

INTERPRETAZIONE ED ESPERIENZA GIURIDICA

Sull'interpretazione creativa
nella società pluralista

MARCO COSSUTTA



Edizioni
Università
di Trieste

SOMMARIO

9 INTRODUZIONE

§ 1. Una puntualizzazione preliminare p. 9; § 2. Alcuni cenni sulla prospettiva dell'ermeneutica giuridica p. 12; § 3. La prospettiva ermeneutica in Emilio Betti p. 14; § 4. La ricognizione valutativa della lettera della legge p. 17.

CAPITOLO PRIMO

21 “IL DIRITTO NON È LA LEGGE, CHE DORME NEL CODICE”: L'ANTIFORMALISMO DELL'IDEALISMO GIURIDICO

§ 1. L'idealismo giuridico quale reazione al formalismo p. 21; § 2. “La realtà è violatrice di ogni norma”: Max Ascoli e le soluzioni dell'idealismo giuridico p. 26; § 3. La legalità naturale quale fonte ultima del diritto p. 30; § 4. Interpretazione creativa e certezza del diritto p. 33; § 5. Un *tardo* idealismo giuridico p. 37; § 6. Realtà sociale ed interpretazione creativa p. 41; § 7. La fattualità del diritto. L'interprete ricerca il proprio metodo nell'esperienza pratica p. 45; § 8. Guido Calogero e la logica del diritto p. 47; § 9. La polemica con Alfredo Rocco p. 50; § 10. Logica della cosa *vs.* logica deduttiva: l'azione sillogizzante p. 58; § 11. L'idealismo giuridico nella più generale prospettiva antiformalistica p. 61.

CAPITOLO SECONDO

65 UNA FONDAZIONE FUNZIONALE ALLA SOCIETÀ PLURALISTA DELLA DISTINZIONE FRA *DISPOSIZIONE* E *NORMA*

§ 1. Le prime pronunce della Corte costituzionale p. 65; § 2. Ancora sulle prime sentenze della Consulta p. 68; § 3. Sulla distinzione fra disposizione e norma p. 71; § 4. Per un'interpretazione in armonia “con le mutevoli esigenze dei tempi” p. 74.; § 5. Tullio Ascarelli e l'illusione della portata oggettiva del

testo legislativo p. 76; § 6. Una breve polemica fra Carnelutti ed Ascarelli: l'interpretazione fra creatività ed inventività p. 81; § 7. Il giudizio inventa il diritto: legislazione e giurisdizione vogliono dire la stessa cosa (così, per lo meno, secondo Carnelutti) p. 85; § 8. La legge è fonte del diritto oggettivo: Vezio Crisafulli e la distinzione fra disposizione e norma p. 88; § 9. Ancora su disposizione e norma: la riflessione di Massimo Severo Giannini p. 93; § 10. L'unità dinamica dell'ordinamento ed il recupero del ruolo politico del giurista p. 98; § 11. Una conferma indiretta della validità della distinzione fra disposizione e norma p. 102; § 12. Per una concezione dell'interpretazione operativa nello stato pluriclasse p. 106.

CAPITOLO TERZO

109 LA PROSPETTIVA PROCESSUALE DEL DIRITTO QUALE ESPERIENZA GIURIDICA

§ 1. La trasformazione del conflitto in controversia: il processo p. 109; § 2. Il processo quale moto di ordinamento giuridico p. 114; § 3. Nel processo il necessario compimento dell'opera del legislatore p. 119; § 4. Sulla struttura dialettica del processo e sulla posizione del diritto oggettivo p. 124; § 5. L'interpretazione giuridica come svelamento della vita sociale p. 128; § 6. La certezza giudiziale del diritto: il contributo di Lopez de Oñate p. 130; § 7. Il presunto "ramo non fecondo" della concezione capogrossiana del processo p. 134; § 8. Sul significato di giurisdizione in Salvatore Satta e sulla funzione creativa dell'interpretazione p. 139; § 9. La prospettiva processuale della creazione del diritto p. 146.

