, le regole, che i giudici [...] devono tradurre in azione concreta. Nel regime fondato sulla separazione dei poteri, il diritto è assorbito dalla legge»¹⁹ e non sarebbe, allora, privo di significato che nella Costituzione italiana non sia «mai menzionato il diritto (obiettivo)», scorrendosi sempre di «legge» e «norme di legge».²⁰

Posto che il giudice «fosse chiamato a sussumere la fattispecie alla norma di legge applicabile, con un'operazione di natura meramente intellettuale»²¹, i Costituenti hanno coerentemente configurato – negli artt. 104 ss. Cost. – un giudice/funzionario pienamente autonomo ed indipendente, selezionato per concorso (ed a vita) in base alle sue capacità e cognizioni tecnico-giuridiche²². Nel disegno costituzionale, la legittimazione di questo giudice, che amministra la giustizia «in nome del popolo», dipenderebbe, in sostanza, dal fatto che egli ripete e manda ad effetto nel caso concreto la volontà della legge, quale espressa dagli organi detentori, per l'appunto, della funzione legislativa²³.

Numerosi fattori – osserva Giovanni Verde – pongono in crisi questo disegno. Tra quelli più rilevanti secondo l'illustre Autore possiamo indicare:

a) l'uso della legge non più come strumento di equidistribuzione in difesa di pochi beni fondamentali (la vita, la libertà e la proprietà) ma «di natura premiale, così intendendo un diritto che aiuta, protegge, incentiva», con la conseguente diffidenza nei confronti della legge e del legislatore, «visti come lo strumento del quale si avvalgono i detentori del potere»²⁴;

b) l'attenuazione delle differenze tra legge e provvedimento o, più esattamente, l'uso della forma della legge per rivestire e dotare di maggiore autorità (e resi-

ove in particolare *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, pp. 37-54 (già in *Rivista di diritto processuale*, 2022, p. 1155 ss.) nonché «*Tutto quello e proprio quello*» (riflettendo su un libro di Nicolò Trocker), pp. 61-68 (già in *Rivista di diritto processuale*, 2022, p. 396 ss.).

¹⁸ G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura*, cit., p. 42.

¹⁹ Ibid., p. 38 ss.

²⁰ G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia*, cit., p. 44.

²¹ G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura*, cit., p. 42.

²² Ibid., p. 41.

²³ Vedi anche R. GUASTINI, *Art. 101*, in *Commentario della Costituzione fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso*, Zanichelli – Società editrice del Foro italiano, 1994, pp. 165-172.

²⁴ G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia*, cit., p. 66.

stenza) dei veri e propri provvedimenti amministrativi, il che pone il giudice davanti ad una norma di legge che «nasce [...] dalla violenza, talora silenziosa e spesso subdola» e che, quindi, egli tenderà a considerare alla luce dei criteri di ragionevolezza, coerenza o ingiustizia manifesta²⁵;

c) l’inserimento dell’Italia nell’ordinamento euro-unitario e «da sottomissione a Tribunali soprastatali che (penso soprattutto a quello di Strasburgo) governano il diritto piuttosto che applicare leggi»²⁶;

d) *last but not least*, la circostanza che il giudice, lungi dal limitarsi alla sussunzione dell’accadimento concreto nella norma generale e astratta posta dalla legge, ormai ricostruisce la regola della decisione attingendo ad un complesso valoriale, quale emergente soprattutto dalla Costituzione, che finisce per costituire un vero e proprio sottotesto rispetto a quello posto, appunto, dalla legge²⁷. A tal proposito si osserva:

[l]a nostra Costituzione recepisce e proclama valori con norme che sono inevitabilmente prive di fattispecie. E nel momento in cui il Giudice ritiene di doversi rifare, nell’esercizio delle sue funzioni, a quei valori, inevitabilmente tende a trasformarsi da giudice della fattispecie in giudice dei valori. Si sono determinate le condizioni per una sorta di ritorno al passato, in nome del giusnaturalismo che ha la sua base nelle disposizioni, tutte precettive, della Costituzione. Ed è un’evoluzione di cui non si conoscono gli esiti ultimi, perché dietro i valori c’è l’etica²⁸.

Tra i fattori che hanno favorito questa evoluzione (che, come si è appena visto, per l’illustre Autore non è scevra da rischi), vi è, oltre alla concettualizzazione della differenza tra testo e norma, la configurazione del controllo di costituzionalità delle leggi in via incidentale che – in specie a cagione di alcuni orientamenti della Corte costituzionale²⁹ – «spinge i giudici a sindacare se tra le varie disposizioni enucleabili dal testo di legge ve ne sia anche una compatibile con la Costituzione», ritenendosi altrimenti superfluo (*rectius*: inammissibile) il rinvio alla Consulta³⁰. Per l’effetto il giudice ordinario ha iniziato «a cercare nel testo della legge

²⁵ Ibid., p. 67.

²⁶ G. VERDE, *L’evoluzione del ruolo della magistratura*, cit., p. 42.

²⁷ Ibid., p. 43 ss.. Si percepisce qui (come nei passaggi argomentativi di cui si darà subito conto nel testo) una sostanziale consonanza con l’analisi di N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, pp. 41-44.

²⁸ G. VERDE, *L’evoluzione del ruolo della magistratura*, cit., p. 42.

²⁹ Il riferimento è alla nota Corte Costituzionale, 22 ottobre 1996, n. 356,

³⁰ G. VERDE, *L’evoluzione del ruolo della magistratura*, cit., p. 43 ss.. Quasi negli stessi termini cfr. N.

l'interpretazione conforme a Costituzione e, per questa via, a svincolarsi dai laccioli delle leggi per andare alla ricerca del diritto (frutto di “*inventio*” perenne)»³¹. In altre parole, i giudici ordinari sono stati da tempo abituati «a operare non più asettici raffronti tra fatto e legge e, quindi, controlli di conformità, ma a procedere a scelte che hanno come riferimento principi e valori. Le loro decisioni ormai non perseguono più e soltanto obiettivi di legalità ma hanno come fine prevalente la giustizia»³².

Per Giovanni Verde si assiste, insomma, ad un chiaro allontanamento dall'assetto istituzionale configurato dai Costituenti. Il che pone con urgenza due correlati interrogativi: il primo è quello circa il titolo di legittimazione del giudice, nella misura in cui non è più «soggetto alla legge» ma è «realizzatore di valori» (ed oltre, «alla ricerca di un'etica dei comportamenti»)»³³; il secondo riguarda la compatibilità con un sistema democratico di un organismo (e il pensiero è rivolto soprattutto al “vertice funzionale” della magistratura ordinaria, cioè alla Corte di cassazione) che può «esercitare il suo potere», in specie se nomopoietico, «in maniera incontrollata e incontrollabile»³⁴.

Quali, infine, le risposte a tali interrogativi o, se si preferisce, i possibili rimedi individuati a fronte dei problemi denunciati?

Sul piano ordinamentale, ritenendosi necessario un maggior raccordo della Corte di cassazione con la società civile, si auspicano interventi a Costituzione invariata sulla composizione della stessa Suprema Corte nel solco di quanto previsto dall'art. 106 Cost. (vale a dire con la chiamata all'ufficio di consigliere di Cassazione di avvocati e professori universitari), segnatamente nei casi in cui questa pronunci con sentenza, all'esito di pubblica udienza, perché «la questione di diritto è di particolare rilevanza» (art. 375 c.p.c.), «inserendosi così nel circuito di creazione del diritto»³⁵. Al contrario, pur premettendo che, in questo nuovo modo di intendere la giurisdizione, la legittimazione del giudice dovrebbe trovare base «nella fiducia e nel consenso», Giovanni Verde ritiene difficile immaginare meccanismi idonei a tal fine ed, anzi, mettendo in guardia il lettore rispetto all'illusione

PICARDI, *La vocazione del nostro tempo*, cit., p. 62.

³¹ G. VERDE, “*Tutto quello e proprio quello*”, cit., p. 67. Si può leggere in queste parole un (non apertamente dichiarato) dissenso rispetto alla posizione di P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, p. 1143 ss.; per un dissenso più esplicito cfr. G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura*, cit., p. 40 s. (testo e nota 8).

³² G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia*, cit., p. 66.

³³ G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura*, cit., p. 44.

³⁴ G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia*, cit., p. 76 s.

³⁵ Ibid..

della democrazia diretta per via digitale, considera «sconsigliabile suggerire [...] interventi modificativi del Titolo IV della Costituzione»³⁶.

3. *Linee di continuità e differenze di contesto tra le riflessioni di Verde e Filangieri*

Sembra esservi una linea di continuità tra il pensiero di Filangieri e Verde. Sul piano storico si è registrato un *continuum* tra alcune misure dell'*Ancien Régime* (divieto di interpretazione giudiziale e *référé* al legislatore) e le dottrine giuridiche dominanti nell'illuminismo³⁷, già vivacemente compendiate nelle *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano* di Filangieri: concezione della legge quale fonte esclusiva del diritto (con il successivo passaggio della potestà legislativa dal Re all'assemblea degli eletti nella Rivoluzione francese³⁸) e separazione dei poteri, postulandosi un ruolo essenzialmente passivo del giudice.

Queste idee illuministiche, che si sono condensate nello Stato liberale di diritto ottocentesco, possono essere annoverate – con qualche cautela – tra le basi del positivismo giuridico novecentesco di Norberto Bobbio³⁹ e Uberto Scarpelli⁴⁰, autori cui Giovanni Verde dichiara apertamente di ispirarsi⁴¹. Di tale positivismo moderato della nostra tradizione, l'illustre processualista riprende, in particolare, due aspetti salienti: per un verso, privilegiare la legge tra le varie e possibili fonti

³⁶ Ibid..

³⁷ Cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif*, cit., pp. 12 ss., pp. 56 ss..

³⁸ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritto giustizia*, Einaudi, 2024, pp. 57-59.

³⁹ Oltre a N. BOBBIO, *Sul positivismo giuridico*, in *Rivista di Filosofia*, 1961, pp. 14 ss., sono stati consultati i vari scritti del celebre filosofo raccolti in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (Edizioni di Comunità, 1965), Laterza, 2011, introduzione di Luigi Ferrajoli.

⁴⁰ Cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico* (Edizioni di Comunità, 1965), Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, introduzione e curatela di A. Catania e M. Jori.

⁴¹ Cfr. G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura*, cit. p. 40, nota 7, ove si menzionano N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit. e U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit. Il *caveat* che precede nel testo vuole dar conto delle indicazioni di N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, pp. 985 ss. e, poi ID., *Il costituzionalismo come cultura giuridica*, Editrice Morcelliana, 2021, introduzione di T. Greco. Matteucci colloca senz'altro la riflessione di Bobbio nell'ambito di una «filosofia di tipo scientifico, di una filosofia positiva, di un “neo-illuminismo”» (p. 55) e ricorda come lo stesso N. BOBBIO, *Sul positivismo giuridico*, cit., pp. 23-24, svolgesse una «difesa globale del positivismo» invocando la dottrina liberale di Montesquieu e Kant (p. 118). Tuttavia (sempre p. 118, nota 22) lo stesso Matteucci osserva che iscriversi – come fanno i positivisti del Novecento – nell'asse storico Montesquieu-Beccaria-Bentham costituisce non solo espressione di quella «persistente mania di una storia deduttiva» (verso la quale si deve, appunto, avere la dovuta cautela) ma anche una sorta di travisamento del pensiero di Montesquieu.

del diritto; per altro verso, intendere l'attività del giurista e del giudice come attività prevalentemente logico-deduttiva, «con esclusione di argomenti extra-sistematici, religiosi, morali, politici o economici»⁴².

Se si vuole convenire con l'individuazione di questa linea di continuità, si possono, però, subito indicare alcune differenze di contesto. In primo luogo, rispetto al giudice nel Regno di Napoli agli albori dell'età moderna, il giudice italiano non si accaparra la carica e i processi per trarne direttamente guadagni, è un funzionario dello Stato istituzionalmente indipendente ed, essendo reclutato per concorso, non può essere indicato come derivazione di un'aristocrazia feudale che impedisce dall'interno il consolidarsi della sovranità statale. In secondo luogo, e conseguentemente, anche a volersi discorrere di creazione giudiziaria del diritto, è difficile sostenere oggi che la competizione col formante legislativo sia animata dall'intendimento di difesa dei privilegi di una data aristocrazia feudale o di certi corpi intermedi. In terzo luogo, e soprattutto, vi è un elemento con il quale il solo Verde (e non anche il Filangieri delle *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano*) si deve confrontare a tutto tondo: la Costituzione repubblicana.

A partire da quest'ultimo profilo si tenterà, nei paragrafi successivi (§§ 4-6), di abbozzare uno *stress-test* dell'art. 101, co. 2, Cost. analogo a quello operato dall'Illustre processualcivilista, agevolati in tale compito dalla Sua analisi. Emergerà – sull'abbrivio di altre pionieristiche notazioni di Gaetano Filangieri – come gli assetti delineati dalla Costituzione debbano essere valutati anche alla luce di una esigenza diversa, cioè quella della tutela dei diritti fondamentali ad opera di istituzioni di garanzia e, dunque, “non-maggioritarie” (§ 7). Sulla base delle conclusioni raggiunte circa tali profili, ci si interrogherà brevemente (§ 8) sulla tenuta del modello costituzionale di giudice e sull'eventuale necessità d'individuare un titolo di legittimazione parzialmente diverso da quello comunemente individuato nell'art. 101 Cost..

⁴² Cfr. L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, p. 5 ss., cui si deve la citazione nel testo; nel senso che quelli indicati nel testo costituiscano i tratti salienti della teoria positivista, oltre alla considerazione delle norme come comandi ed alla loro collocazione in un sistema, cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo*, cit., pp. 89-90. Cfr., altresì, con accenti financo polemici, N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., p. 136 ss.: «Il positivismo giuridico ha scelto i “suoi” valori [...] ancorandoli a quella concezione dello Stato sovrano, i cui elementi essenziali sono i seguenti: l'affermazione del primato della legge, la negazione dei limiti giuridici al potere sovrano, la riduzione del giudice a una macchina capace di compiere perfetti sillogismi».

4. Norme costituzionali sui diritti fondamentali: regole o principi?

«Apparentemente, il positivismo giuridico italiano non ha mai “adeguatamente tematizzato” [...] il “mutamento interno al paradigma giuspositivistico” intervenuto [...] con l’introduzione della garanzia della rigidità delle costituzioni»⁴³. Più esattamente, «[l]a Costituzione [...] converte il problema della fondazione etica della legittimità», del quale ha cercato di farsi carico quel giusnaturalismo cui pure non può dirsi del tutto estranea la riflessione più matura del Filangieri espressa nella *Scienza della legislazione*⁴⁴, «in un problema giuridico, e quindi in materia di giudizio di un organo giurisdizionale, mediante l’istituzionalizzazione di valori morali [...] in opzioni interne al diritto positivo, espresse nella forma di enunciati normativi di principi strutturati o come clausole generali (per esempio i principi complementari di giustizia e solidarietà) o come diritti soggettivi (diritti fondamentali)»⁴⁵. Se è vero che – come riconosciuto anche da Uberto Scarpelli – la «soggezione al diritto positivo può essere intesa prima di tutto come fedeltà alla Costituzione»⁴⁶, si dovrebbe convenire con quel che segue: l’articolo 101, comma 2, Cost.,

⁴³ Così C. MARGIOTTA BROGLIO, *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXX 2, 2000, p. 392, la quale a sua volta si richiama a L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Laterza, 1999, p. 99; dello stesso Ferrajoli v. anche ID., *Introduzione*, in N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., specialmente XV-XVIII.

⁴⁴ Cfr., seppure con accenti problematizzanti, G. PECORA, *Il pensiero politico di Gaetano Filangieri. Un’analisi critica*, Rubbettino, 2007, pp. 80 ss..

⁴⁵ Cfr. L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1996, p. 96. Analogamente per G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 134 «i principi stabiliti dalla costituzione non sono certo diritto naturale. Essi, al contrario, rappresentano il massimo atto d’orgoglio del diritto positivo, in quanto costituiscono il tentativo di “positivizzare” quel che, per secoli si era considerato appannaggio del diritto naturale, appunto: la determinazione della giustizia e dei diritti umani». Negli stessi termini, molto chiaramente G. VERDE, «*Tutto quello e proprio quello*», cit., p. 64.

⁴⁶ Cfr. U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*, cit., 215 s., ove l’autore discorre apertamente di una necessaria integrazione costituzionalistica del positivismo giuridico, cioè tramite quelle «norme costituzionali ove si fissano», tra l’altro, «i principi di diritto» e «i diritti soggettivi principali». T. GRECO, *Il costituzionalismo come cultura giuridica*, cit., p. 24, individua in questa parte dell’opera di Scarpelli il segno della critica rivolta da N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., *passim*, al pensiero di Bobbio; Sempre per T. GRECO, *Il costituzionalismo come cultura giuridica*, p. 20 ss. dopo il saggio di Matteucci e la discussione (in forma di lettera privata del 1963, edita in N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., *passim*), lo stesso Bobbio avrebbe in parte riorientato la sua riflessione. Sul punto si tornerà brevemente infra § 8; pare, qui, invece, opportuno ricordare come in N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Einaudi, 1990, p. XIX, il filosofo torinese contrapponesse ai diritti naturali i diritti «effettivamente protetti in un ordinamento giuridico ispirato ai principi del costituzionalismo, con giudici imparziali e varie forme di potere esecutivo [*rectius*: efficacia esecutiva] delle deci-

non implica che i giudici, essendo soggetti “soltanto” alla legge, non siano perciò soggetti anche alla costituzione. Al contrario [...] è ovvio che la soggezione alla legge implichi *a fortiori* la soggezione alla costituzione (e alle leggi di rango costituzionale) [...]. Dicendo che i giudici sono soggetti (anche) alla costituzione si vuol dire, molto banalmente, non solo che essi non sono autorizzati a violarla ma anche che non possono negare ad essa *applicazione* nei casi e nei limiti in cui la costituzione è suscettibile di applicazione diretta da parte dei giudici comuni⁴⁷.

Per Verde, se ben s'intende, l'applicazione diretta delle disposizioni costituzionali da parte del giudice comune finisce per “stressare” profondamente la soggezione alla legge *ex art.* 101, co. 2, Cost., nella misura in cui tali disposizioni sono fonte di norme che, «esprimendo valori, non sono collegate a fattispecie»⁴⁸. La riflessione dell'illustre processualista sembrerebbe così ricalcare quella (per altri versi, invece, criticata⁴⁹) svolta da Gustavo Zagrebelsky ne *Il diritto mite*, almeno per quanto concerne: *i* la qualificazione prevalente delle norme costituzionali sui diritti e sulla giustizia come «principi» (che «non hanno fattispecie», ai quali si

sioni dei giudici»; in più punti degli scritti (tutti successivi al 1963) raccolti in tale volume (spec. pp. 23, 25, 46) si individua nella Costituzione (nonché in alcuni trattati internazionali, tra i quali la Convenzione europea dei diritti dell'uomo) lo strumento di trasformazione dei diritti umani in diritti positivi azionabili in giudizio contro lo Stato.

⁴⁷ Così R. GUASTINI, *Art. 101*, cit., p. 187 (corsivo aggiunto). Tale affermazione presuppone che l'art. 101 co. 2 Cost. stabilisca la separazione dei poteri (e indirettamente l'indipendenza della magistratura) indicando al giudice “comune” il parametro base di giudizio; in tal senso si potrebbe richiamare Corte Costituzionale, 6 luglio 2004, n. 206, che dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 113, co. 2, c.p.c., in relazione agli artt. 24 e, appunto, 101 Cost., nella parte in cui non prevedeva che il giudice di pace dovesse osservare i principi informativi della materia espressi dalla legge ordinaria, oltre alle norme costituzionali ed euro-unitarie; in tale sentenza la Consulta affermò che il giudizio di equità «deve trovare i suoi limiti in quel medesimo ordinamento nel quale trovano il loro significato la nozione di diritto soggettivo e la relativa garanzia di tutela giurisdizionale»; v., poi, l'art. 339, co. 2., c.p.c. Sul punto pare più sfumata l'opinione di G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura*, cit., p. 39.

⁴⁸ G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura*, cit., spiega che le disposizioni di legge ordinaria sono, invece, «costruite intorno a fattispecie, secondo lo schema: se “x”, allora “y”». Pare, così, evocarsi P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile* (già in *Rivista critica di scienze sociali*, 1914, p. 209 ss.), ora in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, Morano, 1965, p. 31: «[è] noto che ogni prescrizione di legge contiene in sé la supposizione di un rapporto di fatto, onde ogni norma può [...] essere ridotta a un comando ipotetico, composto di due membri, il primo dei quali contiene il condizionante (“se si verifica il rapporto di fatto A”), e il secondo il condizionato (“deve verificarsi la conseguenza giuridica B”)»; descrive in termini analoghi la funzione della fattispecie N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., pp. 38-41.

⁴⁹ Cfr. G. VERDE, «*Tutto quello e proprio quello*», cit., p. 68.

«aderisce» piuttosto che ubbidire, che offrono criteri per prendere posizioni di fronte a situazioni a priori indeterminate, quando vengono a definirsi concretamente⁵⁰); *ii.* l’affermazione che, per tali principi, il sillogismo giudiziale o la sussunzione non avrebbero senso⁵¹, giacché – secondo la triade giusnaturalistica vero/giusto/doveroso – la loro applicazione impone di conferire ai fatti (non previamente descritti) una valenza normativa conforme al valore positivizzato⁵².

Sono, però, possibili altre ricostruzioni con riguardo alle norme costituzionali sui diritti fondamentali. Il pensiero va, in primo luogo, ad uno scritto di Luigi Mengoni che, traendo spunto dalla richiamata opera di Gustavo Zagrebelsky, si soffermava sulla distinzione tra regole e principi. L’illustre civilista riteneva che questi ultimi sono sì dotati di una fattispecie, ma priva di valore deduttivo: «il loro modo di applicazione non è la sussunzione»; infatti, mentre «la fattispecie delle norme-regola ha la duplice funzione di delimitare l’ambito normativo della regola e di decidere definitivamente tutti i casi riconducibili in tale ambito», la fattispecie delle norme-principio «è delimitata esclusivamente dal contenuto del diritto o dal bene garantito ed ha la funzione di esprimerne la potenziale portata protettiva, la cui attualità nel caso considerato dovrà essere argomentata con la tecnica logico-pratica del bilanciamento con altri interessi o beni costituzionalmente tutelati»⁵³.

Tuttavia – ed il punto appare di sicuro rilievo ai nostri fini – le norme costituzionali sui diritti fondamentali «possono avere la duplice valenza di principi o regole a seconda della funzione applicativa in concreto esplicata» sicché: l’art. 36 Cost. è una «regola immediatamente applicabile ai rapporti di lavoro, come fonte (eteronoma) di integrazione del contratto (nel senso dell’art. 1374 c.c.)»⁵⁴; l’art. 32 Cost. «si atteggia come norma-regola quando il giudice [...] ne deduce la qualificazione del c.d. danno biologico come danno ingiusto ex art. 2043 c.c.»; l’art. 40 Cost. «opera come regola» quando il giudice [...], accertato che l’astensione collettiva dal lavoro in questione integra uno sciopero legittimo, ne desume la so-

⁵⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 128-129.

⁵¹ *Ibid.*, p. 129.

⁵² *Ibid.*, pp. 129, nonché pp. 133-141. Analoga visione viene espressa in numerosi scritti di N. LIPARI pubblicati nella *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, tra i quali cfr., soprattutto: *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, 2018, pp. 6-10, 21-26; *Costituzione e diritto civile*, 2018, p. 1269; *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, 2020, pp. 534-536.

⁵³ L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, cit., p. 103 s.

⁵⁴ Per riferimenti giurisprudenziali cfr. M. DELFINO, *Salario minimo (legale) e Costituzione*, in F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Salario minimo legale e Costituzione*, Bologna University Press, 2024, in corso di pubblicazione, p. 10 ss. del dattiloscritto (consultato per cortesia dell’autore).

spensione dell'obbligazione di lavoro e il conseguente esonero degli scioperanti dalla responsabilità contrattuale»⁵⁵.

In secondo luogo, e più radicalmente, altra parte della dottrina non condivide l'ontologica contrapposizione tra regole e principi e, soprattutto, l'ascrivibilità a questi ultimi di tutte (o gran parte del) le norme costituzionali in tema di diritti fondamentali. Se non mancano in Costituzione dei principi direttivi («aspettative generiche e indeterminate di risultati»: si veda ad es. gli artt. 1 e 9 Cost.), il principio di uguaglianza e i diritti di libertà «sono, invece, regolativi essendo materialmente possibile ma deonticamente vietata la loro inosservanza. [...] Anche i principi regolativi, ove siano violati, vengono in rilievo come regole, che non si rispettano ma si applicano»⁵⁶. Più precisamente «qualunque principio che enuncia un diritto fondamentale, per la reciproca implicazione che lega le aspettative nelle quali i diritti consistono e i correlativi obblighi o divieti, equivale alla regola consistente nell'obbligo o nel divieto corrispondente»⁵⁷.

4.1. *Conseguenze sulla configurazione dell'applicazione giurisdizionale delle norme costituzionali in tema di diritti fondamentali*

Non si vuole (né si hanno le competenze per) prendere una posizione a tutto tondo sul tema; basta, allora, segnalare come le accennate differenze ricostruttive sul piano sostanziale si riverberano naturalmente sulla configurazione dell'attività del giudice.

Nella ricostruzione di Zagrebelsky, la giurisprudenza «è posta al servizio di due padroni: la legge e la realtà»⁵⁸, sicché l'interpretazione «è la ricerca della norma adeguata tanto al caso quanto all'ordinamento»⁵⁹. Nel processo interpretativo il giudice procede all'individuazione e all'applicazione della regola di diritto previo

⁵⁵ L. MENGONI, *Il diritto costituzionale*, cit., p. 105 s.

⁵⁶ L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 2798 s., continuando esemplificativamente: «il principio costituzionale di uguaglianza, ove sia violato, viene in rilievo, nei riguardi delle sue violazioni, come regola: la regola, precisamente, che proibisce le discriminazioni. E le discriminazioni sono sicuramente fattispecie del relativo divieto, il cui accertamento non consiste certo in un bilanciamento, ma in una sussunzione». Per uno spunto in tal senso vedi già, M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, 1999, vol. I, p. 883, nota 29.

⁵⁷ L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista*, cit., p. 2798.

⁵⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 155.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 156.

inquadramento del caso secondo categorie di «senso» e «valore»⁶⁰, sicché rasenterebbe la cecità pretendere che la sua opera si possa ridurre alla «ricerca del vero significato impresso nelle formule utilizzate dal legislatore»⁶¹. L'attività giurisdizionale presenterebbe, insomma, un «doppio carattere», realizzando una ragionevole composizione tra il caso e la regola⁶².

Per Mengoni, le peculiarità dell'ermeneutica costituzionale e l'implementazione del bilanciamento dovrebbero valere – se ben s'intende – per le norme-principio; quando le norme costituzionali hanno valenza applicativa di regole, esse concorrono ad integrare una fattispecie normativa nella quale la fattispecie concreta sarebbe sussumibile. Infine, secondo la più radicale critica rivolta al «costituzionalismo principialista» – critica che pure idealmente condivide, se non addirittura accentua, le preoccupazioni di Giovanni Verde circa lo snaturamento del ruolo del giudice rispetto al disegno costituzionale – non sarebbe vero che la modalità tipica di applicazione giudiziale delle norme costituzionali in tema dei diritti fondamentali è costituita dal bilanciamento: sempre di sussunzione si tratterebbe, seppure con una fattispecie normativa costruita tramite «l'uso di parole vaghe o imprecise». Quanto al bilanciamento giurisdizionale, si sostiene che esso costituirebbe «poco più di una parola nuova per denominare la vecchia “interpretazione sistematica”, da sempre conosciuta e praticata dai giuristi e consistente nell'interpretazione del senso di una norma alla luce di tutte le altre norme del sistema»⁶³; ove pure si verificasse, in un caso concreto, un conflitto tra principi costituzionali regolativi – come, ad esempio, tra protezione della riservatezza (o della reputazione) e libertà di espressione – il giudice non procederebbe alla ponderazione di questi bensì delle circostanze di fatto che ne giustificano o meno l'applicazione⁶⁴.

5. Sintetico inventario di ulteriori fenomeni che implicano aspetti valutativi nell'attività decisoria del giudice

⁶⁰ Ibid., pp. 157, 161 ss..

⁶¹ Ibid., p. 155, nonché *amplius* pp. 172 ss..

⁶² Ibid., p. 176 ss.. Analoga funzione attribuisce alla ragionevolezza, in un processo di formazione del diritto dal basso ed alla luce dei mutevoli contesti, N. LIPARI: alle opere citate in nota 51, adde *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto* (già in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, p. 479 ss., ora in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, spec. pp. 32-37 nonché ID., *Ragionare di diritto oggi*, ivi, 2019, spec. pp. 493 e 517.

⁶³ L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista*, cit., p. 2800.

⁶⁴ Ibid., pp. 2810-2812. L'autore spiega: la ponderazione «ha per oggetto non già le norme da applicare, bensì le circostanze di fatto da esse previste al fine di qualificare giuridicamente e connotare equitativamente il caso sottoposto al giudizio».

Anche il “costituzionalismo garantista”, che difende a spada tratta la sussunzione in contrapposizione al bilanciamento, riconosce, però, l’elasticità delle disposizioni costituzionali sui diritti fondamentali e la circostanza che in ogni giudizio vi è una dimensione equitativa⁶⁵. A questo punto, pare, allora, utile fare un passo indietro e ricordare altri fenomeni che implicano, direi naturalmente, momenti di valutatività nell’attività decisoria, a detrimento del suo carattere meramente logico-deduttivo:

a) i risultati del processo interpretativo – salvo a non voler immaginare un generalizzato e costante ricorso all’interpretazione autentica del legislatore o di un qualche organismo a metà strada tra giurisdizione e legislazione⁶⁶ – possono essere plurimi, a cagione dei diversi criteri che lo guidano e della reciproca interazione fra gli stessi⁶⁷;

b) le disposizioni di legge possono essere oggettivamente farraginose, oscure, intrinsecamente contraddittorie;

c) può essere necessario – e lo è sempre di più, vista la pluralità delle fonti – costruire la fattispecie normativa in cui sussumere il caso di specie (la premessa maggiore del sillogismo, se si vuole) utilizzando “combinati disposti”. Ebbene, «anche se tutte le fonti si presentassero con i caratteri della semplicità, della chiarezza, della totale prevedibilità» – e dunque anche se non ci fossero i fattori di complicazione poc’anzi indicati *sub b*) – «il loro numero, l’interferenza fra di esse e le inevitabili interazioni da esse attivate fra i soggetti chiamati a produrle e ad applicarle determinerebbero comunque dei problemi nel rapporto fra chi pone il diritto e chi lo deve attuare nei casi concreti»⁶⁸;

⁶⁵ Ibid...

⁶⁶ Vale a dire un sistema già sostanzialmente superato nel 1804 con la soppressione del *référé facultatif* da parte del *Code Napoléon*: cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif*, cit., p. 108.

⁶⁷ Lo stesso G. VERDE, *L’evoluzione del ruolo della magistratura*, cit., p. 39, nota 5, sottolinea come «non [...] sia possibile ridurre l’interpretazione ad un’operazione puramente intellettuale; in essa sono impliciti inevitabili momenti valutativi». Forse ancora più radicalmente A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di regole e principi*, in *Foro italiano*, 2015, V, c. 455: «Tutto il lento evolversi della teoria dell’interpretazione giuridica mostra come (dall’inizio del secolo scorso a oggi) i vari metodi interpretativi (anche quelli meramente esegetici) implicino sempre e inevitabilmente opzioni valutative [...]. Non è inutile richiamare l’attenzione sulla circostanza che un filosofo del diritto, Luigi Lombardi Vallauri, nel suo corso universitario individua ben 24 metodi di interpretazione che approssimativamente possono dare luogo a 72 (o addirittura 144) risultati interpretativi accettabili, risultati sulla cui base è davvero effettuata la scelta fra singolo metodo».

⁶⁸ Cfr. M. BOMBARDELLI ET AL., *Giudici e legislatori. Dibattito*, in *Diritto pubblico*, 2016, p. 510; analogamente N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo*, cit., p. 45.

d) se «il carattere quanto più possibile cognitivo della sussunzione e dell'applicazione della legge» dipende «dal grado di tassatività e determinatezza del linguaggio legale»⁶⁹, dal rigore di tale modello ci si allontana tutte le volte in cui il legislatore (ordinario) faccia ricorso a «concetti indeterminati», «concetti elastici» o «clausole generali», visto che qui il giudice dovrà concorrere a delineare la fattispecie legale, a integrare la norma⁷⁰;

e) qualora «la fattispecie concreta non sia disciplinata da una regola “precisa”» e, pertanto, ci si trovi davanti «ad una lacuna (ai sensi del cpv. dell'art. 12 preleggi), essa va integrata tramite la c.d. analogia da regole dettate per casi simili [...] e, in mancanza, tramite il ricorso ai principi generali dell'ordinamento, principi che sono regole altamente indeterminate (non tipicizzate)» o, addirittura, norme espressione di valori ma prive di fattispecie⁷¹.

Si tratta di fenomeni alla base dei quali non è necessariamente individuabile un atteggiamento diffidente o oppositivo del giudice rispetto alla legge (ma che, anzi, talora derivano dalla stessa configurazione della disciplina legale) e che, comunque, non riguardano soltanto l'applicazione delle norme costituzionali in tema di diritti fondamentali da parte del giudice.

5.1. *In particolare: domanda di tutela dei diritti fondamentali e concretizzazione del principio costituzionale da parte del giudice ordinario*

Con riguardo a questi ultimi si può, invero, porre il problema – già evocato nel paragrafo precedente, sub *e*) – della tutela in assenza di una espressa disciplina ad opera della legislazione ordinaria: il giudice può dare “concretezza” al principio, concorrendo a creare una regola di dettaglio per il caso sottoposto al suo esame, oppure l'art. 101, co. 2, Cost. – e, più in generale, il principio della separa-

⁶⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista*, cit., p. 2813.

⁷⁰ Il rilievo è assai comune: oltre a N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 43 (testo e nota 20), A. PROTO PISANI, *Brevi note*, cit., p. 455, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 160 ss. nonché N. PICCARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, cit. p. 46, cfr. l'ampio studio di E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, 2004, del quale si è qui utilizzata la terminologia suggerita all'esito di ampia analisi della dottrina in materia (specialmente pp. 17-56), nonché per l'illustrazione dei possibili legami tra indeterminatezza della fattispecie e riconoscimento di discrezionalità nell'attività interpretativa (pp. 742-743); su tale ultimo profilo si tornerà brevemente in seguito.

⁷¹ Così, letteralmente, A. PROTO PISANI, *Brevi note*, cit., p. 455; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... senza legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *www.costituzionalismo.it*, 2018, cit., pp. 59 ss., ove vengono indicati i diversi approcci al tema delle lacune legislative in relazione al diverso modo di intendere la funzione del giudice (ed ai diversi titoli di legittimazione costituzionale nel nostro ordinamento).

zione dei poteri – non glielo consente?⁷² Quali conseguenze bisogna trarre dal silenzio della legislazione, che è la massima espressione della democrazia rappresentativa ma che spesso «si sottrae alle proprie responsabilità quando è scomodo esercitarle»⁷³: il giudice deve opporre un *non liquet*, perché così impone il principio di separazione dei poteri⁷⁴, oppure deve comunque privilegiare il punto di vista della tutela dei diritti fondamentali delle persone?⁷⁵

Nei casi *Welby* ed *Englaro* tali interrogativi si sono presentati in tutta la loro drammaticità⁷⁶. Ci si limita qui a formulare due notazioni.

La prima è relativa proprio ad uno strascico della dolorosa vicenda di Eluana Englaro: con ordinanza n. 334/2008, la Corte costituzionale⁷⁷ ha escluso che Cass. 21748/2007⁷⁸, con la quale si erano stabiliti i limiti del diritto al rifiuto delle cure e le correlative modalità di esercizio in caso di malato in stato vegetativo permanente, nonché il decreto camerale della Corte di appello di Milano, che di

⁷² Su posizioni opposte: da una parte, oltre ai già richiamati G. Zagrebelsky (*supra*, § 3, note 52 e 62) e L. Mengoni (*supra*, § 3, nota 53), cfr. G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit., pp. 84 ss., 118 ss.; M. RUOTOLO ET AL., *Dibattito su giudici e legislatori*, cit., p. 40; dall'altra, oltre a L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo garantista*, cit., pp. 2793 e 2806, cfr. R. GUASTINI, *Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione*, in <http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/05/Principi-costituzionali-identificazione-interpretazione-ponderazione-concretizzazione.pdf>, pp. 322 ss..

⁷³ Così M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana e non solo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 3826.

⁷⁴ Tra i fattori che avrebbero agevolato l'espansione della giurisdizione e la «conquista di spazi che le sembravano preclusi», lo stesso Luciani include una lettura particolarmente rigida del divieto di *non liquet* e «l'avvento di una costituzione rigida e per valori», che ha «consentito (anzi imposto) al giudice di colmare le lacune facendo riferimento anzitutto alle norme costituzionali, la cui ampiezza semantica e precettiva, però, ha parallelamente ampliato il margine di discrezionalità della decisione giudiziale» (*Ibid.*, p. 3832 s., corsivo aggiunto).

⁷⁵ Nel senso che, quando si ragiona di giudici e legislatori, «piuttosto che porsi il problema solo della separazione dei poteri, dovremmo porci quello della tutela dei diritti fondamentali delle persone»: V. ANGIOLINI ET AL., *Giudici e legislatori*, cit., p. 533.

⁷⁶ La bibliografia sul tema è vastissima. Per prime informazioni, oltre a G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit., p. 65 e, poi, pp. 103 ss., cfr. N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, cit., p. 26; A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di «non liquet»*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, pp. 355 ss.; T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in www.atrid.eu, 2009; S. BOCCAGNA (a cura di), *Diritto di morire, decisioni sulla legge, leggi sulle decisioni. Profili giuridici del caso Englaro*, Dike, 2014, *passim*.

⁷⁷ Corte costituzionale, 13 novembre 2008, n. 334, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 3712, con nota di G. Gemma, e in *Foro it.*, 2009, I, c. 35, con nota di R. Romboli.

⁷⁸ Corte di Cassazione 16 ottobre 2007, n. 21748, edita, tra l'altro, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3025, con nota di G. Casaburi nonché in *Corriere Giuridico*, 2007, p. 1676, con nota di E. Calò.

tali principi aveva fatto applicazione⁷⁹, avessero usurpato o, comunque, menomato le attribuzioni legislative del Parlamento. La seconda notazione, invece, vuol dar conto di un'autorevole opinione: se in una data specie – alla luce di una complessiva ricognizione dell'ordinamento, ivi comprese le norme costituzionali, europee ed internazionali – si può enucleare un diritto soggettivo (ciò che non spetta stabilire allo studioso del processo civile), «la sua giustiziabilità costituisce un corollario necessario»⁸⁰.

Per il resto il processualcivilista può, di solito, lavorare al riparo da simili roveli, disponendo, peraltro, di una fonte di rango primario (il codice di rito) la cui disciplina, per ampi tratti, finisce per concretizzare le garanzie costituzionali del processo. Si può, d'altra parte, ricordare come in passato non siano mancate chiare voci volte a integrare (parte del)la fattispecie normativa di rango primario con principi costituzionali generalissimi (diritto di difesa, principio del contraddittorio): si pensi, ad esempio, prima delle modifiche apportate all'art. 101, co. 2, c.p.c., alla teorizzazione di una categoria di nullità degli atti processuali derivanti direttamente dal contrasto con il diritto di difesa ex art. 24, co. 2, Cost⁸¹. ovvero all'opinione secondo cui, dovendosi individuare lo scopo fondamentale del processo nel principio costituzionale del contraddittorio, la sua violazione integrasse la fattispecie di nullità ex art. 156, co. 2, c.p.c.⁸².

6. Interpretazione conforme a Costituzione, diffusione del sindacato di legittimità costituzionale, disapplicazione della legge da parte del “giudice comune”

Gli ultimi rilievi conducono al tema dell'interpretazione conforme a Costituzione da parte del “giudice comune” e a quello, parzialmente correlato, della cosiddetta diffusione del sindacato di legittimità costituzionale.

Già nel 1962, Virgilio Andrioli osservava che la Costituzione «non esaurisce la sua funzione nel giustificare la eliminazione dei testi ordinari incompatibili, ma esercita sull'interpretazione di questi un'influenza impalpabile *ictu oculi*, ma a non lontana distanza di tempo, constatabilissima»⁸³; la funzione suppletiva/integrativa

⁷⁹ Appello Milano, decreto 9 luglio 2008, edito tra l'altro in *Foro it.*, 2009, I, c. 37, con nota di G. Casaburi nonché in *Corriere Giuridico*, 2008, p. 1281, con nota di E. Calò.

⁸⁰ R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, 2008, p. 47.

⁸¹ V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1968, p. 223

⁸² L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”*, in *Rivista di diritto processuale*, 2000, p. 930.

⁸³ V. ANDRIOLI, *Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, p. 551.

dei principi costituzionali rispetto alle norme di rango ordinario (ed al sistema da esse formato) sembra costituire, insomma, un dato acquisito anche nell'ottica del "positivismo moderato"⁸⁴.

Non è difficile richiamare alla mente fulgidi casi di interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni del codice di rito o, comunque, strumentali alla tutela civile dei diritti. Si pensi alla concretizzazione, ad opera di Andrea Proto Pisani, della nozione di «pregiudizio irreparabile» ex art. 700 c.p.c. alla luce della «importanza centrale che il nostro ordinamento costituzionale – e segnatamente l'art. 2 e l'art. 3, co. 2., Cost. – impone di attribuire alla considerazione della persona, del soggetto titolare dei singoli diritti»⁸⁵. Si pensi ancora – per riportare solo un altro esempio, tratto stavolta dalla giurisprudenza pratica in tema di diritto alla reintegrazione ex art. 18 Stat. Lav. (nel testo anteriore alle modifiche apportate dal cosiddetto Jobs Act) – all'interpretazione dell'*onus probandi* circa la sussistenza del requisito dimensionale dell'impresa (anche) alla luce della considerazione secondo cui la tutela in forma specifica costituisce "la regola" (e non l'eccezione) rispetto alla tutela per l'equivalente, in quanto «traduzione nel diritto sostanziale del principio, affermato già dalla dottrina processuale degli anni trenta e poi ricondotto all'art. 24 Cost. [...] secondo cui il processo [...] deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale»⁸⁶.

Non si vuole, però, ignorare... "l'elefante nella stanza": sulla base della previsione inserita nell'art. 111, co. 2, Cost. (ad opera della legge cost. n. 2/1999), secondo cui «la legge [...] assicura la ragionevole durata» del processo, la Cassazione ha spesso proceduto ad interpretazioni contrastanti con il tenore letterale di alcune norme del codice di rito al fine di assicurare una più celere definizione del giudizio ed anche a costo di sacrificare altri commendevoli interessi⁸⁷.

Nell'economia della presente analisi rileva, in primo luogo, la forte stretta sulla rilevabilità officiosa del difetto di giurisdizione «in ogni e stato e grado del processo» (secondo il testo dell'art. 37 c.p.c. anteriore alla riforma Cartabia), che a

⁸⁴ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 137, che aggiunge anche una funzione "correttiva". Questa però potrebbe scontrarsi col dato letterale, problema sul quale ci si soffermerà subito *infra* nel testo.

⁸⁵ Cfr. A. PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXV, 1991, p. 12.

⁸⁶ Corte di Cassazione, sezioni unite, 10 gennaio 2006, n. 141, edita tra l'altro in *Foro it.*, 2006, I, c. 704, con note adesive di A. Proto Pisani e N. Delfino, approvata anche da R. ORIANI, *Il principio di effettività*, cit., p. 34.

⁸⁷ Cfr. G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, p. 505 ss.; R. CAPONI, N. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali*, in *Foro it.*, 2010, I, cc. 1794 ss..

partire da sez. un., n. 24883/2008⁸⁸ è stata subordinata, nei giudizi di impugnazione, alla mancata formazione del giudicato esplicito o implicito sulla relativa questione e, quindi, alla proposizione di uno specifico motivo di gravame contro la statuizione (esplicita o implicita) contenuta nella sentenza conclusiva del grado precedente. In proposito, anche chi non nega che dai principi si possano desumere effetti che, in via di concretizzazione giurisprudenziale, dettino direttamente la disciplina di situazioni di fatto non diversamente regolate⁸⁹, ha affermato criticamente che nella specie la Corte non abbia effettuato una mera interpretazione adeguatrice dell’art. 37 c.p.c.⁹⁰ ma abbia, invece, proceduto al bilanciamento tra le garanzie costituzionali del giudice naturale e della ragionevole durata del processo, dando prevalenza a quest’ultimo; tale compito sarebbe, invece, spettato alla Corte costituzionale⁹¹.

In secondo luogo, il pensiero corre all’orientamento giurisprudenziale⁹² secondo cui il convenuto non ha diritto di chiamare in causa un terzo, essendo la sua iniziativa, al pari di quella dell’attore, subordinata all’autorizzazione del giudice. In tal modo le esigenze di celere definizione del giudizio tra le parti originarie prevalgono non solo (i) sul tenore letterale dell’art. 269 c.p.c. (che obiettivamente, a differenza di quanto previsto per l’attore, non subordina la chiamata in causa del terzo ad opera del convenuto ad alcuna autorizzazione del giudice) ma anche, e soprattutto, (ii) sulla pienezza della tutela del convenuto (si pensi, in particolare, al caso della chiamata in garanzia), malgrado la Corte costituzionale avesse registrato e avallato la diversità di trattamento tra attore e convenuto *ex art. 269 c.p.c.*⁹³.

Si è, quindi, concluso in via generale che la ragionevole durata del processo *ex art. 111, co. 2, Cost.* «[n]on può [...] avere valore precettivo di norma processuale, e consentire al giudice, a prescindere dalla legge processuale, o in contrasto con la

⁸⁸ Corte di Cassazione, sezioni unite, 9 ottobre 2008, n. 24883, edita, tra l’altro, in *Corriere Giuridico*, 2009, p. 372, con nota di R. Caponi (*Quando un principio limita una regola [ragionevole durata del processo e rilevanza del difetto di giurisdizione]*), nonché in *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 406, con nota di R. Vaccarella (*Rilevanza del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*).

⁸⁹ Cfr. R. CAPONI, *Quando un principio limita una regola*, cit., p. 384.

⁹⁰ Che poi sarebbe stata recepita, come noto, nelle modifiche apportate a tale disposizione con la c.d. riforma Cartabia.

⁹¹ Cfr. *Ibid.*, p. 385. Ancora più nettamente cfr. R. VACCARELLA, *Rilevanza del difetto di giurisdizione e translatio*, cit., p. 413.

⁹² Per il quale vedi Corte di Cassazione, sezioni unite, 23 febbraio 2010, n. 4309, edita tra l’altro in *Foro it.*, 2010, I, c. 1775, con la citata nota critica di R. Caponi, N. Dalfino, A. Proto Pisani, G. Scarselli (*In difesa delle norme processuali*).

⁹³ Cfr. R. CAPONI, N. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali*, cit., c. 1795 s., i quali richiamano a sostegno del loro ragionamento Corte costituzionale 3 aprile 1997, n. 80.

legge processuale, di determinare di volta in volta, e caso per caso, le regole del processo, e/o di leggere e/o interpretare le norme in modo difforme dal loro tenore letterale»; ove nutra dubbi di compatibilità tra la norma processuale e il principio costituzionale della ragionevole durata, il giudice deve rimettere la questione alla Corte costituzionale⁹⁴.

Ebbene – a prescindere dalla notazione, dal sapore essenzialmente “storico”, che altre ipotesi di interpretazione anti letterale del codice di rito ugualmente evidenti hanno, in passato, suscitato minore scalpore⁹⁵ – i richiamati orientamenti (e le relative reazioni critiche) sollevano almeno due problemi: per un verso, la disposizione costituzionale in discorso sembra rivolgersi in via diretta al legislatore («la legge [...] assicura») e, quindi, richiedere attuazione da parte del legislatore, non applicazione da parte del giudice⁹⁶; per altro verso, il “giudice comune” ha proceduto ad operazioni che, invece, sarebbero spettate alla Corte costituzionale.

Tale ultima osservazione ci conduce a soffermarci brevemente sul tema del cosiddetto sindacato diffuso di costituzionalità e sul divieto di disapplicazione delle norme di legge da parte del giudice comune. In proposito si può affermare che, nella prospettiva dei rapporti tra legge e giudice comune, un riaccentramento del controllo in capo alla Corte costituzionale dovrebbe allentare la pressione sull’art. 101, co. 2, Cost. e sugli assetti istituzionali della magistratura ordinaria delineati dai Costituenti⁹⁷: la Consulta, come accade *more solito* in tutti gli ordinamenti che

⁹⁴ Ibid..

⁹⁵ Si pensi, ad esempio, a Corte di Cassazione, sezioni unite, 22 marzo 1996, n. 2466, in *Foro it.*, I, c. 1635, con nota di F. Cipriani, a partire dalla quale l’art. 41 c.p.c. («Finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado...») viene inteso nel senso che qualunque sentenza pronunciata in primo grado, non solo di merito *ma anche di rito*, preclude l’esperibilità del regolamento di giurisdizione.

⁹⁶ Osservano R. CAPONI, N. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali*, cit.: «noi crediamo che la ragionevole durata del processo non possa che considerarsi quale norma programmatica, ovvero quale norma costituzionale che impone al legislatore di rendere leggi volte ad assicurare che la durata del processo non ecceda un tempo ragionevole». Per qualche notazione (e riferimenti di dottrina e giurisprudenza) sulla doppia valenza della «ragionevole durata» in Costituzione (anche in relazione al rango dell’art. 6 § 1 Corte EDU nel sistema delle fonti) cfr., *si licet*, F. DE SANTIS DI NICOLA, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, Jovene, 2013, pp. 22, 80, 90, 177 ss..

⁹⁷ Oltre alla posizione di G. Verde (che si è riassunta *supra* § 2), cfr., ad es., R. GUASTINI, *Art. 101 Cost.*, cit., pp. 178, 187 ss., ove la critica alla cosiddetta “interpretazione conforme” viene svolta sul terreno dell’eccesso di potere del giudice comune in un sistema in cui il sindacato di legittimità costituzionale è accentrato ed affidato alla Consulta. In una prospettiva di indagine più ampia vedi, d’altra parte, le notazioni di S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *Federalismi.it*, 2011, p. 106: i più recenti orientamenti della Consulta in tema di “interpretazione conforme” (quale condizione di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale) – per i quali v. subito *infra* nel testo – «non segnano il passaggio da un’opzione teorica a un’altra, dal

optino per il sindacato accentrato di legittimità costituzionale, è “giudice speciale” innanzi tutto per la sua composizione e i suoi meccanismi di nomina, i quali sono volti a contemperare la competenza tecnico-giuridica con una certa dose di sensibilità (politica o, meglio) necessaria per effettuare quelle valutazioni di «opportunità costituzionale»⁹⁸ che concorrono a legittimare il conferimento del potere di annullare *erga omnes* gli atti aventi forza di legge (art. 136 Cost.) e devono accompagnarne l’esercizio⁹⁹.

Se ciò è vero, non va trascurato come il passato, anche recente, offra – ad esempio in materia di scissione del momento perfezionativo della notificazione, di interruzione del processo e, in parte, di arbitrato obbligatorio – esempi di collaborazione tra Corte costituzionale e “giudice comune” nell’implementazione delle garanzie costituzionali in materia di tutela civile dei diritti: dopo una prima pronuncia di incostituzionalità, la Consulta ha di fatto invitato (con sentenza interpretativa rigetto o con pronuncia di inammissibilità, per difetto di tentativo di interpretazione adeguatrice) il giudice comune a dare immediata attuazione ai principi da essa posti in tutte le fattispecie analoghe, anche se ciò avrebbe comportato una disapplicazione (in pratica autorizzata) di norme di legge non colpite da pronuncia di annullamento¹⁰⁰. Né può dimenticarsi un relevantissimo caso di applica-

concetto di libera determinazione del giudice (talvolta e ad alcuni livelli spinta fino al soggettivismo) a quelli del peso preponderante della lettera; ma costituiscono una tensione interna a un’unica concezione del diritto come prodotto giurisprudenziale. *E tutto ciò si tiene in una partita tra giurisdizioni* (enfasi aggiunta); cfr., poi, G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia*, cit., p. 45.

⁹⁸ V. ANDRIOLI, *Motivazione e dispositivo*, cit., p. 550.

⁹⁹ Cfr. T. GROPPI, *La legittimazione della giustizia costituzionale. Una prospettiva comparata*, in R. TONIATTI, M. MAGRASSI (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali*, Cedam, 2011, pp. 297 ss., specialmente 302 ss..

