

Prefazione

Giunti nel 2016 al terzo anno di pubblicazione, i *Materiali per una cultura della legalità* rappresentano ormai un punto di riferimento per la comprensione – nella affollata e talvolta confusa varietà di voci che invocano, amplificano o interpretano liberamente il principio di legalità – del quadro complesso delle vere, profonde questioni che suscita e comporta il tema della legalità, dagli approcci teorici e pratici a quelli di politica del diritto.

Il lavoro di ricerca che in questo triennio l'*Osservatorio sulla legalità* ha prodotto, attingendo alle migliori competenze in materia nell'Università e fuori di essa – come documenta l'autorevole contributo offerto nella intervista dal Capo della Polizia, Prefetto Alessandro Pansa, che impreziosisce, insieme a quella di un Maestro del diritto quale il prof. Natalino Irti, il volume di quest'anno – ha fatto inequivocabilmente emergere la consapevolezza che la stessa cultura giuridica, nella legislazione, nella teoria dell'interpretazione, nella stessa scienza del diritto, abbia registrato profondi mutamenti negli approcci al tema della legalità.

Per questo, chiudendo l'itinerario percorso in questo primo triennio, i *Materiali* hanno inteso, proprio in relazione al problema della legalità e per allargarne la comprensione non improvvisata, aprire la questione di una sua definizione circoscritta che aiuti a comprendere confini ed orizzonti di un tema che va al cuore stesso della trasformazione dei regimi democratici.

Questo terzo volume fornisce – a completamento dell'itinerario intrapreso con i primi due già pubblicati – un quadro ormai sufficientemente documentato dell'importanza della questione che costituisce la materia indagata dai *Materiali*. Del resto la stessa dichiarazione del Presidente della Corte dei Conti, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2016 – nella quale ha denunciato la *illegalità* che genera la moltiplicazione delle leggi, e di conseguenza le insidie che cela la fantasia interpretativa cui è indotta l'applicazione processuale, come più voci autorevoli si sono levate negli ultimi tempi a rilevare – conferma la rilevanza degli obiettivi teorico-pratici individuati dall'*Osservatorio sulla legalità* in questi anni, e di cui i *Materiali* costituiscono rigorosa testimonianza.

Prof. Antonio Iodice
Presidente Istituto di Studi Politici "S. Pio V"

Giuseppe Acocella

*Abbozzo di una voce per un dizionario.
“Legalità” in 2000 parole*

Narra Alessandro Manzoni nella *Storia della colonna infame* (edita per la prima volta nel 1840 e del cui II capitolo scrive Giuseppe Capograssi: «È da leggere l'intero capitolo, importantissimo per una visione concreta della storia della scienza del diritto») che Guglielmo Piazza, commissario di sanità, e Giangiacomo Mora, barbiere, il 21 giugno 1630 vennero denunciati – sulla base dell'isteria popolare scatenata da Caterina Rosa e Ottavia Bono con l'accusa di propagare la peste “ungendo” i muri delle case – senza uno straccio di prova che non fossero le macchie di inchiostro sulle mani del Piazza, appoggiatosi incautamente a muri e porte, per aver procurato la pestilenza in città, attraverso la non provata azione di *untoraggio*, provocando il conseguente spargimento della letale infezione. Arrestati e sottoposti a tortura, i due innocenti si illusero di uscirne dopo una falsa confessione, ma alla condanna del 27 luglio seguì la morte il 2 agosto. Era l'epoca nella quale il diritto era l'espressione della volontà della tirannide padrona e serva della credulità popolare, e servita untuosamente dal ceto dei dottori della legge, la cui opinione – influenzabile e variabile in virtù delle circostanze e delle convenienze verso i potenti – teneva luogo della certezza del diritto. Si tratta di quelle che Lopez de Oñate avrebbe chiamato nel 1941 *insidie pratiche al principio di legalità*, contro cui, insieme al Muratori dei *Difetti della giurisprudenza* e al Filangieri delle *Riflessioni sulla Prammatica* di Ferdinando IV, aveva lanciato la sua sfida l'illuminismo giuridico milanese – in quel clima culturale che influenzò gli orientamenti del giovane Alessandro Manzoni, che si giovava della cultura giuridica e civile di Cesare Beccaria, Alessandro e Pietro Verri, con cui Manzoni intratteneva legami parentali – che fu la culla di quell'orientamento culturale che contribuì ad infondere vita allo Stato di diritto, in virtù del quale ogni potere e chi lo esercita è sottomesso alla legge in ambito pubblicistico e in quello privatistico, e nel diritto penale nessuna persona può essere privata della libertà se non sulla base di una legge, della sua corretta applicazione e della sua effettiva applicabilità. Il *governo delle leggi* era infatti già da Aristotele invocato come superiore al governo degli uomini.

