

Interpretazione e diritto sociale. Note sulla Mediazione giuridica

Marco Cossutta

ABSTRACT

Il contributo si prefigge di argomentare in merito alla fondazione giurisprudenziale del diritto oggettivo, ricercando proprio nell'attività interpretativa e non già in quella legislativa la fonte del diritto. Un diritto frutto della mediazione operata dall'interprete fra disposizione legislativa e valori ed interessi sociali vigenti si presenta come diritto sociale, ovvero una forma di regolamentazione che ritrova nella stessa società che è chiamata a regolamentare sia la propria fonte, che il proprio conte-

nuto. All'interno di questo contesto, che ridiscute radicalmente il concetto di positività del diritto, muta anche il modo di approcciare il problema della certezza del diritto.

PAROLE CHIAVE

CERTEZZA DEL DIRITTO; DIRITTO SOCIALE; INTERPRES; INTERPRETAZIONE GIURIDICA; MEDIAZIONE GIURIDICA; POSITIVITÀ DEL DIRITTO.

SOMMARIO

1. UNA PREMESSA QUASI METODOLOGICA; 2. SU CIÒ CHE POSSA INTENDERSI CON IL TERMINE INTERPRETAZIONE; 3. UN PRIMO ACCOSTAMENTO FRA INTERPRETAZIONE E DIRITTO SOCIALE; 4. SUL DIRITTO SOCIALE; 5. SUL LEGAME FRA INTERPRETAZIONE E DIRITTO SOCIALE; 6. SULLA MEDIAZIONE GIURIDICA; 7. ALCUNE RIFLESSIONI INTORNO ALLA FONDAZIONE DEL DIRITTO SOCIALE; 8. SULLA CERTEZZA DEL DIRITTO; 9. L'APPORTO DEL DIRITTO COMUNITARIO ALLA FONDAZIONE DI UN DIRITTO SOCIALE.

1- UNA PREMESSA QUASI METODOLOGICA

Il tema prescelto, così come viene declinato nel titolo qui proposto (del sottotitolo si farà menzione oltre) presenta quanto meno due ordini di problemi, i quali, se non affrontati preventivamente, di fatto inficerebbero lo svolgimento dello stesso.

Da prima, ed in tutta evidenza, il tema rappresentato nel titolo si dimostra troppo vasto per venire anche solo abbozzato nel presente intervento; genera pertanto aspettative che

non potrebbero venire soddisfatte all'interno di un breve e caduco studio in argomento.

A questa prima considerazione, che previene la inevitabile disillusione a cui andrebbe incontro l'uditore se si attendesse alla generalità del titolo, va affiancata la constatazione per la quale la proposizione che costituisce lo stesso contiene un termine /interpretazione/ ed un sintagma /diritto sociale/ i cui valori significativi sono estremamente ampi, tanto da condurre all'indeterminatezza; infatti, sia il termine che il sintagma sono atti a designare fenomeni molteplici e fra loro diversissimi.

La genericità appare, dunque, il principale difetto di tale modo di iniziare questa argomentazione, la quale risulta ancorata a riferimenti ambigui e vaghi, evocanti svariati significati.

Se non avviata, tale iniziale mancanza di chiarezza non può che ripercuotersi sullo svolgimento argomentativo, sino a giungere al non pregevole risultato di fare d'ogni erba un fascio, il che implicherebbe il riconoscimento della non scientificità del procedimento adottato, il quale apparirebbe più consono a produrre giochi di parole che proposizioni dotate di senso in

quanto sottoponibili ad una procedura di controllo. Quest'ultima, come è evidente, non può fondarsi su assunzioni assiomatiche, le quali, in grazia ai termini utilizzati per comporre, risultano equivocabili.

Questo modo di procedere ritrova il proprio paradigma nel *blaterare* sofisticato, nel quale si vorrebbe, se ciò fosse possibile, non incorrere.

Al fine di non procedere con una produzione di meri suoni per tramite di concatenazioni di parole, si palesa la necessità di tentare di definire il tema del discorrere precisando, per intanto, ciò che in questa sede si intende significare con il termine *interpretazione* e con il sintagma *diritto sociale*. Solo dopo potrà apparire sensato abbozzare un loro possibile intreccio al fine di argomentare come in assenza di attività interpretativa non è possibile fondare un diritto sociale (inteso nel senso che vedremo poi), ma soltanto utilizzare il paravento della legalità per celare ciò che oggettivamente si pone come arbitrio sorretto dalla forza.

È bene pertanto procedere con ordine, iniziando dalla definizione del termine e del sintagma che compongono il titolo del presente intervento¹. I due punti vanno quindi indagati al fine di poter sviluppare, con una certa coerenza, il discorso intorno alle loro interrelazioni.

La parte introduttiva del contributo, che potrebbe venire, se non fosse per la sua pochezza, ricondotta nell'alveo delle cosiddette *fumisterie capograssiane*², sarà finalizzata a specificare il

1 La definizione, ovvero la determinazione dei confini semantici dei termini, procederà avendo riguardo, più che al loro universo semantico o campo noetico, ovvero l'insieme di significati che gli stessi possono assumere nel sistema linguistico di appartenenza e deducibile dalle loro definizioni lessicali (che poi è il repertorio dei significati disponibili di un termine all'interno di una comunità linguistica), al *sensu*, ovvero al valore che il termine ha all'interno del contesto nel quale viene usato, quindi allo specifico "significato" che lo stesso assume all'interno di un altrettanto specifico discorso. Cfr., per un primo approccio al tema, G. Berruto, *La semantica*, Bologna, 1977, pp. 59-60.

2 In tal modo si espresse Giovanni Tarello in riguardo alle teorizzazioni di Giuseppe Capograssi in tema di interpretazione creativa; cfr. G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in P. Barcellona (a cura di), *L'uso*

senso in cui le due espressioni vanno qui intese ed a delinearne i rapporti al fine di effettuare una comparazione con una recente riflessione gius-filosofica in tema di diritto sociale; da ultimo si cercherà di indicare un possibile riferimento normativo al quale agganciare l'idea di produzione interpretativa del diritto sociale

2- SU CIÒ CHE POSSA INTENDERSI CON IL TERMINE INTERPRETAZIONE

Il sostantivo interpretazione si palesa vuoi nel linguaggio ordinario, che in quello giuridico³, con una pluralità di significati: da attività volta a comprendere una forma rappresentativa, al prodotto di questa attività; da attività di attribuzione di significato, il che porta a considerare contemporaneamente come oggetto di interpretazione vuoi un simbolo, vuoi un segno⁴, ad attività volta a riconoscere il significato proprio di un termine, il che, per inciso, evoca la mai sopita *polemica sugli universali*. Non appare questa la sede per soffermarci sul-

alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista, Roma-Bari, 1973, p. 76.

3 Il linguaggio giuridico, pur non presentandosi come una specie del linguaggio tecnico, appare pur sempre distinto, ad esempio per la presenza di termini specifici al mondo del diritto, quindi interni alla cultura giuridica e non riscontrabili nel linguaggio quotidiano della comunità linguistica (cfr. in argomento L. M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, trad. it. Bologna, 1978, pp. 371-372), dal mero linguaggio ordinario; viene a causa di questa sua peculiarità ricondotto ai cosiddetti linguaggi settoriali. Cfr. in argomento le riflessioni di A. Belvedere, *sub voce Linguaggio giuridico*, in *Digesto delle discipline privatistica. Sezione civile*.

4 Eco, nella voce *Segno*, redatta per la *Enciclopedia Einaudi*, rileva come B. Malamberg, *Signes et symboles; les bases du langage humain*, Paris, 1977, lega il segno ad un atto di significazione, ritenendo che tutti gli elementi che rappresentano un'altra cosa (*aliquid stat pro aliquo*) sono da considerarsi generalmente simboli; pertanto tutti i segni sono simboli, ma non tutti i simboli sono segni perché non tutti sono finalizzati ad una comunicazione intenzionale (così a p. 634 della voce richiamata). Lo stesso Eco, nella voce *Significato* della stessa *Enciclopedia* sottolinea come "quando un *aliquid* è, sì, passibile di interpretazione, ma queste interpretazioni sono vaghe, imprecise, non interpretabili a loro volta, e soprattutto in contraddizione tra loro, si ha un tipo particolare di segno dal significato vago e aperto, che verrà definito *simbolo*", così a p. 833.

la questione introno alla valenza meramente ricognitiva o, viceversa, creativa della attività in parola; riteniamo, senza per questo voler evocare una teoria generale dell'interpretazione, la quale presupporrebbe quanto meno una concordanza sul significato del termine, che si possa in ogni caso consentire sul fatto che "il problema interpretativo, in generale, risponde al problema epistemologico dell'intendere"⁵ e, al fine di non disperdere l'attenzione fra i molteplici distinguo sviluppatosi in ambito dottrinario⁶, ricercare un punto che non possa essere oggetto di divergenza.

Questo viene ricercato in modo estremamente banale in una constatazione di natura etimologia: che il termine interpretazione, presente nella lingua italiana, derivi dal latino *interpretatio*, il quale rappresenta sia la radice del nostro che dei suoi corrispettivi non solo nelle parlate neoromanze, è fuori discussione.

Meno considerata appare invece la constatazione⁷, anch'essa di natura descrittiva, per

5 Così Emilio Betti nel capitolo secondo della sua *Teoria generale dell'interpretazione*. Si rimanda alla seconda edizione corretta ed ampliata da Giuliano Crifò, Milano, 1990, p. 157-158. Come noto la prima edizione apparve nel 1955. Va rilevato, a corollario della citazione bettiana, come l'intendere possa considerarsi, soprattutto, ma non esclusivamente, avuto riguardo ad una interpretazione in funzione normativa, finalizzato alla comunicazione fra due soggetti, ovvero come l'interpretazione sia foriera per una azione comune.

6 Va da sé che tale affermazione va rapportata all'economia del presente intervento e non va assolutamente intesa nel senso che il dibattito sull'interpretazione possa ricondursi alla proverbiale questione di *lana caprina*. Nell'ambito della letteratura giuridica di lingua italiana l'autore che di recente ha più sviluppato tali temi, in particolare riguardo al significato del termine interpretazione, è stato indubbiamente Riccardo Guastini alle cui opere si rimanda; cfr. almeno *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993 *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2004. Vanno in ogni caso, fra i molti, richiamati per la rilevanza delle riflessioni sulle questioni qui solo accennate gli studi di G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1980 e di F. Modugno, *L'interpretazione giuridica*, Padova, 2009.

