

QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da PAOLO GROSSI

Redattore: GIOVANNI CAZZETTA

Consiglio di Redazione:

PAOLO CAPPELLINI, PIETRO COSTA,
MAURIZIO FIORAVANTI, PAOLO GROSSI,
LUIGI LACCHÈ, LUCA MANNORI,
MASSIMO MECCARELLI, FRANCESCO
PALAZZO, SILVANA SCIARRA, BERNARDO
SORDI

Consiglio Scientifico:

CLARA ÁLVAREZ ALONSO (Madrid); PIO
CARONI (Bern); BARTOLOMÉ CLAVERO
(Sevilla); ARNO DAL RI JR. (Santa Catarina);
THOMAS DUVE (Frankfurt am Main);
RAFAEL ESTRADA MICHEL (Ciudad de
México); RICARDO MARCELO FONSECA
(Curitiba); JEAN-LOUIS HALPERIN
(Paris); ANTÓNIO MANUEL HESPAÑHA
(Lisboa); RICHARD HYLAND (Camden);
LUCIEN JAUME (Paris); MARTA LORENTE
SARIÑENA (Madrid); MICHELE LUMINATI
(Luzern); LAURENT MAYALI (Berkeley); DAG
MICHALSEN (Oslo); JEAN-LOUIS MESTRE
(Aix-en-Provence); CLAES PETERSON
(Stockholm); CARLOS PETIT (Huelva);
HEIKKI PIHLAJAMÄKI (Helsinki); JOACHIM
RÜCKERT (Frankfurt am Main); MICHAEL
STOLLEIS (Frankfurt am Main); VÍCTOR
TAU ANZOATEGUI (Buenos Aires); MICHEL
TROPER (Paris); JOAQUÍN VARELA
SUANZES-CARPEGNA (Oviedo); JOSEPH
WEILLER (New York); JAMES WHITMAN
(New Haven); LIHONG ZHANG (Shanghai)

I testi inviati alla redazione sono sottoposti
a referee anonimo da parte di due esperti
selezionati dal Consiglio di Redazione.
Responsabile del processo di valutazione è
il Redattore.

La Sede della Redazione è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9
segreteria@centropgm.unifi.it
www.centropgm.unifi.it

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

44

(2015)

TOMO I



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814207327

ISSN 0392-1867

*Pubblicazione realizzata con il contributo
dell'Ente Cassa di Risparmio di Firenze*

GIOVANNI CAZZETTA

PAGINA INTRODUTTIVA

L'obiettivo di storicizzare e comprendere le tecniche, le pratiche, il pensiero, di una dimensione giuridica sempre cangiante e sempre protesa a manifestare una sua composita unità è parte essenziale di ogni volume dei « Quaderni fiorentini ». Pur non tematizzando direttamente l'argomento, il « Quaderno » del 2014 — dedicato a uno specifico profilo fra i molteplici richiamati dal lemma 'autonomia', il rapporto tra unità e pluralità nella costruzione dell'ordine — si era comunque inevitabilmente confrontato col problema dell'unità e dell'autonomia scientifica e metodologica del diritto. Inevitabilmente perché la questione della complessiva unitarietà del diritto è parte integrante del progetto di una Rivista che ha al centro della sua attenzione il colloquio tra storici, filosofi e cultori dei vari campi del diritto positivo, il rifiuto di partizioni rigide e artificiali del giuridico. E perché parlare di 'autonomia del diritto' non significa nella nostra ottica rivendicare isolamenti culturali ma, al contrario, tentare di cogliere lo specifico radicamento delle tecniche del giurista nella mutevole complessità del reale, nel farsi dell'esperienza; tentare di scorgere, grazie all'incessante colloquio tra discipline teorico-fondative e discipline di diritto positivo, unitarie basi del diritto senza distogliere lo sguardo dai profili storici, economici e sociali.

I contenuti di questo numero miscelaneo del 2015 sono molto eterogenei e sarebbe certo fuorviante tentare di ricondurli a una prospettiva uniforme; tuttavia la vocazione della Rivista a proporre un fitto dialogo tra dimensione giuridica e altri campi del sapere, a ricercare, storicizzando e dunque problematizzando, il peculiare e composito volto del giuridico, a interrogarsi sull'unità e l'autonomia del diritto, emerge più che mai forte anche in questo « Quaderno ».

