

RENATO FEDERICI

Ne cives ad arma veniant (*)

SOMMARIO: - 1. Cenni sulle più note definizioni del diritto (nel significato di ordinamento giuridico). Sul collegamento tra potere sociale e potere politico. - 2. Il diritto quale strumento alternativo alla guerra per prevenire e risolvere i conflitti. Il concetto di Ferrajoli sul rapporto tra diritto e morale. - 3. Il *ne cives ad arma veniant* nel dibattito tra Viola e Guastini - 4. La tesi del Savigny e l'intenzione di prevenire e combattere la violenza privata (un parallelo con la tutela del possesso). - 5. Meritano maggior onore i legislatori o i condottieri? Il pensiero di Cicerone. *Cedant arma togae*. - 5.1. Cicerone e i due modi per risolvere le controversie: *unum per disceptationem, alterum per vim*. - 5.2. *Ne cives cum civibus armis decertarent*. - 6. Clausewitz e la dipendenza della guerra dalle scelte politiche. La condanna della guerra di aggressione da parte della Carta delle Nazioni Unite e dell'art. 11 della Costituzione italiana. - 7. Il diritto come strumento delle scelte sociali, politiche ed economiche. - 7.1. Sulla differenza tra le teorie monistiche (tanto giusnaturali quanto giuspositive) e quelle sostenitrici della possibile pluralità degli ordinamenti giuridici. - 8. Tra essere e dover essere. Conclusioni.

1. *Cenni sulle più note definizioni di diritto (nel significato di ordinamento giuridico). Sul collegamento tra potere sociale e potere politico.*

La tutela arbitraria delle proprie ragioni è vietata (artt. 392, 393 c.p.), così come sono vietati la sfida e il duello (artt. 394 ss.). Si metterebbe in crisi l'intero sistema di giustizia predisposto dall'ordinamento giuridico se, per ipotesi, chiunque potesse farsi ragione da se stesso mediante uso della violenza. Proprio al fine di evitare la guerra di tutti contro tutti, gli esseri umani sono stati costretti a fornirsi di un qualche strumento organizzativo, e così sono nati gli ordinamenti giuridici: le tribù, le Città-Stato, gli imperi, gli Stati[1], ecc. Infatti gli ordinamenti giuridici sono stati pensati per evitare che ciascuno si facesse giustizia con le proprie mani. Essi hanno inventato il processo: hanno disciplinato l'esercizio dell'azione (civile, penale e amministrativa), le incompatibilità; hanno regolato i mezzi a disposizione dell'attore (dell'accusa) e della difesa, hanno regolato l'assunzione delle prove, le istruttorie, le sentenze, e moltissimo altro ancora.

Il diritto (nel senso di ordinamento giuridico e non già di diritto soggettivo) può essere definito in vari modi. Oggi, l'enunciazione più comune collega la società al diritto: Dove c'è una società ivi abbiamo il diritto e dove abbiamo il diritto lì troviamo una società. È questo il noto brocardo *Ubi societas ibi jus* e il corrispondente *ubi jus ibi societas*. Tanto che si può sostenere che il potere politico sia una derivazione del potere sociale. E più precisamente: «il potere politico è *quella specie di potere sociale che permette a chi lo detiene di imporre la propria volontà ricorrendo alla forza legittima*»[2].

Per gli antichi Romani il diritto era l'arte del buono e dell'equo. Il Digesto di Giustiniano infatti si apre con la famosa definizione secondo cui *jus est ars boni et aequi*[3]. Così aveva sentenziato il grande giurista Celso. L'opinione venne accolta, condivisa e ripresa dall'impareggiabile Ulpiano e dai compilatori del Digesto. In un certo senso, analoga nozione ci dice: il diritto è lo strumento del vivere onestamente, di non offendere nessuno e di attribuire a ciascuno il suo[4].