¹⁰⁰ Dopo che il principio della scissione del momento perfezionativo della notificazione è stato affermato da Corte costituzionale, 26 novembre 2002, n. 477, con riguardo alle notificazioni a mezzo posta (e ciò con sentenza di accoglimento parzialmente demolitiva dell’art. 149 c.p.c. e dell’art. 4, co. 3, della legge 20 novembre 1982, n. 890), esso è stato generalizzato (e demandato esplicitamente nella sua attuazione al giudice comune) da parte di Corte costituzionale, 23 gennaio 2004, n. 28 (per prime informazioni sul tema, con precipuo riguardo al “dialogo” tra Cassazione e Consulta, cfr. M. DICOSOLA, *Notificazioni, diritto di difesa e interpretazione costituzionale: alcune note a margine di sentenza Corte costituzionale 13/1/2004, n. 28*, in *Federalismi.it*, 2, 2004; R. CAPONI, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nelle notificazioni postali*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3021 ss.). In tema di interruzione del processo, Corte costituzionale, 6 luglio 1971, n. 159, ha stabilito (con sentenza interpretativa di accoglimento, in relazione al combinato disposto degli artt. 299 e 305 c.p.c. nonché, degli artt. 300 co. 3 e 305 c.p.c.) che il termine per la riassunzione/prosecuzione non decorre dal verificarsi dell’evento interruttivo ma dalla conoscenza legale dello stesso; successivamente, Corte costituzionale, 21 gennaio 2010, n. 17, relativa al caso in cui l’interruzione del processo scaturisce alla dichiarazione di fallimento (cfr. art. 43, legge fallimentare, come novellato dal d.lgs. 5/2006), ha motivato la pronun-

zione diretta di una norma costituzionale ad opera della Corte di cassazione: il ricorso straordinario per cassazione *ex art.* 111 (già co. 2, ormai) co. 7 Cost., ritenuto proponibile contro ogni provvedimento decisorio e non altrimenti revocabile o impugnabile, vuoi che esso sia reso (per volontà del legislatore) in forma di ordinanza o decreto vuoi che esso sia reso (sempre per volontà del legislatore) in forma di sentenza qualificata, però, come non impugnabile (cfr. art. 618 c.p.c.). Da alcuni decenni, le discussioni intorno a tale istituto di conio giurisprudenziale si sono focalizzate non tanto sull'ampia integrazione (quando non disapplicazione) della disciplina di legge ordinaria da parte del giudice comune che esso comporta¹⁰¹, quanto: sull'individuazione delle caratteristiche della «decisorietà» e «definitività» (che integrano la cosiddetta «sentenza in senso sostanziale» ricorribile, appunto, *ex art.* 111, co. 7, Cost.), sul ruolo del ricorso straordinario in Cassazione in relazione alla tutela camerale dei diritti ed alla garanzia costituzionale del giudicato civile, sull'ampiezza delle censure spendibili per il suo tramite (e ciò prima della modifica dell'art. 360, ult. co., c.p.c. ad opera del d. lgs. 40/2006), sulle ripre-

cia interpretativa di rigetto della q.l.c. con la circostanza che il giudice «comune» avrebbe potuto applicare il principio ormai immanente nell'interpretazione dell'art. 305 c.p.c., a dispetto del tenore letterale della medesima disposizione (per prime informazioni cfr. N. SOTGIU, *Art. 305*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da C. Consolo, 6ª ed., Wolters Kluwer, 2018, pp. 1026 ss.).

Meno lineare la vicenda relativa all'arbitrato obbligatorio. Dopo aver statuito – con la nota Corte costituzionale, 14 luglio 1977, n. 127 – che l'arbitrato obbligatorio *ex lege* è contrario al diritto di azione *ex art.* 24, co. 1, Cost., la Consulta si è, talora, espressa con sentenza interpretativa di rigetto, implicitamente invitando il giudice comune a procedere ad un'operazione di ortopedia costituzionale della disposizione di legge in questione, nel senso di intenderla come fonte in capo alle parti di una mera opzione per la via arbitrale (cfr. Corte costituzionale, 13 aprile 2000 n. 115); più spesso, però, si è espressa con sentenza di accoglimento (cfr., ad es., Corte costituzionale, 8 giugno 2005, n. 221, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, p. 515, con nota di G. Verde; sul tema cfr. F. AULETTA, *Tra illegittimità costituzionale e non fondatezza della questione: una terza via per le leggi di arbitrato «obbligatorio»?», in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, p. 275; A. BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, p. 81 ss.).*

¹⁰¹ Tema del quale riferisce, comunque, G. VERDE, *Profili del processo civile*, 6ª ed., Zanichelli, 2023, vol. I, p. 259: «Una parte autorevole della dottrina aveva osservato che» se per i giudici ordinari il tipo di provvedimento prescelto dal legislatore è «inadeguato e quindi la norma ordinaria che lo fissa [è] elusiva della garanzia prevista dalla Costituzione [...essi] dovrebbero rimettere la questione di legittimità alla Corte costituzionale. La tesi unanime della giurisprudenza, condivisa ormai anche dalla dottrina, è, però, in senso opposto, così che, a parte il maggiore o minor fondamento di questa opinione, essa è da recepire come un dato del nostro sistema inseritosi in forza di una norma di origine giurisprudenziale».

cussioni che esso comporta sul più generale tema dei rapporti tra forma e sostanza dei provvedimenti del giudice¹⁰².

Ad ogni buon conto, la dottrina giuspubblicistica ha indicato plurimi segnali di “riaccentramento” del sindacato di legittimità costituzionale, che passano attraverso una rimodulazione dell’onere di esperire l’interpretazione conforme quale condizione di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale¹⁰³. Tra questi segnali può annoverarsi anche Corte cost. n. 77/2007 che – prima di affermare la doverosità costituzionale del principio della *translatio iudicii* – ha espressamente negato che a tale risultato si potesse arrivare *de iure condito* ed in via di interpretazione adeguatrice, come invece aveva suggerito poche settimane prima la Corte di cassazione¹⁰⁴.

7. Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “non-maggioritario” del giudice

Prima di tirare delle sommarie conclusioni, sia concessa una piccola digressione, relativa al ruolo del giudice nello Stato costituzionale di diritto¹⁰⁵. Se già nella *Scienza della legislazione* del Filangieri si possono intravedere alcuni spunti – necessità di individuare «un piccolo codice a parte delle vere leggi fondamentali» non suscettibile di modifica con le procedure ordinarie, attribuzione ad un orga-

¹⁰² La letteratura su tali temi è amplissima; basti qui il rinvio a R. ORIANI, ‘Essere’ e ‘dover essere’ nell’impugnazione dei provvedimenti del giudice civile, Jovene, 2023, specialmente pp. 26 ss.; R. TISCINI, Il ricorso straordinario in Cassazione, Giappichelli, 2005, *passim*.

¹⁰³ Cfr. M. RUOTOLO, L’interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2020, specialmente pp. 40-42; S. STAIANO, Corte costituzionale e giudici comuni, cit., pp. 100-107.

¹⁰⁴ Sullo specifico profilo del dialogo/dissidio tra Consulta e Cassazione cfr. R. FRASCA, *Giurisdizione e translatio iudicii: guerra fra le Corti e virtuosa coincidentia oppositorum?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 693 ss.; R. ORIANI, *È possibile la ‘translatio iudicii’ nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro.it*, 2007, I, c. 1013 ss. (alla precedente elaborazione di tale autore si era ampiamente ispirata Sezione unite 22 febbraio 2007, n. 4109, nell’affermare la *translatio iudicii* in via di interpretazione conforme); vedi, altresì, l’ideale replica di R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio*, cit., p. 414. Nel senso che tale pronuncia della Consulta costituisca un esempio di riaccentramento cfr. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità*, cit., p. 3834.

¹⁰⁵ Essa risulterà, peraltro, parzialmente funzionale rispetto alle conclusioni che saranno formulate nel paragrafo successivo e, comunque, pare assolutamente doverosa vista l’attualità del tema, testimoniata dagli interventi del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, rispettivamente, del 12 giugno 2024, in occasione dell’incontro con una delegazione della rete europea dei Consiglio di Giustizia (<https://www.quirinale.it/elementi/112978>) e del 3 luglio 2024, alla cerimonia di apertura della 50^a edizione della settimana sociale dei cattolici in Italia (<https://www.quirinale.it/elementi/116451>).

nismo terzo e diverso dal Re (l'eforato) del controllo circa il rispetto della corretta distribuzione delle competenze statali, indicazione della magistratura come «il fortilizio all'interno del quale trovano riposo le libertà individuali»¹⁰⁶ – è con il costituzionalismo contemporaneo che essi risulteranno lievitati pienamente: come ebbe ad affermare Calamandrei, la garanzia costituzionale dei diritti individuali «è destinata a difendere le libertà individuali del cittadino non contro le offese provenienti da altri cittadini¹⁰⁷ ma contro gli attentati che potessero provenire dall'autorità, cioè dal potere esecutivo e dallo stesso potere legislativo»¹⁰⁸. In altre, più recenti, parole «il principio democratico si [è sdoppiato] nella versione maggioritario-rappresentativa dell'esercizio del potere e in quella garantistica della limitazione del potere», sicché si può concludere che «il senso delle moderne democrazie costituzionali sta nella combinazione di sovranità popolare e garanzia dei diritti, determinazione dell'indirizzo politico affidata al principio democratico e tutela dalla tirannia della maggioranza di competenza della giurisdizione»¹⁰⁹. Ciò è tanto più vero se si considera come nelle democrazie contemporanee si registri un «*continuum* che lega dal punto di vista dell'indirizzo politico l'attività di *legis latio* e *legis executio*», sicché esecutivo e legislativo «sono una sola monade»¹¹⁰; ed anzi – si potrebbe aggiungere – non va trascurato come in Italia l'esecutivo sia ormai sempre più al centro dell'attività legislativa, con un Parlamento ridotto spesso a mero ratificatore (magari con la scorciatoia della c.d. questione di fiducia) dei decreti-legge approvati dal Governo¹¹¹.

¹⁰⁶ Su tali profili, ed anche per eventuali elementi di contraddittorietà all'interno della riflessione del Filangieri, vedi l'interessante analisi critica di G. PECORA, *Il pensiero politico di Gaetano Filangieri*, cit., pp. 46 ss.

¹⁰⁷ Non solo, diremmo oggi.

¹⁰⁸ P. CALAMANDREI, *La Costituzione della Repubblica italiana*, in *Opere giuridiche*, III, Morano, 1968, p. 243 (corsivo aggiunto).

¹⁰⁹ Così A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, in R. TONIATTI, M. MAGRASSI (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali*, cit., p. 21 s. Per un recente riepilogo dei tratti essenziali della nozione di Stato di diritto, con particolare riguardo all'evoluzione registratasi nei sistemi continentali con le Costituzioni adottate nel secondo dopoguerra, cfr. A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 44 ss.

¹¹⁰ Così A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, cit., p. 22.

¹¹¹ In tal senso cfr. N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice* (già in *Rivista di diritto civile*, 2010, I, p. 635 ss., ora) in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 102 s. dopo aver osservato: «[L'] ottica dei diritti fondamentali ha spostato il baricentro di quello che era stato l'orientamento prevalente del giurista per lunga parte del secolo scorso. Il quadro dei diritti era stato delineato come una difesa dell'individuo contro le interferenze illegittime dell'esecutivo. Oggi il criterio della fundamentalità

In questo quadro, senza istituzioni di garanzia indipendenti e autonome dalla monade esecutivo-legislativo, la democrazia diviene illiberale e cessa, se non di essere tale¹¹², di potersi dire rispettosa dello Stato di diritto¹¹³. L'esempio dell'Ungheria e della Polonia dovrebbe essere assai istruttivo: all'affermazione di maggioranze parlamentari dichiaratamente contrarie al pluralismo hanno fatto li seguito non solo un crescente controllo dell'informazione e dei potenziali centri di produzione del pensiero critico, la limitazione dei diritti di libertà ritenuti non conformi alla morale tradizionale e la lotta senza quartiere all'immigrazione (anche a discapito di soggetti meritevoli di protezione internazionale) ma anche – ed è il profilo che emerge con particolare nitore nel “caso polacco” – un attacco frontale all'indipendenza della magistratura tutta, a partire dalle giurisdizioni supreme¹¹⁴.

Ancora una volta, si potrebbe individuare nella Corte costituzionale, piuttosto che nel giudice comune, l'istituzione di garanzia più titolata e attrezzata per svolgere tale funzione “non-maggioritaria”. E tuttavia, come noto, le porte della Consulta non sono aperte al cittadino che ritenga lesi i propri diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, mentre l'art. 24 Cost. gli conferisce il potere di chiederne tutela al giudice civile, che è istituzionalmente indipendente e imparziale. Sic-

sposta invece l'attenzione sul versante del rapporto con il legislatore per tentare di affermare l'esistenza di un baluardo all'intervento legislativo [...]».

¹¹² Sottesa a tale affermazione è, ovviamente, la convinzione circa l'indissolubile legame tra Stato di diritto, rispetto dei diritti fondamentali e democrazia, sul quale insiste A. BARAK, *The judge in a democracy*, Princeton University Press, 2006, pp. 22 ss., 51 ss., e che si ritrova nel Preambolo dello Statuto del Consiglio d'Europa.

¹¹³ Sulla corrispondenza biunivoca tra Stato di diritto (nella concezione sostanziale ormai prevalente in Europa) e rispetto dei diritti fondamentali, tale da farne un elemento essenziale dell'ordinamento euro-unitario, vedi di recente A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea*, cit., pp. 105 ss..

¹¹⁴ Ne offre puntuale illustrazione, anche a proposito delle reazioni dell'Unione europea a tutela dei valori dello Stato di diritto: Ibid., p. 75 s., 159 ss.; una ricostruzione dei vari attentati al principio di indipendenza della magistratura posti in essere in Polonia a partire dal 2015 è offerta anche da Corte EDU, sentenza del 23 novembre 2023, ric. n. 50849/21, *Waleśa c. Polonia*, nella quale si è preso atto della natura strutturale del problema e si è adottata la procedura di sentenza-pilota; pare, infine, utile ricordare che il 15 dicembre 2013, in occasione dell'insediamento del nuovo governo, presieduto da Donald Tusk, il ministro degli esteri polacco abbia rivolto una nota ufficiale alla Presidenza della Corte EDU e al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per esprimere l'impegno e la determinazione della Polonia ad eseguire le sentenze della Corte EDU, con particolare attenzione a quelle concernenti il rispetto dello Stato di diritto e l'indipendenza della magistratura (<https://www.gov.pl/web/diplomacy/minister-radoslaw-sikorskis-letters-to-the-president-of-european-court-of-human-rights-and-to-the-committee-of-ministers-of-the-council-of-europe>).

ché, per questo motivo (l'assenza di accesso diretto alla Corte costituzionale)¹¹⁵ come per altre ragioni (la profonda trasformazione dei partiti politici, l'introduzione di aspetti maggioritari nel sistema elettorale e del meccanismo delle liste bloccate, l'assenza di correttivi in punto di statuto delle opposizioni e nomina delle cariche di garanzia ecc. ecc.), il giudice civile italiano finisce per partecipare ad una funzione di «garanzia dei diritti dei cittadini nei confronti del potere e di chi lo gestisce»¹¹⁶. Nell'esercitare tale funzione dovrà, ovviamente, restare nei limiti dei suoi poteri, quali delineati dalla Costituzione stessa; non potrà, ad esempio, procedere direttamente alla disapplicazione delle norme di legge asseritamente lesive dei diritti fondamentali e dovrà provocarne il controllo da parte della Corte costituzionale¹¹⁷. Il che ci riporta al tema principale d'indagine.

8. *Soggezione alla legge, allontanamento dal modello liberal-positivistico dello iusdicere e necessità di una diversa legittimazione democratica del giudice*

Il tema dei rapporti tra giudice e legge viene da lontano, risentendo della storia del diritto e delle istituzioni, e risulta, senza dubbio, arricchito con il passaggio da Stato di diritto a Stato *costituzionale* di diritto.

Chiarito, *per incidens*, che nessuno crede al modello di un giudice che possa creare liberamente il diritto¹¹⁸, ci si chiede se i diversi profili di valutatività nel giu-

¹¹⁵ Per il condivisibile rilievo secondo cui il caso Englaro, qualificato come «un grande caso costituzionale», abbia evidenziato i limiti del sistema di giustizia costituzionale italiano e riproposto il tema dell'accesso diretto (delle minoranze parlamentari ma anche dei cittadini) alla Corte costituzionale (che, appunto, rimase «tagliata fuori» dalle fasi cruciali di quella vicenda): T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in www.atrid.eu, 2009.

¹¹⁶ A parere di chi scrive – e vedi, *si vis*, *La paventata adozione di atti aventi forza di legge, volti a "inertizzare" le ultime decisioni rese nel caso Englaro, alla prova dell'art. 6 § 1 Corte EDU*, in S. BOCCAGNA (a cura di), *Diritto di morire*, cit., p. 175) – può valere, quindi, per il giudice italiano quello che in G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura*, cit., p. 40, nota 6 (da cui è tratta la citazione che precede nel testo), l'autore riferisce al solo giudice del "mondo anglosassone". Per riferimenti sulla funzione contro-maggioritaria o, se si preferisce la locuzione meno oppositiva indicata nel testo, non-maggioritaria del giudice nelle moderne democrazie cfr. A. BARAK, *A judge in a democracy*, cit., pp. 81, 91-98.

¹¹⁷ Ma nei casi in cui il diritto fondamentale sia esposto a un «pregiudizio imminente e irreparabile», il giudice comune potrà darvi tutela nelle forme di un provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*? E in che rapporti si collocherebbe questo provvedimento d'urgenza col giudizio di legittimità costituzionale? Il tema può essere appena segnalato nell'economia della presente indagine.

¹¹⁸ Cfr. N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, cit., p. 52. Ma v. anche N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo*, cit., p. 25 s.: «per quanto si sia andati innanzi nella proclamazio-

dizio spesso derivanti dalla stessa configurazione del dato positivo – dei quali si è compiuto un rapido *excursus* nel § 5 – e, soprattutto, l’applicazione delle norme costituzionali sui diritti fondamentali da parte del giudice cambino definitivamente volto allo *iudicare*. La risposta di Giovanni Verde, che fa leva soprattutto su quest’ultimo dato e della quale si è riferito ampiamente nel § 2, è chiara.

Un’altra autorevole indagine – dopo aver riassunto il dilemma circa la funzione del giudice intorno al binomio interpretazione *vs.* creazione¹¹⁹ e spiegato che il discrimine starebbe nella negazione/affermazione di poteri discrezionali in capo al giudice – ha tratteggiato una soluzione più articolata. Nella generalità dei casi, il giudice non eserciterebbe poteri discrezionali, quand’anche la decisione implichi elementi di «riflessione, ponderazione, valutazione»; anche a fronte dei concetti giuridici indeterminati, il giudice farebbe uso «dei suoi normali poteri vincolati e – soprattutto attraverso le tecniche interpretative – rende[rebbe] espliciti elementi già contenuti nel dato giuridico, ad iniziare da quello costituzionale, sviluppando coerentemente gli elementi razionali immanenti nell’ordinamento»¹²⁰. In una minoranza di casi, invece, «si aprono al giudice spazi di azione all’interno dei quali egli deve scegliere fra una delle possibili alternative di giudizio – ciascuna legittima – senza che il contenuto stesso della decisione sia vincolato e quindi predeterminato. In questo senso, ed in questi limiti, si ritiene che il giudice sia depositario di un potere discrezionale» – essendo legittimato «alla ponderazione comparativa di più valori» ed avendo «il potere di dare la prevalenza ad un valore, piuttosto che ad un altro» – sicché, nell’esercizio di tale potere, egli «finisce per “creare”, nel caso concreto, la *regula juris*»¹²¹.

Parrebbe, qui, entrare in gioco – lo si è visto nei §§ 4 e 4.1 – anche il modo in cui si ricostruiscono le norme sui diritti fondamentali che figurano nella Costituzione (nonché nella Carta di Nizza e nei trattati internazionali sui diritti umani, *in primis* la Convenzione europea dei diritti dell’uomo).

E, tuttavia, altra autorevole dottrina ha ancora più radicalmente affermato che «la valutatività [...] nell’interpretazione è fenomeno da sempre esistito»; «con l’entrata in vigore della Costituzione e poi della legislazione *lato sensu* europea» è fenomeno «di certo quantitativamente (non qualitativamente) aumentato». Sicché si reste-

ne del potere creativo del giudice, nessun giurista in Italia ha osato pronunciarsi a favore della *frei Rechtsfindung*. L’avversione per il c.d. diritto libero era senz’altro diffusa tra i Costituenti (per riferimenti ai lavori preparatori cfr. R. GUASTINI, *Art. 101*, cit., p. 144 s.). tra i quali P. Calamandrei (il rilievo è comune in *Ibid.* e C. NITSCH, *Il giudice e la legge*, Giuffrè, 2012, pp. 276, 280 e 288).

¹¹⁹ Più precisamente, nei sistemi di *civil law*: «collaborazione» fra legislatore e giudice nella produzione del diritto: N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, cit., p. 53 s.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 55, 57 s. (corsivo aggiunto).

¹²¹ *Ibid.*, p. 56 s. (corsivo aggiunto).

rebbe pur sempre nell'ambito di «*interpretazioni complesse*» di cui «sistematicamente fanno parte regole (fattispecie legali astratte) e principi (valori)»¹²². Specularmente si potrebbe osservare che, se «in un certo modo e misura, la giurisprudenza delle corti è sempre creativa» risulta, poi, «davvero difficile trovare un metro per stabilire quando la creatività è troppa, quando si 'passa il segno'»¹²³.

La presente indagine non aspira ad una definitiva opzione tra le varie opinioni (né tantomeno a delineare un'opinione originale). Restando sul tema della «soggezione alla legge» e della legittimazione democratica del giudice nel nostro ordinamento, si osserva quanto segue.

Superato l'ideale illuministico del giudice mero applicatore della legge, tratteggiato dal Filangieri delle *Riflessioni sull'ultima legge del sovrano*, resta, però, il più elaborato paradigma concettuale della sussunzione, consolidatosi nella scienza processualistica tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento¹²⁴, il quale risulta pienamente coerente col positivismo moderato e ben si sposa con la formula della «soggezione alla legge» di cui all'art. 101, co. 2, Cost., rispetto alla quale risulterebbe pienamente coerente il modello costituzionale di giudice *ex artt.* 104 ss. Cost.

Questo paradigma concettuale è stato progressivamente eroso. Si tratta di un percorso da tempo intrapreso da parte della dottrina processualciviltistica¹²⁵, anche

¹²² A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di regole e principi*, cit., p. 457 (corsivo aggiunto).

¹²³ Così S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Giudici e legislatori. Dibattito*, cit., p. 552.

¹²⁴ Cfr. C. NITSCH, *Il giudice e la legge*, cit., ove – sulla scorta di una completa ricognizione delle posizioni di Scialoja, Simoncelli, Chiovenda, Menestrina, Rocco, Calamandrei e Carnelutti, quali espresse fino alla fine degli anni '30 (pp. 39-130) – si osserva che questi autori crearono e, poi, perfezionarono il paradigma della decisione per sussunzione; negli stessi anni – riferisce sempre C. Nitsch – Betti (su cui v. pp. 131-202) e Calogero (su cui v. pp. 203-267) misero in discussione questo paradigma utilizzando diversamente i contributi della filosofia crociana, in specie per quanto concerne il rapporto tra conoscenza e volontà (se, cioè, fosse corretto riconoscere alla base della sentenza civile un elemento volitivo del giudice oppure se l'unica volontà rilevante sia quella del legislatore); tuttavia, essi difesero il valore conoscitivo dell'opera del giudice (p. 289) e si arresero financo a taluni degli schematismi logici da essi criticati, volendo conservare alla legge il compito di regolare la vita dei consociati (p. 298 s.).

¹²⁵ Cfr., in primo luogo, F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, p. 281 (poi in ID., *Discorsi intorno al diritto*, vol. II, Cedam, 1953, pp. 243 ss., specialmente 250 ss.). Cfr., poi, M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, 1975, pp. 126 ss., 149 ss., 207 ss.. Si potrebbe richiamare anche Satta, a proposito del quale si è di recente osservato (cfr. S. BOCCAGNA, *Salvatore Satta e l'irriducibile concretezza del giudizio*, in *Itinerari del pluralismo giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2024, pp. 249-252) come nella voce 'Azione' (in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, 1959, specialmente pp. 653 ss.) e, soprattutto, nella voce 'Giurisdizione (nozioni generali)' (in *Ibid.*, vol. XIX, pp. 218 ss.) si giunga a negare la giuridicità dell'esperienza al di fuori del processo e si affermi una concezione del giudizio quale momento formativo dell'ordinamento, con un

alla luce dell’entrata in vigore della Costituzione¹²⁶, e che trova un interessante corrispondenza nell’evoluzione della riflessione filosofica di alcuni “campioni” del positivismo italiano¹²⁷. Del resto, si è visto come – quando si lavora al riparo dalle passioni suscitate dal tema dei rapporti tra legge e giustizia – anche in materia processuale civile si procede a, più o meno, ardite interpretazioni costituzionalmente orientate, se non a vere e proprie disapplicazioni della legge ordinaria, purché ne risulti un potenziamento (e non una compressione) dei diritti delle parti¹²⁸. E si potrebbe convenire che la stessa istintiva diffidenza rispetto all’uso dell’intelligenza artificiale nell’ambito del processo civile affondi le sue radici nella implicita convinzione che lo *iusdicere* non è una mera operazione logica, implican-

netto distacco dall’idea della mera dichiaratività della sentenza pure precedentemente sostenuta dal grande giurista sardo. D’altra parte, negli stessi anni Satta – cfr. S. SATTA, *Prolusione. Il giudice e la legge*, in S. SATTA, P. PAJARDI (a cura di), *Il giudice e la legge*, Giuffrè, 1971, specialmente pp. 6-7 nonché in *Ibid.*, pp. 146-150 – ammoniva che la «rivalutazione del giudice in una visione unitaria dell’ordinamento» così come «la risoluzione della legge nel giudizio» non potessero essere intese come autorizzazione del giudice a superare, magari in nome della Costituzione, la «barriera della legge», che è funzionale alla certezza del diritto.

¹²⁶ Si consideri l’evoluzione del pensiero di Calamandrei, segnalata da N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 21, nonché, più di recente, da A. Panzarola, “Processo e democrazia”. *Il garantismo processuale nelle lezioni messicane del 1952 di Piero Calamandrei*, in *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, 2023, p. 384: «Calamandrei riconosce la insufficienza della sua originaria concezione puramente intellettualistica e sillogistica del giudicare e respinge come illusorie tutte le “simmetrie concettuali” e le ardite costruzioni dogmatiche di taglio esclusivamente logico nelle quali aveva pure profuso i suoi talenti esistenziali. Posto dinanzi al terribile problema di una intera vita, il problema della uniformità delle interpretazioni giurisprudenziali e così della certezza del diritto, il Calamandrei delle “lezioni messicane” – che non cessa inquieto di chiedersi se il processo serva veramente alla giustizia o, meglio, a garantire la giustizia attraverso la libertà – lo affronta con quel singolare impasto di personalismo e senso umano del diritto che contraddistingue il “decennio supremo” della sua esistenza: “ogni interpretazione” del diritto – scrive adesso il Maestro fiorentino – è “una ricreazione” e “in ogni interpretazione la ispirazione individuale è decisiva”».

¹²⁷ Sul finire degli anni ’90 N. BOBBIO, *L’intellettuale e l’uomo comune*, in L. FERRAJOLI, P. DI LUCIA (a cura di), *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*, Einaudi, 1999, pp. 283-284) ammetteva che «il [suo] sistema concettuale [stesse] diventando ogni giorno più anacronistico» e che «il positivismo giuridico non [aveva] più il carattere rigido che aveva qualche anno fa»; insomma «[t]utto oggi è diventato più flessibile. Non ho avuto più dubbi quando l’anno scorso è uscito il libro di uno studioso della nuova generazione, che fra l’altro è stato un mio carissimo allievo, Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*». Colpisce, soprattutto, come U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in *Rivista di filosofia*, 1989, pp. 461 ss. – preso atto della crisi della politica e della «decomposizione della legge» (p. 473 s.) - dichiarasse di essere «giunto a ritenere che il recupero ed il rafforzamento di poteri di élites intellettuali e professionali, fra le prime le élites giudiziarie, costituisca un utile correttivo della democrazia in senso liberale» (p. 475). Su tale ultimo profilo vedi subito *infra* nel testo.

¹²⁸ Vedi supra, §§ 5.1 e 6.

do naturalmente un tasso di valutatività, se non di discrezionalità, che non possono essere affidate alla macchina.

Il paradigma della sussunzione risulterebbe, poi, del tutto sovvertito da chi ritiene che, in ipotesi più o meno marginali, si compia un salto di qualità e il giudice proceda ad una ponderazione comparativa tra valori, dando prevalenza all'uno o all'altro¹²⁹.

Ebbene, pur allontanandoci dal giudicare sussumendo, il co. 2 dell'art. 101 Cost. imporrebbe, comunque, al giudice di ricostruire la regola per il caso concreto dal complesso dei dati positivi emergenti dall'ordinamento¹³⁰, dovendosi in ogni caso intendere per «valori» (da comparare e bilanciare) quelli positivizzati nelle norme sui diritti fondamentali previste dalla Costituzione (nonché, come già detto, dalla Carta di Nizza e dai trattati internazionali sui diritti umani)¹³¹. La navigazione verso la decisione non avverrebbe più alla luce di un'unica, chiara ed abbagliante stella (il Sole della legge) ma resterebbe rischiarata dalle molte stelle di un non infinito firmamento, che sta sopra e fuori rispetto alla mera soggettività dell'interprete. Resta, però, da indicare, per queste ipotesi, un diverso titolo di legittimazione democratica per il giudice italiano, che deve pur sempre amministrare la giustizia «in nome del popolo», come sancisce il co. 1 dell'art. 101 Cost.

Autorevole dottrina osserva che i poteri pubblici moderni sono un *mix* di componente democratico/rappresentativa e liberale/garantista. Ambedue le componenti svolgono la stessa funzione, che è quella di tenere sotto controllo il potere, sicché «quello della legittimazione popolare o democratica dei giudici è un “falso problema”, perché l'equilibrio e la moderazione dei poteri pubblici è raggiunto proprio grazie alla compresenza delle due componenti, che possono anche entrare in conflitto»¹³². Il giudice, si dice, è un decisore pubblico la cui esistenza risponde «proprio alla *ratio* di disseminare le sedi decisionali e di impedire

¹²⁹ Cfr., per tutti, G. Zagrebelsky, L. Mengoni e N. Lipari, citati nei §§ 4 e 4.1.

¹³⁰ In tal senso vedi, già cinquant'anni orsono, l'intervento di N. Lipari, in S. SATTA, P. PAJARDI (a cura di), *Il giudice e la legge*, cit., p. 73: «che cosa significa [...] il principio costituzionale secondo il quale il giudice è soggetto soltanto alla legge? Non che egli debba limitarsi a rilevare un contenuto predeterminato che la legge contiene in sé, bensì che egli, nel suo processo di ricostruzione, non può non muovere dal testo normativo, perché la realtà del diritto, come norma positiva dell'azione che nasce dall'interpretazione, assume a suo punto di partenza il testo normativo»; questa posizione pare sostanzialmente ribadita dall'illustre civilista in *Abuso del diritto e creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1 ss., nonché in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 209.

¹³¹ In questo parrebbe risolversi anche il richiamo al perseguimento della giustizia della decisione – pur nella soggezione alla legge ex art. 101, co. 2 Cost. – da parte di G. RUFFINI, *Il giudice e la legge*, in *Rivista di diritto processuale*, 2022, specialmente pp. 836-838.

¹³² Cfr. S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Donzelli, 2009, p. 104 s..

l'eccessiva concentrazione del potere politico¹³³, la magistratura è uno degli elementi di correzione/razionalizzazione rispetto al circuito principale, democratico-rappresentativo¹³⁴. Si torna, così, a quella funzione “non-maggioritaria” del giudice¹³⁵ che, in sostanza, costituirebbe il suo (direi autosufficiente) titolo di legittimazione.

A questo argomentare potrebbe, però, obiettarsi che esso non tiene in debito conto la lettera dell'art. 101 Cost. e la fisionomia della magistratura italiana. Almeno finché il suo vertice funzionale resta solo un consesso di alti funzionari, come assicurarsi di ciò che essa rinvenga effettivamente il diritto nelle radici profonde della società¹³⁶, operi come «canale di trasmissione delle influenze della cultura giuridica», meno volatili e più profonde di quelle espresse dalle forze politiche della maggioranza contingente¹³⁷.

Si potrebbe, allora, provare a combinare alcuni spunti della dottrina meno ostile al creazionismo giudiziario con una diversa, ed altrettanto autorevole, analisi.

Sul primo versante, si osserva come l'esercizio di potere discrezionale da parte del giudice non è libero e incontrollato: egli dovrà seguire «i vincoli dell'argomentazione giuridica che sono ancora in grado di assicurare la ragionevolezza nella valutazione dei valori e – attraverso la motivazione e la pubblicità della decisione – un risultato corretto e suscettibile di essere controllato»; questa attività «si svolge nel rispetto del contraddittorio e secondo regole soprattutto deontologiche, al fine di assi-

¹³³ Cfr. A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, cit., p. 38.

¹³⁴ Cfr. G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit., p. 84, sulle orme di A. PIZZORUSSO, *La magistratura nel sistema politico italiano*, in *Legge, giudici e politica*, Giuffrè, 1983, pp. 55 ss..

¹³⁵ Alla quale si è fatto cenno *supra*, § 7.

¹³⁶ Cfr. P. GROSSI, *Il giudice civile: un interprete?*, cit., p. 1144 ss.

¹³⁷ A. PIZZORUSSO, *La magistratura nel sistema politico italiano*, cit., specialmente pp. 58-62, dopo aver delineato in questi termini il *proprium* della funzione della magistratura nel nostro ordinamento, osserva (pp. 62-69) che il tasso minimo di democraticità della stessa è assicurato da strumenti di raccordo con altri poteri (dunque: il C.S.M.), dall'impiego di giudici non professionali (per il settore civile: *ex art. 102, co. 2 Cost.*, nelle sezioni specializzate, nonché *ex art. 106 Cost.*) e dal dibattito dell'opinione pubblica sui provvedimenti giurisdizionali. Mettendo da parte, per il momento, quest'ultimo spunto, si può osservare che l'indipendenza interna della magistratura pare costituire ostacolo a che il C.S.M. svolga una funzione di indirizzo sui contenuti dello *iusdicere*, tanto è che lo stesso Autore discorre di affidamento al C.S.M. «delle funzioni amministrative che risultano strumentali rispetto all'esercizio della giurisdizione». Di sicuro rilievo è, poi, il fatto che chiari dubbi circa l'idoneità del giudice/funzionario ad esercitare questa giurisdizione dal nuovo volto, non limitata alla mera sussunzione, siano stati espressi anche da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 178.

curare la scelta della migliore alternativa all'interno dell'ambito del "ragionevole"¹³⁸.

Sul secondo versante, la ragione d'essere e il titolo di legittimazione di questa giurisdizione dal volto (almeno talvolta e parzialmente) nuovo potrebbe essere individuata nel fatto che il processo si svolge davanti ad un soggetto terzo e attraverso forme che facciano apparire la regola, che fissa il giusto e l'ingiusto per il caso concreto, come «obiettiva e neutrale», «mondata dall'arbitrio della volontà»¹³⁹. Quello che *more solito* riteniamo legittimi la singola decisione del giudice diventerebbe, insomma, titolo di legittimazione della sua stessa funzione.

In sintesi, alla riduzione della «soggezione alla legge» (almeno quale tradizionalmente intesa) sul piano del diritto sostanziale deve fare da contrappunto una piena «soggezione alla legge» sul versante processuale, nella misura in cui entra in gioco la tutela dei diritti delle parti (e del loro legittimo affidamento), nonché il pieno rispetto di tutte quelle garanzie costituzionali (nonché europee ed internazionali) che conformano il processo e lo rendono lo strumento per rendere giustizia, il rito in cui si fa l'eterno: a cominciare dal pieno dispiegarsi del principio del contraddittorio nel dialogo tra parti e giudice (che non è un orpello ed, anzi, dovrebbe svolgersi anche circa le questioni di puro diritto, in quanto strumento indispensabile per rendere "partecipativo" il procedimento e "persuasivo" il suo esito¹⁴⁰), anche in pubblica udienza (perché il rito ha una sua simbologia¹⁴¹ e l'eliminazione del contatto tra parti e giudice contribuisce a burocratizzare

¹³⁸ Così N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo*, cit., p. 59; analogamente L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 7. Tutta la riflessione di N. LIPARI su questi temi (condensata negli scritti già citati alle note 51, 62 e 130) è pervasa dalla sottolineatura che il diritto per principi richiede al giudice di compiere delle scelte la cui persuasività dipende dalla forza argomentativa con la quale esse vengono giustificate, in relazione alle specificità del caso; aspetto essenziale della «ragionevolezza», sulla quale insiste l'illustre civilista, è l'esigenza di argomentazione plausibile e motivata.

¹³⁹ Così M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto*, cit., pp. 884 ss., sulle orme del celebre saggio di S. SATTA, *Il mistero del processo*, apparso per la prima volta nel 1949 e poi più volte riedito (ad es. in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Ilisso, 2004, ovvero in una raccolta di scritti intitolata ID., *Il mistero del processo*, Adelphi, 1994), osservando che «il legame tra processo e legittimazione è stretto ed evidente, e lo è per ragioni assai diverse – e ancor più forti e primordiali – di quelle che hanno indotto Niklas Luhmann a teorizzare la *Legitimation durch Verfahren* delle decisioni pubbliche nelle società complesse».

¹⁴⁰ Spunti in tal senso in G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 145; A. PANZAROLA, "Processo e democrazia", cit., p. 381 s.; V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria. Contributo alla difesa della legalità del processo civile*, *Dike giuridica*, 2022, p. 269. Nel senso che «quanto più l'interpretazione giudiziale assume un carattere dialogico, tanto più essa appare credibile»: N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, cit., p. 34.

¹⁴¹ Cfr. C. GAMBA, *Ius dicere e lex tecnologica*, Giappichelli, 2023, pp. 4-45.

l'amministrazione della giustizia¹⁴²) per arrivare ad una decisione sorretta da una motivazione in cui si condensino argomenti ragionevoli e coerenti, che mostri alle parti che le loro difese sono state tenute in debito conto dal giudice¹⁴³ e renda possibile un controllo diffuso della collettività sulle modalità di amministrazione della giustizia¹⁴⁴. A queste condizioni, forse financo una funzione giurisdizionale (esercitata da un giudice imparziale innanzi tutto perché indipendente, grazie agli artt. 104 ss. Cost.) che “collabori” con la legge nella creazione del diritto (non penale¹⁴⁵) *per il caso concreto*¹⁴⁶ risulterebbe compatibile con l'art. 101 Cost..

¹⁴² Così, per tutti, G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura*, cit., p. 53.

¹⁴³ Il che costituisce una delle funzioni della motivazione della sentenza, pur non espressamente prevista dall'art. 6 § 1 Corte EDU ma desumibile dalla nozione di giusto processo di cui alla medesima disposizione: cfr. Corte EDU, sentenza del 28 giugno 2007, ric. n. 76240/01, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*.

¹⁴⁴ Nel senso che l'obbligo costituzionale di motivazione risponda anche all'esigenza di controllabilità diffusa sull'amministrazione della giustizia cfr., per tutti, M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., pp. 405 ss.. Quantomeno tutte le volte in cui il giudice si occupi di tematiche prettamente tecniche e specialistiche, ci si potrebbe, forse, contentare di un “controllo” ad opera di avvocatura e studiosi, perché è lecito attendersi (cfr. A. PIZZORUSSO, *La magistratura nel sistema politico italiano*, cit., p. 58) che le loro rispettive attività si condensino nel lavoro dei giudici e, quindi, concorrano alla trasmissione delle influenze della cultura giuridica di una data società. Per N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, p. 1153 ss., nonché in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., spec. pp. 46-56, dottrina e giurisprudenza concorrono a formare una «comunità interpretativa»: per un verso, si allarga in tal modo la «platea di coloro che considerano accettabile la scelta di una interpretazione rispetto ad altre astrattamente possibili»; per altro verso, si assicura un costante dialogo con la società tutta, «anche quando la legge pretende di essere l'unica a parlare».

¹⁴⁵ Anche per il cosiddetto creazionismo giudiziario questo discorso sul ruolo del giudice non vale per la materia penale, dove sono più forti le ragioni del principio di stretta legalità (peraltro oggetto di specifica garanzia costituzionale): cfr., ad esempio, P. GROSSI, *Il giudice civile*, cit., p. 1146 s..

¹⁴⁶ Dovrebbe essere emerso in più punti della presente analisi come tutti gli autori che sostengono l'allontanamento dal paradigma del giudicare sussumendo si riferiscono ad un concorso nella formazione della norma *per il caso concreto* ed alla luce delle peculiarità dello stesso. Il titolo di legittimazione che si è cercato di delineare nel testo non potrebbe, quindi, essere pianamente riferito a quella giurisprudenza di legittimità che, allontanandosi dalla fattispecie concreta in causa, assume piuttosto la forma di atti di normazione secondaria, collocati a un livello di astrattezza inferiore a quello della legge (cfr., *mutatis mutandis*, S. BOCCAGNA, *Salvatore Satta*, cit., p. 253, a sua volta richiamando B. SASSANI, *Legittimità, «nomofilachia» e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice*, in *judicium.it*, 10 aprile 2013, p. 3 ss., ma v. anche ID., *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Rivista di diritto processuale*, 2019, specialmente pp. 60 ss.).

IL “SOVRANO IMPERO DELLE LEGGI”
ALLA PROVA DELL’ATTUAZIONE
DELLA NORMATIVA ANTIRICICLAGGIO

GIAN MARCO ANTONELLI*

Se un sasso si fa cadere nel centro d’un lago, le acque, separandosi nel punto del contatto, formano un cerchio, il quale subito racchiuso in un altro più grande, e questo egualmente circondato da altri cerchi più estesi, i quali da un momento in momento moltiplicandosi, ed ingrandendosi, vanno finalmente ad urtare nella riva, dopo aver comunicato il moto a tutta la massa dell’acqua. Ecco gli effetti che questa legge del Sovrano ha prodotti nella nostra Patria. La pietra è caduta; il primo cerchio si forma da’ Filosofi. Il termine de’ mali, che opprimevano lo Stato è troppo piacevole, per una classe d’Uomini così sensibile, Essi spargono dappertutto i vantaggi, che questa legge porta seco, ed a misura, che la loro voce si propaga, i cerchi concentrici si moltiplicano, i vortici si riproducono, e la verità si fa meglio conoscere. Per accelerare questo moto io ho date fuori queste Riflessioni¹.

Con queste parole, Gaetano Filangieri esorta i “Filosofi illuminati”, ovvero coloro che hanno a cuore la giustizia tra i popoli, ad un impegno civico, volto a sconfiggere le ingiustizie che opprimono lo Stato di Diritto e a dipanare l’oscurità dilagante dell’ignoranza giuridica di quei secoli in cui scrive. Tale oscurantismo appare oggi lontano allo studioso moderno del diritto e molti principi declamati dal Filangieri appaiono oggi consolidate acquisizioni della scienza del diritto. Ma se ciò è vero sul piano del diritto positivo, per le grandi codificazioni, è altrettanto vero, come si vedrà, che la convulsa frenesia del legislatore moderno genera sempre più frequenti contraddizioni proprio in seno a quei principi positivi, pur così chiari ai padri costituenti e ai primi sapienti codificatori.

Le aporie del diritto generano uno spazio grigio nel quale si insinua pericolosamente l’arbitrio dei giudici, che invece Filangieri ripudia, perché limita la libertà stessa dei cittadini: «l’arbitrio de’ Magistrati è contraddittorio alla forza delle leggi (poiché cosa è arbitrare, se non dispensare, o almeno modificare quello, che la

* Notaio ad Arzano e Componente della Commissione Studi Pubblicistici del Consiglio Nazionale del Notariato, Segretario nazionale dell’Istituto di Ricerca e Formazione Antiriciclaggio (IRFA).

¹ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l’ultima legge del sovrano*, Michele Morelli, 1774, pp. 92-93.

legge ordina?); dunque la libertà de' Cittadini sarà minore, a misura, che l'arbitrio giudiziario sarà maggiore. [...] Dove ci è arbitrio, non ci può esser libertà². Ebbene, il Filangieri, giustamente, esalta il diritto fondamentale della libertà dei cittadini, chiarendone la sua diretta dipendenza dalla prevalenza del diritto positivo sull'arbitrio dei giudici. Questo principio è giunto immutato a noi, e può rinvenirsi almeno in due norme costituzionali: l'art. 101 co. 2 Cost., secondo cui «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» e l'art. 25 commi 2 e 3 Cost., secondo cui «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge». Quest'ultimo enunciato sancisce il cosiddetto “principio di legalità”, il quale pone la Legge al di sopra di tutto, come espressione della sovranità popolare e pertanto subordina l'attività del giudice alla Legge.

Il “principio di legalità”, all'apparenza, non richiederebbe ulteriori approfondimenti, eppure, il rispetto di tale principio fondamentale è sovente disatteso dalla produzione legislativa moderna, ove viene lasciato spazio all'arbitrio dei giudici, così comprimendo la libertà degli individui, in spregio proprio all'insegnamento del grande giurista cercolese³. Un esempio tristemente paradigmatico di tale deriva, come di altre violazioni di principi fondamentali già enunciati dal Filangieri nei suoi scritti ed oggi consacrati nella Costituzione della Repubblica, ce lo offre il Dlgs. n. 231 del 2007 in materia di “Antiriciclaggio”, e precisamente quella parte dell'articolato rivolta al regime sanzionatorio dei professionisti per la violazione dei doveri su di essi incombenti nel contrasto al riciclaggio.

È principio ormai consolidato, anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁴, quello secondo cui ogni intervento sanzionatorio, non solo quello penale, ma anche quello amministrativo, è legittimo solo se la legge che lo prevede risulta già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato. Dunque, è generalmente esteso il principio di legalità costituzionale (art. 25 Cost.) anche alle sanzioni amministrative, ed in special modo quelle sanzioni amministrative attratte nella sfera penale, perché connotate da una grave afflittività⁵, come quelle in

² G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, cit., pp. 18, 21.

³ A. GIANNOLA, *Filangieri, Gaetano: il contributo italiano alla storia del pensiero: Economia* (2012), in [https://www.treccani.it/enciclopedia/gaetano-filangieri_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Economia\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/gaetano-filangieri_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Economia)/).

⁴ Corte Costituzionale, sentenza del 18 aprile 2014, n. 104; Corte Costituzionale, sentenza del 18 aprile 2023, n. 110.

⁵ Corte EDU, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ric. n. 18640 ha efficacemente sancito che «al fine di stabilire la sussistenza di una accusa in materia penale, occorre tener presente tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa del diritto nazionale, la natura stessa di

materia antiriciclaggio per i professionisti⁶. Ebbene, principale corollario del principio di legalità è il "principio di determinatezza", sulla cui definizione si richiamano ancora una volta le efficacissime parole del Filangieri: «o la legge parla chiaro, ed allora il Magistrato non può alterarla; o la legge è oscura tanto, che l'ambiguità del senso darebbe luogo all'arbitrio [...]. Il languore delle leggi, la forza della cabala, e l'incertezza del dritto sono quelle fangose vene, donde sorge il gran torrente delle liti»⁷.

Il principio di determinatezza, che è alla base della certezza stessa del diritto, impone una chiarezza assoluta del precetto normativo che positivizza la condotta vietata e la relativa sanzione, affinché siano comprensibili, senza incertezze, la condotta vietata e le esatte conseguenze della sua realizzazione, così evitando l'indiscriminato arbitrio dell'organo giudicante, che non avrebbe invece limiti di fronte a precetti normativi ambigui ed incerti. Un individuo deve poter comprendere dal solo dato letterale della previsione rilevante, quali atti ed omissioni lo renderebbero penalmente responsabile e quale sanzione gli verrebbe irrogata⁸. D'altra parte, una norma indeterminata nella individuazione della condotta lede-

quest'ultima, e la natura e il grado di severità della sanzione». Nello stesso senso Corte EDU, sentenza 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, ric. n. 5100/71. Nella stessa direzione, in riferimento ai principi di legalità e colpevolezza, Corte EDU, sentenza 28 giugno 2018, *G.I.E.M. S.r.l. e a. c. Italia*, ric. n. 1828/06; Corte EDU, sentenza 20 gennaio 2009, *Sud Fondi S.r.l. e a. c. Italia*, ric. n. 75909/01; nonché Corte Costituzionale, sentenza del 4 giugno 2010, n. 196, secondo cui «una preoccupazione analoga – e cioè quella di evitare che singole scelte compiute da taluni degli Stati aderenti alla CEDU, nell'escludere che un determinato illecito ovvero una determinata sanzione o misura restrittiva appartengano all'ambito penale, possano determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale»; Cassazione civile, SS.UU., 28 aprile 2015, n. 8572 e Consiglio di stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596.

⁶ Nell'ambito dell'antiriciclaggio risultano comminate sanzioni ai professionisti ritenuti imprecisi nell'adempire agli obblighi di adeguata verifica della clientela, o di omessa segnalazione di operazioni sospette, assolutamente non proporzionate rispetto alle sanzioni comminate per le medesime violazioni a enti con possibilità finanziarie imparagonabilmente maggiori, come gli istituti di credito. Sul punto cfr. M. NASTRI, *Il dito, la luna e l'eterogenesi dei fini: riflessioni sul ruolo del notaio nell'antiriciclaggio*, in *Notariato*, 6, 2023, pp. 612, 614 e sgg. e M. PALAZZO, *Rule of law e normativa antiriciclaggio: il presente e il futuro dell'antiriciclaggio spiegati bene*, Parte I, *Atti del convegno telematico online dal 15 aprile al 31 dicembre 2021*, in *Biblioteca Online della Fondazione Italiana del Notariato*, <https://biblioteca.fondazione-notariato.it/art/rule-of-law-e-normativa-antiriciclaggio.html>, nei quali scritti vengono riportate una serie di esemplificazioni.

⁷ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, cit., pp. 68, 69.

⁸ Corte EDU, sentenza 11 aprile 2013, *Vyrentsov c. Ukraine*, ric. n. 20372/11. Nello stesso senso Corte Costituzionale, sentenza del 13 aprile 2011, n. 115.

rebbe anche il diritto di difesa, garantito sia costituzionalmente (art. 24 Cost.) che dalla carta EDU (articoli 47 e 48); infatti, se in ogni aggettivo di una data norma potesse essere ricompreso qualsiasi tipo di condotta, l'imputato resterebbe esposto all'arbitrio indiscriminato del giudice: una qualsiasi condotta, valutata a posteriori, potrebbe rientrare nell'illecito; ed anche qui il giurista di Cercola ci ricorda lapidariamente che «il ragionare a posteriori è stato in tutti i tempi il difetto della logica volgare»⁹.

In aperta violazione di tali principi, nell'ambito della disciplina antiriciclaggio, l'art. 35 del Dlgs. n. 231/2007 positivizza un illecito non definito assolutamente in maniera univoca: «i soggetti obbligati, prima di compiere l'operazione, inviano senza ritardo alla UIF, una segnalazione di operazione sospetta quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo [...]». La norma non esplicita gli indici di ragionevolezza del sospetto alla base della condotta sanzionata, ma lascia intendere che essi vadano desunti *alimunde*¹⁰, violando il principio di determinatezza; ed anzi il rinvio a indici esterni alla norma, produce la violazione di un ulteriore corollario del principio di legalità: il principio della “riserva di legge”, che limita la portata delle norme secondarie in funzione esclusivamente chiarificatrice (soprattutto sotto il profilo tecnico specialistico) della legge primaria che positivizza l'illecito. La giurisprudenza costante¹¹ afferma che la norma primaria deve già da sola contenere tutti gli elementi idonei ad individuare con certezza il comportamento vietato ed è in ogni caso inibito alle norme primarie di demandare a fonti secondarie la determinazione della sanzione. Ancora una volta, già nel 1774, il concetto di riserva di legge si rinviene nelle *Riflessioni* del Filangieri ove si legge: «ne' tempi, nei quali Roma era libera, le leggi erano inviolabili, ogni modificazione, ogni picciola alterazione era proibita a' Magistrati, il ministero de' quali, era semplicemente diretto alla cognizione del fatto, ed alla littérale applicazione della legge»¹².

⁹ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, cit., p. 14.

¹⁰ Gli indici di sospetto si ritengono desumibili, tra l'altro, dai cc.dd. “Indicatori di anomalia dell'Unità di Informazione Finanziaria (UIF)” di cui al provvedimento della Banca d'Italia del 12 maggio 2023, di ben 34 pp., ove si prendono in considerazione alcune fattispecie generiche di “anomalia”, di consultazione per nulla agevole, né tanto meno chiara.

¹¹ Corte Costituzionale, sentenza dell'8 luglio 1971, n. 168; Cassazione civile, 1° giugno 2010, n. 13344. Nello stesso senso Consiglio di stato, Sez. I, 17 ottobre 2001, n. 885; Cassazione civile, 20 novembre 2003, n. 17602; Cassazione civile, 22 luglio 2004, n. 13649; Cassazione civile, 26 aprile 2006, n. 9584; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Zanichelli, 2019, pp. 85 e ss..

¹² G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, cit., p. 35.

Ebbene, gli indici che renderebbero ragionevole il sospetto di riciclaggio non potrebbero essere, come invece purtroppo sono, dettati da normative secondarie, per di più in forma prolissa, talora ripetitiva e confusionaria. Infatti, così si espone l'agente di fronte a una totale incertezza sul precetto normativo, e lo si assoggetta all'arbitrio puro dell'organo sanzionatore, il quale avrà una facoltà puramente discrezionale nel valutare la suddetta ragionevolezza¹³.