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2015

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

THOMAS CASADEI, *Tra ponti e rivoluzioni. Diritti, costituzioni, cittadinanza in Thomas Paine*, Torino, Giappichelli, 2012 (*).

Ideatore di ponti e di rivoluzioni: traendo spunto da una notazione di Bertrand Russell, così Thomas Casadei presenta ai lettori italiani l'autore trattato nel suo lavoro monografico. Uno studio, questo, che si pone come una compiuta ricostruzione del pensiero e dell'opera di Paine, contribuendo in tal modo a richiamare l'attenzione attorno a una figura forse troppo a lungo passata in secondo piano o messa in ombra da altri pensatori dell'epoca dello scrittore inglese ben più celebrati. Merito della ricerca di Casadei è perciò, innanzi tutto, quello di dare lustro all'opera suddetta e porla accanto a quelle di altri « classici » del pensiero filosofico-politico e giuridico.

Proprio sfruttando il parallelismo tra i progetti di ponti, cui Paine si dedicò nel corso della sua vita, e i progetti di rivoluzioni (l'altra grande passione dell'intellettuale inglese ⁽¹⁾) l'autore raffigura il costituzionalismo painiano come informato da una logica ingegneristica: una ingegneria « civile » — come quella tipica dei ponti — in tutti i sensi, perché « civile » è l'impegno di Paine come pensatore e « civile » la destinazione che egli intende dare alla sua opera; e soprattutto perché quel costituzionalismo implica una modalità nuova di concepire il rapporto tra governanti e governati, nonché il modello politico della cittadinanza e tutte le questioni ad esso connesse: pensarle, cioè, con la stessa forza immaginativa, con lo stesso « genio » che occorre per ideare un ponte, un'opera che sfida leggi ferree, come la gravità, e creare una comunicazione, un passaggio là dove — e in un modo in cui — nessuno lo avrebbe mai immaginato; così, anche il modello teorico e istituzionale

(*) L'occasione per recensire il volume in questione è stata offerta dall'incontro *Diritti e costituzione in Thomas Paine*, tenutosi a Pisa il giorno 11 aprile 2014 e organizzato dalla Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche (programma di Giustizia costituzionale e diritti fondamentali — curriculum in « Teoria dei diritti fondamentali ») presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa nell'ambito del ciclo di incontri *Lo stato dei diritti. Un percorso storico e teorico*.

(1) Passione, peraltro, non meramente « speculativa »: oltre a proporre progetti di rivoluzioni, Paine partecipò attivamente da protagonista sia alla rivoluzione americana sia, su posizioni girondine, alla rivoluzione francese.

progettato da Paine sfida leggi consolidate della (tradizione) politica, sovverte la logica *statica* della cittadinanza, crea uno spazio nuovo, una possibilità inedita per la politica e il diritto.

Già l'idea del « libero volere politico » di un popolo (p. 49), di una sovranità popolare totalmente auto-riferita e auto-costituitasi (fino alla possibilità di costituirsi popolo separandosi dal popolo cui storicamente si appartiene, a ciò bastando solo « una razionale spiegazione al resto dell'umanità »), come pure l'idea di una generazione di individui che affermano una loro costituzione senza vincoli di sorta né con le generazioni del passato né con quelle che verranno dopo, valgono a delineare, con tratti marcati, una dottrina costituzionale di ispirazione rivoluzionaria e un radicalismo democratico che si pone come una sfida teorica e una prassi politica senza precedenti.

In tal senso, Casadei mostra come appaia quanto mai originale il tipo di repubblicanesimo delineato da Paine, alternativo anche a quello di ispirazione 'federalista', perché, lungi dall'essere inteso nel senso del *bilanciamento* dei poteri e della forza continua di una *ancient constitution* — dunque, in sostanza, come un freno alla spinta delle passioni del popolo — è tutto teso a valorizzare l'*unicità* della volontà popolare espressa nella « legge ». Ma l'orizzonte del costituzionalismo non è in tal modo spazzato via in un colpo solo né la posizione di Paine può essere pertanto ridotta a quella di chi vede nel costituzionalismo qualcosa di *paralizzante* ⁽²⁾: su questo punto la lettura più equilibrata proposta dall'autore è animata dall'intento, rinvenibile nelle pagine painiane, di coniugare democrazia e costituzionalismo, con una soluzione che è stata ripresa anche nel dibattito contemporaneo (in particolare, da James Tully, che ha avanzato l'idea di una costituzione periodicamente modificabile per mezzo della modalità *groping towards*, ovvero procedendo per tentativi ed errori ⁽³⁾): una costituzione intesa come *esperimento*, come una « *grammatica comune* » (p. 121), dunque sempre « aperta »; un costituzionalismo *progressivo*, secondo la formula impiegata da Casadei.