CAPITOLO QUARTO

155 SULLA RICERCA DI UNA NUOVA POSITIVITÀ DEL DIRITTO

§ 1. Verso un diritto *sociale* frutto del controvertere p. 155; § 2. Ripensando l'idea di fonte del diritto attraverso il riconoscimento della sua parcellizzazione p. 160; § 3. La possibile deriva nichilistica del diritto p. 163; § 4. *Un'aurea medietas* quale argine al nichilismo giuridico p. 167; § 5. Una digressione sui sistemi chiusi e sui sistemi aperti. Per una giurisprudenza non non-creativa p. 172; § 6. Il processo di ordinamento giuridico come sistema aperto. La giurisprudenza quale fonte del diritto p. 177; § 7. Una verifica nelle pronunce giurisprudenziali dell'ipotesi sopra enunciata p. 182; § 8. Ancora sulla verifica dell'ipotesi enunciata p. 186; § 9. La norma giuridica è soggetta a *dinamiche evolutive* p. 193; § 10. Per una positività del diritto non fondata sulla volontà sovrana p. 197; § 11. La certezza del diritto fra calcolabilità ed adeguatezza p. 202; § 12. Sulle procedure di controllo: volontà *versus* socialità? p. 205.

209 POSTFAZIONE

INTRODUZIONE

SOMMARIO

§ 1. Una puntualizzazione preliminare; § 2. Alcuni cenni sulla prospettiva dell'ermeneutica giuridica; § 3. La prospettiva ermeneutica in Emilio Betti; § 4. La ricognizione valutativa della lettera della legge.

1 – UNA PUNTUALIZZAZIONE PRELIMINARE

Il secolo Ventesimo, se osservato dal punto di vista delle concezioni del diritto, ha visto manifestarsi, sia pur nell'arco della sua *brevità* (1914-1989)¹, vuoi l'affermazione (quasi incondizionata) del positivismo giuridico, vuoi la sua (quasi irreversibile) eclissi. La diffusione, prima, della dottrina pura del diritto, massima elaborazione di una teoria che affonda le proprie radici nello stato monoclasse ottocentesco, ed il successo, poi, della revisione critica degli assiomi positivisticci, dagli stessi positivisti *à la* Hart ed *à la* Dworkin a questi apportati, per un verso ne testimonia la parabola, per certi versi, discendente, ma per altro conferma, per così dire, una vitalità in questa prospettiva di pensiero che neppure l'accavallarsi di vicende storiche sono riuscite a scalfire. Tanto da poter affermare, nel pieno senso dell'espressione, essere il positivismo una teoria *per tutte le stagioni*, ovvero capace di

¹ Cfr. E. J. Hobsbawm, *Il secolo breve: 1914-1989. L'era dei grandi cataclismi*, trad. it. Milano, 1999.

adattarsi, integrandosi, sia pur non perdendo la propria precipuità², ad ogni *habitat* sociale nel quale si trovi ad operare³.

Se in terra italica il positivismo ha avuto certamente due grandi cantori nelle figure di due Maestri quali Norberto Bobbio ed Uberto Scarpelli, che lo hanno declinato *criticamente*, anche attraverso l'apporto della filosofia analitica, lungo un asse contrassegnato dall'emergere sempre più prepotente di una società pluralistica, che anche in grazia all'opera degli studiosi richiamati, può connotarsi dell'attributo di democratica, non sono mancate importanti voci che hanno manifestato un forte dissenso nei confronti di tale rappresentazione dei fatti giuridici e politici.

Il positivismo giuridico e con questo il formalismo, ha conosciuto, accanto al suo recepimento, sia pure in forma non acritica, una netta opposizione in settori della cultura giuridica italiana. Opposizione che qui non si vuole leggere in chiave di incondizionato ed irremovibile rifiuto, piuttosto, attraverso il richiamo di alcune prospettive dogmatiche, con l'intento di cogliere in queste, sia pure in forma implicita, alcuni dei temi che hanno contribuito a fondare l'interna revisione della corrente positivistica, di cui si faceva cenno or ora riguardo alle speculazioni di Hart e di Dworkin.