Questa esigenza trova compimento nel grande rivolgimento che ha dato vita allo *Stato di diritto* inteso – a partire dalla stagione dell’illuminismo giuridico e dal processo di *codificazione* seguito alla Rivoluzione francese – come obbligo degli organi dello Stato di esercitare il potere nel rispetto assoluto della legge, il cui primato sull’azione della pubblica amministrazione e degli stessi poteri esecutivo e giudiziario è sancito dal potere legislativo dei Parlamenti dell’età contemporanea quale legittima espressione della rappresentanza esercitata dalla sovranità popolare, unica fonte della norma che sconfigge ed elimina l’arbitrio del potere con la logica razionale dell’ordinamento. Esempio in questo senso è l’art. 12 delle *Preleggi* del 1942 (*Disposizioni sulla legge in generale*): «Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la *connessione* di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie *analoghe*; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato». Eppure – anche quando lo Stato di diritto ebbe scacciato le tenebre dell’ignominia forense, dell’assolutismo dispotico manipolatore della legge, delle opinioni asservite dei dottori della legge, finalmente affidando alla certezza della codificazione, dall’origine giacobina e napoleonica, la custodia di una legge certa – l’orientamento giuspositivistico (che ne suggellava l’autorità, finalmente assegnando ad una autorità indiscussa, lo Stato, la custodia) generò un altro e diverso assolutismo (il monismo giuridico), che fomentava nuove *insidie teoriche al principio di legalità*. Il diritto ridotto alla sola legge dello Stato conobbe nel Novecento la più abietta delle condizioni, come rivelò il processo di Norimberga, dopo che la legalità fu mostrata durante il Terzo Reich – contro lo *strapotere* dello Stato dispotico – come difesa dei giuristi democratici contro il totalitarismo (la continuità della idea della legalità custodita dalla scienza giuridica, che celebra la legalità dei fini del diritto, non della mera forma legale), cosicché occorre ribadire che la legalità è incarnata da opzioni etiche capaci di guidare i principi giuridici (come testimoniava Gustav Radbruch con la sua *formula*, senza peraltro rifugiarsi nell’indefinibile diritto naturale, già caro ad Antigone), ma anche che la legalità dello Stato di diritto preserva la democrazia anche contro anche le maggioranze che *assolutizzano* la volontà dei più numerosi o dei più forti. Quale *autorità morale* vincola alle esigenze del diritto l’azione dei Parlamenti, anch’essi suscettibili di cedere all’arbitrio (e invece esso ancor più sottoposto al principio di legalità)? Il tema della legge ingiusta (e della resistenza ad essa e al tiranno che la impone) è un capitolo significativo della filosofia giuridica e politica, tanto che, a dare fondamento ad una nuova centralità del diritto (che è *più* della legislazione in quanto prodotto del pluralismo giuridico delle società democratiche), è proprio la rinnovata evidenza delle Costituzioni al cui rispetto – superando il mero statalismo di matrice giacobina – la legalità è affidata.

