



“Historia et ius”
Associazione culturale - Roma

Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno

Collettanee

8

La Collana di Studi di storia del diritto medievale e moderno *Historia et Ius*, pubblicata in forma elettronica in open access, è nata per iniziativa della stessa redazione della omonima rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna. Essa si propone di costituire uno strumento di diffusione, su scala internazionale, dei risultati delle ricerche storico giuridiche e del confronto di idee e impostazioni metodologiche.

Ogni volume, così come gli articoli pubblicati nella rivista, è sottoposto a doppio referaggio cieco. La collana accoglie testi in lingua italiana, inglese, francese, spagnola e tedesca.

The Series of Studies in medieval and modern legal history *Historia et Ius*, published in electronic form in open access, was created on the initiative of the same editorial board of the homonymous history journal of the medieval and modern age. It aims to constitute an instrument of diffusion, on an international basis, of the results of historical legal research and of the comparison of ideas and methodological approaches.

Each volume, as well as the articles published in the journal, is subject to double blind peer-review. The book series receives texts in Italian, English, French, Spanish and German languages.

DIREZIONE DELLA COLLANA: Paolo Alvazzi del Frate (Università Roma Tre) - Giovanni Rossi (Università di Verona) - Elio Tavilla (Università di Modena e Reggio Emilia)

CONSIGLIO SCIENTIFICO: Marco Cavina (Università di Bologna) - Eric Gojoso (Université de Poitiers) - Ulrike Müßig (Universität Passau) - Carlos Petit (Universidad de Huelva) - Laurent Pfister (Université Paris II) - Michael Rainer (Universität Salzburg) - Giuseppe Speciale (Università di Catania) - Arnaud Vergne (Université de Paris) - (†) Laurent Waelkens (Universiteit Leuven)

E-mail: info@historiaetius.eu

Indirizzo postale: Prof. Paolo Alvazzi del Frate
via Ostiense 161 - 00154 Roma

Immagine di copertina:

Tommaso Bandini (Parma 1807-1849), *Mano destra di Maria Luigia d'Asburgo, duchessa di Parma, Piacenza e Guastalla*, marmo bianco di Carrara (Parma, Museo Glauco Lombardi, inv. 1602).

ISBN: 978-88-946376-8-7- luglio 2023

ISSN: 2704-5765

I CODICI DI MARIA LUGIA TRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE

Atti del Convegno di studi

Parma, 29 novembre - 1 dicembre 2021

a cura di
Andrea Errera



“Historia et ius”
Associazione culturale - Roma

Questa pubblicazione è stata realizzata con i fondi del Progetto «Convegno “I Codici di Maria Luigia. Tra tradizione e innovazione”», finanziato dall’Università di Parma come progetto di ricerca di Ateneo, FIL - Quota incentivante 2020 e dalla Fondazione Cariparma.

This research has financially been supported by the Programme «Convegno “I Codici di Maria Luigia. Tra tradizione e innovazione”», FIL - Quota incentivante of University of Parma and co-sponsored by Fondazione Cariparma.

Indice

<i>Premessa</i> , di ANDREA ERRERA	1
LUIGI LACCHÉ, <i>Dopo la Restaurazione: culture giuridiche nel crogiolo italiano</i>	5
RICCARDO FERRANTE, <i>Strumenti normativi canonici a confronto: codice, legge, giurisprudenza</i>	21
SANDRO SCHIPANI, <i>Il sistema del diritto romano e il codice di Parma: concittadini e giuristi</i>	33
PAOLO ALVAZZI DEL FRATE, ALFONSO ALIBRANDI, <i>Tra giurisdizionalismo e laicità dello Stato. Considerazioni sulla politica ecclesiastica del ducato di Parma e Piacenza tra XVIII e XIX secolo</i>	79
JOHAN ICKX, <i>Il 'Concordato' tra la Santa Sede e il Ducato di Parma del 1820. Una ricognizione archivistica</i>	95
ANDREA ERRERA, <i>Il tormentato lavoro di redazione del codice civile di Parma e alcune fortunate sopravvivenze archivistiche: Vincenzo Mistrali e il caso dell'irretroattività della legge</i>	109
STEFANO SOLIMANO, <i>La parificazione successiva delle donne nel codice civile dei Ducati, tra diritto patrio, Code Civil e ABGB</i>	155
GIACOMO PACE GRAVINA, <i>Enfiteusi e Restaurazione</i>	175
VINCENZO BARBA, <i>L'esecutore testamentario dal Codice di Maria Luigia al Codice fascista</i>	193
GIOVANNI ROSSI, <i>Circolazione di modelli europei e declinazioni locali del 'paradigma' codificatorio nel "Codice di processura civile" (1820) di Maria Luigia</i>	211
AUGUSTO CHIZZINI, <i>Il codice di processura civile parmense: tra pragmatismo e rigore sistematico</i>	241
MASSIMO MONTANARI, <i>L'istruzione probatoria nei codici di Maria Luigia</i>	263
ALBERTO CADOPPI, <i>Alle origini del codice penale parmense: il progetto milanese del 1806</i>	281
MARCO NICOLA MILETTI, <i>La scienza criminalistica tra verum e factum. Riflessioni a margine del Codice penale di Maria Luigia (1820)</i>	289