Anche la tradizione filosofica e la storia delle idee vengono sovvertite con un movimento, nota l'autore, che non è tanto (o solo) di « rottura » quanto di « superamento », di innovazione e ri-pensamento profondo degli assunti teorici e degli esiti, ovvero delle implicazioni politiche, delle dottrine consolidate. Un risultato, questo, che si pone come ancora più eclatante se riferito al caso di un pensatore quale è stato Paine, che pure confessava candidamente di non aver letto libri né

⁽²⁾ Si veda, per tutti, M. SHAPIRO, *Introduction*, in *The Constitution of the United States and Related Documents*, Id. (ed.), New York, Appleton-Century-Crofts, 1968, la cui posizione viene richiamata e discussa anche da Casadei nel suo volume (p. 118 e ss.).

⁽³⁾ Cfr. J. TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 60 e ss.

di aver « studiato le idee degli altri » (p. 22); e opportunamente Casadei osserva come in questo caso la qualifica di « scienziato delle idee », al di là dell'apparente paradosso, possa valere a maggior ragione per un autore come Paine (pp. 22-23). Prova ne è la « democratizzazione » del pensiero lockiano che questi compie nella direzione di un egalitarismo che si articola in una riformulazione del 'giusnaturalismo dei diritti' e in un'innovativa concezione della proprietà.

È infatti un diritto naturale — quello che risalta dalle pagine painiane — che si nutre di una dimensione « popolare », essendo inteso e condiviso a livello del *common people* e che dunque non resta nel cielo delle teorie né tanto meno nei gangli di una legge oggettiva che può essere solo « filosoficamente » intesa. Un diritto naturale *dal volto democratico*, si potrebbe dire, storicamente connotato e perciò sempre « al passo con i movimenti della società » (p. 75). Concepito in tal modo, il giusnaturalismo rafforza ancora di più la propria portata di istanza *critica* nei confronti del diritto « posto », quasi fosse una sorta di *public opinion* di contro al potere costituito, e diviene strumento di mutamento, « pensiero e azione », scrive Casadei, « dinamica apertura, che incontra l'esigenza painiana della partecipazione politica quale diritto per ogni individuo [...] e del continuo sforzo ad andare avanti » (p. 75).

In questa declinazione *popolare* del giusnaturalismo non potevano non trovare posto delle « tipologie » di diritti naturali molto più *comuni* e, al tempo stesso, più *universali* rispetto a quelle delle catalogazioni tradizionali: i « diritti intellettuali, o diritti della mente », ad esempio (p. 126); e d'altronde, non poteva non essere ripensato anche il rapporto tra i diritti naturali così concepiti e i diritti civili, nonché il ruolo del potere politico nel « supportare » il potere naturale degli individui e nel colmarne le insufficienze; ma soprattutto, non poteva non venire maggiormente in evidenza la dimensione dei *doveri* correlati ai diritti, ossia la condizione di *reciprocità* e il momento *solidaristico* che strutturano un « fondo *comune* » (p. 131) dei diritti naturali nella società civile. Su questi aspetti il libro di Casadei si sofferma in modo particolare, perché è da essi che si può evincere la « novità » rappresentata da Paine nel moderno « discorso dei diritti », ovvero la forte spinta alla democratizzazione delle dottrine del diritto naturale e l'apertura a sviluppi futuri e imprevedibili (eco della riflessione di Paine sono, ad esempio, le teorie sul *basic income* ⁽⁴⁾).

Accanto a questo peculiare aggiornamento del giusnaturalismo, nel corso della trattazione vengono messi in risalto i tratti di un'innovativa concezione dell'istituto proprietario, che serve, appunto, a « superare » — democratizzandola — la dottrina lockiana dell'appropriazione.

