

Sintesi del testo di GAETANO PECORA

Il pensiero politico di Gaetano Filangieri - Una analisi critica

Edito da Rubbettino

PARTE PRIMA

Gaetano Filangieri nel 1771 all'età di diciotto anni scrisse l'opera la *Morale de' principi fondata sulla natura e sull'ordine sociale*. Tale opera ci è stata trasmessa da Isidoro Bianchi palermitano sostenitore del Re che ammirava l'opera di Filangieri perché sciolta dalla tradizione e libera dalle antiche usanze. Bianchi amava soprattutto la forza riformatrice dell'opera di Filangieri che anticipata nell'opera del 1771 è stata portata avanti anche nella *Scienza della legislazione* i cui primi due libri furono pubblicati nel 1780. Sin da quando aveva appena diciotto anni, dunque, Filangieri sosteneva che la società si basa su un contratto finalizzato a garantire al conservazione e al tranquillità dei singoli. Il rispetto del patto sociale è garantita attraverso la previsione della comminazione di sanzioni penali che però da sole non bastano. Infatti è necessario che ad esse siano aggiunte un'educazione e una religione adattate ai disegni del legislatore. Quindi sin dalla prima opera e poi nella *Scienza della legislazione* Filangieri sostiene che il saggio legislatore deve trattenere gli uomini dal male ma senza rinunciare all'ambizione di guidarli e muoverli al bene.

Nel 1774 Filangieri pubblicò una nuova opera "**Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano**" riguardante l'amministrazione della giustizia che si inseriva in un contesto in cui Bernardo Tanucci aveva aspramente contestato l'arbitrio con il quale i giudici di allora amministravano la giustizia. Infatti costoro non erano obbligati motivare le sentenze ed erano obbligati a rispettare solo le opinioni dei dottori.

Tanucci affermò che i giudici devono essere subordinati alla legge in quanto devono limitarsi a dare esecuzione ad essa e non crearla. O modificarla. Perciò era necessario rendere obbligatorio stampare la sentenza, derivarla dal testo della legge. Se mancava una legge applicabile al caso concreto bisognava rivolgersi al Re e non abbandonarsi a decisioni prese secondo equità. Filangieri alle osservazioni di Tanucci aggiungeva che l'equità non garantiva imparzialità né assicurava la tutela della libertà dei cittadini. Anzi l'equità tendeva a limitare tale libertà. Si può dire che il problema dell'arbitrio dei giudici assieme al contratto sociale erano due punti fermi nel pensiero di Filangieri e che permeano di loro tutte le sue opere. Come con riferimento al contratto sociale Filangieri ha affidato al saggio legislatore il compito di preservarne il ruolo, così con riferimento all'amministrazione della giustizia Filangieri ancora una volta invoca la maestà della legge. La libertà del popolo, la prosperità dello stato devono riecheggiare leggi generali, precise, semplici e chiare.

Nell'affrontare il problema della mancanza di imparzialità nell'amministrazione della giustizia effettuata secondo equità, Filangieri nell'opera *Scienza della legislazione* oltre

ad asserire la necessità di affermare la superiorità della legge propone l'istituzione del censore che avrebbe dovuto proporre al sovrano le misure per garantire la rispondenza che deve pur esserci tra le leggi e i costumi di una nazione, attingendo tuttavia al ricco patrimonio delle leggi antiche.

Con il mutare della società, infatti le legislazioni si rivelano sempre inadeguate. Nuove leggi fatte per venire incontro alle nuove esigenze di normazione, però, anziché migliorare la situazione creano disordine aggiungendosi a quelle del passato. Tutto ciò rende inutilmente pletorica la legislazione. Pertanto per Filangieri sarebbe meglio istituire il censore come organo che costantemente garantisce il corretto adeguamento del diritto alla realtà.

Da quanto finora osservato si deduce che tutto l'opera di Filangieri è tenuta insieme da un unico e costante pensiero che la rendeva particolarmente amata.

Tuttavia non va ignorato che accanto ai numerosi sostenitori di Filangieri vi erano anche molti detrattori soprattutto tra i magistrati e gli avvocati che si sentivano attaccati dalle sue opere. Proprio perchè l'ambiente forense gli era ostile Filangieri si ritirò a vita privata e si dedicò ad uno studio intenso per cercare di capire cosa si doveva fare per migliorare la situazione. I suoi studi intensi lo portarono dunque all'elaborazione della Scienza della legislazione dove viene compiutamente espresso il suo spirito riformatore. Nel 1780 pubblicò i primi due libri dell'opera dedicati alle regole generali della scienza legislativa e alle leggi politiche ed economiche. Nel 1783 pubblicò il libro terzo diviso in due tomi e nel 1785 il libro quarto in tre tomi. Infine fu pubblicato postumo nel 1791 una parte del libro quinto sulle leggi che riguardano la religione. Poi morì nel 1788 a trentacinque anni.

Naturalmente l'opera di Filangieri non fu semplice tant'è che molti cercarono di censurarlo. Fu però difeso dallo zio Arcivescovo di Napoli.

Molti furono i commenti positivi ed ammirati dell'opera di Filangieri. Si ricorda quanto scritto da Pietro Verri al fratello Alessandro al quale consigliava la lettura dei primi due libri de La Scienza. Però oltre che tra gli illuministi Filangieri era apprezzato anche da Adeodato Turchi vescovo di Parma che commentava positivamente l'opera con Isidoro Bianchi, fu apprezzato da **Monsignor Bernardo Della Torre** che lo equiparava a **Montesquieu** e a **Locke**.

Anche i reggitori della cosa pubblica erano ammirati dall'opera di Filangieri. Infatti Domenico Caracciolo vicerè della Sicilia lo considerava la sua guida. Ma la fama di Filangieri si diffuse presto anche in Francia e di lì fino negli stati Uniti d'America attraverso l'amicizia con **Benjamin Franklin**. Tuttavia anche se Filangieri aspirava a operare fuori dall'Europa e a contribuire alla creazione della Costituzione degli Stati Uniti non riuscì a farlo. Malgrado Filangieri non si mosse da Napoli e da Cava furono numerosi i visitatori che andarono a conoscerlo da tutta Europa. Dal granducato di Weimar andò a trovarlo anche **Goethe** che ci ha lasciato un ritratto importante di Filangieri. Lo definisce come giovane egregio che si prefigge il bene dell'umanità. E anche dopo la sua morte Filangieri conservò una fama eccelsa. Infatti dieci anni dopo la sua scomparsa la sua opera era ancora molto apprezzata. Si pensi che persino Napoleone

proprio memore dell'opera di Filangieri aiutò i suoi figli che erano fuggiti in Francia per evitare le vendette dei borboni. Napoleone dispose che i figli di Filangieri fossero educati a spese dello stato. Tuttavia dopo un po' di tempo Filangieri non solo fu dimenticato ma fu disprezzato e criticato innanzitutto da **Benjamin Constant** autore di due volumi di Commento alla scienza della legislazione.

L'opera di Commento non era certo oggettiva perché era scritta da un liberale che almeno in tre casi mostrò di non valutare serenamente il pensiero di Filangieri. Constant scrisse che Filangieri era un cittadino di rette intenzioni e non uomo di spirito vasto. Scrisse che mancavano in lui la profondità di Montesquieu, la perspicacia di Smith e l'originalità di Bentham. Per Constant Filangieri ha solo copiato da autori del passato per promuovere gli interessi della massa.

In secondo luogo Constant dice che Filangieri si è limitato ad imitare **Rousseau** affermando che la legge è senza limiti e si impone all'individuo. In tal modo Filangieri secondo Constant avrebbe promosso il ritorno alla tirannia come Mably. A seguito dell'opera di Constant per lunghi anni il pensiero di Filangieri non fu considerato negli ambienti liberali.

La storia di Filangieri quindi è storia di fortuna e sfortuna. Tuttavia le alterne vicende della sua opera dipendono dal fatto che essa è stata variamente commentata ed interpretata nel tempo. Pertanto, è necessario esaminare i diversi commenti positivi e negativi che dell'opera di Filangieri sono stati formulati.

Cominciamo da Constant. Egli sostiene che Filangieri ha correttamente detto che lo scopo del contratto sociale è preservare la società stessa e la tranquillità. Però aggiunge che a questa verità Filangieri non è arrivato per effetto di una riflessione attenta ma solo per istinto. Poi criticamente Constant dice che Filangieri pur partito da una intuizione corretta non l'ha saputa sviluppare perché la tranquillità e la conservazione di cui egli parla non prendono mai le fattezze di prerogative chiare rigorose. In altri termini la tranquillità e la conservazione non si traducono in diritti certi e chiari.

In secondo luogo Constant dice che quando Filangieri ha cercato di chiarire che la conservazione e la tranquillità si traducono in diritti riconosciuti e garantiti da leggi non ha stabilito chi deve fare le leggi e come vanno salvaguardati i diritti riconosciuti dalle leggi. Constant dice che non è accettabile la tesi di Filangieri secondo il quale le leggi vanno fatte dal sovrano. La sovranità è del popolo e quindi le leggi le devono fare i cittadini nel rispetto, tuttavia dei diritti inalienabili degli individui (vita, libertà, proprietà) che trattengono il potere pubblico in ambiti non valicabili. Perciò la legge può regolare tutto ma non la sfera dei diritti inalienabili dell'individuo. Quindi la sovranità non è del re ma del popolo che la può esercitare solo entro i limiti dei diritti inalienabili. Vi sono quindi dei comportamenti umani che non possono essere regolati dalla legge ma che sono liberi per natura. I governanti devono tradurre le libertà naturali in leggi fondamentali cioè nelle costituzioni.