7 Ma vedi in proposito G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 4, G. Zabrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 182, nonché, per altri versi, E.

la quale il sostantivo *interpretatio* e con questo l'attuale interpretazione, ritrova a sua volta come propria radice *inter-pretium*, da cui l'*interpres*. *Interpres* è, letteralmente, colui che si colloca tra i prezzi, ovvero all'interno di una relazione commerciale, il soggetto terzo che media tra la domanda e l'offerta. In questo senso, l'attività interpretativa si connota quale attività di mediazione⁸.

Compito dell'*interpres* è la dichiarazione del prezzo ritenuto comune tra due manifestazioni di volontà, l'una riconducibile al proponente, l'altra all'accettante; il prezzo dichiarato dall'*interpres* si palesa nella pratica commerciale quale media fra eccesso e difetto ed in quanto tale promuove l'accordo tra le parti. Interpretare, all'interno di questo quadro, è anzitutto porre in comunicazione due estremi, al fine di riconoscere un punto di incontro; interpretare è, quindi, fare opera di mediazione.

Anche qualora si voglia intendere l'*interpres* quale *dichiaratore di sensi o significati*, che poi

Ortigue, *sub voce Interpretazione*, in *Enciclopedia Einaudi*, pp. 874-876.

8 Il termine in questione viene infatti tradotto in lingua italiana con i sostantivi *mediatore*, *mezzano* o *negoziatore*, rimandando, pertanto ed in prima istanza, all'istituto della mediazione, di cui all'articolo 1754 del Codice civile, che è bene richiamare al fine di ribadirne la terzietà, in quanto "è mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza". Avuto riguardo al più generale universo semantico del termine, questo designa non solo la figura del mediatore commerciale poc'anzi richiamata, ma ogni soggetto che pratici in senso lato un'attività volta alla mediazione; ed infatti nel riconoscere un *interpres pacis*, ovvero un negoziatore fra due litiganti, non possiamo disconoscere nella cultura della romanità classica, sviluppatasi nell'alveo di quella ellenica, la presenza di entità che mediano fra gli uomini e gli dei, l'*interpres divum*, di cui Mercurio ne è l'incarnazione (scusandomi per la banalità, rammento che il corrispettivo greco è Hermes, da cui l'ermeneutica); ma *interpres* è anche l'indovino, l'*haruspex*, la cui sacra arte (*haruspicina*) si sostanzia nell'offrire significato al segno divino e, per mezzo di questo, prevedere il futuro. In questo senso il termine in oggetto ricomprende una serie di significati, che, pur dispiegandosi, per così dire, da un dato commerciale, evidenziando del *pretium*, riconnettono ogni attività di mediazione che coinvolga differenti parti e che sia posta in essere da un terzo non a queste legato.

pare essere l'accezione attuale del termine interprete, lo stesso non apparirà come un mero traghettatore, che trasporta un senso da un luogo (linguistico) ad un altro, facendo sì che lo stesso sia messo in mostra (reso chiaro)⁹ a chi nel primo risulta celato (ovvero oscuro); l'*interpretes*, con la propria attività, pone in essere un qualcosa di diverso (il significato) da ciò che è l'oggetto (il significante) su cui interviene¹⁰. Egli, infatti, determina il senso, ovvero il valore che assume il portato dell'oggetto trattato in un dato contesto¹¹. Sicché il senso non

9 Per inciso rileviamo soltanto che il verbo tedesco *auslegen* ritrova traduzione in italiano sia come interpretare (parimenti ai verbi *erklären*, *deuten* e ovviamente *interpretieren*), che come esporre, ovvero mettere in mostra o in chiaro qualcosa. Appare per certi versi curioso come l'interpretazione di un ruolo ritrovi in *spielen* il verbo (giocare, ma anche suonare), mentre quella di un personaggio faccia ricorso al *darstellen* (rappresentare, raffigurare, da *stellen* mettere ritto) o al *verkörpern* (incarnare, personificare dal sostantivo di derivazione latina *Körper*); l'interpretazione musicale ritrova anche nel verbo *vortragen* (portare innanzi), oltre che in *spielen*, la propria versione tedesca. A titolo di esemplificazione, Hans Kelsen utilizza per designare l'interpretazione (giuridica) il sostantivo *die Interpretation*, di chiara derivazione latina; cfr. in proposito *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, 1934, §§ 39 e 40, e *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, §§ 45-47; di contro, Karl Larenz, nella sua *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, utilizza il sostantivo *die Auslegung* (cfr. la seconda edizione, Berlin, 1969).

10 Nell'ambito della semiotica ogni interpretazione viene considerata come la trasformazione di una enunciazione o espressione linguistica in un'altra; cfr. U. Eco, *sub voce Significato*, cit., pp. 833 e segg. e E. Ortigues, *sub voce Interpretazione*, cit., p. 875.

11 Non appare di secondaria importanza richiamare l'attenzione su di un fatto piuttosto noto; ovverossia come le scritture *sacre*, che fondano le cosiddette religioni del *Libro*, male tollerano sia una interpretazione, che una traduzione dalla lingua originale in cui sono state (dalla divinità?) poste, sia pur per tramite di un profeta, ovvero di colui che pre-dicendo manifesta la volontà divina. Non va sottaciuto come il centro del potere politico e giuridico viene appellato, proprio a seguito del cosiddetto processo di secolarizzazione, con l'attributo di *sovranano* (vedi, a titolo esemplificativo, T. Hobbes, *Leviathan*, XVII) che era da prima abbinato esclusivamente alla divinità, in quanto superiore ad ogni cosa (il termine *sovranano*, dal francese medievale *soverain*, deriva, come noto, dal latino volgare *superanus* o *supranus*; il termine arcaico, che copriva l'attuale significato di *sovranano*, è *soprano*), colui che da altri non dipende (vedi, sem-

è ciò che si palesa in se e per sé, il che sarebbe all'intero di questa impostazione impossibile, quasi a voler predicare un significato proprio al significante¹², ma è il risultato di una operazione condotta dall'interprete, il quale si pone nuovamente come mediatore fra il segno linguistico ed i suoi possibili significati facenti parte del suo universo semantico, ed il contesto in cui lo stesso segno ritrova utilizzo¹³.

L'*interpretes* dichiara vuoi un prezzo, vuoi un senso, in ogni caso il valore dell'oggetto su cui si esplica la sua attività, il quale appare essere la *media*¹⁴, nell'un caso tra il prezzo proposto

pre a titolo di esemplificazione, J. Bodin, *Les six livres de la République*, I, 8). A fronte di ciò appare interessante notare come proprio nelle prospettive che vedono nello stato moderno il dio mortale (vedi ancora T. Hobbes, *Leviathan*, XVII), si siano sviluppate le teorie dell'interpretazione meccanicistica, ovvero letterale, della legge, quali a volersi ricollegare, sia pure in modo latamente implicito, con certa tradizione religiosa di derivazione ebraico-cristiana.

12 Cfr. in argomento il saggio di Francesca Poggi, *Contesto e significato letterale*, in P. Comanducci - R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2006*, Torino, 2007, pp. 169-213. Vedi in argomento le riflessioni di Eco nella richiamata voce *Significato*, pp. 837 e segg.

13 Cfr. *ibidem*.

14 Il termine *media* non può venire qui utilizzato un modo indeterminato, delegando al lettore la scelta del senso da attribuirgli. La *media* a cui si fa riferimento acquisisce un preciso senso richiamando un passo di Aristotele, nel quale egli specifica: "io chiamo posizione di mezzo di una cosa quella che dista egualmente da ciascuno degli estremi, ed essa è una sola e identica in tutte le cose; e chiamo posizione di mezzo rispetto a noi ciò che non eccede né fa difetto; essa però non è unica, né eguale per tutti. Ad esempio, ponendo il dieci come quantità eccessiva e il due come quantità difettiva, il sei si considera come il mezzo rispetto alla cosa: questo è infatti il mezzo secondo la proporzione numerica. La proporzione di mezzo riguardo a noi non va invece interpretata così: infatti se per qualcuno il mangiare dieci mine è troppo e il mangiarne due è poco, il maestro di ginnastica non per questo ordinerà di mangiare sei mine; infatti per chi deve ricevere questa razione, essa può essere pure molta oppure poca: per Milone infatti è poca, per un principiante di ginnastica è molta", così nella *Etica Nicomachea*, II, 6, 1106 a-30 1106 b, 5 (citiamo dalla trad. it. di A. Plebe, Roma-Bari, 1988, p. 38). La *media* a cui si fa riferimento è il risultato di un'opera di mediazione dialettica fra il difetto e l'eccesso, avuto riguardo al contesto ove ci si colloca; non appare pertanto quale *media* aritmetica, le cui procedure si riconnettono alla logica deduttiva.

dalla domanda ed il quello proposto dall'offerta, nell'altro tra i significati ricompresi nell'universo semantico del termine ed il contesto nel quale lo stesso deve acquisire un senso. La mediazione, che tende alla individuazione del *giusto mezzo*, palesa qualcosa di nuovo, che non è, nel caso con cui qui si esemplifica, totalmente riconducibile né alla domanda, né all'offerta, dato che differisce da entrambe, ma non è nemmeno totalmente estraneo alle stesse, perché se così fosse non potrebbe porsi come tramite tra l'una e l'altra. Nel creare qualcosa di nuovo, l'interprete deve riconnettersi a ciò che è stato richiesto, ed in questo modo la media non è totalmente altra dagli estremi palesati, pur non coincidendo con nessuno di questi; né può risultare media aritmetica degli stessi, perché siffatto modo d'operare non tiene conto del contesto in cui le enunciazioni di valore si collocano. Le singole enunciazioni, ovvero le manifestazioni di volontà del proponente e dell'accettante, se non mediate, in sé e per sé allontanano i due soggetti, inibendo l'accordo. Questo non promanerà dall'incontro delle volontà, da cui non può che risultare una media aritmetica¹⁵, ma dalla mediazione dialettica tra le stesse, la quale darà vita ad una manifestazione univoca ed autonoma, ovvero permetterà la fondazione della regola (un prezzo) del rapporto, che non apparterrà né all'una né all'altra parte, ma sarà qualcosa di diverso e nel tempo comune ad entrambe.