Contro il formalismo (ed il legalismo come forma del *monismo statalistico*)

viene pertanto richiamata la necessità di comprendere e poi definire le qualità oggettive che possano garantire la legalità anche nei confronti dei comandi del soggetto politico autorizzato ad emanare la norma, tanto più che la proliferazione delle leggi (spesso originata nel Parlamento da particolarismi e *lobbies*, che accrescono il discredito per la politica e per il potere legislativo) mette in pericolo alla radice la certezza, e conseguentemente, con l'inattuazione *effettiva* delle norme, lo stesso principio di legalità.

Di fronte a tutto ciò proprio il richiamo alla legalità come esigenza prioritaria per le società democratiche appare un ancoraggio morale prima che giuridico-politico, ma non senza nuove ambiguità. Si sono levate autorevoli voci a denunciare «la petulante sequenza di appelli e cortei che a suo tempo Leonardo Sciascia, con l'intelligenza e la lungimiranza del razionalista disincantato aveva etichettato come professionismo dell'antimafia. Risposta coraggiosa nei confronti dell'intimidazione moralistica delle vestali della legalità». La ostentazione delle manifestazioni di omaggio alla legalità (vestali alla ricerca di consensi) rischia di offuscare la reale comprensione di cosa significhi *il principio di legalità* quale architrave della etica pubblica di un paese e nel contempo del suo livello di civiltà giuridica. La generica esibizione della legalità ha spesso celato l'effettiva noncuranza della legalità sostanziale. Si dimostra insomma del tutto insufficiente la scolastica dichiarazione intesa a perpetuare il principio di legalità *in senso stretto*. Non basta dunque aderire *formalmente* alla legge e al suo comando, per assicurarne eguaglianza e certezza, ma, contro il formalismo che evira la sostanza della legalità – riducendola troppo spesso ad orpello di traffici che contraddicono l'esibizione di onestà – occorre onorare la legalità *sostanziale*. Se dunque il significato della Legalità è legato senza dubbio alla legislazione di origine statale legislativa e alla affermazione della certezza del diritto, che Lopez de Oñate celebrò dopo gli sconvolgimenti del Terzo Reich – responsabile di aver svuotato e avvelenato dall'interno lo Stato di diritto, incapace, nella rigida formalità della legge nazista così come dello Stato *rivoluzionario*, di garantire la legalità contro l'arbitrio – occorre riempire di nuovo significato il proclamato principio.

Dalla crisi del modello statalistico e giuspositivistico nasce quindi una nuova legalità, per cui è indispensabile distinguere *Legalità formale* e *Legalità sostanziale*, fondando su principi di etica pubblica lo scopo del diritto: *ordinare* la società è il compito del diritto nella democrazia sentita come *limite* ad ogni potere, per quanto legittimo, così che la cultura giuridica – cogliendo la *effettività* della vita del diritto nella sua lotta contro l'arbitrio – storicamente vigili perché la norma e la sua applicazione restino fedeli alla natura del diritto, vincolandone gli scopi.

Ma nuove insidie, non teoriche ma pratiche per usare il linguaggio di Lopez de Oñate a proposito della certezza del diritto, vengono alla legalità dalla attività interpretativa in sede giudiziaria, quando si moltiplicano sentenze nelle

quali l'interpretazione creativamente ritiene di poter assorbire la stessa scienza in un nuovo sapere giudiziario, che finisce per accogliere e sancire una suggestiva ma fasulla contrapposizione tra una non meglio definibile esigenza di *giustizia* – come diritto di origine sociale la cui applicazione è affidata alla interpretazione di un corpo specializzato ed indipendente, ma sensibile alla pubblica opinione – e la procedura legittima e formale, che assicura a tutti l'esecuzione della legge, benché oggi gravata dal sospetto di uniformismo burocratizzante. Non va infatti con superficialità ridimensionata ogni obbedienza alla legge sotto la categoria del *legalismo*, in modo tale da giustificare la disobbedienza individualistica alla legge, giacché la legalità è un pacchetto da adottare intero, sia quando se ne fa criterio per respingere le violazioni corruttive, criminali o mafiose, sia quando essa richieda procedure garantiste, l'esibizione per tutti di documenti di identificazione, il pagamento dei trasporti pubblici o della mensa scolastica, o l'osservanza delle regole comuni.