Quindi per Constant a differenza di quanto afferma Filangieri la legge va fatta dal popolo entro i limiti dei diritti inalienabili. Questi diritti vanno riconosciuti e garantiti

dalla Costituzione che rappresenta lo strumento necessario per proteggere la legge stessa. Per Constant la mancata previsione da parte di Filangieri di un meccanismo di tutela della legge stessa ha minato la credibilità del suo pensiero rendendolo fantasioso. Per Constant dunque nel pensiero di Filangieri i diritti degli individui riconosciuti dal saggio legislatore sono privi di una tutela costituzionale. Il saggio legislatore, dunque, viene levato ad ente superiore al resto degli uomini necessariamente migliore e più illuminato di loro. Però affidare al legislatore un ruolo così forte non rischia di farlo diventare un tiranno? Per Constant dunque il pensiero di Filangieri si manifesta favorevole al governo assoluto di un legislatore indeterminato.

Dall'interpretazione di Constant si disvela un Filangieri promotore del governo assoluto. Ma tale interpretazione è condivisibile? Facendo il cammino a ritroso si vede che Constant in realtà ha preso dell'opera di Filangieri solo quelle parti che potevano servire ad avvalorare la sua ricostruzioni staccandole dal resto del contesto.

In realtà guardando con attenzione all'opera di Filangieri nella sua completezza si vede che non è vero che la sua costruzione della tranquillità e della conservazione sono fumose.

La conservazione per Filangieri riguarda l'esistenza intesa in senso stretto cioè in senso materiale e fisico, cioè la vita. Però non si tratta di semplice vita ma di vita agiata che mette il cittadino in condizione di gustare la felicità. Proprio perchè va garantita la conservazione intesa come vita agiata è bene che venga riconosciuta e tutelata la proprietà. Infatti Filangieri delinea la differenza esistente tra un ordine di frati e una società. Mentre nel primo c'è povertà e comunanza di beni, nella società vi è proprietà privata ed opulenza. Nella società dunque la vita agiata può essere garantita solo assicurando a ciascuno la possibilità di essere proprietario assoluto di beni in modo da poterne anche abusare a capriccio. La proprietà è la base della società civile e deve esprimere la libertà del soggetto di fare di un bene ciò che vuole, anche di abbandonarlo se ne ha voglia. Per Filangieri dunque la proprietà è la base della società civile e diventa per l'uomo un vero e proprio diritto naturale esistente anche se non riconosciuto da una norma. Solo con la proprietà infatti può essere garantita la vita agiata. E' chiara dunque la distanza da Rousseau e da Mably i quali invece esaltavano le virtù della antica polis città povera e perciò virtuosa perché non ancora corrotta dalle lusinghe dell'interesse personale.

Come si è detto in precedenza per Filangieri la società civile deve tendere a perseguire la conservazione intesa come vita in senso fisico che però deve essere agiata (attraverso la proprietà). Accanto alla conservazione va perseguita anche la tranquillità che si ottiene con la libertà. L'uomo non vuole solo conservarsi cioè mantenersi vivo e in una condizione di vita agiata ma vuole che la sua vita agiata sia anche tranquilla. Per vivere in maniera agiata è necessari al proprietà. Per vivere in maniera anche tranquilla è necessari al confidenza cioè la certezza che ci sono dei limiti che non possono essere superati e al di là dei quali qualcosa è vietato.

In altri termini vivi tranquillo se sai che gli altri non ti disturbano nella tua vita in quanto a loro è vietato disturbarti. Per Filangieri se la vita agiata è garantita dalla proprietà, la

vita tranquilla è garantita attraverso le leggi che mettono ciascuno al suo posto impedendogli di travalicare il confine e ostacolare gli altri. Affinché le leggi possano assolvere tal compito è necessario che siano in grado di suggellare le libertà civili cioè che rispettino il diritto alla solitudine, la libertà religiosa, la libertà manifestazione del pensiero. In altri termini la legge garantisce la tranquillità ma essa stessa non può invadere degli spazi che appartengono solo all'individuo e che sono gli spazi di libertà. Ma allora non è evidente la vicinanza tra Filangieri e Constant?

Si ma Constant osserva che Filangieri sogna in quanto non tiene conto della naturale fallibilità dell'animo umano che abbandonandosi alle smanie del potere per nulla può decidere di calpestare la proprietà e la libertà degli altri individui. Secondo Constant quindi Filangieri pecca nel non cercare degli strumenti istituzionali che realisticamente siano in grado di tenere a freno l'individuo. Secondo Constant è realistico pensare che la soluzione si trovi in primo luogo nella divisione della sovranità tra vari organi che si controllano a vicenda. Poi il bilanciamento dei poteri deve essere sancito una tantum in una costituzione che resiste alle mutevoli vicende umane.

Quindi per Constant la soluzione sta nella separazione dei poteri e nella costituzione rigida.

Ma è proprio vero che Filangieri era rimasto lontano da tali soluzioni?

Filangieri esamina le diverse forme di governo classificandone tre: monarchia, aristocrazia e democrazia. Solo che a differenza dei classici non le sdoppia (tre buone tre cattive) a seconda dell'interesse realizzato.

Per Filangieri, dunque la classificazione è semplice. Egli non esclude che ciascuna forma di governo degeneri ma dice che in ogni caso si giunge alla tirannia o dispotismo. La tirannia per lui non è solo la forma degenerata del governo di uno solo, ma è un genere comprensivo di ogni forma di corruzione. Nella classificazione classica, poi, i governi erano ripresi in maniera gerarchica: i vari governi cattivi non lo erano tutti in egual misura. Al vertice c'era il governo ottimo. Per Filangieri non c'è gerarchia e gradazione tra le tre forme di governo ma si trovano disposte su un filo orizzontale. Egli non preferisce un governo all'altro e analizza ciascuna forma di governo indicando, però in che modo bisognava procedere per evitare che degenerasse. Egli era parimenti interessato al miglioramento sia della democrazia sia della monarchia sia dell'aristocrazia.

Ma perché Filangieri non si espresse a favore di una forma di governo? Perché per lui erano tutte forme moderate in quanto espressive della separazione dei poteri, che a differenza di quanto affermava Constant è ben presente in Filangieri. Filangieri dunque non è che non sceglie per una particolare forma di governo ma respinge forme di governo assolute in quanto preferisce quelle moderate nelle quali le diverse porzioni del potere sono distribuite nelle diverse mani destinate a porle in azione.

Quindi ciascuna forma di governo è basta sulla divisione del potere tra diverse autorità. Però ciò non basta a garantire l'equilibrio in quanto è necessaria che ciascuna autorità conosca i limiti del proprio potere e ciò può stabilirlo solo la legge che concorre a fare in

modo che i limiti non vengano superati. Quindi Filangieri è sostenitore della separazione dei poteri ma ritiene pure che vi debba essere un organo di controllo che assicuri il corretto funzionamento del sistema. La legge quindi deve istituire una magistratura di controllo. Quindi a differenza di quanto dice Constant non è vero che per Filangieri il potere deve essere tutto concentrato nelle mani del legislatore saggio. Infatti accanto al legislatore ci sono i censori si cui si è già parlato che lo aiutano nell'adeguamento del diritto alla realtà e al di sopra ci sono gli efori che vincolano il legislatore al dettato delle leggi fondamentali.

Per Filangieri tra i governi moderati vanno inseriti anche i governi misti nei quali il potere sovrano ovvero la facoltà legislativa è tra le mani della nazione rappresentata da un congresso diviso in tre corpi, in nobiltà in rappresentati del popolo e nel re che d'accordo devono esercitarla. Inoltre il sistema è misto quando il potere esecutivo è tra le mani del solo re che nell'esercizio delle sue facoltà è indipendente.

Il governo misto quindi rappresenta una quarta forma di governo moderato che però non nasce già moderato ma lo diventa se viene trattenuto. Infatti il governo misto nasce come governo che tende all'assolutismo cioè si basa su una separazione dei poteri impropria e mal congegnata perché consegna tutto il potere esecutivo nelle mani del sovrano. Il sovrano esegue poco e male perché di fatto non è subordinato al potere legislativo. Come dimostra l'Inghilterra i lords (che hanno il potere legislativo) erano nominati dal re e budini non potevano controllarlo e limitarlo. E' ovvio che in questa situazione il re non era in alcun modo subordinato al legislatore che non poteva costringerlo a dare esecuzione alle leggi. Il re esercita troppa influenza sul legislatore e ciò rompe l'equilibrio nella divisione dei poteri. Ma come si può rimediare? Fermo restando che la caratteristica del governo misto è proprio l'affidamento al re del potere esecutivo e la nomina regia del legislatore è necessario che venga apportata una correzione.