L'interprete non opera per il proprio tornaconto¹⁶: la mediazione non è, infatti, funzionale a chi la opera, ma alla creazione dell'accordo fra le parti, accordo che si sostanzia, come sopra accennato, in una regola comune, autonomamente posta.

15 Già agli albori della civiltà occidentale possiamo leggere ne *Il giudizio di Salomone* l'esemplificazione di una applicazione in ambito giuridico della media aritmetica: "tagliate in due il bambino e datene una metà all'una ed una metà all'altra" (*Primo Libro dei Re*, 3, 25), nonché il suo totale rifiuto in quanto tale metodo sarebbe esiziale al "rendere giustizia" ed al "distinguere il bene dal male" (*ibidem*, 3, 9).

16 Anche se, nel momento in cui si ha riconnesso l'interprete all'istituto della mediazione, non vanno dimenticati gli articoli 1755 e 1756 del Codice civile.

In questo senso si può riconoscere l'interpretazione, ovvero la mediazione, come attività *economica*, nel senso più proprio del termine perché finalizzata alla statuizione delle *regole della casa*. Senza interpretazione, ovvero mediazione, non potrebbe sussistere alcuna attività economica, dato che risulterebbero assenti quelle regole, le quali, pur non promanando dalla volontà delle parti, ciò non di meno, essendo comuni alle stesse, ne regolano in modo autonomo il comportamento all'interno di un dato contesto, facendo sì che la volizione individuale all'accaparramento di beni atti a soddisfare i propri bisogni si tramuti in attività economica, ovvero che l'autonomia regga la singola casa e, più in generale, la comunità.

L'interpretazione, così come qui è stata presentata, appare pertanto il fulcro della vita economica; ma vi è di più, perché, volendo continuare a mantenere la greicità classica come sfondo del discorso, se senza regole non si regge la casa, ovvero all'economia si sostituisce l'accaparramento, all'autonomia la sregolata volizione, a maggior ragione non vi potrà essere una comunità più ampia di una singola casa, che abbracciando più case dia vita ad una città, ovvero ad una *polis* intesa come comunità costituita da una pluralità di case.

La stessa *polis* ritrova la propria fondazione ultima nella regola che le è comune; la regola comune alla *polis* non può che essere riconosciuta attraverso la mediazione che, ancora una volta, è sinonimo di un'ineliminabile interpretazione fra eccesso e difetto. Ciò che costituisce, in ultima istanza, la comunità politica è il perseguimento del bene della stessa¹⁷, inteso quale regola fondante il vivere comune, alla formazione del quale tutti i

17 Per Aristotele "lo stato non è comunanza di luogo né esiste per evitare eventuali aggressioni e in vista di scambi: tutto questo necessariamente c'è, se dev'esserci uno stato, però non basta perché ci sia uno stato: lo stato è comunanza di famiglie e di stirpi nel vivere bene: il suo oggetto è una esistenza pienamente realizzata e indipendente"; egli riconosce che "il fine dello stato è il vivere bene e tutte queste cose sono in vista del fine". In ultima istanza, "proprio in grazia delle opere belle e non della vita associativa si deve ammettere l'esistenza della comunità politica", così nella *Politica*, III, 9, 1280 b - 1281 a (citiamo dalla trad. it. curata da Renato Laurenti, Roma-Bari, 1989, pp. 88-89).

consociati concorrono, non come individui egoisti, non essendo il bene né esclusivo né finalizzato ad alcuno, ma come liberi soggetti di una comunità. Il riconoscimento del bene comune fonda il rapporto politico¹⁸ e questo non può manifestarsi e condursi se non tramite l'interpretazione.

Se l'economia, intesa come regola derivante dall'interpretazione, è attività fondante la *polis*, allora è possibile riconoscere un rapporto inscindibile fra l'interpretazione e la *polis*; il che, posta la questione in altro modo, ci palesa chiaramente la stretta relazione fra interpretazione e politica. L'interpretazione è, dunque, un'attività politica dato che è correlata alla ricerca della regola, la quale risulti atta a costituire e reggere la *polis*.

3- UN PRIMO ACCOSTAMENTO FRA INTERPRETAZIONE E DIRITTO SOCIALE

In considerazione a quanto fin'ora esposto, è ora possibile indagare il rapporto fra l'interpretazione, nel senso qui specificato, ed il diritto inteso quale un insieme di regole giuridiche, che, promanando dalla comunità, ne permettono la sussistenza, promuovendo e statuendo relazioni politiche finalizzate a rapporti fra esseri umani liberi: i quali non siano pertanto

18 La comunità politica è tale perché si costituisce e si dispiega attraverso rapporti di natura politica, i quali si caratterizzano per avere come soggetti uomini "liberi ed eguali", dato che l'attività politica "si esercita su uomini per natura liberi" come si evidenzia nella *Politica*, I, 7, 1255 b, 16-25 (p. 14 dell'edizione citata); vi sono altri tipi di relazioni, le quali non coinvolgono uomini liberi, ma schiavi - tralasciamo di richiamare i rapporti che si sviluppano all'interno della famiglia, di cui alla *Politica*, I, 3 (p. 8 dell'edizione citata). "Un essere che per natura non appartiene a se stesso ma a un altro, pur essendo uomo, per questo è per natura schiavo: e appartiene a un altro chi, pur essendo uomo, è oggetto di proprietà: e oggetto di proprietà è uno strumento ordinato all'azione e separato", *Politica*, I, 4, 1254 a, 15 (p. 10 dell'edizione citata). Ciò che preme rilevare è che se nel primo rapporto, quello di natura politica, l'interpretazione (nel senso di mediazione) è fondante lo stesso, nel secondo tipo di rapporto, definito come dispotico, l'interpretazione appare, al contrario, esiziale allo stesso, dato che lo schiavo è oggetto/strumento animato del padrone, non soggetto dialettico, ma strumento da ordinare in funzione di un bene che non gli appartiene ed del quale non è partecipe.

oggetti di forze eteronome, ma soggetti di autonomia.

Nello specifico si ritiene che tale forma di regolamentazione giuridica non possa costituirsi in assenza di interpretazione delle disposizioni, in quanto l'attività in parola ne rappresenta la fonte primaria; si ritiene altresì che la stessa attività interpretativa non possa svilupparsi correttamente se non in vista della fondazione di tali forme di regolamentazione, che vengono designate con il sintagma /diritto sociale/.

4- SUL DIRITTO SOCIALE

Non pare scorretto riconnettere il sintagma /diritto sociale/ alle istanze antiformalistiche sviluppatasi nella prassi e della riflessione giuridica seguente la codificazione e l'affermarsi, in conseguenza a questo fenomeno, di certa dogmatica giuridica, la quale è generalmente definita come positivismo giuridico¹⁹.

La prospettiva antiformalistica non è rappresentabile come un tutto unitario e pertanto

19 Non potendo qui offrire una bibliografia adeguata sul positivismo giuridico, al fine di definirne il senso qui proposto, cfr. per tutti il classico studio di Norberto Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Mora*, Torino, 1961 (si veda anche la *Premessa* redatta dall'autore alla seconda edizione, Torino, 1979). Per quanto concerne una delimitazione della prospettiva antiformalistica, a cui si fa cenno nel testo, appare utile riferirsi, in prima istanza, al recente saggio di Tommaso Greco, *Le teorie antiformalistiche e l'istituzionalismo giuridico*, apparso nel volume collettaneo *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino, 2010 (con contributi di Adriano Ballarini, Francesco Belvisi, Franco Bonsignori, Martina Lalatta Costerbosa, Andrea Porciello, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Nicola Riva, Alberto Scerbo, Vittorio Villa); il movimento per il diritto libero è stato oggetto delle riflessioni di Luigi Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967 (in particolare il capitolo dal terzo al quinto); più agevole, per un primo approccio, può apparire la voce *Diritto libero*, redatta dallo stesso Lombardi per la *Enciclopedia del diritto*. In tema di antiformalismo non va sottaciuto il saggio di Sergio Cotta, *La sfida tecnologica*, Bologna, 1968 (con particolare riguardo alla parte terza). Più di recente la polemica con le prospettive formalistiche ha rappresentato la falsariga del volume di Paolo Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007. Utile può apparire riferirsi, per una visione d'insieme del fenomeno qui richiamato, al volume di Mauro Barberis, *Filosofia del diritto*, Bologna, 2000.

to ricomprendibile in un unico ed omogeneo filone dottrinale; è, infatti, corretto ascriverle, a principio, una pluralità di istanze culturali e, in fine, una spiccata diversità negli esiti pratici²⁰. Ciò non di meno è riconoscibile in tali prospettive un comune denominatore nel rifiuto della codificazione come forma tipica ed esclusiva di produzione del diritto; al contrario, il diritto promanerebbe dai concreti rapporti costituendosi attraverso un'esperienza sociale e non riducendosi ad un comando statale²¹. Pertanto, il diritto non racchiuderebbe e non si identificerebbe con la volontà sovrana incanalata entro forme procedurali prestabilite; una prospettiva antiformalistica, per inciso, implica un rifiuto del binomio diritto-forza, nel momento in cui riconosce come il diritto vige nella società in quanto da questa autonomamente prodotto e non posto come fattore eteronomo sorretto dalla coercizione.

Sicché il sintagma in oggetto, designando una forma di diritto la cui fonte di produzione non si esaurisce nella posizione di disposizioni normative da parte dei competenti organi statuali, richiama in modo evidente il problema delle fonti. Evocare un diritto sociale implica, pertanto, ritenere che le fonti del diritto oggettivo non si esauriscano nelle tradizionali fonti statuali, *in primis* quelle legislative, ma che, accanto a queste, vi siano fonti non statuali collocate in posizione non subordinata alle prime. Il diritto sociale è una forma di regolamentazione giuridica, la quale non si esaurisce nell'opera del legislatore in quanto proma-

20 Se il fenomeno originario, nel continente europeo, è individuato, per un verso, nella composita *Freirechtsbewegung* e, per altro, sul versante francofono, nelle riflessioni di Raymond Saleilles e, soprattutto, di François Génay, nella cultura giuridica italiana il rifiuto del formalismo giuridico trova il proprio alveo più noto ed evidente nell'idealismo giuridico di derivazione crociana e gentiliana; si manifesta altresì nella prospettiva processuale del diritto, ispirata dalla speculazione di Giuseppe Capograssi, ma anche nella riflessione sull'ermeneutica proposta da Emilio Betti nonché in certo personalismo di stampo cattolico, il quale si riconnette alle speculazioni sviluppatesi in terra di Francia a cavaliere fra Otto e Novecento.