(4) Allo sviluppo di questo tema è dedicata la parte conclusiva del capitolo III del volume (cfr. p. 202 e ss.).

zione. Se Paine è infatti disposto, da un lato, a riconoscere il « diritto personale » sui beni ricavati dal lavoro della terra, e dunque la legittima appropriazione del « valore » in tal modo prodotto, dall'altro lato, *contra* Locke, non riconosce la legittimità dell'appropriazione dei mezzi naturali che hanno consentito tale produzione. La terra rimane, pertanto, proprietà comune del genere umano — e ciò, nota Casadei, « fa trasparire una chiara dimensione *collettiva, pubblica* nel pensiero di Paine, che ridimensiona notevolmente il carattere 'possessivo' del suo liberalismo — e per il suo uso esclusivo il proprietario è debitore agli altri uomini di un 'risarcimento', di un 'indennizzo' » (p. 190). Come per i progetti di costruzione dei ponti, anche qui Paine propone un progetto « rivoluzionario » per la sua epoca, che avrebbe potuto senz'altro segnare una strada diversa della proprietà moderna: attraverso l'istituzione di un suffragio universale non censitario e la previsione di una tassazione delle eredità terriere volta a costituire un *fondo nazionale* si sarebbero create le basi, secondo Paine, per un vero e proprio modello di *welfare*. Quest'ultimo avrebbe reso possibile il versamento a favore di ciascun individuo, che avesse compiuto ventuno anni, di una somma *sociale* a titolo di « indennizzo », appunto, per la perdita originaria del diritto naturale alla proprietà comune; e, oltre a ciò, con il fondo sociale, sempre a titolo di « risarcimento », si sarebbe potuto soccorrere gli anziani e gli inabili al lavoro. Sullo sfondo è l'argomento della « povertà » che si staglia e che Paine intende affrontare e discutere pubblicamente, trattandolo — al pari della « proprietà » — come un *fatto collettivo*: una « visione *morale* delle relazioni economiche » (p. 175) tende dunque a profilarsi nelle opere più mature del pensatore inglese e ciò vale senz'altro a sgomberare il campo da alcune interpretazioni, che pure sono state avanzate, tese a presentare la figura di Paine come quella di un « radicale-borghese » o di uno « smithiano » a tutto tondo ⁽⁵⁾.

Casadei sottolinea questi passaggi — che Paine compie soprattutto negli scritti successivi a *Common Sense*, e cioè in *Rights of Man* e in *Agrarian Justice* — come indice di una « embrionale, ma decisiva, giustificazione teorica dei 'diritti sociali' » (p. 195); ed è un'opinione

(5) Si vedano, in tal senso, tra le altre, le letture dell'opera painiana offerte da I. KRAMNICK, *Republicanism and Bourgeois Radicalism. Political Ideology in Late Eighteenth-Century England and America*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1990 e, per certi versi, anche da T. MAGRI, *Thomas Paine e il pensiero politico della rivoluzione borghese*, saggio introduttivo a Th. Paine, *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, a cura di T. Magri, Roma, Editori Riuniti, 1978; per l'interpretazione del pensiero di Paine in chiave « smithiana » cfr. E.P. THOMPSON, *Rivoluzione industriale e classe operaia in Inghilterra*, Milano, Il Saggiatore, 1969, p. 97 e ss. Queste letture, come nota Casadei, si soffermano in particolar modo (se non quasi esclusivamente) su opere di Paine quali *Common Sense* e la prima parte di *Rights of Man*.

indubbiamente condivisibile, soprattutto alla luce, come già detto, della *innovatività* del pensiero dello scrittore inglese su questi aspetti. Ciò che desta qualche perplessità — e che qui si propone quale motivo di riflessione e di confronto, a partire dalla stimolante lettura offerta da Casadei — è invece una criticità che proprio il tentativo, da parte di Paine, di « superare » Locke rischia di ingenerare, se non altro perché tale superamento non sembra essere effettivamente tale.