2. *Il diritto quale strumento alternativo alla guerra per prevenire e risolvere i conflitti. Il concetto di Ferrajoli sul rapporto tra diritto e morale.*

Invece è nuova un'altra possibile definizione, quella secondo cui il diritto sarebbe uno strumento alternativo alla guerra per prevenire e risolvere i conflitti[5]. Una anticipazione di questo concetto la si può trovare nella formula latina *ne cives ad arma veniant* (affinché i cittadini non vengano alle armi)[6]. Una frase efficace, ma non ritracciabile nelle antiche massime del diritto (neanche in quelle medioevali). Essa dunque è abbastanza recente. È stata utilizzata di sicuro in epoca moderna nella manualistica sul Diritto civile agli inizi del XX secolo da Roberto de Ruggiero[7] e poi da Andrea Torrente (già nella prima edizione del suo celebre manuale)[8]. La formula è riportata per spiegare la velocità attribuita alle azioni a difesa del possesso. Il possessore ricevette una protezione accelerata per

distogliere le parti in conflitto dal farsi giustizia da sé nel far valere le proprie ragioni. Infatti, a difesa del possesso, in tempi remotissimi si estendeva il principio della legittima difesa dalle aggressioni e dalle usurpazioni (violente) dei beni[9] e dunque si riteneva lecito respingere la violenza con la forza (*vim vi repellere licet*).

Più di recente però la formula *ne cives ad arma veniant* compare in scritti di teoria generale del diritto[10]. Vedi ad esempio Ferrajoli e Viola.

Ferrajoli ne approfitta per spiegare due concetti fondamentali:

a) la ragione profonda del monopolio statale della forza, ora però da commutare e trasferire all'esclusiva potestà delle Nazioni Unite[11];

b) per la distinzione tra diritto e morale: lo scopo del diritto «non è quello di offrire un braccio armato alla morale o meglio [...] ad una determinata morale»[12].

Ferrajoli è un grandissimo giurista, conosciuto e apprezzato anche all'estero. Infatti egli coglie l'importanza del *ne cives ad arma veniant* e inizia ad utilizzarlo al di fuori del limitato ambito del regime del possesso, in cui la formula è nata e del quale si dirà tra poco.

3. *Il ne cives ad arma veniant nel dibattito tra Viola e Guastini.*

Il prof. Viola cita la formula *ne cives ad arma veniant* nel momento in cui sferra una critica puntuta al collega di Teoria generale del diritto Guastini, giuspositivista dichiarato e custode dell'integrità della Costituzione italiana e dei valori sottostanti[13].

Il Guastini si era posto il problema di come affrontare il pericolo dello stravolgimento dei principi contenuti nella nostra Carta costituzionale. Non tanto la questione di semplici ritocchi o di una qualche leggera revisione, ma il pericolo di un vero e proprio scombussolamento. Problema non da poco per tutti i giuristi, ma molto più grave per chi si professa giuspositivista[14]. Egli si scagliava contro l'eventualità che il legislatore potesse pensare di modificare la Costituzione nei suoi elementi portanti; e contro l'uso eversivo dell'altro metodo per raggiungere le medesime finalità (quello di una interpretazione manipolativa intentata dalla Corte costituzionale). Fattispecie estremamente gravi; ma così tanto da rendere possibile un mutamento di regime. E, nel peggiore dei casi, arrivare alla soppressione delle garanzie democratiche. Alla fine della sua analisi, Guastini si domanda: «qual è il modo appropriato per opporsi ad un mutamento di regime?». Ad una degradazione del regime costituzionale? Egli risponde con un'altra domanda: conviene «mostrare che il mutamento di regime è illegittimo, o invece» esercitare «il diritto di resistenza?»[15]. E continua: «Se - faccio per dire - una legge di revisione costituzionale pretendesse di abrogare il principio di eguaglianza, o l'elettività del parlamento, o la libertà di stampa, dovremmo fare appello alla Corte costituzionale perché la dichiarasse illegittima, o dovremmo piuttosto prendere le armi?»[16]. Questa provocazione e l'allusione al possibile utilizzo di un mezzo alternativo al diritto ha fatto scattare la critica di un collega (Viola) ad altro stimatissimo collega (Guastini).

Invero Guastini non fa altro che indicare quello che a suo avviso (e anche a mio), è il metodo alternativo al giuridico per risolvere i conflitti. Tema da me affrontato in *Guerra o diritto?* Il Viola invece interpreta il paventato ricorso all'uso delle armi da guerra come una minaccia giuridica e dunque come tale inammissibile per chi ragiona da positivista: «Non si può pertanto far ricorso ad esso per salvare il proprio diritto positivo in pericolo»[17]. Invero, nel paradosso, Guastini non parlava più da giurista, ma da rivoluzionario: alla Rousseau.