21 Cfr. in proposito le osservazioni di T. Greco, *Le teorie antiformalistiche e l'istituzionalismo giuridico*, cit., pp. 181-183.

nante direttamente dal contesto sociale che è chiamata a normare.

A latere del discorso va effettuata una specificazione al fine di non ingenerare equivoci. Non si vuole evocare in questa sede la sussistenza di una coppia dicotomica inconciliabile, la quale potrebbe venire descritta con uno scontro: diritto sociale *versus* diritto statale. Tesi, quella ora sunteggiata, che appare di indubbia natura prescrittiva e non descrittiva ancorché fortemente influenzata da certa ideologia giusnaturalista, che avrebbe fra i suoi esiti la riproposizione di una sorta di dualismo giuridico, il quale non sarebbe scevro da influenze di sapore neoscolastico²².

Si vuole, viceversa, sostenere come il diritto sociale è il frutto dell'incontro fra le disposizioni di derivazione legislativa ed i valori sociali vigenti in un determinato contesto sì da vivificare le prime con i secondi attraverso una vera e propria *esperienza* giuridica, il cui fine è la posizione della concreta norma giuridica (ovvero il diritto sociale), che informa il (e scaturisce dal) comportamento sociale.

Se la base del diritto sociale non può venire riconosciuta solo nelle fonti di stampo legislativo e, quindi, in queste esaurirsi, da cui la tradizione *legolatrica* criticata dalle correnti antiformalistiche, non può nemmeno venire ricercata in modo esclusivo nei valori e negli interessi sociali vigenti; pur tuttavia la base del diritto sociale non può da questi due poli venire disgiunta. La fonte va ricercata, quindi, nell'opera di compenetrazione fra ciò che è istituzionalizzato²³ nella legge e la regolarità pro-

22 Su tale tema, oltre a rimandare agli studi di Domenico Coccopalmerio, *Il tesoro giuridico. Persona umana, ius e lex*, Padova, 1988 e *Il diritto come diakonía. Studi sulla filosofia del diritto pubblico*, Milano, 1993, si segnala, per la rigorosa analisi della Scuola Neoclassica, l'interessante contributo di Tommaso Scandroglio, *La New Natural Law Theory di Germain G. Grisez e John M. Finnis: analisi e profili critici*, presentata dall'autore quale dissertazione finale al Dottorato di ricerca in Giurisprudenza presso l'ateneo patavino nell'anno accademico 2009-2010.

23 Auspicando di non apparire né un pedante à la *façon de* don Ferrante, né un ingarbugliatore à la *façon de* don Abbondio, rilevo che il termine istituzione deriva, per dirla con il Tramaglino, dal latinorum *instituere*, verbo il quale designa certamente il porre un precetto, ovvero l'istituire la norma giuridica, ma il suo universo seman-

manante dai rapporti sociali vigenti nella concreta realtà. Il diritto sociale è pertanto il frutto di un'esperienza che mira all'incontro tra ciò che è fissato nelle disposizioni legislative ed i valori e gli interessi che vigono nella realtà sociale. Incontro che si realizza e si specifica in una norma giuridica, per un verso ancorata alla disposizione²⁴ e per altro frutto della sua rivisitazione alla luce dei valori sociali vigenti; operazione di mediazione che si manifesta e si rinnova ogni qual volta un caso concreto deve ritrovare regolamentazione giuridica²⁵.

tico non si esaurisce in questo solo significato; oltre al piantare, al disporre, all'indirizzare, all'erigere (tutti significati che in qualche modo ci riconducono al senso di scolpire indelebilmente qualcosa al fine di non disperdere ciò che ivi è piantato, si pensi alle dodici tavole affisse nel foro romano), questo racchiude anche un senso che rimanda al divenire e non all'essere fissato, ovvero all'intraprendere, al cominciare, al por mano. Sicché il senso dell'espressione "l'istituire nella legge" non necessariamente deve rimandare a qualcosa che è fissato per sempre, di immodificabile in quanto scolpito su una tavola, ma può evocare anche l'inizio di una ricerca, ossia il punto da cui intraprendere una esperienza giuridica, che porterà a sua volta ad una istituzionalizzazione, ovvero ad essere fissata, ma anche questa volta non in modo perpetuo, bensì in modo tale da favorire un altro cominciamento, tanto da dare vita ad un moto inesauribile di ricerca, nel nostro caso, del diritto.

24 I termini norma e disposizione sono qui utilizzati nel senso loro attribuito, all'interno della cultura giuridica italiana, da Massimo Severo Giannini e da Vezio Crisafulli; cfr. Massimo Severo Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in "Giurisprudenza costituzionale", I (1956), n. 4-5, a cui segue il contributo di Vezio Crisafulli, *Questioni in tema di interpretazione della Corte Costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*; si rimanda altresì alla voce *Disposizione (e norma)* redatta da Crisafulli ed apparsa nel 1964 sulla *Enciclopedia del diritto*, nonché alle sue *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, pp. 39 e segg.

25 Se l'attività interpretativa è volta al riconoscimento di un senso contenuto nella forma rappresentativa, viene riconosciuto, all'interno d'una prospettiva squisitamente linguistica, come "è dunque evidente che il senso non è qualcosa di simile a un fatto che sarebbe presente nella mente e che sarebbe stato incapsulato nelle parole. Il senso è ciò che è detto, ma ciò che è detto è determinato 1) dal testo, 2) dal contesto e 3) dalle inferenze logiche: su questi tre cardini poggia la spiegazione del senso", così E. Ortigues, *sub voce Interpretazione*, cit., p. 879. In proposito cfr. anche U. Eco, *sub voce Significato*, cit., pp. 840 e segg., ove l'autore distingue un significato situa-

Il diritto sociale è, in buona sostanza, riconducibile ed identificabile con la norma giuridica che regola il rapporto. La norma giuridica, lungi dalla tradizione positivista, non ritrova, perciò, in questa prospettiva, la propria ed unica fonte nelle manifestazioni di volontà dell'autorità legislativa, non è un diritto oggettivo correlato all'idea di sovranità, così come si è venuta costituendo nella prospettiva politica e giuridica moderna²⁶; pertanto, non è necessariamente ancorata, quale suo momento costitutivo, alla coercibilità, ovvero alla sanzione, comminata dalla legge dello stato ed erogata dai suoi organi. Un diritto sociale così tratteggiato non rappresenta una forma di diritto oggettivo eteronomamente imposto ai consociati, piuttosto si palesa come una forma di regolamentazione giuridica autonoma che ritrova la propria ed ultima fonte nella società stessa.

5- SUL LEGAME FRA INTERPRETAZIONE E DIRITTO SOCIALE

Il discorso fin qui svolto introno al diritto sociale ed ai suoi modi di produzione, deve ri-

zionale o contestuale del termine dal suo significato lessicale, riconoscendo come il significato contestuale vada ben al di là del significato lessicale.

26 Appare indicativo rilevare come lo stesso Hobbes, dopo aver definito che legge civile "è per ogni suddito l'insieme delle norme che, oralmente, per iscritto, o con altro segno sufficiente a manifestare la volontà, lo Stato gli ha ordinato di applicare per distinguere il diritto dal torto; vale a dire ciò che è contrario alla norma da ciò che non lo è" (*Leviathan*, XXVI; citiamo dalla trad. it. curata da A. Pacchi e A. Lupoli, Roma-Bari, 1989, p. 219) riconosca che "noto il legislatore e rese sufficientemente conoscibili le leggi [...] manca ancora un'altra condizione molto importante per renderle obbligatorie. Infatti non è nella lettera, ma nell'interpretazione e nel senso, vale a dire nell'autentica interpretazione della legge (ossia nel significato inteso dal legislatore) che consiste la natura della legge" (*ibidem*; p. 227 della traduzione citata). Ciò non di meno lo stesso Hobbes ci specifica come l'attività interpretativa è direttamente dipendente dal potere sovrano, in quanto l'interprete è a questo subordinato. Infatti, "l'interpretazione di tutte le leggi dipende dall'autorità sovrana, e interpreti possono essere soltanto coloro che sono incaricati dal sovrano (unicamente al quale il suddito deve obbedienza). Altrimenti, basta un interprete astuto per fare assumere alla legge un significato opposto a quello datole dal sovrano; col che l'interprete diventa il legislatore" (*ibidem*).

trovare, al fine di non rimanere sul piano della genericità, una necessaria specificazione al fine di meglio comprendere il rapporto fra l'attività interpretativa e la fondazione del diritto sociale. Viene, infatti sostenuta, la tesi secondo la quale è l'attività interpretativa a dare origine al diritto sociale, che risulta essere, pertanto, il prodotto di tale attività, sì da poter affermare, più in generale, come l'interpretazione è la fonte di produzione del diritto oggettivo.

A tal fine va attratta l'attenzione sul termine *fonte* comunemente utilizzato dalla letteratura giuridica con il senso di luogo e di modo di produzione del diritto (si pensi alle fonti atto ed alle fonti fatto, alle fonti primarie ed alle fonti secondarie e così via²⁷). Richiamare l'uso del sostantivo fonte (*fons*), quale termine per evocare le caratteristiche dei soggetti coinvolti nella produzione di diritto oggettivo, nonché le sue modalità di produzione, implica l'utilizzo di una metafora²⁸ al fine di indicare, per un verso, il fondamento (formale) del diritto oggettivo, ma, per altro, oltre al modo di produzione, anche il suo punto d'origine, inteso quale luogo in cui questo si manifesta. Nella seconda accezione viene chiaramente ripreso il significato originario di fonte quale punto fisico da cui scaturisce l'acqua. Va tenuto presente come la fonte è il luogo da cui sgorga la vena d'acqua; la fonte (sia questa naturale o artificiale poco importa), è soltanto il punto in cui l'acqua si manifesta passando dal sottosuolo alla superficie, dove diviene utilizzabile dall'essere umano. Sarebbe del tutto errato affermare che la fonte crei l'acqua, certamente non dal nulla; infatti, la fonte permette soltanto che l'acqua si manifesti e possa venire utilizzata. Certo è che in questo passaggio l'acqua muta, per così dire, la sua funzione, da fenomeno meramente geofisico, non dominato ed invisibile dalla superficie terrestre, diviene, per lo meno potenzial-

27 Non potendo qui approfondire il discorso si rimanda agli ormai classici contributi di V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 1-218 e di V. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, pp. 299-364.