Le nomine regie dei lords devono presiedere a quelle dignità e solo a quelle dignità che girano nell'orbita dell'esecuzione. In altri termini il re può nominare i lords ma solo quelli che sono necessari per l'esercizio della funzione esecutiva (affidata appunto in via esclusiva al re) Quindi il re non può nominare lord che entrino a far parte del parlamento in quanto l'elezione dei parlamentari deve spettare ai cittadini. In tal modo un governo misto può restare moderato.

Però si è detto che il re oltre ad eseguire male spesso nel governo misto non esegue proprio. Come si fa a risolvere il problema? Chi può punire il re che non da esecuzione alla legge? Il re rischia di essere un organo deresponsabilizzato e il governo misto a degenerare perdendo al sua moderazione. . Ma chi potrebbe intervenire? Nel governo misto il re partecipa all'esercizio della funzione legislativa e budini certamente non può essere la legge a punirlo per non aver eseguito le leggi stesse. Infatti leggi punitive di tal genere mai e poi mai sarebbero firmate dal re stesso. Ma anche se il re per distrazione firmasse una legge che lo punisce per la sua inefficienza c'è da dire che essendo l'unico titolare della funzione esecutiva potrebbe tranquillamente non darvi esecuzione e resterebbe impunito. Ma seppure vi fosse la possibilità di dare esecuzione alla legge che

punisce il re non vi sarebbero i titoli giuridici per sanzionare il monarca. . Infatti il governo misto si basa sull'idea che il re è infallibile e nessuna giurisdizione ha il diritto di giudicarlo. Ma allora come si fa? Filangieri dice che è vero che una prerogativa del governo misto è che titolare della funzione esecutiva è il re. Tuttavia ferma restando la titolarità della funzione niente esclude che l'esercizio del potere esecutivo possa essere assegnato ad altro organo.

La rappresentanza che c'è anche nel parlamento permette di lasciare la titolarità del potere esecutivo al re e di affidarne l'esercizio a tribunali fissi ed immutabili che possono giudicare in nome del re. Il re è padrone del potere esecutivo e ne può disporre. Quindi può rimanere padrone degli strumenti coercitivi lasciando che suoi rappresentanti lo esercitino per lui. Questi altri sono i magistrati che sono uomini fallibili e che pagano per i loro sbagli . In tal modo l'indipendenza del re non viene compromessa e nel contempo verrebbe solo modificata per renderla compatibile con la sicurezza pubblica.

Ma cosa c'è che non va nella costruzione di Filangieri?

La posizione della magistratura . I magistrati sono rappresentanti del re (agiscono in nome e per conto suo) e allora non sono un terzo potere autonomo ma una derivazione dal potere del re e della sua volontà. Infatti finché i giudici sono nominati dal Guardasigilli che ne decide il trasferimento e la carriera la magistratura non è autonoma.

Nel pensiero di Filangieri vi è una contraddizione: o il giudice è delegato dal re a rappresentare la sua volontà e allora deve attenersi sempre ad essa e non essere autonomo oppure il giudice ha la possibilità di distaccarsi dalla volontà regia e allora fa parte di un corpo autonomo e non può essere definito un rappresentante. Qui Filangieri si perde. Infatti dice che i magistrati controllano che il re eserciti correttamente il potere esecutivo. Però i magistrati non hanno un potere innato essendo scelti dal re . Salendo sul trono quindi ciascun re può disfarsi dei giudici che il suo predecessore ha nominato e liberarsi persino di quelli che lui stesso ha nominato e che non gli sono stati fedeli. E' evidente dunque che i magistrati non sono autonomi tanto da poter essere definiti immutabili e inamovibili.

Le loro sorti sono rimesse alla volontà del re che sono chiamati a controllare e giudicare. Per spiegare la contraddizione bisogna ricordare che l'obiettivo di Filangieri è congegnare un sistema di separazione dei poteri nel governo misto che per sua natura è debole ed oscillante.

Filangieri cerca di raggiungere l'obiettivo facendo ricorso alla costituzione che per i classici altro non è che la base dello Stato nella quale viene regolato, in primo luogo l'esercizio della funzione legislativa. La legge a sua volta regola sia l'attività dei giudici sia la vita dei cittadini. Quindi le norme primarie presiedono all'ordinato svolgimento dell'intera vita associata infatti stabiliscono come devono comportarsi i giudici e come non debbono comportarsi i cittadini per evitare di finire dinanzi ai giudici. Si può affermare che alla fine tutto ritorna alla costituzione che organizza il consorzio civile.

Filangieri quindi propose di creare un piccolo codice di leggi fondamentali che determinassero la vera natura della costituzione i diritti e i limiti dell'autorità di ciascuno degli organi istituzionali. Poi andava stabilito che tali leggi fondamentali non si potevano cambiare se non con un procedimento speciale e complesso.

Il legislatore costituzionale, quindi deve rispettare un procedimento legislativo più complesso ed articolato. Nacque così in Filangieri la distinzione tra forma di legge costituzionale e forma di legge ordinaria. Con un procedimento di legge rinforzato non si toglie all'assemblea la possibilità di mutare le leggi fondamentali ma nel contempo non le viene reso troppo facile il lavoro. Quindi per Filangieri le modifiche della costituzione dovevano essere approvate all'unanimità. Ciò che è interessante è che Filangieri ha iniziato il discorso relativo alle storture del governo misto facendo riferimento al caso concreto dell'Inghilterra. Però quando parla della modifica della costituzione dice che il suo ragionamento vale per la repubblica cioè per qualsiasi organizzazione repubblicana non importa se democratica o aristocratica. Quindi il suo pensiero si estende a qualsiasi governo nel quale c'è bisogno di rincalzare la moderazione.

Quindi per Filangieri la moderazione del governo misto può essere garantita associando i magistrati alla costituzione rigida. Ma dalla fusione dei due elementi può nascere la magistratura costituzionale che completa il sistema perché consente di controllare anche il parlamento. Se l'esecutivo è controllato dai magistrati e i magistrati della costituzione chi controlla il parlamento?

Se il Parlamento non è controllato può adottare leggi ingiuste e ciò mina il sistema del governo misto dall'alto laddove lo si è rinforzato dal basso (esecutivo e magistratura). E' necessario che il parlamento venga subordinato a leggi superiori che non può cambiare. Ancora una volta queste leggi sono la costituzione rigida che quindi non è vista in forma ristretta (vincolante solo per l'esecutivo e la magistratura) ma in forma allargata. Infatti è stabilito che le leggi del parlamento sono valide solo se conformi alla costituzione. In caso contrario i magistrati le annulleranno.

L'idea della giustizia costituzionale è innovativa e Filangieri si limita ad accennarla. In essa si denotano delle impurità. La prima impurità riguarda la regola dell'unanimità per il mutamento della costituzione. tale regola è ispirata dall'illuminismo e dall'idea che non doveva trovare spazio il confronto tra le diverse idee e la possibilità di una mediazione tra i contraddittori interessi materiali. Poi in Filangieri manca l'idea che la costituzione deve essere non solo un limite formale che stabilisce chi e come deve varare le leggi ma anche un limite materiale.

Nella costituzione ci devono essere anche i diritti di libertà (come diceva Constant) che non possono essere assolutamente intaccati dalla legge. Quindi sarebbe stato necessario anche che, introdotti i diritti di libertà nella costituzione il potere dei giudici costituzionali si stendesse dalla decisione dei conflitti di attribuzione alla tutela dei diritti di libertà attraverso al verifica della legittimità costituzionale delle leggi.

Ma per Filangieri come devono essere i giudici costituzionali? Sicuramente devono essere autonomi rispetto al parlamento (se no come fanno a controllarlo?) ma anche rispetto all'esecutivo che comunque esercita una fetta del potere legislativo con i decreti legge e i decreti legislativi. Deve essere un organo neutrale. Allora può essere il capo dello Stato? Constant pensava di sì definendo il monarca della monarchia costituzionale come potere neutro ovvero spento. Però in realtà neutro non è sinonimo di spento e quindi il potere neutro non si può conferire ad un organo solo perchè ha funzione solo decorativa. Inoltre nei sistemi moderati non si può trovare un capo di stato che sia completamente passivo e quindi perciò neutro. Filangieri che a differenza di Constant aveva capito che il potere neutro non poteva essere il potere passivo che di fatto non esisteva pensò di affidare la tutela della costituzione ad un organo ad hoc imparziale.

PARTE II

Filangieri e gli Storicisti.

A Napoli l'opera *La Scienza* verrà ripresa dagli storicisti. Benedetto Croce nel 1924 pubblicò la *Storia del Regno di Napoli* dove lodò moltissimo l'opera di Filangieri. Però per Croce Filangieri ha commesso l'errore di farsi guidare dal preconconcetto del secolo: la credenza nell'astratta ragione che lo faceva allontanare dalla realtà. Similmente, Ugo Spirito scrisse l'opera *Il pensiero pedagogico di Gaetano Filangieri* e, inizialmente, si mostrò ammirato dall'opera dell'autore. Però poi come in Croce l'entusiasmo scomparve e Spirito accusò Filangieri di aver ceduto alle lusinghe del giusnaturalismo illuministico. Dopo Constant, Croce e Spirito l'opera *La Scienza* è finita travolta dall'oblio soprattutto a seguito dell'opera di Sergio Cotta il quale riassunse le critiche mosse sia da Croce che da Spirito. Cotta disse che Filangieri aveva preteso di elaborare una teoria che valesse per sempre senza considerare la mutevolezza della società e che era rimasto fermo al programma dell'assolutismo illuminato nel quale il potere del legislatore trovava un limite solo nella ragione. Si può dire dunque che le cause dell'oblio dell'opera di Filangieri sono lo storicismo e il costituzionalismo vale a dire le critiche di Constant e quelle di Croce.