Le conseguenze di tale incertezza normativa sono assai gravi, perché conducono anche ad uno sviamento della funzione stessa della pena, rispetto a quella rieducativa, costituzionalmente garantita dall'art. 27 co. 1 Cost., si arriva in pratica a pene meramente afflittive-deterrenti, condannate già dal Filangieri nel XVIII secolo¹⁴. Infatti, per raggiungere una rieducazione dell'agente, occorre una personalità della sua responsabilità, ovvero una "coscienza e volontà del fatto" vietato, che presuppone comprensione del divieto, mentre la minaccia di una pena per un fatto non controllabile dal soggetto non potrebbe avere alcun effetto deterrente¹⁵; dunque una norma oscura, tale per la quale il consociato non può intendere quale sia la condotta vietata, perché potenzialmente ogni condotta può considerarsi legittima o vietata in base a parametri soggettivi, scusa l'errore di diritto dell'agente, eliminando l'elemento soggettivo ed escludendo conseguentemente la configurabilità dell'illecito¹⁶.

La pena può infine svolgere la propria funzione rieducativa solo laddove essa sia irrogata da un'autorità amministrativa terza e imparziale, secondo il significato

¹³ Nonostante ciò, l'art. 23 comma 3 del Dlgs. n. 231/2007 consente agli organismi di autoregolamentazione di ampliare l'elenco dei fattori di rischio di riciclaggio, ovvero delle fattispecie sanzionate, inducendo totale incertezza in ordine ai contenuti precettivi normativi e privando l'interprete di qualsiasi punto di orientamento. In tale materia si assiste insomma a una totale indeterminazione della condotta sanzionata. Sul punto, M. NASTRI, *Il dito, la luna e l'eterogenesi dei fini*, cit., pp. 611, ove si legge: «anticipando in parte le conclusioni, l'estrema vaghezza di molte delle norme in materia, le modalità di controllo sui professionisti ed in particolare sui notai, ed anche la mancanza di alcune informazioni e dati significativi su controlli ed attività antiriciclaggio, generano situazioni nelle quali i soggetti obbligati cercano di porre limiti (mentre si dovrebbero semplicemente trovare definizioni) a compiti e responsabilità percepiti come indeterminati e indeterminabili, in un sistema in cui controllo è vissuto come ineluttabile preludio della sanzione e non come elemento per il miglioramento del sistema in ottica di collaborazione».

¹⁴ «Né la vendetta dell'offesa arrecata alla società né l'espiazione del reato sono gli oggetti delle pene» (G. FILANGIERI, *Scienza della Legislazione. Edizione critica*, diretta da V. Ferrone, vol. III, Edizioni della Laguna, 2004, p. 73).

¹⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, pp. 342 e ss.

¹⁶ Sul tema, Corte Costituzionale, sentenza del 24 marzo 1988, n. 364; Cassazione civile, 15 gennaio 2003, n. 1571.

attribuito a questi concetti dall'art. 6 della carta EDU. «In tutti i Governi moderati la facoltà di giudicare non può essere unita alla facoltà legislativa. Sarebbe inutile dimostrare questa verità dopo che tutti i Politici l'hanno adottata, come un principio incontrastabile»¹⁷. Così Gaetano Filangieri dà per scontato un principio, che invece proprio oggi, in alcuni campi del diritto, pare messo in discussione. È ancora una volta il caso dell'impianto sanzionatorio disciplinato dal D.lgs. n. 231/2007 in tema di antiriciclaggio, in cui l'attribuzione al Ministero dell'Economia e delle Finanze, per il tramite della Guardia di finanza, del potere di comminare le sanzioni, è una grave aberrazione: il MEF non può, infatti, considerarsi autorità amministrativa terza e imparziale, essendo lo stesso organo cui compete la potestà legislativa della normativa secondaria. Il principio del giusto processo, sotteso alla tripartizione, autonomia ed indipendenza del potere giudiziario da quello legislativo è stato ribadito, tra l'altro, anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁸ in riferimento ad un caso in cui proprio un'autorità italiana (la Consob) svolgeva a un tempo l'ufficio istruttorio e quello decisorio, non ponendo il ricorrente in condizioni di parità con la sua controparte, ovvero lo Stato, e venendo con ciò leso il principio di parità delle armi¹⁹, proprio del diritto di difesa.

Ebbene, l'auspicio conclusivo di questo breve scritto non può che essere rivolto a una maggiore consapevolezza del legislatore moderno, affinché la sua mano sia sempre timorosamente guidata dal rispetto di quei principi costituzionali, che sono alla base del nostro Stato di Diritto, o per usare un'espressione del Filangieri, del "sovrano impero delle leggi".

¹⁷ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, cit., pp. 42-43.

¹⁸ Corte EDU, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ric. n. 18640; nello stesso senso Corte EDU, sentenza 11 giugno 2009, *Dubus c. France*, ric. n. 5242/04; Corte EDU, sentenza 20 gennaio 2011, *Vernes c. France*, ric. n. 30183/06; Corte EDU, sentenza 30 giugno 2011, *Messier v. France*, ric. n. 25041/07.

¹⁹ Corte EDU, sentenza 21 gennaio 2014, *Placi v. Italy*, ric. n. 48754/11 nel quale la Corte di Strasburgo riteneva illegittimo che i profili rilevanti della sentenza fossero stati totalmente basati sulle conclusioni di una commissione medica.

GAETANO FILANGIERI:
PROLEGOMENI ALLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

MICHELA TROISI *

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. Qualche precisazione preliminare. – 3. Filangieri e la legge: segni di una concezione anticipatrice. – 4. Spunti in tema di giustizia costituzionale. – 5. Il dibattito in Assemblea costituente sul sindacato di costituzionalità. – 6. Per finire.

1. *Note introduttive*

Le considerazioni che seguono, riguardanti il pensiero di Gaetano Filangieri e la lungimiranza delle sue intuizioni, si collocano nel quadro di quell'approccio metodologico secondo cui il costituzionalismo nasce e si afferma nel contesto del processo di formazione dello Stato moderno europeo¹. Secondo la prospettiva accolta, lo Stato moderno, quale figura storica complessa, presenta un duplice lato: un primo, nell'ambito del quale si colloca il principio di sovranità e si svolge il processo di concentrazione del potere pubblico sul territorio; un secondo, strettamente legato al primo, su cui opera il costituzionalismo, con riferimento ai temi del pluralismo, dei limiti, delle garanzie e della partecipazione.

Il costituzionalismo è, dunque, «un movimento di pensiero fin dalle sue origini orientato a perseguire finalità politiche concrete, essenzialmente consistenti nella limitazione dei poteri pubblici e nell'affermazione di sfere di autonomia normativamente garantite»². Per provare a comprenderne la complessa natura, non si può prescindere dal tentativo di ricostruirne storicamente lo sviluppo in un arco

* Professoressa di diritto processuale costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Federico II di Napoli.

¹ Sul tema, diffusamente, cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, 2009, pp. 5 ss.. Per un diverso approccio, che ravvisa un costituzionalismo antico nei Parlamenti inglesi medievali, cfr. C. H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, 1990.

² Ivi, p. 5. Sul legame tra costituzionalismo ed esigenza di limitare il potere pubblico, cfr. N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà: storia del costituzionalismo moderno*, UTET, 1988. Più di recente, richiamando la prospettiva di McIlwain circa la limitazione del potere che garantisce le libertà, S. STAIANO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Genesis ed evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale. Italia, Francia e Spagna*, Jovene, 2012, p. XV.

temporale esteso³: dal mondo antico, con le riflessioni prodotte in quel tempo sull'ordine politico della società⁴, fino alle recenti esperienze dello Stato costituzionale contemporaneo, con i suoi fenomeni di circolazione e di ibridazione tra esperienze costituzionali differenti. In particolare, il fenomeno della circolazione può essere inquadrato nel più ampio tema delle transizioni costituzionali che, a loro volta, hanno favorito la «migrazione delle idee costituzionali»⁵. Proprio quest'ultima, d'altronde, ha agevolato un progressivo avvicinamento delle normative, soprattutto con riguardo alla categoria dei diritti inviolabili.

In questo lungo processo, si può sostenere che un punto di svolta, in Europa, sia rappresentato dalla Rivoluzione francese⁶ e, per quanto di specifico interesse, dall'illuminismo giuridico, cornice di pensiero nell'ambito della quale si sviluppano teorie e concezioni che segnano la storia del costituzionalismo. Ed è proprio in questa cornice che si colloca la figura di uno dei maggiori illuministi italiani, Gaetano Filangieri, uomo del Settecento sulle cui idee si sono formati i protagonisti della Repubblica napoletana del 1799, momento straordinario e decisivo nella storia dell'Illuminismo italiano, e non solo⁷. Secondo una nota ipotesi storiografica, infatti, attraverso una ricca corrispondenza avvenuta tra il 1782 e il 1788 tra Gaetano Filangieri e Benjamin Franklin, alcune delle convinzioni e delle aspirazioni del primo potrebbero aver influenzato la redazione della Costituzione degli Stati Uniti d'America, approvata dalla Convenzione di Filadelfia il 17 settembre 1787⁸.

L'occasione del volume dedicato alla rilevanza storico-geografica del pensiero di Gaetano Filangieri si rivela, dunque, utile per condurre qualche breve riflessione intorno alla genesi del principio di costituzionalità e agli strumenti giurisdizio-

³ Cfr. P. RIDOLA, *Profilo storico del costituzionalismo moderno*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, 2010, pp. 1 ss..

⁴ Cfr. C.H. MCLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit.

⁵ Cfr. S. CHOUDRY (a cura di), *The migration of constitutional ideas*, Cambridge University Press, 2006.

⁶ Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Costituzionalismo* (ad vocem), in *Enciclopedia del diritto*, XI, Giuffrè, 1962, pp. 130 ss..

⁷ Su cui, *ex alius*, si veda V. FERRONE, *L'Illuminismo italiano e la rivoluzione napoletana del '99*, in *Studi storici*, 4, 1999, pp. 993-1007.

⁸ Sulla rivoluzione americana quale rivoluzione globale, si veda J. ISRAEL, *Il grande incendio. Come la Rivoluzione americana conquistò il mondo. 1775-1848*, Einaudi, 2018, p. 11, secondo il quale la *Scienza della legislazione* è «una vera e propria pietra miliare dell'«Illuminismo radicale» della fine del XVIII secolo [...] in cui il suo autore fece proprio il principio di uguaglianza di fronte alla legge proclamato in America nel 1776, vedendo nella Rivoluzione americana l'inizio di una rivolta generalizzata contro ogni dispotismo, oligarchia e oppressione coloniale, oltre che contro il generale carattere gerarchico della società del vecchio Mondo».

nali che ne assicurano l'effettività, così come consacrati nella nostra Carta; concetti, questi, anticipati, seppur a livello embrionale, proprio nel pensiero filangieriano.

2. Qualche precisazione preliminare

Occorre, sin da subito, evidenziare che i presupposti affinché potesse realizzarsi un sistema di giustizia costituzionale in senso moderno non fossero pienamente riscontrabili nell'esperienza storica del Regno di Napoli, né, in larga misura, nell'Europa del tempo. Metteva conto la mancanza di una premessa essenziale: «un corpo di regole, formalmente differenziate e quindi riconoscibili, fisse e impegnative per il futuro e accettate in generale come norma obiettiva dei rapporti tra i soggetti politici»⁹. In altre parole, una Costituzione rigida, in un ordinamento che presentasse le caratteristiche dello Stato costituzionale, caratterizzato da pluralismo istituzionale, sociale e culturale¹⁰. Questo presupposto si affermerà pienamente solo con le rivoluzioni americana e francese, che introdussero l'idea di Costituzione come «legge superiore»¹¹, ossia una norma capace di conformare a sé l'intero sistema giuridico. Dalla superiorità della Costituzione rispetto a tutti gli altri atti dell'ordinamento discenderà, dunque, la sua rigidità¹², con la previsione di uno speciale procedimento idoneo a consentirne la revisione, ad eccezione del nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili. Uno dei caratteri distintivi del costituzionalismo liberal-democratico risulterà essere, pertanto, proprio la previsione di un testo fondamentale «irradiato da valori etici formulati come principi costituzionali»¹³.

Data per assodata tale superiorità, verrà poi in rilievo la necessità di prevedere un organo con il compito di esercitare un controllo volto a garantire la supremazia della Costituzione. Con il tempo, si consoliderà la categoria della giustizia costituzionale, espressione con la quale ci si riferisce comunemente a «quel complesso di attività giuridiche – spesso attribuite alla competenza di un apposito organo

⁹ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, 2012, p. 26; A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 5 ss.

¹⁰ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, 1992, pp. 38 ss.; E. CHELI, *Giustizia costituzionale e sfera parlamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1993.

¹¹ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, 1994.

¹² Sul tema, diffusamente, si v. J. BRYCE, *Flexible and rigid Constitutions*, in *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, Clarendon Press, 1901, pp. 1145 ss., nella lettura proposta da A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Cedam, 2002.

¹³ M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, Mucchi editore, 2012, p. 43.

dello Stato denominato “Corte costituzionale” – le quali presentano la comune caratteristica di realizzare forme di garanzia dell’attuazione della Costituzione vigente e di costituire lo sviluppo ed il completamento delle garanzie che nei confronti degli atti della Pubblica amministrazione furono introdotte in attuazione del principio dello “Stato di diritto”, così da estenderne almeno tendenzialmente la portata anche all’operato degli organi politici e legislativi¹⁴. Dunque, una Costituzione a cui manchi la garanzia dell’annullamento degli atti incostituzionali non risulta completamente obbligatoria¹⁵. Questo è il motivo per il quale il principio di costituzionalità va a connotare gli ordinamenti costituzionali contemporanei, quale unico strumento in grado di garantire l’effettività dei diritti e delle libertà anche contro il rischio dei possibili arbitri del potere legislativo¹⁶. Ed è per questa ragione che tutti i processi di democratizzazione sono oggi indissolubilmente legati all’idea di uno Stato che sia costituzionale, nel senso di prevedere la possibilità che il cittadino possa mettere in discussione finanche la legittimità dell’operato dello stesso legislatore, qualora lesivo dei suoi diritti costituzionalmente garantiti¹⁷. Il Parlamento, organo rappresentativo per eccellenza, non agisce più quale potere onnipotente e sovrano, ma risulta esso stesso limitato nel suo agire dalla Costituzione medesima.

3. *Filangieri e la legge: segni di una concezione anticipatrice*

La riflessione intorno a tali categorie era ancora profondamente acerba nell’Europa del XVIII secolo, in cui il contesto politico-culturale risultava diverso da quello nordamericano, dove, in quel tempo, cominciava ad affiorare l’idea della necessità di un controllo sulla conformità delle leggi ai principi supremi contenuti nella Carta fondamentale¹⁸. L’Europa, invece, si apprestava a trascorrere il periodo delle Costituzioni rivoluzionarie, pervasa dalle prospettazioni del pensiero di

¹⁴ A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali* (ad vocem), in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Società Editrice del Foro Italiano, 1981, pp. 1-143.

¹⁵ Già H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, in C. GERACI (a cura di), Giuffrè, 1981, p. 199.

¹⁶ L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato* (*Appunti di ricerca*), in *Quaderni costituzionali*, 1984, I.

¹⁷ Già C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, 1975, 141 ss.

¹⁸ Sul tema, *ex alius*, cfr. R. ORRÙ, F. BONINI, A. CIAMMARICONI (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, Edizioni scientifiche, 2012; B. BARBISAN, *Il mito di "Marbury v. Madison" e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in *Amministrare*, *Rivista quadrimestrale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione pubblica*, 1/2010, pp. 33-152.

Jean-Jacques Rousseau, che conduceva a ritenere che l'assemblea elettiva fosse l'organo depositario della sovranità nazionale e, conseguentemente, non suscettibile di limitazioni al proprio operato, né, tantomeno, passibile di controlli da parte di organi non legittimati democraticamente.

In argomento, suggestioni di rilievo potrebbero provenire dall'opera di Gaetano Filangieri. Certo, come evidenziato, risulta doveroso evitare che «i favori ruzzolino nell'iperbole»¹⁹. Filangieri è, evidentemente, un uomo del suo tempo e occorre che il suo pensiero, seppur all'avanguardia per alcuni aspetti, sia storicizzato, senza cadere nel rischio di attualizzazioni forzate e, per ciò stesso, improprie. Si può, pertanto, ragionevolmente sostenere che una idea anticipatrice di giustizia costituzionale possa trovarsi accennata nella *Scienza della legislazione*, ma trattasi, appunto, di una mera anticipazione, «espressa in punta di penna»²⁰.

Occorre ricordare che Filangieri dedica la propria attenzione, proprio nella *Scienza della legislazione*, al tema delle buone leggi²¹, idea concettualmente propeudeutica, se così si può dire, a quella di un controllo di legittimità sulle stesse.

In particolare, per l'autore, la bontà "assoluta" delle leggi sarebbe da ricondurre ai dettami della ragione universale, teorizzati già nella filosofia antica. Le buone leggi in senso assoluto sono quelle in «armonia cò principi universali della morale, comuni a tutte le nazioni, a tutti i governi, ed adattabili in tutti i climi»²², in una prospettiva tendenzialmente giusnaturalista. Il concetto di bontà "relativa", invece, richiama alla mente una delle caratteristiche tipiche degli ordinamenti moderni, ossia l'idea che una legge non possa essere dettata una volta e per sempre, ma che la stessa debba adeguarsi al continuo cambiamento della realtà: in altre parole, «il rapporto tra le leggi e lo stato della nazione che le riceve»²³. Esito di tale consapevolezza è la decadenza delle fonti codicistiche e, conseguentemente, la necessità che la legislazione sia sottoposta a continue revisioni.

Più in generale, risulta interessante evidenziare come l'interesse per la legge, quale fonte di garanzia per la comunità, sia al centro de *Le riflessioni politiche su L'ultima legge del sovrano che riguarda l'amministrazione della giustizia*, opera pubblicata nel 1774 e dedicata al ministro Bernardo Tanucci. Filangieri si sofferma, pioneri-

¹⁹ Ci si riferisce a G. PECORA, *Il pensiero di Filangieri. Una analisi critica*, Rubettino, 2007, p. 69.

²⁰ *Ibid.*

²¹ In una prospettiva costituzionalistica, di recente, si veda M. GALDI, *Il contributo di Gaetano Filangieri al costituzionalismo*, in *Rassegna di studi e ricerche pubblicistiche*, 2016, pp. 7 ss..

²² Così in G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione, Capo IV*, Le Monnier, 1864, p. 76. Sulla ragione per la quale nel XVIII secolo il mondo dei valori dovesse essere immaginato come un universo in armonia, cfr. I. BERLIN, *La libertà e i suoi traditori*, Adelphi, 2005, p. 53.

²³ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione, Capo V*, cit., p. 87.

sticamente, sul dovere che i giudici hanno di motivare le proprie decisioni, sulla base della legislazione scritta nel Regno, così da eliminarne gli abusi e i privilegi.

Nel testo, si legge che «nei governi dispotici gli Uomini comandano, nei governi moderati comandano le leggi». Dunque, occorre estirpare l'arbitrio giudiziario che vanifica la forza della legge. Proprio l'arbitraria interpretazione della legge si oppone ai principi della libertà sociale, motivo per il quale, come anticipato, appare necessario che i magistrati espongano le ragioni che sono alla base della sentenza.

Ma vi è di più. Nella *Scienza della legislazione*, Filangieri, che si pone sulla scia del pensiero di Montesquieu sul tema dell'equilibrio e del bilanciamento tra i poteri, immagina l'esistenza di un piccolo codice all'interno del quale siano contenute le «vere leggi fondamentali, che determinassero la vera natura della costituzione, i diritti e i limiti dell'autorità di ciascheduno de' tre corpi e non ammettessero né interpretazione, né ambiguità»²⁴; aggiungendo, poi, che «In questo codice ci dovrebbero essere soltanto le vere leggi fondamentali, non già quelle alle quali si è dato abusivamente questo nome»²⁵. Dunque, potrebbe sostenersi che l'autore rivendichi l'opportunità di una Costituzione scritta e, soprattutto, rigida, il che consentirebbe di collocare il suo pensiero nel filone del costituzionalismo moderno²⁶.

Rivendicazione, invero, a cui sembra aggiungersi la volontà di Filangieri di sostenere la superiorità dei principi fondamentali anche nei confronti di una eventuale revisione. Viene affermato, infatti, che «fu un linguaggio del dispotismo e della tirannia il dire che la sola regola della legislazione è la volontà del legislatore; ed è un errore dell'ignoranza il credere che in mezzo alle rivoluzioni, che cambiano di continuo la natura degli affari e l'aspetto della società, la *Scienza della legislazione* non possa aver alcuni *principi fissi, determinati ed immutabili*»²⁷. Pare scorgersi, dunque, l'idea dell'esistenza di valori indisponibili e, pertanto, intangibili. Motivo per il quale, seppur con le precisazioni fatte in premessa, alla costituzionalista contemporanea sovengono le parole della Corte costituzionale italiana a partire dalla pronuncia n. 1146 del 1988. In questa decisione, come noto, il Giudice delle Leggi rammenta che «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali»²⁸. Si tratta, a ben

²⁴ Così in G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Capo XI, cit., p. 124, nota n. 1.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ M. GALDI, *Il contributo di Gaetano Filangieri al costituzionalismo*, cit., p. 20.

²⁷ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Capo III, cit., p. 71 (corsivo mio).

²⁸ Così in Corte costituzionale, sentenza n. 1146 del 1988, punto 2.1 del Considerato in diritto, su cui si veda, *ex alius*, N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui "principi supremi" di organizzazione come limiti*

vedere, di quei principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale: la forma repubblicana e i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Carta repubblicana.

4. Spunti in tema di giustizia costituzionale

Se, dunque, il “piccolo codice” di Filangieri appare assimilabile all'idea di una Costituzione moderna, la concezione stessa della legalità si espande: da una legalità ristretta, che vale solo per i giudici e per il governo, si giunge ad una «legalità allargata»²⁹. Quest'ultima si impone anche al legislatore, le cui leggi, d'ora in poi, saranno valide solo se conformi alle “superleggi” costituzionali.

Corollario di tale intuizione è immaginare la figura di un *Censore delle leggi*, il cui ruolo si porrebbe a garanzia dei possibili miglioramenti e semplificazioni delle leggi vigenti³⁰. In particolare, nella prospettazione del pensatore, questa magistratura dovrebbe essere composta «da' più savii e più illuminati cittadini dello Stato»³¹, ai quali affidare il controllo dei vizi e dei difetti della legislazione, nonché il compito di trovare un rimedio contro la molteplicità delle leggi. Filangieri si sofferma sulla figura del *Censore* anche ne *Le riflessioni politiche su L'ultima legge del sovrano*³², laddove, muovendosi, in verità, più nel quadro di applicazione del moderno criterio cronologico di risoluzione delle antinomie³³, rivendica l'esigenza di un organo, il *Censore* appunto, che possa supplire al difetto delle leggi e mostrare al legislatore «quali sono quelle che dovrebbero esser derogate, perché divenute inutili, o pernicioso per le necessarie vicende delle cose umane»³⁴. Ciò, plausibilmente, al

alla revisione costituzionale, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 1998; M. LUCIANI, *I diritti fondamentali come limiti alla revisione della Costituzione*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1992, pp. 121 ss..

²⁹ G. PECORA, *Il pensiero di Filangieri*, cit., p. 68.

³⁰ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione, Capo VII*, cit., pp. 95 ss..

³¹ *Ibid.*

³² G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su L'ultima legge del sovrano che riguarda l'Amministrazione della Giustizia*, Stamperia di Michele Morelli, 1774, pp. 79 ss.

³³ Sul tema, cfr., *ex alius*, F. SORRENTINO, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, pp. 3 ss.; F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enciclopedia giuridica*, 1990, pp. 1 ss.; nonché, più di recente, V. MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Giappichelli, 2013.

³⁴ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su L'ultima legge del sovrano che riguarda l'Amministrazione della*

fine di «mettere un ostacolo all'antinomia [...] e ritardare la decadenza del Codice, come questa che viene più d'ogni altro accelerata dall'inutilità delle leggi antiche»³⁵.

Oltre a ciò, occorre ricordare che, nella *Scienza della legislazione*, Filangieri richiama le linee essenziali di un altro organo, il collegio degli *Efori* (sulla falsariga dell'omonimo collegio previsto a Sparta), a cui sarebbe attribuito il compito di «conservare l'equilibrio nelle diverse parti del governo»³⁶. Detto in altri termini, al collegio spetterebbe la moderna funzione di evitare che i vari poteri costituzionali esorbitino dalle loro attribuzioni. Nella prospettiva di Filangieri, dovrebbe trattarsi di un organo giudiziario³⁷, un'istituzione che, se traslata temporalmente in avanti, parrebbe avvicinare il pensiero di Filangieri alle convinzioni di Hans Kelsen circa la controversa e problematica natura del Custode della Costituzione: la custodia della legge fondamentale deve essere affidata ad un giudice *ad hoc* e non, come sostenuto invece da Carl Schmitt, a un potere di tipo politico (quale il Presidente del Reich)³⁸. Per venire alla nostra più recente esperienza, l'intuizione della giurisdizionalità dell'organo, quale garanzia di neutralità e di efficacia nell'esercizio della funzione, ritornerà nella Relazione³⁹ con la quale l'onorevole Tesauro accompagnerà la presentazione del disegno che condurrà alla legge n. 87 del 1953, «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale», legge destinata a dare avvio al funzionamento nell'ordinamento italiano della Corte costituzionale.

Queste digressioni temporali, tuttavia, impongono di precisare che, benché Filangieri accenni nelle sue opere alle figure dei *Censori* e degli *Efori*, sarà Mario

Giustizia, cit., 83.

³⁵ Ivi, p. 84.

³⁶ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, *Capo X*, cit., p.104.

³⁷ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su L'ultima legge del sovrano che riguarda l'Amministrazione della Giustizia*, cit., pp. 28-29, ove si parla della «sentenza colla quale si condannava a morte il Re Agis [...] proferita, ed eseguita alla presenza degli Efori».

³⁸ Sul celebre dibattito, si v. P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il "custode della costituzione"*, in *Storia e politica*, 1977, 505-551; G. LOMBARDI, *Rivisitando la polemica Kelsen Schmitt: alcune riflessioni*, in ID., *Scritti scelti* (a cura di E. Palici di Suni – S. Sicardi), Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 1075-1097; nonché, di recente, G. STELLA, *Schmitt e Kelsen*, in *Ars interpretandi, Rivista di ermeneutica giuridica*, n. 1/2024, pp. 29-46.

³⁹ Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente sul disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica, Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale, presentata alla Presidenza il 17 aprile 1950, di Alfonso Tesauro, in http://legislature.camera.it/chiosco.asp?source=/altre_sezionism/8793/8874/8875/documentotest.o.asp&content=/_dati/leg01/lavori/schedela/trovaschedacamera.asp?pd=469-B.

Pagano, suo grande amico, ad immaginare, nel suo progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana del 1799⁴⁰, un organo originale chiamato *Eforato*, deputato alla salvaguardia del dettato costituzionale, sia attraverso il controllo di costituzionalità delle leggi, sia attraverso la risoluzione dei conflitti tra i poteri dello Stato⁴¹.

5. Il dibattito in Assemblea costituente sul sindacato di costituzionalità

Le richiamate suggestioni tracciano sentieri a partire dai quali si svilupperà e maturerà il dibattito politico-istituzionale dei secoli successivi.

In tale prospettiva, e guardando ai lavori dell'Assemblea costituente che hanno condotto all'adozione della Carta costituzionale italiana, è doveroso sottolineare, innanzitutto, che alla Costituente si confrontarono e si stratificarono filoni teorici e ideali diversi, «una storia straordinaria, di grandi passioni e di grandi intelligenze, individuali e collettive»⁴². L'Assemblea costituente, dunque, non costituì una monade, ma uno spazio plurale all'interno del quale si confrontarono, non senza difficoltà, culture e visioni diverse: la componente cattolica, la componente socialista-comunista e la componente laica, sia conservatrice che liberale. Paradigmatica si rivela, a tal proposito, l'immagine proposta da Calamandrei, sulla rivista *Il Ponte* nel 1947, in cui il giurista rappresenta le forze politiche intente a costituire il meccanismo costituzionale entro il quale i partiti dell'avvenire dovranno incanalarsi quali «meccanici non [...] più d'accordo sulla scelta dei pezzi; e c'è chi vorrebbe un motore da corsa e chi preferirebbe invece un motore da carico, munito di soliti congegni ritardatori e di potenti freni»⁴³.

I costituenti, peraltro, erano ben consapevoli che la loro elaborazione non sarebbe partita da zero, avendo essi stessi alle spalle un patrimonio di intuizioni e di

⁴⁰ In prospettiva critica su questa esperienza, V. CUOCO, *Saggio storico sulla rivoluzione napoletana del 1799*, Laterza, 1980.

⁴¹ Su cui si v., almeno, V. FERRARI, *Tra Atlantico e Mediterraneo. Suggestioni nordamericane nel pensiero politico e giuridico degli illuministi meridionali*, in *Storia del mondo*, n. 88/2019; nonché, A. LO CALZO, *Protosistemi di giustizia costituzionale: il corpo degli efori nella Costituzione della Repubblica napoletana del 1799*, in *Historia Constitucional*, 14/2013, pp. 251-305. Sull'Eforato, in particolare, cfr. J. LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Giappichelli, 1990, pp. 29 ss..

⁴² S. STAIANO, *Sulle culture politiche alla Costituente*, in *Rivista Aic*, n. 3/2024, p. 88.

⁴³ Ora in P. CALAMANDREI (a cura di G. Azzariti), *Come nasce la nuova Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 9. Sull'idea di compromesso, in prospettiva critica, cfr. L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, pp. 54 ss.

proposte da recuperare e, eventualmente, da realizzare⁴⁴. Consapevolezza, tuttavia, alla quale si accompagnava la profonda convinzione che la nuova democrazia, per sopravvivere a lungo, avrebbe dovuto essere «altra» rispetto alle istituzioni liberali classiche⁴⁵.

Ad esempio, è significativo evidenziare che la concezione di divisione dei poteri fatta propria dai costituenti avesse come interesse prioritario quello di evitare che si verificasse l'accumulo di troppo potere da parte di un unico soggetto, come se ci fosse sempre una «negatività» da espellere⁴⁶. Ed è sulla scia di tale convinzione che l'onorevole Ruini, nella sua relazione alla Costituente, presentata il 6 febbraio del 1947, ricorda che, se è vero che la sovranità appartiene al popolo, organo essenziale della nuova Costituzione, è altresì vero che la ripartizione e l'equilibrio dei poteri rappresentano un presidio di libertà. Ruini, quindi, insiste sulla necessità di molteplici e diverse forme di espressione della sovranità popolare⁴⁷.

Sulla base di queste premesse, l'Assemblea costituente, composta di 556 deputati, si riunì, per la prima volta, il 25 giugno del 1946 e continuò i suoi lavori fino al 31 gennaio 1948. Al suo interno, venne nominata una commissione speciale, la Commissione dei settantacinque, incaricata di elaborare e di proporre il progetto di Costituzione repubblicana, la cui presidenza fu affidata a Meuccio Ruini. A sua volta, la Commissione dei settantacinque fu ripartita in tre sottocommissioni.

Il tema della giustizia costituzionale si pose all'attenzione della seconda sezione della seconda sottocommissione, competente, quest'ultima, in materia di "Organizzazione costituzionale dello Stato", per poi proseguire nel corso della discussione generale⁴⁸.

⁴⁴ S. PRISCO, *Le Costituzioni prima della Costituzione*, in *Rivista Aic*, n. 1/2012.

⁴⁵ G. SILVESTRI, *La nascita della Costituzione italiana ed i suoi valori fondamentali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2006, pp. 585-596.

⁴⁶ M. FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le Costituzioni del Novecento*, Giappichelli, 2021, p. 219; per una riflessione, anche in chiave diacronica, si v. G. D'AMICO, D. TEGA, *La Costituzione italiana e la divisione dei poteri: le scelte dell'Assemblea costituente tra modelli storici e contesto politico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2023.

⁴⁷ M. RUINI, *Relazione del Presidente della Commissione*, in *Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, in https://legislature.camera.it/_dati/constituente/lavori/dcl/00Anc.pdf.

⁴⁸ Per una puntuale ricostruzione, cfr., *ex alius*, G. VOLPE, *La giustizia costituzionale nella visione dei costituenti*, in *Il Foro italiano*, n. 10/2006, pp. 306-309; U. DE SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, in www.giurcost.org, 2008; nonché, S. STAIANO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Genesi ed evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale. Italia, Francia e Spagna*, cit..

Sin da subito, si manifestarono opposizioni e scetticismi rispetto all'introduzione di un organo di garanzia, in ragione della valorizzazione ora del principio di sovranità popolare, ora anche del principio di sovranità del Parlamento. In particolare, le forze contrarie alla previsione di un organo di garanzia costituzionale furono, principalmente, i liberali e i comunisti.

Tra i primi, risultarono particolarmente severe le posizioni di Vittorio Emanuele Orlando e di Francesco Saverio Nitti. Ad esempio, nella seduta del 10 marzo del 1947 di discussione generale del progetto di Costituzione in Assemblea costituente, Orlando, riferendosi alla Corte, si esprimeva nel modo seguente: «È inutile farsi delle illusioni. L'autorità ad un Istituto non viene da una definizione, da un conferimento astratto di poteri: deve avere radice nella istituzione stessa, o per la forza politica che rappresenta o per la tradizione che si è venuta formando. Or, tali condizioni mancano totalmente in questa futura Corte, che avrà la formidabile competenza di giudicare della validità delle leggi, con questo po' po' di proclamazioni di principi generali che fate e che rappresentano un pericolo anche maggiore per il fatto che la Costituzione è rigida»⁴⁹. E, di tenore analogo, appariva la posizione di Nitti, che si interrogava: «Come è nato questo fungo? [...] prodotto di fantasia senza precedenti [...] un *Liebig* di stravaganze [...] una proposta poco seria»⁵⁰, per il quale, dunque, la Corte rappresentava una escogitazione priva di precedenti, estemporanea.

Quanto alle sinistre, sostanzialmente preoccupate che la previsione di un controllo di costituzionalità delle leggi avrebbe, di fatto, svuotato di senso il principio di legittimazione popolare del potere e l'idea di supremazia parlamentare, la Corte costituiva una autentica «bizzarria»⁵¹, e, peraltro, non ci sarebbe stato bisogno di «spendere parole [...] per metter(*la*) alla berlina»⁵².

Le resistenze ideologiche e culturali rispetto alla previsione di un sindacato di

⁴⁹ V. E. ORLANDO, *Intervento*, in Assemblea costituente, LVI, Seduta di lunedì 10 marzo 1947, in https://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed056/sed056nc.pdf, pp. 1930 ss..

⁵⁰ F. S. NITTI, *Intervento*, in Assemblea costituente, CCCX, Seduta antimeridiana di venerdì 28 novembre 1947, in https://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed310/sed310nc.pdf, pp. 2607 ss..

⁵¹ P. TOGLIATTI, *Intervento*, in Assemblea costituente, LVIII, Seduta pomeridiana di martedì 11 marzo 1947, in https://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed058/sed058nc.pdf, pp. 1992 ss..

⁵² P. NENNI, *Intervento*, in Assemblea costituente, LVI, Seduta di lunedì 10 marzo 1947, in https://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed056/sed056nc.pdf, pp. 1944 ss..

legittimità costituzionale vennero, tuttavia, superate. Centrale, anche ai nostri limitati fini, appariva la convinzione che il principio di rigidità della Costituzione non potesse prescindere da una forma di controllo. Se, dunque, la Costituzione è rigida, occorre che ci sia una garanzia della rigidità; questa garanzia non può che essere una Corte costituzionale⁵³. In altri termini, una volta che si è stabilita una distinzione tra leggi costituzionali e leggi ordinarie, non può non prevedersi che questa distinzione sia garantita⁵⁴. Coticché, la Corte costituzionale diventa un organo non solo necessario, ma, addirittura, architrave dell'intera costruzione costituzionale.

Risulta doveroso precisare, in ogni caso, che molti nodi non vennero sciolti in Assemblea costituente. Il contenuto del compromesso raggiunto, infatti, si limitò alla previsione di un modello sostanzialmente accentrato di giustizia costituzionale, con decisioni dotate di efficacia *erga omnes* adottate da un Giudice *ad hoc*, la Corte costituzionale appunto, le modalità di accesso alla quale, tuttavia, sarebbero state decise solo in secondo momento⁵⁵.

Ad ogni buon conto, la decisione di introdurre nel sistema costituzionale italiano un Giudice delle leggi era già sintomatica di una acquisizione culturale forte, dalla quale non era più possibile tornare indietro: «un giudice come custode e la funzione giudiziale come strumento, non di garanzia della legge, che è voluta dal potere politico-legislativo, ma dei diritti previsti dalla Costituzione»⁵⁶.

⁵³ In questi termini, G. MARTINO, *Intervento*, in Assemblea costituente, CCLXXXVIII, Seduta pomeridiana di martedì 11 novembre 1947, in https://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed287/sed287nc.pdf, p. 1964, laddove si legge «Ora a me pare evidente che il controllo della costituzionalità delle leggi sia una conseguenza necessaria della rigidità della Costituzione».

⁵⁴ G. PERASSI, *Intervento*, in Assemblea costituente, CCCX, Seduta antimeridiana di venerdì 28 novembre 1947, in https://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed310/sed310nc.pdf, p. 2614, nella parte in cui continua, affermando «Ora, questo modo non può essere se non quello di organizzare un controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi. Su ciò non vi può essere dubbio una volta che si è accolto il principio di una Costituzione rigida e non flessibile, e lo si voglia rendere praticamente operante».

⁵⁵ Cfr. art. 137 della Costituzione. Ci si riferisce, in primo luogo, alla scelta dell'incidentalità quale via di accesso preferenziale alla Corte costituzionale, compiuta nella legge cost. n. 1 del 1948 e specificata nella legge n. 87 del 1953.

⁵⁶ S. STAIANO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Genesi ed evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale. Italia, Francia e Spagna*, cit., p. XIV.

6. Per finire

In una narrazione idealmente circolare, è suggestivo ricordare che il nome di Gaetano Filangieri ricorre almeno quattro volte nel dibattito in Assemblea costituente⁵⁷.

Con particolare riguardo ai profili di interesse⁵⁸, viene richiamato un passo della *Scienza della Legislazione* in cui il pensatore del '700 afferma che «in ogni specie di Governo l'autorità dev'essere bilanciata, ma non divisa; le diverse parti del potere debbono essere distribuite, ma non distratte; uno deve essere il fonte del potere, uno il centro dell'autorità; ogni parte del potere, ogni esercizio di autorità deve immediatamente da questo punto partire, deve continuamente a questo punto ritornare»⁵⁹.

Questa affermazione, figlia del suo tempo, sembra portare all'attenzione del dibattito la necessità che il sacrosanto principio della separazione dei poteri non si traduca in una mera frammentazione del potere stesso, ma in una impostazione in cui prevalga l'equilibrio, il bilanciamento, il dialogo. O, per usare un lessico sicuramente contemporaneo, la leale cooperazione.

Trattasi, invero, di una convinzione strettamente connessa al carattere liberal-democratico del nostro ordinamento, convinzione di cui si nutrono le istituzioni democratiche, siano esse rappresentative oppure no. Anzi, proprio quelle non direttamente rappresentative, come la Corte costituzionale, ne traggono la loro peculiare legittimazione.

⁵⁷ La ricerca è stata compiuta con il motore: <https://www.nascitacostituzione.it/cerca.htm>.

⁵⁸ Gli altri richiami riguardano: 1- la revisione dei principi del diritto di punire (in <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/00/01/13-lombardi-1.htm>); 2- la facoltà di clemenza (in https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/00/02/05-la_rocca.htm); 3- la questione meridionale (in <https://www.nascitacostituzione.it/03p2/05t5/119/index.htm?art119-028.htm&2>).

⁵⁹ Richiamo verificatosi nel corso della seduta pomeridiana del 12 novembre 1947, in cui l'Assemblea costituente prosegue la discussione generale dei seguenti Titoli della Parte seconda del progetto di Costituzione: Titolo IV «La Magistratura», Titolo VI «Garanzie costituzionali», in <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/05p2generali/03/index.htm?009.htm&2>.

LA SCIENZA DELLA LEGISLAZIONE ALLA CAMERA DEI DEPUTATI
DAL REGNO DI SARDEGNA ALL'ITALIA REPUBBLICANA

MARIO RIBERI *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Filangieri e i “mali della Sardegna” secondo il deputato Domenico Fois. – 3. Filangieri “contro” la luogotenenza di Napoli. – 4. Filangieri, il deputato Minervini e la tassa sul macinato. – 5. Riformare le Corti di assise: il deputato Nanni cita Filangieri. – 6. Filangieri, il deputato Pais Serra e la questione del decentramento amministrativo. – 7. Ultime citazioni filangieriane tra Prima e Seconda Repubblica.

1. *Premessa*

Noi cesseremmo di essere Italiani degni di quel nome, qualora, avendone agio, non avessimo nella nostra gioventù preso a scorrere le pagine del nostro immortale Beccaria, di Mario Pagano, del Carmignani da Pisa, di Filangieri, di Romagnosi, infine di quei sommi che, anche a petto dei grandi luminari della Germania e della Francia, stanno anche in questa parte della scienza in cima della piramide sociale¹.

Così Lorenzo Valerio², fondatore dell'Associazione agraria, uno dei capi della sinistra democratica, direttore del giornale *La Concordia* e attivo animatore delle

* Professore associato di storia del diritto medievale e moderno presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

¹ Tornata giovedì 22 aprile 1858. Intervento di Lorenzo Valerio, in *Atti del Parlamento Subalpino - Discussioni della Camera dei Deputati*, VI Legislatura - Sessione 1857-1858 (14/12/1857 - 14/07/1858), Vol. IV 2A delle discussioni della camera dei deputati dal 23/03/1858 al 31/05/1858, Eredi Botta, 1874, pp. 1331-1352

² Lorenzo Valerio (Torino 1810 - Messina 1865) fu imprenditore, giornalista e uomo politico, ma soprattutto un patriota e un fervente sostenitore della causa italiana: nella sua casa torinese, dove si riunivano intellettuali e patrioti liberali, nel 1847 fu musicato e fatto conoscere per la prima volta al pubblico l'inno di Mameli. Direttore di una manifattura di sete, nel 1831 fu costretto a lasciare il Piemonte per le sue idee liberali e viaggiò per affari in Europa centrale e orientale. Rientrato in Italia nel 1836, assunse la direzione di un setificio ad Agliè, in provincia di Torino, impegnandosi in un'opera di miglioramento delle condizioni di lavoro delle operaie dei suoi stabilimenti e nell'apertura di asili e scuole femminili e serali. Nel 1844 era stato uno dei fondatori di quell'Associazione Agraria che durante i congressi da essa tenuti a Casale nel 1847 invocò miglioramenti economici e politici in senso liberale. Subito dopo le riforme dell'ottobre 1847, Valerio fondò

discussioni parlamentari come deputato alla Camera subalpina, constatava, nella tornata del 22 aprile 1858, la rilevanza culturale e scientifica di Gaetano Filangieri, da lui inserito in un panteon di intellettuali rappresentativi del carattere degli Italiani.

L'intervento di Valerio, più nel dettaglio, mirava a contrapporsi alla promulgazione di una «legge sulle sanzioni da infliggere ai cospiratori contro i Capi di Stato stranieri, sull'apologia dell'assassinio politico a mezzo stampa e sulla riforma del giuri», voluta dal Presidente del consiglio Cavour e dal Ministro di grazia e giustizia Giovanni de Foresta³, spinti dalle pressioni della Francia dopo l'attentato di Felice Orsini contro Napoleone III. Valerio individuava in Filangieri – con Beccaria, Pagano e Carmignani – un “campione” del garantismo penale, principio che non poteva essere sacrificato, a suo avviso, alle ragioni dettate dalla politica internazionale.

In effetti Filangieri e la sua *Scienza della legislazione* sono sovente rievocati negli interventi dei deputati – dal regno di Sardegna, passando per il regno d'Italia, sino a giungere all'attuale fase repubblicana. Le citazioni filangieriane conferivano vitalità ai dibattiti dell'Assemblea, costituendo un punto di forza a sostegno delle argomentazioni svolte, con il ricorso ai passi più noti della *Scienza* o evocando direttamente la figura dell'illuminista napoletano.

Sembra pertanto non privo di interesse riportare alcuni esempi significativi che emergono dalle discussioni parlamentari, in modo non continuo ma costante, dal 1848 al 1994.

a Torino *La Concordia* (1° gennaio 1848) in polemica con *Il Risorgimento*, il giornale fondato da Camillo Benso conte di Cavour, quindi fu eletto deputato al Parlamento Subalpino per il collegio di Casteggio senza soluzione di continuità fino alla VI legislatura. Diventato uno dei capi della Sinistra democratica, avversò la politica moderata di Cavour dalle colonne di altri due giornali da lui successivamente fondati (*Il Progresso* e *Il Diritto*). Tuttavia come deputato si mantenne lontano dal radicalismo repubblicano di Mazzini ed aderì alla Società nazionale, approvando il trasferimento della marina militare a La Spezia, il trattato di Parigi e, infine, i pieni poteri dati al governo per la guerra del 1859. Liberata la Lombardia, Valerio accettò dal gabinetto Rattazzi la carica di commissario del re per la provincia di Como, da lui conservata anche durante il ministero Cavour. Inviato come commissario regio nelle Marche nel 1860, divenne senatore del Regno nel 1862. Nel luglio del 1865, pochi mesi prima della sua morte, fu nominato prefetto a Messina. Su Lorenzo Valerio cfr. A. VIARENGO, *Valerio, Lorenzo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, d'ora in poi *DBI*, Treccani, 98, 2020, in https://www.treccani.it/enciclopedia/lorenzo-valerio_%28Dizionario-Biografico%29/ e G. SANTONCINI, *L'unificazione nazionale nelle Marche: l'attività del Regio commissario di Lorenzo Valerio*, Giuffrè, 2008, pp. 23-56.

³ Sulla legge mi permetto di rinviare al mio volume, M. RIBERI, *Giovanni de Foresta. Il deputato nizzardo guardasigilli di Cavour*, Giappichelli, 2023, pp. 87-96.

2. Filangieri e i “mali della Sardegna” secondo il deputato Domenico Fois

Negli anni Quaranta dell'Ottocento, l'ideale di una lotta per unificare l'Italia sotto la guida dei Savoia si sviluppa in una società, quella piemontese, in piena modernizzazione economica e risveglio intellettuale, dove il 1848 è il momento della svolta sulla scia di eventi interni e internazionali che segnano il destino della regione e della dinastia che la governa. Le ragioni del successo di quell'ideale vanno, però, oltre gli interessi piemontesi o sabaudi. Innanzi tutto, l'emergere di un'economia di produzione e di scambio vede nel processo di unificazione nazionale le condizioni necessarie per creare un mercato interno garantito e solido e per ricevere sostegno in vista di un'ulteriore espansione. Contemporaneamente, si afferma una classe media che, in quanto motore dello sviluppo economico, aspira ad un ruolo di dirigenza politica e fa propri gli ideali del Risorgimento, sorti negli anni della Rivoluzione francese e dell'Impero e riformulati dalla cultura romantica.

Risulta poi fondamentale la convergenza fra questi elementi e gli interessi dinastici della monarchia sabauda: i Savoia, costretti all'immobilismo politico e diplomatico dall'egemonia austriaca sulla penisola, vedono nel movimento risorgimentale l'occasione per riprendere la tradizionale politica di espansione territoriale, guardando alle regioni della Pianura padana. Ma non è tutto, perché Carlo Alberto⁴, ponendosi alla direzione dei fermenti rivoluzionari del 1848, ne attenuò gli effetti mantenendoli nei limiti di una svolta moderata sconfiggendo le tendenze democratico-radicali.

Perciò qualche giorno dopo aver promulgato la Costituzione, il 23 marzo, il re di Sardegna dichiarò guerra all'Austria e mosse le sue truppe verso la Lombardia. La guerra si articolò in due successive campagne, che garantirono alle forze sabaude alcune vittorie (Goito e Pastrengo), ma che si conclusero esattamente un anno dopo, il 23 marzo 1849, con la disastrosa sconfitta di Novara, in seguito alla quale Carlo Alberto fu costretto dagli austriaci ad abdicare a favore del figlio Vit-

⁴ Su Carlo Alberto di Carignano-Savoia, cfr. CH. A. COSTA DE BEAUREGARD, *La jeunesse du roi Charles-Albert*, Plon, 1889; A. OMODEO, *La leggenda di Carlo Alberto nella recente storiografia*, Einaudi, 1941; N. RODOLICO, *Carlo Alberto, principe di Carignano*, I, Le Monnier, 1931; ID., *Carlo Alberto negli anni di regno 1831-1843*, II, Le Monnier, 1936; ID., *Carlo Alberto negli anni 1843-1849*, Le Monnier 1943; G. TALAMO, *Carlo Alberto, re di Sardegna*, in *DBI*, 20, 1977, pp. 310-326; N. NADA, *Dallo Stato assoluto allo Stato costituzionale. Storia del Regno di Carlo Alberto dal 1831 al 1849*, Utet, 1980; U. LEVRA, *L'altro volto di Torino risorgimentale 1814-1848*, Comitato di Torino dell'Istituto per la storia del Risorgimento italiano, 1988; P. GENTILE, *Alla Corte di Re Carlo Alberto. Personaggi, cariche e vita a palazzo nel Piemonte risorgimentale*, Centro studi piemontesi, 2013; ID., *Carlo Alberto in un diario segreto. Le memorie di Cesare Trabucco di Castagnetto (1834-1849)*, Carocci, 2015.

torio Emanuele II⁵; il 24 marzo il nuovo re incontrò a Vignale (a pochi chilometri da Novara) il maresciallo Radetzky e concordò con lui l'armistizio che sarebbe stato siglato due giorni dopo, in base al quale gli Austriaci avrebbero controllato con 20 mila soldati il territorio di confine compreso tra il Ticino, il Sesia e il Po e metà della cittadella di Alessandria. Accolto freddamente dalla popolazione al suo rientro a Torino il 27 marzo, Vittorio Emanuele dovette rifondare il suo potere, ma la conservazione del Regno, nonostante la sconfitta militare, fu comunque un risultato di non poco conto.

Poco dopo il giovane sovrano prese una decisione fondamentale: anziché perseguire coloro che un anno prima avevano imposto lo Statuto, come gli altri principi italiani coinvolti nelle rivoluzioni del 1848 (da Ferdinando II di Borbone a Papa Pio IX), ne decise il mantenimento e proseguì sulla via del rinnovamento politico, confermando così di possedere una buona dose di pragmatismo nel comprendere quali erano le scelte possibili nel contesto storico di quel momento.

Tre ragioni sono alla base di questa decisione del sovrano: dopo le sconfitte del 1848/49 manca alla monarchia sabauda il prestigio necessario per ritornare ad una politica conservatrice ed è a questo punto vitale conquistare il consenso di una più ampia base sociale, per sconfiggere il movimento democratico; inoltre, le idee dei gruppi liberali piemontesi, ai quali appartengono uomini di prim'ordine, sono rafforzate da uno sviluppo economico che impone la modernizzazione politica. Confermare la svolta costituzionale è perciò la scelta meno conflittuale, perché stabilizza i nuovi equilibri socio-economici maturati nel Piemonte degli anni Quaranta e salvaguarda l'esistenza della stessa monarchia.

Nella sopracitata cornice storica della prima guerra d'indipendenza, si inserisce una serie di interventi alla Camera subalpina con richiami alla *Scienza della Legislazione*.

Il 30 ottobre 1848 si discute in Parlamento – dopo l'armistizio Salasco – di deliberare un prestito di guerra per finanziare la ripresa del conflitto. Tale proposta suscita un certo malcontento negli “stati” appartenenti al Regno di Sardegna, e si levano le vive proteste dei deputati di Nizza e Savoia che lamentano la povertà delle loro provincie auspicando un'esenzione dal prestito.

⁵ A proposito di Vittorio Emanuele II cfr. D. MACK SMITH, *Vittorio Emanuele II*, Laterza, 1972; ID., *I Savoia re d'Italia*, Rizzoli, 1990, pp. 13-94; F. COGNASSO (a cura di), *Le lettere di Vittorio Emanuele II*, I-II, Deputazione Subalpina di storia patria 1966; G. ROCCA, *Avanti Savoia! Miti e disfatte che fecero l'Italia. 1848-1866*, Mondadori, 1993; G. OLIVA, *I Savoia. Novecento anni di una dinastia*, Mondadori, 1998, pp. 368-408; P. GENTILE, *L'ombra del re. Vittorio Emanuele II e le politiche di corte*, Carocci, 2011; A. VIARENGO, *Vittorio Emanuele II*, Salerno editrice, 2017.

Dello stesso tenore è l'intervento del deputato sardo Domenico Fois⁶ che descrive lo stato di indigenza della Sardegna, tale da fargli rimpiangere l'abolizione del sistema feudale, sancito dieci anni prima con la carta reale del 12 maggio 1838.

