

Sei domande su legge, diritto e giustizia:
Che cosa sono?
A cosa servono?
A chi servono?
Esistono diritti fuori dall'ordinamento giuridico?
Che rapporto c'è tra legge e giustizia?
Esiste una giustizia valida per tutti gli uomini?

Angelo Bracciodieta, in magistratura dal 1964 al 1982; dal 1973 al 2008 ha insegnato Diritto commerciale nella facoltà giuridica dell'Università di Bari.

Dal 1983 svolge la professione di avvocato.

Nel 1997 ha fatto parte della Commissione ministeriale di studio per le misure patrimoniali antimafia.

Ha fatto parte – non contestualmente – del C.d.A. di alcune società di capitali in mano pubblica.

Tra i suoi scritti, *La divisibilità del premio di assicurazione*, Napoli, 1973; *L'ordinamento delle società quotate*, Bari, 1992; *La nuova S.p.A.*, Milano, 2006; *Il contratto di assicurazione, disposizioni generali*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger e F. D. Busnelli, Milano, 2012.

ISBN 978-88-6611-767-4



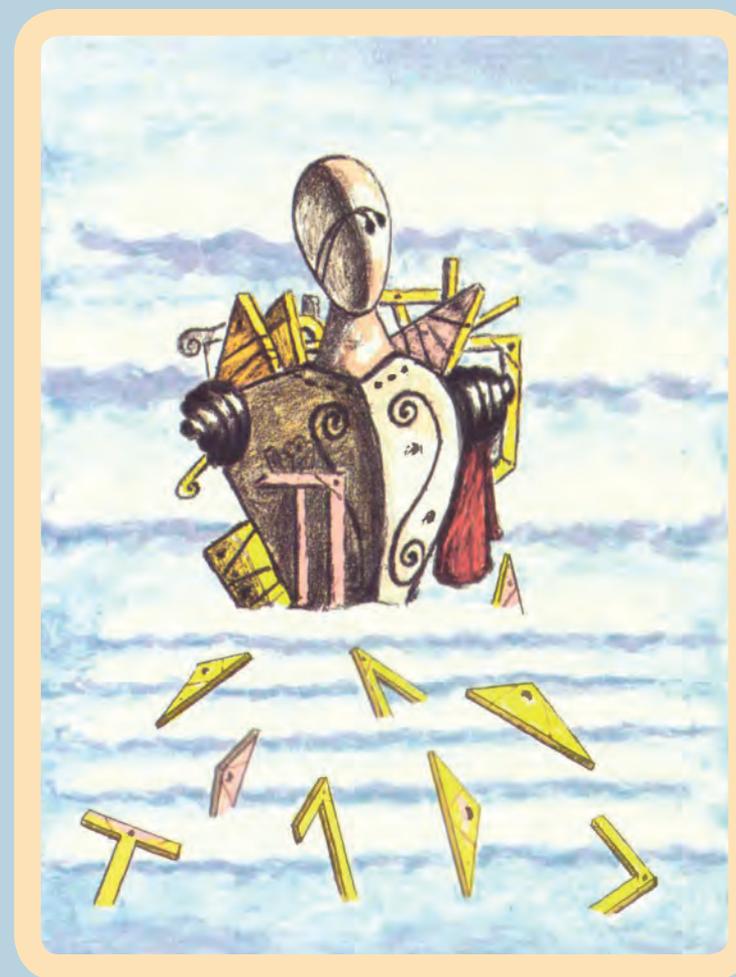
€ 13,00



A. BRACCIODIETA DA SUDDITI A CITTADINI

ANGELO BRACCIODIETA

DA SUDDITI A CITTADINI



CACUCCI  EDITORE
BARI

In copertina:

Giorgio de Chirico, *Trovatore*, 1973.
Litografia a 7 colori mm. 425x325.