28 Vedi in proposito le riflessioni di Enrico Parese raccolte nella voce *Fonti del diritto (Filosofia del diritto)*, in *Enciclopedia del diritto*, pp. 893-895.

mente, elemento controllabile ed utilizzabile, in ogni caso tangibile e disponibile (come la storia idrologica del territorio da cui provengo testimonia, il fiume carsico non arrega di per sé alcun utile, ma ciò non significa affatto che non vi sia il fiume e con questo l'acqua, la stessa va ricercata e convogliata in una fonte al fine di poter essere utilizzata in modo economicamente appropriato).

L'attività interpretativa è pertanto solo la fonte, nel senso sopra indicato, del diritto, è, per così dire, il luogo in cui il diritto scorga; in quanto fonte, ovvero sorgente, non può venire concepita, a maggior ragione legandola al sintagma diritto sociale, come luogo di produzione o creazione del diritto, dato che questo sussiste, sia pure in altro modo e forma prima del suo emergere attraverso la fonte.

Solo una prospettiva fortemente ancorata al positivismo di stampo classico può ritenere che la fonte, intesa come manifestazione di volontà sovrana, sia il momento reale di creazione del diritto. In questa prospettiva, infatti, non sussiste nulla di giuridico prima della manifestazione del potere sovrano²⁹; questo crea dal nulla la regolamentazione giuridica della società. Evidente è allora come il diritto, che, in questa prospettiva, si fonda sul *nulla*, ovvero non è in alcun modo riconnesso ad una realtà sociale nella quale forme di regolamentazione operano anche in assenza di un centro di potere sovrano³⁰, non possa

29 Che poi in buona sostanza è l'idea espressa dalla scuola del diritto naturale moderno; vedi in proposito T. Hobbes, *De homine*, 10, 5 (si veda la trad. it. curata da A. Pacchi, Bari, 1970).

30 All'interno di questa prospettiva, una realtà priva di sovranità, ovvero non organizzata in forme statuali, è considerata un tutto disaggregato ove regna il *bellum omnium contra omnes*. Vedi T. Hobbes, *De cive*, Prefazione, ove si sottolinea che "la condizione degli uomini fuori dalla società civile (condizione che si può ben chiamare stato di natura), non è altro che una guerra di tutti contro tutti, e che in tale guerra tutti hanno diritto a tutte le cose" (vedi la trad. it. in *Opere politiche. I*, a cura di N. Bobbio, Torino, 1971, p. 69). Tale riflessione risulta, come ampiamente noto, caratterizzante il pensiero politico-giuridico hobbesiano; infatti, la stessa viene dal Hobbes ripresentata nel *Leviathan*, XIII, ove si legge: "da questa guerra di ogni uomo contro ogni altro uomo consegue che niente può essere ingiusto. Le nozioni di diritto e torto, di giustizia e di ingiustizia non vi hanno

che sorreggersi sulla forza³¹, ovvero sulla sua sanzionabilità, dato che, sgorgando dal nulla, null'altro può reggerlo.

Sicché, per inciso, affermare che l'attività interpretativa sia di per se stessa attività creativa di diritto più apparire, alla luce di quanto sopra esposto, non appropriato, per lo meno nel senso che tale attività è protesa, se correttamente svolta, a riconoscere, nell'incontro fra disposizione legislativa e valori sociali, la vigente propensione alla regolarità ed istituirla in forme giuridiche. Risulta però corretto affermare che non sussista alcun diritto istituito e quindi in vigore, prima dell'attività interpretativa, in modo tale che la stessa appaia, nel contempo momento di riconoscimento e di fondazione del diritto. Una fondazione che non può prescindere da dati ad essa preesistenti quali, come più volte richiamato, la disposizione legislativa, la tradizione giuridica ed i valori sociali vigenti in quanto manifestati nel comportamento regolare dei consociati; in questo senso, la fondazione non appare quale arbitraria manifestazione di volontà, come invece si manifesta all'interno di talune prospettive politico-giuridiche, ove tutto il diritto è opera di legislazione. Viceversa, nella prospettiva del diritto sociale, il prodotto dell'attività interpretativa, lungi dal presentarsi come arbitraria scelta dell'autorità competente, è vincolato al contesto in cui questa avviene³².

luogo. Laddove non esiste un potere comune, non esiste legge; dove non vi è legge non vi è ingiustizia" (p. 103 della traduzione citata). Sul tema cfr. le riflessioni di F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1983.

31 Tanto che si può affermare che in tale prospettiva il diritto sia forza e null'altro. Sottolinea, infatti, Hans Kelsen: "se il diritto, considerato del tutto positivisticamente, non è altro che un ordinamento coattivo esterno, esso sarà allora concepito soltanto come una specifica tecnica sociale: si raggiungerà lo stato sociale desiderato collegando al comportamento umano, che rappresenta l'opposto contrario di questo stato sociale, un atto coattivo come conseguenza, cioè la privazione coattiva di un bene: vita, libertà, beni economici. Evidentemente, con ciò, l'ordinamento giuridico parte dal presupposto che gli uomini, il cui comportamento è regolato dal diritto, considerino questo atto coattivo come un male che cercano di evitare", *Reine Rechtslehre* (1934), cit., § 14, a (trad. it. a cura di Renato Treves, Torino, 1952).

32 In proposito cfr. le più generali riflessioni in tema di interpretazione e ricerca del significato proposte da

Pur non potendo presentare l'interprete quale fonte unica ed esclusiva del diritto, sussistono, infatti, le fonti legislative, le fonti dottrinarie e giurisprudenziali, che si pongono accanto ai valori ed agli interessi sociali vigenti ovvero la regolarità, l'interpretazione è il momento in cui tutti gli elementi qui richiamati si fondano per dar vita al diritto oggettivo, ne è, pertanto, la fonte ultima. La primazia dell'interpretazione emerge indiscussa nell'opera di mediazione che la stessa pone in essere tra vari vettori al fine di istituire, attraverso un processo esperienziale, la norma atta a stabilire il diritto del caso controverso³³.

In questo senso si può affermare che l'interpretazione-attività sia un processo di istituzionalizzazione della norma giuridica, il quale vede nella mediazione il proprio fulcro³⁴.

6- SULLA MEDIAZIONE GIURIDICA

Definita l'attività di interpretazione come un processo di mediazione, che porta alla definizione della norma³⁵, al fine di evidenziare

Umberto Eco nella già richiamata voce *Significato*, pp. 858 e segg., in merito alle *semantiche a enciclopedia*.

33 Sulla controversia come momento centrale dell'esperienza giuridica, si rimanda al pensiero di Giuseppe Capograssi, del quale si vedano almeno i saggi *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovetta)*, ora in *Opere*, vol. IV, Milano, 1959 (ma 1938) e *Giudizio scienza verità processo*, ora in *Opere*, vol. V, Milano, 1959 (ma 1950). Cfr. in argomento anche F. Gentile, *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica*, in P. Perlingieri (a cura di), *Soggetti e norma, individuo e società*, Napoli, 1987, p. 151 (con contributi di C. Argiroffi; P. Barcellona; G. Capozzi; A. Carrino; A. Catania; F. M. De Sanctis; V. E. Cantelmo; P. Stanzione; G. Marino; L. Orsi) e F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991.

34 Risulta evidente come in questa sede il termine *mediazione* non designa un modo per giungere ad una soluzione non giudiziale del caso controverso (cfr. in proposito P. Martucci, *sub voce Mediazione in Enciclopedia giuridica Treccani*), ma, per così dire, l'interprete, integrando l'opera dell'autore, media fra questi ed il destinatario, ponendosi, per l'appunto, quale intermediario

35 La norma è pertanto la risultante di tale operazione, che di volta in volta viene posta in essere dall'autorità chiamata all'interpretazione della disposizione; sicché ogni norma giuridica è, per un verso, il prodotto di un'opera di istituzionalizzazione finalizzata alla risoluzione di un caso concreto, ma, per altro, concorre, in quanto norma istituita, ovvero fissata nelle fonti giuri-

il momento fondativo del diritto sociale, vanno ribaditi gli elementi che a questa operazione concorrono.

Abbiamo osservato come l'*interpretes* tende ad esperire il giusto prezzo, ovvero la giusta misura, tra posizioni che si pongono, nel caso da mediare, come estremi. L'interpretazione giuridica (da cui l'*interpretes juris*) media anzitutto fra la disposizione legislativa, fissata nella legge, ed il valori e gli interessi, che sono vigenti in un dato contesto e che mutano al mutare di questo; sono, quindi, in costante evoluzione. Sicché la disposizione, nella sua generalità ed astrattezza, il più delle volte non li può determinare con precisione, limitandosi a effettuare generici riferimenti a valori ed interessi ritenuti meritevoli di tutela³⁶; viene perciò rimandata alla fase di interpretazione/attuazione della disposizione il compito di delineare con precisione gli ambiti valoriali ed i campi di interesse da ritenersi, in quel preciso momento e nel concreto, realmente meritevoli di tutela giuridica³⁷.

In definitiva, l'interpretazione è chiamata, come con felice espressione ebbe a designare Luigi Caiani³⁸, a rendere giuridici i valori so-

sprudenziari e dottrinali, ad un nuovo e successivo processo di istituzionalizzazione, volta al riconoscimento di una nuova norma, e ciò avviene ogni qual volta la stessa fattispecie si ripresenta come concreto caso controverso, che richiede una norma regolativa.

36 Richiamiamo l'espressione con riferimento al comma secondo dell'articolo 1322 del Codice civile.

37 Un esempio di scuola e, pertanto, macroscopico può venire offerto per tramite delle disposizioni contenute negli articoli 527 (Atti osceni) e 528 (Pubblicazioni e spettacoli osceni) del Codice penale, le quali vanno, come noto, lette alla luce del successivo articolo 529 (Atti e oggetti osceni: nozione), il quale recita, al suo comma prima: "agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore". L'esemplificazione può venire estesa con il richiamo alle cosiddette clausole generali, che ritrovano specificazione attraverso il ricorso ai valori sociali vigenti nel momento in cui l'interprete è chiamato a formulare la norma regolatrice del caso controverso.

38 In ciò consisterebbe il "compito fondamentale della giurisprudenza [in cui] si può cogliere, in un certo senso, lo stesso processo produttivo del diritto, il quale invero, da questo punto di vista, potrebbe esser visto come un processo sempre più approssimato e determinato di traduzione dei giudizi di valore operanti socialmente

ciali, ponendo in essere norme che siano atte a regolamentare i rapporti così come si sviluppano nel concreto della vita sociale e non come vengono prefissati nelle astratte e generali disposizioni.