Allorché esistevano i feudi, il dazio si pagava in natura e non era ovunque egualmente grave. Il riscatto vi surrogò il danaro e ne nacque che quelli che pagavano due in natura al feudatario, pagano oggi venti all'erario. Che giusto riscatto! Il feudatario non era così rigido e inesorabile, come il governo nell'esazione. Esso era indulgente e spesso anche caritatevole: il governo lo esige colla sferza di Ro-boamo, e fu grazia singolarissima, che siasi questa volta usato misericordia con noi in vista dello stato deplorabile in cui la fatalità di tante annate ci ha costituiti. Ma è tale e tanta la disperazione in cui i sardi caddero, che altamente reclamano la ripristinazione del feudalismo e il riscatto malediscono; sono fatti, io non soglio esagerare o la verità tradire. E mio costante linguaggio: menzogna non esci mai dai miei labbri. Dove è dunque il tanto decantato beneficio? Di questo parlano soltanto i vili adulatori e gli altri che, come dice Filangieri, leggono per noia e giudicano per consenso⁷.

La citazione di Fois della massima filangieriana è assai "disinvolta" perché non tratta dalle riflessioni del giurista su imposte ed economia. Essa si riferisce invece al capo LVII *Dell'impunità* della *Scienza della legislazione*, libro II. Filangieri, polemizzando con Montesquieu, evidenziava le contraddizioni nel pensiero del filosofo francese, concludendo il suo ragionamento con un'affermazione degna dell'esortazione kantiana *sapere aude* ed invitando così i lettori a servirsi della loro intelligenza nel giudicare le teorie altrui e non ad uniformarsi supinamente alle opinioni della maggioranza.

Ecco come i bei detti, e le brillanti espressioni, scompaiono agli occhi del lettore che medita e combina il sistema delle cose, nel mentre che impongono un

⁶ Giurista e uomo politico. Nacque a Bortigali nel 1776. Fu avvocato e studioso di giurisprudenza. Pubblicò nel 1816 *Dei delitti e delle pene e della procedura criminale* e, dal 1839 al 1844, i sei volumi della *Giurisprudenza sarda*, opera che gli diede grande fama. Fu magistrato dal 1818 al 1832 e, nell'ultimo anno, giudice della Reale Udienza. Esponente del liberalismo sardo, fu deputato della camera subalpina dal 1848 al 1851, mantenendo una posizione d'indipendenza. Formulò severi giudizi sull'amministrazione piemontese in Sardegna e fu firmatario, col deputato Guillot, di un progetto di abolizione delle decime nell'isola. Morì a Cagliari nel 1871.

⁷ Tornata lunedì 30 ottobre 1848. Intervento di Domenico Fois, in *Atti del Parlamento Subalpino - Discussioni della Camera dei Deputati*, I Legislatura - Sessione 1848 (08/05/1848 - 30/12/1848), Vol. sn. Primo periodo dal 08/05/1848 al 02/08/1848, Eredi Botta, 1856, p. 647.

vergognoso rispetto agli spiriti superficiali e mediocri, i quali leggono per noia, e giudicano per consenso⁸.

Nella tornata del 16 dicembre dello stesso anno il deputato Fois tornava a riferire dei “mali della Sardegna”, incolpando il Governo di intervenire sull’economia dell’Isola con decisioni prese dall’alto che non tenevano conto dei suoi usi e costumi.

I mali nostri derivano esclusivamente dal Governo che travide, facilmente ingannato da teorie che non sono buone in pratica. Mal conoscono alcuni teorici il gran detto di Virgilio: *Non omnis fert omnia tellus*, e quello di Filangieri: *che usi e sistemi utili in un luogo, sono mortiferi in quello dove si vogliono trapiantare*⁹.

In una “vertigine citazionistica” assai spericolata Fois coinvolge il Virgilio delle *Bucoliche*, Ecloga IV v. 39 – contenente il famoso inno per la nascita di un *puer*, simbolo di una nuova era – con il Filangieri della *Scienza* che nel *Piano ragionato* del Libro I, con parole invero assai diverse, riferiva della cosiddetta bontà relativa delle leggi. Essa consiste, per il filosofo napoletano, nel tener fede ai principi del governo adattandoli al carattere della nazione e a ogni circostanza rilevante, naturale o culturale, tramite una legislazione che deve prendere «un tono diverso ne’ diversi popoli o negli istessi popoli, ma ne’ diversi tempi»¹⁰.

3. Filangieri “contro” la luogotenenza di Napoli

Nella seduta della Camera dei deputati dell’11 marzo 1861, Camillo Benso di Cavour¹¹ presentava il progetto di legge relativo alla proclamazione di Vittorio

⁸ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, II, Borroni e Scotti, 1856, p. 130.

⁹ Tornata sabato 16 dicembre 1848. Intervento di Domenico Fois, in *Atti del Parlamento Subalpino*, cit., p. 1187

¹⁰ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, a cura di V. FERRONE, vol. I, a cura di F. MORELLI, A. TRAMPUS, Centro di studi sull’illuminismo europeo Giovanni Stiffoni, 2003, pp. 18-24.

¹¹ Nella sterminata bibliografia cavouriana si rinvia, *ex multis*, a E. PASSERIN D’ENTRÈVES, *L’ultima battaglia politica di Cavour: i problemi dell’unificazione italiana*, Ilte, 1956; ID., voce Cavour, Camillo Benso conte di, in *DBI*, 23, 1979, pp. 120-138; R. ROMEO, *Cavour e il suo tempo*, 1 (1810-1842), Laterza, 1969; 2 (1842-1854), Laterza, 1977; 3 (1854-1861), Laterza, 1984; ID., *Vita di Cavour*, Laterza, 1998; P. GUICHONNET, *Cavour agronomo e uomo d’affari*, Feltrinelli, 1961; D. MACK SMITH, *Vittorio Emanuele, Cavour e il Risorgimento*, Laterza, 1968; ID., *Cavour e Garibaldi nel 1860*, Einaudi, 1958; ID., *Cavour. A biography*, Orion, 1985; ID., *Cavour contro Garibaldi*, Mondolibri, 1999; H. HEARDER, *Cavour*,

Emanuele II a re d'Italia. Dopo l'approvazione unanime e l'inizio del regno, con legge n. 4671 del 17 marzo, volta a riconoscere l'assunzione da parte di Vittorio Emanuele II, «per sé e per i suoi successori», del titolo regale, Cavour riteneva doveroso rassegnare le dimissioni del gabinetto. Il nuovo sovrano gli conferiva tuttavia il reincarico, per cui, nella seduta del 23 marzo, Cavour presentava il suo nuovo governo alle Camere. Come avveniva di consueto, si era trattato di un discorso laconico, soltanto formale. Le linee operative del governo si sarebbero precisate lungo i dibattiti, su interpellanze o progetti di legge via via posti all'attenzione del Parlamento, non rientrando nei compiti dell'Assemblea l'espressione della fiducia nei confronti del governo.

Nella «comunicazione» del 23 marzo, Cavour precisava che non era «necessario» che egli esponesse i «principi» che il governo si impegnava a seguire «sia nell'interna, sia nell'estera politica». Il nuovo gabinetto accettava infatti «interamente il programma dell'antico» (se ne sarebbe parlato probabilmente dopo pochi giorni, in merito alla «questione romana»), e per la politica interna non si sarebbe discostato dalle relazioni presentate dal ministro degli Interni, Marco Minghetti, in calce a progetti di legge già posti all'attenzione delle Camere. Per quanto riguardava le province meridionali, il governo reputava di dover conservare la luogotenenza di Napoli e di Palermo fino a un più ordinato «assetto del regno», ma con l'impegno di coadiuvare il costituirsi di forme locali di governo con un appoggio più diretto del potere centrale. Cavour annunciava altresì, di promuovere il «principio della promiscuità», spostando meridionali al nord e settentrionali al sud. Quindi riferiva di non dovere altre «spiegazioni»¹².

Le future discussioni parlamentari avrebbero chiarito la «linea di condotta» del governo. Alla domanda dell'onorevole Petruccelli della Gattina se le modificazioni relative alla luogotenenza di Napoli sarebbero state introdotte per decreto reale o per legge posta all'attenzione e al giudizio della Camera dei deputati, Cavour non esitò a rispondere che il governo sarebbe ricorso al sistema della decre-

London 1994, trad. it. *Cavour, un europeo piemontese*, Laterza 2000; L. CAFAGNA, *Cavour, Il mulino*, 1999; A. PETACCO, *Il regno del Nord: il sogno di Cavour infranto da Garibaldi*, Mondadori, 2009; A. VIARENGO (a cura di), *Camillo Cavour. Autoritratto. Lettere, diari, scritti e discorsi*, Rizzoli, 2010; ID., *Cavour*, Salerno editrice, 2010; G. TALAMO, *Cavour. Studio biografico sulla vita e le opere di Camillo Benso*, Gange-mi, 2010; U. LEVRA (a cura di), *Cavour, l'Italia e l'Europa*, il Mulino, 2011; G. DELL'ARTI, *Cavour. Vita dell'uomo che fece l'Italia*, Marsilio 2011; F. ALBANO, *Cento anni di padri della patria 1848-1948*, Carocci, 2017; P. GENTILE (a cura di), *Camillo Cavour. Una biografia per immagini*, Fondazione Cavour, 2018.

¹² Tornata 23 marzo 1861. Comunicazione del Ministro circa la formazione del nuovo Gabinetto, in *Atti del Parlamento italiano. Discussioni della Camera dei deputati, VIII Legislatura - Sessione del 1861*, (18/02/1861 - 23/07/1861), Vol. sn. Primo periodo dal 18/02/1861 al 25/07/1861, Eredi Botta, 1861, p. 254.

tazione, trattandosi di materia di competenza dell'esecutivo. Gli sembrava, del resto, un cattivo inizio introdurre confuse sovrapposizioni tra i poteri. Al potere legislativo sarebbero stati deferiti «argomenti che la Costituzione gli riserva esclusivamente»¹³.

Petruccelli della Gattina non esitava a dichiararsi insoddisfatto: il governo luogotenenziale era sorto di necessità «in tempi anormali», «quando la Costituzione non esisteva ancora in quei Paesi, e quando il Parlamento non sedeva», ma adesso si trattava di «fissare un governo regolare», non di rendere «regolare quel sistema di governo» idoneo solamente a fasi difficili di transizione. Ormai cessate «le guerre civili nelle province meridionali», e con «la legge in pieno vigore dappertutto», con il Parlamento in funzione, non c'erano ragioni di proseguire con governi luogotenenziali a Napoli e a Palermo. Ed era giusto, in ogni caso, almeno «per buona politica», «consultare la Camera», non rinchiudersi dentro l'orbita ristretta delle «prerogative dell'esecutivo» proprio nel caso di una decisione molto discutibile sotto il profilo costituzionale¹⁴.

¹³ Intervento di C. Benso conte di Cavour, in *Ibid.*, pp. 254-255: «Trattandosi unicamente di regolare il modo col quale il potere esecutivo intende esercitare le funzioni che la Costituzione gli attribuisce, io non esito a dichiarare che le modificazioni che si vogliono introdurre nel modo di azione della luogotenenza di Napoli saranno fatte per mezzo di decreto reale, essendo fermo intendimento del Ministero che le disposizioni che potessero in qualche modo, per parte della luogotenenza o del Consiglio che la circonda, aver relazione con argomenti che la Costituzione riserva esclusivamente al Potere legislativo, a questo siano deferite. Non si tratta di modificare le leggi, di farne delle nuove; si tratta di determinare come il potere esecutivo abbia ad adempiere le funzioni che la Costituzione gli conferisce; epperò, lo ripeto, il Ministero crede essere in sua facoltà, come di suo dovere, di farlo per mezzo di semplice decreto reale».

¹⁴ Tornata 23 marzo 1861. Intervento di Petruccelli Della Gattina, in *Ibid.*, p. 255: «Ho il dispiacere di dichiarare che io non sono soddisfatto della risposta dell'onorevole presidente del Consiglio. Qui non si tratta di un governo regolare; il governo di luogotenenza fu un governo irregolare, prodotto in tempi anormali, quando la Costituzione non esisteva ancora in quei paesi, e quando il Parlamento non sedeva. Ora non si tratta più di regolare quel sistema di governo come fu stabilito allora, si tratta di fissare un governo regolare, e questa disposizione mi sembra che si debba prendere col concorso del Parlamento unitamente al Potere esecutivo. Certo io riconosco al Potere esecutivo le sue prerogative, e tra queste prerogative quella di regolare l'amministrazione: ma qui, ripeto, non si tratta di un'amministrazione regolare, si tratta di continuare in uno stato anormale prodotto dalla guerra, stato anormale che era necessario quando il Parlamento non funzionava. Oggi il Parlamento siede, oggi non ci sono più guerre civili nelle province meridionali, oggi la legge ha pien vigore dappertutto; ed io non comprendo, giacché si vuole continuare in quel sistema di luogotenenza, perché queste modificazioni, che intendono di fare, si vogliano eseguire semplicemente per mezzo di un decreto reale, senza il voto della Camera. Io credo che il consultare la Camera intorno a ciò sarebbe, non solamente atto legale, ma ancora di buona politica: una parola che partisse da questa

A dar man forte a Petruccelli erano insorti anche i deputati Ricciardi¹⁵ e D'Ondes-Reggio (il quale però accetterà di rinviare eventualmente ad altra tornata le sue osservazioni). Secondo Ricciardi, il governo non doveva assumere alcuna deliberazione prima di aver sentito l'opinione del Parlamento. Esponente tra i più convinti del radicalismo politico meridionale (esule a sua volta, legato in Francia a posizioni sansimoniane, quindi amico di Mazzini e fra i promotori del progetto d'insurrezione calabra dei Bandiera), Giuseppe Ricciardi figurerà a lungo tra gli oppositori della "Sinistra storica" ai piani di prosecuzione della politica cavouriana. Il marchese siciliano Vito D'Ondes-Reggio sarebbe stato tra i protagonisti più intransigenti dell'"opposizione cattolica". Evidentemente, i primi segni di un divario di orientamenti destinato ad estendersi erano stati messi allo scoperto. Il problema dei governi luogotenenziali di Napoli e di Palermo apriva il varco a un dissenso che investiva l'ambito del potere nel rapporto tra governo e Parlamento nel tipico dualismo (del resto quasi sempre ricorrente) tra esecutivo e legislativo. La questione di Napoli e Palermo era stata utilizzata probabilmente al solo scopo di ribadire una linea di demarcazione già emersa nel Parlamento subalpino.

All'esordio del regno d'Italia e dell'articolarsi dei lavori del Parlamento nazionale (mentre l'VIII Legislatura iniziava realmente a procedere), l'opposizione dava l'idea di volere detenere un ruolo più preciso rispetto al passato. Lo si era visto, d'altronde, fin dalla seduta del 14 marzo, allorché, nella discussione del progetto di legge per l'assunzione da parte di Vittorio Emanuele II del titolo regio¹⁶, Angelo Brofferio aveva presentato (e illustrato con un ampio discorso) un emendamento dal quale sarebbe dovuto risultare ch'era il popolo italiano ad attribuire la sovranità a un re "non conquistatore", ma "galantuomo".

Il 6 giugno 1861, qualche mese dopo questa solenne seduta alla Camera, Cavour si spense, dopo breve malattia, a soli 51 anni d'età. I problemi del nuovo governo, presieduto da Bettino Ricasoli¹⁷, erano gli stessi del precedente e la que-

Camera, sarebbe in quelle provincie considerata come legge, e basterebbe per portarvi la tranquillità.»

¹⁵ Intervento di G. Ricciardi, in *Ibid.*: «Io appoggio pienamente le conclusioni dell'onorevole mio amico Petruccelli. Trovo poi che il Ministero non dovrebbe prendere nessuna deliberazione prima di aver sentito l'opinione del Parlamento; ora quest'opinione non può essere manifestata se non dopo una discussione, quale precisamente avrebbe potuto avere luogo giorni fa, e che la Camera non ha voluto».

¹⁶ Sul titolo di re d'Italia cfr. G.S. PENE VIDARI, *Il re Vittorio Emanuele II «assume il titolo di re d'Italia»*, in «Studi piemontesi», 40 2011, 1, p.19. Mi permetto anche di rinviare al mio volume M. RIBERI, *La creazione giuridica del Regno d'Italia*, Giappichelli, 2020, pp. 39-106.

¹⁷ Su Ricasoli cfr. G. MANICA (a cura di), *La rivoluzione toscana del 1859. L'unità d'Italia e il ruolo di Bettino Ricasoli*, Atti del convegno internazionale di studi, Firenze 21-22 ottobre 2010, Polistampa,

stione della luogotenenza rimaneva irrisolta¹⁸. Sul punto il 5 dicembre 1861 prendeva la parola nella Camera dei deputati del Regno d'Italia (con sede a Torino) il deputato Luigi Zuppetta¹⁹. Secondo Zuppetta la Consulta creata dalla Luogotenenza era composta da membri non degni del livello giuridico che la patria di Vico e di Filangieri avrebbe meritato e di conseguenza, oltre che inefficiente, essa non era stata «presa sul serio» dai napoletani:

Io sono di parere che la scaturigine di tutte le calamità sia quella prima luogotenenza. Il 9 novembre, quando forse poteva farla, e forse non farla da legislatore, esordisce colla nomina d'una Consulta. Chi crede la Camera che componesse questa Consulta, chi (*Con calore*) crede che nella terra di Vico e di Filangieri venisse a farla da legislatore? Non alludo alle onorevoli eccezioni; in questa Camera vi hanno individui che per la loro sapienza e pel loro carattere vi potevano appartenere; ma domanderò ai miei onorevoli colleghi, se tutti, comechè onesti, avessero i numeri di legislatori. Ma molti passavano perchè avevano una certa tessera di passaggio. Signori, come volete che in Napoli si prendesse sul serio quest'adunanza di Consultori?²⁰

Luigi Zuppetta spende così i nomi di Filangieri e Giovan Battista Vico per indicare in Napoli una culla della civiltà giuridica italiana la quale, proprio in forza delle sue tradizioni, avrebbe meritato migliori amministratori.

4. *Filangieri, il deputato Minervini e la tassa sul macinato*

Nella seduta del 28 marzo 1868 durante il secondo governo Menabrea, in una Camera dei deputati con sede a Firenze, essendo avvenuto lo spostamento della

2012, P.L. BALLINI, *Ricasoli e gli 'unitari'*, in *La Toscana dal Governo provvisorio al Regno d'Italia. Il plebiscito dell'11-12 marzo 1860*, a cura di S. ROGARI, Polistampa, 2011, pp. 27-54; *Questioni nazionali e questioni locali nell'anno di Firenze capitale*, a cura di S. ROGARI, Polistampa, 2016, pp. 83-96; T. KROLL, *Ricasoli, Bettino* in *DBI*, 87, 2016, https://www.treccani.it/enciclopedia/bettino-ricasoli_%28Dizionario-Biografico%29/.

¹⁸ Sulla luogotenenza cfr. *La creazione giuridica del regno d'Italia*, pp. 177-180.

¹⁹ Giurista e patriota (Castelnuovo della Daunia 1810 - Portici 1889), Zuppetta fu giudice d'appello della Repubblica di San Marino, per la quale compilò il codice penale, che fu pubblicato il 15 settembre 1865. Il suo *Corso completo di legislazione penale comparata* (3 voll., 1856) emerge tra le altre opere esegetico-critiche della seconda metà del XIX secolo per larghezza d'impostazione.

²⁰ Tornata giovedì 5 dicembre 1861. Intervento di Luigi Zuppetta, in *Atti del Parlamento Italiano - Discussioni della Camera dei Deputati*, VIII Legislatura - Sessione 1861 (18/02/1861 - 23/07/1861), Vol. sn. Primo periodo dal 27/05/1861 al 23/07/1861 N.D.R., p. 147.

capitale dopo la Convenzione di settembre del 1864²¹, interviene l'avvocato napoletano Luigi Minervini a proposito della nota tassa sul macinato, che sarà introdotta in quell'anno dalla Destra storica per ripianare le finanze pubbliche.

Per criticare l'istituzione dell'imposta Minervini si lancia in una vibrante orazione, con una lunga citazione della *Scienza della Legislazione*:

Da qualche tempo a questa parte noi diamo lo spettacolo di rinnegare i grandi principii di cui l'Italia è stata maestra all' Europa civile. Vorrei leggervi un brano del chiarissimo Gaetano Filangieri, di un sommo Italiano cioè. Parlando dei balzelli sulle materie di prima necessità egli dice: "Se s'impongono sulle consumazioni interne dei generi di prima necessità, avverrà spessissimo che il misero artiere, che ha dieci figli, pagherà più allo Stato di quello che gli paga un ricco cittadino che non ne ha che un solo". "Debbono essere finalmente insopportabili ad una porzione dei cittadini, perché non essendo l'indigenza stessa esclusa da questa contribuzione, il cittadino che non sarebbe in istato di avere parte alcuna nelle contribuzioni, dovendole pagare come gli altri, deve toglierla dalla propria sussistenza". "Se questa ricerca tre pani per giorno, deve contentarsi di non mangiarne che due soli, per immolare il terzo al dazio, che ne lo priva". "Or non è questa un'ingiustizia manifesta?". Codeste parole del Filangieri italiano non fortificano la incostituzionalità della tassa a cui accennava l'egregio nostro collega Mussi col suo robusto ed arguto discorso? Pensateci, o signori. Ora verrò a compiere la lettura del brano del Filangieri, perocché serve a confutare quel cinismo, permettetemi la parola, con che lo scettico empirismo governativo, da più tempo, e la maggioranza con esso, trattano dei diritti del popolo, all'occasione di nuovi balzelli, richiesti sempre per avere sciupato senza rendere conto. Dice adunque il Filangieri: "Prima che vi fosse un Codice di leggi al mondo, l'uomo aveva il diritto di sussistere. L'ha egli forse perduto collo stabilimento delle leggi? Obbligare il popolo a pagare più di quello che deve, più di quello che può, i frutti della terra (uditelo, o signori), è l'istesso che rapirglieli". "Questo è lo stesso che condannarlo all'indigenza, all'ozio, alla disperazione, ai delitti". E sospendendo la lettura, dirò che ciò conforta quello che testé udiste al proposito dall'onorevole mio amico Mussi. Da una mano togliereste il pane agli onesti che lavorano, per darlo ai tristi, agli oziosi, ai carcerati (in una parola), e quindi all'accresciuta schiera di birri e carcerieri, ecc. Segue il Filangieri, conchiudendo il brano, di cui impresi la lettura: "Questo è l'istesso che privare le

²¹ Sulla Convenzione di settembre e sugli eventi causati dallo spostamento della capitale da Torino a Firenze, nonché per un'aggiornata bibliografia si rinvia a *1864 e Torino non fu più capitale. Un evento che mutò la storia del Piemonte e dell'Italia*, a cura di A. Malerba, G. Mola Di Nomaglio, Centro studi piemontesi, 2015.

arti di tanti artieri, la popolazione di tante famiglie, l'agricoltura di tanti consumatori, la società finalmente di tanti cittadini utili, per riempirla (notate) di ladri, di mendicanti e di oziosi. Questo avviene allorché la tassa s'impone sulla consumazione dei generi necessari alla vita?". Così termina quel dotto Italiano; noi staremo, perché Italiani, con lui, e non con la barbarie del medio evo, dei feudatari e del dispotismo!²²

La citazione filangieriana è in questo caso assai pertinente. Come noto, per l'illuminista napoletano la tassazione auspicabile era di tipo progressivo sui redditi per favorire la nascita di una maggiore equità fiscale. Si doveva quindi puntare sulla tassazione diretta, eliminando ogni forma di prelievo indiretto. Le tasse sui consumi e sulla circolazione dei beni colpivano infatti indiscriminatamente tutti i sudditi sommando «l'ingiustizia degli effetti alle conseguenze frenanti sulla produzione di ricchezza per la collettività»²³. Altrettanto ingiusto era il sistema della cosiddetta "capitazione" che faceva pagare ricchi e poveri allo stesso modo. Il sistema proposto da Filangieri, cui si richiama il deputato Minervini, era invece l'istituzione di un'unica tassa progressiva sul prodotto netto delle proprietà fondiari.

5. *Riformare le Corti di assise: il deputato Nanni cita Filangieri*

Il 14 marzo 1874 nell'XI legislatura presieduta da Minghetti, prende la parola l'avvocato di Roccella Jonica Giuseppe Nanni a proposito dello «schema di legge sull'ordinamento dei giurati e sopra modificazioni alla procedura davanti le Corti di assise» nella Camera dei deputati ora sedente da un triennio a Palazzo Montecitorio a Roma. Il deputato-giurista ha buon gioco a dimostrare la sua conoscenza della *Scienza della legislazione* e nel citare opportunamente passi dal capo XVI *Quarta parte della criminale procedura, Della ripartizione delle giudiziarie funzioni e della scelta de' giudici di fatto*:

Sono venute alla mia memoria queste parole del Filangieri: "Ed infatti, finché Roma fu libera (parlava egli precisamente dei giudizi popolari, ai quali poi suben-

²² Tornata sabato 28 marzo 1868. Intervento di L. Minervini, in *Rendiconti del Parlamento Italiano - Discussioni della Camera dei Deputati*, X Legislatura - Sessione 1867 (02/03/1868 - 27/04/1868), Vol. V Prima della legislatura dal 02/03/1868 al 27/04/1868 Eredi Botta, 1868, p. 5267.

²³ V. FERRONE, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Laterza, 2015, n.42.

trarono quei giudizi, a cui accennava oggi l'onorevole Castagnola, dei giudici eletti), finché la moribonda libertà reclamava ancora i suoi diritti contro il nascente dispotismo, il sistema della criminale giudicatura non fu alterato, ed i primi tiranni dell'impero dovettero rispettare questo antico baluardo della civile libertà". "I loro passi piccioli, ma frequenti non permisero alla tirannia di giungere così presto al termine della sua perfetta onnipotenza". "Per dare l'ultima scossa all'edifizio della libertà, sostenuto in gran parte da questo ben ordinato sistema di giudizi, essi dovettero aspettare quel momento nel quale i Romani, stanchi oramai degli urti continui e dei perpetui contrasti dell'ambizione e della libertà, cercassero finalmente il riposo e la quiete nella vile sofferenza e nello stupido letargo della depressione e della servitù". E l'onorevole guardasigilli diceva appunto: ma non sarà certamente l'Italia che darà alle civili nazioni il triste esempio di volere abolire un istituto che è fondamento di libertà. Il Filangieri stesso, parlando di quest'argomento, scriveva: "Dare ad un Senato permanente la facoltà di giudicare, renderà più spaventevole agli occhi del popolo il magistrato, che la magistratura; affidare a poche mani un ministero le funzioni del quale richiedono più integrità che lumi, più confidenza dalla parte di colui che deve essere giudicato, che cognizioni dalla parte di colui che deve giudicare; obbligare il cittadino ad essere giudicato da certi uomini, dei quali questo è l'unico mestiere... fare, in una parola, di un'arte che tutta si aggira nello esame dei fatti, il patrimonio esclusivo di un ristrettissimo corpo; funesto e spaventevole metodo è questo, che le nazioni dove la libertà civile del cittadino è stata più rispettata, han giustamente abborrito, ma che il concorso di molte cause ha introdotto da gran tempo nell'Europa". Io ricordo queste parole del Filangieri, perché uno dei più vevoli argomenti che mi fanno così tenero di questa istituzione è precisamente quello ricordato in queste parole, che cioè: "la giustizia non deve essere amministrata come mestiere di abitudine". Che cosa domandiamo noi? Domandiamo forse che si popolino le prigioni di individui? Domandiamo che ad ogni processo corrisponda una sentenza? Noi domandiamo alla criminale giustizia che sia egida delle leggi, che ci preservi contro i delitti, contro coloro i quali attentano alla santità della legge medesima. Ebbene il magistrato, il quale, secondo Filangieri, è giudicante per mestiere, abituandosi col tempo ad emettere giudizi, fa in certa guisa di questa funzione un mestiere. Si noti che con ciò io non intendo di menomare l'elogio dovuto alla magistratura italiana, o almeno alla più gran parte di essa. Queste osservazioni riguardano il giudice permanente in genere, ed il modo come funziona. Epperò io vi domando: che cosa fa un medico? Che cosa fa un avvocato? Certamente l'uno desidera di salvare l'ammalato, l'altro di guadagnare la causa. Ma desidera (io parlo delle professioni in generale), desidera forse il medico che non vi siano malati, e desidera forse l'avvocato che non vi siano cause? Nella stessa guisa il magistrato non guarda il risultato finale del suo ministero e delle sue

sentenze; ma il merito dell'opera sua. Un giudice istruttore istruisce un processo, ecco un bel processo, bene istruito; un magistrato pronunzia una sentenza, ecco una bella sentenza adattata a questo fatto. Invece il giurì è dominato da un altro pensiero, e noi che lo vediamo funzionare, e coloro che hanno pratica di questa maniera di giudizi, veggono con quali differenti criteri il giurì guarda l'accusa, guarda le conseguenze del suo verdetto. Innanzi ad esso sta la società, stanno le condizioni sociali nel momento, in cui pronuncia il giudizio. In una parola il Filangieri con questa espressione: noi non vogliamo i giudicanti per mestiere, porta per me uno dei maggiori argomenti contro la magistratura permanente²⁴.

Secondo Nanni, Filangieri rimane una guida per spezzare gli *arcana juris*, il velo di mistero che circonda il diritto.

Più in dettaglio, secondo Filangieri, i giudici, nella "criminale procedura", rischiano di essere operatori della giustizia "di mestiere", spesso non scevri da errori nelle loro decisioni.

Per ovviare a ciò, aggiunge Nanni, il potenziamento della giuria popolare, più ancorata al fatto che al diritto, appare un importante rimedio per evitare gli arbitri giudiziari.

6. *Filangieri, il deputato Pais Serra e la questione del decentramento amministrativo*

Durante il suo ultimo governo Cavour, che pure pochi anni prima aveva progettato con Teodoro di Santa Rosa una riforma in senso liberale dell'amministrazione comunale e provinciale, di fatto rifiutò di legare le sorti del suo mandato all'approvazione del progetto "regionalista" di Minghetti²⁵, il quale prevedeva, «fra la provincia e lo Stato», «una ripartizione più vasta col nome di regione, la quale fosse sede di un governatore che, come delegato del ministro degli Interni, provvedesse sul luogo a molti affari senza ch'essi fossero recati alla capitale, e conciliasse la varietà regolamentare delle varie parti d'Italia all'unità legisla-

²⁴ Tornata sabato 14 marzo 1874. Intervento di Giuseppe Nanni in *Rendiconti del Parlamento Italiano - Discussioni della Camera dei Deputati*, XI Legislatura - Sessione 1873 - 1874 (11/03/1874 - 05/05/1874), Vol. III Terza della legislatura dal 11/03/1874 al 05/05/1874 Roma, Tipografia per gli Eredi Botta, 1874, p. 2316.

²⁵ Amministrazione regionale. Progetto di legge presentato alla Camera il 15 marzo 1861 dal ministro dell'interno Minghetti, in *Atti del Parlamento italiano. Sessione del 1861 (VIII legislatura), Documenti 1° periodo dal 18 febbraio al 23 luglio 1861*, Eredi Botta, 1861, p. 59.

tiva di tutta la Nazione»²⁶. L'entrata in vigore dell'ordinamento regionale avrebbe sottratto altre materie soprattutto ai ministri degli Interni, dell'Istruzione e dei Lavori pubblici, suscitando quindi una partecipazione più ampia al buon funzionamento statale «senza mettere a repentaglio», in un quadro di trasferimenti di competenze e coordinamenti, l'«unità della Nazione»²⁷.

Cavour non poteva però fare del tutto suo il progetto Minghetti. Il Conte era infatti conscio che nel contesto a lui contemporaneo, per la stessa natura unitaria del Risorgimento, un programma accentrato e nazionale fosse necessario per risolvere i problemi urgentissimi di Roma e Venezia, e per unificare ben sette diversi sistemi legislativi, doganali, monetari e scolastici. Il 18 maggio 1861, così, una Commissione nominata dalla Camera fece cadere nel nulla quei disegni di legge prima che fossero in discussione. Questo decentramento mancato è stato però, come noto, un *leitmotiv* nella storia del nostro Paese, non del tutto superato né dall'istituzione delle regioni nel 1972 né dalla riforma costituzionale del titolo V nel 2001.

Un richiamo a tale problematica è dato dall'intervento del deputato sardo Francesco Pais Serra, garibaldino, giornalista e deputato del regno ininterrottamente dal 1882 al 1919. Il 22 giugno del 1904, nella XXI legislatura del Regno d'Italia presieduta da Giovanni Giolitti, si ragiona sul bilancio della guerra e se applicare o meno il sistema territoriale per il reclutamento e la formazione dei quadri. Nel suo intervento Pais Serra cambia l'oggetto della discussione parlamentare, muovendo dalle questioni militari al problema del decentramento. Il deputato elenca una serie di «campioni» delle arti figurative e della *ars iuris* (tra cui Filangieri) per dimostrare le diverse sensibilità e impostazioni provenienti dalle differenti zone delle Penisola.

²⁶ Cfr. E. GENTA, *Una rivoluzione liberale mancata. Il progetto Cavour-Santarosa sull'amministrazione comunale e Provinciale (1858)*, Deputazione Subalpina di storia patria, 2000. Sui precedenti progetti di decentramento, nel Regno di Sardegna della Restaurazione cfr. M. ROSBOCH, «Con somma cautela e maturità di giudizio». Centro, periferia e comunità in un progetto di riforma nella Restaurazione sabaunda, Esi, 2019.

²⁷ Cfr. M. ANGELICI, *Il decentramento e la regione nei progetti di legge Farini Minghetti del 1860-61*, Cappelli, 1951; F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello stato: ricerche sul pensiero giurpubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Giuffrè, 1988; N. DEL BIANCO, *Marco Minghetti: la difficile unità italiana da Cavour a Crispi*, Franco Angeli, 2008; R. GHERARDI, *Minghetti, Marco*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto* (2012), https://www.treccani.it/enciclopedia/marco-minghetti_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero-Diritto%29/; sul progetto di decentramento di Minghetti cfr. D. MADDALENA, *L'istituzione regionale nel progetto di riforma Farini-Minghetti per il riordino amministrativo del Regno d'Italia (1860-1861)*, in *Rivista Politica.eu*, 9, 1, 2023, pp. 83-121.

Per esempio, io, essendo pure unitario, ritengo che sia venuto il momento che il Governo debba pensare a decentrare e decentrare radicalmente, perché, egregi colleghi, l'Italia per le sue tradizioni, per le condizioni etnografiche, geografiche, storiche, politiche, morali, intellettuali, è un paese che nelle sue differenti regioni ha manifestazioni diverse del suo pensiero. Per esempio, nel campo dell'arte, non c'è differenza di forma tra Tiziano, Raffaello e il Correggio? Non c'è differenza di forma anche nel diritto fra il Carrara, Carmignani, Beccaria e Filangieri? Ogni regione ha dato al pensiero italiano una forma diversa. È precisamente l'unione di tutte queste varietà che forma quell'insieme armonico, che nella geniale varietà è vivente espressione dell'unità italiana²⁸.

Come risulta evidente, l'intervento di Pais Serra è teso a dimostrare, tramite una lista delle pluralità di voci nel mondo culturale italiano, la possibilità di giungere ad una *unity in diversity* tramite il decentramento amministrativo.

7. *Ultime citazioni filangieriane tra Prima e Seconda Repubblica*

Avviamoci alle conclusioni con due ultime citazioni filangieriane alla Camera dei deputati in un'Italia tra Prima e Seconda Repubblica.

Il 23 gennaio 1980, con il primo governo Cossiga, si discute della conversione, con modificazioni, del decreto legge 15 dicembre 1979, n. 625, concernente misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica. È un momento di grande tensione: il 6 gennaio di quell'anno era stato infatti ucciso in un agguato mafioso Piersanti Mattarella, presidente della regione Sicilia.

Due posizioni si affrontano in aula: la Democrazia Cristiana sostiene che il decreto rispetti le garanzie costituzionali in materia di libertà personale, mentre gli esponenti dell'opposizione sono in totale disaccordo.

All'intervento di Carlo Casini, magistrato protagonista del movimento cattolico nazionale anche per le sue posizioni nettamente antiabortiste (sarà peraltro presidente dell'associazione Movimento per la vita) si contrapponeva l'avvocato Francesco Antonio De Cataldo del Partito Radicale. Il giurista invocava il rispetto di una cultura garantista che discende da Filangieri a Beccaria, passando poi per Francesco Carrara.

²⁸ Tornata mercoledì 22 giugno 1904. Intervento di Francesco Pais Serra in *Atti del Parlamento Italiano - Discussioni della Camera dei Deputati*, XXI Legislatura - Sessione 1902 - 1904 (07/06/1904 - 01/07/1904), Vol. XIV II Sessione dal 07/06/1904 al 01/07/1904, Tipografia Camera dei Deputati, 1904, p. 14333.

Mi dispiace che il sottosegretario Gargani non sia presente, quando il collega Casini ha fatto alcune osservazioni in relazione all'articolo 13 della Costituzione e al principio di legalità affermando che esso era stato rispettato. Ma Casini ha una cultura completamente lontana, e opposta alla mia; voglio invocare o evocare per Casini una cultura laica, liberale che discende per i rami dalla Rivoluzione francese, dall'illuminismo, che passa per Gaetano Filangieri, per Cesare Beccaria, per Carrara [...]²⁹.

Giungiamo infine agli albori della Seconda Repubblica. Il 19 maggio 1994 la discussione alla Camera è incentrata sugli interventi relativi al discorso programmatico pronunciato da Silvio Berlusconi all'insediamento del suo governo, avvenuto tre giorni prima. Luigi Rossi, decano dell'assemblea, ex deputato DC ora passato alla Lega Nord, di professione giornalista (nonché laureato in farmacia e giurisprudenza) interviene su quello che sarà un *fil rouge* nei quattro governi del Cavaliere, cioè la separazione delle carriere tra magistratura inquirente e giudicante, esprimendosi a favore di questa innovazione.

Nell'abbozzare le linee programmatiche della riforma, che parevano in verità piuttosto partigiane e confuse, Rossi utilizza Filangieri come "arma di distrazione", spostando l'attenzione dei deputati dall'oggetto del contendere all'avversione del giurista napoletano per un pubblico ministero troppo legato al potere legislativo.

Non bisogna mai dimenticare che ogni forma processuale ha la sua età e che nelle *institutiones oratoriae* la vera riforma del processo è basata sull'educazione logica del giurista. È quindi esatto condividere l'avversione di Gaetano Filangieri verso l'istituzione francese del pubblico ministero quale *procurator regis*, considerato il simbolo di un insopportabile condizionamento burocratico della magistratura e perciò un elemento di squilibrio dei poteri a favore del legislativo. Francesco Carrara ha parlato addirittura di "sifilide" delle idee francesi, mentre molti giureconsulti hanno parlato di *perversio ordinis* nel modello inquisitorio. Del resto, l'articolo 107 della Costituzione stabilisce, oltre all'immovibilità dei magistrati, la diversità delle loro funzioni e non si vede perché proprio questo principio sia contrario a un'istituzione di una specializzazione nelle carriere dei magistrati, né si spiega perché non siano state inserite nel codice norme relative alla struttura dell'ufficio dell'accusa. Insomma, finora non sono state adeguate le norme destinate a definire in maniera specifica e fuori di ogni ambiguità dialettica i compiti del

²⁹ Resoconto stenografico. Seduta di mercoledì 23 gennaio 1980. Intervento di Francesco Antonio De Cataldo, Camera dei Deputati, 1980, p. 8074.

pubblico ministero; mi riferisco a quelle disposizioni che sul piano funzionale non hanno recepito tale argomento nelle riscrizioni del codice dopo l'avvento del sistema accusatorio³⁰.

Con questo peculiare riferimento a Filangieri si conclude questa rassegna di citazioni. In seguito, infatti, l'autore napoletano e la sua *Scienza* "scompaiono" dagli atti della Camera.

Si può sottolineare, in conclusione, il livello culturale del dibattito parlamentare di un lungo periodo della storia italiana, in cui, al di là dei casi curiosi o significativi citati, le occorrenze filangieriane compaiono 136 volte dal 1848 al 1994³¹.

È un numero ragguardevole ma non paragonabile a quello che si può riscontrare per Cesare Beccaria, i cui richiami, tramite un'indagine nel Portale storico della Camera dei deputati superano ad ora le 750 unità³². D'altronde è indubbio che la diffusione presso l'opinione pubblica di *Dei delitti e delle pene* – che da *essai philosophique* divenne un sintetico e agile *pamphlet*, grazie all'apporto dei fratelli Verri – sia stata assai differente rispetto a quella dell'opera filangieriana. Come del resto ricordava recentemente Dario Ippolito, riprendendo un intervento di Pietro Calamandrei alla Camera dei deputati, la lunga, laboriosa, solitaria, estenuante gestazione della *Scienza della legislazione* è quanto di più lontano si possa immaginare dalla genesi del «miracoloso libretto» dell'intellettuale lombardo³³.

Nel 2019, in ogni caso, Filangieri e il suo pensiero ricompaiono in una proposta di legge costituzionale volta al riconoscimento del diritto alla felicità:

Tutti coloro che hanno affrontato l'argomento hanno fondato le loro considerazioni sulla famosa Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America, del 4 luglio 1776, nella quale si legge «che tutti gli uomini sono creati uguali; che essi sono dal Creatore dotati di certi inalienabili diritti, che tra questi diritti sono la Vita, la Libertà, e il perseguimento della Felicità».

Si tratta di un'affermazione forte, esplicita, che attribuisce alla felicità indivi-

³⁰ Resoconto stenografico. Seduta di giovedì 19 maggio 1994. Intervento di Luigi Rossi, Camera dei Deputati, 1994, p. 188.

³¹ Cfr. <https://storia.camera.it/faccette/all?q=Filangieri>. Questa ricerca è stata resa possibile grazie al lodevole sforzo di metadattazione compiuto dalla Camera dei deputati con il suo Portale storico. Uno studio analogo non è ancora possibile per il Senato, il cui lavoro sui *big data* è ancora *in progress*.

³² Cfr. <https://storia.camera.it/faccette/sedute/all%7Ccontents:beccaria#nav>.

³³ D. IPPOLITO, *La Scienza della legislazione. Introduzione al pensiero giuridico di Gaetano Filangieri*, «Historia et ius», 24/2023, paper 2, p. 16. Piero Calamandrei qualifica così i *Delitti* in un discorso pronunciato alla Camera dei Deputati nella seduta del 27 ottobre 1948. Cfr. «Il Ponte», 3 (1949), p. 229.

duale delle persone, quasi impossibile da declinare in maniera univoca, la natura di diritto inviolabile costituzionalmente garantito.

Peraltro, la storia insegna che Benjamin Franklin inviò la bozza della Dichiarazione d'indipendenza al filosofo napoletano Gaetano Filangieri che sostituì l'espressione proposta del «diritto alla proprietà» con quella, poi accolta, del «diritto alla felicità»³⁴.

L'auspicio, come in quest'ultimo caso, è che il ricordo del giurista napoletano riaffiori nuovamente negli interventi dei nostri attuali rappresentanti, consci che lo studio del pensiero di Filangieri può costituire un importante contributo al lessico delle nostre istituzioni e alla qualità della nostra legislazione.

³⁴ Cfr. <https://www.camera.it/leg18/126?leg=18&idDocumento=2321>. Il carteggio Franklin-Filangieri è oggetto dello studio di A. ARENA (che ringrazio per alcuni preziosi suggerimenti nella stesura di questo saggio), *Da Napoli a Parigi, da Filadelfia a Vico Equense: Gaetano Filangieri ed il carteggio con Benjamin Franklin*, in A. FIMIANI e M. FUMO, *Storie e personaggi del Castello di Vico Equense*, Luciano, 2022, pp. 23-36.

IL DIRITTO AL SERVIZIO DELLA FELICITÀ PUBBLICA: ECHI FILANGIERIANI NELLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA

ANGELA IACOVINO*

*L'uomo non può esser felice, senza essere libero: tutti ne convengono.
L'uomo non può esser felice, senza convivere co' suoi simili: tutti lo sentono.
L'uomo non può convivere co' suoi simili, senza una forma di governo, e senza leggi: tutti lo concepiscono.
L'uomo dunque per esser felice deve essere libero e dipendente¹.*

SOMMARIO: 1. La felicità come questione di diritto: profili introduttivi. – 2. Sulla configurabilità del diritto alla felicità pubblica: il contributo di Gaetano Filangieri. – 3. La dimensione costituzionale della felicità. – 4. La felicità come diritto costituzionalmente rilevante nel nostro ordinamento. – 5. Da Filangieri alla Costituzione e ritorno: note conclusive.

1. *La felicità come questione di diritto: profili introduttivi*

Definire la felicità è complicato. C'è il rischio di scivolare nella trappola di un azzardo ermeneutico fuorviante. La molteplicità degli sguardi generata dall'evocazione del termine, infatti, è tale da garantire differenti derive prospettiche e policromie definitorie tra le più disparate. Spesso convergenti, talvolta divergenti². Atteggiandosi «alla stregua di una tessera elastica e cangiante, parte di un mosaico, la cui struttura composita è perennemente in via di parziale (e forse mai definitiva) definizione»³, siffatto *fuzzy concept* stimola l'interprete a coglierne natura e contenuto, avendo cura di vagliare le possibili declinazioni emerse nel corso della storia⁴.

* Professoressa aggregata di Istituzioni di diritto pubblico e Food Law presso il Dipartimento di Scienze Politiche e della Comunicazione dell'Università degli Studi di Salerno

¹ G. FILANGIERI, *della legislazione*, Le Monnier, 1876, libro IV, parte II, capo XXXV, disponibile presso il sito <https://www.eleaml.org/>.

² C. SANCHEZ, *Moving towards a General Definition of Public Happiness: A Grounded Theory Approach to the Recent Academic Research on Well-Being*, in *International Journal of Social, Behavioral, Educational, Economic, Business and Industrial Engineering*, 11, 7, 2017, p. 1683.

³ R. FERRARA, *Il diritto alla felicità e il diritto amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, vol. 4, fasc. 4, 2010, p. 1046.

⁴ L'interesse a comprendere il significato del concetto coinvolge in prima istanza i filosofi, che,

Così, il valore simbolico della nozione in parola si presenta assolutamente prismatico: dalla felicità concepita come compiuta esperienza di ogni appagamento, associata al piacere, alla pace, all'amore, allo stato d'animo di pace interiore e tranquillità durature, fino all'idea che per essere felici è necessario attribuire valore all'altro e garantire quel riconoscimento reciproco che soddisfa ogni nostro bisogno, ci completa e realizza come persone e che, infine, disegna le condizioni di possibilità per la felicità collettiva di cui, come vedremo in seguito, parlava Filangieri, indicandola espressamente come scopo delle leggi e dei governi.

L'aspirazione di ciascuno ad esser felice, peraltro, potenzia e legittima la polivalenza concettuale, riluttante, *prima facie*, a qualsivoglia tentativo di cancellare l'identità labirintica che pervade la verità sulla felicità. Possiamo, forse, solo «formulare ipotesi e congetture di massima»⁵; ma possiamo anche intercettare una strada più o meno plausibile, più o meno affidabile, chiedendo al diritto di indicarci la via maestra, anche al netto dell'insolita rilevanza che riveste nel discorso politico la questione della ricerca della felicità. E, d'altra parte, «la questione assume particolare rilievo giuridico, se non altro perché tra le funzioni principali dei pubblici poteri vi è quella di garantire il benessere dei cittadini»⁶ che, altrettanto certamente, non appare dimensione estranea al tema che qui si tratta.

L'assenza di consenso unanime sull'origine e i significati del concetto in esame, ragionevolmente imputabile all'interpretazione soggettiva delle innumerevoli possibilità di cui disponiamo per sentirci felici – in seguito ad episodi che regalano effimeri sentimenti di piacere o attraverso l'esercizio permanente di virtù come onestà, compassione e reciprocità, che garantirebbero uno stato più duraturo di soddisfazione e benessere – non ostacola, infatti, l'opportunità di concepirlo in termini di categoria normativa. Lungi dall'essere unicamente soggettiva e individualizzata, la nozione di felicità è anche storica e relativa; contestualizzarne i profili ha agevolato il recupero di una costante ideologica caratterizzata dalla ricorrente antinomia tra la felicità concepita come *affare* personale e privato, ossia come possesso di beni e gratificazione delle *chances* individuali, e la felicità interpretata come valore collettivo, come «attributo costitutivo dello *status civitatis* della persona insediata nel contesto politico-sociale che in qualche modo le è proprio»⁷.

nel tempo, hanno offerto almeno due differenti interpretazioni: in taluni casi, la felicità viene associata alla sensazione prodotta stimolando i sensi, espressa attraverso la soddisfazione di bisogni immediati, in altri, definita come uno stato d'animo di pace interiore e tranquillità durature. Sul punto, vedi B. MENEZES, R. P. MARTINS, *O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura*, in *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, 18, 3, 2013, p. 476.

⁵ R. FERRARA, *Il diritto alla felicità*, cit. p. 1044.

⁶ G. STRAZZA, *Città, benessere e salute: le implicazioni giuridiche*, in *federalismi.it*, 17, 2021, p. 219.

⁷ R. FERRARA, *Il diritto alla felicità*, cit., p. 1049.

Da ciò discendono almeno due alternative teoriche: quella secondo cui la felicità scaturisce da atti liberi della persona e quella secondo cui deriva da stati, eventi o oggetti esterni alla libera decisione della persona. Nel primo caso, la felicità dipende interamente dall'esercizio della propria libertà e rientra nell'ambito del libero potere decisionale di ciascuno, fermo restando si presentino circostanze favorevoli all'esercizio della propria libertà di scelta. Nel secondo caso, al contrario, la felicità deriva da situazioni indipendenti dalla decisione volontaria del soggetto, ossia da stati, eventi o oggetti che non sono prodotti da libere decisioni⁸.

In questi termini valutata, la felicità diventa il diritto alla ricerca di una condizione esistenziale di vantaggio, qualcosa che tutti dovrebbero esperire potendo fruire di condizioni minime di possibilità; condizioni connesse al riconoscimento dei diritti sociali fondamentali, essenziali alla dignità della persona umana, entro i confini di una società democratica, divenendo per tale via una questione di interesse pubblico.

La ricerca delle felicità, sia nel suo aspetto individuale inteso come libero sviluppo della personalità, sia in quello sociale concepito come benessere collettivo, diviene principio che orienta le politiche dello Stato⁹. In altri termini, la felicità non è solo un obiettivo individuale, ma è anche una questione pubblica di competenza statale, nella misura in cui i poteri pubblici possono edificare le basi adeguate al suo raggiungimento. E allora, partendo da una prospettiva individuale, il tema della felicità occupa (e preoccupa) anche lo spazio delle relazioni socio-economiche, politiche e giuridiche, e ci coinvolge come studiosi del diritto.

Vero, la felicità resta un concetto indeterminato, immateriale, non scientifico, incommensurabile, talvolta astratto, straordinariamente soggettivo e versatile; nondimeno, introdotta in molte costituzioni moderne, la *sua ricerca* viene concepita come un diritto di libertà e come principio di orientamento per l'azione dei governi¹⁰. Per raggiungerla serve «autodeterminazione e sviluppo dei propri talenti»¹¹; serve libertà. E serve, altresì, il dovere di contribuire alla felicità degli altri: la ricerca della felicità generale è possibile solo a partire dalla premessa della solidarietà condivisa, perché strettamente correlata a quei diritti riconosciuti nella società che mantengono integra la dignità di ciascuno. In altri termini, la felicità del singolo non può disconnettersi dalla pubblica felicità, dalla ricerca del buon go-

⁸ Sul punto, ampiamente, J. T. ALVARADO, *Derecho a la felicidad?* in *Dikaion*, 25, 2, 2016, pp. 243-65.

⁹ M. I. LORCA MARTÍN DE VILLODRES, *Felicidad y constitucionalismo*, in *Revista de Derecho Político*, 88, 2013, pp. 289-335.

¹⁰ Si veda A. TRAMPUS, *Il diritto alla felicità. Storia di un'idea*, Laterza, 2008.

¹¹ R. ARNESON, *Review of «Happiness, Justice of Freedom: The Moral and Political Philosophy of John Stuart Mill by Fred R. Berger»*, in *Ethics*, 95, 4, 1985, p. 955.

verno, perché l'una è il presupposto dell'altra e viceversa, strette come sono in un rapporto di feconda e reciproca integrazione. Così, solo all'interno di una società democratica è possibile delineare, con una certa efficienza, un reale progetto di vita felice.

Ora, se il diritto alla felicità non si fonda semplicemente su uno standard di felicità soggettiva, ma anche sul diritto a una vita dignitosa, ove siano garantiti libertà, sicurezza, uguaglianza, istruzione di qualità, accesso alla salute, al cibo, alla casa – diritti ritenuti essenziali – allora giova verificare se è possibile configurarlo come costituzionalmente fondato, recuperando la sua funzione nel contesto degli altri diritti e la sua relazione con la costellazione dei doveri, non senza prima aprire le danze con un richiamo alle straordinarie, e così incredibilmente attuali, intuizioni di Gaetano Filangieri che fu uno dei primi, nel contesto italiano, a riflettere sul tema della ricerca della felicità e delle sue relazioni con i diritti dell'uomo, nonché a formulare l'idea che la felicità debba essere un diritto fondamentale garantito dalle leggi e dalle istituzioni. La sua *quasi* ossessione per la giustizia, la libertà, l'educazione e l'economia, concepiti come pilastri della felicità pubblica, offre la stura per configurare un modello di società che mira al benessere collettivo. Le sue idee, nostro malgrado *ancora* tristemente lontane dal principio di realtà, seguivano a influenzare i dibattiti contemporanei sulla giustizia sociale e sulla buona governance.