In ogni caso, è questa l'occasione in cui si trova espresso il concetto che qui interessa approfondire, e cioè che il compito del diritto è quello «di pacificazione e di neutralizzazione dei conflitti politici»[18]. E ad evidenziarlo è il Viola quando ricorda che lo Stato e il diritto positivo sono stati inventati per evitare che i cittadini si facessero giustizia con le proprie mani. Il *ne cives ad arma veniant* esprime pienamente questo concetto[19].

4. *La tesi del Savigny e l'intenzione di prevenire e combattere la violenza privata (un parallelo con la tutela del possesso).*

Il *ne cives ad arma veniant* dunque è uscito dal settore originario e assai ristretto, per essere preso in considerazione in un ambito molto più generale; tanto da essere ora invocato come indicativo della più essenziale funzione degli ordinamenti giuridici: evitare i conflitti extra-giuridici, e cioè i conflitti armati. Ma la formula, prima di trovare più ampia applicazione, fu pensata per spiegare una fattispecie particolare: la tutela accelerata del possesso dei beni.

Il possesso può essere "giusto" o "ingiusto" «secondo il carattere dell'acquisto. È giusto quello non acquistato per via di spoglio violento o clandestino, o per concessione precaria, *nec vi nec clam nec precario*: ingiusto quello affetto dall'uno dei tre vizi enunciati»[20].

Per il Savigny, «il possesso è allo stesso tempo diritto e fatto»[21], e spiega: nel Diritto Romano «ogni possesso si riferisce alla Usucapione, o agl'interdetti»[22]. Questa opinione fu attaccata da più parti per

cui il Savigny nella sesta edizione (1836) rafforzò la tesi secondo cui la normativa accelerata a tutela del possesso si poteva spiegare con l'intenzione di prevenire e combattere la violenza privata. La persona umana deve ritenersi «assolutamente sicura da ogni violenza: ove le si faccia violenza, questa è sempre una ingiustizia»[23]. È «indifferente, se il possessore sia espulso dalla sua casa, o impedito di entrarvi»[24]. «Chi perde il possesso per violenza e lo recupera immediatamente per violenza, non ha, propriamente parlando, perduto mai il possesso»[25]. «Ma colle leggi sulla ragion fattasi di propria autorità mi è stato dato per altra parte un diritto ad agire»[26]. Qualora «la violenza fatta alla Persona disturba o rapisce il possesso», «e se la ingiustizia contenuta nella violenza contro la persona deve essere interamente estirpata in tutte le sue conseguenze, questo non può accadere che col ristabilire o proteggere quello stato di fatto a cui la violenza si estese. Questa è la vera ragione delle Azioni possessorie»[27]. Savigny aggiunse: «Rudorff diverge dalla mia opinione soltanto in ciò, che egli stabilisce per base del diritto di possesso la Teoria della difesa con forza privata. Secondo lui, gl'interdetti possessorj appartengono ai primi principj della proibizione della r a g i o n f a t t a s i di propria a u t o r i t à, i quali furono più tardi sviluppati, e fortificati per mezzo delle Leggi Giulie, e delle Imperiali Costituzioni. La ragione dei medesimi consiste adunque, secondo Rudorff, nella rottura della pace, nel disturbo dell'ordine pubblico; e poiché non si può permettere che tale disturbo ottenga il suo scopo [...] ne risulta la necessità di mantenere il possesso, o di ristabilirlo»[28]. Questa ragione di ordine pubblico per Rudorff era da individuarsi nella circostanza che il possesso era trattato dalle fonti giustiniane insieme con quelle relative all'autodifesa[29]. Savigny obiettò che delle tre forme di turbativa solo quella procurata con violenza metteva in pericolo la pace[30]. Nel Diritto romano classico, «chi aveva perduto il possesso per violenza, lo ripeteva in diversa maniera, secondo che la violenza era stata esercitata con armi o senza»[31]. Ma sarebbe diventato difficile ricostruire queste fattispecie, se non fosse stato per le notizie che si possono trarre dall'orazione di Cicerone *Pro Caecina*. Infatti la differenza sarebbe stata quasi annullata dalla compilazione giustiniana[32]. Cicerone difende l'attore (e cioè l'amico Cecina). Riassumiamo la questione con le parole di Savigny: «Cecina asserisce di aver ereditato un appezzamento di terreni; - Ebuizio affaccia, appoggiato ad altre ragioni, la pretesa alla proprietà dei medesimi; Cecina vuole entrare nel fondo, ma egli viene tenuto indietro con la forza da Ebuizio e da un mucchio di gente armata»[33]. La tesi secondo cui le origini e le fondamenta della disciplina del possesso sarebbero nel divieto della violenza fu sottoposta a severa critica da parte di Jhering[34].