L'evoluzione dei valori e degli interessi trova testimonianza nell'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza, le quali, in tal modo, vengono assunte dall'attività interpretativa quali proprie fonti, da considerarsi accanto alle disposizioni legislative.

Non va sottaciuto come in questa sede ritrova rilevanza la cosiddetta interpretazione forense, ovvero l'interpretazione posta in essere dall'avvocatura nello svolgimento delle cause patrocinata. Per quanto parte della dottrina la ritenga secondaria se non addirittura scientificamente inconsistente³⁹, il

in giudizi di valore operanti giuridicamente", così ne *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 232. Da prima Caiani aveva sottolineato come, "oltre a soddisfare al bisogno fondamentale della giustizia del caso concreto, avvicinandosi per questo aspetto al momento equitativo, nel senso classico, della giurisprudenza, l'attività interpretativa risponde al bisogno altrettanto fondamentale e altrettanto imprescindibile della integrazione in funzione storico-evolutiva dell'ordinamento", *ibidem*, p. 227, dato che "l'attività interpretativa, in ogni suo momento, non è soltanto in funzione ricognitiva o storica, ma appunto normativa, cioè è diretta, mediatamente o immediatamente, non solo alla conoscenza ma anche alla produzione del diritto [...] per cui essa diviene strumento di adeguazione del diritto alle mobili esigenze dell'esperienza giuridica nella sua storicità, oltre che nella sua concretezza", *ibidem*, p. 231.

39 Cfr. in proposito G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit. pp. 66-67, ove si può leggere come a suo dire "non esiste la «interpretazione avvocatile» [...] perché l'avvocato muta la propria interpretazione a seconda dell'interesse del suo patrocinato e la sua proposta di interpretazione vale solo per la singola causa [...] l'interpretazione dell'avvocato è caratteristicamente null'altro che una proposta, rivolta al giudice, di attribuire a quel particolare documento normativo, in quella causa, quel particolare significato". Più di recente, la posizione assunta da Tarello viene fatta propria da F. Modugno, *L'interpretazione giuridica*, cit. pp. 243-247. Vittorio Frosini, viceversa, annovera la tarelliana "interpretazione avvocatile" fra le forme in cui avviene l'interpretazione del "messaggio legislativo", accanto all'interpretazione autentica, all'interpretazione ufficiale, all'interpretazione giudiziale ed all'interpretazione dottrinale; fra queste, a detta di Frosini, si colloca "l'interpretazione forense, che è quella proposta dall'avvocato nel processo, e che rappresenta un elemen-

più delle volte è proprio in seguito all'attività dell'avvocatura che assistiamo a profonde modificazioni giurisprudenziali e pertanto normative, che ritroviamo istituite nella giurisprudenza della Cassazione.

In definitiva, l'interprete, nel momento in cui è chiamato a ricercare la norma giuridica atta alla regolamentazione del caso, opera una vera e propria mediazione fra il significato delle disposizioni istituite dal legislatore e il senso comune alla comunità⁴⁰. Pertanto la sua è un'attività squisitamente politica e non meramente tecnica.

L'*interpres juris* si pone come mediatore tra valori ed interessi sociali e tra questi ed il dettato legislativo; la norma giuridica non ritrova perciò soltanto nel dettato la propria origine e la propria legittimazione, ma appare la risultante di un'operazione di collegamento fra questo e regole, extralegislative, che ciò non di meno danno vita ad una regolarità giuridica autonomamente sviluppatasi e vigente nel contesto sociale. Sicché la legittimità di una

to con funzione dialettica, che concorre alla decisione del giudice", così in *Il messaggio legislativo: tecnica ed interpretazione*, in R. Pagano (a cura di), *Normative europee sulla tecnica legislativa. I. Introduzioni, normativa italiana statale e regionale*, Roma, 1988, p. 51. Il riconoscimento dell'importanza della interpretazione forense nel processo di evoluzione dell'ordinamento giuridico viene evidenziata di recente a Paolo Moro nella *Introduzione. La scrittura retorica dell'atto giudiziale*, del volume da egli curato *La responsabilità contrattuale. Atti giudiziari commentati*, Milano 2010 (con contributi di G. Martorana, C. Vergine, M. Pescarollo, P. Pitter e dello stesso Moro) ed ancor prima nel saggio *Etica e retorica forense. In margine ad un recente libro sulla lealtà processuale*, in "Iustitia", LX (2007), pp. 29-40. In argomento, si vedano anche i volumi collettanei, curati rispettivamente da Francesco Cavalla, *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Milano, 2007 (con contributi di A. G. Conte, S. Fuselli, M. Manzin, P. Moro, C. Sarra, P. Sommaggio, D. Velo Dalbrenta, F. Zanuso), e da M. Manzin e P. Moro, *Retorica e deontologia forense*, Milano, 2010 (con contributi di M. La Torre, M. Ricciardi, F. Puppo, A. Gentili, T. Pasquino, F. Reggio, F. B. Giunta, O. Di Giovine, E. Randazzo, A. G. Conte e degli stessi curatori).

⁴⁰ Ancora una volta vanno richiamate le riflessioni di Umberto Eco contenute nel § 4 della già richiamata voce *Significato*. In proposito si vedano anche le osservazioni effettuate, in ambito prettamente giuridico, più di un ventennio prima da Luigi Caiani ne *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit., pp. 203 e segg.

norma giuridica non potrà essere vagliata alla esclusiva luce del suo rapporto con la disposizione a cui viene ricollegata, ma trarrà anche dall'aderenza alle esigenze sociali, espresse attraverso il richiamo a valori ed interessi, la propria giustificazione.

Infatti, come ebbe a sottolineare Salvatore Satta⁴¹, la giurisdizione si sostanzia nell'attuazione della giustizia e, pertanto, l'attività giurisdizionale non potrà svilupparsi attraverso un'applicazione pedissequa della disposizione legislativa al caso concreto, secondo il noto schema del sillogismo giudiziario⁴², perché la giustizia si manifesta anche nell'adesione della comunità alla norma prodotta per tramite dell'interprete e dalla quale deriva la soluzione del caso.

L'interpretazione va, quindi, intesa come il momento di fondazione di un diritto, non autoritativamente imposto alla società, ma, al contrario, che promani dalla stessa società di cui deve essere momento regolativo, ovvero di un *diritto sociale* a base autonoma e non eteronoma, che ritrova non tanto nella sanzione, quanto nella propensione alla regolarità dei consociati, il proprio supporto. La sua fonte non può che cercarsi nell'opera dell'*interpres juris*.

Sicché l'interpretazione e non l'attività legislativa, si pone come fonte primaria del diritto (*sociale*). In assenza di attività interpretativa rimangono solo, da un lato, le disposizioni legislative da attuarsi in modo automatico e, dall'altro, i valori e gli interessi sociali, il quali, in quanto non riconnessi alla disposizione legislativa, rimangono relegati in una sorte di limbo giuridico, in uno stato di a-giuridicità, da cui solo l'autorità del legislatore li può liberare fissandoli in una disposizione. Ma, nel momento in cui vengono istituiti nel granito della disposizione, questi, pur divenendo giuridici, perdono ogni contatto con la realtà sociale nella quale e dalla quale sono sorti e da cui venivano costantemente verificati e vivificati, per tramutarsi in meri enunciati comandati dall'autorità legislativa.

⁴¹ Vedi la voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 219.

⁴² Cfr. in argomento il classico studio di Alfredo Rocco, *La sentenza civile. Saggi*, Torino, 1906, p. 5 e la serrata critica di G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, p. 50.

Il diritto è vitale se scaturisce dall'interpretazione, la quale fa sì che questo, pur ricollegandosi formalmente ad una sorta di *lettera morta*, quale è la disposizione legislativa, possa dispiegarsi come reale momento regolativo dei rapporti sociali e, quindi, riesca a incidere sulla società alla quale, attraverso un'opera di mediazione fra disposizione e valori ed interessi, è intimamente connesso e dalla quale, in grazie a questa opera di mediazione politica, sorge.

7- ALCUNE RIFLESSIONI INTORNO ALLA FONDAZIONE DEL DIRITTO SOCIALE

Tutto ciò premesso, pare d'uopo confrontare quanto sino ad ora argomentato con una riflessione in tema di diritto sociale recentemente presentata ad un simposio giuridico-filosofico⁴³: ci riferiamo al contributo di Carlo Menghi su *Sistemi sociali e politiche del diritto*⁴⁴.

L'autore, ricollegandosi al pensiero di Gunther Teubner⁴⁵, pone il problema della "dilatazione semantica del concetto di diritto «in modo tale che possa includere anche le norme operanti a prescindere dalle fonti giuridiche dello Stato e del diritto internazionale»"⁴⁶; si

43 Si tratta, nello specifico, del XXVII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia del diritto, tenutosi, sotto l'egida della Università "Magna Graecia" di Catanzaro, dal 16 al 18 settembre 2010 a Copanello di Staletti sul tema *Diritto e politica. Le nuove dimensioni del potere* (con relazioni di M. La Torre, C. Menghi, G. Palombella, M. R. Ferrarese, S. Amato, P. Marconi, C. Faralli, M. Manzin, A. Scerbo).

44 Non essendo ancora disponibili gli atti del Congresso, si farà riferimento all'*abstract* dattiloscritto distribuito durante i lavori congressuali.

45 Per un primo approccio all'autore richiamato si rimanda a due monografie tradotte in italiano *Il diritto come sistema auto poietico*, a cura di A. Febbrajo e C. Pennisi, Milano, 1996 e *Diritto policontestuale: prospettive giuridiche sulla pluralizzazione di mondi sociali*, a cura di A. Rufino, Napoli, 1999.

46 Così a p. 1 del sopra richiamato dattiloscritto. Nella presente citazione, così come nelle seguenti, fra le virgolette a caporale sono riportati dall'autore brani tratti dall'intervento di Teubner tenutosi all'Università degli Studi di Macerata nel maggio 2009, ora in corso di pubblicazione nella collana *Teorie del diritto e della politica*, curata da Carlo B. Menghi. Nella *lectio maceratese* Teubner ha sottolineato l'esigenza di fondare un ordine

tratta pertanto, come specificato dallo stesso autore, di avviare un processo fondativo "di un diritto sociale globale o, meglio, di una autoregolamentazione costitutiva in cui «un processo di costituzionalizzazione non statale, non politico, ma guidato dalla società, si realizza nella misura in cui i meccanismi riflessivi di tipo sociale, che determinano i propri scopi razionali attraverso l'autoapplicazione, vengono giuridicizzati mediante il loro collegamento ai meccanismi riflessivi di tipo giuridico»"⁴⁷.