L'obiettivo analitico è presto svelato: concentrare l'attenzione sull'aspetto politico dell'idea di felicità, al fine di trasformarla in diritto positivo, garantito da qualsiasi ordinamento giuridico, ossia verificare la possibilità di costruire una società più felice, utilizzando il diritto e fruendo delle suggestioni di uno dei massimi esponenti dell'Illuminismo meridionale che aspirava ad un nuovo ordine politico e civile, caldeggiando l'idea di una costituzione in grado di

assicurare la pubblica felicità non più come oggetto dei buoni principi, ma come espressione dei diritti dell'uomo e dell'affermazione delle idee di libertà e uguaglianza¹².

2. Sulla configurabilità del diritto alla felicità pubblica: il contributo di Gaetano Filangieri

Sebbene il tema della felicità risulti extragiuridico, arduo e scivoloso, e malgrado risulti complesso ricondurlo ad un ambito prettamente giuridico, un qual-

¹² C. CAPRA, *La felicità per tutti: Filangieri e l'ultimo Verri*, in A.M. RAO (a cura di), *Felicità pubblica e felicità privata nel Settecento*, Edizioni di Storia e Letteratura, 2012, p. 61.

che appiglio che funga da base per una più ampia riflessione può venire dal riferimento a Gaetano Filangieri (1753-1788), filosofo e giurista napoletano del XVIII secolo, che fu uno dei massimi esponenti di un concetto di legislazione (e diritto) il cui fine ultimo deve tendere alla felicità nazionale. Non senza ragione, gli si riconosce il merito di aver plasmato la felicità come un diritto dell'uomo, inserendosi a pieno titolo nella vicenda del costituzionalismo moderno.

Nel pensiero di Filangieri, che a ragion veduta, si definiva “contemporaneo di tutte le età, cittadino di tutti i luoghi”, infatti, il perseguimento della felicità è strettamente connesso all'azione politica e al diritto¹³: «Le buone leggi sono l'unico sostegno della felicità nazionale». L'ormai noto assunto filangieriano, esemplificazione del concetto illuminista di felicità, evidenzia la stretta connessione tra felicità e riformismo giuridico. La sua opera monumentale, ispirata dagli illuministi precedenti e che influenzerà fortemente i successivi, *La Scienza della Legislazione*¹⁴ rappresenta un vero e proprio progetto costituzionale di rinnovamento della società civile, un'esemplare manifestazione del processo di costituzionalizzazione dei diritti avviato durante l'Illuminismo¹⁵:

da un lato, rappresenta il tentativo di riformare il sistema giuridico e politico del tempo, e, dall'altro, offre una compiuta analisi dell'anima civile e pubblica della felicità, rivalutando fortemente la dimensione relazionale dell'essere umano¹⁶.

I validi principi enunciati dal filosofo nei suoi scritti appaiono atemporali, universali e rilevanti per tutti gli ordinamenti democratici: ripudiare la guerra co-

¹³ Cfr. P. LABIB, *Happiness: a matter of law. The pursuit of happiness in the modern legal thinking according to Jefferson, Filangieri and the Constitution of the Italian Republic*, in *Cammino Diritto*, 6, 2016, p. 3.

¹⁴ Il piano originale prevedeva sette volumi, ma vari imprevisti portarono alla struttura finale di cinque libri. I primi quattro furono pubblicati dallo stesso Filangieri tra il 1780 e il 1785, il quinto postumo nel 1788, grazie all'amico marchese Donato Tommasi. Gli ultimi due libri andarono perduti durante i disordini del 1799, quando Palazzo Filangieri, nel cuore della Napoli greco-romana, fu saccheggiato e incendiato. Cfr. M. S. BALZANO, G. VECCHIONE, V. ZAMAGNI, *Gaetano Filangieri e l'istituzionalismo economico*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 29, 3-4, 2015, pp. 583-612.

¹⁵ Sul punto, ampiamente A. TRAMPUS, *La Naissance du langage politique moderne. L'héritage des Lumières de Filangieri à Constant*, Classiques Garnier, 2017.

¹⁶ Come osservato da E. LO SARDO, *Il Mondo nuovo*, in G. FILANGIERI, *La luminosa virtù. Un'idea di costituzione nel Mezzogiorno del Settecento*, Donzelli, 2017: «in cinque libri si dispiega, come in un grande affresco, il desiderio di una generazione di illuministi di fondare un mondo nuovo, dove regnino la pace e la virtù. È un desiderio incontenibile, una marea che, con la Rivoluzione francese, travolgerà le istituzioni dell'antico regime. [...] Si abbandonava per sempre al tritume della storia l'idea di monarchia, considerata un pericoloso e inutile orpello. La felicità e la virtù erano le due colonne di un tempio sociale retto, agli altri angoli, dalla giustizia e dalla fratellanza».

me mezzo di risoluzione dei conflitti interni ed esterni, favorendo le arti utili alla vita umana e non già quelle militari; promuovere la felicità e il benessere dei cittadini, attraverso il diritto, edificando un sistema legislativo uniforme ed eguale per tutti; abolire il regime feudale, sì da non avere né schiavi, né tiranni; favorire l'ingegno e promuovere le libere associazioni da parte dello Stato; separare Stato e Chiesa e ridimensionare la proprietà ecclesiastica; istituire un sistema di istruzione pubblica, premiando i cittadini virtuosi; garantire la libertà di espressione: trovare la forza e il diritto di dire impunemente la verità a chiunque, re o principi; condividere con gli Stati europei i valori comuni di tranquillità, sicurezza e diritto delle persone; trasformare l'assetto sociale gradualmente, attraverso un piano di riforme, rifiutando qualsivoglia forma di violenza e assicurando il benessere economico dei cittadini¹⁷.

Dai *desiderata* analitici del Nostro, come rilevato, emerge inequivocabilmente il concetto di “felicità pubblica”, concepito quale obiettivo ultimo della società, delle leggi e del governo. E, dal suo orizzonte di senso, nel quale il benessere collettivo dovrebbe prevalere su quello individuale, emerge un'idea di felicità pubblica che risulta dalla somma della felicità di tutti gli individui:

la felicità pubblica non è altro che l'aggregato delle felicità private di tutti gli individui che compongono la società. Allorché le ricchezze si restringono tra poche mani; allorché pochi sono i ricchi e molti sono gl'indigenti, questa felicità privata di poche membra non farà sicuramente la felicità di tutto il corpo, anzi, come ho detto, ne farà la rovina¹⁸.

Una condizione di felicità condivisa ove le leggi e le istituzioni devono essere in grado di promuovere il bene comune. Conformemente ai postulati illuministici, il discorso intorno al tema subisce uno scossone innovativo e, per taluni versi, rivoluzionario: «l'*eudaimonia* diventa razionale e pubblica, in altri termini, diventa democratica»¹⁹.

Se la felicità può essere esperita solo *con* e *grazie* agli altri, e se deve essere pensata in termini collettivi, allora risulta lapalissiano associarla alle condizioni istituzionali e strutturali che

¹⁷ Ibid.

¹⁸ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., libro II, capo XXXIV.

¹⁹ D. CESARINI, *Il diritto al perseguimento della felicità. Tra costituzionalismo e solidarismo*, 30 marzo 2024, in <https://sanoma.it/articolo/aree-disciplinari/diritto-economia/area-giuridico-economica/proposte-didattiche/diritto-perseguimento-felicit>.

permettono ai cittadini di soddisfare – ovvero, in loro assenza o violazione, di non soddisfare – la felicità individuale²⁰.

Sulla base di tali posizioni ideologiche, Filangieri non solo ritiene che, al fine di respirare una qualche felicità, ciascuno debba fruire dei beni essenziali al soddisfacimento dei propri bisogni, ma si spinge oltre, annoverando tra i diritti fondamentali il perseguimento dell'*eudaimonia* quale scopo naturale dell'agire umano. In questo senso, lo Stato, attraverso il riformismo giuridico, diventa protagonista per eccellenza, dovendo garantire la possibilità a tutti i cittadini di perseguire la felicità. Una felicità che:

non poteva in alcun modo essere legata al solo meccanismo della ricerca individuale dei piaceri, ma più generalmente alla teoria del soddisfacimento dei bisogni umani per vivere liberamente e dignitosamente in una moderna società civile²¹.

Nel dettaglio ulteriore che chiarisce il modo in cui il Filangieri articola il diritto alla felicità e il suo impatto sulla teoria politica moderna, giova anzitutto definire cosa egli intenda per felicità.

Ebbene, il pensatore distingue tra felicità “pubblica” e “privata”. La prima corrisponde al benessere collettivo che una società giusta e ben governata può offrire ai suoi cittadini; la seconda riguarda il benessere individuale, derivante dalle circostanze personali e dalle scelte di vita. Distinzione che, tradizionalmente, riflette

la genesi della insuperabile e netta contrapposizione tra una concezione “individuale” della felicità, intesa come privata, quale diritto “*to be alone*”, di matrice liberale inglese, ed una concezione “organica” della felicità, quale diritto a che siano rimossi gli ostacoli al raggiungimento della felicità, per il bene della comunità intesa quale intero²².

Sotto il profilo giuridico, la contrapposizione tra pubblico/privato e individuale/collettivo costituisce uno dei principali ostacoli alla configurazione di un diritto alla felicità che oltrepassi l'ambito teorico e si faccia “carne”, concretizzan-

²⁰ Ibid.

²¹ V. FERRONE, *La società giusta ed equa: repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Laterza, 2003, p. 336.

²² R. AMICOLO, *La genesi filangieriana e la scomparsa hegeliana del diritto alla ricerca della felicità*, in *L'Ivocorno*, 2, 2016, p. 64.

dosi in leggi e azioni di diritto positivo, capaci di fronteggiare e abbattere le barriere che si frappongono alla realizzazione di finalità eudemonistiche.

Orbene, Filangieri, pur avendo chiara la distinzione tra felicità pubblica e la felicità privata, nondimeno ne scorge una *felice* interconnessione: una società che promuove la felicità pubblica crea le condizioni ideali per la felicità privata, ossia solo una società ben governata, con leggi che promuovono l'equità e la giustizia, crea feconde condizioni di possibilità per l'inverarsi della felicità individuale.

In questi termini, superando la tesi della doppia e dicotomica anima pubblica/privata e soggettiva/oggettiva del perseguimento della felicità, non emerge contrasto alcuno tra la dimensione privata e pubblica,

dal momento che solo il perseguimento della felicità nella sfera pubblica, attraverso una politica di redistribuzione della ricchezza ed una legislazione correttiva della sperequazione sociale, nell'ottica della giustizia, permette anche all'individuo di essere felice²³.

Chiarissime, al riguardo, le parole di Filangieri:

Datemi una società, ove l'interesse e le passioni dell'individuo siano così ben combinate con l'interesse della società istessa che l'uno non possa cercare la sua felicità senza contribuire a quella dell'altra, e voi troverete in essa il proposto mezzo; voi troverete la maggior parte de' suoi individui volere ciò che debbono²⁴.

Da cosa dipende questo seducente combinato disposto, questa «sublime combinazione»? E, ove possibile, chi è in grado di «somministrarci questo mezzo che concilia la libertà con la dipendenza e che può solo stabilire l'umana felicità»²⁵ se non la legge? Se non l'esistenza di leggi che vengono rispettate, impediscono la sopraffazione, la sottrazione di beni, la disuguaglianza e garantiscono una pacifica convivenza?

Filangieri configura il diritto alla felicità non già alludendo a uno stato d'animo individuale ma configurandolo come la realizzazione di un giusto governo in grado di assicurare la felicità nazionale, ossia la felicità come interesse collettivo; con ciò indicando la possibilità per ogni cittadino di ricercarla in una cornice di leggi che non la coarti ma anzi la sostenga.

²³ R. AMICOLO, *Filangieri, Franklin e il diritto alla felicità*, in *La società degli individui*, 49, 2014, p. 125.

²⁴ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., libro IV, parte II, capo XXXV.

²⁵ Ibid..

Ma se i governi e le leggi devono promuovere il benessere generale, allora è necessario il riconoscimento di una serie di diritti e doveri che garantiscano la giustizia sociale, la libertà individuale e il progresso economico. Nel linguaggio prettamente giuridico, siffatti scopi sono resi effettivi dal processo di positivizzazione attraverso la codificazione di diritti e doveri che informeranno e orienteranno quell'indirizzo politico cui i governi dovranno ispirarsi e attenersi²⁶.

Una buona legislazione deve, a parer del Nostro, anzitutto garantire la giustizia: le leggi devono essere giuste, eque e applicate imparzialmente. La giustizia, pilastro fondamentale della felicità pubblica, crea un ambiente di fiducia e sicurezza laddove un sistema corrotto o parziale mina la fiducia dei cittadini nelle istituzioni e, conseguentemente, minaccia la loro felicità. Leggi giuste devono altresì promuovere la libertà individuale: il sistema normativo deve mirare alla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini, consentendo loro di perseguire i propri interessi, aspirazioni e obiettivi, senza ingenerose restrizioni e oppressioni.

Anche l'educazione è considerata strumento essenziale per il darsi concreto della felicità pubblica: Filangieri considera l'istruzione come mezzo per garantire la formazione di cittadini virtuosi e informati, capaci di contribuire al benessere collettivo. Fornire opportunità economiche è un'ulteriore strategia-chiave; se un'economia prospera e giusta è fondamentale per la felicità pubblica, allora ben s'intuisce la rilevanza di politiche economiche che favoriscano la crescita e l'equa distribuzione delle risorse, riducendo le diseguaglianze sociali, suscettive di generare conflitti sociali.

Senza dubbio, il concetto di diritto alla felicità ha avuto un impatto duraturo sulla teoria politica e giuridica. L'idea che il governo debba promuovere il benessere generale è alla base di molte costituzioni moderne e dichiarazioni di diritti. La dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti del 1776, che proclama il diritto alla vita, alla libertà e alla ricerca della felicità, riflette senza ombra di dubbio alcuno come il filosofo abbia subito l'influenza del fervore americano che a sua volta seguì ad influenzare gli scenari odierni: il dibattito su come le leggi e le politiche possano promuovere la felicità pubblica seguita ad essere rilevante.

²⁶ Questa sorta di *rivoluzione pacifica* si basa su una seria azione riformatrice da attuarsi mediante precisi strumenti giuridici: non solo procedere alla codificazione delle leggi e alla riforma della procedura penale, ma anche ad una equa ripartizione delle proprietà terriere ed al miglioramento qualitativo dell'educazione pubblica. Il tutto finalizzato alla creazione di «una comunità fondata sulla *reciprocità* e sulla creazione di legami di fiducia tra le varie parti sociali per un vero *progresso civile* di una nazione» (M. VERDE, *Il Codice Leuciano, la lezione di Napoli per la felicità*, in *Revista de Direito Civil*, 1, 2, 2019, p. 111).

Di fatto, le argomentazioni e le ipotesi programmatiche in tema di politiche di welfare, giustizia sociale e diritti umani trovano eco nel pensiero di Filangieri, dimostrando la perenne e indiscutibile attualità delle sue idee.

3. *La dimensione costituzionale della felicità*

La riflessione sulla felicità e sul diritto degli esseri umani a raggiungerla è una costante culturale. Si tratta, ora, di verificare se trova spazio anche all'interno di una prospettiva di diritto costituzionale, e quale senso attribuirgli, tenuto conto che un diritto deve tradursi necessariamente «in pretese puntuali e in vincoli dello Stato»²⁷. I sistemi giuridici fanno spazio all'idea di felicità e della sua ricerca, in seguito all'emersione del costituzionalismo che enfatizza il principio dell'autodeterminazione dell'individuo e chiede allo Stato di garantire, senza interferenze, libere scelte di vita, promuovendo l'autonomia dell'individuo nella determinazione della propria esistenza. Nelle attuali costituzioni, frequenti risultano le allusioni dirette al benessere come doveri propri degli Stati, che hanno incorporato l'idea della felicità nell'ideologia della politica di governo; la felicità, da sempre concepita come aspirazione dell'animo umano, diventa «all'alba dei costituzionalismi, un diritto politico che ha trovato consensi e garanzie anche nelle epoche successive»²⁸.

Il recepimento del tema nell'ambito dei documenti costituzionali non è recente: malgrado sia stata la Costituzione della Corsica del 1755 la prima ad aver dichiarato, nel suo preambolo, «il diritto alla felicità della Nazione»²⁹, la genesi della sua positivizzazione, e dunque, il formale ingresso nel mondo del diritto, è sancito nella Dichiarazione dei diritti della Virginia³⁰ del 16 giugno 1776, nella Dichia-

²⁷ G. GEMMA, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità*, in *AFDUDC*, 12, 2008, p. 519.

²⁸ E. GRAZIANI, *La Retorica della Felicità. I percorsi della diversità e il traguardo dell'eguaglianza*, Edizioni Nuova Cultura, 2010, p. 98.

²⁹ A. TRAMPUS, *Il diritto alla felicità*, cit., p. 176.

³⁰ Nella sezione 1 fu stabilito «che tutti gli uomini sono per natura egualmente liberi e indipendenti e possiedono certi diritti innati dei quali, all'atto di costituirsi in società, non possono per contratto privare se stessi né la loro propria posterità; e questi diritti sono il godimento della vita e della libertà con i mezzi di acquistare e possedere beni in proprietà, e la ricerca ed il conseguimento della felicità e della sicurezza». Nella sezione 3 la felicità viene nuovamente menzionata, questa volta come principio legittimante dello Stato e come elemento essenziale che ci consente di distinguere qual è il miglior governo, ovvero quello capace di produrre il massimo grado di felicità: «che il Governo è, o dovrebbe essere istituito per il vantaggio comune, la protezione e la sicurezza del popolo, della nazione, della comunità; delle varie forme di Governo, la migliore è quella che è in grado di produrre il più alto grado di felicità e di sicurezza e che è meglio tutelata contro il pericolo di una cattiva

razione di indipendenza degli Stati Uniti³¹ del 4 luglio 1776 e nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino³² del 26 agosto 1789. La felicità generale viene concepita come un obiettivo da raggiungere anche nella Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo³³ del 1948.

Dichiarazioni che da una parte «riflettono le aspirazioni e il fervore del costituzionalismo di fine Settecento nelle quali è proclamato il diritto degli individui ad essere felici»³⁴; dall'altra, segnano «l'elevazione della felicità da *status* di raro privilegio, un premio concesso con grande parsimonia all'uomo retto, a quello di diritto universale degli esseri umani»³⁵.

La questione è stata affrontata nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), la cui Assemblea generale, con la Risoluzione A/RES/65/309 ha riconosciuto la ricerca della felicità come un obiettivo umano fondamentale, invitando gli Stati membri a promuovere politiche pubbliche attente alla felicità e al

amministrazione; e che, quando un Governo risulti inadeguato o contrario alla realizzazione di queste finalità, la maggioranza della comunità ha l'indubitabile, inalienabile e perpetuo diritto di riformarlo emendarlo o sopprimerlo secondo le modalità che siano giudicate più opportune per il pubblico bene».

³¹ «Noi teniamo per certo che queste verità siano di per se stesse evidenti, che tutti gli uomini sono creati eguali, che essi sono dotati dal loro Creatore di certi Diritti inalienabili, che tra questi vi siano la Vita, la Libertà e il perseguimento della Felicità. Che per assicurare questi diritti sono istituiti tra gli uomini i Governi, che derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati. Che quando una qualsiasi Forma di Governo diventa distruttiva di questi fini, è Diritto del popolo di alterarla o di abolirla, e di istituire un nuovo Governo, ponendo il suo fondamento su questi principi e organizzando i suoi poteri in una forma tale che sembri ad esso la più adeguata a garantire la sua sicurezza e la sua felicità».

³² Nel preambolo, l'espressione "felicità di tutti", si presenta collegata alla solenne dichiarazione dei diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo: «i rappresentanti del popolo francese costituiti in Assemblea Nazionale, considerando che l'ignoranza, l'oblio o il disprezzo dei diritti dell'uomo sono le uniche cause delle sciagure pubbliche e della corruzione dei governi, hanno stabilito di esporre, in una solenne dichiarazione, i diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo, affinché questa dichiarazione costantemente presente a tutti i membri del corpo sociale, rammenti loro incessantemente i loro diritti e i loro doveri; affinché maggior rispetto ritraggano gli atti del Potere legislativo e quelli del Potere esecutivo dal poter essere in ogni istante paragonati con il fine di ogni istituzione politica; affinché i reclami dei cittadini, fondati d'ora innanzi su dei principi semplici ed incontestabili, abbiano sempre per risultato il mantenimento della Costituzione e la felicità di tutti». Cfr. G. Villani, *Documenti e testimonianze*, Principato, 1985, vol. 1, pp. 946-50.

³³ «I popoli americani hanno riconosciuto la dignità della persona, e le loro costituzioni nazionali riconoscono che le istituzioni giuridiche e politiche, che regolano la vita nella società umana, hanno come loro principale obiettivo la tutela dei diritti essenziali dell'uomo e la creazione di condizioni che permettano a lui di realizzare il progresso spirituale e materiale e raggiungere la felicità».

³⁴ G. GEMMA, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità*, cit. p. 524.

³⁵ Z. BAUMAN, Z. *La società sotto assedio*, Laterza, 2007, p.144.

benessere dei cittadini³⁶, e con la Risoluzione A/RES/66/281 ha istituito la “Giornata Internazionale della felicità” che si celebra il 20 marzo di ogni anno³⁷.

La felicità trova, altresì, un solido ancoraggio nei testi costituzionali, divenendo un obiettivo non solo individuale ma anche collettivo, perseguibile attraverso la protezione dei diritti umani. Diversi i Paesi che nelle loro Costituzioni riconoscono il diritto alla felicità come fondamentale, o lo enfatizzano come obiettivo da raggiungere da parte dello Stato: Cina, Cuba, Portogallo, Bhutan, Francia, Corea del Sud e Giappone sono alcuni esempi significativi.

Tra questi spiccano, in prima istanza, la costituzione sudcoreana e quella giapponese ove la felicità è sancita come un diritto intrinseco di ogni individuo e della società, sia pure con qualche lieve differenza. Se la Costituzione della Corea del Sud (17 luglio 1948), all'articolo 10, afferma che tutti i cittadini hanno il diritto di essere felici, e che sarà compito dello Stato garantire i diritti fondamentali e inviolabili degli individui, la Costituzione del Giappone (3 maggio 1947), all'articolo 13, fornisce una previsione più dettagliata, prevedendo una clausola indicante un limite alla portata del diritto alla felicità, un'idea di proporzionalità, quando sottolinea che il godimento di questo diritto non deve interferire con il benessere della comunità³⁸.

Un caso particolarmente interessante è rappresentato dal piccolo Regno del Bhutan, Paese più piccolo dell'Himalaya, in Asia, ove la felicità riceve il più ampio *trattamento* normativo nella pregevole Costituzione del 2008, con riferimenti multipli e con la creazione di un indice di misurazione nazionale della felicità, la felicità

³⁶ La Risoluzione intitolata *Felicità: verso un approccio olistico allo sviluppo* riconosce la felicità quale obiettivo e aspirazione universale, e chiede alla comunità internazionale di promuovere un approccio più inclusivo, equo ed equilibrato alla crescita economica, che favorisca sviluppo sostenibile, felicità e benessere, nonché l'eliminazione della povertà.

³⁷ Nella Risoluzione si legge che «l'Assemblea generale [...] consapevole che la ricerca della felicità è uno scopo fondamentale dell'umanità, [...] riconoscendo inoltre un approccio più inclusivo, equo ed equilibrato alla crescita economica che promuova lo sviluppo sostenibile, l'eradicazione della povertà, la felicità e il benessere di tutte le persone, decide di proclamare il 20 marzo la Giornata Internazionale della Felicità, e invita tutti gli Stati membri, le organizzazioni del sistema delle Nazioni Unite, e altri organismi internazionali e regionali, così come la società civile, incluse le organizzazioni non governative e i singoli individui, a celebrare la ricorrenza della Giornata Internazionale della Felicità in maniera appropriata, anche attraverso attività educative di crescita della consapevolezza pubblica».

³⁸ L'articolo 13 della Costituzione giapponese afferma: «tutti i cittadini saranno rispettati come individui. Il loro diritto alla vita, alla libertà e al raggiungimento della felicità sarà, nella misura in cui non interferisce con il benessere pubblico, l'obiettivo supremo della legislazione e degli altri atti di governo».

tà interna lorda (FIL), o *gross national happiness – GNH*³⁹ che lo Stato deve impegnarsi a promuovere⁴⁰. L'obiettivo cardine della politica di questo Paese non è tanto quello di rendere le persone felici, quanto quello di creare le condizioni di possibilità reali che permettano, a chi vuole, di esserlo.

Tirando le fila: da una parte, nel lungo processo di *insediamento positivo*, il diritto alla felicità trova pieno e formale riconoscimento in importanti dichiarazioni di carattere programmatico di rango costituzionale; e, dall'altra, nel divenire vero e proprio diritto della persona, si afferma come situazione giuridica soggettiva individuale che postula e presuppone sempre il buon governo. A un certo punto, però, questo circuito si inceppa, e la ricostruzione di chiara ispirazione illuminista entra in crisi con l'affermarsi della contemporanea *società del rischio: l'ossessione della felicità*, che caratterizzava il pensiero settecentesco, lascia il posto alla *bourgeois complacency*, all'interesse puramente narcisistico e al benessere privato⁴¹. Risultano sempre più rare le manifestazioni di felicità quale sintesi armoniosa tra le aspirazioni del singolo e gli interessi collettivi.

La realtà, specialmente quella contemporanea, è purtroppo assai diversa. Invero, nelle società a c.d. capitalismo maturo, pure a fronte di enormi e spesso sconosciute ricchezze rispetto alle precedenti generazioni, è ormai drammaticamente diffusa una *desolante infelicità*, la quale lasciando cadere ogni ipotesi di armonia, fa emergere tutte le contraddizioni sistemiche delle società complesse, governate dall'incertezza e/o da

³⁹ Il concetto di felicità nazionale lorda (GNH) è un indicatore sistemico sviluppato dal 1972 dal re bhutaneese Jigme Singye Wangchuck in risposta alle critiche avanzate dagli economisti occidentali, in visita nel suo paese, che definirono il Bhutan un paese povero rispetto agli standard del prodotto interno lordo (PIL). Il GNH è un tentativo di sviluppare un indicatore che tenga conto di tutti i valori rilevanti per la vita su questo pianeta, compreso il più sottile e profondo: la felicità. Sviluppo economico sostenibile, conservazione dell'ambiente, salvaguardia della cultura e buon governo sono i quattro pilastri che formano e informano il PIF, a loro volta collegati a nove componenti della felicità: il benessere psicologico, la salute, l'uso del tempo, l'istruzione, la diversità culturale, il buon governo, la vitalità della comunità, la diversità ecologica e lo standard di vita. Sul tema, cfr. R. BARITONO, *Felicità della politica/politica della felicità: un'introduzione al tema*, in E. ASQUER, A. SCATTIGNO, E. VEZZOSI (a cura di), *Felicità della politica, politica della felicità. Cittadinanza, giustizia, benessere in una visione di genere*, EUT, 2016, pp. 13-27.

⁴⁰ «Lo Stato si sforza di promuovere quelle condizioni che consentano di perseguire la Felicità Nazionale Lorda» (art. 9, co. 2, Cost.). Ma già nel preambolo, leggiamo che è lo stesso popolo del Bhutan, a dotarsi di una Costituzione impegnandosi solennemente e personalmente a rafforzare la sovranità del Paese «per assicurarsi la benedizione della libertà, per garantire la giustizia e la tranquillità, per consolidare l'unità, la felicità e il benessere di tutti e per sempre».

⁴¹ R. BARITONO, *Felicità della politica/Politica della felicità*, cit., p. 17.

rischi ormai a dimensioni planetarie e globale che portano i soggetti a ripiegarsi su se stessi e a trascurare la dimensione collettiva della felicità⁴².

Orbene, quale potrebbe essere il tasso di felicità raggiungibile nella società insicura e incerta, ove le contraddizioni sistemiche ricevono risposte semplicemente individuali e la *pursuit of happiness* è declinabile come obiettivo del singolo, lontano «da ogni legame superindividuale, e da ogni tensione verso la pubblica felicità»⁴³

Non stupisce che le Costituzioni del secondo dopoguerra, come la nostra, siano piuttosto *avare* di riferimenti alla felicità anche a causa di una struttura che amplia il catalogo dei diritti sociali, affermandone riconoscimento e tutela e privilegiando un sistema di diritti non enumerati. Nelle democrazie occidentali, le Costituzioni dello Stato sociale di diritto, blindano fortemente i diritti sociali fino ad allora parzialmente riconosciuti e sganciano il diritto alla ricerca della felicità da ogni progetto olistico, decretandone un'evidente relativizzazione. L'evoluzione dello Stato di diritto, e il suo conseguente qualificarsi in senso sociale, determina, così, la frantumazione del diritto alla felicità, isolandone singoli frammenti che nelle Costituzioni diventano i diritti sociali:

Non è più la Felicità come generale categoria ontologica ad essere assunta nel suo suggestivo e tuttavia generico valore, ma semmai i frammenti positivi che la sostanziano come fatto umano, come ansia e ricerca di una vita maggiormente piena, e comunque migliore. In questo quadro i frammenti del diritto alla felicità diventano i diritti sociali ai quali le Costituzioni contemporanee, vere e proprie Costituzioni di valori, hanno riconosciuto uno spazio di notevole rilievo: dal diritto all'assistenza sociale a quello al lavoro, sino a quella che sembra la situazione giuridica di maggior peso, e soprattutto a carattere plurale, ossia il diritto alla salute, di cui all'art. 32 della nostra Costituzione⁴⁴.

Orbene, nel mutato contesto atomizzato, segnato da ottimismo precario e dall'aumento del rischio e dell'incertezza, può il diritto pubblico giocare un ruolo fondamentale, rappresentando il veicolo per la fruizione concreta di una felicità possibile? Assolutamente sì. Se i giuristi devono occuparsi di quella felicità concepita come serie di frammenti, di *chances* che l'individuo anela a cogliere, allora, inevitabilmente, questa diventa una missione tipica della nostra disciplina.

⁴² A. GIUFFRIDA, *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Giappichelli, 2012, p. 80.

⁴³ R. FERRARA, *Il diritto alla felicità*, cit., p. 1055.

⁴⁴ Ibid., p. 1070.

Cerchiamo di capire meglio, bersagliando analiticamente la nostra Costituzione al fine di disvelare la presenza, sia pure *sotto mentite spoglie*, di quella *pursuit of happiness* che ci è cara, intercettando taluni echi filangieriani.

4. La felicità come diritto costituzionalmente rilevante nel nostro ordinamento

Come configurare e connotare un diritto costituzionale alla felicità nel nostro ordinamento? Quale la sua natura? È un diritto che si pone sul medesimo piano degli altri, o si tratta di un interesse trasversale agli altri diritti?

Il diritto inteso come situazione giuridica soggettiva (diversamente dal diritto inteso come complesso di norme, che regolano la vita sociale) è polivalente; assumendo una connotazione estensiva del concetto di diritto, e del possibile catalogo dei diritti, si possono ricostruire figure giuridiche specifiche, allorché gli interessi ritenuti meritevoli di riconoscimento e tutela non siano agevolmente riconducibili a diritti specifici, e comunque rendano necessaria una specificazione⁴⁵. Consapevoli, peraltro, che l'utilizzo della nozione di diritto soggettivo e dei diritti connessi agli interessi meritevoli di riconoscimento e protezione può costituire «uno strumento giuridico psicologicamente molto efficace per la loro salvaguardia»⁴⁶.

Orbene, la nostra Costituzione prefigura un diritto alla felicità. Certo, non v'è traccia alcuna del termine nel testo «essendo sparito anche l'ultimo riferimento alla "Nazione [...] felice" contenuto nello Statuto Albertino»⁴⁷; nondimeno, l'articolo 3 della nostra Carta costituzionale allude fortemente alla felicità quando parla del pieno sviluppo della persona umana, perché il raggiungimento di quella pienezza unitamente alla realizzazione dei propri fini personali, non può che ricondurre ad una dimensione felice.

Peraltro, non possiamo non riconoscere nei diritti sociali gli *abiti* di quei frammenti di felicità citati prima; diritti sociali che, «sanciti per la prima volta nella fonte di più alto grado gerarchico assiologico»⁴⁸, rappresentano il significativo perimetro di riconoscimento del bisogno da parte dell'ordinamento giuridico, che tende con interventi positivi a soddisfare il bisogno stesso. In questo senso, i di-

⁴⁵ Sul punto, vedi G. GEMMA, in *L'uomo e la ricerca della felicità*, Atti del seminario presso il Senato della Repubblica, Roma 15 febbraio 2018.

⁴⁶ S. CASTIGNONE, *Nuovi diritti e nuovi soggetti*, ECIG, 1996, p.144.

⁴⁷ F. GHISELLI, *Il diritto alla felicità: da principio astratto a diritto costituzionale*, in <http://www.taxpolighis.it/wp-content/uploads/2018/11/Il-diritto-alla-felicit%C3%A0.pdf>.

⁴⁸ R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, Editoriale Scientifica, 2020, p. 29.

ritti sociali sono lo strumento elettivo di attuazione del principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.), il cui scopo resta quello

di porre il cittadino, che non lo sia già per le sue proprie fortune, nella condizione necessaria per fruire pienamente dei diritti e delle libertà garantitegli dalla Carta costituzionale⁴⁹.

La strumentalità della garanzia delle essenziali condizioni materiali di cui la Repubblica si fa carico, al fine di favorire e realizzare la pienezza della persona umana, consente il passaggio dal soggetto di diritto astrattamente concepito alla concretezza della persona che *effettivamente* esercita i diritti e promuove i propri interessi nei contesti comunitari partecipati⁵⁰.

Non è tutto. Partendo dal riconoscimento dei “diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”, e configurando un diritto ritenuto meritevole di riconoscimento nella categoria indeterminata dei diritti dell’uomo, il diritto costituzionale alla felicità, potrebbe fare la sua prima comparsa configurandosi:

quale pretesa generale dell’individuo all’appagamento dei suoi bisogni rilevanti per il godimento (per quanto possibile) della vita⁵¹.

Ora, se la Repubblica deve intervenire attivamente per garantire i diritti inviolabili della persona, c’è posto per la felicità nella sfera di questi diritti?

Sembrirebbe corretto affermare che l’obbligo di rimuovere gli ostacoli che limitano il pieno sviluppo della persona umana, tuteli la posizione giuridica del singolo lungo la strada che conduce al raggiungimento della “felicità”⁵².

La conferma di siffatto dire arriva dalla dottrina e dalla giurisprudenza che intercettano una plausibile, sia pure implicita, costituzionalizzazione del diritto alla

⁴⁹ Ibid., p. 37.

⁵⁰ Così A. D’ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, 2002, p. 95: «nel concetto di “pieno di sviluppo della persona” si realizza, soprattutto, la proiezione concettuale e normativa della sintesi, ma si potrebbe dire anche della “riconciliazione”, tra eguaglianza e libertà», nonché quella tra diritti sociali e diritti di libertà.

⁵¹ G. GEMMA, *L’uomo e la ricerca della felicità*, cit., p. 184.

⁵² F. GHISELLI, *Il diritto alla felicità*, cit.; sul punto, vedi anche V. POCAR, *Il diritto alla felicità*, in *NONCREDO*, 10, marzo/aprile 2011, p. 60: «che mai varrebbe la garanzia dello sviluppo della personalità se non vi fosse ricompresa anche la tutela della ricerca dello stato di miglior benessere?».

felicità, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 3 Cost., laddove – ancora una volta – si fa riferimento al pieno sviluppo della persona umana.

E non è un caso che nel 2019 sia stata presentata una proposta di legge costituzionale, di modifica dell'art. 3 Cost., che si propone di introdurre esplicitamente il diritto alla felicità quale diritto inviolabile, riconosciuto e garantito dalla nostra Carta costituzionale⁵³. Allo stato dell'attuale dettato costituzionale, «e nella quasi sicura ipotesi in cui non subisca la variazione di cui si è prospettato»⁵⁴, la ricostruzione del diritto alla felicità, pur non essendo agevolmente ancorabile ad una precisa disposizione contenuta in Costituzione, può darsi mediante il ricorso ai canoni dell'interpretazione teleologica e sistematica.

Atteso che la natura del diritto in parola non coincide con quella degli altri diritti costituzionali, risulta, invero trasversale, a essi, come risultante teleologica:

Vale a dire la felicità è la *ratio* dei diritti costituzionali e da essa può dedursi il diritto alla felicità. [...] Se riteniamo possibile ed opportuno introdurre il concetto di felicità nelle riflessioni costituzionali, è giocoforza necessario riconoscere che l'interesse alla felicità è logicamente correlato ai diversi diritti costituzionali e può ben tradursi in una pretesa, in un diritto trasversale in rapporto alle altre situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente fondate⁵⁵.

Tendenzialmente, la riconduzione della felicità a una pretesa di natura costituzionale suscita resistenze e riserve perché abbiamo a che fare con diritto a contenuto indeterminato; nondimeno, la questione della plausibilità dei diritti di que-

⁵³ Il 23 dicembre 2019 è stata presentata alla Camera dei Deputati una proposta di legge costituzionale C. 2321 rubricata “Modifica dell'articolo 3 della Costituzione in materia di riconoscimento del diritto alla felicità”. Nel dettaglio, si tratta di un'iniziativa di trenta deputati (dello schieramento Fratelli d'Italia) con prima firmataria la deputata Bellucci Maria Teresa. La proposta prevede, all'articolo uno, unicamente la modifica dell'articolo 3 della Costituzione, sostituendo la disposizione attuale con la seguente: «Art. 3. – Tutti i cittadini hanno diritto di essere felici, hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno godimento del diritto alla felicità, lo sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (*Proposta di legge costituzionale C. 2321*, Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XVIII LEGISLATURA, disegni di legge e relazioni).

⁵⁴ L. PASSARINI, *Il diritto alla felicità ha rilevanza costituzionale? Una proposta di revisione costituzionale per introdurre il diritto alla felicità*, in *Salvis Juribus*, 26 marzo 2020, <http://www.salvisjuribus.it/il-diritto-alla-felicità-ha-rilevanza-costituzionale/>

⁵⁵ G. GEMMA, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità?*, cit., pp. 524-525.

sto tipo, lungi dall'essere un qualcosa di nuovo, è fenomeno abbastanza consolidato. Nel XX secolo, prende piede, infatti, una visione della giuridicità della norma meno recessiva:

La giuridicità delle disposizioni costituzionali va colta in una visione meno angusta e, ad un tempo, adeguata all'essenza del diritto, particolarmente nelle sue manifestazioni di diritto pubblico, come determinazione cioè di un "dover essere", come stabilizzazione di posizioni, rapporti, impegni di azione di fronte all'arbitrio, all'incertezza, alla precarietà⁵⁶.

Una visione della giuridicità che, plasmando l'impalcatura strutturale delle costituzioni del Novecento, munite di norme programmatiche e di diritti a contenuto indeterminato⁵⁷, toglie al carattere di indeterminatezza del diritto alla felicità la plausibilità per negarne la sua configurabilità.

Si tratta, allora, di verificare l'assetto pragmatico del diritto costituzionale alla felicità, la sua concretizzazione, ossia accertare se può generare pretese costituzionalmente fondate. Ebbene, per quel che rileva nell'esperienza italiana, relativamente alla moltiplicazione dei diritti costituzionali di varia natura, la dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno disatteso:

la teoria della tassatività dell'elenco dei diritti sanciti espressamente dal testo della Costituzione e si è proceduto alla individuazione di numerose situazioni giuridiche soggettive implicitamente deducibili da quest'ultima⁵⁸.

In questo senso, diritti impliciti possono discendere dalla previsione espressa di un diritto costituzionale perché fungono loro da presupposto, o perché ne sono un corollario. *Rectius*, è possibile configurare diritti o mediante una interpretazione estensiva di dettami costituzionali, o sulla base di un rapporto di natura logica tra diritti non espressi e quelli sanciti⁵⁹.

Secondo tale prospettiva, il diritto alla felicità diviene il presupposto logico

⁵⁶ Come efficacemente affermato da A. AMORTH, *Il contenuto giuridico della Costituzione*, in ID., *Scritti giuridici, 1940-1948*, Giuffrè, 1999, vol. II, p. 800.

⁵⁷ Per l'Italia ci limitiamo a richiamare, a titolo indicativo, gli scritti di un insigne costituzionalista, che ha compiuto un'opera di valorizzazione di norme programmatiche e diritti indeterminati: V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, 1952.

⁵⁸ G. GEMMA, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità?*, cit., p. 526.

⁵⁹ Come osserva F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella Giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1995, p. 8: «si può configurare un diritto non espresso ogniqualvolta esso rientri come implicito, strumentale, conseguente in una specificazione o nella combinazione di più specificazioni costituzionali».

dei diritti di varia natura che la Costituzione sancisce a beneficio degli individui, prevedendo la configurazione di pretese di natura costituzionale, che non possono dedursi altrimenti: esistono, infatti, dei bisogni di natura psicologica non riconducibili ai diritti di libertà o a quelli sociali sanciti dal Costituente.

L'interesse costituzionale alla felicità, in tal modo consente la traduzione di taluni bisogni, soprattutto quelli psicologici, in diritti, potendo tali bisogni collegarsi a pretese di ordine giuridico. Ne deriva, allora, che il diritto alla felicità si sostanzia nella giuridicizzazione non già di qualunque esigenza dell'individuo, ma di quei bisogni, la cui mancata soddisfazione genera infelicità; bisogni che possono tradursi in vincoli o divieti di comportamenti, attivi od omissivi, di Stato o altri soggetti.

Da ciò discende anche la piena compatibilità del diritto alla felicità con una visione solidaristica. Non solo vale il postulato secondo cui la felicità può essere esperita rispettando vincoli e accettando qualche privazione, ma, ragionevolmente, solo la previsione di una costellazione di doveri e la loro scrupolosa osservanza può consentire il massimo di realizzazione possibile della felicità: un massiccio sistema di doveri risulta necessario per una più efficace realizzazione dei diritti⁶⁰.

Se la realizzazione della felicità individuale s'invera, concretamente, mediante prestazioni di alcuni individui per il soddisfacimento dei bisogni di altri, la valorizzazione dei doveri costituzionali diventa assolutamente compatibile con il diritto costituzionale alla felicità; bisogna, allora, sul piano giuridico, contrapporre all'*individualismo selvaggio* una visione solidaristica e di riconoscimento estensivo dei doveri⁶¹.

Valutare il binomio individualismo-felicità umana come indissolubile e infrangibile aprirebbe all'errore, e perderemmo qualsivoglia battaglia; ma se associamo la legittima istanza della felicità al solidarismo e alla necessità dei doveri, potremmo armonizzare la cultura dei diritti con la cultura dei doveri entro i con-

⁶⁰ Così G. MAZZINI, *Interessi e principi*, in G. GALASSO (a cura di), *Antologia degli scritti politici di Giuseppe Mazzini*, Il Mulino, 1961, p. 82. «si tratta di ribadire il nesso che i diritti intrattengono con i doveri, e quindi di ricordare il tributo di onore che il linguaggio e la logica dei diritti devono portare al linguaggio e alla logica dei doveri, salvo un vero e proprio pervertimento della logica, appunto, ancor prima della realtà. [...] I doveri insistono sui legami che uniscono gli esseri umani, mentre i diritti ne producono piuttosto la separazione [...]. I diritti isolano l'individuo, lo rinchiudono in una sfera "privata", i doveri lo costringono a uscire da se stesso, portandolo immediatamente verso l'altro». In altri termini, assumere i diritti come fondamento della società significa «affidarsi alle alternative di una lotta perenne, trascurando il fatto principale dell'umana natura, la *socialità* e impiantando l'egoismo nell'anima» (Ibid.).

⁶¹ Per la valorizzazione di tale impostazione, si veda T. GRECO, *Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti*, in S. MATTARELLI (a cura di), *Il senso della Repubblica. Doveri*, Franco Angeli, 2007.

fini di una «teleologia eudaimonistica»⁶² capace di restituire il senso dell'universale comunanza umana.

In conclusione, sebbene il panorama normativo italiano differisca da quello di altri Paesi, ove il diritto alla felicità, o il perseguimento della sua ricerca, è dichiarato costituzionalmente e/o rappresenta un esplicito obiettivo dello Stato, la dottrina ha indicato un implicito riconoscimento normativo laddove rinviene nella nostra Costituzione un intero sistema teso al benessere, alla libertà e alla sicurezza, o quando lo considera una derivazione inevitabile del principio della dignità umana.

È ragionevole, allora, sostenere che la felicità possa derivare dal dovere dello Stato di promuovere il bene di tutti e garantire il diritto alla libertà, l'uguaglianza e il rispetto della dignità di ciascuno⁶³. La ricerca della felicità, intesa come diritto individuale e inalienabile, contempla, così, le implicazioni del dovere pubblico di garantirne le condizioni di realizzazione⁶⁴: lo Stato, lungi dall'essere un mero spettatore, deve esercitare la funzione primaria di ridurre al minimo situazioni e condizioni precarie e diseguali, con zavorre di violenza, involuzione sociale e squilibri, causati dalla debole etica sociale e dalla prevalenza dell'individualismo esacerbato.

E deve, altresì,

spiegare, definire, individuare tutto quel che si frappone tra noi e il diritto supremo alla felicità, compiendo il lavoro politico più importante che si può fare: verificare che l'umanità è riuscita ad arrivare alla pratica quotidiana di questo diritto alla felicità⁶⁵.

5. *Da Filangieri alla Costituzione e ritorno: note conclusive*

Il seducente rapporto tra diritto e felicità, come emerso, pone l'interprete al cospetto di non pochi nodi da districare. Nondimeno, nessuna intenzione di indietreggiare, né alcuno scoramento lo attraversa se, e quando, la posta in gioco riguarda il benessere complessivo degli individui e della società tutta. Sia pure

⁶² G. GEMMA, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità?*, cit., p. 531.

⁶³ M. B. DIAS, *Direito Fundamental à Felicidade*, in *Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, 2, 4, 2012, p. 103.

⁶⁴ C. CONKLIN, *The Origins of the Pursuit of Happiness*, in *Jurisprudence Review*, 7, 2, 2015.

⁶⁵ J. MUJICA, C. PETRINI, J. SEPULVEDA, *Vivere per qualcosa*, Guanda, 2017, p. 3.

come aspirazione programmatica cui tendere, per disegnare traiettorie di felicità possibili.

Così, il primo problema che il diritto alla felicità pone, sul tavolo della discussione, disvela la necessità di intercettarne la titolarità:

appartiene all'individuo, per cui ognuno ha un inalienabile diritto individuale a perseguire la sua felicità personale; o è un diritto collettivo, che sussiste in capo alla comunità? E quindi, quando si parla di diritto alla felicità, ci riferiamo ad un diritto privato, con tutte le garanzie che gli ordinamenti giuridici accordano alla tutela dei beni, materiali ed immateriali del singolo, secondo gli schemi predisposti a garanzia del diritto di proprietà; o si tratta di un diritto pubblico, che posto a fondamento dell'intervento statale di assistenza e promozione sociale, funge da limite del diritto di proprietà e dell'autodeterminazione dei singoli?⁶⁶

Nel dubbio che adombra animo e pensiero, il ricorso a Gaetano Filangieri soccorre non poco a fare luce e placare lo spirito. Non solo per la sintesi che propone tra felicità privata e felicità pubblica, superandone la dicotomia, ma anche perché indica strade e strategie utili al diritto e alla politica per divenire, strumentalmente, efficaci viatici di realizzazione della felicità individuale e pubblica. Una felicità promossa dallo Stato attraverso la tutela effettiva e la conseguente realizzazione dei diritti fondamentali e dei diritti sociali.

Al netto delle riflessioni filangieriane, un dato emerge inequivocabile: la felicità non è solo strettamente connessa alla condizione di pace, giustizia e solidarietà; è anche collegata fortemente al tema della dignità della persona. Non può esserci felicità alcuna se all'individuo non è riconosciuta e tutelata la sua dignità, in quanto diritto inalienabile.

Nella sua opera, la felicità, emblematicamente connessa al concetto di uguaglianza, si presenta, infatti, collegata anche al diritto al lavoro, con impliciti profili riconducibili al principio lavorista espresso nella nostra Carta Costituzionale, che, come noto, concepisce il lavoro come altro modo di declinare la dignità umana, "fatta" di realizzazione personale e di strumenti di sostentamento, sulla strada della felicità:

Quando ogni cittadino in uno stato può, con un lavoro discreto di sette o otto ore per giorno, comodamente, supplire a' bisogni suoi e della sua famiglia, questo stato sarà il più felice della terra... In questo stato le ricchezze saranno ben distribuite; in questo stato finalmente non vi sarà l'eguaglianza delle facoltà, che è una

⁶⁶ R. AMICOLA, *La genesi filangieriana*, cit., p. 65.

chimera, ma l'eguaglianza della felicità in tutte le classi, in tutti gli ordini, in tutte le famiglie che lo compongono; eguaglianza che deve essere lo scopo della politica e delle leggi⁶⁷.

Il tema della felicità connessa al lavoro e il ruolo che lo Stato doveva (e deve) avere nel perseguimento di questo diritto emergono frequentemente dalle sue affermazioni. Altrove, infatti, leggiamo:

Uno Stato non si può dire ricco e felice che in un solo caso; allorché ogni cittadino con un lavoro discreto di alcune ore può comodamente supplire ai bisogni suoi e della sua famiglia. Un lavoro assiduo, una vita conservata a stento non è mai una vita felice. Questa era la misera condizione dell'infelice Sisifo. Niun istante era per lui, perché li dovea tutti al lavoro⁶⁸.

Di particolare interesse anche la posizione assunta dal Nostro relativa all'uso della moderazione nella occupazione lavorativa e all'esigenza di ridurre i tempi dedicati alla "fatica" che, se e quando eccessiva, sarà inevitabilmente incompatibile con la felicità:

Un'occupazione, una fatica dunque moderata, quando questa basti per soddisfare i proprii bisogni, e per riempire l'intervallo che passa tra un bisogno soddisfatto ed un bisogno che si deve soddisfare, è la sola che può rendere l'uomo felice, è che può farlo pervenire a quel grado di felicità che non è permesso a mortali d'oltrepassare⁶⁹.

Sintomatico il suo dire a proposito della "fatica moderata", suscettivo di plausibili riverberi prelevabili dall'articolo 36 della nostra costituzione che, oltre a sancire il principio fondamentale della retribuzione proporzionata alla qualità e quantità del lavoro svolta e in ogni caso sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza dignitosa, introduce una riserva di legge per la definizione della durata massima della giornata lavorativa e riconosce il diritto al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite:

La natura, che ha dato a tutti gli esseri una forza proporzionata al mestiere che dovevano esercitare, non ha fatto l'uomo per una vita così penosa: egli non può

⁶⁷ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., libro II, capo XXXV.

⁶⁸ Ibid., libro I, capo II.

⁶⁹ Ibid..

adattarsi. che a spese della propria esistenza. Non ci lasciamo trasportare dall'errore. Non è vero che gli uomini occupati, dalle penose arti della società, e che non hanno che poche ore della notte per sollievo delle loro fatiche; non è vero, io dico, che quest'infelici vivano tanto, quanto l'uomo che gode del frutto de' suoi sudori, e che fa un uso moderato delle sue forze. Una fatica moderata fortifica, una fatica eccessiva opprime e consuma. Un agricoltore che prende la zappa prima che il sole esca fuori dall'orizzonte, e che non l'abbandona che all'avvicinarsi della notte, è un vecchio all'età di quaranta o di cinquant'anni. I suoi giorni si abbreviano, il suo corpo s'incurva: tutto palesa in lui la violenza fatta alla natura. Non è dunque possibile il trovar la felicità in un genere di vita così laborioso⁷⁰.

L'attenzione alla persona, l'esigenza di eguaglianza, dignità e libertà, in combinato disposto con l'idea di solidarietà e di democrazia sono elementi palpabili nelle sue pagine appassionate, ove scorgiamo una certa dose di conformità con quanto previsto dalla nostra Costituzione:

La centralità della persona, il riconoscimento della sua integrità e inviolabilità, il primato dell'uguaglianza tra gli esseri umani, la dignità, la libertà, la solidarietà, i diritti e i doveri caratterizzano la struttura democratica del nuovo Stato nato dalla Liberazione. Sono valori che appartengono a tutti i cittadini. Sono nostri, e vivono nella società nel passaggio tra generazioni nella partecipazione attiva alla vita civile⁷¹.

Dunque, per ciascun individuo, il raggiungimento di una qualche felicità in termini di aspirazione individuale, non può che apparire – sul piano della politica – collegato alla sfera pubblica. Perseguire il proprio ideale di felicità equivale ad inserire nell'agenda politica la predisposizione del contesto favorevole al suo effettivo raggiungimento.

Orbene, la ricerca della ottimizzazione delle condizioni di vita dei cittadini costituisce una finalità primaria degli Stati contemporanei, che devono promuovere e realizzare azioni tese al raggiungimento della felicità pubblica.