SALVATORE PULIATTI, <i>Profili storici della rilevanza della minor età nei codici penali preunitari</i>	313
PAOLO VENEZIANI, <i>Il codice penale di Maria Luigia: il sistema sanzionatorio</i>	327
ETTORE DEZZA, <i>L'assoluzione per insufficienza di prove nell'art. 422 del Codice di Procedura Criminale di Maria Luigia</i>	337
FABIO CASSIBBA, <i>Le giurisdizioni istruttorie fra oralità e scrittura</i>	355
PAOLO FERRUA, <i>Dibattimento e oralità nel sistema processuale penale</i>	369
FRANCESCO MASTROBERTI, <i>Due modelli a confronto: i Codici parmensi e il Codice per lo Regno delle Due Sicilie</i>	379
BEATRICE PASCIUTA, <i>Donne e codici nell'Italia preunitaria</i>	397
ELIO TAVILLA, <i>Il codificatore riluttante: i duchi estensi di fronte al modello luigino</i>	409
MARIO RIBERI, <i>Il Codice di Parma e il Codice Albertino. Assonanze e dissonanze</i>	425
MATTEO TRAVERSO, <i>I codici penali sabaudo e parmense. Le assonanze e le "eredità mancate"</i>	439
GIOVANNI CHIODI, <i>La seconda storia del codice civile di Parma nei giuristi postunitari: la controversia sul calcolo della disponibile e la questione sulla natura del diritto alimentare dei figli adulterini e incestuosi</i>	457
<i>Autori</i>	493

Riccardo Ferrante

*Strumenti normativi canonici a confronto:
codice, legge, giurisprudenza*

SOMMARIO: 1. Codice – 2. Legge – 3. Giurisprudenza.

1. *Codice*

La storiografia giuridica, in particolare quella italiana, ha arato il campo della storia della codificazione in modo profondo, tanto da porre il dubbio di quanto, allo stato, il terreno di ricerca non si sia ormai inaridito, almeno nei suoi profili teorico-general¹. Gli stessi sviluppi della storiografia sul codice sono stati ripetutamente ricostruiti².

Per grandissime linee è possibile tracciare un percorso che solo progressivamente ha reso il “codice” un canone caratterizzante la storia giuridica occidentale. Evocare un “canone giuridico occidentale” ovviamente richiama l’opera del più autorevole critico letterario contemporaneo. La sua ricerca di un “canone occidentale” nella storia della letteratura, si inserisce in una lunga tradizione in cui si compendiano, si elencano, “grandi opere” – “opere canoniche” – ritenute fondamentali e identificative, in particolare della storia culturale europea³. Il *codice*, in quanto *Gesetzbuch*, è tipicamente

¹ Ma una conclusione del genere viene già puntualmente smentita ad esempio da chi, partendo dagli insegnamenti di Adriano Cavanna, è stato protagonista di questa storiografia negli ultimi vent’anni, e riesce tutt’ora con massive incursioni d’archivio a restituire vividamente il contesto complessivo di temi centrali della novità legislativa “codice”: S. Solimano, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d’Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino 2017; Id., ‘Il buon ordine delle famiglie’. *Donazioni e successioni nell’Italia napoleonica*, Napoli 2021.

² Per quanto mi riguarda rinvio all’ *Introduzione*, per altro datata e con un taglio specifico reso esplicito dall’intitolazione, di R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino 2011², pp. 1-16: *Ragguaglio bibliografico sulla codificazione a duecento anni dalla promulgazione del Code Napoléon (e a trent’anni da Assolutismo e codificazione del diritto di G. Tarello)*.