In particolare, Cotta si sofferma sul progetto di Costituzione cui aveva fatto riferimento Filangieri. Come si è detto, per l'autore tutti i governi moderati si sviluppavano sotto l'egida di una Costituzione rigida e scritta che era salvaguardata da un organo speciale rappresentato dagli efori (giudici) e da procedure complesse per cambiarla. Il progetto di Filangieri è nato dallo studio dell'esperienza inglese dove, in realtà, già da tempo i poteri del re si erano ridotti a vantaggio del primo ministro che scegliendo i ministri di fatto gli si era sostituito. Così la monarchia britannica era diventata un regime parlamentare. Da tali fatti Filangieri ha tratto lo spunto per le sue osservazioni sulla costituzione. Tuttavia Cotta non riconobbe i meriti di Filangieri e anzi assalì la sua idea di Costituzione dicendo che era fuori tempo, era controproducente ed era nefasta alla causa della libertà.

Per Cotta l'idea di Filangieri è fuori tempo perché secondo lui la Costituzione serve a predisporre qualcosa che nasce e non a risolvere i problemi di uno stato che già esiste da secoli. Quindi la costituzione è proponibile per la Francia e gli Stati Uniti dove la rivoluzione aveva introdotto una nuova fase ma non per l'Inghilterra dove ogni cosa veniva dal passato ed era ad esso indissolubilmente legato. Inoltre per Cotta la costituzione è anche controproducente perché se essa serve a sancire anche i diritti fondamentali degli individui può adattarsi ad un contesto in cui tali diritti non sono ancora riconosciuti ma nel caso dell'Inghilterra dove i principi di libertà si erano affermati progressivamente, chiedere una costituzione per sancirli ufficialmente significava continuare a seguire un lento processo di riconoscimento in corso già da secoli. Però secondo Pecora le osservazioni fatte da Cotta sono assolutamente infondate. Infatti non si può dire che la Costituzione si attaglia solo a contesti in cui c'è da costruire un sistema ex novo e non esiste una pregressa esperienza cioè che la costituzione può essere un punto di partenza ma non un punto d'arrivo. Non a caso esistono i due distinti concetti di Costituzione programma e di Costituzione bilancio

proprio a significare che una costituzione rigida può anche intervenire alla fine di un percorso e non solo all'inizio.

Le costituzioni scritte passano sempre attraverso l'interpretazione che proviene dalle forze prevalenti. E non si può sapere sin da quando la Costituzione è formulata quali saranno le forze prevalenti nei vari momenti storici e quale interpretazione daranno della costituzione. Non significa che la Costituzione è variabile a seconda delle forze politiche al potere e che in sé non significa nulla.

In realtà intorno ad un nucleo che conserva un significato immutabile e fermo c'è una zona circostante al nucleo che è suscettibile di diverse interpretazioni a seconda degli equilibri raggiunti dalle forze politiche. Ciò dimostra che la costituzione rigida non è in grado di fossilizzare l'evoluzione storica di uno stato e quindi di bloccare un processo evolutivo in corso da secoli. Ma pure se la costituzione fosse tutta immutabile e insuscettibile di variazioni indotte dalle diverse interpretazioni comunque non sarebbe immobile ed immutabile. Quindi nessuna costituzione rigida è stata mai in grado di bloccare il mondo. Cotta, come si è detto in precedenza, conclude dicendo che Filangieri ha esaminato la realtà della monarchia inglese con gli occhi del costituzionalista razionalista e quindi non poteva che notare difetti e anomalie. Malgrado ciò Filangieri propone una soluzione ma non ripudia totalmente la monarchia inglese. In ogni caso Filangieri è accusato di ignorare la concezione di libertà che da sola avrebbe potuto indirizzare verso una coerente dottrina politica.

Per Cotta quindi il costituzionalismo razionalista è fatale per la libertà in quanto quest'ultima esiste solo in presenza degli usi e delle tradizioni dei padri. Infatti quando si evoca la legge e la costituzione costruzioni frutto esclusivo della ragione si perde di vista la vera libertà e si è destinati ad essere schiavi.

Secondo Cotta gli ordini giuridici nati dalla mera razionalità e scevri dell'influenza dell'esperienza storica sono destinati a minare la libertà degli individui. Però in realtà se si guarda alle teorie giusnaturalistiche si impara proprio che tale ricostruzione non è esatta. Quindi non si può condividere quanto dice Cotta a proposito di Filangieri. Secondo lui Filangieri depreca il sistema inglese intriso di tradizionalismo e quindi per questo sarebbe un sostenitore convinto del razionalismo e cioè della illiberalità.

E' vero che Filangieri non usa parole tenere verso la monarchia inglese però ciò non è sufficiente per considerarlo un liberticida. In realtà forse in qualche punto della sua opera Filangieri sembrò liberticida ma senza dubbio ciò non è accaduto nella parte in cui analizza la monarchia inglese. Filangieri nell'esaminare le costituzioni che si andavano formando nei nuovi stati e in particolare negli Stati Uniti vedeva riecheggiare il suo pensiero, le sue convinzioni. Ecco perchè l'America gli parve come un mito, un luogo dove si realizzava tutto quello in cui lui credeva. E Filangieri certamente era un sostenitore della libertà ed era convinto che la ragione può servire la causa della libertà. Superata la fase in cui fu criticata da Constant e poi da Cotta l'opera di Filangieri è stata ampiamente rivalutata nel periodo della rivoluzione americana. Infatti Ferrone ha persino sostenuto che Filangieri rappresenta il primo teorico della democrazia liberale che si inserisce nell'ambito del razionalismo giusnaturalistico. Infatti egli a partire dal

giusnaturalismo contrattualistico di Locke ha visto nella legge lo strumento per tutelare i diritti fondamentali dell'uomo che è stato posto al centro dell'ordinamento giuridico. Anche per Berti (un altro commentatore) la grandezza di Filangieri sta nell'aver individuato nei diritti naturali il limite del potere politico. E' evidente che i giudizi su Filangieri sono molto contrastanti e contraddittori. In realtà ciò non dipende solo dal diverso punto di vista assunto dai commentatori ma dal fatto che effettivamente nell'opera dell'autore vi sono due distinte anime.

Per comprendere al meglio l'opera di Filangieri bisogna rispondere a tre domande: che cosa si intende per giusnaturalismo lockiano? In che modo tale giusnaturalismo si è riflesso sul costituzionalismo americano? Fino a che punto grazie al giusnaturalismo Filangieri ha assecondato questi sviluppi costituzionali?

Per comprendere cosa sia il giusnaturalismo bisogna partire dal suo contrario cioè dall'organicismo secondo cui il popolo, lo Stato la comunità dissolvono gli individui in sé stessi. L'individuo perde la sua identità, i suoi valori nel popolo, nello Stato e nella comunità che lo precedono cronologicamente e assiologicamente. Da un punto di vista cronologico quando l'uomo nasce lo fa già all'interno di un popolo, di uno stato o di una comunità. Dal punto di vista assiologico si ritiene che il tutto viene prima delle parti. Senza il tutto le parti non hanno alcun valore.

Sia Croce che Gentile pensavano che il singolo non conta rispetto al gruppo e al tutto. Il singolo deriva il suo valore dal tutto altrimenti non vale a niente. Le teorie organicistiche derivano da Aristotele che sosteneva che il tutto deve necessariamente esistere prima della parte. Secondo gli organicismi che usano la metafora nota delle parti del corpo, come le varie componenti corporee sono tenute insieme da un principio unificante (il cervello, il cuore, l'anima) così le parti di una comunità e quindi i singoli devono essere tenuti insieme dall'autocrate che li dispone in un ordine sociale. L'unità del tutto richiede la presenza di un direttore.

Da ciò si evince la preferenza degli organicisti per regimi autoritari e l'avversione per regimi democratici e liberali. Infatti il liberalismo e la democrazia rovesciano il rapporto tra il singolo e il tutto. Mentre per l'autoritarismo presuppone che il singolo non sia nulla senza il tutto, il liberismo invece presuppone che il singolo preesista al tutto. Il giusnaturalismo si innesta proprio su tale idea. L'individuo è alla base, rappresenta il prius cronologico e assiologico cui segue la formazione della comunità, del popolo, dello Stato. Tali entità collettive si formano per effetto di un accordo siglato dai singoli. Tale accordo è costituito volontariamente dai singoli e vale finché i singoli vogliono sentirsi astretti.