ANGELO BRACCIODIETA

DA SUDDITI A CITTADINI

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2018 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacuccieditore.it> – e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

a Gabriele

INDICE

Presentazione	9
Prefazione	17
In nome della legge	21

LA LEGGE

1. Introduzione	23
2. La legge: lessico e contenuto	24
3. Uno sguardo sulle origini	26
4. All'origine della laicità della legge: le regole di comportamento. I <i>mores</i> e le dodici tavole delle leggi	28
5. La divulgazione delle formule per proporre le liti avanti ai giudici	31
6. La fonte della legge. La regola di comportamento fissata dagli uomini per gli uomini e i suoi contenuti	35
7. La formazione delle leggi	40
8. Il "caso" italiano	42
9. La gerarchia tra le leggi	45
10. Parlamento e Governo: potere legislativo ed esecutivo?	47
11. L'interpretazione e l'applicazione	50
12. Ciò che la legge comanda e ciò che "non vuole"	54
13. Il principio di legalità	56

IL DIRITTO

1. Lessico e accezioni. Diritto e ordinamento giuridico. I c.c.d.d. "diritti dell'uomo"	61
2. I giuristi	64
3. I giuristi c.d. pratici: I) i giudici	66

DA SUDDITI A CITTADINI

4. ... e la giurisprudenza	69
5. Le decisioni dei giudici e la realtà sociale: a) l'uso alternativo della legge	72
6. b) La c.d. supplenza dei giudici	73
7. La ricerca dell' "anima" della legge	74
8. I giuristi pratici: II) gli avvocati	79
9. <i>Segue</i> : i notai	82
10. Le procedure per il rispetto della legge: a) il servizio pubblico "giustizia"	83
11. b) il servizio della giustizia privata	85
12. Libertà e sicurezza	86
13. <i>De iure condendo</i> : la legge che verrà	89
14. Ordinamento giuridico e società	91

LA GIUSTIZIA

1. La giustizia. Origine, terminologia e significati.	97
2. Il "contenuto" della giustizia. Antigone e Porzia	99
3. La giustizia trascendente e il suo relativismo ideologico, storico e geografico	102
4. <i>Segue</i> : la giustizia immanente	103
5. <i>Segue</i> : il tempo e la giustizia	105
6. La giustizia di Norimberga e la legge	107
7. Giustizia e società	109

LE RISPOSTE POSSIBILI

1. Cosa è la legge? A cosa serve? A chi serve?	115
2. Esistono diritti al di fuori dell'ordinamento giuridico?	117
3. Il rapporto tra legge e giustizia e l'utopia di una giustizia universale	118

PRESENTAZIONE

Angelo Bracciodieta ha voluto mettere un suggello alla sua lunga attività di docente di Diritto commerciale nella Facoltà giuridica di Bari, e ha inteso trasfondere in un libro, agile e insieme complesso, il succo della sua esperienza, un libro, sembra, leggendolo, rivolto anzitutto ai suoi studenti, quasi la messa in scritto del senso del suo insegnamento e delle ragioni anche contrastate che lo hanno guidato. I capitoli del libro sono dedicati a Legge, Diritto, Giustizia, tre maiuscole per il rispetto che l'autore (e il recensore) hanno per le tre parole nominate e per la grandiosa complessità dei problemi che si aprono nell'indagarle nella loro reciproca autonomia e nelle loro connessioni. Un libro benemerito, guardandolo dal punto di vista di un filosofo del diritto – anche lui memore e riconoscente per gli anni indimenticabili trascorsi all'università di Bari- per una ragione generale che voglio porre all'inizio di questo breve scritto: nelle congiunture filosofiche generali dominanti, soprattutto in Italia, i problemi dell'ordinamento giuridico appaiono spesso in ombra, quando addirittura non sminuiti da un riduzionismo che li confina e li indaga soprattutto dal lato oscuro della violenza che sarebbe insita nella loro stessa struttura fino a caratterizzarne il lato principale: penso soprattutto al pensiero biopolitico erede, diretto o indiretto, di Michel Foucault.

Ora il libro di Bracciodieta non ignora certo questo aspetto problematico del rapporto tra legge e potere, tuttavia ci ricorda una cosa essenziale, quanto la Legge abbia contribuito alla co-