³ «Inizialmente, il termine “Canone” designava i libri usati nelle nostre istituzioni scolastiche». H. Bloom, *Il Canone occidentale. I libri e le scuole delle Età (The Western Canon: The Books of the Ages)*, New York 1994), Milano 1996.

canonico del diritto occidentale.

Ancora nel 1887 Francesco Filomusi Guelfi distingueva i codici non tanto per le loro caratteristiche tipiche, quanto piuttosto per i fini politici che essi avevano perseguito secondo la deliberata scelta dei governanti: nel 1804 l'unità politica della Francia, nel 1865 quella dell'Italia da poco costituita a Stato⁴. Una decina d'anni dopo, nella parte seconda del settimo volume del *Digesto italiano* (1897-1902), è Carlo Calisse a porre principi e condizioni identificative del codice "moderno". I codici sono adesso «raccolte sistematiche de' vari rami del diritto, munite della sanzione dello Stato, con esclusione di altre concorrenti fonti giuridiche» là dove si siano verificate – però – due precise condizioni: la dichiarazione di diritti immutabili e intangibili (dunque non tutelati solo per «benevola concessione del sovrano», circostanza che di per sé rendeva precarie le riforme) e l'«uguaglianza civile» di fronte alla legge.

Con ciò si iniziava una periodizzazione del fenomeno legislativo, distinguendo semplici "raccolte di leggi", "codici" anteriori alla Rivoluzione francese e "codici" posteriori alla Rivoluzione francese. Qui la storiografia iniziava effettivamente a profilare in modo netto il *codice* di leggi, inserendolo necessariamente tra i lemmi *cicoria* e *commissionario*, secondo un fenomeno di appiattimento dei valori delle categorie tipico dell'approccio enciclopedico. Ma l'esito della canonizzazione era compiuto.

Il passaggio dalla periodizzazione alla concettualizzazione avviene ad opera di Mario Viora intorno al 1928, anno di pubblicazione del suo libro sulle costituzioni piemontesi, con la successiva uscita del celeberrimo *Consolidazioni e codificazioni. Contributo allo studio della codificazione*⁵. Dalla periodizzazione, proposta da Calisse, si passava alla categorizzazione in chiave evolucionistica, e innanzi tutto delle consolidazioni: nel 1931 redigeva appunto la voce *consolidazioni* per l'*Enciclopedia italiana* Treccani⁶. Nei decenni che seguirono, le ribattute successive sul tema, e sulla categoria, furono quelle autorevoli di Guido Astuti che ripetutamente affrontò le

⁴ *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono. Discorso letto nella R. Università di Roma il giorno 3 novembre 1886 in occasione della solenne inaugurazione degli studi*, Tip. Flli Pallotta, 1887. Avrebbe successivamente sviluppato la sua posizione nell'*Enciclopedia giuridica*, come spiega U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, p. 88, che nelle pagine successive ricostruisce poi le posizioni di Carlo Calisse, Federico Sclopis, Antonio Pertile, ecc.

⁵ Edito per Zanichelli (Bologna) e poi ristampato nel 1967 da Giappichelli (Torino).

⁶ Ora disponibile in https://www.treccani.it/enciclopedia/consolidazioni_%28Enciclopedia-Italiana%29/.

vicende della codificazione italiana⁷.

Nel 1976 usciva, infine, la *Storia della cultura giuridica. I: Assolutismo e codificazione del diritto* di Giovanni Tarello, «un autentico capolavoro intellettuale, un magnifico libro di diritto, deliziosamente fazioso»⁸. Tarello si occupava in particolare di *ideologie della codificazione* in specie di fine '700, intendendo per *ideologia* – “in senso debole”, come avrebbe detto Norberto Bobbio – il sistema radicato di convinzioni che si viene ad elaborare, via via e nelle diverse fasi storiche, sul ruolo delle istituzioni e sull'articolarsi delle fonti normative in base a un preciso contesto generale (sociale, culturale, politico, economico...) ⁹. Era un'opera che risentiva delle più avanzate proposte di metodo storiografico e, in definitiva, anche di un clima politico e culturale nuovo che si era affermato nella facoltà genovese proprio negli anni immediatamente precedenti¹⁰.