Sarà, allora, compito dello Stato, nelle sue diverse articolazioni territoriali e funzionali, assicurare il contesto giuridico-economico-sociale opportuno al darsi concreto del bene comune e all'inverarsi di uno *status felicitatis*. D'altra parte, se l'esercizio del potere politico è giustificato e legittimato soprattutto in vista del

⁷⁰ Ibid..

⁷¹ P. PAGLIARO, *Intervista a Sergio Mattarella: il 2 giugno ci ricorda il diritto alla felicità*, in *Il Foglio*, 1 giugno 2023.

benessere comune e se da tale missione origina la ricerca della felicità, sia nel suo profilo individuale – intesa come libero sviluppo della persona – sia nel suo aspetto sociale – identificato con l'idea di benessere collettivo – allora diventa questione di interesse primario per lo Stato sociale.

Lo Stato sociale appare, in quest'ottica, il modello statale più favorevole alla realizzazione della felicità: sebbene questa non sia garantita unicamente dalla fornitura di beni materiali, nondimeno, resta indubbio che la disegualianza nell'accesso a tali beni, spesso collegati ai diritti umani fondamentali – la salute, l'istruzione, il lavoro dignitoso – genera emarginazione, miseria e disprezzo, condizioni che rappresentano desolanti fonti di infelicità per troppe, troppe persone⁷².

In via esemplificativa, guardando sempre alla nostra costituzione, allo Stato è riservata la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, ex art. 117, co. 2, lett. m): determinazione che può, a ragione, essere intesa come una ulteriore conferma della felicità come valore sotteso alla nostra Carta. Valore che, negli ultimissimi tempi, è sottoposto a rischiosa revisione dall'ipotesi di un regionalismo differenziato che potrebbe ribaltare la situazione di uniformità, minare l'eguaglianza e dividere pericolosamente il Paese in Regioni più e meno felici.

Ecco allora che il prelievo di spunti fecondi dall'opera di Filangieri consente, ancora una volta, di fruire di valide alternative analitiche (e perché no, anche programmatiche) al fine di caratterizzare il perseguimento della felicità come sorta di dovere della buona politica e dell'autorità pubblica, assumendo la prospettiva del valore pubblico delle politiche e dei servizi il cui scopo resta immutato: rispondere a quei bisogni sociali complessi e ottenere benefici non solo sui destinatari delle misure ma sulla società tutta.

Non dimentichiamo che qualsivoglia premessa (e promessa) di felicità – così indissolubilmente legata alla libertà, all'eguaglianza e alla dignità – risulta condizionata dal tipo di sistema politico in cui vivono i cittadini: se inseriti in un contesto democratico, il tasso di speranza circa le occasioni di vivere dimensioni di felicità pubblica, aumenta certamente.

Val la pena chiudere con le suggestive parole del filosofo, che racchiudono il senso di una possibile felicità auspicabile. Una felicità piena di dignità e di libertà che ci auguriamo un giorno di poter respirare:

⁷² Sul punto, vedi R. F. BERTOSSI, *Felicidad, ¿derecho, sensación o promesa?*, in *Persona y Reflexión Antropológica, Revista Iberoamericana de Personalismo Comunitario*, 16, 2011, pp. 27-29.

Siate felici, cercate la felicità; ma non v'ingannate nella scelta de' mezzi che ve la debbono procurare. [...] Voi sarete felici e grati [...] se adempirete a' doveri d'uomo e di cittadino, non pel timore delle pene, ma animati dall'amore del giusto e dal rispetto delle leggi. Voi sarete felici e grati, se cercherete la vostra sussistenza nel frutto de' vostri sudori e della vostra industria, e non nelle frodi dell'interesse e nei raggiri dell'avidità; se preferirete inchinare il vostro capo verso il terreno che coltivate, piuttosto che innanzi al ricco e al potente, che vuol comprare le vostre bassezze e pagare la vostra viltà; se profittando de' mezzi che la natura e l'educazione vi han dato per provvedere da voi stessi alla vostra sussistenza, voi non vi ridurrete nello stato di doverla dagli altri ripetere; [...] Voi sarete finalmente felici e grati, se amerete e difenderete la patria e le leggi che promuovono e proteggono la vostra felicità⁷³.

⁷³ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., libro IV, capo XV.

“DIRITTI INVIOLABILI DELL’UMANITÀ E DELLA RAGIONE”
E PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA:
DALL’ANTITESI ALLA SINTESI

ALESSANDRO ROSANÒ *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dalle origini a *Sgarlata* (1948-1965). – 3. Da *Stander* al Trattato di Amsterdam (1969-1997). – 4. Dalla Carta dei diritti fondamentali a oggi (2000-2024). – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Le origini del processo di integrazione europea si ricollegano primariamente a ragioni di ordine economico. Aspetti di natura politica erano certamente presenti: si pensi al fatto che, nella Dichiarazione resa da Robert Schuman il 9 maggio 1950, si faceva riferimento all’esigenza di preservare la pace mondiale «con sforzi creativi, proporzionali ai pericoli che la minacciano» e si prefigurava la costituzione di una federazione europea. Tuttavia, anche a causa dei fallimenti che interessarono tentativi di integrazione militare e politica (la Comunità europea di difesa e la Comunità politica europea, di cui si parlerà *infra*), la dimensione che emerse nettamente nella fase pionieristica dell’integrazione e in favore della quale si espressero le scelte degli Stati fondatori fu quella economica.

Solo col tempo profili di carattere più propriamente politico cominciarono a scorgersi, venendo a essere riconosciuti in maniera più netta con i Trattati di Maastricht e Amsterdam e, definitivamente, con il Trattato di Lisbona. Tali sono i profili che attengono all’assetto assiologico dell’Unione europea, massimamente rappresentati dai tre valori della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali.

Proprio quella relativa alla tutela dei diritti fondamentali (che Filangieri, ne *La Scienza della legislazione*, chiama i diritti inviolabili dell’umanità e della ragione) nell’ambito del diritto comunitario e dell’Unione europea è una storia che merita di essere raccontata perché, per quanto molto nota nei suoi tratti essenziali, presenta comunque elementi meno conosciuti che attengono al ruolo della Corte di giustizia e al rapporto con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU).

* Ricercatore Tenure Track in Diritto dell’Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Studi Politici e Internazionali dell’Università degli Studi di Parma.

In termini più generali, si tratta di vicende emblematiche di come il processo di integrazione europea abbia proceduto per piccoli passi, coerentemente all'insegnamento latino *natura non facit saltus*. Anche qui, come in altri contesti interessati dal processo in questione, può notarsi che una lenta, ma costante, progressione ha portato a esiti neppure immaginabili quando i Padri fondatori iniziarono a sognare e delineare il futuro dell'Europa unita.

2. Dalle origini a Sgarlata (1948-1965)

Nella fase iniziale del processo di integrazione europea, nulla era stato previsto quanto alla tutela dei diritti fondamentali nei Trattati istitutivi. Vi è chi ricollega ciò alla volontà dei Padri dell'Europa di non affrontare temi di natura politica, potenzialmente problematici da gestire, per concentrarsi su questioni di carattere economico, sulla base della convinzione che gli esseri umani e le nazioni collaborano meglio quando reputano che la cooperazione sia funzionale a soddisfare un loro interesse; dunque, l'attenzione fu posta sui mezzi (economici), anziché sui fini (politici), secondo un approccio di natura funzionalista¹.

In realtà, il tema – indubbiamente politico – della tutela dei diritti aveva assunto ampio rilievo all'epoca. Si consideri che, nel 1948, dal 7 all'11 maggio, si svolse all'Aia il Congresso dell'Europa, organizzato dal Movimento Federalista Europeo per discutere del futuro (*in primis* politico) del continente. A esso presero parte più di mille delegati, tra i quali si ricordano Winston Churchill (che fu presidente del Congresso), Konrad Adenauer, Richard Nikolaus di Coudenhove-Kalergi, Alcide De Gasperi, Denis De Rougemont, Anthony Eden, Maurice Harold Macmillan, François Mitterand, Jean Monnet, Ernesto Rossi, Jacques Rueff, Robert Schuman, Paul-Henri Spaak e Altieri Spinelli². Nell'ambito del Congresso, il politico francese Pierre-Henri Teitgen avanzò l'idea di elaborare una carta europea dei diritti, la quale avrebbe dovuto essere accompagnata da strumenti idonei ad assicurarne il rispetto. Winston Churchill, a sua volta, sostenne la necessità di arrivare ad avere una carta dei diritti che tutelasse almeno la libertà di pensiero, di riunione e di espressione e il diritto di formare un'opposizione politica. Nella risoluzione conclusiva, si espresse la volontà di instaurare un'Unione o una Federazione europea, la quale avrebbe dovuto operare al fine di garantire i diritti fonda-

¹ G. QUINN, *The European Union and the Council of Europe on the Issue of Human Rights: Twins Separated at Birth?*, in *McGill Law Journal*, 2001, p. 849 e ss.

² E.R. PAPA, *Storia dell'unificazione europea*, Bompiani, 2018, p. 137.

mentali tramite una corte europea dei diritti, legittimata ad adottare idonee sanzioni³.

Fu sulla base di tali indicazioni che, nel 1949, fu istituito – come noto – il Consiglio d’Europa quale organizzazione internazionale chiamata a promuovere gli ideali e i principi individuati come patrimonio comune degli Stati membri, ossia democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali. Nel 1950, nell’ambito di tale organizzazione, fu conclusa la CEDU, definendosi così un elenco di diritti fondamentali che gli Stati contraenti, a seguito della ratifica, sarebbero stati obbligati a rispettare e prevedendosi la costituzione della Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU) quale organo incaricato di svolgere una funzione di controllo e sanzione, attivabile anche sulla base di ricorsi individuali.

Non stupisce allora che, durante le trattative che portarono al Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell’acciaio (CECA), si discusse della possibilità di stabilire che la nuova organizzazione aderisse alla CEDU⁴. Per quanto non venisse disposto nulla al riguardo, è innegabile che fosse emerso un tema: quello dell’esigenza di una connessione tra integrazione europea e tutela dei diritti fondamentali⁵.

A conferma di ciò che si sta dicendo, si considerino anche i casi dei tentativi – purtroppo fallimentari – di giungere alla creazione di una Comunità europea di difesa (CED) e di una Comunità politica europea (CPE). Nel trattato istitutivo della CED, firmato a Parigi il 27 maggio 1952, all’art. 3, si prevedeva che la nuova organizzazione avrebbe posto in essere interventi solo nella misura necessaria all’adempimento della sua missione e nel rispetto delle libertà e dei diritti fondamentali degli individui. Nel Protocollo relativo al diritto penale militare si evidenziava la necessità di addivenire a una legislazione comune in materia la quale, tra l’altro, avrebbe dovuto essere coerente con la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali. In particolar modo, si faceva riferimento al rispetto dovuto nei confronti del divieto di tortura e pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, del divieto di arresti arbitrari, del principio di eguaglianza dinanzi alla legge, dei diritti di difesa e della presunzione di non colpevolezza.

³ Per queste informazioni, si rinvia a M. PARODI, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU: dinamiche sostanziali e prospettive formali*, ESI, 2020, p. 22.

⁴ *Ivi*, p. 23.

⁵ Dottrina di poco successiva sosteneva che avrebbe dovuto operare una sorta di presunzione di compatibilità quanto al contenuto della CEDU e dei Trattati comunitari, salva la diversa volontà manifestata dalle Parti contraenti dell’una e degli altri (F. CAPOTORTI, *Interferenze tra la Convenzione europea dei diritti dell’uomo ed altri accordi, e loro riflessi negli ordinamenti interni*, in *Comunicazioni e studi*, 1966, p. 116 e ss. e A. ROTTOLA, *Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell’ambito dell’ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto europeo*, 1978, p. 219 e ss.).

Nel progetto di trattato relativo allo Statuto della CPE, adottato a Strasburgo il 10 marzo 1953 da un'Assemblea *ad hoc* composta da membri dell'Assemblea comune CECA e parlamentari dei sei Stati fondatori, diverse previsioni riguardavano la tutela dei diritti fondamentali. All'art. 2, si individuava tra gli obiettivi perseguiti dalla CPE la salvaguardia, negli Stati membri, dei diritti e delle libertà fondamentali. All'art. 3, si chiariva che le disposizioni del titolo I della CEDU e del protocollo addizionale a essa, adottato il 20 marzo 1952 e concernente il diritto di proprietà, il diritto all'istruzione e il diritto a libere elezioni, avrebbero costituito parte integrante dello Statuto. La Corte della CPE, chiamata *ex art.* 38 ad assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e applicazione dello Statuto, avrebbe potuto ricevere, ai sensi dell'art. 45, ricorsi – proposti anche da persone fisiche o giuridiche – concernenti il contrasto tra decisioni o misure adottate da una delle istituzioni della CPE e i diritti riconosciuti dalla CEDU. Tuttavia, successivamente all'istituzione della Corte EDU, qualsiasi controversia che avesse sollevato una questione di principio sull'interpretazione o sulla portata degli obblighi derivanti dalla CEDU e che fosse stata di interesse per tutte le Parti della CEDU avrebbe comportato, se del caso, l'obbligo per la Corte CPE di sospendere il procedimento in attesa della soluzione di tale questione da parte della Corte EDU.

Il fallimento della CED, dovuto alla mancata ratifica del Trattato istitutivo da parte dell'Assemblea parlamentare francese sia per timori connessi al riarmamento della Germania Ovest, sia per via dell'estrema fragilità delle maggioranze della Quarta Repubblica, travolse anche la CPE⁶. Pertanto, rimase un vuoto a livello normativo quanto alla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'integrazione europea, come conferma il fatto che nei Trattati di Roma non venisse affrontato tale tema.

Concentrando l'attenzione sul Trattato CEE, va detto che certamente erano riconosciuti dei diritti nei confronti anche dei singoli. È evidente, però, che i diritti qui considerati avevano una natura eminentemente economica, e non civile, politica o sociale. Non a caso, in *Van Gend en Loos*, la Corte sostenne che il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi, sussistenti non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie. Fu così riconosciuto che l'art. 12

⁶ Sulla CED e la CPE, A.H. ROBERTSON, *The European Political Community*, in *British Yearbook of International Law*, 1952, p. 383 e ss.; D. PREDA, *Sulla soglia dell'Unione. La vicenda della Comunità politica europea (1952-1954)*, Jaca, 1994; R.T. GRIFFITHS, *Europe's First Constitution: The European Political Community, 1952-1954*, Springer, 2000.

del Trattato CEE, nel prevedere che gli Stati membri si sarebbero astenuti dall'introdurre tra loro nuovi dazi doganali all'importazione e all'esportazione o tasse di effetto equivalente e dall'aumentare quelli che già applicavano nei loro rapporti commerciali reciproci, aveva valore precettivo e attribuiva ai singoli diritti soggettivi che i giudici nazionali avrebbero dovuto tutelare⁷. In *Costa c. E.N.E.L.*, fu affermato che l'art. 53 del Trattato CEE, nel vietare qualsiasi nuova misura avente lo scopo di sottoporre lo stabilimento di cittadini degli altri Stati membri a una disciplina più rigorosa di quella riservata ai cittadini nazionali, era una norma comunitaria atta ad attribuire ai singoli dei diritti che i giudici nazionali avrebbero dovuto tutelare. Alla stessa stregua andava considerato l'art. 37 che, nell'imporre agli Stati membri di procedere a un progressivo riordinamento dei monopoli nazionali che presentano un carattere commerciale, stabiliva che ciò dovesse essere realizzato in modo da escludere qualsiasi discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e agli sbocchi e che gli Stati membri si sarebbero astenuti da qualsiasi nuova misura contraria ai principi ora enunciati o tale da limitare la portata degli articoli relativi all'abolizione dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative fra gli Stati membri⁸.

È vero che, a ben vedere, alcune previsioni del Trattato CEE avrebbero potuto essere valorizzate al fine di individuare libertà di tipo diverso. Si pensi, per esempio, agli articoli 7, 40, 45, 79 e 95 del Trattato quanto al divieto di discriminazione tra cittadini degli Stati membri sulla base della nazionalità, o all'art. 119 per quel che riguarda la parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici. Ulteriormente, può farsi riferimento anche all'art. 220, ai sensi del quale gli Stati membri avrebbero avviato fra loro negoziati intesi, tra l'altro, a garantire, a favore dei loro cittadini, la tutela delle persone, come pure il godimento e la tutela dei diritti alle condizioni accordate da ciascuno Stato ai propri cittadini⁹.

È innegabile, comunque, che mancasse un espresso riconoscimento relativo a tale tema, dato che il campo d'azione delle Comunità era stato limitato alle questioni di carattere economico¹⁰. Non stupisce allora che, nelle prime occasioni avute per pronunciarsi al riguardo, la Corte di giustizia negò che i diritti fonda-

⁷ Corte di giustizia 5 febbraio 1963, causa 26-62, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, p. 23-24.

⁸ Corte di giustizia, 15 luglio 1964, causa 6-64, *Costa c. E.N.E.L.*, pp. 1147 e ss.

⁹ Questi aspetti venivano già evidenziati da R. BERNHARDT, *The problems of drawing up a catalogue of fundamental rights for the European Communities*, in *Bulletin of the European Communities Supplement*, 5/76, p. 47.

¹⁰ P. PESCATORE, *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, in *Cahiers de droit européen*, 1974, p. 630.

mentali garantiti negli ordinamenti nazionali potessero trovare tutela anche nell'ordinamento comunitario. Nella causa *Stork*, la società ricorrente sostenne, *inter alia*, che alcune decisioni assunte dall'Alta Autorità CECA contrastavano con i diritti alla libera esplicazione della propria personalità e all'esercizio incontrastato della propria attività professionale come previsti dalla Costituzione tedesca agli articoli 2 e 12, visto che ammettevano all'acquisto diretto di carbone dagli uffici di vendita della Ruhr solamente i grossisti con un volume annuo di vendite di almeno 48.000 tonnellate, in luogo delle 6.000 fino ad allora richieste. Nel respingere il ricorso, la Corte rilevò, quanto a questo motivo, che l'Alta Autorità era obbligata ad applicare solo il diritto della CECA, essendo invece incompetente ad applicare i singoli diritti nazionali. Parimenti, anche la Corte era chiamata soltanto ad assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato CECA e dei regolamenti di esecuzione, ma non a pronunciarsi in merito alle norme dei diritti nazionali. Pertanto, la censura non avrebbe potuto essere presa validamente in considerazione¹¹.

In *Präsident Rubrikohlen-Verkaufsgesellschaft*, parimenti veniva contestato, tra l'altro, il fatto che decisioni adottate dall'Alta Autorità limitassero indebitamente il diritto di una società attiva nel commercio all'ingrosso di carbone e materiale edilizio di rifornirsi presso i grossisti cui si rivolgeva in precedenza. Al riguardo, una delle parti ricorrenti sostenne che la sua pretesa ravvisasse il proprio fondamento nella giurisprudenza tedesca che, interpretando in senso estensivo l'art. 14 della Costituzione, concernente la proprietà privata, aveva reputato che esso riguardasse anche l'esercizio di un'attività di impresa commerciale. A opinione dell'Avvocato generale, la ricorrente avrebbe dovuto promuovere dinanzi ai giudici nazionali le opportune azioni funzionali a garantire l'applicazione e il rispetto delle norme rilevanti di diritto interno. Ciò non sarebbe spettato alla Corte di giustizia, la quale avrebbe semmai potuto identificare un principio generale di cui tenere conto ai fini dell'interpretazione del Trattato, ma nel caso di specie non veniva in rilievo una situazione del genere¹². Anche secondo la Corte di giustizia a essa non era stato attribuito il compito di garantire l'osservanza delle norme di diritto interno, sia pure costituzionale, in vigore negli Stati membri. Pertanto, nell'accertare la legittimità di una decisione dell'Alta Autorità, la Corte non avrebbe potuto tenere conto dei diritti fondamentali protetti negli ordinamenti nazionali¹³.

¹¹ Corte di giustizia, 4 febbraio 1959, causa 1-58, *Stork & Cie. c. Alta Autorità*, p. 68.

¹² Conclusioni dell'Avvocato generale Lagrange, 24 maggio 1960, cause riunite 36, 37, 38-59 e 40-59, *Präsident Rubrikohlen-Verkaufsgesellschaft e a. c. Alta Autorità*, p. 878.

¹³ Corte di giustizia, 15 luglio 1960, cause riunite 36, 37, 38-59 e 40-59, *Präsident Rubrikohlen-Verkaufsgesellschaft e a. c. Alta Autorità*, p. 841.

In *Sgarlata*, il tema di fondo riguardò le condizioni poste dall’art. 173 del Trattato CEE, ai sensi del quale i ricorsi, per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione o sviamento di potere, avrebbero potuto essere proposti da uno Stato membro, dal Consiglio, dalla Commissione o da qualsiasi persona fisica o giuridica la quale, però, avrebbe potuto impugnare solamente le decisioni prese nei suoi confronti e le decisioni che, pur appearing come regolamenti o decisioni prese nei confronti di altre persone, l’avessero riguardata direttamente e individualmente. L’approccio restrittivo adottato dalla Corte di giustizia¹⁴ con riferi-

¹⁴ Va detto che fin da subito il chiarimento delle condizioni relative all’impugnazione proposta dai privati comportò uno sforzo ermeneutico da parte della Corte di giustizia. Nel 1962, in una causa relativa all’annullamento del regolamento 23 dello stesso anno, relativo all’organizzazione comune dei mercati nel settore degli ortofrutticoli e, soprattutto, dell’art. 9 di esso, ai sensi del quale le restrizioni quantitative all’importazione e le misure di effetto equivalente riguardanti gli scambi fra Stati membri dei prodotti rilevanti sarebbero state soppresse secondo un calendario appositamente definito, la Corte rilevò che la disposizione criticata produceva effetti giuridici immediati, in tutti gli Stati membri, nei confronti di categorie di persone determinate in via generale e astratta. Per quanto, indubbiamente, la previsione potesse ledere gli interessi delle ricorrenti (associazioni rappresentative di produttori di frutti e legumi), è pur vero che esse si trovavano nella stessa posizione di qualunque altro produttore agricolo della Comunità e non si poteva ammettere che un’associazione, in quanto rappresentante una categoria di imprenditori, potesse essere individualmente lesa da un atto riguardante gli interessi generali della stessa categoria. Reputando il contrario, si sarebbe giunti a concentrare in un unico soggetto giuridico interessi in realtà appartenenti a un intero gruppo. Pertanto, i ricorsi furono dichiarati irricevibili (Corte di giustizia, 14 dicembre 1962, cause riunite 16 e 17-62, *Confédération nationale des producteurs de fruits e légumes e a. c. Consiglio della CEE*). Nello stesso anno, la Corte affrontò la causa *Fédération nationale de la boucherie en gros*, concernente il regolamento 26 del 1962, relativo all’applicazione di alcune regole di concorrenza alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli. Ai sensi dell’art. 2, par. 1, del regolamento, l’art. 85, par. 1, del Trattato CEE, concernente il divieto di pratiche concorrenziali scorrette, non si sarebbe applicato agli accordi, decisioni e pratiche costituenti parte integrante di un’organizzazione nazionale di mercato o necessari per il conseguimento degli obiettivi della PAC come enunciati dall’art. 39 del Trattato CEE. In particolare modo, il divieto non si sarebbe applicato agli accordi, decisioni e pratiche di imprenditori agricoli, di associazioni di imprenditori agricoli o di associazioni composte da associazioni appartenenti a un unico Stato membro, nella misura in cui, senza che ne derivasse l’obbligo di praticare un prezzo determinato, riguardassero la produzione o la vendita di prodotti agricoli o l’utilizzazione di impianti comuni per il deposito, la manipolazione o la trasformazione di prodotti agricoli, a meno che la Commissione non avesse accertato che in tal modo la concorrenza era esclusa o che erano compromessi gli obiettivi dell’art. 39 del Trattato CEE. La Corte rigettò il ricorso proposto, al fine di vedere annullare l’art. 2, par. 1, da associazioni di commercianti di prodotti agricoli francesi, olandesi e tedeschi che reputavano che la seconda parte della disposizione ora riferita avrebbe leso i loro interessi in quanto avrebbe dato luogo a una discriminazione fra produttori e commercianti di prodotti agricoli, a vantaggio dei primi. Al riguardo, la Corte evidenziò che la disposizione produceva

mento al fatto che un atto potesse essere impugnato se si trattava di una decisione che riguardava una persona fisica o giuridica direttamente e individualmente fu critica dai ricorrenti, i quali sostennero, *inter alia*, che essi sarebbero stati privati di ogni tutela giurisdizionale, perché non avrebbero potuto contestare atti lesivi dei loro diritti né dinanzi alla Corte di giustizia, né dinanzi alle giurisdizioni nazionali. Quanto a tale profilo, l'Avvocato generale si limitò a sostenere che tale argomento valesse «solo se si dimostra prima che il Trattato assicura ai privati interessati una diretta e completa tutela giurisdizionale, perché naturalmente non può essere compito della Corte modificare il Trattato su questo punto. L'argomento legittima inoltre la domanda se, nel quadro degli ordinamenti giuridici nazionali, analoghi provvedimenti di carattere economico siano davvero sindacabili in giudizio, su ricorso dei privati interessati, nella misura indicata dai ricorrenti»¹⁵. Da parte sua, la Corte sostenne che gli argomenti delle parti si scontrassero con il tenore letterale dell'art. 173, il quale imponeva una lettura necessariamente restrittiva delle condizioni poste per i privati al fine di proporre ricorso d'annullamento¹⁶.

effetti giuridici immediati in tutti gli Stati membri nei confronti di categorie di persone determinate in via generale e astratta, attribuendo ad agricoltori e associazioni di agricoltori la facoltà di concludere accordi e di adottare decisioni e pratiche a condizioni meno restrittive di quelle che risultavano dalla pura e semplice applicazione dell'art. 85 del Trattato CEE. A questo si aggiungeva il fatto che, per quanto la disposizione incidesse sugli interessi dei commercianti di prodotti agricoli ponendoli in una situazione meno favorevole di quella riservata ai loro concorrenti diretti, ossia gli agricoltori, era pur vero che i commercianti membri delle associazioni ricorrenti erano lesi dalla disposizione in questione nello stesso modo di tutti gli altri commercianti di prodotti agricoli della Comunità. Si confermava allora la tesi già sostenuta secondo cui un'associazione rappresentativa di una categoria d'imprenditori non avrebbe potuto essere considerata come individualmente lesa da un atto incidente sugli interessi generali della stessa categoria (Corte di giustizia, 14 dicembre 1962, cause riunite da 19 a 22-62, *Fédération nationale de la boucherie en gros e a. c. Consiglio della CEE*). Infine, va ricordata la nota sentenza *Plaumann*. Con essa, la Corte evidenziò che le decisioni prese nei confronti di altre persone *ex art. 173* del Trattato CEE potevano essere intese anche come decisioni rivolte nei confronti degli Stati membri, visto che il significato dell'espressione non era altrimenti precisato e, pertanto, non poteva essere accolta un'interpretazione restrittiva. Soprattutto, fu affermato che chi non sia destinatario di una decisione può sostenere che essa lo riguarda individualmente soltanto ove il provvedimento «lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità, e quindi lo identifichi alla stessa stregua dei destinatari». Nel caso considerato, il provvedimento colpiva la ricorrente in quanto importatrice di clementine, ossia a causa di un'attività commerciale che avrebbe potuto essere esercitata da chiunque e che non era dunque idonea a identificare la ricorrente, agli effetti della decisione, allo stesso modo dei destinatari (Corte di giustizia, 15 luglio 1963, causa 25-62, *Plaumann c. Commissione della CEE*).

¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Roemer, 1° febbraio 1965, causa 40/64, *Sgarlata c. Commissione CEE*, p. 298.

¹⁶ Corte di giustizia, 1° aprile 1965, causa 40/64, *Sgarlata c. Commissione CEE*, p. 289.

3. Da Stauder al Trattato di Amsterdam (1969-1997)

Il problema fondamentale con cui si dovette confrontare la Corte di giustizia per quel che atteneva alla tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario riguardò l’apparente assenza di previsioni valorizzabili nei Trattati a tal fine. Si ricorre all’aggettivo ‘apparente’ perché in realtà, secondo certa dottrina, i giudici di Lussemburgo avrebbero potuto richiamarsi a quanto prescritto dagli artt. 33 del Trattato CECA, 173 del Trattato CEE e 146 del Trattato Euratom, ai sensi dei quali la Corte di giustizia era competente a pronunciarsi sui ricorsi d’annullamento proposti, tra l’altro, per violazione dei Trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione. Il riferimento a ‘qualsiasi regola di diritto’ avrebbe permesso di considerare anche i principi generali, scritti o non scritti, caratterizzanti un certo grado di sviluppo della civiltà giuridica¹⁷.

In realtà, va detto che la categoria dei principi generali era già emersa nella giurisprudenza della Corte, anche senza ricorrere a tale supporto normativo. Nell’interpretare la nozione di sviamento di potere, ai fini del ricorso d’annullamento, l’Avvocato generale Lagrange aveva rinviato a quegli ordinamenti nazionali – quali quello francese, belga, lussemburghese e olandese – in cui il concetto andava inteso come violazione della legge, ossia come misconoscimento della norma giuridica quale «obbiettivamente si ricava non soltanto dalla legge scritta ma dai principi generali cui essa si ispira»¹⁸.

Tra i primi principi generali individuati dalla Corte di giustizia, si possono considerare il principio di proporzionalità, quello di equilibrio istituzionale e quello di uguaglianza¹⁹. Con riferimento al primo, la Corte ritenne che, «in applicazione di una norma giuridica generalmente ammessa», la reazione dell’Alta Autorità a un atto illecito delle imprese avrebbe dovuto essere commisurata all’importanza dell’atto illecito²⁰. Circa il secondo, fu affermato che gli obiettivi della CECA, delineati all’art. 3 del Trattato, non erano imposti alla sola Alta Autorità, ma a tutte le istituzioni comunitarie nell’ambito delle loro rispettive attribuzioni e nell’interesse comune e che la disposizione in questione permetteva di ravvisare «nell’equilibrio dei poteri che caratterizza la struttura della Comunità, una garanzia

¹⁷ N. CATALANO, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, II ed., Giuffrè, 1965, p. 141.

¹⁸ Conclusioni dell’Avvocato generale Maurice Lagrange, 11 novembre 1954, causa 3-54, *Assi-der c. Alta Autorità*, p. 171.

¹⁹ Una delle prime e più ampie analisi dei risultati conseguiti dalla Corte di giustizia si trova in W. LORENZ, *General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities*, in *American Journal of Comparative Law*, 1964, p. 1 e ss.

²⁰ Corte di giustizia, 29 novembre 1956, causa 8-55, *Fédération charbonnière de Belgique c. Alta Autorità*, p. 298.

fondamentale che il Trattato prevede, in ispecie per le imprese ed associazioni cui esso si applica»²¹. Infine, quanto al terzo, si riconobbe che «in forza di un principio generalmente ammesso nell'ordinamento giuridico degli Stati membri, l'uguaglianza degli amministrati di fronte alla regolamentazione economica non è di ostacolo alla fissazione di prezzi diversi a seconda della particolare situazione dei singoli utilizzatori o di categorie di essi, a condizione che la diversità di trattamento corrisponda ad una differenza delle condizioni in cui essi si trovino»²².

In questo modo, tra le fonti del diritto comunitario rientravano non solo le norme scritte dei trattati e degli atti di diritto derivato, ma anche regole di diritto non scritte, eppure immanenti nella realtà giuridica comunitaria, fondamenti della civiltà giuridica europea, individuate da un autore come esempio di «diritto della terra», riprendendo l'espressione dai sistemi di *common law*²³.

A prescindere, l'impostazione originariamente adottata da parte della Corte di giustizia fu nel senso di escludere che i diritti fondamentali garantiti negli ordinamenti degli Stati membri potessero trovare tutela nel sistema comunitario alla luce, essenzialmente, di un dato testuale: nulla era previsto al riguardo nei Trattati.

Sul punto, vi è chi ha parlato di «péchés de jeunesse» della Corte²⁴, chi di vero e proprio diniego di giustizia²⁵. A opinione di chi scrive, però, il ragionamento espresso dai giudici di Lussemburgo nelle sentenze *Stork*, *Präsident Rubrikohlen-Verkaufsgesellschaft* e *Sgarlata* risultava più giuridicamente fondato di quello su cui si sarebbe basata la successiva, rivoluzionaria pronuncia *Stauder*. La causa riguardava il fatto che, per far fronte all'eccessiva produzione di burro nella CEE, la Commissione europea aveva adottato, in forza del regolamento 804/68 relativo a un'organizzazione comune del mercato del latte e dei latticini, la decisione 69/71/CEE con la quale aveva autorizzato gli Stati membri a vendere tale prodotto a prezzo politico a determinate categorie di soggetti assistiti dalla pubblica beneficenza. Essendo necessario verificare che il burro andasse effettivamente a questi, il Ministero federale per l'alimentazione, l'agricoltura e le foreste della Repubblica federale di Germania adottò una direttiva con la quale fu prescritto che venissero distribuite tessere che riportavano il nome e l'indirizzo delle persone

²¹ Corte di giustizia, 13 giugno 1958, causa 9-56, *Meroni c. Alta Autorità*, p. 41.

²² Corte di giustizia, 21 giugno 1958, causa 8-57, *Groupement des hauts fourneaux e aciéries belges c. Alta Autorità*, p. 237.

²³ R. SCARPA, *Diritti fondamentali ed ordinamento comunitario*, in *Giustizia civile*, I, 1980, p. 1213.

²⁴ J.P. PUISOCHET, *La Cour européenne des droits de l'homme*, in P. MOHONEY ET AL. (eds.), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rohi Ryssdal*, Heymanns, 2000, p. 1139.

²⁵ G. COHEN-JONATHAN, *Les droits de l'homme dans les Communautés européennes*, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, a cura di W. MARCEL, Cujas, 1977, p. 408.

beneficiate dalla misura. Ritenendo ciò discriminatorio e in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali come assicurata dalla Costituzione tedesca, il signor Stauder diede avvio a una controversia. A seguito di un rinvio pregiudiziale, diretto a stabilire se il fatto che la decisione della Commissione imponesse all’acquirente di dichiarare al venditore il proprio nome fosse compatibile con i principi generali del diritto comunitario, la Corte affermò che la decisione dovesse essere interpretata nel senso di imporre l’individualizzazione dei beneficiari, senza ricorrere a un’identificazione di carattere nominativo. Così interpretata, la disposizione rilevante non avrebbe rivelato «alcun elemento che possa pregiudicare i diritti fondamentali della persona, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l’osservanza»²⁶.

Indubbiamente, si trattava di un *revirement* che poneva le basi per nuovi sviluppi del diritto comunitario. Tuttavia, va notato il modo con cui la Corte trattò quest’aspetto. Al di là della frase ora riportata, la Corte non aggiunse nulla, non specificando quindi quale fondamento avessero i diritti in questione nell’ordinamento comunitario. Soprattutto, non fu dedicata alcuna considerazione al fatto che, nei dieci anni precedenti, per tre volte, i giudici di Lussemburgo avevano negato radicalmente che i diritti fondamentali potessero essere tutelati nell’ordinamento comunitario. La pronuncia *Stauder* non conteneva alcun riferimento alle sentenze precedenti. Il che si sarebbe reso necessario per meglio giustificare la posizione della Corte, non dando così l’impressione che quanto sostenuto in *Stauder* fosse un dato da tempo acquisito – cosa che, evidentemente, non era.

Forse, può ritenersi che, in tal modo, la Corte di giustizia abbia inteso rispondere alle critiche che cominciavano a essere formulate in relazione a questo profilo dalle Corti nazionali. Si consideri per esempio che, nel 1965, la Corte costituzionale italiana, nella sentenza *Acciaierie San Michele*, sostenne che la CECA, costituita con lo scopo di coordinare alcune iniziative economiche nel territorio degli Stati membri, componeva un ordinamento del tutto distinto da quello interno, il quale aveva riconosciuto l’ordinamento comunitario non per inserirlo nel suo sistema, ma per rendere operante la cooperazione internazionale prefigurata tramite il Trattato di Parigi e per delimitare i casi in cui avrebbe avuto effetti interni

²⁶ Corte di giustizia 12 novembre 1969, causa 29-69, *Stauder c. Stadt Ulm*, punto 7. L’Avvocato generale affermò che, in generale, mediante un esame comparativo, si sarebbero potuti ricavare «i parametri di valore del diritto costituzionale interno», i quali avrebbero dovuto essere considerati parte integrante non scritta del diritto comunitario. Tuttavia, nel caso concreto, posto che la disciplina di fonte comunitaria imponeva l’individualizzazione senza disporre la menzione del nome dei beneficiari, l’individualizzazione avrebbe potuto essere realizzata attraverso varie modalità, lasciando comunque impregiudicati i diritti fondamentali (Conclusioni dell’Avvocato generale Roemer, 29 ottobre 1969, causa 29-69, *Stauder c. Stadt Ulm*, p. 427 e ss.).

l'attività che gli organi della CECA erano legittimati a svolgere nell'esercizio delle loro competenze. Tali effetti, sottolineava la Consulta, avrebbero dovuto determinarsi senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale, inteso quale diritto inviolabile dell'uomo, come garantito dalla Costituzione e dalla CEDU. Al riguardo, si evidenziava che l'ordinamento comunitario assicurava la tutela giurisdizionale contro gli atti dei suoi organi concernenti singoli soggetti, in particolare, mediante il ricorso d'annullamento e, in generale, attribuendo alla Corte di giustizia il compito di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto comunitario. Con riferimento alla Corte di giustizia, la Corte costituzionale affermò che essa «è costituita ed opera secondo regole corrispondenti alle linee fondamentali del nostro ordinamento giurisdizionale, anche se non ne ripetono pedissequamente la normativa»²⁷.

Nella successiva pronuncia *Internationale Handelsgesellschaft*, concernente questioni pregiudiziali di validità relative alla disciplina delle licenze d'esportazione e delle cauzioni posta dal regolamento 120 del 1967, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dei cereali, le ricorrenti nella causa di merito ritenevano che la disciplina di fonte comunitaria si ponesse in contrasto coi principi di libertà d'azione e disposizione, di libertà di commercio e di proporzionalità, garantiti dalla Costituzione tedesca.

Al riguardo, l'Avvocato generale Alain Dutheillet De Lamothe, richiamandosi al precedente *Stork*, sostenne che la legittimità di un atto comunitario dovesse essere valutata alla luce del diritto comunitario, scritto o meno, e non alla luce del diritto interno, sia pure di rango costituzionale. Ciò però non andava inteso nel senso che i principi fondamentali di diritto interno fossero irrilevanti per il diritto delle Comunità europee, visto che essi contribuivano «a formare quella base filosofica, politica e giuridica comune agli Stati membri, sulla quale, secondo il sistema pretoriano, sorge un diritto comunitario non scritto che ha tra l'altro lo scopo essenziale di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona. In questo senso, i principi fondamentali dei diritti interni contribuiscono a consentire al diritto comunitario di reperire in se stesso le risorse necessarie per garantire, in caso di necessità, il rispetto dei diritti fondamentali che formano il patrimonio comune degli Stati membri». Al riguardo, l'Avvocato generale aggiungeva che già nella sentenza *Stauder* era stato riconosciuto che il sistema comunitario assicurava tutela autonoma ai diritti fondamentali. In quest'occasione, la Corte avrebbe dovuto ri-

²⁷ Corte costituzionale, sentenza del 16 dicembre 1965, n. 98, punto 2 del considerato in diritto.

badire tale aspetto «con maggiore energia poiché questa fattispecie ve ne offre singolarmente il destro»²⁸.

Da parte sua, la Corte, nel non ravvisare vizi nei regolamenti, affermò che il rinvio a norme o nozioni di diritto interno per valutare la legittimità di atti comunitari avrebbe leso l’unità e l’efficacia del diritto sovranazionale, la validità del quale poteva essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario. Pertanto, l’eventuale violazione di diritti fondamentali o principi riconosciuti in una Costituzione nazionale non avrebbe potuto assumere rilievo. Tuttavia, sarebbe stato opportuno accertare se non fosse stata violata una garanzia analoga, inerente al diritto comunitario, posto che «la tutela dei diritti fondamentali costituisce [...] parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l’osservanza» e che «la salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l’ambito della struttura e delle finalità della Comunità»²⁹.

Con una formulazione più chiara e completa, la Corte giunse quindi a legittimare il suo ruolo quanto alla verifica del rispetto dei diritti fondamentali, ricavando essi dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e così cominciando a inserire nell’ordinamento comunitario i principi propri dello Stato di diritto³⁰. Iniziavano in questo modo a valorizzarsi le convergenze giuridiche del diritto degli Stati membri³¹.

Va comunque ricordato che, in precedenza, affrontando sempre il tema dello sviamento di potere, l’Avvocato generale Lagrange aveva avuto modo di affermare che la Corte di giustizia non fosse un foro internazionale, ma il foro di una Comunità creata su un modello prossimo a quello di un organismo federale, e che il Trattato CECA, ancorché concluso nella forma dei trattati internazionali, rappresentava dal punto di vista materiale la carta della Comunità, con la conseguenza che le norme giuridiche da esso promananti costituivano il diritto interno della CECA. Pertanto, quanto alle fonti del diritto comunitario, nulla vietava di ricercarle, all’occorrenza, nel diritto internazionale, ma «normalmente e molto spesso,

²⁸ Conclusioni dell’Avvocato generale Alain Dutheillet De Lamothe, 2 dicembre 1970, causa 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, p. 1149.

²⁹ Corte di giustizia, 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, punti 3-4.

³⁰ J.N. CUNHA RODRIGUES, *The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order*, in M.P. MADURO, L. AZOULAI (eds), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, p. 93.

³¹ P. PESCATORE, *L’ordre juridique des Communautés européennes: Etude des sources du droit communautaire*, Press Universitaire de Liège, 1975, p. 172.

le troveremo piuttosto nel diritto interno dei vari Stati membri»³². Inoltre, Andreas Matthias Donner, che fu Presidente della Corte di giustizia, in un articolo del 1963 aveva ritenuto che «the real sources of [Community] law are mainly the national laws of the states»³³.

Successivamente, in *Nold*, la Corte fece riferimento non solo alle tradizioni costituzionali quali fonti da cui ricavare i diritti, ma anche ai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo conclusi da parte degli Stati membri³⁴ e, in *Rutili*, fu richiamata per la prima volta la CEDU³⁵.

Sembrava così darsi risposta alla Corte costituzionale italiana che, nella sentenza *Frontini* del 1973, aveva identificato nei principi fondamentali e nei diritti inviolabili garantiti a livello costituzionale i controllimiti dell'apertura dell'ordinamento interno al diritto comunitario³⁶, e al Tribunale costituzionale federale tedesco che, nella pronuncia c.d. *Solange I* del 1974, aveva affermato che, fintantoché l'ordinamento comunitario non avesse assicurato una protezione in favore dei diritti fondamentali equipollente a quella prevista dalla Costituzione tedesca, il Tri-

³² Conclusioni dell'Avvocato generale Maurice Lagrange, 12 giugno 1956, *Fédération charbonnière de Belgique c. Alta Autorità*, p. 258.

³³ A.M. DONNER, *National Law and the Case Law of the Court of Justice of the European Communities*, in *Common Market Law Review*, 1963-1964, p. 9. Per osservazioni simili si vedano M. LAGRANGE, *L'ordre juridique de la C.E.C.A. vu a travers la jurisprudence de sa Cour de Justice*, in *Revue de droit public et de la science politique*, 1958, p. 845, 850; F. DUMON, *La formation de la règle de droit dans les Communautés européennes*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1960, p. 84; A. MIGLIAZZA, *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, Giuffrè, 1961, p. 372.

³⁴ Corte di giustizia, 14 maggio 1974, causa 4-73, *Nold KG c. Commissione*, punto 13. Vale la pena ricordare che, nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale Trabucchi sottolineò che i diritti fondamentali si configuravano come «diritti essenziali sui quali si basa ogni convivenza civile. Il rispetto dovuto alla libertà, alla proprietà, l'affermazione dei principi di uguaglianza, di non discriminazione, di proporzionalità – per citare solo alcune delle espressioni più sicure – fanno parte di quella concezione del diritto che inquadra e regge tutto il sistema comunitario il quale mai potrebbe sottrarsi anche nelle singole applicazioni» e che essi integravano «principi *quarum causa omne ius constitutum est*: li ritroviamo negli antichi diritti, come la ragione scritta della convivenza umana, li ritroviamo nei codici dell'Ottocento, che appunto sono stati concepiti per fissare in articoli la validità di tali affermazioni; li ritroviamo ora più solennemente proclamati nelle moderne costituzioni; tra queste, nell'articolo 14 della costituzione germanica invocato nella presente causa. Di fronte a tali principi, si deve fermare rispettosa l'attività dei poteri comunitari: e il compito della Corte è quello di assicurarne la piena applicazione. La Corte tutela l'osservanza di questi diritti essenziali, che devono essere fatti propri dalla Comunità mediante il riconoscimento di limiti all'attività degli organi e dei soggetti e mediante l'eventuale attribuzione di responsabilità» (conclusioni dell'Avvocato generale Alberto Trabucchi, 28 marzo 1974, causa 4-73, *Nold KG c. Commissione*, pp. 512-513).

³⁵ Corte di giustizia, 28 ottobre 1975, causa 36-75, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, punto 32.

³⁶ Corte costituzionale, sentenza del 18 dicembre 1973, n. 183.

bunale medesimo sarebbe stato legittimato a controllare gli atti comunitari relativamente a tale profilo³⁷.

La giurisprudenza della Corte continuò a svilupparsi³⁸. Nel frattempo, anche le altre istituzioni avevano iniziato a confrontarsi con il tema della tutela dei diritti fondamentali. Nel 1977, il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione adottarono una Dichiarazione comune nella quale, prendendo atto del percorso intrapreso dai giudici di Lussemburgo, riconobbero l’importanza da loro ascritta alla protezione dei diritti quali risultanti dalle Costituzioni degli Stati membri e dalla CEDU e che, nell’esercizio dei loro poteri e nel perseguimento degli obiettivi delle Comunità, essi rispettavano e avrebbero continuato a rispettare³⁹. Ferma l’importanza politica di tale documento, la possibilità di addivenire all’elaborazione di una carta dei diritti nel contesto comunitario venne scartata dal Parlamento europeo e dalla Commissione in ragione del diverso approccio seguito dai vari Stati membri quanto ai diritti economici e sociali⁴⁰.

³⁷ 2 BVerfGE 37, 271.

³⁸ Si vedano, per esempio, Corte di giustizia, 13 luglio 1989, causa C-5/88, *Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* e 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT c. DEP*. Nella vastissima bibliografia in materia, si prendano in considerazione almeno M.H. MENDELSON, *The European Court of Justice and Human Rights*, in *Yearbook of European Law*, 1981, p. 125 e ss.; G.L. TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Giuffrè, 1984, p. 717 e ss.; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, p. 588 e ss.; H.G. SCHERMERS, *The European Communities Bound by Fundamental Human Rights*, in *Common Market Law Review*, 1990, p. 29 e ss.; G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 1992, p. 426 e ss.; M. DAUSES, *The Protection of Fundamental Rights in the Community Legal Order*, in *European Law Review*, 1985, p. 398 e ss.; K. LENAERTS, *Fundamental Rights in the European Union*, in *European Law Review*, 2000, p. 575 e ss.; F.G. JACOBS, *Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2001, p. 331 e ss.; R. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti nell’ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2008, p. 851 e ss.; A. TIZZANO, *The Role of the ECJ in the Protection of Fundamental Rights*, in A. ARNULL, P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford University Press, 2008, p. 125 e ss.; F. FABBRINI, *Human Rights in the EU: Historical, Comparative and Critical Perspectives*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2017, p. 69 e ss..

³⁹ Dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione riguardante il rispetto dei diritti fondamentali e della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, in G.U. C. 103 del 27 aprile 1977, p. 1.

⁴⁰ M. PARODI, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU*, cit., p. 40. Al riguardo, F. CAPOTORTI, *Sull’eventuale adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1980, p. 6, affermava che «in ultima analisi, la Commissione mostra di preferire l’ipotesi dell’adesione a quella di un catalogo “concepito per i bisogni specifici della Comunità”, poiché pensa che la prima possa realizzarsi più rapidamente della seconda; d’altra parte, essa è convinta che la protezione dei diritti fondamentali in base alla Convenzione sia più efficace di quella fornita dai

Per via di ciò, si iniziò a riflettere circa la possibilità di un'adesione alla CEDU, la quale però fu esclusa dalla Corte di giustizia con il noto parere 2/94 sulla base del fatto che nessuna disposizione del Trattato attribuiva alle istituzioni il potere di dettare norme in materia di diritti dell'uomo o di concludere convenzioni internazionali in tale settore⁴¹. Ulteriormente, la Corte rilevò che neppure la clausola di flessibilità avrebbe potuto essere utilizzata in questo caso, visto che l'adesione alla CEDU avrebbe comportato una modifica sostanziale del regime comunitario di tutela dei diritti dell'uomo e l'integrazione del complesso delle disposizioni della CEDU nell'ordinamento delle Comunità, ossia cambiamenti aventi una rilevanza costituzionale, tali da esulare dai limiti della clausola in parola⁴².

A livello di Trattati, si segnalano i timidi passi in avanti compiuti con l'Atto unico europeo del 1986 e il Trattato di Maastricht del 1992. Nel preambolo del primo gli Stati membri si dichiaravano decisi a "promuovere insieme la democrazia basandosi sui diritti fondamentali". Nel preambolo del secondo affermavano il loro attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dello Stato di diritto.

La rilevanza sul piano politico di tali indicazioni non può essere di certo negata, come però non può negarsi che esse, trovandosi nei preamboli, non integravano un obbligo né per gli Stati membri, né per le istituzioni comunitarie. Di maggior rilievo è il fatto che il Trattato di Maastricht prevedeva l'impegno dell'Unione

principi comuni agli Stati membri, sia sotto il profilo della certezza del diritto, sia sotto quello dei mezzi di ricorso nei casi di violazione». Con riferimento all'elaborazione di una carta dei diritti, A. ROTTOLA, *Il problema della tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 227, osservava che «i vantaggi derivanti dall'introduzione di un catalogo del genere sarebbero innegabili. Si favorirebbe, innanzitutto, il rafforzamento della certezza del diritto, evitando in ogni caso di fornire spunti polemici a tutti coloro che non si sentono appagati dall'attuale soluzione "pretoriale". Si fornirebbero, poi, alla stessa Corte comunitaria elementi di natura testuale ed esegetica nel quadro comunitario. È appena il caso di rilevare che la redazione di un catalogo siffatto presenta non poche difficoltà, soprattutto se si è dell'avviso – e chi scrive è di questo avviso – che il catalogo in parola, per acquistare efficacia vincolante, debba essere contenuto in un accordo che consentirebbe di proteggere più efficacemente i diritti umani ed integrativo dei trattati istitutivi, da ratificarsi da parte degli Stati membri».

⁴¹ Corte di giustizia, 28 marzo 1996, avis 2/94, *Adbésion de la Communauté à la CEDH*, punto 27. Per alcuni commenti dell'epoca, A. BULTRINI, *La questione dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo di fronte alla Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, p. 97 e ss.; G. GAJA, *Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, given on 28 March 1996, not yet reported*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 975 e ss.; L.S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 839 e ss.; G. TIBERI, *La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 437 e ss..

⁴² Avis 2/94, cit., punti 34-35.

europea a rispettare i diritti fondamentali quali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario (art. F, par. 2).

Un passo avanti decisivo fu compiuto con il Trattato di Amsterdam del 1997, grazie al quale i principi fondativi dell’Unione furono spostati nell’articolo (art. F, come modificato) e venne introdotta una procedura attraverso la quale il Consiglio avrebbe potuto constatare l’esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro di quei principi ed eventualmente sanzionare quello Stato stabilendo di sospendere alcuni dei diritti derivanti dall’applicazione del Trattato, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo in seno al Consiglio stesso (art. F.1).

4. Dalla Carta dei diritti fondamentali a oggi (2000-2024)

Nel 2000, il patrimonio costituzionale europeo⁴³ si arricchì di un ulteriore, significativo tassello grazie alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea⁴⁴. Proclamata solennemente dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione europea a Nizza il 7 dicembre 2000, essa si configura come un elenco di diritti fondamentali, suddiviso in sette capi, dedicati rispettivamente a Dignità (Capo I), Libertà (Capo II), Uguaglianza (Capo III), Solidarietà (Capo IV), Cittadinanza (Capo V), Giustizia (Capo VI) e Disposizioni generali (Capo VII).

⁴³ L’espressione è di A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale comune*, Il Mulino, 2002.

⁴⁴ *Ex multis*, si vedano R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione - Introduzione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 882 e ss.; A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1307 e ss.; G. TELESE, *Dal Trattato di Amsterdam alla proclamazione della Carta dei diritti dell’Unione europea: recenti sviluppi nella codificazione dei diritti fondamentali in ambito comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 100 e ss.; G. DE BÚRCA, *The drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 2001, p. 126 e ss.; R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 2002 e ss.; A. WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 31 e ss.; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2004, p. 72 e ss.; L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2008, p. 655 e ss.; D. DENMAN, *The Charter of Fundamental Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2010, p. 349 e ss.; L.S. ROSSI, *‘Stesso valore giuridico dei Trattati?’ Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2016, p. 329 e ss.