struzione della civiltà europea, Atene Gerusalemme Roma, ciascuna città portatrice di un principio dominante e che, insieme, formano e segnano i percorsi profondi segnati dalla nostra civiltà. L'autore lo fa risalendo al momento in cui la Legge si distacca dai Mores o meglio li incorpora nella propria Forma e dà vita all'ordinamento giuridico. E lo fa risalendo a quell'atto originario consegnato nelle XII Tavole, quando *fas* e *ius* insieme tracciarono un percorso fondamentale per tutto l'Occidente. Ma c'è anche un'altra ragione per la quale il libro cade in un momento particolarmente opportuno, ed è che mai come ora i temi sollevati -sui quali si potrebbe aprire lunga discussione e anche qualche obiezione dal mio punto di vista- traballano sotto urgenze nuove, mettendo disordine e incertezza in tante verità acquisite e consolidate, aprendo scenari problematici di forse inedita complessità, per il quale ogni esemplificazione è parziale: il nuovo disordine delle fonti del diritto una volta formalmente gerarchizzate, il rapporto sempre più intenso e problematico tra potere legislativo e potere costituzionale, e quindi tra potere politico e potere costituzionale, la crisi della fattispecie nel complicato rapporto con i principii, per cui Natalino Irti ha intitolato un suo libro al "Nihilismo giuridico" che avanzerebbe; e, ancora, il connesso problema della nuova e potente funzione della giurisdizione, liberata dalla invadenza dei principii, nonché, su tutto, forse, il "costituzionalismo" sovranazionale che interessa soprattutto gli Stati e i cittadini europei impegnati nella loro difficile integrazione.

E da qui una domanda che pure percorre il lavoro del giurista barese: che fine fa la certezza del diritto? Consegnata, in Italia, una volta all'alta riflessione di Lopez de Ognate e di Giuseppe Capograssi, per citare due maestri? Si potrebbero scrivere così oggi quei testi? Di sicuro no, le cose si sono assai complicate. E Bracciodietta, per dirla in massima sintesi, fa assai bene a sottolineare con forza la distinzione tra *Legge* e *Diritto*, mai come oggi necessaria,

per tutte le ragioni indicate e ben presenti nel libro (salvo una, meno indagata: il sovranazionale, e qualcosa dirò più avanti), e perché la seconda parola fuoriesce dai confini della prima, e tocca “la struttura sociale complessivamente organizzata”, proposizione che sarebbe condivisa da Santi Romano, con tutto ciò che questo significa sia, appunto, nella dimensione istituzionale, sia nella elaborazione del difficile problema dei diritti umani, sia nel ruolo della giurisdizione e della scienza del diritto, sia, infine, per quel che riguarda “l’anima della legge”, espressione molto sentita dall’autore. E sullo sfondo, l’idea di giustizia che prolunga la sua immagine in tutta la storia dell’Occidente, con sullo sfondo il Sofocle di Antigone e lo Shakespeare del Mercante di Venezia, esemplarmente ricordati nel libro, nel quale mi pare diffuso un certo, come dire?, pessimismo sul tema, ma con sullo sfondo una grande speranza, il principio regolatore di una sperabile unificazione dell’umanità.

L’autore è giustamente assillato dal tema del rapporto tra Legge e potere, peraltro ineludibile rapporto da seguire, analizzare, criticare, sapendo che il passaggio è obbligato e apre il grande capitolo del rapporto tra *legalità* e *legittimità* di cui sono affollate intere biblioteche. La connessione tra le due cose è talmente intensa da attraversare tutta la storia dell’Occidente (in Metafisica si traduce nel rapporto tra Uno e Molteplice, l’eterno ritornello dell’Occidente), che può essere indagata utilizzando la dialettica tra di esse. E vorrei aggiungere che la connessione tra potere e diritto -e soprattutto del diritto come legge, ma non solo- è talmente intensa che mi spinge a pensare non trattarsi di due principii o potenze ciascuna nata armata dal cervello di Giove, ma dell’esplicazione di mondi vitali connessi fin dall’origine, in un intreccio indistinto di volta in volta da indagare. Importante è non demonizzare il potere, l’autorità senza la quale il mondo non reggerebbe, e rendere magari “innocente” il diritto. Se si considera l’ordinamento

giuridico come istituzione-organizzazione, come si distingue il potere dal diritto? Non si compenetrano tanto profondamente da dover condividere un destino? E peraltro, mai come oggi la parola “potere” ha bisogno di specificazione, certo è il potere di governo che emana leggi, ma come si dispiega, nelle varie situazioni, il rapporto tra potere politico, potere costituzionale, potere legislativo, il tutto condito dal rapporto con la dimensione del potere sovranazionale (europeo, nel caso nostro) o addirittura globale. inevitabilmente presente anche nella forma di *rule of law*?