Infatti l'arbitrio (anche sotto apparenza della rivendicazione della legalità) può manifestarsi in diversi livelli: non solo quello tradizionale del principe, quando si svela tiranno, o quando abusa a beneficio dei titolari delle pubbliche amministrazioni di risorse comuni, ma anche, più subdolamente, quello della piazza (o dei clan e delle *lobbies* che la movimentano), cosicché l'illegalità ha oggi rappresentazioni diverse: quella della criminalità organizzata che intende *contrapporsi* all'ordinamento; quella della corruzione delle e nelle istituzioni pubbliche che decide di *infrangere* l'ordinamento; ed ancor più l'anomia diffusa dei cittadini che scelgono di *ignorare* l'ordinamento. Criterio essenziale per la pratica della legalità è dunque la trasparenza (che è anche condizione dell'esercizio della democrazia), che non consente di nascondersi dietro la *privacy* invocata a tutela di arbitrii di qualsiasi genere. La conoscenza della legge e la sua evidenza pubblica (*nulla poena sine lege*) costituiscono la condizione dell'applicazione del principio, giacché ogni limitazione della libertà personale o della sfera della riservatezza individuale può avvenire nello Stato di diritto solo attraverso le forme pubbliche della legge, in nome della trasparenza e dell'eguaglianza, senza conflitti con il diritto alla riservatezza, poiché proprio la pubblicità impedisce sia gli abusi che i privilegi.

Ha senso parlare ancora di legalità nell'età dell'incertezza? Proprio quando entra in crisi la certezza del diritto, diventa più urgente definire i caratteri del principio di legalità rinnovato. Smarrito l'ancoraggio alla codificazione (che risente del discredito della politica come fonte della normazione), è prevalsa la giurisdizione, fino a lambire l'invasività di una *superlegalità* costituzionale che dilata i confini della legalità nell'interpretazione. Vale allora l'avvertimento elevato da Friedrich von Hayek, consapevole della legalità *in senso stretto*, nel 1960: «il governo della legge presuppone la più rigida legalità. Ma la legalità non gli è sufficiente. Se una legge desse alle pubbliche autorità l'illimitato potere di agire a loro piacimento, tutti gli atti di queste sarebbero legali, ma non

sarebbero certo sotto il governo della legge. Il governo della legge, pertanto, è qualcosa di più del costituzionalismo: esige che tutte le leggi si conformino a certi principii. Perché costituisce una limitazione imposta a tutta la legislazione, il governo della legge non può essere esso stesso una legge nel medesimo senso delle leggi approvate dal legislatore».

In questa stessa prospettiva va osservata la dilatazione dell'influenza della giurisprudenza delle Corti dell'Unione europea, responsabili peraltro della introduzione di forme di *meticciamiento giudiziario* con l'inserimento surrettizio di norme di diversi ordinamenti nei singoli ordinamenti nazionali, resi subalterni alle pronunce delle Corti europee, in un'orgia di *pangiudivzialismo*. Se la giurisdizione (europea) conseguisse una supremazia di fatto nei confronti della legislazione, capovolgendo i criteri originari dello Stato di diritto, e affermando l'assunto che l'interpretazione vada considerata superiore alla stessa legge, verrebbe messo a rischio il principio di legalità sostanziale. Ma così si rischia di tornare alle *opiniones doctorum* (dei nuovi *dottori* europei, modello ed esempio per i creativi *dottori* dei singoli sistemi giudiziari) che si pretendono superiori alla legge stessa, precipitando nuovamente nell'*incertezza*, mentre invece il principio di legalità – pur soggetto ai venti forti e alle sfide della storia che richiedono costante vigilanza nello sforzo di ridefinirne il significato – affonda le sue radici nel principio che vuole *tutti* eguali di fronte alla legge. Se una definizione si voglia offrire della legalità, essa può giovare del senso ad essa offerto da Giuseppe Capograssi, secondo il quale «il diritto salva l'azione», custodendone il più vero significato per la vita dei singoli uomini che costruiscono faticosamente il mondo comune del diritto e della storia.