L'influenza della CEDU è ben evidente nelle previsioni dei Capi I, II, III e VI⁴⁵, ove sono individuate figure tradizionali di diritti (es., diritto alla vita, proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, proibizione della schiavitù e del lavoro forzato, diritto alla libertà e alla sicurezza, rispetto della vita privata e familiare, diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale), assieme ad altre di più recente emersione (es., protezione dei dati di carattere personale, diritti del bambino, diritti degli anziani). Il Capo IV si concentra sui diritti sociali, mentre il Capo V attiene per lo più ai diritti (politici e non) derivanti dalla cittadinanza europea. Il Capo VII è di interesse dato che in esso vengono affrontate le questioni concernenti l'ambito di applicazione della Carta (art. 51), la portata dei diritti garantiti (art. 52), il livello di protezione (art. 53) e il divieto dell'abuso di diritto (art. 54). In particolar modo, merita ricordare la previsione contenuta all'art. 52, par. 3, ove si afferma che, se la Carta contiene diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla CEDU medesima, fermo il fatto che ciò non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. Tale previsione è allora da intendersi come un trasformatore permanente o, se si preferisce, un ponte tra Carta e CEDU, grazie al quale la CEDU assurge al rango di *minimum threshold* della protezione dei diritti fondamentali.

In origine, data la modalità peculiare con la quale era stata adottata, la Carta dei diritti fondamentali non si configurava come un atto giuridicamente vincolante. Ciò non impedì agli Avvocati generali⁴⁶, prima, e alla Corte di giustizia⁴⁷, poi, di richiamarla al fine di offrire una ricostruzione dei diritti fondamentali quali principi generali di diritto dell'Unione.

A seguito del fallimento del Trattato che adotta(va) una Costituzione per l'Europa, il quale riproduceva integralmente il testo della Carta nella Parte II, il problema della natura vincolante della Carta è stato risolto con il Trattato di Li-

⁴⁵ A conferma di questo si considerino, oltre alle formulazioni dei singoli articoli, i rimandi alle rilevanti previsioni della CEDU contenute nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, uno strumento (non vincolante) di interpretazione delle disposizioni della Carta elaborato dal *Praesidium*, l'organo che si occupò di redigere materialmente il testo della stessa. Sulle Spiegazioni, V. SCIARABBA, *Le 'spiegazioni' della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, pp. 59 e ss. e A. DI STASI, *Brevi osservazioni intorno alle «spiegazioni» alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in L. PANELLA, C. ZANGHÌ (a cura di), *Il trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Giappichelli, 2010, p. 425 e ss.

⁴⁶ Il primo riferimento è contenuto nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, 8 febbraio 2001, causa C-173/99, *BECTU*, punti 27-28.

⁴⁷ A partire almeno da Corte di giustizia, 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, punto 38.

sbona, visto che, ai sensi dell’art. 6, par. 1, TUE, la Carta ha lo stesso valore giuridico dei Trattati, fermo il fatto che essa non estende le competenze attribuite all’Unione.

Attualmente, i diritti fondamentali sono collocati altresì tra i valori fondativi dell’Unione, elencati all’art. 2 TUE⁴⁸, e dunque anche in relazione a essi è attivabile la procedura di tutela prevista dall’art. 7 TUE. Al riguardo, giova fare presente che, in seguito a un intervento di riforma operato tramite il Trattato di Nizza alla luce di quanto accaduto in Austria alla fine degli anni Novanta, quando si registrò un importante successo elettorale del *Freiheitliche Partei Österreichs*, partito di destra guidato da Jörg Haider⁴⁹, la procedura può essere attivata per constatare un evidente rischio di violazione grave di un valore da parte di uno Stato membro (art. 7, par. 1) o l’esistenza di una violazione grave e persistente (art. 7, par. 2). Solo nel secondo caso è però permesso al Consiglio di applicare sanzioni (art. 7, par. 3)⁵⁰.

L’art. 6 TUE merita di essere preso in considerazione per ulteriori ragioni⁵¹. Intanto, al par. 3, si conferma la giurisprudenza della Corte e la previsione già in-

⁴⁸ Per un’introduzione, U. VILLANI, *Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e stato di diritto nell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2007, p. 27 e ss.; V. CONSTANTINESCO, *Les valeurs de l’Union, quelques précisions et mises à jour complémentaires*, in L. POTVIN-SOLIS (sous la direction de), *Les valeurs communes dans l’Union européenne*, Bruylant, 2014, p. 47 e ss.; E. LEVITS, *L’Union européenne en tant que communauté de valeurs partagées – les conséquences juridiques des articles 2 et 7 du traité sur l’Union européenne pour les États membres*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l’Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, 2018, p. 509 e ss.; L.S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L’Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell’UE e rimedi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 17 giugno 2020. Si nota, *en passant*, che, mentre nel Trattato di Amsterdam si parlava di principi, nel Trattato di Lisbona si fa ricorso al termine “valori”.

⁴⁹ Su tale vicenda, R. CAFARI PANICO, *Le sanzioni europee nel caso Haider*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, p. 201 e ss. e L.S. ROSSI, *La reazione comune degli Stati membri dell’Unione europea nel caso Haider*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 1 e ss.

⁵⁰ Sulla procedura ex art. 7 TUE, P.Y. MONJAL, *Le traité d’Amsterdam et la procédure en constatation politique de manquement aux principes de l’Union*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, p. 68 e ss.; B. NASCIMBENE, *Le sanzioni ex art. 7 TUE*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2002, pp. 192 e ss.; W. SADURSKI, *Adding a Bite to a Bark? A Story of Article 7, the EU Enlargement, and Jörg Haider*, in *Columbia Journal of European Law*, 2010, p. 385 e ss.; L. BESSELINK, *The Bite, the Bark, and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States’ Compliance*, Oxford University Press, 2017, p. 128 e ss.

⁵¹ Su tale previsione a seguito del Trattato di Lisbona, si vedano almeno I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, in S. GRILLER, J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer, 2008, p. 235 e ss.; L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d’insieme*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2009, p. 645 e ss.; F. SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *La Comunità internazionale*, 2009, p. 43 e ss..

trodotta con il Trattato di Maastricht, secondo cui i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

È, però e soprattutto, il par. 2 che merita attenzione, visto che in esso si stabilisce che l'Unione aderisce alla CEDU. A tale tema è dedicato anche il Protocollo n. 8, nel quale si prevede che l'accordo di adesione deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, in particolare per quanto riguarda le peculiari modalità dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della CEDU e i meccanismi necessari ad assicurare che i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzati correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all'Unione (art. 1). Ulteriormente, l'adesione non deve incidere né sulle competenze, né sulle attribuzioni dell'Unione, né sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della CEDU (art. 2). A conferma di tali indicazioni, si consideri anche la Dichiarazione n. 2 allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che adottò il Trattato di Lisbona, relativa all'arti. 6, par. 2, TUE, ove si afferma che l'adesione deve realizzarsi con modalità atte a preservare le specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione⁵².

Un progetto di accordo di adesione fu in effetti predisposto⁵³, ma si scontrò con il noto parere 2/13 della Corte di giustizia, nel quale i giudici di Lussemburgo identificarono una serie di criticità. Per esempio, la Corte di giustizia rilevò che

⁵² Tra i molti contributi in materia, si segnalano A. GIANNELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 678 e ss.; P. MENGOLZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 231 e ss.; T. LOCK, *EU accession to the ECHR: implications for judicial review in Strasbourg*, in *European Law Review*, 2010, p. 777 e ss.; J.P. JACQUÉ, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 995 e ss.; A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 29 e ss.; F. TULKENS, *Pour et vers une organisation harmonieuse*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2011, p. 26 e ss.; I. ANRÒ, *L'adesione dell'UE alla CEDU*, Giuffrè, 2015; T. VON DANWITZ, *L'Union européenne et l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'Homme*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 317 e ss.; M. PARODI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, cit., p. 73.

⁵³ Sul progetto di accordo, T. LOCK, *End of an epic? The draft agreement on the EU's accession to the ECHR*, in *Yearbook of European Law*, 2012, p. 162 e ss.; R. BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR: The rationale for the ECJ's prior involvement mechanism*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1305 e ss.; P. CRAIG, *EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, p. 1114 e ss.; C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un percorso non ancora concluso*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 487 e ss.; P. GRAGL, *The Accession of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2013; V. KOSTA, N. SKOUTARIS, V. TZEVELEKOS, *The EU Accession to the ECHR*, Oxford University Press, 2014.

l'articolo 53 CEDU riserva la facoltà per le Parti contraenti di prevedere standard di tutela dei diritti fondamentali più elevati di quelli garantiti dalla CEDU stessa, ma occorre assicurare una forma di coordinamento tra tale norma e l'articolo 53 della Carta, al fine di evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta stessa, nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione⁵⁴.

Inoltre, va considerato il ruolo del principio della fiducia reciproca, il quale impone a ciascuno Stato membro di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo. Quando attuano il diritto dell'Unione, gli Stati membri possono allora essere tenuti a presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, e pertanto è a essi preclusa la possibilità di esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione e, salvo casi eccezionali, di verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione. L'accordo, nell'equiparare l'Unione a uno Stato contraente e nell'attribuire a essa una posizione del tutto identica a quella di qualsiasi altra Parte contraente, contravveniva alla natura intrinseca dell'Unione, omettendo di considerare il fatto che gli Stati membri, in virtù della loro appartenenza all'Unione, hanno accettato che i loro reciproci rapporti sono disciplinati dal diritto di quest'ultima, con esclusione, se così prescritto da tale diritto, di qualsiasi altro diritto. Perciò, nei limiti in cui la CEDU esigerebbe da uno Stato membro la verifica del rispetto dei diritti fondamentali da parte di un altro Stato membro, ancorché il diritto dell'Unione imponga la fiducia reciproca tra tali Stati membri, l'adesione avrebbe compromesso l'equilibrio sul quale l'Unione si fonda, nonché l'autonomia del diritto dell'Unione⁵⁵.

A ciò si aggiungeva il fatto che il Protocollo n. 16 alla CEDU autorizza le più alte giurisdizioni degli Stati membri a richiedere alla Corte di Strasburgo pareri consultivi su questioni di principio concernenti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti riconosciuti dalla CEDU e dai suoi protocolli, mentre il diritto dell'Unione prevede il rinvio pregiudiziale all'art. 267 TFUE. Dunque, il meccanismo definito dal Protocollo n. 16 avrebbe potuto recare pregiudizio all'autonomia e all'efficacia della procedura di rinvio pregiudiziale, che avrebbe potuto essere elusa⁵⁶.

⁵⁴ Corte di giustizia, 18 dicembre 2014, avis 2/13, *Adbésion de l'Union à la CEDH*, punti 189-190.

⁵⁵ *Ibid.*, punti 191-194.

⁵⁶ *Ibid.*, punti 196-199.

Infine, è da considerare che un accordo internazionale non può pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati e, quindi, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione. Tale principio trova espressione, in particolare, nell'art. 344 TFUE, ai sensi del quale gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti da questi ultimi. Tuttavia, il progetto di accordo di adesione lasciava intatta la possibilità che l'Unione o gli Stati membri potessero sottoporre alla Corte di Strasburgo un ricorso *ex art. 33 CEDU* avente a oggetto un'asserita violazione della CEDU commessa, rispettivamente, da uno Stato membro o dall'Unione, correlata al diritto dell'Unione⁵⁷.

Si capisce dunque perché la Corte di giustizia è giunta a escludere che il progetto di accordo fosse compatibile con i Trattati. Ciò portò a un arresto nei negoziati, i quali sono ripresi solo nel 2020⁵⁸. A marzo 2023, si è svolto l'ultimo incontro dell'organo incaricato di portare avanti le trattative, nell'ambito del quale è stato adottato un testo rivisto dell'accordo di adesione⁵⁹.

I problemi di fondo identificati dalla Corte di giustizia sembrano essere stati affrontati, stabilendosi per esempio che l'art. 53 CEDU non deve essere interpretato come un divieto per le Parti contraenti di applicare congiuntamente un livello comune di protezione dei diritti giuridicamente vincolante, a condizione che esso non sia inferiore al livello di protezione garantito dalla CEDU e dai Protocolli, come interpretati dalla Corte di Strasburgo (art. 1, par. 9).

⁵⁷ Ibid., punti 201-207. Per un commento al parere della Corte, tra i molteplici, B. DE WITTE, S. IMAMOVIĆ, *Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court*, in *European Law Review*, 2015, p. 683 e ss.; V. DI COMITE, *Autonomia o controllo esterno? Il dilemma dell'adesione dell'UE alla CEDU alla luce del parere 2/13*, in *La Comunità internazionale*, 2015, p. 223 e ss.; P. GRAGL, *The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2015, p. 27 e ss.; S. LAMBRECHT, *The Sting is in the Tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2015, p. 185 e ss.; E. SPAVENTA, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, p. 35 e ss.; S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 68 e ss.; T. VON DANWITZ, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union sur le fondement de l'Avis 2/13*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, cit., p. 1020 e ss.

⁵⁸ Cfr. <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/accession-of-the-european-union-to-the-european-convention-on-human-rights>.

⁵⁹ Cfr. <https://rm.coe.int/final-consolidated-version-of-the-draft-accession-instruments/1680aaacd>. Per un commento, E. DI FRANCO, M. CORREIRA DE CARVALHO, *Mutual Trust and EU Accession to the ECHR: Are We Over the Opinion 2/13 Hurdle?*, in *European Papers*, 2023, p. 1221 e ss.

Si prevede che l’adesione dell’Unione europea alla CEDU non pregiudica l’applicazione del principio della fiducia reciproca all’interno dell’Unione europea (art.6) e che, qualora un organo giurisdizionale di uno Stato membro che ha ratificato il Protocollo n. 16, nell’ambito di una causa pendente dinanzi a esso, si imbatte in una questione relativa all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti nella Convenzione o nei suoi Protocolli, tale organo giurisdizionale non è considerato come organo giurisdizionale supremo di una Parte contraente ai fini del Protocollo n. 16 se la questione rientra nel campo di applicazione del diritto dell’Unione europea (art. 5).

Infine, l’Unione europea e i suoi Stati membri non si avvalgono dell’art. 33 CEDU nelle loro relazioni reciproche e nella misura in cui una controversia tra loro riguarda l’interpretazione o l’applicazione del diritto dell’Unione europea. In ogni caso, la Corte di Strasburgo concede all’Unione europea, su richiesta, il tempo sufficiente per valutare, in via prioritaria, se e in quale misura una controversia ai sensi dell’art. 33 tra Stati membri dell’Unione europea riguarda l’interpretazione o l’applicazione del diritto dell’Unione europea (art. 4, paragrafi 3-4).

5. Conclusioni

Dall’*excursus* ora proposto risulta chiaro che la logica dei piccoli passi, che contraddistingue fin dalle origini il processo di integrazione europea, vale anche per la tutela dei diritti fondamentali. All’inizio, infatti, i Trattati istitutivi nulla prevedevano in materia. Oggi, invece, l’Unione europea può contare su una Carta dei diritti fondamentali che rientra tra le fonti di diritto primario, su un raccordo costante con la CEDU grazie all’art. 52, par. 3, di tale Carta e su una copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia concernente la protezione dei diritti. È evidente che il sistema è evoluto in maniera significativa per quel che riguarda tale ambito.

Il prossimo passo sembra essere quello dell’adesione dell’Unione alla CEDU. Relativamente a ciò, è stato detto che l’adesione avrebbe una valenza non esclusivamente simbolica, visto che permetterebbe di chiarire la situazione relativa agli Stati che siano contemporaneamente membri dell’Unione e Parti contraenti della Convenzione ove essi debbano fare fronte a obblighi contrastanti, di ridurre il rischio di impiego della dottrina dei controlimiti da parte delle Corti costituzionali e di dare un segnale forte, importante soprattutto sul piano dell’azione esterna dell’Unione⁶⁰.

⁶⁰ M. PARODI, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU*, cit., p. 73.

Questo è innegabile, però ci si può legittimamente chiedere se sia ormai necessario arrivare a un simile esito. A opinione di chi scrive, aveva un senso perseguire e realizzare tale obiettivo negli anni Settanta, Ottanta e Novanta, quando le Comunità europee, prima, e l'Unione europea, poi, non potevano contare su una carta dei diritti, ma solo su una giurisprudenza in lenta – eppure costante – formazione, attraverso cui la Corte di giustizia provava a dare vita a un *Bill of rights* non scritto. Considerato lo stato attuale di sviluppo del diritto dell'Unione europea, c'è il rischio che l'adesione alla CEDU rischi di non accrescere significativamente il livello di tutela dei diritti.

In ogni caso, prima che l'adesione si verifichi, bisognerà attendere un altro parere della Corte di giustizia. Si tratterà dunque di verificare se i giudici di Lussemburgo daranno il loro via libera o se piuttosto non riscontreranno ulteriori criticità.

A prescindere dall'esito, quel che è certo è che il percorso dell'Unione lungo la strada della protezione dei diritti fondamentali non è destinato ad arrestarsi qui, ma a continuare ancora. Il che pare confermare che tali diritti costituiscono ormai una componente centrale e imprescindibile della sua identità politica.

EPILOGO

EPILOGO

LA CORRISPONDENZA TRA GAETANO FILANGIERI E BENJAMIN FRANKLIN: LUMI PER LA FEDERAZIONE AMERICANA E L'INTEGRAZIONE EUROPEA

AMEDEO ARENA

SOMMARIO: 1. La corrispondenza Filangieri-Franklin: le nove lettere ed i loro allegati. – 2. Una corrispondenza di valori e di idee alla base della Costituzione federale degli Stati Uniti. – 2.1 “La pace è la prima legge delle nazioni”. – 2.2 La “libertà generale del commercio e dell’industria”. – 2.3 I “diritti inviolabili dell’umanità e della ragione” ed il primato della costituzione. – 3. Echi filangieriani nel processo d’integrazione europea. – 4. L’universalità del pensiero di Filangieri.

I contributi della prima parte di questo volume, intitolata *Cittadino di tutti i luoghi*, hanno mostrato come il pensiero filangieriano abbia acquisito, già a pochi anni dalla pubblicazione della *Scienza della legislazione*, rilevanza in diversi luoghi d’Italia, d’Europa e persino d’America. I contributi della seconda parte, intitolata *Contemporaneo di tutte l’età*, hanno invece evidenziato come le idee dell’illuminista napoletano abbiano mantenuto la loro valenza in epoche successive, dall’inizio dell’Ottocento fino ai giorni nostri.

Nell’epilogo a questo volume, mi propongo di intrecciare il piano geografico e quello diacronico, soffermandomi sul celebre carteggio tra Gaetano Filangieri e Benjamin Franklin, suggello di una corrispondenza di valori e di idee che hanno svolto un ruolo centrale non solo nell’ambito del federalismo americano, ma anche, in tempi più recenti, nell’ambito del processo d’integrazione europea. Sebbene la disamina della potenziale influenza del pensiero filangieriano su tali complesse dinamiche sia al di fuori della portata di questo contributo, lo stesso intende nondimeno evidenziare come i temi affrontati dal filosofo campano abbiano assunto rilevanza in processi storici tanto distanti nel tempo e nello spazio.

1. *La corrispondenza Filangieri-Franklin: le nove lettere ed i loro allegati*

Nel 1781 Franklin si trovava a Parigi, in qualità di ministro plenipotenziario degli Stati Uniti presso la corte di Luigi XVI, per negoziare il trattato che avrebbe

posto fine alle ostilità con l'Impero britannico. Nella capitale francese Franklin incontrò Luigi Pio, un diplomatico napoletano che aveva conosciuto tramite la loggia massonica delle *Neuf Sœurs*, alla quale appartenevano intellettuali del calibro di Voltaire e Sieyès. La Massoneria aveva svolto, in quegli anni, un ruolo cruciale nella diffusione in Europa delle idee della Rivoluzione americana, ma questa volta la circolazione delle idee avvenne in senso opposto: fu infatti Pio a presentare a Franklin i primi due volumi della *Scienza della legislazione*, pubblicati l'anno precedente a Napoli da un Filangieri non ancora trentenne.

Sebbene Franklin leggesse «un po' stentatamente l'italiano», fu colpito dalle riflessioni di Filangieri, che trovò esposte con «molta chiarezza e precisione», e diede a Pio una propria «produzione politica» da recapitare al filosofo campano. Filangieri fu certamente onorato, e forse anche un po' intimorito, nell'apprendere da Pio che l'intellettuale americano più noto in Europa a quel tempo fosse interessato alla *Scienza della legislazione*. Non tardò infatti a condividere la notizia con l'amico Marco Lastri, ma impiegò ben undici mesi per trovare le parole giuste da rivolgere a Franklin, al quale scrisse solo il 24 agosto 1782 (v. Appendice, lettera n. 1).

Non avendo ricevuto risposta a tale lettera, Filangieri inviò una seconda missiva il 2 dicembre dello stesso anno (v. Appendice, lettera n. 2), alla quale Franklin replicò l'11 gennaio 1783, dalla propria residenza a Passy, nei pressi di Parigi (v. Appendice, lettera n. 3). Lo statista americano espresse grande apprezzamento per i primi due volumi della *Scienza della legislazione* e si dichiarò impaziente di leggere i successivi, dedicati alle leggi penali, la branca del diritto che, secondo Franklin, necessitava più di ogni altra di profonde riforme.

Ebbe così inizio la corrispondenza Filangieri-Franklin, tradotta ed annotata nei *Papers of Benjamin Franklin*, una raccolta di oltre quaranta volumi di scritti del padre fondatore americano, promossa dall'Università di Yale e dalla American Philosophical Society a partire dal 1954. Al pari dei Curatori di tali volumi, ritengo che il carteggio in questione consti di nove lettere: sei, in italiano, scritte da Filangieri a Franklin, conservate a Filadelfia presso l'American Philosophical Society e la Historical Society of Pennsylvania (v. Appendice, lettere nn. 1, 2, 4, 5, 6, 7); due, in inglese, inviate da Franklin a Filangieri, custodite a Napoli presso il Museo Civico Filangieri (v. Appendice, lettere nn. 3 e 8); una, in francese, scritta da Charlotte Frenel, moglie di Filangieri, a Franklin per informarlo della prematura scomparsa del marito, triste epilogo del carteggio tra i due illuministi (v. Appendice, lettera n. 9).

Altre due lettere, che alcuni studiosi hanno considerato parte del carteggio tra Filangieri e Franklin, devono, ad avviso dei Curatori dei *Papers of Benjamin Franklin* e del sottoscritto, ritenersi spurie. La prima (v. Appendice, lettera spuria A) è una bozza di messaggio d'auguri in francese, priva di data e firma, scritta nella grafia

di Jacques-Donatien Le Ray de Chaumont, amico di Franklin durante il suo soggiorno a Passy. Contrariamente a quanto riportato nel catalogo della American Philosophical Society, non credo che tale messaggio fosse indirizzato a Filangieri, poiché si discosta dalla convenzione linguistica adottata da Franklin nei suoi scambi epistolari con il filosofo campano e con altri intellettuali italiani, che prevedeva l'invio di lettere in inglese e la ricezione di risposte in italiano. Vi è poi una lettera di Filangieri del 21 marzo 1784, riportata in alcune pubblicazioni come indirizzata a Franklin (v. Appendice, lettera spuria B). Secondo me, però, essa era destinata ad un'altra persona, in quanto, tra le altre cose, si apre con una formula («Ill[ustriss]mo Sig[nore] Sig[nore] e Padrone Col[endiss]mo») diversa da quella, ben più egalitaria, utilizzata da Filangieri nelle altre lettere indirizzate a Franklin («Rispettabilissimo uomo» nella prima lettera, «Rispettabile uomo» nella seconda, «Signore» nelle altre quattro), ma identica a quella impiegata da Filangieri nelle missive inviate a corrispondenti italiani, quali Domenico Pepe e Marco Lastri.

Insieme alle lettere, Filangieri e Franklin si scambiarono degli allegati. Filangieri inviò a Franklin varie copie dei primi sette tomi della *Scienza della legislazione*, un'opera monumentale rimasta tuttavia incompiuta. Franklin, da parte sua, fece pervenire a Filangieri tre allegati: nel 1781, come riferito, gli inviò una non meglio identificata «produzione politica», che i curatori dei Papers of Benjamin Franklin ritengono sia una raccolta di scritti inediti del costituente americano, curata da Benjamin Vaughan e pubblicata a Londra nel 1779 da Joseph Johnson con il titolo *Political, Miscellaneous, and Philosophical Pieces*; nel 1783, Franklin inviò all'illuminista napoletano una copia del volume *Constitutions des Treize Etats-Unis de l'Amérique*, una raccolta in lingua francese delle costituzioni dei singoli Stati americani, che lo statista americano aveva fatto recapitare a ciascun sovrano e ambasciatore europeo, nonché agli intellettuali che stimava maggiormente; infine, nel 1787, Franklin spedì a Filangieri una copia della Costituzione degli Stati Uniti d'America, appena approvata dalla Convenzione di Filadelfia ma non ancora ratificata dagli Stati. Si trattò di una grande attestazione di stima, che però giunse a destinazione soltanto il 1° luglio 1788, ossia pochi giorni prima della morte del filosofo campano, avvenuta il 21 dello stesso mese.

2. Una corrispondenza di valori e di idee alla base della Costituzione federale degli Stati Uniti

Numerosi studiosi hanno riflettuto sul significato del carteggio tra Filangieri e Franklin, interpretandolo spesso come una prova dell'influenza che il pensiero di Filangieri avrebbe esercitato su Franklin e, per suo tramite, sulla Costituzione degli Stati Uniti. Personalmente, ritengo che il vero valore di tale scambio epistolare

risiede nella profonda corrispondenza di valori e di idee tra i due intellettuali. Tale affinità emerge non tanto dal contenuto delle lettere che compongono il carteggio, quanto da una visione complessiva degli scritti e dei percorsi biografici di Filangieri e Franklin, che rivela una comune sensibilità intorno a temi rivelatisi centrali nel processo costituente della federazione americana.

2.1. *“La pace è la prima legge delle nazioni”*

Un primo punto di contatto tra Franklin e Filangieri è la loro dedizione alla causa della pace. Filangieri nacque durante la Guerra dei Sette Anni (1756-1763), un conflitto che causò oltre un milione di morti. Non sorprende, pertanto, che nella *Scienza della legislazione* si ritrovi l'affermazione «La pace è la prima legge delle nazioni, e la guerra n'è uno de' maggiori mali». Nell'*Introduzione* di tale opera, il filosofo campano denunciò la «mania militare» dei sovrani del suo tempo, i cui sforzi erano diretti a un unico obiettivo: «trovar la maniera di uccidere più uomini nel minor tempo possibile».

Tale frase deve aver colpito Franklin, come si evince dalla “v” che egli appose accanto ad essa in una delle proprie copie della *Scienza della legislazione*, oggi conservata presso la biblioteca della American Philosophical Society. Anche lo statista americano si prodigò a favore della causa della pace. Egli partecipò, insieme a John Adams e John Jay, ai negoziati del Trattato di Parigi del 1783, che pose fine alla guerra tra gli Stati Uniti e l'Impero britannico, con il riconoscimento delle tredici ex colonie americane come «free sovereign and independent states». Il 27 luglio 1783, quando la pace era ormai in vista, Franklin scrisse a Joseph Banks una frase che sarebbe divenuta celebre: «I hope [...] that mankind will at length [...] have reason and sense enough to settle their differences without cutting throats: for in my opinion there never was a good war, or a bad peace».

Franklin era però consapevole della fragilità dei trattati di pace, specialmente quelli conclusi a seguito di un conflitto così sanguinoso come quello con l'Impero britannico. In violazione del Trattato di Parigi, alcuni Stati americani continuavano ad ostacolare, con proprie leggi, il recupero dei crediti dei sudditi britannici nei confronti dei cittadini americani; per tutta risposta, l'Impero britannico manteneva una presenza militare nei forti lungo il confine settentrionale degli Stati Uniti.

Pertanto, quando in seno alla Convenzione di Filadelfia fu proposto di attribuire al Congresso un potere di veto nei confronti delle leggi statali contrarie alla Costituzione degli Stati Uniti, Franklin presentò un emendamento volto ad estendere tale potere anche nei confronti delle leggi statali incompatibili con i trattati conclusi dagli Stati Uniti. Tale proposta fu rigettata, ma al suo posto fu approvata una disposizione, che avrebbe preso il nome di *supremacy clause*, che sancì il prima-

to della Costituzione e delle leggi federali, nonché – in linea con l'emendamento proposto da Franklin – dei trattati conclusi dagli Stati Uniti sulle leggi dei singoli stati. Tale disposizione favorì la conclusione del *Jay Treaty* del 1794, che risolse diverse questioni rimaste in sospeso nei rapporti con l'Impero britannico, prevenendo il riaccendersi delle ostilità. Inoltre, nel caso *Ware v. Hylton* (1796), la Corte Suprema applicò la *supremacy clause* per dichiarare nulla una legge della Virginia che, in contrasto con il Trattato di Parigi, ostacolava il recupero dei crediti dei sudditi britannici.

2.2. La "libertà generale del commercio e dell'industria"

Un altro tema che accomuna Filangieri e Franklin è quello della libertà di commercio come premessa imprescindibile per una pace duratura. Nel secondo libro della *Scienza della legislazione*, Filangieri denunciò le «gelosie di commercio» che contrapponevano le nazioni: «Si crede comunemente che una nazione non possa guadagnare senza che le altre perdano [...] e che il grande oggetto della politica sia l'innalzare la propria grandezza sulle altrui rovine». Al contrario, egli riteneva che ci fosse uno «stretto legame [...] fra gl'interessi di ciascheduna nazione» e sosteneva che la «libertà generale dell'industria e del commercio» fosse «il solo trattato che una nazione commerciante ed industriosa dovrebbe stabilire nel suo interno e cercare al di fuori».

Franklin, allo stesso modo, criticò duramente la divisione tra le colonie americane: è a lui attribuita la celebre vignetta, pubblicata nel *Pennsylvania Gazette* il 9 maggio 1754, che rappresentò le tredici colonie come segmenti di un serpente, accompagnata dalla didascalia «Join, or Die». Tale vignetta rientrava tra le iniziative di Franklin a favore dell'*Albany Plan of Union*, un progetto che propose, senza successo, la creazione di un governo unitario per la difesa reciproca e la cooperazione tra le colonie. Inoltre, nel pamphlet *The Interest of Great Britain Considered, with Regard to her Colonies*, del 1760, Franklin osservò: «Their jealousy of each other is so great that however necessary an union of the colonies has long been [...] they have never been able to effect such an union among themselves».

Lo statista americano auspicava, in particolare, il superamento delle rivalità commerciali tra le varie colonie. Nella sua lettera del 27 settembre 1760 a David Hume, autore del saggio *Of the Jealousy of Trade*, Franklin espresse l'auspicio che quella pubblicazione potesse portare a un «Abatement of the Jealousy that reigns here of the Commerce of the Colonies». Eppure, tali rivalità persistettero anche dopo la Dichiarazione d'indipendenza: ad esempio, nel 1785 lo stato di New York impose sulle merci importate da Connecticut, New Jersey, Rhode Island e

Pennsylvania gli stessi dazi applicabili alle merci provenienti dalla Gran Bretagna, scatenando ritorsioni commerciali da parte di tali Stati.

La situazione iniziò a mutare soltanto con la Convenzione di Filadelfia, che inserì nella Costituzione degli Stati Uniti la c.d. *commerce clause*, con la quale si attribuì al Congresso la competenza a regolare il commercio tra i vari Stati e con le nazioni straniere. Alexander Hamilton, in linea con il proprio sostegno ad un governo federale dagli ampi poteri, riteneva che tale clausola conferisse al legislatore federale una «competenza esclusiva» in materia di commercio tra gli Stati; James Madison sosteneva che tale clausola aveva altresì una portata «negativa e preventiva» nei confronti delle leggi protezionistiche adottate dai singoli Stati che potessero ledere gli interessi economici della nazione. Tali interpretazioni furono accolte dalla Corte Suprema con la pronuncia *Gibbons v. Ogden* del 1824, nella quale i giudici statunitensi chiarirono che la *commerce clause* aveva conferito al Congresso il potere esclusivo di regolamentare il commercio interstatale e che la normativa federale adottata sulla base di tale clausola prevaleva sulle leggi statali che interferivano con gli scambi commerciali tra gli Stati.

Un tema strettamente connesso alla libertà di commercio è quello della libertà di concorrenza. Filangieri affrontò anche tale argomento nel secondo libro della *Scienza della legislazione*: «Il primo oggetto [...] della protezione delle leggi [...] sarebbe di animare la concorrenza [...] colla soppressione di queste cause che la restringono e la distruggono». Per tale ragione, l'illuminista napoletano auspicava, tra le altre cose, la «costruzione delle strade e de' canali di comunicazione»: «facilitando il trasporto de' prodotti delle varie provincie d'uno Stato, accelerando il traffico interno, e facilitando la comunicazione» tali opere rappresentavano «il più grande urto che si possa dare al commercio ed all'industria». «Avvicinate gli uomini», sosteneva Filangieri, «e voi li renderete industriosi ed attivi: separateli, e voi li renderete tanti selvaggi incapaci d'aver l'idea istessa della loro perfettibilità».

Anche Franklin dimostrò una particolare sensibilità verso il tema della concorrenza, definendola, in una lettera a Benjamin Vaughan del 26 luglio 1784, «a great Spur to Labor and Industry». A riprova di tale affermazione, Franklin raccontava l'aneddoto di come aver regalato un cappello alla moda alla figlia del suo marinaio avesse acceso tra le sue coetanee uno spirito di rivalità, inducendole a confezionare guanti da vendere a Filadelfia per poter acquistare dei copricapi simili. Non sorprende pertanto che, in seno alla Convenzione di Filadelfia, fu proprio Franklin a proporre un emendamento che avrebbe attribuito al Congresso il potere di realizzare canali navigabili, previsione che tuttavia non venne approvata.

Sebbene la Costituzione federale del 1787 non sancisse espressamente la libertà di concorrenza, tale principio non era estraneo alla giurisprudenza di *common law* e trovò riconoscimento nella legislazione di alcuni Stati. A livello federale, il

punto di svolta fu l'adozione, nel 1890, dello *Sherman Antitrust Act*, che vietò gli accordi restrittivi del commercio e le pratiche unilaterali volte a monopolizzare il commercio. Tale legge fu affiancata, nel 1914, dal *Clayton Antitrust Act*, che vietò altre pratiche anticoncorrenziali, quali le discriminazioni di prezzo, i contratti di esclusiva, le pratiche leganti, nonché le acquisizioni e le concentrazioni che comportavano una significativa riduzione della concorrenza o tendevano a creare un monopolio.

2.3. I «diritti inviolabili dell'umanità e della ragione» ed il primato della costituzione

Un'altra tematica che lega Filangieri e Franklin è quella dei diritti umani e della loro tutela attraverso una costituzione sovraordinata alle leggi. Nella *Scienza della legislazione*, Filangieri accennò ad alcuni «diritti inviolabili dell'umanità e della ragione» e sottolineò la necessità di sancirli in «un piccolo codice a parte delle vere leggi fondamentali», che determinino «la vera natura della costituzione, i diritti e i limiti dell'autorità» di ciascun potere pubblico. Egli affermò inoltre che «la legislazione [...] non deve, né può distruggere la costituzione», ribadendone così il primato sulle altre fonti del diritto. Il concetto filangieriano del primato della costituzione fu ripreso e sviluppato da Francesco Mario Pagano, suo fraterno amico e professore di diritto criminale presso l'Università di Napoli. Nel suo progetto di Costituzione per la Repubblica Napoletana del 1799, Pagano affidò la "custodia della costituzione" al Corpo degli Efori, un organo con il compito di verificare che ciascun potere rispettasse i propri limiti costituzionali, di annullare gli atti che oltrepassassero tali limiti e di rappresentare al Corpo legislativo l'abrogazione delle leggi contrarie ai principi della costituzione, rappresentando così uno dei primi esempi di controllo di costituzionalità in Europa.

Filangieri, inoltre, si fece portatore di una visione unitaria dello Stato e criticò aspramente i particolarismi locali: «Cosa è feudalità? È una specie di governo che divide lo Stato in tanti piccoli Stati, la sovranità in tante piccole sovranità; [...] che non ripartisce l'esercizio dell'autorità, ma divide, distrae, ed aliena il potere istesso; che spezza il nodo sociale invece di restringerlo; che dà al popolo molti tiranni invece di un solo real re».

Sull'altra sponda dell'Atlantico, Franklin non solo aveva partecipato alla stesura della Dichiarazione d'indipendenza del 4 luglio 1776, in cui si affermava che tutti gli uomini erano dotati di certi «unalienable Rights», tra i quali «Life, Liberty, and the pursuit of Happiness», ma aveva altresì presieduto la Convenzione alla quale si deve l'approvazione della *Declaration of Rights* della Pennsylvania, un «catalogo» di diritti naturali, intrinseci ed inalienabili riconosciuti a tutti gli uomini, e del *Plan or Frame of Government*, la carta costituzionale della Pennsylvania, che all'art. 27 assegnava a un

Council of Censors il compito di vigilare sull'osservanza della costituzione e di raccomandare al legislatore l'abrogazione delle leggi incostituzionali.

Non altrettanto pacifico fu il primato della prima costituzione degli Stati Uniti, gli *Articles of Confederation* del 1777, rispetto alle leggi dei singoli Stati. Ciò indusse, come riferito, i delegati della Convenzione di Filadelfia ad inserire nella Costituzione federale del 1787 una *supremacy clause*, in base alla quale tale costituzione, le leggi federali, ed i trattati conclusi dagli Stati uniti avrebbero costituito «the supreme Law of the Land» ed i giudici in ogni Stato sarebbero stati tenuti al rispetto del diritto federale, nonostante qualsiasi previsione contraria contenuta nelle costituzioni o nelle leggi statali. Il primato della Costituzione federale venne dapprima affermato dalla Corte Suprema nei confronti delle leggi statali, nella citata sentenza *Ware v Hylton* del 1796, quindi nei confronti della stessa legislazione del Congresso, nella celebre pronuncia *Marbury v Madison* del 1803, in cui il *Chief Justice* John Marshall enunciò un principio alla base di tutte le costituzioni scritte: «*a Law repugnant to the Constitution is voids*».

Il primato della Costituzione federale comportò altresì il primato dei diritti umani sanciti nel *Bill of Rights*, che racchiude i primi dieci emendamenti alla Costituzione, approvati dal Congresso nel 1789 e ratificati dagli Stati nel 1791. Tali emendamenti, in un primo momento, vincolavano esclusivamente il governo federale: ad esempio, in *Ex parte Milligan*, nel 1866, la Corte Suprema dichiarò che una legge federale la quale, nel corso della Guerra Civile, aveva autorizzato i tribunali federali a processare i civili costituiva una violazione del Sesto emendamento, che sanciva il diritto ad un equo processo con giuria.

La Guerra Civile, peraltro, portò all'approvazione del Quattordicesimo emendamento, che vietava agli Stati di adottare leggi che privassero i cittadini degli Stati Uniti della vita, la libertà o la proprietà in mancanza del «due process of law». Tale clausola aprì la strada alla c.d. *incorporation* delle garanzie contenute nel *Bill of Rights*, rendendole applicabili anche nei confronti dei singoli Stati. Ad esempio, nella sentenza *Gitlow v. New York* del 1925, la Corte Suprema statuì che la libertà di espressione, sancita dal Primo emendamento, poteva essere invocato come parametro di costituzionalità nei confronti di una legge statale che puniva l'apologia del sovvertimento del governo attraverso la forza.

3. *Echi filangieriani nel processo d'integrazione europea*

Franklin intuì immediatamente che l'esperienza della Convenzione di Filadelfia avrebbe potuto costituire un modello per la creazione di una federazione tra gli Stati europei. Nella lettera del 22 ottobre 1787 al suo amico e banchiere parigi-

no Ferdinand Grand, Franklin osservò, a proposito della Costituzione degli Stati Uniti, recentemente approvata dalla Convenzione ma ancora in attesa di ratifica da parte degli Stati: «If it succeeds I do not see why you in Europe might not carry the Project of good Henry 4th into Execution, by forming a Federal Union and One Grand Republick, of all the different States and Kingdoms by means of a like Convention, for we had many Interests to reconcile».

Il progetto di Enrico IV a cui Franklin alludeva aveva costituito la principale fonte d'ispirazione per il *Conciliateur de toutes les nations d'Europe*, un'ambiziosa proposta per la pace in Europa elaborata dall'intellettuale francese Pierre-André Gargaz, al quale Franklin inviò una copia della Costituzione degli Stati Uniti con la dedica «M. Gargas, who propos'd the Union of the States of Europe». Secondo quanto riportato da John Baynes, un viaggiatore inglese che aveva incontrato Franklin a Passy nel 1783, lo statista americano gli avrebbe confidato che, sebbene il piano di Gargaz contenesse «much good-sense», affinché gli Stati europei potessero attuare tale progetto, accettando di deferire le loro controversie ad un organo terzo, sarebbero stati necessari ancora centocinquanta o duecento anni.

Questa affermazione di Franklin si rivelò profetica: numerosi progetti volti a garantire la pace in Europa si susseguirono nel tempo, ma la svolta decisiva si ebbe soltanto con la Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, che diede avvio al processo di integrazione che portò, nel 1951, alla creazione della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA). A questa si affiancarono, nel 1957, la Comunità Europea dell'Energia Atomica (CEE o Euratom) e la Comunità Economica Europea (CEE), successivamente divenuta la Comunità Europea (CE) e, da ultimo, l'Unione Europea (UE).

Il mantenimento della pace è stato, fin dalle origini, l'obiettivo principale del processo d'integrazione europea. La stessa Dichiarazione Schuman si apriva con le parole «[l]a pace mondiale», proponendo «sforzi creativi» al fine di renderla possibile e duratura. Il preambolo del Trattato CECA, del pari, vedeva i sei Stati fondatori «[r]isoluti a fondare con la instaurazione di una comunità economica la prima assise di una più vasta e più profonda comunità fra popoli per lungo tempo contrapposti da sanguinose scissioni». Sei anni dopo, il preambolo del Trattato CEE ritrovò i medesimi Stati membri «[d]eterminati a porre le fondamenta di una unione sempre più stretta fra i popoli europei» e «[r]isoluti a rafforzare, mediante la costituzione di questo complesso di risorse, le difese della pace, della libertà e facendo appello agli altri popoli d'Europa, animati dallo stesso ideale, perché si associno al loro sforzo».

Come rilevato da Robert Schuman, uno dei principali artefici di tale processo d'integrazione, fino alla Seconda guerra mondiale la cooperazione tra gli Stati europei si era manifestata «principalmente sotto la forma di trattati, di alleanze, costella-

zioni effimere fatte e disfatte a capriccio delle ambizioni e dei risentimenti», espressione che sembra fare eco alla critica filangieriana nei confronti «quei patti di confederazione e di lega che hanno la difesa per pretesto, e l'invasione per fine e per vocazione». Schuman osservò inoltre che «gli interessi» degli Stati europei «sono interdipendenti e non possono essere accolti se non attraverso l'unione di tutte le risorse» e che «in tutti i campi nulla di efficace e di durevole si può fare nell'isolamento, quando uno Stato è ridotto alle sue sole risorse», deducendone che era giunto il momento di perseguire «un bene comune, superiore all'interesse nazionale, nel quale si fondono e si confondono gli interessi particolari dei nostri Paesi». Difficile non cogliere le analogie con il pensiero di Filangieri, il quale, convinto che «nel mondo fisico, come nel politico, tutto è dipendenza, tutto è rapporto, niente è isolato», invitava i sovrani del proprio tempo a rinunciare al loro «spirito di rivalità e gelosia» e a combinare i loro «interessi» e i loro «vantaggi» con quelli «delle altre nazioni».

Per garantire una pace duratura, i padri del processo d'integrazione europea promossero innanzitutto la liberalizzazione degli scambi commerciali. Nella Dichiarazione Schuman si legge infatti che «[l]a circolazione del carbone e dell'acciaio tra i paesi aderenti sarà immediatamente esentata da qualsiasi dazio doganale e non potrà essere colpita da tariffe di trasporto differenziali», un obiettivo che fu realizzato dal Trattato CECA. Il Trattato CEE estese il principio della libera circolazione al di là del mercato carbo siderurgico, allo scopo di instaurare un «mercato comune», definito a partire dall'Atto Unico Europeo del 1986 come «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali».

Anche su questo punto, il pensiero di Schuman e quello di Filangieri presentano dei profili di continuità. Il primo sosteneva che «i continenti ed i popoli dipendono più che mai gli uni dagli altri, tanto per la produzione dei beni che per la loro vendita, tanto per lo scambio dei risultati della ricerca scientifica che per quello della mano d'opera indispensabile per i mezzi di produzione»; perciò, Schuman sottolineava la necessità di assicurare «la libera circolazione dei prodotti, dei capitali e degli uomini», principio che avrebbe modificato «profondamente e definitivamente le relazioni fra gli Stati associati», rendendoli «in qualche modo settori parte di un medesimo insieme». Del pari, Filangieri, rivolgendosi ai sovrani del suo tempo, li ammoniva con queste parole: «Ricordatevi che [...] il commercio vuole che tutte le nazioni si riguardino come una società unica. [...]. Rompete questi argini crudeli, abborrite queste distinzioni assurde di nazione con nazione, funesti avanzi degli antichi pregiudizi della barbarie, sempre distruttivi, ma oggi disonoranti per un secolo che si crede illuminato, e che in fatti dovrebbe esserlo».

Altra pietra angolare dell'integrazione europea è stata, fin dalle origini, la libertà di concorrenza, che i redattori dei trattati comunitari hanno voluto proteg-

gere vietando non solo le condotte anticoncorrenziali delle imprese, quali gli accordi restrittivi della concorrenza e gli abusi di posizione dominante, ma anche alcuni comportamenti degli Stati membri, quali gli aiuti di Stato e le misure a vantaggio delle imprese pubbliche o titolari di diritti speciali o esclusivi. Schuman osservò, al riguardo: «ciò che disapproviamo è il protezionismo sistematicamente praticato a scapito di un libero scambio, che significa competizione, selezione conseguente e fiducia». Ancor più nitidamente, Filangieri aveva affermato, quasi due secoli prima: «Persuadiamoci: i migliori regolamenti del mondo [...] non saranno mai efficaci a migliorare i lavori delle mani degli uomini [...] senza la concorrenza. A misura che questa è maggiore, l'artefice cerca di migliorare la sua manifattura per superare quella del suo competitore. Egli sa che, migliorandola, il compratore preferirà la sua a quella degli altri. Egli sa che, essendo molti i suoi competitori, deve far uno sforzo maggiore per superarli».

A dispetto dell'enfasi iniziale sull'integrazione economica, le tre Comunità europee hanno sempre avuto come orizzonte ideale quello della *Rechtsgemeinschaft*, ossia la proiezione a livello sovranazionale dei principi dello Stato di diritto, primo fra tutti quello della tutela giurisdizionale dei diritti. La stessa Dichiarazione Schuman, nel proporre di mettere l'insieme della produzione franco-tedesca di carbone e di acciaio sotto una comune Alta Autorità, affermava l'esigenza di assicurare «i necessari mezzi di ricorso» contro le decisioni di tale istituzione. Il Trattato CECA istituì pertanto la Corte di giustizia, con il compito di assicurare «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione» di tale trattato e dei suoi regolamenti d'esecuzione, nonché di sindacare la validità degli atti delle istituzioni comunitarie, su richiesta non solo degli Stati membri o del Consiglio speciale dei ministri, ma anche dei ricorrenti individuali, ossia le imprese carbo-siderurgiche e le loro associazioni.

Tale impostazione fu confermata dal Trattato CEE, che estese la categoria dei ricorrenti individuali a tutte le persone fisiche e giuridiche. La Corte di giustizia ha interpretato estensivamente la propria giurisdizione sugli atti comunitari, affermando enfaticamente, nella sentenza *Les Verts* del 1986, che la CEE costituiva «una comunità di diritto, nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato». Anche in questo caso, tornano alla mente le riflessioni di Filangieri sul primato della costituzione rispetto alla legislazione e le proposte di Pagano volte ad istituire una magistratura con il potere di annullare gli atti contrari alla costituzione.

Mentre il primato dei Trattati comunitari rispetto agli atti delle istituzioni europee si evinceva chiaramente dall'attribuzione alla Corte di giustizia del potere di sindacare la validità di tali atti, i trattati istitutivi non contenevano esplicite indica-

zioni circa il rapporto tra il diritto comunitario e gli ordinamenti degli Stati membri. Il Trattato CEE attribuì però alla Corte di giustizia il compito di fornire delle pronunce pregiudiziali sull'interpretazione del diritto comunitario qualora tali questioni fossero sorte nell'ambito di un giudizio pendente innanzi ad un giudice nazionale. Tale procedimento fornì alla Corte di giustizia l'opportunità di pronunciarsi sugli effetti delle norme comunitarie negli ordinamenti nazionali, statuendo che i singoli potevano invocare i diritti loro attribuiti da norme comunitarie chiare, precise e incondizionate, anche in assenza di misure nazionali di attuazione e nonostante qualsiasi previsione interna incompatibile.

Quest'ultimo principio, noto come primato del diritto comunitario, fu enunciato dalla Corte di giustizia nella celebre sentenza *Costa c. ENEL* del 1964, in cui si legge: «scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato [CEE] non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità». Anche in questo caso, sembra di intravedere in filigrana la concezione unitaria propugnata da Filangieri: «Uno deve essere il fonte del potere; uno il centro dell'autorità [...] Senza questa unità di potere non vi può essere ordine nel governo, o per meglio dire, non vi è più governo giacché l'anarchia non è altro che la distruzione di questa unità».

Se è vero che i Trattati istitutivi inizialmente non contenevano alcun esplicito riferimento ai diritti umani, è altresì vero che tale carenza fu colmata in via pretoria dalla Corte di giustizia, la quale, nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970, chiarì che tali diritti facevano «parte integrante dei principi generali del diritto [comunitario] di cui la Corte garantisce l'osservanza». Il godimento di tali diritti è perciò divenuto un patrimonio comune a tutti i cittadini europei, come evidenziato alcuni anni dopo dall'Avvocato generale Francis Jacobs nelle sue conclusioni nella causa *Konstantinidis*: «È mia opinione che un cittadino comunitario [...] abbia il diritto [...] di contare sul fatto che, dovunque egli si rechi per guadagnarsi da vivere all'interno della Comunità europea, egli sarà trattato in conformità ad un codice comune di valori fondamentali [...] In altre parole, egli ha il diritto di dichiarare "civis europeus sum" e di invocare tale status per opporsi a qualunque violazione dei suoi diritti fondamentali». Sembra, ancora una volta, di rileggere alcuni passi della *Scienza della legislazione*: «Questi dritti che l'uomo acquista col nascere; che la società e le leggi debbono garantire; che sono essenzialmente in noi, e che formano la nostra esistenza politica, come l'anima, ed il corpo formano l'esistenza fisica: questi dritti preziosi che non ci potrebbero esser tolti senza scioglierci dal nodo che ci unisce allo Stato».

Nel corso degli anni, la Corte di giustizia ha dato vita ad un ampio *corpus* giurisprudenziale in materia di diritti umani, codificati nel 2000 dalla Carta dei diritti

fondamentali dell'Unione europea, la quale, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009, ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi. Tale Carta vincola tanto le istituzioni europee, quanto gli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione europea, poiché, come affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Fransson* «non possono [...] esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. L'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta». E ciò in quanto l'UE è un'unione di diritto, governata da quello che Filangieri, duecentocinquanta anni fa, avrebbe chiamato «il sovrano Impero delle Leggi».

4. *L'universalità del pensiero di Filangieri*

Nella sua seconda lettera a Franklin, del 2 dicembre 1782, Filangieri formulò una richiesta di carattere personale: «Fin dall'infanzia, Filadelfia ha richiamati i miei sguardi. Io mi sono così abituato a considerarla come il solo paese ove io possa essere felice, che la mia immaginazione non può più disfarsi di questa idea. [...] I miei lavori sulla legislazione, non potrebbero forse determinarvi di invitarvi per concorrere al gran codice, che si prepara nelle Province Unite d'America, le leggi delle quali devono decidere della loro sorte non solo, ma della sorte anche di tutto questo nuovo emisfero?».

La risposta di Franklin fu negativa: «I cannot encourage you to undertake hastily such a Voyage; because for a Man to expatriate himself is a serious Business, and [...] I have no Orders or Authority of any kind to encourage Strangers with Expectations of Employment by our Government». Pertanto, Filangieri non poté realizzare il proprio “sogno americano” e non incontrò mai Franklin. Eppure, i loro ideali, concepiti a tanti chilometri di distanza, presentano innegabili analogie; come semi trasportati dal vento, sono germogliati dapprima nell'ambito del federalismo americano e, quasi due secoli dopo, nel contesto del processo d'integrazione europea, rivelando così la loro precipua universalità.

D'altra parte, è proprio questa la vocazione del filosofo illuminista, così descritto da Filangieri alla fine del secondo libro della *Scienza della legislazione*:

Finché i mali, che opprimono l'umanità, non saranno guariti; finché gli errori, e i pregiudizj, che li perpetuano troveranno de' partigiani; finché la verità conosciuta da pochi uomini privilegiati sarà nascosta alla più gran parte del genere umano; finché apparirà lontana da' troni; il dovere del filosofo è di predicarla, di sostenerla, di promuoverla, d'illustrarla. Se i lumi, che egli sparge, non sono utili pel suo secolo, e per la sua patria, lo saranno sicuramente per un altro secolo, e

per un altro paese. Cittadino di tutti i luoghi, contemporaneo di tutte l'età, l'universo è la sua patria, la terra è la sua scuola, i suoi contemporanei, e i suoi posterì sono i suoi discepoli.

