

IL DIRITTO E I MISTAGOGHI

1. — Ho letto da qualche parte, ma non riesco a ricordare dove, che nell'impero cinese di altri tempi (in quel « celeste impero » di maniera ove erano diffuse, secondo l'opinione corrente, le piú strane usanze) requisito essenziale delle leggi era il mistero. La gente comune non aveva il diritto di sapere in forza di quale legge un certo comportamento fosse permesso o vietato. Quando il cittadino qualunque compiva

* Pubblicato in *ANA*. 95 (1984) 241 ss. e qui riedito con correzioni e integrazioni principalmente ispirate alla letteratura successiva (cfr. anche: A. GUARINO, in *Labeo* 31 [1985] 371).

Sul punto: A. GUARINO, *Appunti sull' « ignorantia iuris » nel diritto penale romano*, in *AUMA*. 15 (1942) 166 ss., con la bibliografia precedente. *Adde*: F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (1946) 255; M. SCARLATA FAZIO, *Ignoranza della legge (dir. rom.)*, in *ED*. 20 (1970) 1 ss., con altra bibliografia; M. BRETONI, *Giuristi e profani*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (1982) 120 ss.; M. SCHERILLO, *Note critiche su opere della giurisprudenza romana*, in *Iura* 1 (1950) 221 ss.; M. SOUBIE, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste* (1960) 116; U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del dir. rom.* (1961) 165 ss.; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Traiano, Studi su Nerazio e Celso* (1979) 6 ss. (nonché: ID., *Empiria e dogmi, La scuola proculiana fra Nerva e Adriano* [1989] 43 ss.); P. FREZZA, *Rc. a SCARANO USSANI*, in *SDHI*. 46 (1980) 569; H. KUPISZEWSKI, « *Ignorantia iuris nocet* », in *Scr. Guarino* (1984) 1357 ss.; L. WINKEL, « *Error iuris nocet* »: *Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung* (1985) spec. 77 ss.; P. CERAMI, « *Ignorantia iuris* », in *SC*. 3 (1993) 57 ss., con bibliografia. Per i frequenti richiami alle mie concezioni in ordine alla storia giuridica romana: A. GUARINO, *Storia del diritto romano*⁹ (1993) *passim*. Sulla derivazione postclassica-pregiustiniana del tit. D. 22.6 (il quale, diversamente da CI. 1.18 e da B. 2.4, non è situato all'inizio della compilazione giustiniana, ma fa seguito a D. 22.3-5, titoli rispettivamente intestati « *De probationibus et praesumptionibus* », « *De fide instrumentorum et amissione eorum* », « *De testibus* »): F. EBRARD, *Die Lehre von Rechtschulen und Rechtsliteratur römischer Juristen im Licht eines vorjustinianischen Digestentitels*, in *ZSS*. 45 (1925) 118 ss., cui aderisco tuttora pienamente, tanto piú che sono notoriamente un convinto sostenitore dell'ipotesi secondo cui i *Digesta* di Giustiniano furono messi insieme con il ricorso a compilazioni postclassiche precedenti, i cd. « *predigesti* » (sul che, da ultimo: A. GUARINO, *Lo spettro dei Digesti*, in *Iusculum iuris* [1985] 38 ss.).

un'azione illecita, ci pensavano i mandarini imperiali a rivelarglielo e ad avviarlo « in nome della legge » al carcere o al patibolo. Quando poi tra il popolo grosso si diffondeva la conoscenza di una legge, questa era da intendersi automaticamente abrogata e bisognava subito sostituirla con un'altra.

Si tratta, è probabile, di una grottesca deformazione della caratteristica dottrina di Kōng Fúzi (Confucio: 555-479 a. C.), secondo cui la ricerca del « *dao* », del giusto equilibrio di vita, è impresa strettamente personale di ciascuno e le leggi servono solo a correggere coloro che, appartenendo ai ceti inferiori, mancano della capacità aristocratica di avviarsi nel senso giusto. Stando a questa concezione, è comprensibile che il « vile meccanico », una volta giunto a conoscenza della legge, si premurerà di rispettarla solo per evitarne i rigori, tralasciando perciò la ricerca spontanea del « *dao* », ed è ovvio, di conseguenza, che la legge dovrà essere per il suo bene cambiata.

Ma lasciamo da parte le disquisizioni filosofiche. Accettiamo la « cinseria » per come viene solitamente narrata. Diremo davvero che essa è tanto stramba e priva di senso?

2. — Si rifletta. Da che mondo è mondo, il mistero del diritto è stato, ed è forse tuttora, una delle condizioni principali della sua autorevolezza. Meno il volgo ne sa, piú lo riverisce: non solo quando esso si confonde totalmente o parzialmente col sacro, che è misterioso per sua natura, ma anche quando esso ha carattere profano.

Per arrivare alla conoscenza del diritto vigente, per poterlo scrutare bene in faccia, per riuscire a sostenerne oppure a contestarne l'applicabilità ad un proprio caso personale, l'uomo della strada molto difficilmente ce la fa da solo. È pressoché inevitabile che egli debba ricorrere, come per il sacro, ai suoi « iniziati »: i quali nella specie non sono i sacerdoti, ma i giuristi. E i giuristi (o nella veste di consulenti, o in quella di avvocati, o in quella di giudici) lo inizieranno a loro volta, proprio a guisa di mistagoghi (*μυσταγωγοί*), nella ricerca dei principi che si attagliano al caso suo e nella comprensione intima di quei principi e delle inevitabili interpretazioni contraddittorie che essi implicano.