Lo Stato nasce quindi da un patto che serve a tutelare i diritti dei contraenti; pertanto ha un potere limitato in quanto non può violare i diritti dei singoli altrimenti altera e rimuove la causa del contratto. Se lo stato viola i diritti individuali non realizza la funzione del contratto; quindi venendo meno la causa il contratto è nullo. Se il potere continua ad essere esercitato malgrado la nullità del contratto si configura un abuso e l'autorità diventa tirannia. Gli ordini del tiranno proprio perché abusivi possono essere

disattesi e trasgrediti. Pertanto, i diritti naturali dei singoli precedono e limitano il diritto creato dal legislatore e ne condizionano la validità. Infatti le leggi positive per essere valide e degne di essere rispettate non devono violare o ledere i diritti naturali dell'uomo. Quindi per i giusnaturalisti al di sopra del diritto positivo vi è il diritto naturale che deriva la sua autorità dal fatto che le sue verità sono universali e dispiegano dappertutto i loro effetti. L'uomo non ha creato il diritto naturale ma l'ha trovato già pronto e imposto dalla natura.

Per i giusnaturalisti i governanti devono impegnarsi a tutelare i diritti fondamentali degli individui e solo così possono conquistare il sostegno dei governati. Tale principio è stato recepito da diverse costituzioni degli Stati Uniti d'America. Ma soprattutto la Dichiarazione di Indipendenza è intrisa di giusnaturalismo. Quindi ciò conferma che il giusnaturalismo sta alla base delle democrazie liberali. L'individualismo giusnaturalistico è il fondamento delle democrazie liberali.

Partendo da tale presupposto viene da chiedersi fino a che punto Filangieri nella sua opera è influenzato dal giusnaturalismo di Locke?

Filangieri come Locke fa precedere lo Stato da una condizione naturale in cui gli uomini non si comportano come sostenevano Hobbes o Rousseau. Non c'è guerra tra cattivi e nemmeno isolamento di selvaggi. Come in Locke Filangieri ritiene che prima dello stato, gli uomini intrattengono rapporti di collaborazione pacifica e praticano il gioco della catallassi cioè diventano da nemici ad amici. Lo stato di natura dunque è il teatro dell'umana socievolezza che per Filangieri è un elemento connaturato all'uomo. Però per Filangieri lo stato di natura può potenzialmente diventare uno stato di violenza. Come per Locke anche per Filangieri l'uomo ha ricevuto dalla natura il diritto alla vita alla proprietà e alla libertà.

Però per Filangieri l'uomo ha anche il diritto di farsi giustizia da sé che rappresenta una minaccia per la socievolezza umana. Infatti basta un piccolo litigio e l'uomo in virtù di tale diritto si scontra con gli altri suoi simili. Perciò ci vuole il magistrato indipendente e non l'autotutela. La scintilla di un litigio innesca un meccanismo di contrasti che ciascun individuo pensa di poter affrontare e risolvere a suo modo e quindi tendendo a far prevalere solo il suo interesse personale che inevitabilmente contrasterà con l'interesse degli altri. Una società basata sull'autotutela è per forza foriera di disordini. La soluzione al problema è spossessare gli uomini del diritto di farsi giustizia da sé e attribuire tale compito ad un' autorità che però deve avere anche la forza di far rispettare le proprie sentenze. Il tutto per far trionfare la giustizia e quindi il diritto alla vita, il diritto alla libertà e il diritto di proprietà.

Filangieri afferma che ci vuole una forza pubblica unita ad una ragione pubblica che sviluppando la legge naturale fissa i diritti regola i doveri prescrive le obbligazioni di ogni individuo.

Quindi ricapitolando Filangieri come Locke sostiene il medesimo stato di natura, condivide la medesima idea relativamente alla ragione per cui gli uomini passano allo stato politico e condivide la medesima idea dello scopo dello stato. Inoltre i due autori

elaborano la stessa lista di diritti naturali e ne condividono la struttura. I diritti naturali si fondano su Dio, l'equità e la ragione.

Quindi non si comprende per quale motivo alcuni commentatori muovano a Filangieri delle critiche che invece non vengono estese anche a Locke. La sostanza delle loro idee è identica e quindi non si spiega perché vengono esaminate e valutate diversamente. In realtà qualche timida differenza tra Filangieri e Locke c'è. In Filangieri il catalogo dei diritti naturali è più ampio: accanto alla vita, alla libertà e alla proprietà si fa strada l'onore. Per l'autore l'onore è il gusto della fierezza, il sentimento della dignità che cresce man mano che ogni individuo si abitua a decidere per sé. Quindi l'onore è la virtù che si esplica ogni volta che un individuo manifesta il proprio pensiero e partecipa alla costruzione del bene comune ed è la base della democrazia. Ciò in cui Filangieri si perde, però è il seguito.

Se l'onore è diritto naturale, come mai poi non preesiste allo Stato ma anzi ha bisogno dello Stato e di una particolare forma di Stato (la democrazia) per affermarsi? E' evidente che l'onore come diritto naturale è ambiguo perché sta a metà tra lo stato di natura e quello civile. Sarebbe un diritto naturale che però al tempo stesso è anche positivo. In sostanza si identifica con una duplicazione delle prerogative politiche, del diritto di voto che però appartiene ai cittadini e non all'uomo naturale ed è diritto positivo non naturale. Si può dire che Filangieri si discosta dal giusnaturalismo proprio quando parla dell'onore come connaturato all'uomo mentre poi lo definisce di fatto come un diritto positivo. Però le contraddizioni non finiscono qui. Infatti come si è visto in precedenza Filangieri dice che con la stipula del patto sociale gli uomini acquistano conservazione e tranquillità. Questo significa che nello stato di natura mancano sia la conservazione che la tranquillità cioè la vita, la libertà e la proprietà. Ma non si era detto che questi ultimi erano diritti naturali preesistenti allo Stato positivo ed innati cioè che non si conquistano?

Insomma, l'ordinamento pre-statuale basato su diritto alla vita, alla libertà alla proprietà e all'onore perde pezzi. In primo luogo si scopre che il diritto all'onore non è un diritto naturale ma positivo in quanto presuppone la democrazia. Poi mentre inizialmente il patto sociale dovrebbe essere solo un atto nel quale si prende atto dell'esistenza del diritto alla vita, alla libertà e alla proprietà, improvvisamente diventa un atto costitutivo di diritti. Così la proprietà per Filangieri (non per Locke) deve essere posta dal patto sociale e quindi nasce dopo il patto non prima. In Locke il patto conferma diritti già esistenti, in Filangieri crea la vita, la libertà e la proprietà.

Si vede in maniera chiara che Filangieri partito dal giusnaturalismo approda al giuspositivismo o meglio oscilla tra l'uno e l'altro. Con Filangieri il lettore parte dalle idee giusnaturalistiche professate dall'autore ma poi si accorge che nei fatti tali idee sono sconfessate e smentite da un profondo giuspositivismo.

Il giusnaturalista è colui che predica la giustizia o l'ingiustizia delle leggi positive in nome dei diritti naturali. Ebbene Filangieri pur affermando di voler fare questo, poi, in alcuni casi mostra di stimare come valide anche leggi ingiuste (cioè che violano i diritti

naturali) perché comunque sono efficaci. La contraddizione di Filangieri si vede proprio nel rapporto tra diritto naturale e positivo. Alla luce del giusnaturalismo se la legge non è conforme al precetto naturale è ingiusta e quindi è invalida. Però Filangieri pur professandosi giusnaturalista dice che la legge pur se ingiusta può essere efficace. Deduce tale conclusione dalla realtà. Infatti molti esempi confermano che una legge anche se ingiusta può ugualmente sortire il proprio effetto ed essere vincolante (Filangieri porta come esempi la legislazione spartana e la normativa in tema di proprietà dei romani). Esistono sistemi sociali tanto ingiusti quanto efficaci. Mentre in Locke dinanzi ad un comando ingiusto l'individuo non è tenuto all'obbedienza, in Filangieri no.

Dalla distinzione tra leggi giuste ed efficaci ed ingiuste ma comunque efficaci Filangieri enuclea anche la distinzione delle leggi in base alla loro opportunità e appropriatezza. Premesso che una legge è giusta se conforme al diritto naturale e ingiusta se non lo è e che come dice Filangieri la legge giusta è efficace e vincolante ma anche la legge ingiusta può essere efficace e vincolante, cerchiamo di capire come può accadere una cosa del genere. Mentre Locke diceva che se la legge è ingiusta non va rispettata in quanto non è vincolante, Filangieri dice che va lo stesso rispettata e quindi è efficace e vincolante purchè sia opportuna cioè sia adatta ad un determinato popolo in un determinato periodo di tempo.

Quindi la legge non è più giusta perché conforme al diritto naturale ma perché è opportuna cioè relativamente buona. E' evidente che finora Filangieri valutava la legge alla luce del criterio universale del diritto naturale. Ora con la teoria della relativa bontà della legge non è più così perché il criterio di valutazione della legge non è più universale ma è storico. Filangieri si mostra molto sensibile alle istanze storicistiche e si allontana dal giusnaturalismo. Per l'autore non bisogna più perseguire il giusto universale ma il giusto interpersonale vale a dire non più ciò che è giusto per tutti gli uomini ma ciò che è giusto per tutti gli uomini che sono nella medesima situazione sociale, economica. C'è un scontro tra la bontà assoluta e la bontà relativa. Ma queste due bontà sono conciliabili? Secondo Spirito sì. Esse sarebbero unite tra loro in quanto una legge deve rispettare i principi universali e proprio a tal fine deve tener conto anche delle speciali esigenze storicizzate dei singoli popoli.