5. *Meritano maggior onore i legislatori o i condottieri? Il pensiero di Cicerone. Cedant arma togae.* Se la formula *Cedant arma togae* [35] viene estrapolata dal contesto in cui è contenuta, essa può esprimere un'idea ben diversa da quella che si dovrebbe comprendere. In sé e per sé l'espressione potrebbe sintetizzare il concetto che comunemente gli viene attribuito: *le armi lascino il posto alla toga*. Il diritto subentra dove prima c'era la guerra. Se letta all'interno del brano in cui è stata scritta, invece, significa ben altro. Infatti con queste parole Cicerone si accingeva a concludere un discorso in cui voleva spiegare chi, secondo il suo punto di vista, meritasse maggior onore tra due arti ben diverse tra di esse: quella militare e quella legislativa. Cicerone è dell'idea, non comune, secondo cui dovrebbe essere attribuita molta più dignità ai legislatori (come Dracone ad Atene; e Licurgo a Sparta) rispetto ai generali che hanno riportato vittorie importanti contro il nemico. Per i condottieri più illustri tra tutti i Greci fa l'esempio di Temistocle e per quelli Romani cita Scipione. Quanto ai legislatori Romani non fa nomi, ma non si può negare che, almeno un po', pensasse a se stesso come membro autorevolissimo del Senato.

5.1. *Cicerone e i due modi per risolvere le controversie: unum per disceptationem, alterum per vim.* Due sono i criteri per risolvere un conflitto: uno ragionevole (e quindi rispettoso delle regole giuridiche), l'altro irrazionale (quasi bestiale, di chi vuol aver sempre ragione). Poiché la ragione è propria dell'uomo e la forza delle bestie, bisogna ricorrere alla seconda solo quando non ci si può avvalere della prima[36]. Così ci ammonisce Cicerone. Ecco già espressa nell'antichità la formula fondamentale sull'alternativa tra due sistemi per risolvere un qualsiasi conflitto. Questi due criteri hanno altrettanti nomi: diritto e guerra. E tante declinazioni. Riguardo al diritto abbiamo: governo delle regole, processo, arbitrato, sentenze, buona fede, ecc. Per quanto concerne i sistemi bellici oltre la guerra abbiamo rivoluzione, ribellione, congiura, inganno, tattica militare, stratagemma, faida, ecc. È stato detto che la guerra capovolge i diritti (*naturae iura bellum in contrarium mutat*)[37]: sicuramente rovescia quello che è il modo ragionevole e pacifico (e quindi giuridico) di risolvere i conflitti. In guerra, lealtà e probità hanno il sapore dell'inganno[38].

5.2. *Ne cives cum civibus armis decertarent.*

Un *ne cives cum civibus armis decertarent* si trova invece nel *De bello civili* di Giulio Cesare[39], quando egli racconta un episodio accaduto nel 48 a. C. (nei pressi dell'odierna Durazzo, in Albania). Cesare aveva inviato un suo luogotenente (Vatinio) a parlamentare con i soldati di Pompeo che erano accampati sull'altra sponda del fiume Aspo, per convincerli a intavolare una trattativa al fine di impedire che *i cittadini romani si scontrassero con altrettanti romani*, e cioè: *Ne cives cum civibus armis decertarent*. Ma l'abboccamento tra lo stesso Vatinio e "l'ambasciatore" dei pompeiani (Tito Labieno) fu disturbato dal lancio di un gran numero di frecce da parte di quei soldati di Pompeo che si opponevano alle trattative. Questo evento avrebbe indotto Labieno ad un rapido voltafaccia. Da parole di pace, Labieno sarebbe passato al rifiuto di ogni accordo e alle invettive: nessuna pace vi può essere con noi se non quando verrà portata la testa di Cesare.

6. Clausewitz e la dipendenza della guerra dalle scelte politiche. La condanna della guerra di aggressione da parte della Carta delle Nazioni Unite e dell'art. 11 della Costituzione italiana.