Pietro Rescigno

*Certezza del diritto e legalità**

L'aver preferito il termine di legalità al termine giustizia che è carico di una maggiore suggestione, almeno nelle nostre abitudini di linguaggio, vuol dire richiamare la nostra attenzione proprio sull'esigenza del rispetto delle Istituzioni, del quadro normativo, delle singole disposizioni che compongono l'ordinamento normativo dello Stato. In queste pagine [il Prof. si riferisce ai due volumi *Materiali per una cultura della legalità* ed. 2014 e *La legalità ambigua* ed. 2013, ndr] compaiono nomi cari alla nostra cultura, a cominciare da un filosofo del diritto che è particolarmente legato a chi ha compiuto gli studi presso l'Università Federico II di Napoli: Pietro Piovani. Io, con sentimento autentico, di viva commozione, di memoria sempre viva, sono lieto che appunto l'attività di pensiero, che ha trovato in questi due volumi una nitida espressione, rechi il nome di Piovani ad apertura del discorso. Piovani era una sorta di fratello maggiore, per quanti a Napoli hanno intrapreso la strada della riflessione giuridica nei vari settori. I più anziani erano Giuseppe Guarino e Pietro Piovani che esercitavano anche questo ruolo di maggiori fratelli che ci indicavano e sul piano del metodo e della ricerca dei temi, vie da percorrere, pericoli da evitare; quindi, sono due nomi rimasti nel ricordo di quanti, a partire dagli anni dell'immediato dopoguerra e dell'avvento della Costituzione, hanno svolto il compito di seguire, di accompagnare e in qualche caso di tentare di anticipare gli svolgimenti del sistema positivo in cui viviamo. Dicevo legalità, legalità è parola che si connette strettamente – e anche nell'Intervista che la cortesia di Pino Acocella mi ha chiesto di dettare – ho seguito, ho ritenuto di interpretare lo stesso richiamo all'esigenza della legalità nei termini del rispetto che si impone al legislatore in primo luogo come autore dei testi normativi, e poi al giudice che applica questi testi e perciò ai privati che sono poi destinatari di queste norme: il problema della certezza. La certezza del diritto è proprio esigenza, valore che è stato particolarmente in pericolo in epoche non lontane, che lo sviluppo storico, prima delle coscienze e poi degli istituti ha rinnegato ma è un

* *Relazione del Prof. Pietro Rescigno, convegno Lumsa 4 dicembre 2014 sui volumi Materiali per una cultura della legalità ed. 2014 e La legalità ambigua ed. 2013, Osservatorio sulla legalità, Istituto di Studi Politici "S. Pio V".*