PARTE III

Ma allora Filangieri è giusnaturalista o organicista?

Partiamo dal giusnaturalismo che si basa sull'assunto per cui la legge positiva fonda la sua validità sulla legge naturale. Il precetto positivo è compatibile con quello naturale in primo luogo perché comanda o vieta esattamente ciò che comanda o vieta la legge naturale. Inoltre siccome il sovrano è destinatario di una venerazione che trova giustificazione nel diritto naturale allora ha il potere di vietare o comandare anche azioni che sono indifferenti per il diritto naturale o meglio che il diritto naturale lascia alla discrezionalità dei singoli.

Con l'indifferenza materiale, dunque, il diritto positivo può legittimamente occupare spazi che il diritto naturale lascia alla discrezionalità dei singoli. Infine non vi è conflitto tra diritto positivo e naturale nemmeno in caso di conclusione e specificazione. Nel primo caso il sovrano deduce la legge positiva da quella naturale. Nel secondo caso la legge positiva rappresenta una determinazione particolare di quella naturale. In entrambi i casi il sovrano non crea niente di nuovo rispetto al diritto naturale. Nell'opera di Filangieri vi sono due esempi, uno di conclusione e uno di specificazione molto eloquenti. Sembra quindi che Filangieri con il rafforzamento, l'indifferenza materiale, la conclusione e la specificazione abbia tenuto fede all'assunto fondamentale del giusnaturalismo. Però vi sono parti della Scienza in cui tale assunto viene clamorosamente contraddetto.

Si tratta della parte in cui parla della bontà relativa delle leggi facendo riferimento al paragone tra Sparta e Atene. Egli descrive prima l'attività del legislatore Spartano e poi quella del legislatore Ateniese. Poi si chiede, Quale delle due legislazioni è la migliore? Per Filangieri a Sparta la migliore legislazione è quella di Licurgo e per Atene quella di Solone. Quindi non viene postulata la bontà assoluta della legge in quanto riprende e conferma i principi di diritto naturale ma si postula la bontà relativa della legge che si misura in rapporto alle esigenze particolari di un popolo.

Per cui sembra che si smette di considerare la libertà, la vita e la proprietà come elementi essenziali per la bontà del diritto positivo in assoluto e di pensare che una legge che non rispetta tali principi è innaturale e quindi invalida e non va rispettata. Infatti solo così si può spiegare il fatto che Filangieri dice che la legislazione di Licurgo a Sparta era buona malgrado essa violasse i più elementari diritti naturali. Filangieri infatti pare che smette di considerare il rispetto dei diritti naturali come criterio di legittimazione della legge e preferisce fare riferimento all'efficacia. Siccome la legge di Sparta per quanto innaturale ha resistito per molti secoli allora è stata efficace.

E quindi ciò che rende valida e vincolante la legge non è più la sua rispondenza al diritto naturale ma la sua efficacia. Ma così usciamo dal giusnaturalismo. Anzi in Filangieri la logica giusnaturalistica si capovolge in quanto la legge non è vincolante perché è giusta ma è giusta perché è vincolante ed efficace.

Per superare tale contraddizione alcuni commentatori (Berti e Venturi) hanno sostenuto che per Filangieri ci sono due legislazioni la legge assolutamente buona che poi sarebbe la costituzione e la legge relativamente buona cioè quella ordinaria. Ma non sembra la soluzione giusta. Infatti in realtà Filangieri con il paragone tra Atene e Sparta mostra favore per il diritto spartano e quindi per il diritto relativamente buono esprimendo una chiara opzione per il giuspositivismo.

Siamo giunti alla conclusione che per Filangieri possono esistere comandi ingiusti (contrari al diritto naturale) che però sono validi, efficaci e vincolanti. Ma vi è da parte di Filangieri un anelito verso la libertà e la democrazia? Ci si può difendere da comandi e divieti ingiusti ma vincolanti? Come si è visto in precedenza per Locke in presenza di un comando ingiusto lo strumento di tutela è dato dal diritto di resistenza che è stato recepito in alcune costituzioni di stati americani e nella dichiarazione di indipendenza. La resistenza, la disobbedienza è il modo di difendere la vita, la libertà e la proprietà da leggi positive ingiuste. Filangieri, prima si mostra favorevole alla disobbedienza e fa riferimento all'esempio dell'aristocrazia di Creta dove la ribellione è considerata legittima. Poi in seguito dice che la ribellione non è legittima solo per difendersi in regime aristocratico (come era quello di Creta) ma in generale per difendere i diritti naturali. Quindi in democrazia, in regime aristocratico, in regime assolutistico, la ribellione è sempre legittima se sono violati i diritti naturali. E fa gli esempi della legittima ribellione contro l'esazione fiscale eccessiva, contro la tortura e contro l'espropriazione senza giusta causa.

Ciò che stupisce è che all'improvviso Filangieri dice che però la resistenza, la ribellione, la disobbedienza sono pericolosi perché rappresentano persino un delitto contro la personalità dello Stato. Improvvisamente quelli che lui stesso aveva individuato come strumenti di tutela dei diritti naturali si tramutano in delitti contro la sovranità dello Stato da reprimere punire duramente perché mettono a repentaglio la tranquillità e la conservazione. Per Filangieri la disobbedienza è disordine e anarchia mentre solo l'obbedienza garantisce la pace e l'ordine.

E' evidente che anche in questo caso Filangieri abbandona improvvisamente i postulati giusnaturalisti per affermare la superiorità dello Stato e in particolare del sovrano. Così viene smentita la posizione iniziale per cui la sovranità è limitata dai diritti naturali in quanto si afferma che i diritti naturali possono essere sacrificati alla sovranità. La sovranità, quindi, è assoluta, sciolta.

Ma come si spiega tutta questa contraddizione? Nel caso della disobbedienza pare che lo stesso Filangieri si sia accorto di essere caduto in contraddizione. Però la soluzione conciliante che propone appare insoddisfacente. Egli infatti dice che l'equilibrio tra sovranità e diritti naturali viene mantenuto dalla Costituzione. Ma cosa intende per costituzione? Infatti si giunge a due conclusioni diverse a seconda che per costituzione si intenda l'ordinamento costituzionale di uno Stato oppure l'ordinamento costituzionale dello Stato liberale che è tale proprio perché si fonda sulla tutela dei diritti naturali. Per spiegare meglio è evidente che se per Costituzione intendiamo genericamente la legge fondamentale dello Stato è ovvio che tutti gli Stati anche quelli con regime autoritario

hanno una costituzione cioè un'insieme di norme che sono alla base della obbligatorietà dell'intero diritto. Diverso è se si considera la Costituzione come la legge fondamentale che tutela particolari diritti cioè quelli naturali. In tal caso la validità della legge dipende non dalla semplice conformità alla costituzione ma dalla conformità ad una costituzione che tutela i diritti naturali e quindi dal rispetto dei diritti naturali. Di fronte alla domanda: che succede se una legge non rispetta la costituzione che tutela i diritti naturali? Filangieri ha preferito rispondere richiamando l'assioma dell'obbedienza. Quindi se da un lato ha esaltato l'opera di Locke dall'altro se ne è allontanato.

Non ci interessa cercare di spiegare questo percorso. Piuttosto consideriamo che il risultato positivo di Filangieri è la consapevolezza della importanza della Costituzione cioè di una legge fondamentale per lo Stato. Ma per Filangieri qual è la forma di governo migliore?

Apparentemente da quanto finora osservato sembra che Filangieri sia favorevole al governo democratico. Procedendo nello studio della Scienza Filangieri dice che in ogni regime di governo e non solo in democrazia i cittadini hanno il diritto di partecipare in quanto hanno delle prerogative civiche innate. A tal proposito giova ricordare che ancora una volta l'autore si contraddice in quanto aveva annoverato il diritto di voto e di partecipazione tra i diritti naturali però in realtà aveva detto che venivano riconosciuti all'uomo al momento del passaggio allo stato sociale quindi in realtà erano diritti positivi. Comunque qui dice di nuovo che i diritti civili sono diritti naturali. Ma è vero che in tutti i regimi di governo e non solo in democrazia vi sono i diritti civili? Filangieri dice così però poi subito dopo fa capire che i diritti civili sono incompatibili con almeno due forme di governo: con la monarchia e con l'aristocrazia.

Allora si può concludere che in realtà Filangieri è democratico? No. Molti interpreti forzando un po' la sua opera hanno detto che in realtà lui è democratico ma non è realmente così. Filangieri sembra individuare nel consenso del popolo e quindi nella democrazia la legittimazione generale del potere. Però non bisogna confondere la legittimazione genericamente intesa con la più specifica legittimazione richiesta dalla democrazia. Quando c'è democrazia la legittimazione non viene dal mero consenso ma da dal consenso proveniente da cittadini liberi che, cioè, volendo, potrebbero anche dire di no. Quindi la democrazia c'è quando i cittadini sostengono un governo con la consapevolezza che, volendo, sono liberi di non farlo. Quindi in democrazia i cittadini partecipano alla costruzione del governo ma partendo da una condizione di libertà di determinazione e di voto. Il voto non è più tale, invece, se vado alle urne ma so già che sono obbligato a votare in un dato modo.