Proprio avuto riguardo agli scopi razionali, ovvero agli interessi che determinerebbero il contenuto del diritto, sorge il problema, posto anche dall'autore del testo qui richiamato, di salvaguardare l'autonomia del diritto, evitando che questo divenga funzionale alla perpetrazione di un potere economico, che viene sempre più a declinarsi lungo l'asse della globalizzazione. Se, infatti, riallacciandosi alla speculazione habermasiana⁴⁸, "al diritto è riconosciuta la funzione di *medio* linguistico e al sistema giuridico l'opera di cerniera, di trasformatore o, meglio, di un *differenziale* come meccanismo che adegua il linguaggio ordinario al sistema dei bisogni e degli interessi, traducendolo nei codici specialistici dei sistemi sociali, in modo da coniugare il momento normativo al momento

giuridico improntato sulla vigenza dei diritti umani fondamentali e capace di controllare, nel contempo, i tradizionali sistemi giuridici statuali e quelli promananti dagli attori che operano sul mercato internazionale (la nuova *lex mercatoria*), che pongono in essere, attraverso fonti di natura non statale, sia diritto sostanziale, che diritto procedurale e che si sviluppano in modo autoreferenziale e completamente autonomo dal controllo statale.

47 C. Menghi, *Sistemi sociali e politiche del diritto*, cit. p. 1. Al di là delle assonanze weberiane, pare riconoscibile nel passo citato un collegamento a quella giurisprudenza degli interessi, declinata da Rudolf von Jhering e Philipp Heck, a cui si fa riferimento per indicare un punto d'avvio delle prospettive antiformalistiche e propugnatrici d'un diritto non esaurentesi nel codice. Cfr. il già richiamato contributo di Tommaso Greco, *Le teorie antiformalistiche e l'istituzionalismo giuridico*.

48 Cfr. in proposito J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo. Razionalità dell'azione e razionalizzazione sociale*, trad. it. Bologna, 1997 e *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. Milano, 1996.

sistemico”⁴⁹, all’interno di tale processo risulta centrale, proprio al fine di non subordinare il diritto agli interessi dei potentati economici, “la valutazione della tutela di interessi generalizzabili, individuati mediante procedimenti discorsivi”⁵⁰.

Le due affermazioni sono fra loro correlate ed offrono lo spunto per una breve riflessione. Per un verso, al diritto è attribuita una funzione di mediazione, che sopra era stata richiamata attraverso la figura dell’*interpres*; per altro, l’individuazione nei “procedimenti discorsivi” della strada regia che condurrebbe all’individuazione e, auspicabilmente, alla “tutela di interessi generalizzabili”, evoca inequivocabilmente il metodo dialettico, quale fulcro su cui dispiegare l’opera di mediazione fra gli interessi contingentemente presenti in un dato contesto sociale, al fine di determinare un interesse collettivo, altresì definibile come *bene comune*, da perseguire e rispetto al quale i singoli interessi individuali vanno valutati e subordinati. Il procedere dialettico offre la possibilità di stornare la fondazione del diritto dal potestato economico dominante, ovvero slegare il diritto dalla forza per intrecciarlo con gli interessi sociali attraverso un’opera di mediazione, ovvero permette di far emergere un diritto il quale sia il frutto dell’accordo fra le parti sociali e non dell’imposizione di una parte (dominante) sulle altre (soccombenti).

Tale modo di procedere potrebbe permettere di superare il “fallimento del rapporto duale tra individuo e Stato”⁵¹, che ha caratterizzato lo stato monoclasse liberale, che vede nel *Codice* il proprio esclusivo punto di riferimento⁵², attraverso la valorizzazione delle cosiddette società intermedie⁵³ e delle forme di regolamen-

49 C. Menghi, *Sistemi sociali e politiche del diritto*, cit., p. 2.

50 *Ibidem*. Pare implicita nella riflessione qui proposta l’idea di una mediazione comunicativa sciolta da ogni condizionamento da parte dei poteri (*herrschaftsfrei*), che caratterizza l’approccio habermasiano all’agire comunicativo.

51 *Ibidem*, p. 2.

52 Cfr. in merito l’ormai classico studio di N. Irti, *L’età della decodificazione*, Milano, 1979 e il più recente volume di P. Grossi, *L’Europa del diritto*, cit.

53 Sulle quali mezzo secolo fa si soffermava Pietro Rescigno nel suo saggio su *Le società intermedie*, in

tazione giuridica che ivi sorgono e vigono⁵⁴, e, nel contempo, di contrastare la tendenza verso “una società civile economicamente sussunta, che ha progressivamente rinunciato al dialogo tra norma e consenso”⁵⁵, e pertanto ha favorito la rappresentazione del diritto nei termini di volontà dominante: di una sovranità, il cui paradigma è ora “il principio finanziario costituito sul modello neoliberalista”⁵⁶.

Questo modello si richiama alla finzione, assunta ad ipotesi aproblematica, di un mercato di libera concorrenza, in cui operano soggetti ipotizzati fra loro eguali e tutti informati da una razionalità di stampo utilitarista; nella realtà dei fatti, come le analisi sulla globalizzazione lo evidenziano, l’ipotetico mercato altro non è che un *aringo* dove, più che incontrarsi, si scontrano gli interessi egoistici, nel presupposto, del tutto infondato, che esista una *mano invisibile* capace di duplicare gli effetti dell’attivismo egoistico, facendo emergere, accanto al profitto dell’individuo ed attraverso il manifestarsi di questo, anche l’utile sociale, tanto da palesare una quadratura del cerchio nel momento in cui l’avidità egoistica diviene foriera per il benessere collettivo (e pertanto la prima viene giustificata ed auspicata in nome della realizzazione del secondo). Se è tale logica del mercato a guidare il diritto, allora questo, da momento regolativo della pratica sociale, diviene esclusivamente strumento di dominio economico⁵⁷

Persona, Società intermedie e Stato. Quaderni di Iustitia – 10, Roma, 1958.

54 Rileva Menghi nel contributo qui richiamato come “i successi della riflessività decretano diritti legati, da un lato, all’individuazione del diritto in nome di interessi corporativi ma, dall’altro, conseguenti alla perdita di poteri governativi di strutturazione, diritti che, nella loro complessa e ambigua polivalenza, dischiudono tuttavia la prospettiva di un diritto sociale”, così a p. 5.

55 *Ibidem*, p. 2.

56 *Ibidem*, p. 4.

57 In proposito non si può che riconoscere la correttezza di certa analisi del diritto di derivazione marxiana sulla quale in questa sede non ci si può soffermare. Cfr. in ogni caso U. Cerroni, *Marx e il diritto moderno*, Roma, 1972, R. Guastini, *I due poteri. Stato borghese e Stato operaio nell’analisi marxista*, Bologna, 1978. Per quanto concerne i temi qui trattati, con particolare riguardo al problema dell’interpretazione, utile appare la lettura dei volumi

utilizzato al solo vantaggio dei potentati che lo controllano.

8- SULLA CERTEZZA DEL DIRITTO

Appare a prima vista quasi curioso constatare come sia proprio all'interno di prospettive che, di fatto, rappresentano il diritto quale strumento di dominio e, in quanto tale, quale fenomeno soggetto (o sovrastrutturale) ad altre forze, che si riscontra, per così dire, una elevata concentrazione del richiamo al valore imprescindibile della certezza del diritto; in tali contesti la certezza del diritto, intesa quale applicazione automatica della disposizione legislativa, assurge quasi al rango di feticcio.

Per inciso, se la disposizione legislativa viene applicata letteralmente è evidente che il comando sovrano avrà immediato vigore sulla realtà sociale che intende dominare, se, viceversa, sussiste un mezzo di mediazione, offerto dall'interpretazione, fra il momento costitutivo del comando sovrano e il suo momento applicativo, allora viene meno il diritto dispiegarsi della volontà sovrana, la cui portata risulta alterata e depotenzializzata da innesti promossi dall'autorità interpretante. In questo caso si affermerebbe, all'interno di queste prospettive, che la certezza del diritto verrebbe menomata. Il modello ideale raffigura, quindi, una esatta identità fra disposizione e norma; tutto ciò che porta a deviare da tale identità è considerato esiziale alla certezza del diritto. Fra gli effetti più frequentemente denunciati di tali forme di deviazione va sicuramente annoverata la non prevedibilità degli effetti della legge. La mancanza

curati da Pietro Barcellona, *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, cit., ove sono riportati contributi di T. Blanke, U. Cerroni, B. De Giovanni, A. Di Majo, L. Ferrajoli, F. Galgano, F. Mazziotti, U. K. Preuss, S. Rodotà, J. Seifert, E. Spagna Musso, G. Tarello e R. Wiethölter, e *L'uso alternativo del diritto. Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, 1973, ove sono riportati interventi di R. Guastini, C. U. Schminck, N. Lipari, N. Salanitro, F. Governatori, D. Pulitanò, A. Pavone La Rosa, F. Leonardi, G. Cotturri, R. Wiethölter, E. Russo, E. Grasso, A. Cataudella, P. Abadessa, L. Barbiera, L. Ricca, G. Vecchio, U. Ruffolo, P. Vitale, C. Varrone, F. Merusi, G. Ghezzi, M. Bin, P. Picone, J. Agnoli, S. Andò, A. Chiappetti, M. Costantino, C. Amirante

di previsione esatta delle conseguenze del proprio comportamento porta ad uno stato di pericolosa incertezza, che ha ripercussioni fortemente negative sulla convivenza sociale (la quale, non dimentichiamolo, si fonda, in questa prospettiva, sui traffici economici).

Di converso, la prospettiva del diritto sociale qui evocata è rappresentabile come una strada lastricata da *certezze relative*⁵⁸ derivanti dal "superamento sia del formalismo giuridico come certezza normativa sia del giusnaturalismo come dottrina della certezza assiologia"⁵⁹; va pertanto esperita e fondata una nuova idea di certezza, quella, per l'appunto, *relativa*, che il mondo del diritto, così come si è rappresentato in prospettive di derivazione positivista, aveva rigettato, assumendo tale rifiuto fra i propri assunti costitutivi a tutto vantaggio di un'idea di certezza di stampo matematico (meglio, analitico).