Elemento fondamentale della “codificazione moderna” gli appariva la semplificazione del diritto, semplificazione che era stata progressivamente raggiunta con la risoluzione di una serie di problemi tecnici: l'individuazione di criteri economici nella formulazione delle norme (diversamente raggiunta secondo il prevalere delle diverse correnti di filosofia del diritto), l'abrogazione espressa del diritto previgente, la non eterointegrabilità del testo, la semplificazione dei contenuti (tanto più semplice fu il codice a cavallo tra Sette e Ottocento quanto più il contesto politico-sociale era stato improntato a un radicale cambiamento in senso egualitario). Il vero stigma della codificazione moderna secondo Tarello era il soggetto unico

⁷ G. Astuti, *La codificazione del diritto civile*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, II, Firenze, 1977, pp. 847-890 (ora in Id., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, II, Napoli 1984, pp. 803 ss.); Il “Code Napoléon” in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori, in *Atti del convegno “Napoleone e l'Italia”*, Accademia dei Lincei, Roma 1973, I, pp. 175-237 (anche in *Annali di storia del diritto*, XIV-XVII, 1970-1973, pp. 1-87, e ora in Id., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli 1984, pp. 710 ss.).

⁸ I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, p. XVI.

⁹ Come noto *Ideologie della codificazione* esce in prima edizione nel 1969, poi si modificherà e diventerà, appunto, *Storia della cultura giuridica moderna* nel 1976.

¹⁰ Ciò era avvenuto per merito di grandi maestri come Riccardo Orestano, Salvatore Satta, Giovanni Conso, Stefano Rodotà e Franca De Marini, ma anche degli studiosi successivi: Guido Alpa, Riccardo Guastini, Giorgio Rebuffa e Paolo Comanducci (già in quella fase sempre più impegnati sul versante della filosofia del diritto, non senza essersi occupati anche di storia), e nell'ambito più specificamente storico, Vito Piergiovanni, in una prima fase, e poi anche Mario Da Passano e Rodolfo Savelli. Senza dimenticare il dialogo con altri, come ad esempio Francesco Galgano. Molto utile: M. Bessone (cur.), *Sullo stato dell'organizzazione giuridica. Intervista a Giovanni Tarello*, Bologna 1978.

di diritto: la norma è una proposizione che coniuga un predicato ad un soggetto e il sistema si semplifica quando il soggetto è uno e uno soltanto.

In seguito nelle pagine di Ugo Petronio (*La lotta per la codificazione*, edito per Giappichelli nel 2002) troviamo tracciate in modo articolato le diverse soluzioni interpretative che hanno animato questo settore di studi, e anche l'invito – ad esempio – a partire dalla riflessione di Filomusi Guelfi, suggerimento che nelle pagine precedenti si è accolto con convinzione¹¹. Dopo la trattazione di filoni tradizionali della riflessione giuridica, a partire da giusnaturalismo e giuspositivismo, Petronio tratteggia le più recenti teorizzazioni e si sofferma anche sul concetto di assolutismo giuridico individuato negli ultimi decenni da Paolo Grossi.

Il *Code* è – nella ricostruzione di Grossi – il frutto definitivo di «un incessante processo di statalizzazione del diritto», al cui fondo «v'è l'affermazione di un rigido monismo giuridico, con la identificazione del diritto nella legge, cioè della manifestazione di una volontà sovrana»; con la «codificazione generale» il diritto francese (e quello continentale, se pure col ritardo dell'area germanica) è imprigionato «nella trame strette di un diritto cartaceo»¹².

Petronio, volendo confutare le tesi di Mario Viora e presi in mano i lavori preparatori e le discussioni presso le assemblee e il Consiglio di Stato francese, ha voluto dimostrare che solo all'ultimo si fosse affermata l'idea della esclusione di ogni altra fonte normativa esterna¹³. L'abrogazione del diritto previgente, che per Viora (e poi per Tarello) era elemento essenziale nella identificazione del concetto di codice (a differenza delle “consolidazioni”), non ne fu in effetti fattore fondante. L'elemento che per Petronio risulta determinante, per sottrazioni successive, è piuttosto quello della ricerca e della realizzazione della uniformità del diritto, un diritto unico per l'intero territorio nazionale francese. Risulta però difficile immaginare come questo obiettivo potesse essere immaginato senza

¹¹ U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit.. Si tratta di una importante messa a punto – certo, condivisibile o meno – del modo in cui nel Novecento il tema è stato via via svolto. Oltre ai nomi già fatti e in particolare con riguardo al problema della completezza del codice, del suo “mito”, Petronio ricorda gli interventi di Luigi Mengoni, Piero Schlesinger, Rosario Nicolò, e poi Pietro Rescigno, Angelo Falzea, Rodolfo Sacco.