Il compito di un recensore è quello di provare a individuare lo spirito del libro che analizza, senza farsi tentare da uno sforzo di riassumere, che spesso finisce con l'essere riduttivo (se non offensivo) per le tesi faticosamente elaborate nel lavoro che si recensisce. Questo piccolo preambolo per provare a sondare proprio lo “spirito”, anche perché lì, se ben vedo, oltre che attenzione alla complessa elaborazione, c'è qualche differenza di opinione. Se dovessi riassumerlo, lo spirito, in una semplice proposizione, direi che nel libro si manifesta un atteggiamento prevalentemente critico sull'andamento delle cose, sia sul destino della democrazia degenerante verso oligarchia, sia sull'ingiustizia del potere che in generale domina: la pagina nella quale il mondo d'oggi è visto così: “parafrasando l'androide di *Blad Runner*, può dirsi che chi ha occhi per vedere e intelligenza per capire, può dire di avere visto cose che la mente umana non avrebbe dovuto neanche immaginare”, è da questo punto di vista molto esplicativa. Ma forse troppo definitiva, lascia poche porte aperte. Capisco perfettamente le inquietudini e le critiche che in parte condivido, come dirò tra poco. Personalmente, immagino l'orizzonte più aperto e perfino affascinante in questo fibrillare di tutto. Sì, siamo in tempi di mondo globale o almeno fortemente interdipendente, anche se oggi siamo spettatori della sua crisi. Siamo in un tempo in cui clamorose discontinuità sono evidenti e proprio perciò l'esercizio

di pensiero diviene decisivo. Ma il globalismo non ha come unico referente o risultato la crescita del carattere anonimo del potere, magari quello che si imputa alla finanza internazionale, potenza sicuramente ultra-invadente. Perché non valorizzare anche il *rule of law* in sicura espansione? Vorrei dire con grande semplicità e mi pare che Braccioldi possa condividere questo veloce sviluppo, non sia contrario allo "spirito" del suo lavoro: la battaglia non può essere contro quella che viene chiamata globalizzazione (una volta: mondializzazione, quando la storia possedeva ancora una struttura), ma il problema è quello di una lotta perché si affermi un ampliamento effettivo dell'orizzonte normativo, del Diritto con la maiuscola, della sua funzione trascendentale, condizione di una convivenza possibile, cosa che implica la lotta di lungo periodo per un tendenziale cosmopolitismo, un riconoscimento d'ognuno nella comune umanità. Credimi, Angelo, non ho la testa tra le nuvole, la ragione per cui ridevano dei filosofi le servette di Tracia, non immagino che sia vicina una ecumene mondiale. So quanto aspro è lo scontro, quanto intensa e motivata è la lotta per la territorialità, e perfino per un ordinamento giuridico che si chiuda nei vecchi confini. Ma nel mondo globale è presente sia l'ipotesi di una espansione della normatività, della protezione di diritti, sia di quella opposta, del trionfo di poteri anonimi e prevaricatori. La battaglia è possibile però se si accetta l'orizzonte globale, se se ne colgono le potenzialità. Contro questa possibilità si battono oggi le forze della regressione che immaginano ciascuno tornare nei propri vecchi confini che nel frattempo si sono slabbrati, e sono addirittura difficilmente riconoscibili.

Ma prendiamo il caso nostro, il tema particolarmente caldo dell'Europa, e qui vorrei aggiungere qualcosa alla ricca e problematica esposizione presente nel volume. Il Diritto, la Legge, la Giustizia, certo, ma come si fanno i conti, oggi, con la dimensione sovranazionale? Con il costituzionalismo multilivello che ne con-

segue? Con la complicazione delle fonti del potere e quindi della legittimazione? E quanto muta il principio di legalità se la legittimazione diventa problematica? Con il primato dell'ordinamento comunitario senza il quale sarebbe impossibile il funzionamento del mercato comune e la grande conquista della libera circolazione? Il fatto è che questo spostamento verso l'alto del rapporto tra potere e diritto, o se si preferisce tra legalità e legittimità, apre un gigantesco e complicato fronte culturale, politico e giuridico, sul quale discutere e ricercare. Sperimentiamo come mai prima il passaggio dallo Stato nazione a una dimensione ultrastatale e ultranazionale. I problemi sono enormi, a cominciare da quello indicato delle fonti del diritto e non è detto che siano risolvibili. Effettivamente, questo è vero, il mondo vive su un crinale.