Dato il contesto in cui le presenti pagine si collocano, quello del rapporto fra esperienza giuridica ed attività interpretativa, saranno proprio alcune concezioni dell'interpretazione a rappresentare la falsariga di questo itinerario di ricerca. Concezioni dell'interpretazione che, sviluppatasi in chiara antitesi con una rappresentazione meccanicistica di tale attività, così come usciva forgiata dal positivismo di stampo classico, ciò non di meno possono riconnettersi, non solo latamente, a

² Vale la pena sunteggiare l'assunto metodologico di tale prospettiva per mezzo delle parole di uno dei suoi più eccelsi *cantori*, il giurista praghese Hans Kelsen, il quale, nel maggio del 1934, scriveva: "il mio scopo è stato quello di elevare la giurisprudenza, che palesemente o occultamente di dissolveva quasi del tutto nel ragionamento politico-giuridico, all'altezza di una scienza autentica, di una scienza dello spirito. Si trattava di sviluppare le sue tendenze dirette non alla creazione, ma esclusivamente alla conoscenza del diritto, e di avvicinare il più possibile i suoi risultati all'ideale della scienza: oggettività ed esattezza", così nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di R. Treves, Torino, 1952 (ma Wien, 1934).

³ Risulta indicativo come, all'interno della cultura giuridica italiana, all'inizio degli anni Sessanta dello scorso secolo, Nicola Matteucci analizzasse proprio "l'attuale rinascita del positivismo giuridico"; cfr. N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", XVII (1963), n. 3, pp. 985-1100.

forme contemporanee di positivismo critico, delle quali succintamente in altro luogo (*Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*) si è dato conto evidenziando l'apertura del mondo del diritto non solo a forme di moralità, ma anche ai valori sociali vigenti. Il tutto al fine di dar vita a forme di ordinamento giuridico che possano, non tanto recepire e riprodurre il comando sovrano, quanto offrire regolamentazione giuridica a realtà complesse e caratterizzate da pluralità (sincroniche e diacroniche) di interessi e di valori.

In tal senso, la cultura giuridica italiana nel Ventesimo secolo offre feconde elaborazioni critiche alle prospettive formalistiche, le quali, parimenti a quelle sorte successivamente nel mondo (non solo) anglosassone, possono divenire attuale oggetto di riflessione per la fondazione di una esperienza giuridica, la quale ritrovi la propria legittimità non tanto nell'ossequio del comando formalmente posto, quanto nello stesso contesto sociale che è chiamata a regolamentare.

Lungi da voler porsi sul piano di una polemica sulla primazia culturale di certe elaborazioni lungo i contenuti minimi di diritto naturale o sulla centralità dei principî nella formazione della norma giuridica, si ritiene utile proporre il seguente itinerario di ricerca anche al fine di comprendere come certe istanze fossero radicate nella cultura giuridica italiana e, pertanto, ad essa endogene, ben prima della loro più recente acquisizione tramite importazione.

In definitiva, alcune reazioni al formalismo giuridico formatesi nel secolo scorso appaiono ancora utili al fine poter elaborare risposte alle pressanti richieste poste da una realtà sociale sempre più marcatamente pluralista e, in quanto tale, difficilmente comprensibile e organizzabile secondo modelli sorti in contesti storico-sociali ben diversi e contrassegnati dalla presenza di compagini statuali monoclasse, in stretto rapporto con il cui funzionamento certe teorie giuridiche e politiche sono state forgiate.

Verranno pertanto riprese, con particolare riguardo all'attività interpretativa, alcune elaborazioni sorte all'interno dell'idealismo giuridico, alle quali si affiancherà una indagine sulla revisione dell'idea di positività del diritto così come l'analisi della giurisprudenza costituzionale italiana nella seconda metà degli anni Cinquanta la propone; infine, la scuola dell'esperienza giuridica ed la sua prospettiva processuale del diritto saranno oggetto di breve disamina.

Concentrando l'attenzione sull'interpretazione, intesa quale momento di posizione della norma giuridica, parrebbe del tutto arbitrario non

effettuare un richiamo, sia pur succinto, alla prospettiva dell'ermeneutica giuridica, che ha avuto, proprio dalla cultura giuridica italiana, un fondamentale impulso.

A questa elaborazione dottrinale si vuole far cenno in questa fase introduttiva, vuoi per la precipuità del tema, che riverbera la sua influenza sull'intero discorso che si andrà qui conducendo, vuoi per l'attuale rilevanza della stessa all'interno delle prospettive che rivendicano, anche nell'ambito della cultura giuridica italiana, all'attività interpretativa un ruolo non passivo nella produzione del diritto⁴.