¹² *Dalla società di società alla insularità della Stato fra Medioevo ed età moderna*, Napoli 2003, p. 45.

¹³ *Un tentativo moderato di codificazione del diritto del processo civile e penale in Lombardia: il 'nuovo piano' di Gabriele Verri*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, II, Firenze 1977; nel 1978 su «Quaderni fiorentini» recensisce il libro di Tarello. Ora U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit., pp. 92 ss.

affermare l'eshaustività della fonte unificante scelta, cioè il codice non eterointegrabile.

Con l'inizio degli anni 2000, la storiografia giuridica, sotto il pretesto dei bicentenni delle codificazioni, si è ritrovata a riflettere collettivamente sul tema degli strumenti legislativi¹⁴. Prototipico è stato l'incontro fiorentino del 2000: *Codici. Una riflessione di fine millennio*, i cui atti – pubblicati l'anno seguente – rappresentano ancora oggi un riferimento scientifico importante, anche alla luce della polifonia interdisciplinare che contraddistinse l'iniziativa, impreziosita dal contributo di maestri indiscussi del '900 dottrinale europeo.

Negli ultimi anni, mercè il succedersi delle ricorrenze, è stata la volta dei codici della Restaurazione. Fra i più recenti incontri di studio possiamo ricordare *A duecento anni dal Codice per lo Regno delle Due Sicilie: elaborazione, applicazione e dimensione europea del modello codicistico borbonico* (Napoli-Caserta, 4-5 ottobre 2019)¹⁵. In tempo di pandemia sono seguiti, necessariamente in formato "webinar": *Modena e l'Europa: diritto, cultura e scienza negli anni del Codice Estense (nel 250° dalla sua promulgazione, 1771-2021)*, organizzato da Elio Tavilla (Università di Modena e Reggio Emilia), il 28-30 aprile 2021, e *Napoleone e il diritto. A duecento anni dalla morte di un genio*, organizzato da Stefano Solimano (Università Cattolica di Milano S. Cuore) il 5 maggio 2021.

Ma è difficile, se non impossibile o inopportuno, parlare a questo punto di storia della codificazione senza porsi una serie di problemi nuovi e di prospettiva.

2. Legge

La vicenda dei codici otto-novecenteschi è in definitiva un percorso breve, se visto sui tempi larghi della storia giuridica occidentale. A distanza di più di 50 anni credo si confermi una intuizione di Giovanni Tarello. Si tratta, nel caso della codificazione, di una storia appunto molto ideologica, o ideologizzata, o comunque ideologizzata via via di più. E questo non riguarda tanto, o non solo il legislatore, la cui connotazione

¹⁴ Da questo punto di vista il modello originario è il celebre – e oggettivamente ancora utile – *Livre du centenaire...*

¹⁵ Per gli atti: F. Mastroberti - G. Masiello (curr.), *Il codice per lo Regno delle due Sicilie. Elaborazione, applicazione e dimensione europea del modello codicistico borbonico*, Napoli 2020.

politico-ideologica – in un ordinamento parlamentare-rappresentativo e democratico - è presupposta, ma anche la scienza giuridica, a sua volta assai “ideologica” quando si parla di codici.

È stata ad esempio sempre poco sottolineata la carica ideologica “no-code” (si direbbe oggi) della scuola scientifica capeggiata da François Géný, e soprattutto del suo sodale Julien Bonnecase. Autore, questo secondo, di un libro unilaterale e tendenzioso, fintamente scientifico e storiografico, eppure “comodo” nel suo essere così sbrigativo, tanto da godere ancor oggi di moltissimo credito¹⁶.

La storia della codificazione del diritto è una storia breve, lo si è già detto, ed è la storia di una rapida crisi. Con la peculiarità che se i codici sono stati strumenti normativi straordinariamente innovativi, è pacifico il giudizio della loro non riproducibilità in epoca attuale, ma anche la constatazione che di essi – magari ancora nella loro stesura ottocentesca, o al massimo inizio novecentesca – non si riesce a fare a meno.