In apertura abbiamo ricordato il concetto secondo cui «il potere politico è quella specie di potere sociale che permette a chi lo detiene di imporre la propria volontà ricorrendo alla forza legittima»[40]. Ancor prima, la guerra fu definita come la prosecuzione della politica con altri mezzi proprio da von Clausewitz[41]. Il quale aggiunse che «la guerra è un atto di forza che ha per iscopo di costringere l'avversario a sottomettersi alla nostra volontà»[42]. Dunque, guerra e diritto hanno lo stesso padre, la politica; oppure (meglio) guerra e diritto sono gli strumenti (opposti e quindi anche alternativi) per risolvere le controversie[43].

Molto più tardi (1945), la guerra di aggressione sarebbe stata condannata dalla Carta delle Nazioni Unite e dalle costituzioni di molti Stati tra cui l'Italia. La quale, al primo passo dell'art. 11, recita: «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali». Ed aggiunge, nel secondo periodo del medesimo articolo 11, che l'Italia consente alla limitazione della propria sovranità in favore di un ordinamento sovranazionale che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni. Il riferimento primo è alle Nazioni Unite che si sono date come compito fondamentale quello di «salvare le future generazioni dal flagello della guerra»[44]. Tuttavia non tutte le guerre sono state evitate, il compito è assai arduo. Le Nazioni Unite si muovono con grande difficoltà sotto spinte contrapposte che trovano accoglimento e protezione tra i cinque Stati (USA, Russia, Cina, Gran Bretagna e Francia), che nel Consiglio di sicurezza possono esercitare il diritto di veto.

7. Il diritto come strumento delle scelte sociali, politiche ed economiche.

Il diritto è come l'aria. Senza aria per respirare, gli esseri umani non potrebbero sopravvivere. Se non hanno modo di riprodursi, gli individui rischiano l'estinzione. La necessità di riunirsi fa sì che nasca qualche regola per disciplinare la pacifica convivenza. È così che si forma una qualsiasi organizzazione e ogni una nuova società. Vi è dunque un rapporto inscindibile tra bisogno sociale e organizzazione sociale. L'esigenza sociale è un bisogno fondamentale avvertito da tutto il genere umano. Anzi, quella di vivere in gruppo è un'urgenza connaturata. Ma quando si è in tanti, si corre il rischio di litigare. E allora si fa la guerra. Certi uomini sono nati per predominare, ma non tutti sono disposti ad ubbidire. Le società umane non potrebbero sopravvivere senza regole. Ogni società originaria crea le sue regole. Nel mentre gli umani si organizzano, una nuova società sta nascendo.

Il diritto è uno strumento, qualcuno ha detto che è il braccio armato di chi è al potere. Non solo la guerra, ma anche il diritto fa uso della forza.

Il *diritto sostanziale ha la funzione* di prevenire i conflitti; mentre lo *scopo del diritto processuale* è quello di risolverli giuridicamente. Quando gli strumenti giuridici falliscono si ha la guerra o la rivoluzione. Quando qualcuno si ribella, l'ordine costituito fa uso della forza. Così come utilizza la forza chi si rivolta con le armi in pugno. La rivoluzione armata è lo strumento alternativo al giuridico, teorizzato e adoperato da chi vuole andare al potere per sopraffare il nemico[45].

7.1. Sulla differenza tra le teorie monistiche (tanto giusnaturali quanto giuspositive) e quelle sostenitrici della possibile pluralità degli ordinamenti giuridici.

A1) I giusnaturalisti sono dell'idea che il diritto sia l'arte del buono e del giusto e che quindi tutte le società dovrebbero essere governate da questi principi[46]. Ma questa si è rivelata una semplice aspirazione, altrimenti si dovrebbe sostenere che quest'arte ha prodotto poco o nulla in secoli e millenni. Più verosimilmente dovremmo pensare che ogni ordinamento giuridico dovrebbe tendere a questo fine. E comunque, è da ritenere che siano stati superati i tempi in cui ci si riferiva al diritto come ad una tremenda forza che il mondo possiede[47]: almeno in parte, come primo effetto degli interventi umanitari effettuati dalle Nazioni Unite, per sanzionare i casi più clamorosi di violazione dei diritti umani[48]. Salvo numerose eccezioni. Non è qui il caso di aggiungere altro[49].

Invero la logica che ha costruito i diritti positivi ha carattere eminentemente pratico. «I diritti positivi sono i prodotti dei popoli, delle genti, dei potenti, in sostanza di coloro che comandano in un certo periodo storico e in un dato territorio»[50]. «Se il diritto fosse una “scienza universale” come la matematica, la chimica, esso dovrebbe avere regole universali. Ma così non è. I diritti positivi sono molto diversi tra loro e proprio per questo essi somigliano per alcuni aspetti molto di più ad un’altra scienza umana qual è» quella che sovrintende alla produzione delle lingue e degli idiomi[51].