D'altra parte, che cosa succede quando il pubblico dei non specialisti, avendo conseguito la possibilità di attingere il diritto alla fonte, si misura con i problemi della sua applicazione alle proprie faccende? Anche per la naturale tendenza di ciascuno a piegare la norma ai propri interessi specifici, succede il piú delle volte che i soggetti controvertano vivacemente tra loro, col risultato di dare ad ogni principio giuridico

non uno, ma due e spesso anche piú significati diversi, quindi col risultato di render quel principio incerto, di svalutarlo, di disapplicarlo. Dal che segue in definitiva che la legge, o piú in generale la norma giuridica, slitta fatalmente, proprio per la conoscenza che il popolo ne ha acquisito, verso la paralisi, verso la sua pratica abrogazione.

Beninteso, io non voglio sostenere che quei tali imperatori cinesi avessero ragione. Prima che qualche sicofante (ve n'è sempre qualcuno che agguata dietro l'angolo) corra a denunciarmi al sinedrio per opinioni antidemocratiche, mi affretto dunque a conclamare che le leggi, che le norme del diritto debbono essere tutte alla portata conoscitiva di tutti, anche a costo che vengano meno rispettate.

Cerchiamo peraltro di non chiudere gli occhi di fronte alla realtà. La realtà del diritto è talmente intricata, che abbandonare l'uso di esso alla iniziativa dell'uomo della strada significherebbe tradire gli interessi di quest'ultimo e seminar l'anarchia. Non solo occorrono i giudici, per risolvere in qualche modo (augurabilmente, nel modo migliore) le divergenze di interpretazione degli interessati. Occorrono anche i consulenti e gli avvocati, che svelino agli interessati gli aloni di mistero da cui in qualunque società, e non solamente nel « celeste impero », è circonfuso il diritto.

E siccome il principio di libertà giustamente esige che solo gli interessati possano decidere delle proprie iniziative giuridiche, i consulenti e gli avvocati non dovranno assumere nei riguardi dei loro clienti l'atteggiamento insindacabile dell'oracolo (questo è concesso, entro certi limiti, solo ai giudicanti), ma dovranno svolgere nei loro confronti, insisto, l'opera paziente del mistagogo. Del mistagogo che li illumini sui « *pro* » e sui « *contra* », che si ponga eventualmente a loro disposizione per ciò che vi sarà da fare in sede processuale o extraprocessuale, ma che si astenga nel modo piú rigoroso dallo spingersi piú in là.

3. — Ai tempi nostri, nei paesi ufficialmente civili (tanto per intenderci, nei paesi membri dell'ONU), non vi è dubbio che tutti i soggetti interessati siano in condizione di conoscere parola per parola le leggi vigenti, i provvedimenti ad esse equiparati o coordinati, gli usi di cui quelle leggi ammettono la vigenza e via di questo passo.

Ciò vale, peraltro, in astratto. Ben diversa è la situazione in concreto.

In concreto, quasi mai se non proprio mai, il « soggetto », cioè colui che deve sottostare all'ordinamento giuridico, conosce realmente l'ordinamento stesso. Molto di rado egli è in grado di verificarlo in tempo utile per decidere con tempestività il comportamento da assumere,

sopra tutto se in relazione a comportamenti giudiziari o extragiudiziali assunti nei suoi confronti da altri. Non sempre egli è comunque capace di « leggere », cioè di capire sufficientemente, il diritto con cui ha da fare. Il rischio di violare il diritto a causa dell'ignoranza o dell'incomprensione dello stesso è insomma per lui concretamente fortissimo.

Se il soggetto è un minore di età, un demente o un altrimenti incapace (anche momentaneo) di agire, di badare oculatamente ai fatti suoi, tutto si accomoda per lui in modi che sappiamo e che non mette conto di stare qui a riferire. Ma il soggetto può avere la piena capacità di intendere e di volere ed essere tuttavia impedito nella conoscenza del diritto vigente dalla sua limitata esperienza della lingua del paese (il che vale quanto meno per gli stranieri ammessi liberamente a viaggiare o a dimorare entro i confini del paese stesso). Oppure il soggetto può trovare difficoltà di comprensione a causa della sua poca o punta dimestichezza con la lingua scritta (il che vale per la vasta gamma degli analfabeti, dei quasi analfabeti, degli analfabeti così così e degli analfabeti di « ritorno »: tutte persone che, anche se da noi l'istruzione di base è obbligatoria, hanno il pieno diritto, se non di sottrarsi, almeno di non trarne frutto e di conservarsi ignoranti). O anche può avvenire che il soggetto sia versatissimo in lettere, ma abbia scarsa o punta familiarità col linguaggio tecnico del diritto: il che, l'ho già detto, vale per la massima parte dei profani.

Non basta. Mettiamo pure che il soggetto sia un uomo di solida e profonda cultura generale, di facoltà intellettive addirittura superiori al livello normale e di vasta e pronta memoria. Egualmente gli sarà assai difficile (dico io: praticamente impossibile) ricordarsi puntualmente di tutto, tenersi pienamente aggiornato su tutto, avere tutto a rapida disposizione per consultazioni e controlli. Sia aggiunto a titolo consolatorio: neanche un rifinito giurista ce la farebbe facilmente al suo posto.

E allora? Allora la non lieta realtà dei paesi civilizzati è che noi tutti, giuristi e non giuristi, siamo spesso costretti a « vivere pericolosamente », come diceva quel tale. Siamo costretti cioè a fare le nostre scelte di comportamento nella fiducia, nulla più che nella fiducia, che il nostro agire corrisponda approssimativamente a quanto esige, nelle sue mille e mille pieghe dispositive, il diritto vigente.

4. — Voglio dirlo in altre parole. Molte delle nostre azioni giuridicamente rilevanti non sono solo fondate sulla convinzione che il criterio sul momento da noi adottato sia un criterio di buon senso, ma sono basate anche (è bene essere chiari) sulla scommessa (il termine di sapore