2 – ALCUNI CENNI SULLA PROSPETTIVA DELL'ERMENEUTICA GIURIDICA

Con forse eccessiva brevità si può sunteggiare la prospettiva dell'ermeneutica giuridica⁵ riprendendo alcune osservazioni da un testo di Paresce ove si rileva come l'ermeneutica “oggi sta ad indicare una metodologia diretta a prendere possesso di «contenuti di significato tramandati», il che la differenzia profondamente dalla metodologia dei linguaggi formalizzati quali sono le proposizioni matematiche, le logiche simboliche e, in genere le teorie scientifiche”⁶. Collocandosi in un ambito di ragionamento non proprio alle cosiddette scienze esatte l'ermeneutica offre, a fronte della necessità di proporre una soluzione ad un problema, dei giudizi di probabilità che trovano riscontro soltanto nel verosimile. Paresce, sulla scorta del pensiero di Alessandro Giuliani⁷, riconosce la storicità di ogni interpretazione che, come quella giuridica, sia volta a giustificare una decisione; il richiamo alla *storia* permette di fondare la decisione sulla realtà sociale da cui la stessa sorge. In questo senso, “nella fluidità della dialettica, l'ermeneutica assume un carattere apertamente soggettivo, ma sostanzialmente oggettivo in quanto non è solo l'apprezzamento del singolo che dà il nuovo significato, ma

4 Cfr., per tutti, F. Viola – G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999.

5 Nell'ambito della cultura giuridica italiana e non solo, la stessa è stata magistralmente influenzata dall'opera di Emilio Betti, in particolare attraverso la monumentale *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955.

6 E. Paresce, *sub voce Interpretazione (Filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 154.

7 Il richiamo è al volume *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966.

questo nasce nel singolo *rebus ipsis dictantibus*⁸. Pertanto “il fatto interpretato si rileva, nella sua ultima essenza, come un fondamentale fatto culturale, che non può in nessun modo essere avulso dalla personalità e socialità dell’interprete. Il dato tramandato, in tanto può essere inteso, in quanto è rifatto attuale ed è rivissuto, non nello spirito e nella intenzione di chi lo pose in essere, ma come un’acquisizione culturale che viene utilizzata dall’interprete per suoi fini conoscitivi o pratici gli uni e gli altri rapportati al nostro vivere attuale. [...] E ciò vale sia per l’interpretazione della narrazione del passato sia per l’interpretazione della narrazione di norme cogenti, che, per essere applicate, debbono rispettare le esigenze della vita di oggi”⁹.

Il Paresce qui richiamato attrae l’attenzione del lettore sulla cosiddetta ermeneutica metodologica, ovvero sulla necessità di fondare il giudizio, al fine di non farlo apparire eminentemente soggettivo e, perciò, privo di senso¹⁰, su argomenti tali da consentire una procedura di controllo volta a verificare oggettivamente il suo essere corretto all’interno di un dato contesto socio-culturale. Nel proporre questa particolare angolatura l’autore si riconnette al pensiero di Emilio Betti, più volte richiamato nel saggio citato, il quale, come noto, imprime alla sua riflessione sull’interpretazione un connotato prettamente metodologico e, nel far ciò, entra in polemica con la prospettiva dell’ermeneutica ontologica, la quale vede in Georg Gadamer il suo campione¹¹.

8 E. Paresce, *sub voce Interpretazione*, cit., p. 156.

9 *Ibidem*, p. 174.

10 Si rimanda a quanto in altro luogo osservato (cfr. *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell’attività interpretativa*, Trieste, 2011, pp. 85-95) in proposito alle scienze empiriche, che danno vita a giudizi sintetici, e alle scienze logiche, che pongono in essere giudizi analitici. L’insieme degli uni e degli altri, per la prospettiva scientifica moderna, è composto dalle uniche proposizioni dotate di senso, ovvero proposizioni che offrono conoscenza. Le proposizioni fondate su giudizi di valore, o, in ogni caso non riducibili ai giudizi sintetici od a quelli analitici, sono, in quanto tali, prive di senso non producendo alcuna conoscenza.