Quello che viene elaborato da Paine su questo punto può verosimilmente costituire un tentativo di risoluzione dei cosiddetti « conflitti tra diritti »: in tal caso, i due diritti in conflitto sono quello a *divenire* proprietari e quello di chi è già *divenuto* proprietario e rivendica l'*esercizio* del proprio diritto. La soluzione prospettata dallo scrittore inglese non pare, tuttavia, essere in grado di risolvere il problema alla radice: indennizzare qualcuno per la lesione di un suo diritto *potenziale* a divenire proprietario di un determinato bene non finirà mai con il porre costui nella condizione *effettiva* di poter acquisire ed esercitare *quel* diritto (su *quel* bene). Nel caso della proprietà questa circostanza appare in tutta la sua evidenza e problematicità, ponendo peraltro in questione la validità della distinzione tra « diritti fondamentali » (diritto a *divenire* proprietari) e « diritti patrimoniali » (diritto di proprietà) ⁽⁶⁾, ovvero la dicotomia *inclusive claim-rights/exclusive rights* ⁽⁷⁾. D'altronde, una volta che un diritto *esclusivo/escludente* venga ammesso nel novero dei diritti naturali/fondamentali — seppure con molti « accorgimenti », come sembra fare Paine — appare arduo mantenere fondamentale anche la pretesa/diritto di quanti sono rimasti esclusi. Questa criticità potrebbe, tra l'altro, far scaturire un problema intergenerazionale, che rende più complicato sciogliere il 'nodo delle generazioni', secondo quanto prevede, invece, il costituzionalismo painiano: si consideri il caso di una generazione precedente che esaurisce le risorse e viola i diritti *inclusivi* all'appropriazione della generazione successiva (questa è la sua « costituzione », fondata evidentemente sull'istituto proprietario); se la generazione successiva volesse fondare la giustizia su un criterio distributivo diverso, non avrebbe allora alcun diritto ad essere indennizzata?

In realtà, la radice del problema sembra risiedere altrove, come altrove potrebbe pertanto risiedere la sua soluzione: l'aspetto problematico è costituito infatti dalla circostanza per cui l'atto *trasformativo* è sempre un atto *proprietario* (è qui che viene in ballo in tutta la sua

(6) Si tratta, come è noto, della distinzione tracciata da L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 13 e ss. (poi ripresa in ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 759 e ss.).

(7) Su cui si veda J. TULLY, *An Approach to Political Philosophy: Locke in Contexts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

sconcertante evidenza l'argomento lockiano); non sarebbe dunque più opportuno porre limiti alla proprietà nel momento *generativo* della stessa, piuttosto che in quello *successivo* (come risarcimento sociale)? Lo stesso Locke aveva prospettato una soluzione, prevedendo, come è noto, quali contenuti della legge naturale le clausole del divieto di spreco e dell'obbligo della sufficienza; salvo, poi, tradire questi nobili intenti della sua teoria con l'introduzione della moneta. Resta, tuttavia, un'indicazione importante: è agendo *ex ante* sul momento *appropriativo/trasformativo* che si prevengono quei problemi sperequativi e quelle disuguaglianze economico-sociali che i modelli *a là* Paine cercano di rimuovere (o quanto meno di attutire) *ex post*.

Ma tutto ciò non fa che rendere ancora più attuale e « contemporaneo » un « classico » come Paine, perché pone la sua riflessione al centro dei dibattiti correnti, al cuore di questioni oggi discusse pubblicamente, come quella dei beni comuni (che rappresentano, forse, proprio una delle possibilità di azione *ex ante*) oppure quella del *basic income*, che viene puntualmente richiamata da Casadei in pagine dense ed estremamente interessanti. Senza tralasciare, poi, le tematiche che a tali questioni vengono inevitabilmente a legarsi, e che lo stesso Paine aveva trattato, in una interconnessione costante appunto (in un « originale intreccio », come lo definisce Casadei) dei contenuti del suo attivismo politico e dei temi delle sue riflessioni: tra questi, il ripensamento di un'idea di progresso, civile e materiale, della società e la proiezione su scala globale di un « governo dei diritti dell'uomo » teso a creare le condizioni per una « fioritura » dell'essere umano e per una pace universale tra i popoli ⁽⁸⁾.

ILARIO BELLONI

Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches 1, Global Perspectives on Legal History, Thomas Duve (ed.), Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014, pp. 1-568.

I contributi che compaiono nella collettanea edita da Thomas Duve sono stati presentati nel 2012 in occasione del Convegno di Studi *Entanglements in Legal History. Conceptual Approaches to Global Legal History* (Francoforte sul Meno) e della 39. *Deutscher Rechtshistorikertag* (Lucerna), e raccolgono tutti la sfida di un nuovo modo di fare la storia

⁽⁸⁾ All'approfondimento di queste tematiche è dedicato il capitolo conclusivo (IV) del volume di Casadei.