La democrazia è in crisi? Di sicuro sì. Diffuse pagine del libro sono dedicate a questo tema con la descrizione di effetti precisi su quel rapporto tra potere e diritto che occupa parte notevole del volume. Oligarchie dappertutto? Élites da criticare? Lo scenario mi pare che richieda una analisi differenziale difficile da sintetizzare. Attenzione! Non spingiamo però oltre un certo punto la critica alla democrazia rappresentativa come si è affermata nell'Europa di oggi. Un giorno forse dovremo amare perfino quei difetti. Io sono convinto che stiamo assistendo alla sua agonia sia per interne insufficienze (e qui Bracciadieta sottolinea aspetti gravi, insufficienze evidenti, sicuramente da condividere) sia per l'immensità dei problemi di fronte ai quali essa si trova. Il passaggio oltre lo Stato, che è stato sempre il suo contenitore, nel bene e nel male, è gravido di problemi e di interrogativi, a molti dei quali manca ancora la risposta che non è detto giungerà. Ma non immaginiamo che possa esser facilmente sostituita da una "democrazia dei cittadini" senza le necessarie mediazioni, sì anche di quei partiti che il libro condanna con troppa nettezza riferendosi in particolare allo scenario italiano. Avanza, al suo posto, qualcosa che ha i

PRESENTAZIONE

tratti della democrazia illiberale, un po' dappertutto nel mondo, cosa che ci ricorda quanto complicato e difficile sia il nesso democrazia-liberalismo, da tanti pensato come "naturale". Ma non è così, attenzione.

Bello recensire un libro che merita discussione e perfino che stimola obiezioni. Una volta, quando si discuteva, era la norma, oggi forse è l'eccezione, tuteliamola con simpatia e senso di amicizia. Attizziamo la discussione che aiuta a chiarirsi le idee, quando, come prima dicevo, il mondo fibrilla e tutte le nostre vecchie certezze vanno di nuovo sottoposte ad analisi. Il libro di Angelo Bracciodieta, il consuntivo di una vita di ricerca e di insegnamento, proprio per il suo carattere ricco di spunti e di cultura sembra fatto apposta per aprirsi alla discussione, un merito non da poco.

Biagio de Giovanni

PREFAZIONE

I giuristi occidentali europei sono nati circa duemilacinquecento anni or sono.

Tra i primi, oltre i sacerdoti eletti dai patrizi nella Roma dei Re, furono i dieci cui fu affidato l'incarico di redigere, per la prima volta per iscritto, le regole di comportamento che i cittadini romani dovevano osservare, essendo queste, sino ad allora, tramandate oralmente dai loro padri e dai padri dei loro padri. Dopo aver discusso ed essersi confrontati tra di loro, compilarono dodici tavole di regole e le resero pubbliche. Correva l'anno 450 prima dell'era cristiana.

Circa un secolo dopo, lo scriba Gneo Flavio collaborò con il console Appio Claudio Cieco a raccogliere le diverse formule predisposte dai Sacerdoti e da essi gelosamente custodite, necessarie ai cittadini per proporre le diverse liti gestite dai primi. Completata l'opera, Gneo Flavio la divulgò tra i propri concittadini e ciascuno fu posto in grado di valutare se e quale azione proporre a tutela dei propri interessi.

Successivamente i pretori resero pubblici, nei rispettivi programmi (editti), i principi ai quali si sarebbero ispirati nell'impostare le controversie. Gli editti dei magistrati, poi, cominciarono ad essere studiati e diffusi con gli opportuni commenti.

Da allora, correvano oramai il quarto ed il terzo secolo prima dell'era cristiana, i giuristi si sono diffusi e moltiplicati durante l'intero arco della storia del mondo occidentale. Tanti di loro di-

vennero famosi, ma di nessuno faremo il nome, per non fare torto a quelli meno noti ma di pari, o addirittura maggiore, merito per l'impegno e la serietà profusi nel proprio lavoro. Un lavoro che ha contribuito alle aggregazioni degli uomini di tendere a divenire società di cittadini e di elevarsi dalla confusione della barbarie a progettisti del proprio futuro.