valore che è sempre in pericolo, credo che anche la nostra generazione, la nostra letteratura che rispecchia i problemi di quella generazione abbiano avvertito spesso e oggi forse avvertano, con maggiore preoccupazione e tensione, gli attentati che si portano a questo valore della certezza del diritto. Il tema è stato materia di attenzione, di discorso, soprattutto nella sede di studio degli storici del diritto [...], che hanno dedicato al tema un convegno, chiamando anche un giurista positivo ed ero io che rivestivo in quell'occasione quella qualifica proprio dedicato al tema della certezza. In una versione, in un ripensamento di carattere storico e poi attraverso una ricognizione di fenomeni e di fatti propri del nostro ordinamento positivo dell'ultimo secolo. Il tema è poi tornato nel convegno successivo, in cui sono stato ancora una volta ospite degli amici degli storici, in cui abbiamo guardato piuttosto a degli istituti specifici. E nel mio discorso ad un tema che era stato caro a Pietro Piovani, quello della situazione, degli status che aveva costituito, poi, oggetto di una specifica meditazione per quel volume sull'*Etica della situazione* che Pietro Piovani aveva promosso e curato e al quale aveva voluto, per la benevolenza, l'amicizia che contrassegnava i nostri rapporti, anche la presenza del giurista. Quindi, io vorrei, in questo breve intervento, sottolineare lo stretto collegamento che con il tema specifico questo della legalità riveste il profilo della certezza del diritto. Altra occasione di personale riflessione è stata la pubblicazione, come vi è noto, pochi anni fa di un inedito di Piero Calamandrei, si trattava di una lezione che Calamandrei aveva tenuto in un ambiente per lui inconsueto, che era quella dell'Azione Cattolica fiorentina nel 1940, al quale aveva dato rilievo solo la stampa cattolica. Era rimasto inedito tra le carte di Calamandrei e portato alla luce dalla nipote, pubblicato poi con tre saggi di commento, di proposta, di rivalutazione di uno scritto ancora ignoto da parte di Alpa, Zagreblesky e di chi vi parla. Nel trattare il tema della legalità, accostato, addirittura – se volete – convertito nel tema della certezza nell'intervista con Acocella¹, avevo appunto ritenuto importante – in un'epoca in cui anche in altre sedi pensiamo al dibattito sui concetti giuridici, e dunque alla polemica sui principi generali del diritto – l'una e l'altra occasione per tentare, da parte del potere politico – e tentare anche per opera di uomini tecnicamente provveduti, di inserire e/o insinuare nel sistema affermazioni, proposizioni da affidare ai giudici come strumenti di lettura delle norme, di applicazione delle stesse e qualche volta anche di stravolgimenti di norme che avevano una loro storia o significato.

Strumenti con i quali piegare l'ordinamento positivo attraverso l'interpretazione, soprattutto l'interpretazione da rendere delle norme per casi non riducibili in maniera esatta, quasi geometrica, che era un po' l'illusione del vecchio concetto, della vecchia idea dell'ordinamento giuridico come un sistema preciso e rigoroso di sillogismi: la previsione normativa, il fatto, una corrispondenza

¹ P. Rescigno, *Intervista sulla legalità*, in *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 277-280.