EPILOGUE

THE CORRESPONDENCE BETWEEN GAETANO FILANGIERI AND BENJAMIN FRANKLIN: ENLIGHTENMENT FOR THE AMERICAN FEDERATION AND FOR EUROPEAN INTEGRATION

AMEDEO ARENA

CONTENTS: 1. The Filangieri-Franklin Correspondence: the Nine Letters and their Attachments. – 2. A Correspondence of Values and Ideas Underlying the U.S. Federal Constitution. – 2.1 “Peace is the first law of nations”. – 2.2. The “General Freedom of Industry and Commerce”. – 2.3. The “Inviolable rights of Humanity and Reason” and the Supremacy of the Constitution. – 3. Echoes of Filangieri in the European Integration Process. – 4. The Universality of Filangieri’s Thought.

The contributions in the first part of this volume, entitled *A Citizen of All Places*, demonstrate how Filangieri’s thought, within a few years of the publication of *The Science of Legislation*, gained significance across various contexts in Italy, Europe, and even America. The essays in the second part, titled *A Contemporary of All Ages*, illustrate, instead, how the ideas of the Neapolitan Enlightenment philosopher have preserved their relevance across subsequent periods, from the early nineteenth century to the present.

In the epilogue to this volume, I would like to combine the geographical and diachronic perspective, focusing on the renowned correspondence between Gaetano Filangieri and Benjamin Franklin. This exchange serves as a testament to a set of shared values and ideas that have played a central role not only in the foundation of American federalism but, in more recent times, also in the context of the European integration process. The potential influence of Filangieri’s thought on such complex dynamics lies beyond the scope of this contribution, which seeks to highlight how the topics tackled by the Neapolitan philosopher have retained relevance in historical processes so distant in time and space.

1. *The Filangieri-Franklin Correspondence: the Nine Letters and their Attachments*

In 1781, Franklin was in Paris, serving as minister plenipotentiary of the United States to the court of Louis XVI, negotiating the treaty that would end hostilities with the British Empire. During his time in the French capital, Franklin met Luigi Pio, a Neapolitan diplomat whom he had met through the Masonic lodge of the *Neuf Soeurs*, which gathered intellectuals such as Voltaire and Sieyès. In those years, Freemasonry played a pivotal role in spreading the ideas of the American Revolution across Europe; however, on this occasion, the transmission of ideas flowed in the opposite direction: it was, in fact, Pio who presented Franklin with the first two volumes of *The Science of Legislation*, published the previous year in Naples by a Filangieri in his late twenties.

Although Franklin read Italian ‘a bit haltingly,’ he was struck by Filangieri’s reflections, which he found presented with ‘great clarity and precision,’ and gave Pio one of his own ‘political writings’ to be delivered to the Neapolitan philosopher. Filangieri was undoubtedly honoured—and perhaps slightly daunted—to learn from Pio that the most prominent American intellectual in Europe at the time was interested in *The Science of Legislation*. He promptly shared the news with his friend Marco Lastri, though it took him nearly eleven months to draft his first letter to Franklin, which he finally sent on August 24, 1782 (see Appendix, Letter No. 1).

Receiving no response, Filangieri followed up with a second letter on December 2 of the same year (see Appendix, Letter No. 2), to which Franklin replied on January 11, 1783, from his residence in Passy, near Paris (see Appendix, Letter No. 3). The American statesman expressed considerable admiration for the first two volumes of *The Science of Legislation* and conveyed his anticipation for the subsequent volumes, which were dedicated to criminal law—a field Franklin regarded as in particular need of reform.

Thus began the Filangieri-Franklin correspondence, translated and annotated in the *Papers of Benjamin Franklin*, a collection of over forty volumes of writings of the American founding father, sponsored by Yale University and the American Philosophical Society since 1954. Both the Editors of those volumes and I have, through independent studies, reached the conclusion that the Filangieri-Franklin correspondence consists of nine letters: six in Italian, penned by Filangieri and addressed to Franklin, now preserved in Philadelphia at the American Philosophical Society and the Historical Society of Pennsylvania (see Appendix, Letters Nos. 1, 2, 4, 5, 6, 7); two in English, authored by Franklin and addressed to Filangieri (see Appendix, Letters Nos. 3 and 8), now preserved in Naples at the Museo Civico Filangieri; and one in French, written by Filangieri’s wife, Charlotte

Frendel, informing Franklin of her husband's untimely passing (see Appendix, Letter No. 9)—a somber end to the correspondence between these two Enlightenment thinkers.

Two other letters, which some scholars have considered part of the Filangieri-Franklin correspondence, should, according to the Editors of the *Papers of Benjamin Franklin* and in my opinion, be regarded as spurious. The first one (see Appendix, Spurious Letter A) is a draft of a greeting message in French, undated and unsigned, written in the hand of Jacques-Donatien Le Ray de Chaumont, a close friend of Franklin's during his time in Passy. Although this document is catalogued by the American Philosophical Society as written by Franklin to Filangieri, I do not believe it was actually addressed to him, as it diverges from the linguistic convention Franklin adopted in his exchanges with Filangieri and other Italian intellectuals, which involved sending letters in English and receiving replies in Italian. The second spurious document is a letter from Filangieri dated March 21, 1784, reported in some publications as addressed to Franklin (see Appendix, Spurious Letter B). However, I believe it was addressed to someone else, as it opens with a formal salutation ("Illustrissimo Signore Padrone Colendissimo") markedly different from the more egalitarian language employed by Filangieri in his correspondence with Franklin (e.g., "Rispettabilissimo uomo" in the first letter, "Rispettabile uomo" in the second, "Signore" in the other four), yet identical to the formula Filangieri used in his letters to Italian correspondents such as Domenico Pepe and Marco Lastri.

In addition to their letters, Filangieri and Franklin exchanged a number of attachments. Filangieri sent Franklin several copies of the first seven volumes of *The Science of Legislation*, a monumental treatise that remained unfinished. Franklin, in turn, sent Filangieri three enclosures: the first, in 1781, was an unidentified "political work," which the Editors of *The Papers of Benjamin Franklin* suggest may have been a collection of the latter's own unpublished writings, edited by Benjamin Vaughan and published in London in 1779 by Joseph Johnson under the title *Political, Miscellaneous, and Philosophical Pieces*; in 1783, Franklin sent the Neapolitan philosopher a copy of *Constitutions des Treize Etats-Unis de l'Amérique*, a French-language volume containing the constitutions of the individual American states, which Franklin had distributed to each European sovereign and ambassador, as well as to those intellectuals he most highly esteemed; finally, in 1787, Franklin sent Filangieri a copy of the *Constitution of the United States of America*, approved just a few weeks earlier by the Philadelphia Convention but not yet ratified by the states. This gesture of appreciation for Filangieri's work, however, did not reach its intended recipient until July 1, 1788—just days before the Neapolitan philosopher's death on the 21st of that month.

2. *A Correspondence of Values and Ideas Underlying the U.S. Federal Constitution*

Many scholars have explored the significance of the correspondence between Filangieri and Franklin, often construing it as indicative of the influence Filangieri's thought on Franklin and, by extension, on the framing of the U.S. Constitution. In my view, the true import of this epistolary exchange resides in the values and ideas shared by the two intellectuals. This affinity emerges not so much from the content of the individual letters, but rather from the totality of the papers and biographical trajectories of Filangieri and Franklin, which reveal a deeper correspondence of views on issues that proved pivotal in the constituent process of the American federation.

2.1. *"Peace is the first law of nations"*

A fundamental unifying theme between Franklin and Filangieri lies in their commitment to the cause of peace. Filangieri was born during the Seven Years' War (1756–1763), a devastating conflict that claimed over a million lives. It is not surprising, therefore, that in *The Science of Legislation* Filangieri stated that "Peace is the first law of nations, and war is one of its greatest evils." In the *Introduction* to that treatise, the Neapolitan philosopher condemned the "military mania" of the rulers of his time, whose sole concern was, as he put it, "to find the means of killing the most men in the shortest time."

This statement appears to have struck a chord with Franklin, as evidenced by the "v" mark he inscribed beside it in one of his personal copies of *The Science of Legislation*, now preserved in the library of the American Philosophical Society. Like Filangieri, Franklin was an advocate for peace. Together with John Adams and John Jay, he participated in the negotiations of the 1783 Treaty of Paris, which ended the war between the United States and the British Empire, recognizing the thirteen former colonies as "free, sovereign and independent states." On July 27, 1783, as the prospect of peace neared, Franklin penned a telling line to Joseph Banks: "I hope [...] that mankind will at length [...] have reason and sense enough to settle their differences without cutting throats: for in my opinion there never was a good war, or a bad peace."

Yet, Franklin was acutely aware of the precariousness of peace treaties, especially after a conflict as brutal as the one with Britain. In breach of the Treaty of Paris, some American states had enacted laws that obstructed the recovery of debts owed by American citizens to British subjects; in response, Britain maintained military forces in forts along the northern U.S. border.

Consequently, when a proposal was submitted to the Philadelphia

Convention seeking to grant Congress the power to veto state laws that conflicted with the United States Constitution, Franklin introduced an amendment aimed at extending this veto power to state laws that were inconsistent with treaties concluded by the United States. Although this proposal was rejected, a provision was adopted in its place, later known as the Supremacy Clause, establishing the supremacy of the Federal Constitution, federal laws, and—in line with Franklin’s amendment—treaties concluded by the United States over state laws. The Supremacy Clause played a key role in facilitating the conclusion of the Jay Treaty in 1794, which resolved numerous outstanding issues with the British Empire and avoided a resurgence of hostilities. Additionally, in the landmark case of *Ware v. Hylton* (1796), the Supreme Court applied the Supremacy Clause to invalidate a Virginia law that violated the Treaty of Paris by obstructing British subjects from recovering debts owed to them.

2.2. *The “General Freedom of Industry and Commerce”*

Another belief shared by Filangieri and Franklin is that freedom of commerce is an essential precondition for lasting peace. In the second book of *The Science of Legislation*, Filangieri condemned the “jealousies of commerce” that pitted nations against each other, writing: “It is commonly believed that one nation cannot gain without the others losing [...] and that the great object of politics is to raise one’s own greatness over the ruins of others.” In contrast, Filangieri held that a “close connection [...] exists between the interests of each nation” and argued that a “general freedom of industry and trade” was “the only treaty that a trading and industrious nation should establish domestically and seek beyond its borders.”

Franklin similarly criticized divisions among the American colonies, most famously through his cartoon, published in the *Pennsylvania Gazette* on May 9, 1754, which depicted the thirteen colonies as segments of a snake, alongside the caption “Join, or Die.” The cartoon was published as part of Franklin’s efforts to promote the Albany Plan of Union, which sought to create a unified colonial government for mutual defense and cooperation but was ultimately unsuccessful. Moreover, in the 1760 pamphlet, *The Interest of Great Britain Considered, with Regard to her Colonies*, Franklin observed, “Their jealousy of each other is so great that however necessary an union of the colonies has long been [...] they have never been able to effect such an union among themselves.”

Franklin particularly hoped to mitigate trade rivalries among the colonies. In his letter to David Hume of September 27, 1760 he expressed the wish that the Scottish philosopher’s essay *Of the Jealousy of Trade* could bring about “an

Abatement of the Jealousy that reigns here of the Commerce of the Colonies.” Yet, those commercial rivalries continued even after the *Declaration of Independence*. For instance, in 1785, New York imposed duties on goods imported from Connecticut, New Jersey, Rhode Island, and Pennsylvania, equal to those applied to British goods, provoking retaliatory trade measures from those states.

The situation only began to change with the Philadelphia Convention, which introduced the Commerce Clause into the U.S. Constitution, granting Congress authority over interstate trade and trade with foreign nations. Alexander Hamilton argued that the clause granted Congress “exclusive jurisdiction” over interstate commerce, reflecting his broader support for a powerful federal government. James Madison viewed the clause as “negative and preventive” designed to stop individual states from enacting protectionist laws that could harm the collective economic interest. These interpretations were upheld in *Gibbons v. Ogden* (1824), where the Supreme Court ruled that the Commerce Clause vested Congress with exclusive power over interstate commerce, and that federal legislation under this clause took precedence over conflicting state laws.

Closely related to freedom of trade is the principle of competition. Filangieri also addressed this subject in the second book of *The Science of Legislation*, stating that “The primary objective [...] of legal protection [...] would be to stimulate competition [...] by suppressing those causes which restrict and destroy it.” The Neapolitan Enlightenment philosopher thus advocated, among other measures, the “construction of roads and canals of communication”: “by facilitating the transportation of products from the various provinces of a state, accelerating internal traffic, and easing communication,” these projects would provide “the greatest impulse to commerce and industry.” “Bring men together,” Filangieri argued, “and you will make them industrious and active: separate them, and you will turn them into savages incapable of imagining their own perfectibility.”

Franklin likewise recognized the value of competition, referring to it in a letter to Benjamin Vaughan dated July 26, 1784, as “a great Spur to Labor and Industry.” To illustrate this, he recounted how gifting a fashionable hat to his skipper’s daughter had sparked a competitive spirit among her female friends, who began making gloves to sell in Philadelphia so that they, too, could buy fashionable hats. It is unsurprising, then, that it was Franklin who proposed an amendment at the Philadelphia Convention that would have empowered Congress to create navigable waterways, although this provision was not adopted.

While the 1787 Federal Constitution did not explicitly establish freedom of competition, this principle was not foreign to common law and found recognition in some states’ legislation. At the federal level, the watershed moment came with the passage of the *Sherman Antitrust Act* in 1890, which prohibited

trade-restraining agreements and monopolization practices. In 1914, this was bolstered by the *Clayton Antitrust Act*, which outlawed further anti-competitive practices such as price discrimination, exclusive dealings, tying arrangements, and acquisitions and mergers that significantly reduced competition or tended toward monopoly.

2.3. *The “Inviolable rights of Humanity and Reason” and the Supremacy of the Constitution*

Another theme linking Filangieri and Franklin is that of human rights and their protection through a constitution that is superordinate to ordinary laws. In *The Science of Legislation*, Filangieri referred to the “inviolable rights of humanity and reason” and emphasized the necessity of enshrining them in “a small code apart from the true fundamental laws,” which would determine “the true nature of the constitution, the rights, and limits of authority” for each branch of government. He further asserted that “legislation [...] must not, nor can it destroy the constitution,” thereby affirming the constitution’s supremacy over other sources of law. The concept of constitutional supremacy championed by Filangieri was further developed by Francesco Mario Pagano, his close friend and a professor of criminal law at the University of Naples. In his Draft Constitution for the Neapolitan Republic of 1799, Pagano entrusted the “protection of the constitution” to the Ephorate, a body tasked with ensuring that each power respected its constitutional limits, annulling acts that exceeded those limits, and recommending to the legislature the repeal of laws contrary to constitutional principles, thus representing one of the first instances of constitutionality review in Europe.

Filangieri also advanced a vision of a unified state, sharply critical of local particularisms: “What is feudalism? It is a kind of government which divides the state into many small states, sovereignty into many small sovereignties; [...] it does not apportion the exercise of authority, but divides, distracts, and alienates power itself; it breaks the social bond instead of tightening it; it subjects the people to many tyrants rather than a single true king.”

On the other side of the Atlantic, Franklin had not only contributed to drafting the Declaration of Independence of July 4, 1776, which stated that all men were endowed with certain “unalienable Rights,” including “Life, Liberty, and the pursuit of Happiness,” but he also presided over the Convention that approved the Pennsylvania Declaration of Rights, a catalogue of natural, inherent, and inalienable rights afforded to all men, as well as the Plan or Frame of Government, Pennsylvania’s constitutional charter. Article 27 of this charter

assigned a Council of Censors the responsibility to ensure adherence to the constitution and recommend the repeal of unconstitutional laws to the legislature.

The primacy of the first U.S. constitution, the 1777 Articles of Confederation, over state legislation was not uncontested, prompting the delegates of the Philadelphia Convention to incorporate a Supremacy Clause into the 1787 Federal Constitution. This clause declared that the Constitution, federal laws, and treaties made by the United States would constitute “the supreme Law of the Land,” obligating state judges to uphold federal law, regardless of any conflicting state constitutional or statutory provisions. The Supreme Court first affirmed the primacy of the federal constitution over state laws in the *Ware v. Hylton* ruling of 1796 and then over congressional legislation in the landmark *Marbury v. Madison* decision of 1803. In that case, Chief Justice John Marshall articulated a principle inherent in all written constitutions: “a Law repugnant to the Constitution is void.”

The supremacy of the federal Constitution also established the primacy of human rights embodied in the Bill of Rights, comprising the first ten amendments to the Constitution, passed by Congress in 1789 and ratified by the states in 1791. Initially, these amendments applied solely to the federal government; for instance, in *Ex parte Milligan* (1866), the Supreme Court ruled that a federal law authorizing military tribunals to try civilians during the Civil War violated the Sixth Amendment’s guarantee of a fair trial by jury. The Civil War, however, also led to the adoption of the Fourteenth Amendment, which prohibited states from enacting laws that would deprive U.S. citizens of life, liberty, or property without a “due process of law.” This clause set the stage for the so-called incorporation of the Bill of Rights guarantees, extending their applicability to individual states. In *Gitlow v. New York* (1925), for instance, the Supreme Court held that freedom of expression, enshrined in the First Amendment, could be invoked to seek judicial review of a state law that criminalized advocacy for overthrowing the government by force.

3. *Echoes of Filangieri in the European Integration Process*

Franklin immediately realized that the Philadelphia Convention’s experience could offer a model for establishing a federation among European states. In his October 22, 1787 letter to his friend, the Parisian banker Ferdinand Grand, Franklin observed regarding the recently approved Constitution of the United States, which was still awaiting state ratification: “If it succeeds I do not see why you in Europe might not carry the Project of good Henry 4th into Execution, by

forming a Federal Union and One Grand Republick, of all the different States and Kingdoms by means of a like Convention, for we had many Interests to reconcile.”

The project of Henry IV mentioned by Franklin had been the main inspiration for the *Conciliateur de toutes les nations d'Europe*, an ambitious proposal for peace in Europe developed by the French intellectual Pierre-André Gargas, to whom Franklin sent a copy of the U.S. Constitution, inscribed with the dedication, “M. Gargas, who propos'd the Union of the States of Europe.” According to accounts by John Baynes, an English traveler who met Franklin in Passy in 1783, Franklin reportedly confided to him that while Gargas's plan contained “much good-sense,” it would still take “one hundred and fifty to two hundred years” for European states to adopt it and agree to refer their disputes to a third body.

Franklin's prediction proved accurate, as numerous projects aiming for peace in Europe followed, yet the decisive breakthrough only occurred with the Schuman Declaration of May 9, 1950, which set the integration process in motion and led to the establishment of the European Coal and Steel Community (ECSC) in 1951, followed by the European Atomic Energy Community (Euratom) and the European Economic Community (EEC) in 1957, which subsequently evolved into the European Community (EC) and, finally, the European Union (EU).

From the outset, peace has been the main objective of the European integration process. The Schuman Declaration itself begins with the words “[the] world peace,” calling for “constructive efforts” to make harmony possible and enduring. Similarly, the preamble to the ECSC Treaty expressed the commitment of the six founding states to “to create, by establishing an economic community, the basis for a broader and deeper community among peoples long divided by bloody conflicts.” Six years later, the EEC Treaty preamble reaffirmed this resolve, as the member states were “[d]etermined to establish the foundations of an ever closer union among the European peoples” and “[r]esolved to strengthen the safeguards of peace and liberty by establishing this combination of resources, and calling upon the other peoples of Europe who share their ideal to join in their efforts.”

Robert Schuman, one of the main architects of European integration, reflected that until World War II, cooperation among European states had mainly taken the form of “treaties, of alliances, ephemeral constellations made and unmade at the whim of ambitions and resentments”—a description that echoes Filangieri's critique of “those pacts of confederation and league which have defense for a pretext, and invasion for an end and by vocation.” Schuman also noted that “the interests” of European states “are interdependent and cannot be accommodated except through

the union of all resources,” adding that “nothing effective and lasting can be done in isolation when a state is reduced to its resources alone.” He deduced that it was time to pursue “a common good, superior to the national interest, in which the particular interests of our countries merge and mingle.” The similarity to Filangieri’s thinking is self-evident: convinced that “in the physical world, as in the political, everything is dependence, everything is relationship, nothing is isolated,” Filangieri urged rulers to renounce their “spirit of rivalry and jealousy” and align their “interests” and “advantages” with those of “other nations.”

To ensure lasting peace, the fathers of European integration promoted trade liberalization as a priority. The Schuman Declaration stipulates that “[t]he movement of coal and steel between Member countries will immediately be freed of all [c]ustoms duties; it will not be permissible to apply differential transport rates to them.” An objective achieved by the ECSC Treaty. The EEC Treaty expanded the principle of free movement beyond the coal and steel markets to establish a “common market,” which, since the 1986 Single European Act, has been defined as “an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured [...]”

In this connection, Schuman observed that “continents and peoples depend more than ever on each other, both for the production of goods and for their sale, both for the exchange of the results of scientific research and for that of the labor indispensable for the means of production.” He therefore emphasized the need for “the free movement of products, capital and individuals,” a principle that would “profoundly and definitively” alter relations between the associated states, rendering them “in some way sectors part of the same whole.” Similarly, Filangieri called upon the sovereigns of his time, urging them, “Remember that [...] commerce requires all nations to view themselves as one unified society. [...] Break down these cruel borders, abhor these absurd distinctions between one nation and another, funereal leftovers of the ancient prejudices of barbarism, always destructive, but today disgraceful for a century that believes itself enlightened, and that in fact should be so.”

Freedom of competition has been another cornerstone of European integration from its inception. The EEC treaty drafters sought to protect this freedom by banning anticompetitive conduct by companies, such as restrictive agreements and abuses of dominant positions, as well as certain practices by Member States, such as state aids and measures benefiting public companies or those with special or exclusive rights. Schuman criticized protectionism practiced “systematically at the expense of free trade, which means competition, consequent selection and trust,” whereas Filangieri had argued, almost two centuries earlier, “Let us persuade ourselves: the best regulations in the world [...]

will never be effective in improving the works of men's hands [...] without competition. To the extent that this is greater, the craftsman seeks to improve his manufacture in order to surpass that of his competitor. He knows that by improving it, the buyer will prefer his own to that of others. He knows that, as there are many of his competitors, he must make a greater effort to overcome them.”

Although economic integration was the initial focus, the three European Communities always aimed to establish a *Rechtsgemeinschaft*—a community based on the rule of law, with a strong focus on judicial protection. The Schuman Declaration proposed placing all Franco-German coal and steel production under a common High Authority and affirmed the need to ensure “the necessary means of appeal” against that institution’s decisions. Accordingly, the ECSC Treaty established the Court of Justice to “ensure that in the interpretation and application of this [t]reaty [...], the law is observed” and to review the validity of the acts of the ECSC institutions upon requests from Member States, the Special Council of Ministers, or individual applicants, i.e. coal and steel companies and their associations.

This principle was reaffirmed in the EEC Treaty, which extended individual standing to all natural and legal persons. The Court of Justice interpreted its jurisdiction over Community acts broadly, declaring in the 1986 *Les Verts* judgment that the EEC constituted “Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty.” This passage brings to mind Filangieri’s views on the primacy of the constitution over legislation and Pagano’s proposal for an institution with the task of annulling acts contrary to the constitution.

While the Founding Treaties did not initially specify the relationship between Community law and the law of the Member States, the EEC Treaty gave the Court of Justice authority to provide preliminary rulings on the interpretation of Community law at the request of national courts. This procedural mechanism enabled the Court of Justice to establish that individuals could invoke rights conferred by clear, precise, and unconditional Community provisions, even in the absence of national implementing measures or in the face of conflicting domestic provisions. Known as the primacy of Community law, this principle was first articulated in the landmark 1964 *Costa v. ENEL* ruling: “the law stemming from the [t]reaty, an independent source of law, could not, because of its special and original nature, be overridden by domestic legal provisions, however framed, without being deprived of its character as Community law and without the legal

basis of the Community itself being called into question.” This idea of unitary authority resonates with Filangieri’s conviction that “One must be the source of power; one the center of authority [...] Without this unity of power there can be no order in government, or rather, there is no more government since anarchy is nothing but the destruction of this unity.”

While the Founding Treaties did not initially mention human rights, the Court of Justice filled this gap in its 1970 *Internationale Handelsgesellschaft* ruling, holding that fundamental rights were “an integral part of the general principles of [Community] law protected by the Court of Justice.” As Advocate General Francis Jacobs noted in his opinion in the *Konstantinidis* case, “a Community national [...] is entitled to assume that wherever he goes to earn his living in the European Community, he will be treated in accordance with a common code of fundamental values [...]” In other words, he has the right to declare ‘*civis europeus sum*’ and to invoke that status to oppose any violation of his fundamental rights.” This, once again, resonates with a passage from *The Science of Legislation*: “These rights, which we acquire by birth; which society and laws must guarantee; which are intrinsic to us and form our political existence, just as the soul and the body form our physical existence: these precious rights could not be taken away from us without dissolving the bond that ties us to the state.”

Over the years, the Court of Justice developed a significant body of case law on human rights, which was formally consolidated in 2000 through the Charter of Fundamental Rights of the European Union. With the Lisbon Treaty’s entry into force on December 1, 2009, the Charter assumed the same legal status as the Founding Treaties, binding both the European institutions and the Member States when they are implementing EU law. As the Court of Justice clarified in the *Fransson* judgment, “situations cannot exist which are covered in that way by European Union law without those fundamental rights being applicable. The applicability of European Union law entails applicability of the fundamental rights guaranteed by the Charter.” This reflects the idea of the EU as a community based on the rule of law, which two hundred and fifty years ago Filangieri would have described as “the supreme authority of the law.”

4. *The Universality of Filangieri’s Thought*

In his second letter to Franklin, dated December 2, 1782, Filangieri made a personal request: “Since childhood, Philadelphia has drawn my eyes. I have become so accustomed to regard it as the only country where I can be happy, that my imagination can no longer dispose of this idea. [...] Might not my works on

Legislation determine you to invite me to contribute to the great Code being prepared in the United Provinces of America, whose Laws must decide their fate and, indeed, the fate of this entire new Hemisphere?” However, Franklin replied: “I cannot encourage you to undertake hastily such a Voyage; because for a Man to expatriate himself is a serious Business, and [...] I have no Orders or Authority of any kind to encourage Strangers with Expectations of Employment by our Government.”

Thus, Filangieri could not realize his “American Dream”: he never travelled to the United States, and he never met Franklin. Yet, their ideas, conceived so many miles apart, share undeniable similarities; like seeds, they first germinated in the soil of American federalism and, almost two centuries later, in the context of European integration, demonstrating their universality. This, indeed, is the true calling of the Enlightenment philosopher, as Filangieri proclaimed at the end of the second book of *The Science of Legislation*:

As long as the evils that oppress humanity remain unhealed; as long as the errors and prejudices that perpetuate them find supporters; as long as truth, known to a few privileged individuals, remains hidden from most of the humankind and appears distant from its rulers; the philosopher’s duty is to preach it, uphold it, promote it, and elucidate it. If the enlightenment he provides is not useful for his own century or his own country, it will surely be useful for another century and another country. A citizen of all places, a contemporary of all ages, the universe is his homeland, the earth his school, and his contemporaries and descendants are his disciples.

APPENDICE

LA CORRISPONDENZA FILANGIERI-FRANKLIN

1. **Da Gaetano Filangieri a Benjamin Franklin, lettera del 24 agosto 1782**, conservata presso la Historical Society of Pennsylvania (HSP) di Filadelfia, Franklin Papers, vol. 3, sc. 7, fasc. 2, c. 71.

Rispettabilissimo Uomo,

Dopo il corso di molti mesi mi è finalmente pervenuto il vostro prezioso dono, che io considero come uno de' più gran premj, che ho ottenuti da' miei lavori. Un sentimento di vanità sarebbe stato la conseguenza de' vostri favori, se l'idea, che ho della generosità dell'animo vostro non l'avesse prevenuto. Per mostrarvi la mia riconoscenza ho spedite al sig. Pio segretario d'Ambasciata della Corte di Napoli in Parigi alcune copie della mia opera, coll'incarico di darvene una in mio nome, e di pregarvi d'accettarne anche delle altre nel caso che vogliate darle a qualche vostro Amico.

Io sono quasi in fine del terzo libro, che è quello che riguarda le leggi criminali. Questo occuperà due volumi, l'uno de' quali contiene il sistema della procedura, e l'altro quello del Codice penale. La novità delle mie idee sull'uno, e l'altro oggetto mi spaventa. In un secolo, nel quale si è scritto, e pensato tanto sopra tutto ciò che riguarda la pubblica prosperità, nelle opere relative a questi oggetti l'originalità è molto facile, che sia unita alla stranezza.

Questa riflessione mi turba, e qualche volta mi opprime; per superarla io non fo altro che dire a me stesso: «Se tu avessi ripetute le idee degli altri, qual beneficio avrebbe potuto l'umanità ottenere dalle tue produzioni? Se le tue idee sono strane, saranno rifiutate, ed in questo caso niun male ne risentiranno gli uomini; ma se, essendo nuove sono ragionevoli, applicabili, opportune, se potranno diminuire i mali d'un solo popolo, se potranno prevenire una sola ingiustizia, non dovrai tu forse applaudirti d'averle manifestate; non dovresti forse pentirti d'averle nascoste per un sentimento vile d'incertezza, e di timore di vederle condannate, e derise?».

Queste riflessioni mi han determinato a proseguire con tutto il vigore possibile la mia intrapresa. Io, come ho detto, ne sono quasi al termine, ed il primo a giudicarne sarete Voi, o rispettabile Uomo, o Essere singolare, che combattendo cogli Uomini e co' Dei, avete tolti a Giove i suoi fulmini, e lo scettro a' tiranni. Quando avrò il vostro giudizio su questa parte della mia opera, io vi farò un

progetto sulla mia persona. Voi, Voi solo potete fare la mia felicità, e potete rendermi un istrumento utile a' miei simili. Permettetemi, che vi nasconda un arcano, che mi riserbo di palesarvi, quando avrò da voi ottenuta la promessa di non comunicarlo a persona alcuna. Vi bacio la mano con quell'ossequio, che m'ispirano i vostri talenti, e le vostre virtù, e mi dico

Napoli 24 d'Agosto del 1782.

Vostro devot[issi]mo servitor vero
Il Cavalier Gaetano Filangieri

2. Da Gaetano Filangieri a Benjamin Franklin, lettera del 2 dicembre 1782, HSP Franklin Papers, vol. 3, sc. 7, fasc. 2, c. 72.

Rispettabile Uomo,

Io non so se vi sia pervenuta l'altra mia lettera, nella quale vi accennava ciò che oggi son costretto a palesarvi colla maggior chiarezza. Ho aspettata con impazienza la risposta; ma son già passati quattro mesi, e fin ora non ho avuto il piacere di vedere i vostri caratteri. Mi lusingo, che questa seconda lettera avrà una sorte più felice. Io vi scrivo con una confidenza, che è degna di Voi, e di me. La mia felicità dipende da Voi, e la dipintura delle mie circostanze, e della mia situazione, Vi mostrerà la facilità, che avreste nel procurarmela.

Io sono un cadetto della mia Famiglia, il lustro della quale è molto maggiore delle sue ricchezze. Il barbaro sistema de' maggiorati, e de' feudi fa, che io sia anche più povero di quel che lo è la mia famiglia. 2000 lire t[ornesi] formano il mio annuale livello. La mia situazione nella corte è molto onorevole, ma poco analoga al mio carattere. La presenza d'un Re, ed il contatto de' cortigiani m'imbarazza, e mi tormenta. Io non so procurarmi i favori del Primo, e disprezzo troppo gli altri per rendermeli o amici, o indifferenti. Voi non dovrete stentar molto a persuadermi, che io non sono sicuramente nel mio centro, e che tutti i miei voti son dritti a ritrovare una situazione più analoga al mio carattere, e più tranquilla. Fin dall'infanzia, Filadelfia ha richiamati i miei sguardi. Io mi sono così abituato a considerarla come il solo paese ove io possa esser felice, che la mia immaginazione non può più disfarsi di questa idea. Una recente causa anche fortissima si unisce alle antiche, per farmela desiderare con maggiore impazienza. Una dama, che io amo fino all'eccesso, e dalla quale sono ugualmente amato; una dama, le virtù della quale la farebbero distinguere nella Pensilvania istessa, ha risoluto di sposarmi. L'unico ostacolo, che si oppone ad un'unione così desiderata, è la mia po-

vertà. Io non potrei vivere con lei nel mio Paese senza espormi alle derisioni, che l'opulenza suol fare così spesso cadere sulla miseria. Una pensione di 3600 lire t[ornesi] che il re mi ha accordata, unita alle 2000 lire, che formano il mio livello, basteranno, io spero, per farci menare in Filadelfia una vita ugualmente lontana dal fasto, che dall'indigenza. Ma come abbandonare il proprio Paese, senza un motivo ragionevole d'addurre? Come lasciare il servizio del proprio principe, senza una causa che possa giustificare questa risoluzione? Caro, e rispettabile Franklin, chi più di Voi potrebbe facilitar mi quest'intrapresa! I miei lavori sulla legislazione non potrebbero forse determinarvi di invitarmi per concorrere al gran codice, che si prepara nelle Provincie Unite d'America, le leggi delle quali devono decidere della loro sorte non solo, ma della sorte anche di tutto questo nuovo Emisfero? Qual motivo potrei io addurre più ragionevole di questo per giustificare la mia partenza? Io potrei anche da principio richiedere dalla mia Corte il permesso per un dato tempo, per non innasprirla con una perpetua dimissione: ma giunto, che sarei in America, chi potrebbe più ricondurmi in Europa! Dall'asilo della virtù, dalla patria degli eroi, dalla città de' fratelli potrei io desiderare il ritorno in un paese corrotto dal vizio e degradato dalla servitù? La mia anima abituata alle delizie d'una libertà nascente, potrebbe essa adattarsi più allo spettacolo d'un'autorità onnipotente depositata nelle mani d'un sol uomo? Dopo aver conosciuta ed apprezzata la società de' cittadini, potrei io desiderare il consorzio de' cortigiani e degli schiavi? No, non sdegnare, o rispettabile uomo, di cooperarvi per la mia felicità; riuscendovi voi darete alla vostra patria una famiglia di più, a me una sposa, che adoro, e toglierete da una corte uno schiavo inutile per farne un cittadino virtuoso, che vedrà sempre in voi il suo benefattore, il suo amico, il suo redentore.

Vi prego di non palesare ad alcuno questa mia idea, e darmi qualche risposta su quest'oggetto affinché io possa regolare i miei passi. Vi fo anche sapere che due altri volumi della mia opera sono già sotto al torchio, e questi riguardano la legislazione criminale. Io ho cercato d'approfondire questa materia, e d'esaurirla. Non ho risparmiata fatica, né diligenza; ma la novità delle mie idee mi lascia sempre nell'incertezza. Voi sarete il primo a giudicarne, come spero che vogliate anche essere il primo a premiarle coll'accettare i sentimenti della più profonda stima, e venerazione, coi quali mi dichiaro

Napoli 2. Xbre del 1782.

Vostro devot[issim]o ed ob[bligatissimo] servitor vero
Gaetano Filangieri

3. **Da Benjamin Franklin a Gaetano Filangieri, lettera dell'11 gennaio 1783**, conservata presso il Museo Civico Filangieri (MCF) di Napoli, Archivio «A», busta 28, fasc. 18.

Passy, Jan[uar]y 11. 1783

Sir,

The Letter you did me the Honour of writing to me in August last, came to my Hands when I lay ill of two painful Disorders, which confin'd me near three Months, and with the Multiplicity of Business that follow'd oblig'd me to postpone much of my Correspondence. I have yesterday receiv'd a second Letter from you, and I now without farther Delay sit down to answer them both.

The two first Volumes of your excellent Work, which were put into my hands by M. Pio, I perus'd with great Pleasure. They are also much esteem'd by some very judicious Persons to whom I have lent them. I should have been glad of another Copy for one of those Friends, who is very desirous of procuring it, but I suppose those you mention to have sent to M. Pio did not arrive. I was glad to learn, that you were proceeding to consider the criminal Laws. None have more need of Reformation. They are every where in so great Disorder, and so much Injustice is committed in the Execution of them, that I have been sometimes inclin'd to imagine, less would exist in the World if there were no such Laws, and the Punishment of injuries were left to private Resentment. I am glad therefore that you have not suffered yourself to be discouraged by any objections or Apprehensions, and that we may soon expect the Satisfaction of seeing the two Volumes on that Subject which you have now under the Press.

With regard to your Project of removing to America, tho' I am sure that a Person of your Knowledge, just Sentiments, and useful Talents would be a valuable Acquisition for our Country, I cannot encourage you to undertake hastily such a Voyage; because for a Man to expatriate himself is a serious Business, and should be well considered, especially where the Distance is so great, and the Expence of removing thither with a Family, and of returning if the Country should not suit you, will be so heavy. I have no Orders or Authority of any kind to encourage Strangers with Expectations of Employment by our Government, nor am I empower'd to be at any Expence in transporting them, tho' our Country is open, and Strangers may establish themselves there, where they soon become Citizens and are respected according to their Conduct. Men know, because they feel the Inconveniencies of their *present* Situation; but they do not know those that may, if they change, attend the *new one*. I wish therefore you

could see that Country by yourself, before you carry thither the Lady with whom you propose to be united in marriage. You will then be able to form a good Judgment how far the Removal is likely to be advantageous and may proceed on surer Grounds. England has now acknowledged our Independence, and the Sovereignty of our Government; and several States of Europe who think a Commerce with us may be beneficial to them are preparing to send Ministers to reside near the Congress. It is possible to establish a profitable Trade between the Kingdoms of Naples and America. Should your Court be of that Opinion, and think fit to employ some one to visit our several States, and take Information of our Productions and Wants, the Nature of our Commerce &c. &c. perhaps it could not find a fitter Person than yourself for such a Mission: I would afford you all the assistance in my Power towards its due Execution; and by this means your Voyage would not only be without Expence to you, but might afford you some Profit.

With great & sincere Esteem I have the honour to be,
 Sir, Your most obedient and most humble Servant,
 B. Franklin

4. Da Gaetano Filangieri a Benjamin Franklin, lettera del 14 luglio 1784
 (*recte*: 1783)* HSP Franklin Papers, vol. 3, sc. 7, fasc. 25, c. 118.

Signore

Per non mancare alla promessa, che vi ho fatta, vi mando per la posta il terzo volume della mia Opera, e da qui a pochi giorni vi manderò il quarto. Vi prego di non giudicare dell'uno senza aver letto l'altro. Tutti e due questi volumi contengono il terzo libro della mia Opera, che ha per oggetto la parte criminale della scienza legislativa. Non attribuite ad una vana pompa d'erudizione l'uso, e l'esame, che io fo delle antiche e moderne legislazioni. Io ho creduto necessario di premettere l'esposizione di quel che si è fatto all'esame di quel che si dovrebbe fare. La lettura

* Diversi indizi inducono a ritenere che la lettera sia databile al 14 luglio 1783, piuttosto che al 14 luglio 1784: il riferimento all'imminente matrimonio con Charlotte Frendel, celebrato il 27 luglio 1783; il riferimento all'invio del terzo volume de *La Scienza della Legislazione*, compatibile con l'invio del quarto volume nella successiva lettera (n. 5) del 27 ottobre 1783; e la menzione, nella lettera (n. 6) del 21 aprile 1784, dell'invio, durante lo "scorso anno 83", del quarto e, "anticipatamente", del terzo volume.

di questa parte dell'opera, vi mostrerà i motivi, che mi hanno indotto a serbar questo metodo.

Non voglio trascurare di parteciparvi il mio ritiro in una solitaria Campagna, dove le mie letterarie produzioni saranno accelerate dalla tranquillità, e dal silenzio. Da qui a sei giorni io sposerò M[a]d[emoise]lle Frenel, che da se sola basterà a riempire quel vuoto, che la lontananza dagli amici, de' parenti, e della società intera potrebbe lasciare nel mio spirito. La sola situazione, che potrebbe allontanarmi da questa solitudine sarebbe il Ministero dell'America, che Voi mi proponete. Quando sentirò, che la mia Corte ha risoluto di mandare un Ministro alle Provincie Unite Americane, non lascerò di dar que' passi, che convengono per esserne incaricato. Il mio maggior piacere in questa destinazione sarebbe quello di potervi manifestare a viva voce que' sentimenti di venerazione, e rispetto, coi quali passo a dirmi

Napoli 14 di Luglio del 1784,

Vostro devot[issim]o ed Ob[bligatissim]o Servitore
Gaetano Filangieri

5. Da Gaetano Filangieri a Benjamin Franklin, lettera del 27 ottobre 1783,
HSP Franklin Papers, vol. 3, sc. 7, fasc. 25, c. 118.

Dalla Cava 27. 8bre del 1783

Signore,

Nel mentre, che adempio al mio dovere ringraziandola dell'onore, che mi ha recato coll'inviarmi il Codice delle Americane costituzioni, produzione degna del Paese, de' tempi, delle circostanze, e degli uomini, che ne sono stati gli autori, in questo momento istesso io gli ricordo il mio rispetto, e la mia venerazione col sottoporre al suo giudizio il quarto volume della mia Opera, nel quale si contiene la seconda parte delle leggi criminali. Leggendolo potrà vedere, che non ho risparmiata diligenza alcuna, né fatica. Ho voluto avere sotto gli occhi le legislazioni di tutti i Popoli, e di tutti i tempi. Non ho voluto privarmi de' soccorsi, che l'esperienza offre alla ragione. Ho adottato quel che mi è parso ragionevole, ed ho contrastato senza parzialità, e senza riguardi, ciò che mi è sembrato inutile, o pernicioso.

Il mio sistema sulla procedura richiedeva il nuovo sistema, che io propongo nel Codice penale. L'uno non poteva reggere senza il soccorso dell'altro. Spero

che questo mio lavoro voglia incontrare la sua approvazione. Questo è il maggior premio, che io potrei ottenere, come la mia maggior ambizione è d'esser da lei considerato per quel che mi dichiaro

Suo devot[issim]o ed ob[bligatissim]o servitore
Gaetano Filangieri

6. Da Gaetano Filangieri a Benjamin Franklin, lettera del 21 aprile 1784
(catalogata con data 21 agosto 1784), HSP Franklin Papers, vol. 3, sc. 7, fasc. 25, c. 118.

Signore

Fin da' 20. del mese di 9.bre dello scorso anno 83: mi feci l'onore d'inviarvi il quarto volume della mia opera sulla Scienza della Legislazione, e pochi giorni dopo spedj per la via di Marsiglia la Cassa, che conteneva l'altre copie dell'istesso quarto volume, che corrispondevano al numero degli esemplari de' precedenti volumi, che per mezzo del Sig. Pio avevate già ricevuti. Anticipatamente vi aveva anche inviata una copia del 3° volume, ed un'altra cassa diretta anche al sig. Pio col corrispondente numero di esemplari dell'istesso 3° volume. Né da voi, né dal Sig. Pio ho ricevuto riscontro alcuno dell'arrivo di questi miei libri. Il silenzio dell'uno, e dell'altro, mi fa temer, che sian smarriti, e siccome in questo caso, io vorrei riparare alla perdita, così vi prego di darmi qualche riscontro su quest'oggetto. La mia opera corre velocemente in questa solitudine dove tutte le cure, che potrebbero ritardarla sono impedita dalla distanza in cui vivo dal resto degli Uomini.

Spero d'avere qualche notizia sullo stato della vostra preziosa salute, mentre ripetendovi i sentimenti della più sincera stima, e profondo rispetto passo a dirmi

Dalla Cava 21. A[pri]le 1784.

Devot[issim]o ed Ob[bligatissim]o Servitor Vero
Gaetano Filangieri

7. **Da Gaetano Filangieri a Benjamin Franklin, lettera del 24 dicembre 1785**, conservata presso l'American Philosophical Society (APS) di Filadelfia, Franklin Papers, parte 8 (MSS B.F85.08), XXXIII, 260

Signore

La pubblicazione di tre altri volumi della mia Opera mi offre una nuova occasione da manifestarvi il mio rispetto, e la mia dovuta attenzione. Il vostro sì glorioso ritorno in America, e l'immensa distanza, che ci separa, ben lungi dall'esimermi da questo dovere, non fanno che renderlo più meritevole per gli ostacoli, e le difficoltà, che si debbono superare per adempierlo. Io non vi mando, per ora, che una sola copia di questi tre volumi, giacché non so, né ho potuto sapere dal sig. Pio quanti esemplari della mia Opera abbia egli fatto passare nelle vostre mani. Voi non dovete fare altro, che farmi sapere il numero di questi esemplari, e darmi la direzione della persona, alla quale dovrei diriger la spedizione in Francia, per ottener subito il corrispondente numero degli esemplari di questi tre volumi recentemente pubblicati. Questi tre volumi contengono il quarto libro dell'opera, che ha per oggetto le leggi, che riguardano *l'educazione, i costumi, e l'istruzione pubblica*. Le mie idee a questi oggetti relative sono sicuramente nuove; ma sono esse sensate? Ecco ciò, che si appartiene a Voi più, che ad ogni altro di decidere.

Godete, Signore, degli allori, che i vostri talenti, e le vostre virtù vi han fatto meritare. Un solo popolo immenso, che benedice il vostro nome, è il solo premio che possa corrispondere all'autore della sua libertà, al vendicatore de' suoi torti. Faccia Iddio, che i vostri anni si moltiplichino a seconda de' voti, e degli interessi di questo popolo, e che la vostra vecchiezza non v'impedisca di rassodare, di perfezionare, e d'eternare colla sapienza delle leggi l'opera del risentimento, e del valore.

Ho l'onore di dirmi, Signore,

dalla Cava 24. Xbre 1785,

Devot[iss]mo Ob[bligatiss]mo Servitor Vero
Gaetano Filangieri

8. Da Benjamin Franklin a Gaetano Filangieri, lettera del 14 ottobre 1787,
MCF «A», busta 28, fasc. 18.

Philad[elphi]a Oct. 14. 1787.

Dear Sir,

Believing it may [be] a Matter of some Curiosity to you, to know what is doing in this Part of the World respecting Legislation, I send you inclos'd a Copy of the new federal Constitution propos'd by a Convention of the States.

We are now so remote from each other, that it is difficult to keep up a regular Correspondence between us, and it is long since I had the Pleasure of hearing from you. Some of the Books you sent me did not come to hand, so that I want

of Volume 3d - - - - 9
4th - - - - 8
5th - - - - 8
6th - - - - 8
7th - - - - 8

} to compleat what I have,

and if any more Volumes are publish'd of your invaluable Work I should be glad to have 8 of each sent to me; Mr. Grand my Banker at Paris will pay the Bookseller's Bill.

With the highest Esteem, I have the honour to be, Sir, Your most obedient Servant

M. Filangieri
B. Franklin
President of the State of Pennsylvania

9. Da Charlotte Filangieri Frenzel a Benjamin Franklin, lettera del 27 settembre 1788, APS Franklin Papers, parte 9 (Mss.B.F85.09), XXXVI, 91.

Monsieur

Attribuez ce Long délai a ma douleur et partagez mes justes régrêts. Le chevalier Gaëtano Filangieri mon Epoux, mon ami n'est plus, une maladie cruelle l'a emporté le 21 juillet a la fleur de son âge et avec lui toute ma felicité; il a Laissé trois enfants sans autre fortune que celle de la memoire de ses vertus, et de sa réputation. Si la lettre que vous lui aviez adressée sous la dâte du 14 octobre 1787 ne lui fut parvenuë que le premier juillet qui étoit le premier jour de sa maladie, il se seroit empressé de vous écrire, Monsieur, et de vous rémettre les copies de sa Science de la Legislation que vous lui aviez demandé. J'exécuterai moi-meme ce qu'il auroit fait, et vous recevrez par le canal que [vous] lui aviez indiqué tout ce que vous désirez. Le peu qu'il nous reste de son ouvràge immortelle va être imprimé, et je me ferai un devoir de vous le mander de même dès qu'il aura parû, outre de plus j'y joindrai l'histoire de sa vie et ce qu'il y aura de meilleur de sa composition sur ce triste événement.

Agréez Monsieur mes assurances de la haute consideration et du sincere respects qui vous est du a tant de titres avec lesquels j'ai l'honneur D'etre, Monsieur,

Naples le 27 sett[em]bre 1788
Mr. Benjamin Franklin

Votre très humble et obéissante Servante
Charlotte Filangieri Frenzel

LETTERE SPURIE

- A. Da Benjamin Franklin a destinatario ignoto, bozza nella grafia di Jacques-Donatien Le Ray de Chaumont** (catalogata come destinata a Gaetano Filangieri e databile all'11 gennaio 1783), APS Franklin Papers, parte 11 (Mss.B.F85.11), LXXI, 131.

Le bonheur de deux êtres ne peut pas m'être indifférent, il m'est devenu encore plus cher depuis que j'en sçais le nom que vous avez voulu me cacher, j'en dois la découverte à l'amitié du porteur de votre lettre qui m'a attendri par le récit d'une partie de votre vie. Jouissez à jamais de toute la félicité que mérite une société formée sous les auspices de la vertu et des talents.

Je reçois avec reconnaissance les vœux que vous faites pour mon païs—et je souhaite que tous les mariages qui s'y célébreront rendent les époux aussi heureux que vous l'êtes. Il ne me reste qu'un regret, c'est de ne pouvoir pas espérer de vous connoître personnellement l'un et l'autre; je me féliciterois si quelque affaire agréable vous conduisoit à Paris, j'assurerois avec plaisir la vertueuse épouse de mon tendre respect et je prierois l'époux de recevoir la portion de ce tribut d'estime qu'il a si bien méritée par l'étendue de ses connoissances si utiles à sa patrie son vertueux patriotisme et son rare desintéressement. C'est avec ces sentiments que j'ai l'honneur d'être

Votre très humble et très obeissant serviteur

Passy le

- B. Da Gaetano Filangieri a destinatario ignoto, lettera del 21 marzo 1784** (riportata come indirizzata a Benjamin Franklin), HSP Ferdinand J. Dreer Collection, sc. 222, p. 15.

Ill[ustrissi]mo Sig[nor]e Sig[nor]e e P[adro]ne Col[endissi]mo,

Due sono i motivi, che mi han fatto fino a questo momento ritardare la risposta al venerato foglio di V[ostra] S[ignoria] Ill[ustrissi]ma in data del 2 del corrente mese. Ho dovuto scrivere in Napoli per avere il foglio, che mi ha commesso, e son passati varj giorni prima, che qui mi venisse. Quando mi venne il foglio, mi sopraggiunsero alcuni dolori colici, de' quali conservo ancora qualche reliquia.

Questi sono i motivi della ritardata risposta. Passo alle commissioni. V[ostra] S[ignoria] Ill[ustrissi]ma troverà qui incluso il foglio del 3° volume segnato colla lettera V. Se mai il sig. d. Nicola d'Andria glielo mandasse, la prego di rimandarlo in dietro, affinché non mi resti una copia intera inutile per la mancanza d'un foglio.

Circa le notizie, che mi chiede del Fu Grimaldi, non posso dirle altro fuori di quello, che è a tutti noto. La nostra amicizia non fu mai così intrinseca dal poter essere istruito di ciò che riguardava la sua gioventù, e la sua educazione. Posso dirle soltanto, che la sua probità era a tutti nota, che egli era di quel ramo della famiglia Grimaldi il più prossimo a quello de' Grimaldi di Monaco. Che egli era tenero sposo, e miglior padre, e che era l'autore delle seguenti opere. D'un Opera di Giurisprudenza sulle successioni legittime, della Vita d'Ansaldo Grimaldi, della Vita di Diogene, dell'Ineguaglianza degli uomini, e degli Annali del Regno di Napoli. Quest'ultima opera è rimasta imperfetta, e non potrei dirle con precisione l'anno al quale è giunta. Non è a mia notizia alcun manoscritto inedito. Son già tre anni, che egli fu scelto per Assessore del Ministro della Guerra, ed il pubblico si è mostrato molto contento della sua onestà, e del suo zelo nell' esercizio di questa carica. Siccome il momento nel quale egli ne fu decorato fu quell'istesso o nel quale io lasciai di frequentarlo, così non posso darle alcuna notizia aneddotica sulla sua amministrazione. Potrà V[ostra] S[ignoria] Ill[ustrissi]ma prendere più distinte informazioni da altri.

Non mi è riuscito neppure di vedere il Seg[retario] del Re di Svezia, del quale V[ostra] S[ignoria] Ill[ustrissi]ma mi parlò con tanto vantaggio nella prima sua lettera. Dirigendolo al Confessore della Regina, non lo diresse sicuramente al maggiore mio amico, e protettore. Potrà fargli le mie scuse nel suo ritorno in Firenze. Mi onori de' suoi venerati comandi, e mi consideri per quel che mi dichiaro, di V[ostra] S[ignoria] Ill[ustrissi]ma,

Dalla Cava 21 Marzo 1784.

Devot[issi]mo ob[bligatissi]mo serv[itor]e ed A[mico] V[ero]
Gaetano Filangieri

Finito di stampare nel mese di dicembre 2024
Presso la Grafica Elettronica Napoli