Una sola eccezione faremo, ricordando, oltre quei dieci che misero per la prima volta per iscritto la legge e lo scriba che divulgò le formule per agire in giudizio, il nome di colui che con maggior chiarezza ha evidenziato il significato e l'importanza del loro lavoro, facendolo apprezzare per il suo peso rilevante nella storia degli uomini. È vissuto nel primo secolo antecedente l'era cristiana, si chiama Marco Tullio Cicerone.

Questi, oltre duemila anni or sono, si chiedeva retoricamente, rivolgendosi ai giudici davanti ai quali svolgeva la sua difesa in favore di Caecina¹, cosa fosse mai l'ordinamento giuridico, rispondendosi che esso è *“qualcosa che non può essere piegato dall'influenza di alcuno, né indebolito dal potere, né piegato dal danaro; qualcosa che anche se non fosse annientato, ma semplicemente trascurato, ogni cittadino non sarebbe certo di ricevere nulla dal proprio genitore, o di poter lasciare alcunché al proprio figlio”*. Pertanto, concludeva sul punto: *“dovete tutelare il patrimonio pubblico del diritto con cura non minore del vostro patrimonio privato, non solo perché quest'ultimo è garantito proprio dal diritto, ma anche perché un patrimonio si perde con danno di un solo soggetto, l'ordinamento giuridico col danno immenso di tutti i consociati”*.

Sicché, nella lezione finale dell'ultimo corso di diritto commerciale da me tenuto anni or sono, nella facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari, cercai di spiegare i contenuti della legge, del diritto e della giustizia. Abbozzai un discorso forzatamente sintetico ed incompleto su tali temi di grande vastità e comples-

¹ Pro Caecina, 73, XXVI e 75, XXVII.

PREFAZIONE

sità, sul quale, inoltre, pesava l'emozione dell'addio ad una esperienza che reputo essere stata la più importante della mia vita di giurista.

Negli anni successivi ho sempre ripensato a quel discorso, giacché mi sentivo in debito per i suoi vuoti e le sue inesattezze, così ho iniziato a rimettere ordine alle mie idee a riguardo, sforzandomi di renderle più semplici e chiare possibili, senza l'ambizione di farne uno studio scientifico, ma con l'intento di chiarire il concreto contenuto attuale di quei concetti, al di là delle, pur necessarie, dotte elaborazioni. Concretezza, spesso fraintesa dagli studenti e, talvolta, dagli stessi studiosi.

Le domande, alle quali intendevo (e intendo) dare risposta, sono essenzialmente quelle presenti in questo lavoro. Qual è il contenuto di questi tre concetti, dal quale essi sono definiti; quale funzione assolvono nelle società umane; a beneficio di chi queste funzioni vengono assolte; se vi siano diritti non compresi in un ordinamento giuridico; infine, se esista un rapporto tra legge e giustizia e, da ultimo, ma non meno importante, se vi sia una giustizia universale, valida per tutte le società degli umani.

Potrebbe apparire singolare che, dopo circa sessantanni di studi sul diritto, chi scrive cerchi ancora di trovare la risposta a tali quesiti; ma così non è, come sa ogni giurista che sia un teorico, o un pratico; ovvero, ancor più, se lavora in entrambi i settori. Infatti, l'esperienza del giurista insegna che tutte le risposte sinora fornite non sono che l'espressione dell'approdo momentaneo dello sviluppo delle organizzazioni sociali alle quali, tempo per tempo, gli uomini pervengono.

Infatti, al di là delle molteplici elaborazioni su detti temi, questi hanno una importanza fondamentale per tutte le società tra uomini, giacché la legge, il diritto e la giustizia riguardano le relazioni tra di essi, che, a loro volta, costituiscono l'oggetto e, al tempo stesso, la finalità di quei tre concetti, contribuendo alla

DA SUDDITI A CITTADINI

formazione della coscienza sociale di ogni individuo. Pertanto, l'ordinamento giuridico costituisce patrimonio comune dell'intera collettività che lo ha espresso, regolandone e disciplinandone i rapporti e le relazioni.

Poiché quelle relazioni sono il prodotto degli sviluppi e della storia delle comunità sociali, credo che la ricerca dei loro contenuti non debba mai cessare, almeno fintanto che non sia compiuta la trasformazione delle società degli umani, da società di sudditi a società di cittadini.