della realtà alla previsione con un'applicazione quasi meccanica. Con questi strumenti, soprattutto con l'elaborazione, il suggerimento di scrivere ad apertura del sistema giuridico, che significava sostanzialmente poi le norme preliminari al codice civile per una tradizione storica non priva di significato e non priva anche di responsabilità per il privatista, le regole sulle fonti e poi sull'interpretazione e sull'applicazione del diritto, anche in quella dimensione importante, che poi il legislatore del nostro tempo ha voluto staccare dalle preliminari che è costituito dal diritto internazionale privato, cioè dall'incontro/confronto tra vari ordinamenti e dall'applicazione di norme oppure dall'efficacia in Italia di provvedimenti che provengono da altri ordinamenti, anche questo è un dato della concreta esperienza in cui il legislatore, affidando al giudice il compito di far entrare in Italia una norma di ordinamento straniero o una misura adottata nell'ambito di un altro ordinamento, non solo gli indica i criteri da applicare ma subordina poi questo procedimento così impegnativo anche al rispetto di certi principi generali propri del nostro ordinamento giuridico. Questa norma finale delle pre-leggi da parte del legislatore del nostro tempo, con una furia iconoclastica di cui non si comprende la ragione, è stata cancellata come se questa norma riguardasse solo il diritto internazionale privato e non anche, come nella regola finale delle preliminari, anche gli statuti di enti e istituzioni, le private disposizioni o convenzioni, che era una maniera del legislatore del codice civile di vedere assieme tutto il mondo di relazioni, di fatti che entrano nel nostro ordinamento non sulla base di una norma positiva e imperativa del legislatore ma anche attraverso quelle fonti ancora più frequenti nella produzione del diritto costituite non solo dall'applicazione, e questa certamente è una realtà limitata, di norme straniere ma anche dalla vita di enti collettivi che si danno atti costitutivi e statuti ma soprattutto dalle private disposizioni e convenzioni che sono esercizio/esplicazione dell'autonomia dei singoli non necessariamente o soltanto entro certi limiti prestabiliti tenuta a rispettare principi dell'ordinamento, ma in termini ancora più vasti appunto realizzativa di regole di vita, da attuare nei rapporti fra privati con libertà di scelta del tempo, dei modi, delle forme, degli elementi accidentali con cui arricchirla. La norma è stata cancellata, che era una norma nella quale in definitiva veniva rispecchiata, con una consapevolezza forse nemmeno piena da parte dell'autore della norma, quella prospettiva che costituiva un dato di estrema ricchezza della cultura giuridica italiana, che riassumiamo nella forma della pluralità degli ordinamenti giuridici. In quella norma si rispecchiava da parte del legislatore l'idea che il diritto non fosse soltanto il diritto affidato alle norme dello Stato ma fosse appunto costituito da tutti questi fatti, che erano essi stessi mezzi di porre regole di condotta agli uomini di un'estrema varietà rispetto alla limitata considerazione di norme di diritto positivo scritte nella legge o in tutti gli atti aventi forza di legge. Cercavo di evocare e mi scuso dell'estrema semplicità del ricordo, la polemica, il discorso critico sui concetti giuridici e il problema dei principi generali del diritto che impegnò giuristi positivi ma an-

che grandi pensatori di logica, logica non soltanto nata dall'osservazione del fenomeno giuridico. Quelle furono occasioni che la Storia di quel momento, di costruzione del nostro ordinamento affidata alla redazione del Codice civile, che rimane delle fonti del diritto quella di più immediata percezione nella vita concreta degli uomini.

Le altre sezioni dell'ordinamento certamente ci toccano tutti ma lì nel diritto privato vi è appunto il regime delle attività lecite o dei fatti lesivi dei diritti degli individui come motivo di obblighi di riparazione. E quindi è nel Codice civile che si riflette la vita concreta degli uomini nelle attività normali, nelle attività di scambio, di organizzazione degli interessi, che appunto rappresentano il modo di essere e di agire degli uomini in concreto fuori delle condizioni riflesse in questi fatti, invece, che oggi così profondamente ci turbano e che, purtroppo, attraversano la realtà del nostro paese in misura sempre più rilevante e preoccupante. Il problema della certezza [del diritto, n.d.r.] fu avvertito soprattutto da quella generazione, da una generazione di uomini che non aveva – non ebbe sempre quel coraggio, che forse non sarebbe neanche bastato, a scuotere e a distruggere un sistema di potere autoritario, di costruzione in termini di controllo dall'alto e di limitazione degli spazi dell'autonomia dei singoli. Di fronte a questa situazione la reazione dei giuristi fu però notevole e fu anche sufficiente da un punto di vista storico, quando reagì e respinse il tentativo di creare attraverso la manifestazione di questi principi formulati con estrema larghezza, nella sostanza rimessi alla discrezione che diveniva arbitrio o possibile arbitrio del giudice. L'aver respinto questa provocazione del pensiero politico dell'epoca che, appunto, parlava soprattutto al giurista chiamato a scrivere le norme fondamentali a quella sorta di legge costituzionale per i privati che è rappresentata dal Codice civile. Aver resistito a questa enunciazione, anche richiamando come modello errato, come modello da non seguire l'esperienza tedesca delle leggi manifesto, delle leggi programma in cui la vaghezza, la larghezza degli enunciati, il riferimento al sano sentimento del popolo significava la premessa per una giustizia controllata politicamente, alla quale affidare la soluzione di problemi che toccheranno la libertà e la dignità degli uomini; le leggi razziali saranno, in particolare, applicate con una severità e un rigore che si nasconderanno o si riveleranno – anche a un'indagine superficiale – poi come rispondenti ad un sano sentimento di un popolo, che era quello che il giudice attribuiva alle moltitudini o alla generalità al servizio di un'ideologia politica. Il saggio di Calamandrei pure contiene qualche affermazione che può sembrare non del tutto coerente con un pensiero liberale e quindi di critica e repulsione del sistema politico-giuridico dell'epoca; Calamandrei arriva a scrivere che il rispetto formale della legge – egli rifiuta sia l'esperienza tedesca del paese alleato sia della Russia sovietica che era più lontana politicamente dal pensiero dell'epoca – si deve indipendentemente dal modo di formazione della regola. Per lui, una Camera dei fasci – come era allora