I fattori di crisi sono noti. La decadenza del legislatore, con una sempre minore tensione sul tema della qualità delle leggi, quasi fosse ormai una missione disperata, da non affrontare più. La “crisi della fattispecie” (su cui si è soffermato in particolare Natalino Irti), fattispecie che è fondante dell’impostazione codificatoria. Per converso, dunque, soprattutto nel contesto della cultura giuridica togata, avanza la proposta casistica, di matrice anglosassone, e radicalmente anticodificatoria; questo con un esplicito scivolamento verso quella che è stata definita la *juristocracy* o diversamente, storicizzando, si è parlato di “età della giurisdizione”, ovviamente citando espressamente il volume di Irti sull’età della decodificazione¹⁷. Ne è nata una robusta esaltazione del “precedente”, già molto ripreso, ad esempio significativo, nel recente intervento di Giorgio Lattanzi (già presidente della Corte costituzionale, ed ora della Scuola superiore della magistratura) alla presenza del vicepresidente del CSM, del ministro della giustizia e del presidente della Repubblica, dove si propone una nuova cultura del giudice – e relativa formazione – per abituarlo, appunto, a «ragionare utilizzando i precedenti»¹⁸.

¹⁶ J. Bonnecase, *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et des ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris 1919 (seconda edizione nel 1924).

¹⁷ A. Di Porto, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in A. Carleo (cur.), *Calcolabilità giuridica*, Bologna 2017, pp. 119-136.

¹⁸ *Intervento del Presidente della Scuola Superiore della Magistratura all'incontro del Presidente della Repubblica con i magistrati ordinari in tirocinio nominati con d.m. 12 febbraio 2019* (Roma, 26 febbraio 2020); <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/inter->

Va detto che si sta pensando a un giudice meno solitario, e in questo senso va letto il grande impegno sull'ufficio del processo, dunque sull'idea di un lavoro di *equipe*, certo, ma ovviamente con una sottolineatura ulteriore della funzione giudiziaria, a detrimento del legislativo. Un giudice meno solitario, ma è incerto quanto meno individualista, visto che in realtà, detto terra terra, l'UPP è pensato più che altro come funzionale allo smaltimento dell'arretrato, e per non dire che su questa "novità" (anche ordinamentale) già si avverte una certa stanchezza.

Rialzando lo sguardo, molto dipende dall'interpretazione dell'art. 101 della costituzione, di cui grossomodo vi sono due approcci. Un'interpretazione "aperta", secondo cui il giudice deve poter interpretare in base ai principi costituzionali (così Grossi e gran parte della scienza costituzionalistica e privatistica). La scuola filosofico-giuridica genovese parla – già da almeno vent'anni - di "neocostituzionalismo" (come sfida al positivismo giudico, partendo da Alexy, Nino, Dworkin...), e oggi i costituzionalisti parlano anche di "nuova costituzionalistica". Su altro fronte si delineerebbe una visione "neoformalista", tendenzialmente contraria allo strumento ermeneutico dell'interpretazione conforme (Natalino Irti, Carlo Castronovo, Massimo Luciani...). Si tratta ovviamente di una schematizzazione semplicistica e incerta, e su molti profili confutabile.

Comunque sia, dopo un secolo e mezzo di codici, è iniziata una irreversibile crisi del concetto, della categoria "codice", fino a esiti estremi. Ultimissimo esempio (uno fra i possibili) il così detto "codice rosso", cioè la l. 19 luglio 2019, n. 69, sulla violenza domestica e di genere. Un insieme di 21 articoli che intervengono a modificare per novellazione il codice penale (con l'individuazione di 4 nuovi reati), il codice di procedura penale e varie altre leggi. Se non fosse per il tema che si vuole affrontare, di tragica attualità e di straordinario rilievo, non so se il giudizio, in termini di tecnica legislativa, possa essere favorevole. È ovvio l'uso comunicativo del lemma "codice", che ormai esprime un giudizio di valore e non una categoria di strumenti legislativi.

3. *Giurisprudenza*

Alla fine, residua il tema della certezza del diritto, la principale rivendicazione dell'Illuminismo giuridico, che si compie proprio nella

codificazione del diritto. In allora il codice era visto, da questa prospettiva, come la soluzione definitiva. Oggi, nel nuovo quadro delle fonti fattosi largamente più complesso, il problema si ripropone drammaticamente. Autorevolmente si nega che ormai sia possibile ancora parlare di “sistema delle fonti”, ma casomai di “caos delle fonti” (Gaetano Silvestri).

Da una parte lo si risolve col “ritorno alla giurisprudenza” (magari parlando di “invenzione del diritto”, con squisito gusto di “*épater les bourgeois*”)¹⁹. Dall'altra si cercano nuove risposte, che necessariamente non possono essere quelle di inizio '800. In mezzo ci sono infatti almeno un paio di rivoluzioni socio-economiche (e con ciò, politiche), caratterizzate da violenti strappi tecnologici: quella industriale e quella digitale.