Ma per Filangieri chi è cittadino? L'uomo? Sembra di sì perché dice che i diritti civili nascono con l'uomo. Del resto vive quando di è diffuso il movimento dei livellatori i quali sostengono che la cittadinanza nasce con l'uomo e quindi va riconosciuta in misura uguale a tutti gli uomini a prescindere dal livello sociale e di ricchezza. Ma per Filangieri è così? No infatti lui prima di ce che i diritti civili sono innati all'uomo e quindi spettano a tutti. Poi però dice che se se riconosce un diritto civile (al voto, per esempio) ad un

povero si sbaglia perché costui costretto dalle ristrettezze economiche non voterebbe con serenità ma sarebbe condizionabile. Quindi lui restringe i diritti civili ai soli ricchi. Resta da esaminare la parte dell'opera di Filangieri dedicata alla legge penale e in particolare al processo.

Per Filangieri il processo penale andava riformato attraverso l'universalità dell'accusa e la pubblicità del processo. La pubblicità non è poca cosa perché garantisce anche a persone poco note e poco introdotte negli ambienti giudiziari di conoscere l'esito delle indagini e di potersi difendere in un processo inquisitorio nel quale tutti i poteri istruttori e accusatori appartengono solo al Giudice.

Filangieri è molto attento alle storture del sistema inquisitorio che appare iniquo. Egli era favorevole al processo accusatorio dove giudici diversi si occupano dell'istruttoria e della decisione, dove c'è parità di difesa tra le parti e dove l'accusa è pubblica e non occulta. Quindi Filangieri aveva proposto più di due secoli fa il processo accusatorio che noi oggi usiamo. Per Filangieri ogni cittadino deve avere la possibilità di denunciare un delitto o un reato mentre quello che oggi definiamo il magistrato del pubblico ministero cioè il magistrato accusatore deve operare di rincalzo quando il delitto è stato consumato ma non se ne conosce l'autore oppure quando i cittadini non denunciano.

Per Filangieri quindi la regola deve essere la denuncia da parte dei cittadini e solo in caso eccezionale l'intervento dello Stato come accusatore. Poi nel processo si vede come per Filangieri può anche rimanere qualcosa di inquisitorio però deve trattarsi solo di accenni. Infatti l'accusa deve rimanere in mano ai cittadini. Però Filangieri in un suo passo aveva notato che i cittadini spesso presi da invidie e cattiverie possono diventare pericolosi. Ma allora mettere l'accusa nelle loro mani non è un rischio? Filangieri non cade in contraddizione?. Per Pecora non c'è contraddizione.

Filangieri per affrontare il problema di chi debba esercitare il potere d'accusa fa riferimento alla giurisprudenza romana. Nella repubblica romana assieme al diritto di accusare c'era il divieto di calunniare sanzionato con molto rigore. In altri termini se denunciavo una persona in mala fede cioè affermando il falso e solo per fargli del male, rischiavo di essere condannato alla pena corrispondente al reato per il quale lo avevo falsamente denunciato. Inoltre venivo anche definito infame e mi veniva marcata sulla fronte una C (calunnia).

Filangieri dice che si deve restituire ai cittadini il potere di accusare e denunciare i propri simili però ci vogliono delle garanzie per evitare che ne abusino. Per lui bisognerebbe persino adottare le stesse sanzioni previste nel diritto romano. Però c'è da dire che per i romani non era importante solo punire ma anche prevenire. Infatti i romani non riconoscevano il diritto di accusa ad alcune categorie di soggetti che per loro in base ad una valutazione preventiva non erano in grado di esercitarlo correttamente ed in buona fede. Si trattava delle donne, dei minori, degli infami, del fratello e i servi. Filangieri cosa suggerisce?

Egli dice che anche se non esistono più i servi come a Roma o ad Atene vi sono però alcuni soggetti (mercenari servitori) che hanno le loro stesse caratteristiche e quindi non devono avere il diritto di accusare. Ma mentre i romani e i greci potevano anche dire cuna cosa del genere, ciò non è ammissibile per Filangieri che si professa giusnaturalista e quindi convinto del fatto che la cittadinanza appartiene all'uomo per nascita.

Se Filangieri giusnaturalista dice che la cittadinanza è diritto naturale poi non può dire che va negato il diritto d'accusa ai servi che sono comunque uomini. Del resto il diritto d'accusa è espressione della cittadinanza proprio come il diritto al voto presupponendo una partecipazione. Sembra che per Filangieri i poveri e i servi non abbiano diritto di cittadinanza. Ma è proprio vero che Filangieri aveva una visione così classista e discriminante rispetto ai poveri? Lui in realtà in alcuni passi depreca la povertà e la servitù dicendo che esse dipendono dalla errata distribuzione della ricchezza e della proprietà dei beni. Quindi dice che uno stato davvero prospero non è fatto da tanti molto ricchi e pochi molto poveri ma da tanti mediocri cioè da soggetti che riescono a sopravvivere con i proventi del proprio lavoro.

Se si riesce ad evitare che ci siano persone poverissime si evita anche ci siano individui a cui non sono riconosciuti i diritti civili. Questa è l'idea di Filangieri. Però si può accettare un ragionamento del genere? Ha un carattere giusnaturalista? No perché una cosa è dire che i diritti civili spettano a tutti per diritto di nascita e un'altra cosa è dire che un giorno saranno dati a tutti perché tutti potranno essere proprietari e nessuno sarà povero. E' evidente che in questo secondo caso i diritti civili smettono di essere diritti naturali ma restano diritti legati al censo. Quindi comunque resta il fatto che per Filangieri i servitori mercenari non hanno i diritti civili. Ma chi sono costoro? Si tratta dei lavoratori dipendenti che proprio perché tali non hanno diritto di voto.

Come Constant e Kant dunque Filangieri che, però, a differenza loro si professa giusnaturalista e livellatore, conclude che i servitori mercenari non essendo proprietari dipendono dai proprietari che gli danno il lavoro e budini non sono liberi e non possono avere i diritti civili. Ma allora se il diritto al voto e il diritto di accusa non sono riconosciuti a tutti è evidente che Filangieri con la sua opera non può essere considerato un fautore della democrazia. Ma almeno possiamo considerarlo liberale? Enfatizzando l'ispirazione giusnaturalistica dell'opera di Filangieri si potrebbe anche dire di sì. Però Pecora è più cauto proprio perché in più punti si è visto come Filangieri si allontana dal giusnaturalismo e porta avanti un pensiero che non è così lineare come potrebbe sembrare.

In realtà nell'opera di Filangieri si segue da un lato un filo che conduce all'individualismo e un filo che porta all'organicismo. Da un lato per Filangieri giusnaturalista e individualista l'uomo è al centro e budini gli individui nascono con il diritto alla conservazione cui corrisponde il dovere da parte dello Stato di conservarli e di punire coloro che ne minacciano la conservazione. Però poi improvvisamente lo stesso autore dice che la società sanzionando coloro che violano la legge e minacciano la conservazione e la tranquillità si arma contro gli individui stessi rivendicando per sé il diritto alla conservazione. Improvvisamente il titolare del diritto alla conservazione non

è più il singolo individuo, l'uomo ma la società cioè lo Stato e quindi dal giusnaturalismo individualista si passa all'organicismo. Quindi dallo Stato per l'uomo si passa all'uomo per lo Stato. Quindi in realtà Filangieri che si professa giusnaturalista si rivela poi tale da annullare l'individuo nello Stato.

Cosa comporta il fatto che l'uomo è al servizio dello Stato?

Lo Stato è definito come la comunità, il popolo, che vive durevolmente su un dato territorio organizzato da un potere centrale. Per capire veramente cosa è lo Stato bisogna riflettere. Per esistere lo Stato ha bisogno di una comunità che si rigenera (quindi i componenti della comunità devono procreare) e che è intenzionata ad obbedire alle regole poste da un'autorità.

In virtù di tanto Filangieri torna col pensiero alle leggi greche e romane che punivano coloro che non procreavano. In contraddizione con quello che diceva all'inizio della sua opera dove rivendicava il diritto di libertà dell'individuo. Filangieri giunge a vanificare tale diritto sostenendo che erano positive le leggi che punivano coloro che non si sposavano e non procreavano. A proposito dell'obbedienza invece dice che essa per garantire la conservazione dello Stato non deve essere solo la conseguenza della minaccia di una sanzione. Se io obbedisco perché ho paura delle conseguenze della disobbedienza non faccio niente di eccezionale. Lo scopo da perseguire è l'obbedienza pura e semplice cioè che non è conseguenza di una minaccia e quindi la virtù. E la virtù degli uomini diventa obiettivo della legge.

La virtù dell'uomo dunque diventa strumento per la conservazione dello Stato. E' evidente che vi è un rovesciamento dell'individualismo e che l'uomo è messo a servizio dello Stato. Ma secondo Filangieri come si raggiunge la virtù? Lui dice che per raggiungere la virtù c'è bisogno delle leggi ma anche dell'educazione e della religione.