il nostro organo legislativo – se emana la legge, ed evidentemente in lui c’era la constatazione e la convinzione che il rispetto di certi principi e di certe tradizioni continuasse in Italia a condizionare e quindi a indirizzare l’opera legislativa, comunque la norma positiva attraverso un procedimento formale, controllabile e cioè rispettoso di certe forme andava attuata, andava prima sentita poi fatta propria nella concreta azione degli uomini nella condotta dei singoli e nell’esame del giudice e nelle decisioni da prendere in caso di conflitto. Ecco io credo che il richiamo alla legalità significhi, e mi pare che queste pagine [si riferisce ai *Materiali per una cultura della legalità*, *op. cit.*, n.d.r.] diano un conforto di conoscenza, di sapienza, di saggezza a questo valore che la scienza giuridica italiana ha sostanzialmente conservato e trasmesso, anche e soprattutto principio della certezza. Quegli anni ci hanno consegnato anche un libro esemplare, quello di Lopez de Oñate, intitolato alla certezza che fu materia di discorso e di dibattito tra i più grandi giuristi dell’epoca, come Calamandrei, Carnelutti e gli studiosi della materia dei concetti e della formulazione di queste regole generali. La storia del pensiero giuridico italiano in quegli anni, anni dolenti e di dramma per il nostro paese, ci presenta e ci ammonisce con queste grandi figure che, con queste loro posizioni, riscattano anche certi silenzi, certe compromissioni, certe mancate reazioni a fatti che, con estrema gravità, avevano inciso sulla storia stessa del nostro ordinamento, che pure aveva conservato al di là di vicende che avevano diviso e creato diritti singolari, rafforzato privilegi e creatone di nuovi. Io credo che un discorso sulla legalità, che insista soprattutto su questo momento sia in linea, anzi rappresenti uno sviluppo ammirevole e da assecondare circa il valore della certezza che fu allora materia di dibattito e di apporti di cui la generazione che poi si impegna nel diritto, quella alla quale io appartengo che ha cominciato ad operare al tramonto della dittatura e alla fine della guerra, con l’entrata in vigore della Costituzione. Valori – sia consentito parlare anche della personale responsabilità del giurista e del tempo e delle persone con cui ha lavorato – che abbiamo cercato di ritrovare nel sistema e anche nella contemplazione del mondo che ci circondava, di quelli che erano i vincitori del conflitto, ma che soprattutto ci interessavano per quelle componenti della vita sociale del sistema giuridico legate soprattutto al pluralismo che li aveva contrassegnati in quel tempo, un pluralismo che poi, in verità, anche presso di loro si è in parte attenuato e in parte entrato in crisi. Tutto questo patrimonio di idee credo che siano il fondamento di ogni discorso sulla legalità, in particolare in questa prospettiva dell’esigenza del valore della certezza. E penso che l’Osservatorio e i libri che ci ha offerto siano un momento da seguire con interesse e da incoraggiare in questa prospettiva.