Il tema della “certezza” vien ormai diversamente modulato in quello della “predittività”: è *certo* ciò che è *prevedibile*, cosa di per sé non nuova. E allora si richiama in maniera battente Oliver Wendel Holmes ed è citatissima e attualizzata la sua massima espressa a Boston nel 1897: «the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law»²⁰.

Holmes viene celebrato come origine della riflessione sulla predittività e del giusrealismo nord-americano. Ma si potrebbe poi citare anche la “giurisprudenza meccanica” evocata da Roscoe Pound nel 1907 (che per altro identificava il compito meccanico del giudice già nella imposizione della “legge delle citazioni”). Alla ricerca di autorevoli conferme si rinvia sempre al Max Weber che ha riflettuto sulla calcolabilità giudiziaria. E poi, ancora a ritroso si risale storicamente al Leibnitz della *Dissertatio de arte combinatoria* (1666): «Le parti un giorno, di fronte a una disputa, potranno sedersi e procedere a un calcolo»²¹.

Avviene dunque che il diritto, proprio per tramite del canale giurisprudenziale, che dovrebbe garantire maggiori margini all'interpretazione rispetto alla rigidità legislativa, diventi un fatto computazionale e, in sintesi, la nuova risposta venga dall'intelligenza artificiale. Tramontata la

¹⁹ P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari 2017.

²⁰ O. W. Holmes Jr., *The paths of the Law*, in «Harvard Law Review», 10 (1897), pp. 460-461. Su Holmes, come origine della predittività e del giusrealismo americano, G. Alpa, *Note sulla calcolabilità nel diritto nordamericano*, in A. Carleo (cur.), *Calcolabilità giuridica*, cit., pp. 88-93.

²¹ In esergo a E. Quarta, *Giustizia e predizione: l'algoritmo che legge il futuro*, in «Giustizia insieme», <https://www.giustiziainsieme.it/it/cultura-e-societa/600-giustizia-e-predizione-l-algoritmo-che-legge-il-futuro?hitcount=0>; il breve saggio, seppure con qualche eccesso di entusiasmo, costituisce un'ottima sintesi sul tema di giustizia predittiva e algoritmi, anche in prospettiva storica.

legge e i codici, alla decisione giudiziale è richiesta certezza determinata dal precedente e con ciò si scivola verso la decisione robotica.

Si profila la fine della determinatezza e della fattispecie affermatesi col codice secondo un percorso di inquietante nemesi. Infatti, l'auspicio iniziale è stato il superamento della visione illuministica, e meccanicistica, del giudice come inanimata *bouche de la loi*. Messa ai margini la *loi* e il legislatore, si ritornerebbe alla giurisprudenza e al pluralismo giuridico. Permanendo, e anzi accrescendosi, l'esigenza di certezza del diritto in una situazione di caos delle fonti, in un regime di diritto giurisprudenziale – con ampio affidamento al precedente – ci si dovrebbe necessariamente affidare alla predittività. Per garantire la efficacia della predittività sarebbe necessario l'uso dell'intelligenza artificiale, e dunque si virerebbe in sostanza a favore del robot, in cui devi inserire dati di fatto e *lois*, in sostanza. Un essere inanimato e computazionale che produce “diritto vivente” e decisioni giudiziali: una perfetta *bouche de la lois*.

E il futuro?

Qualcuno ricorderà *Minority report*, il film di Steven Spielberg del 2002 liberamente tratto dall'omonimo racconto di Philip K. Dick, pubblicato nel lontano 1956. In quel caso la fantascientifica *Precrime* anticipa la commissione dei reati, catturando “in anticipo” i potenziali responsabili sulla base della “predizione” di quattro esseri superiori, capaci di prevedere il futuro (futuro criminale, in specie). Il problema è la possibilità di un “report” di minoranza, una predizione dissonante dagli altri, un dubbio. La ideatrice delle *Precrime* è nettissima sulla necessità di tenere nascosta qualsiasi possibilità di *minority report*: «è ovvio, perché la *Precrime* funzioni non devono esserci condizioni di fallibilità. Un sistema giudiziario che infonde il dubbio non lo vuole nessuno; anche se irragionevole è pur sempre un dubbio». Insomma, la terribile minaccia del dubbio, che va escluso per definizione dalla predizione.