In merito all'educazione Filangieri dice che la scuola deve essere divisa in due tipologie. Una scuola è riservata per coloro che nascono dagli uomini che fanno lavori manuali e che come i loro padri continueranno la stessa attività. Un'altra scuola è riservata agli altolocati. Nella prima scuola si insegnano i mestieri materiali, nella seconda si insegna ad esercitare l'intelletto. In entrambe le scuole però si deve tener conto anche dell'esercizio dell'animo. Però l'educazione dell'animo non può essere uguale in entrambe le scuole perché secondo Filangieri l'animo di chi serve è affetto da vizi diversi rispetto a quelli dell'animo degli intellettuali.

Secondo Filangieri è necessario intervenire insegnando agli intellettuali ad essere un po' meno virtuosi e ai servi ad esserlo un po' di più avvicinando i due mondi. In ogni caso Filangieri dice che l'educazione di tutti non deve essere demandata ai genitori ma vi deve provvedere lo Stato in quanto si tratta di un diritto dovere. Per Filangieri l'obbligo scolastico va disposto solo per i figli dei mendicanti e degli alienati mentali che non possono fare affidamento sulla guida accorta dei genitori. Costoro devono obbligatoriamente frequentare la scuola per educarsi. Questa proposta di Filangieri appare avveniristica e anticipa di molto un risultato cui si è giunti solo molto tempo dopo. C'è da aggiungere poi che per Filangieri chi studia nella scuola riservata ai

servitori se dimostra grandi capacità può anche passare alla scuola degli intellettuali. Però come farà a pagarsi gli studi? Filangieri dice che andrebbe fondata una cassa d'educazione alimentata con i resti delle pubbliche rendite. Sembra che questi siano gli aspetti positivi dell'opera di Filangieri. Però si potrà notare che anche su questo punto si precipita verso l'organicismo.

La prova di ciò si ha quando Filangieri descrive il momento in cui la scuola restituisce i fanciulli educati. Filangieri immagina una cerimonia lussuosa e altisonante dove domina un discorso tenuto dal magistrato tutto basato sull'esaltazione della Patria. La cerimonia si chiude con il giuramento che i fanciulli devono prestare dove si fa riferimento alla necessità che essi vivano per la patria. All'inizio sembrava che alla scuola dovesse servire a formare gli uomini e a dare sfogo alle loro aspirazioni individuali. Invece al momento del giuramento sembra che la scuola serve alla Patria che piega a sé le aspirazioni degli individui.

Ancora una volta c'è una inversione di marcia: non più lo Stato per l'individuo ma l'individuo per lo Stato. Ma è vero organicismo cioè dissoluzione del singolo nello Stato? Alcuni commentatori dicono di no perché tutto sommato la gran parte dei cittadini non è obbligata ad andare a scuola per poi servire la causa della Patria. Però vi sono alcuni segni che rendono tale osservazione irrilevante. Soprattutto se si tiene conto della concezione dell'arte che ha Filangieri il quale dice che con la scultura e la pittura il legislatore può risvegliare ed alimentare il patriottismo. Le belle arti dunque devono essere usate per scopi politici così come dicevano i fisiocrati. Quando però Filangieri dice che anche la musica deve concorrere a rendere l'uomo un patriota tant'è che il legislatore ne dovrebbe dirigere l'esercizio veramente si mostra illiberale. Egli certamente non sostiene le libertà intellettuali ispirandosi in ciò ad Aristotele e Platone sostenitori dell'organicismo.

Oltre che dall'educazione, la virtù è costruita dalla religione. Per Filangieri la legge e l'ordine pubblico sono limitati. C'è un punto in cui si fermano. A partire da quel punto deve intervenire la religione come freno. La religione quindi serve a controllare la condotta umana laddove non può giungere la legge. La legge vieta i comportamenti cattivi mentre la religione indica i comportamenti da tenere per perseguire il bene. Tutto ciò però accade solo laddove la religione non viene indebolita dalla irreligione o dalla superstizione. Esaminando tale assunto si potrebbe pensare che comunque Filangieri esprime con esso una forma di liberalismo. Infatti non vi è conflitto tra liberalismo e religione. Senonché a ben guardare non è così.

Filangieri precisa che la legge impone dei divieti e la religione dei comandi perfezionando la morale, garantendo la società e l'ordine pubblico. Alle minacce della legge dunque si aggiungono i comandi di Dio che servono a frenare le passioni. Il legislatore, però, ha il compito di fare in modo che la religione resti pura cioè non venga indebolita dall'irreligione o dalla superstizione. Da tale affermazione si evince tutta la liberalità di Filangieri che affida alla legge il compito di garantire la purezza della religione. Quindi la legge deve stabilire quanti devono essere i ministri di culto, chi può diventarlo, cosa devono insegnare e come devono essere sostenuti. Dunque la religione

soggiace allo Stato e il sacerdote altro non è che un dipendente del governo. La Chiesa è una istituzione dello stato.

Ne consegue quindi che la Chiesa si annulla nello Stato e inoltre tale annullamento riguarda solo un tipo di chiesa: quella cattolica in tal modo riducendosi o persino annullandosi gli spazi per le altre chiese. E' evidente che tutto questo smentisce in maniera radicale la libertà religiosa. Alcuni hanno obiettato che al tempo di Filangieri è prematuro parlare di libertà religiosa ma ciò non è vero. Infatti, Filangieri da alcuni commentatori è stato elevato a paradigma del liberalismo che è laico oppure non è (vedi Ferrone). E si vede invece che è tutt'altro che liberalista aderendo piuttosto ad un organicismo spinto.

Inoltre volendo esaminare il pensiero religioso di Filangieri ponendolo al di fuori del contesto storico in cui si è sviluppato ugualmente si palesa illiberale e in affanno rispetto agli avvenimenti dell'epoca caratterizzati per esempio dall'approvazione della dichiarazione dei diritti della Virginia dove è sancita la libertà religiosa e soprattutto la tolleranza anche per i non cristiani. Nell'opera di Filangieri non solo manca la libertà religiosa ma difetta anche la mera tolleranza che emerge dalla necessità che la legge svolga un ruolo di purificazione della religione. La legge, infatti deve eliminare la superstizione e la irreligione che è appunto il credere in religioni diverse ma anche l'ateismo. Per Filangieri devono essere comminate vere e proprie sanzioni a coloro che sono superstiziosi oppure atei o che credono in altre religioni. L'opinione dissenziente dunque è punita come crimine.

L'autore è molto ostile anche agli atei e sembra che tale sua posizione trovi un riscontro nell'opera di Locke. Questo autore infatti diceva che non dovevano essere tollerati coloro che negavano l'esistenza di Dio perché se la società si basa su un contratto, su un patto vuol dire che presuppone una promessa che impegna solo coloro che hanno chiamato Dio a garanzia della parola data. Quindi coloro che non credono in Dio non possono seriamente promettere e non possono aderire al contratto sociale. La sacralità dell'impegno è per Locke la garanzia della tenuta della società e del contratto da cui essa nasce. Per l'autore dunque gli atei erano il pericolo civile. Con il passar del tempo anche se il pensiero di Locke non poteva essere accettato integralmente e non si poteva accettare ancora l'idea della intollerabilità degli atei, qualcosa ancora sopravviveva. Filangieri nella sua teoria sugli atei prima si rifà a Locke dicendo che i delitti contro Dio assurgono a delitti contro lo Stato solo se diventano delitti civili cioè mettono a repentaglio la tenuta della società.

Come diceva anche Locke e io violo un precetto religioso e così facendo violo anche una legge e metto a repentaglio la sicurezza di tutto devo essere punito perché sono un delinquente. Ma per Filangieri chi è un delinquente? L'autore ha un concetto esteso di delitto facendoci rientrare anche il mero peccato. Così finché l'ateo non cerca di diffondere la sua convinzione non commette delitto ma a se diventa apostolo dell'ateismo la legge lo deve richiamare esattamente come se avesse rubato. Così confondendo il peccato con il delitto Filangieri smette improvvisamente le vesti del

liberalismo. In realtà nella distinzione tra peccato e delitto c'è tutto il segreto della nostra civiltà.

Laddove Filangieri torna a stupire, però, è quando parla di libertà di stampa, difendendo la libertà di diffondere anche gli errori con il mezzo della stampa. Egli ritiene che tale diffusione aiuta la verità ricollegandosi al liberalismo iniziale e al giusnaturalismo ricordando che l'uomo per il fatto solo di essere uomo ha il diritto di esprimere le proprie opinioni giuste o sbagliate che siano. Anzi il diritto di sbagliare è superiore a tutte le leggi perché dipende dalla legge che le abbraccia tutte e le precede cioè dalla costituzione. La libertà di stampa e di opinione diviene il motore di tutte le libertà. Il dissenso presuppone la libertà politica che implica il diritto di rappresentanza delle opposizioni e il diritto delle opposizioni rende sicure le stesse libertà individuali. Si crea un circolo virtuoso che dimostra che le libertà sono tra loro solidali. Questa impostazione è spiccatamente individualista e riporta Filangieri nell'ambito del giusnaturalismo. Ma subito dopo poi l'autore ne viene distolto. La sua opera è tutta costellata di contraddizioni che attraverso una oscillazione tra individualismo e organicismo impedisce di avere una visione unitaria della natura del suo pensiero.