A2) I giuspositivi si interrogano sulla differenza tra poteri costituiti e poteri costituenti[52]. La risposta l’hanno fornita tutti coloro che hanno in qualche modo preparato e portato a termine con esito positivo una rivoluzione. Si pensi ad esempio a quella francese, alla serie di rivoluzioni (una dopo l’altra) da quella principale iniziata nel 1789 all’avvento di Napoleone al potere: se ne contano diverse, con alterne fortune. Emblematici i casi di Danton e Robespierre, nei tragici passaggi da una rivoluzione all’altra: prima ai vertici e poi ghigliottinati. L’abate Sieyès (1748-1836) grande teorico ed anche uno dei protagonisti della rivoluzione fornì una definizione tanto semplice quanto vera: «Che cos’è il Terzo Stato? Tutto. Che cos’è stato finora nell’ordinamento politico? Nulla. Che cosa desidera? Diventare qualcosa»[53]. L’aspirazione di ogni rivoluzione è di sovvertire l’ordine costituito. Se vince, il potere rivoluzionario diventerà il nuovo potere costituito.

«Il potere “costituente” non può, per definizione, muoversi nel rispetto di un ordine costituzionale preesistente; se lo facesse sarebbe un potere costituito»[54]. Tuttavia per i giuspositivi diventa difficile spiegare questo fenomeno e ne parlano come di un «un potere “di fatto” teso all’instaurazione di un nuovo ordine costituzionale»[55]. Prima ancora, Schmitt si inventò la “stato di eccezione”: quando cioè il non diritto crea il diritto. Kelsen parlò di “norma fondamentale” che si impone senza che nessuno l’abbia prescritta formalmente; e che perciò si conosce *a posteriori*, cioè quando tutto si è verificato. Tuttavia, negare ogni qualificazione giuridica proprio agli atti giuridici più importanti, potrebbe essere scambiato per un espediente per giustificare l’incomprensione di questo momento giuridico fondamentale da parte dei sostenitori del giuspositivismo.

B) Diciamocelo con sincerità, questo è il punto debole delle teorie positivistiche, di cui per converso si avvantaggiano i sostenitori del pluralismo giuridico, secondo cui il diritto è una creazione sociale, ossia è organizzazione sociale che si autodisciplina[56]. Nell’ambito dello stesso territorio e tra la stessa popolazione possono esistere più organizzazioni che non ne riconoscono altre sopra di sé[57]. Quando ciò avviene significa che è in atto (o si sta preparando) una rivoluzione, una ribellione o una guerra civile.

8. Tra essere e dover essere. Conclusioni.

Se la massima latina *ne cives ad arma veniant* (affinché i cittadini non vengano alle armi) fosse stata elaborata da qualche giurista del Diritto romano classico, penso che sarebbe entrata a buon titolo nell’apertura del Digesto accanto alla classica definizione del diritto come arte del buono e dell’equo. La stessa differenza che si avverte tra essere e dover essere si trova nelle due principali definizioni del diritto. Come *essere*, la funzione del diritto è quella di strumento alternativo alla guerra per prevenire e risolvere i conflitti, mentre quale *dover essere* è l’arte del buono e dell’equo. In altre parole, gli ordinamenti giuridici dovrebbero garantire il benessere e l’equità tra gli associati; ma già è tanto se riescono a prevenire e risolvere i conflitti tra gli stessi associati.

Infatti, la funzione del diritto sostanziale è quella di regolare i rapporti tra i cittadini per prevenire i contrasti, mentre il compito affidato al processo è quello di separare i contendenti e affidare la soluzione della questione ad un giudice. In altre parole, si può e si deve prevenire le liti con l’osservare e far rispettare le norme del diritto sostanziale, mentre per dirimerle occorre l’utilizzo dei mezzi processuali. Solamente così si evita la guerra di tutti contro tutti. Senza dimenticare mai che *ad uno Stato giovane e forte sono sufficienti poche regole, mentre molte non bastano per curarne uno vecchio e malato*.

• Destinato agli studi in onore del prof. Claudio ROSSANO.