Ora, nella realtà nordamericana, il programma di intelligenza artificiale COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) applica una serie di algoritmi (non resi pubblici...) a dati personali del detenuto raccolti con un questionario di 137 domande²². Lo scopo è il calcolo del rischio di recidiva, attraverso “item”, cioè – in definitiva – articoli codificati, un livello diverso di codificazione.

La Corte suprema del Wisconsin (*State v. Loomis*) ha stabilito nel 2016

²² <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE>.

che il sistema può essere usato anche nella valutazione della colpevolezza²³. Col rischio appunto che «le persone vengano giudicate non per quello che hanno fatto, ma per quello che potrebbero potenzialmente fare»²⁴. Rientrare in parametri di rischio secondo un calcolo robotico sarebbe prova della commissione di un dato reato.

Qui conduce la prevedibilità, e quindi affidabilità, del sistema giudiziario? Sono queste le risposte alla richiesta di certezza del diritto?

Concludendo, più che il diritto legislativo, la critica presente nella dottrina prevalente, e nella cultura giuridica togata (nella sua totalità), riguarda il legislatore. Criticato, per lo più giustamente, e talvolta vilipeso. La stessa legge sarebbe ormai inattuale... il codice non se ne parla neppure. Ma quale garanzia c'è che il giudice sia migliore del legislatore? Quale sarebbe la discriminante ontologica che colloca un giudice al di sopra di un componente di una qualche assemblea rappresentativa legislativa? Quale garanzia abbiamo che la decisione giudiziale, attraverso la "invenzione del diritto", sia maggiormente conforme alla struttura plurale della società, quando magari criticiamo il legislatore proprio quando si fa strumento di interessi di gruppi, e non della astratta totalità della nazione (o del Paese)?

Non vi sono risposte definitive, salvo che in questo momento la magistratura italiana, una delle migliori al mondo, è in effetti una riserva straordinaria di cultura giuridica e di competenze indispensabili per il funzionamento delle istituzioni repubblicane (detto in sintesi: il "fuori ruolo" può essere ed è nella maggioranza dei casi uno strumento indispensabile).

La crisi del legislatore, e il caos delle fonti, sono i fattori che hanno messo probabilmente alle corde per sempre il codice e non è nemmeno il caso di soffermarsi troppo sulla fine del modello otto-novecentesco di codificazione. La crisi della legge è però un problema serio e comporta qualche rischio preoccupante. Nel 2020 è uscito un interessante volume collettaneo: *The crisis of confidence in legislation*. Le conclusioni sono state affidate a una studiosa nord-americana, Cary Coglianese, che le ha significativamente intitolate *Law as Scapegoat*, la legge come "capro espiatorio"²⁵.

²³ Ricca ormai la bibliografia al riguardo; utile e autorevole sintesi in J. Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo (Inteligencia artificial y proceso judicial)*, Madrid, 2018), traduzione e prefazione di P. Comoglio, Torino 2019, pp. 58-65.

²⁴ Ivi, p. 64.

²⁵ M. De Benedetto - N. Lupo - N. Rangone (curr.), *The crisis of confidence in legislation*, Baden-Baden 2020, pp. 337-365.

«Scapegoating the law is a real phenomenon. In an era of declining public trust in government, the reality is that populist leaders and aspiring authoritarians can turn law into a scapegoat in ways that may only accelerate their societies' overall declining confidence in law and government. As such, legal scapegoating is worrisome and deserves attention and study»

Non sembra secondaria la sottolineatura circa la necessità dello studio scientifico su questi temi. E non manca – in effetti – bibliografia al riguardo. Ma, appunto, dove si colloca nel discorso appena fatto quello che dovrebbe essere il terzo incomodo? Il terzo tipo di diritto, oltre quello dei giudici e quello dei legislatori? Insomma, la scienza giuridica (o, come alcuni preferiscono per precisione, la “dottrina”) dove va collocata? Con quale impatto effettivo sul “diritto vivente”, sul lavoro della giurisdizione? La dottrina, o meglio l'accademia, o meglio i professori universitari appaiono in gran parte fuori gioco.

Da questo punto di vista certe timidezze andrebbero superate, come anche i fenomeni di omologazione scientifica e di sudditanza a quello che oggi chiamiamo (chiedo scusa per il termine) il *mainstream* della cultura giuridica. Non negare la portata ideologica delle scelte di campo aiuterebbe a chiarire il reale peso e le effettive conseguenze delle proposte avanzate.