Il diritto sociale, così come è stato sopra tratteggiato, non può che costituirsi intorno ad una idea di certezza *relativa*, ovvero perseguire una certezza fondata sul procedere dialettico e non analitico. Questa non potrà che basarsi sull'argomentazione intorno ai luoghi comuni (*éndoxa*) e costituirsi nella forma di entimema, quindi, non declinarsi lungo gli assi della logica deduttiva⁶⁰.

58 Cfr. C. Menghi, *Sistemi sociali e politiche del diritto*, cit., p. 5.
59 *Ibidem*. L'autore si richiama al pensiero di Ulrich Beck, per lo sviluppo del quale si rimanda almeno alla lettura di *Che cos'è la globalizzazione? Rischi e prospettive della società planetaria*, trad. it. Roma, 1999 (ove l'autore si sofferma sull'analisi di un quadro politico internazionale, in cui lo stato viene sempre di più ridotto ad un ruolo *minimale*, di novello stato gendarme, proteso esclusivamente verso la garanzia della sicurezza, a fronte dell'emergere del potere delle multinazionali che pongono in essere veri e propri ordinamenti giuridici ed attraverso il loro potere economico tendono a creare, anche con l'assenso delle compagini statuali, delle zone franche in cui i diritti fondamentali risultino meno garantiti se non addirittura sospesi) e *La società globale del rischio*, trad. it. Trieste, 2001.

60 Cfr. in tema le argomentazioni di F. Cavalla, *Il controllo di razionalità fra logica, dialettica e retorica*, in *Atti del XX Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, Padova, 1998, ma anche il più recente volume curato dallo stesso Cavalla, *Retorica processo verità*, cit.. In proposito non va sottaciuto come lo stesso Menghi si richiama a forme di "ragionamento flessibi-

Nella prospettiva del diritto sociale, la certezza si costituisce intorno alla *soddisfazione* sociale, ovvero alla capacità di mediazione che l'*interpres juris* dispiega nel discernere fra i valori e gli interessi sociali vigenti al fine di porre la norma giuridica che regolerà il caso di specie.

Viene, infatti, rilevato come “nel sillogismo tra economia, diritto, politica, la legge in quanto norma può operare come medio mediato dall'interesse e dal consenso [...] per promuovere possibilità positive o giuridicamente poste dalla società della non conoscenza, del non-ancora”⁶¹.

In questo senso pare che la via da percorrere per la fondazione di un diritto sociale e non meramente statutale possa venire individuata proprio nell'attività interpretativa, l'attività che tramuta la disposizione, la legge, in norma regolativa del rapporto; tale passaggio avviene all'insegna di una mediazione, che riconosce nell'*interpres juris* il proprio fulcro.

Va richiamata ancora una volta la constatazione per la quale l'*interpres juris* non è il solitario protagonista dell'opera di posizione della norma; accanto ad esso operano altre forze che questi convoglia e fonde nell'opera di mediazione. Abbiamo già fatto cenno, accanto alla figura del legislatore, che risulta in questa prospettiva di molto ridimensionata rispetto alla assoluta primazia che ricopre nelle teorie che si ricollegano al positivismo giuridico di stampo ottocentesco, alla dottrina ed alla giurisprudenza, che concorrono con la loro attività di ricerca e con la istituzionalizzazione di decisioni, a determinare i contorni di un diritto che promani dalle esigenze sociali e che queste tuteli e regoli. Non va poi sottaciuto il ruolo che assume il destinatario della decisione, il quale solo in modo formale può venire ricondotto alle figure dell'attore e del convenuto o dell'imputato; a ben vedere è la comunità politica, ad essere il destinatario ultimo della singola decisione, dato che questa dispiega i propri effetti sull'intera società contribuendo, di volta in volta e con diversa intensità, a modificarne la regolamentazione. La norma e la decisione alla prima conseguente, si istituzionalizzano, ma non

le o sillogismo abduittivo” quali momenti fondanti “del nuovo ragionamento normativo”, *Sistemi sociali e politiche del diritto*, cit., p. 6.

61 *Ibidem*.

per questo costituiscono, come già osservato un tutto imm modificabile; la istituzionalizzazione, se osservata di per se stessa, si palesa in forme immobili, ma non per questo fonda una granitica e sempre eterna regola, dà vita, invece, ad un'ulteriore ed inesauribile ricerca del giuridico ogni volta che una norma viene richiesta dalla necessità di regolamentazione.

In questo senso l'esperienza giuridica non è cristallizzata in immobili forme istituzionalizzate, ma proprio dalle forme istituzionalizzate trae linfa per una nuova ed inesauribile ricerca di diritto. La stessa idea di ordinamento giuridico, correlata a quella di esperienza giuridica, non appare come un dato preordinato alla realtà, ma è, di volta in volta, conseguente alla regolamentazione della realtà, sicché l'ordinamento appare come un processo in costante divenire che ritrova nel diritto sociale sia il proprio costante riferimento, che il frutto della propria attività.

Viene, infatti, in proposito sottolineato come “la coltivazione dell'intelligenza critica per percorrere la logica flessibile della contraddizione e progettare un diritto a contenuto variabile attiene a quel profitto non immediato che può essere garantito solo da un diritto sociale della conformazione tra interessi e consenso, da una giuspolitica dell'economia profittuale”⁶².

9- L'APPORTO DEL DIRITTO COMUNITARIO ALLA FONDAZIONE DI UN DIRITTO SOCIALE

Queste brevi considerazioni, originate da una certa rappresentazione dell'attività di interpretazione giuridica, si concludono con un riferimento all'ordinamento sovranazionale di derivazione comunitaria al fine di evidenziare ancora una volta la centralità dell'*interpres juris* della fondazione dell'ordinamento giuridico.

In proposito va fatto cenno all'entrata in vigore nei paesi membri dell'Unione europea, in seguito al Trattato di Lisbona, siglato il primo dicembre del 2009, della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, la cosiddetta Carta di Nizza approvata il 7 dicembre del 2000⁶³. Al di là

62 *Ibidem*, p. 7.

63 Vedi G.U.C.E 2000/C 364/01.

d'ogni considerazione sulle implicazioni future dell'entrata in vigore del Trattato qui richiamato, va evidenziato come, ai sensi della *Carta*, il diritto interno degli stati membri dell'Unione europea dovrà venire adeguato ai principi in questa contenuti. Il documento in questione pone, accanto ai tradizionali diritti di libertà e di circolazione delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali ed alla libertà di stabilimento, la promozione, fra le finalità proprie dell'Unione, di uno sviluppo equilibrato e sostenibile ed infine riconosce la sua fondazione "sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà", ponendo "la persona umana al centro della sua azione"⁶⁴.

Va altresì rilevato come la *Carta* ribadisce la vigenza negli stati membri dell'Unione di un diritto di fonte giurisprudenziale nel momento in cui si riaffermano, accanto ai diritti derivanti "dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri", nonché dalle specifiche dichiarazioni adottate dalla stessa Unione, "i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo"⁶⁵. La presenza di una fondazione giurisprudenziale del diritto è ulteriormente rafforzata dalla disposizione contenuta nell'articolo 51 della *Carta*, ove si fa obbligo alle istituzioni ed agli organi degli stati membri di osservarne principi e di promuoverne l'applicazione "secondo le rispettive competenze". Sicché, in ultima analisi, la legislazione nazionale va interpretata in funzione dei diritti enunciati nella *Carta* e, più in generale, delle finalità assegnate dalla *Carta* all'Unione stessa.

Sarà pertanto compito ancora una volta dell'*interpretis juris* di adeguare di volta in volta il dettato legislativo alle finalità stabilite dall'Unione al fine di armonizzare l'ordinamento giuridico interno con la prospettiva di ordinamento tratteggiata anche dalla *Carta* qui richiamata.

Se questa strada ripropone come centrale il ruolo dell'interprete quale mediatore fra la legislazione nazionale ed i principi dell'Unione, fa anche sì che l'interpretazione non sia solo il momento di formale integrazione fra

64 Così nel *Preambolo*.

65 *Ibidem*.

disposizioni legislative di fonte differente, ma intervenga profondamente sul tessuto sociale nel momento in cui è chiamata a ponderare fra diritti ed interessi divergenti, quali sono sia quelli recepiti nello svolgimento della *Carta* di Nizza, che, più in generale, nelle fonti primarie dell'Unione, le quali hanno per lungo tempo indugiato a favore dei gruppi di potere economico⁶⁶. Il forte richiamo dell'Unione alla solidarietà, di cui al Capo IV della *Carta* qui richiamata, fa sì che tale indirizzo debba venire riconsiderato a tutto favore, auspicabilmente, di politiche del diritto comunitarie protese più alla protezione dei soggetti (economicamente) deboli, che dei gruppi di potere economico.

In ultima analisi, concludendo il presente intervento, si ritiene che, anche alla luce delle disposizioni regolamentative poste in essere dall'Unione europea e vincolanti per le istituzioni e gli organi degli stati membri, vi possa essere un ulteriore spazio per un *interpretis juris* che, contribuendo alla "costituzionalizzazione globale dei diritti umani"⁶⁷, risulti centrale nella fondazione di un diritto sociale.

Marco Cossutta, professore associato di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Trieste, ove dirige il corso di master in primo livello in Analisi e gestione della comunicazione organizzato in collaborazione con il CERMEG

66 Si pensi in proposito alle disposizioni contenute al Capo I del Titolo VI del *Trattato* in materia di concorrenza, con particolare riguardo all'articolo 81, ove si dispone che le misure atte a garantire la libera ed equa concorrenza fra imprese possono venire disapplicate nel momento in cui tali pratiche volte ad "impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune" (così al comma I del sopra richiamato articolo 81), "contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che nel deriva" (così al comma III dello stesso articolo). Si tratta di accordi che rientrano all'interno di una categoria esentata "in blocco" a seguito di un regolamento del Consiglio, ex articolo 83, oppure, sino al 2004 (data dell'entrata in vigore del regolamento del Consiglio 1/2003 del 16 dicembre 2002), di accordi che richiedevano una esenzione individuale alla Commissione.

67 C. Menghi, *Sistemi sociali e politiche del diritto*, cit., p. 7.