[1] HOBBS T., *Leviatano* (1651). Prima di lui già ARISTOTELE aveva dimostrato l’indispensabilità per gli esseri umani di riunirsi in gruppo per sopravvivere, per riprodursi, per migliorare la propria condizione (cfr. REALE G., *Introduzione ad Aristotele*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 120.

[2] BIN R. e PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, ed. XII, 2011, p.12.

[3] (ULPIANO, *Digesto*, 1,1,1).

[4] *Honeste vivere, neminem ledere, suum cuique tribuere*.

[5] Questa estensione si trova in FEDERICI R., *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici*, Editoriale Scientifica, Napoli (I ed. 2009; II ed. 2010), *passim*.

[6] Formula che in qualche luogo è riferita con le parole *ne cives ad arma ruant*: affinché i cittadini non corrano alle armi.

[7] DE RUGGIERO R., *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, Alvano, Napoli, 1915, p.25. E ripresa negli anni Trenta/Quaranta nelle (postume) *Istituzioni di diritto privato* a cura di MAROI F., suo allievo, cfr. ad esempio la IV ed. (1940), p. 444.

[8] TORRENTE A., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 274. E riportata nelle edizioni successive.

[9] SEGRE' G., in SEGRE' G. e MONTEL A., *Il possesso*, UTET, Torino, 1956, p.14.

Ad esempio lo scopo di alcune formule era «quello di reprimere più energicamente le violenze a mano armata, frequenti nell'epoca delle guerre civili» (SEGRE' G., *Il possesso*, cit., p. 21). «Come armi sono riconosciute non soltanto le armi proprie, ma anche le improprie, come bastoni e pietre» (SEGRE' G., *Il possesso*, cit., p. 21).

[10] FERRAJOLI L. (*La questione dell'embrione tra diritto e morale*, in *Politeia*, 2002, n. 65, § 1) lo cita per spiegare che il compito del diritto è quello di assicurare la pace e la convivenza civile, impedendo i danni che la persone possono arrecarsi tra loro.

[11] FERRAJOLI L., *L'alternativa del diritto*, in *La rivista del manifesto*, dicembre 2001, n. 23.

[12] FERRAJOLI L., *La questione dell'embrione tra diritto e morale*, cit., loc. cit.

[13] VIOLA F., *Politica e diritto nella Costituzione*, in *Ragion pratica*, 1995, p. 232.

[14] Invero non esiste un solo giuspositivismo, ma molte figure tra loro molto conflittuali. Le configurazioni principali elaborate dal Bobbio e ricordate da Guastini (GUASTINI R., *Sostiene Baldassarre*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 1373 ss.) sono le tre seguenti : a) il *Positivismo teorico*; b) il *Positivismo metodologico*; c) il *Positivismo ideologico*. L'unico punto in comune tra le varie declinazioni del positivismo giuridico è la critica del giusnaturalismo. Niente di più. Bobbio accetta totalmente il positivismo metodologico, mentre delle altre due formulazioni condivide unicamente le versioni moderate. Dalla difesa del positivismo giuridico da parte di Guastini contro gli attacchi di Baldassarre nasce una polemica assai gustosa e per molti versi chiarificatrice. Tutto è iniziato con un saggio provocatorio di BALDASSARRE A. intitolato *Miseria del positivismo giuridico* (in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2005, p.205 ss.). Raccoglie la sfida il GUASTINI che replica con un articolo tanto ironico quanto pungente (*Sostiene Baldassarre*, cit.). La polemica entra nel vivo. Controreplica BALDASSARRE (*Una risposta a Guastini*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 3251 ss.). Ma io mi fermo qui. Chi vuole saperne di più, non ha che da leggersi i contributi citati.

[15] GUASTINI R., *Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza*, in *Ragion pratica*, 1994, p. 255.

[16] GUASTINI R., *Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza*, cit., p. 255.

[17] VIOLA F., *Politica e diritto nella Costituzione*, cit., p. 232.

[18] VIOLA F., *Politica e diritto nella Costituzione*, cit., p. 231 s.

[19] VIOLA F., *Politica e diritto nella Costituzione*, cit., p. 232.

[20] BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*, Barbera, Firenze, 1899, ed. II, p. 251.

[21] SAVIGNY F.C., *Il diritto del possesso* (trad. della VI ed. a cura di CONTICINI P.), stamperia Masi, Napoli, 1840, §. 5, p. 59.

[22] SAVIGNY F.C., *Il diritto del possesso*, cit., §. 5, p. 59.

[23] SAVIGNY F.C., *Il diritto del possesso*, cit., §. 6, p. 68.

[24] SAVIGNY F.C., *Il diritto del possesso*, cit., §. 40, p. 332.

[25] SAVIGNY F.C., *Il diritto del possesso*, cit., §. 40, p. 333.

[26] SAVIGNY F.C., *Il diritto del possesso*, cit., §. 40, p. 339.

[27] SAVIGNY F.C., *Il diritto del possesso*, cit., §. 6, p. 69.

[28] SAVIGNY F.C., *Il diritto del possesso*, cit., §. 6, p. 73.

[29] SAVIGNY F.C., *Il diritto del possesso*, cit., §. 6, p. 74.

[30] SAVIGNY F.C., *Il diritto del possesso*, cit., §. 6, p. 74.

[31] SAVIGNY F.C., *Il diritto del possesso*, cit., §. 40, p. 326.

[32] SAVIGNY F.C., *Il diritto del possesso*, cit., §. 40, p. 327.

[33] SAVIGNY F.C., *Il diritto del possesso*, cit., §. 40, p. 328.

[34] JHERING R., *Sul fondamento della protezione del possesso* (trad. it., a cura di FORLANI F.), Vallardi, Milano, 1872, p. 5 ss.

[35] CICERONE, *De officiis* I, 77; e citata dal MANZONI, *Promessi sposi*, cap. XIII. Questa frase si trova anche «nella 2a Filippica, ma che faceva parte dell'esametro *cedant arma togae, concedat laurea laudi* "cedano le armi alla toga ed alla fama ceda l'alloro [militare]"» ed era «presente nel 3° libro di un suo poema (*De suo consulatu*) per noi perduto, richiamato peraltro da lui stesso nel *De officiis* I, 77; viene talora ripetuta per indicare la necessità che il potere militare sia sottoposto a quello civile» (*Enciclopedia Treccani*).

- [36] CICERONE, *De officiis*, I, 34. Per più ampi riferimenti, si veda FEDERICI R., *Guerra o diritto?*, cit., p. 159 ss.
- [37] CURZIO RUFO Q., *Historiarum*, IX, 4.
- [38] Per un ulteriore approfondimento di questo tema, mi sia permesso di rinviare al mio *Guerra o diritto?*, cit., p.42 ss.
- [39] GIULIO CESARE G., *De bello civili*, III, 19.
- [40] BIN R. e PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, cit., p.12.
- [41] CLAUSEWITZ von K., *Vom Kriege* (uscito postumo nel 1832), trad. it., *Della guerra*, a cura di BOLLATI A. e CARNEVARI E., prima ed.1942, ripubblicata nel 1970 negli Oscar Mondadori.
- [42] CLAUSEWITZ von K., *Della guerra*, trad. cit., p. 19.
- [43] Sul punto FEDERICI R., *Guerra o diritto?*, cit.
- [44] Dal preambolo dello Statuto delle Nazioni Unite.
- [45] Per più ampi riferimenti, FEDERICI R., *Guerra o diritto?*, cit. p. 257 ss.; p. 268 ss.
- [46] Come campioni del giusnaturalismo si possono citare Alberico Gentili, Ugo Grozio, ed anche J.J. Rousseau.
- [47] MANZONI A., *Adelchi*, V, 8, 33-35.
- [48] Si allude ovviamente alle missioni organizzate dalle Nazioni Unite contro quei regimi accusati di violazione dei diritti umani.
- [49] Si fa riferimento ai tanti casi di strumentalizzazione del potere ed anche a quelli di mancato o tardivo intervento.
- [50] FEDERICI R., *Guerra o diritto?*, cit., p.39.
- [51] FEDERICI R., *Guerra o diritto?*, cit., p.39.
- [52] Cfr. GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, 189 ss.
- [53] SIEYÈS E.G., *Che cos'è il Terzo Stato* (1789).
- [54] PACE A., *Potere costituente, rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997, p. VIII, 97 ss. Concetto accolto da GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, 189 s. [55] PACE A., *Potere costituente, rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi*, cit., p. VIII, 97 ss.; GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 189 s. [56] ROMANO Santi, *L'ordinamento giuridico* (prima ed. 1917-18; seconda ed. 1946). L'edizione da me consultata è una ristampa della II ed., Sansoni, Firenze, 1974.
- [57] ROMANO Santi, *L'ordinamento giuridico*, cit.

(pubblicato il 30.11.2011)