11 Cfr. in proposito lo studio di L. Mengoni, *La polemica di Betti con Gadamer*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, VII (1978), pp. 125-142. L’intero fascicolo citato è dedicato a *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento* e porta contributi di G. Gadamer, F. Bianco, A. De Gennaro, M. Bertone, R. Malter, G. Crifò, A. Schiavone, P. Costa, N. Irti, J. L. de los Muzos e P. Grossi.

3 – LA PROSPETTIVA ERMENEUTICA IN EMILIO BETTI

Per Betti¹², infatti, “l’ermeneutica viene a costituire una teoria generale delle scienze dello spirito, la quale fa riscontro a quell’altra teoria della scienza, che una consapevole riflessione gnoseologica degli scienziati sui propri procedimenti conoscitivi ha elaborato in tempi recenti nel campo delle scienze fisico-matematiche. L’una e l’altra gnoseologica si articolano in due grandi branche, che sono, dall’un lato, a) l’epistemologia, che indaga la natura del conoscere scientifico, le sue leggi e i valori di verità da raggiungere; dall’altro lato, b) la metodologia, che indaga gli strumenti e i metodi del processo conoscitivo: metodi, la cui osservanza ne garantisce la rettitudine e serve a controllarne l’esito epistemologico”¹³. Che la questione metodologica sia centrale appare evidente nel momento in cui “l’interprete è chiamato a ricostruire, e riprodurre, l’altrui pensiero dal di dentro come qualcosa che diventa proprio; ma, sebbene divenuto proprio, deve in pari tempo porsi di contro siccome un che di oggettivo e di altro. Sono fra loro in antinomia, dall’un lato, la soggettività inseparabile della spontaneità

12 Nell’impossibilità di poter proporre una nota bibliografica sugli studi di Emilio Betti, ci limitiamo a rimandare a V. Frosini – F. Riccobono (a cura di), *L’ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milano 1994 (con contributi di G. Benedetti, F. Bianco, A. Catania, G. Crifò, T. Grifferio, J. Grondin, G. Marino, L. Mengoni, G. Zaccaria oltre che degli stessi Frosini e Riccobono), nonché al saggio monografico di F. Ricci, *Verità, parola, diritto. Sulla teoria dell’interpretazione di Emilio Betti*, Napoli, 2007. Per una lettura in chiave idealistica della prospettiva ermeneutica di Betti si rimanda al saggio di Vittorio Frosini, *Emilio Betti e la teoria generale del diritto*, apparso sul secondo fascicolo del 1990 della “Rassegna di diritto civile”.

13 E. Betti, *Di una teoria generale della interpretazione*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XLII (1965), n. 2, p. 243. Il testo riproduce la relazione presentata al VII Congresso nazionale di Filosofia del diritto, Roma, 1965 sul tema *Il problema dell’interpretazione e dell’applicazione del diritto*. Nella sua più nota opera, la *Teoria generale dell’interpretazione*, cit., il Betti sottolinea come «il criterio ermeneutico di una corretta interpretazione, com’è stato formulato fin d’antico, è «sensus non est inferendus, sed efferendus»: il senso dev’essere quello che nel dato si trova e da esso si ricava, non già il senso che in esso si trasferisca da fuori. La totalità e la coerenza debbono essere immanenti al dato storico, non già desumersi da un sistema ad esso estraneo. Ora a codesto criterio ermeneutico sottostà l’interprete vero e proprio: non vi sottostà, né vi può sottostare, lo piegatore speculativo, che, avendo carattere di sintesi, va oltre il mero interpretare (che presuppone), e lo supera”, p. 102 (citiamo dalla edizione curata da Giuliano Crifò, Milano, 1990).

dell'intendere, dall'altro l'oggettività, per così dire, l'alterità, del senso che si tratta di ricavare”¹⁴.

Questa antinomia caratterizza ogni forma di interpretazione, da quella “indirizzata alla pura ricognizione di un senso in sé conchiuso” (da cui un'ermeneutica filologica, storica o dogmatica in funzione storica), ad “una interpretazione rivolta in indirizzo normativo e pratico, tendente a ricavare un criterio di decisione o una massima d'azione” (ed è questo il caso dell'ermeneutica giuridica, teologica o psicologica), fino a giungere alla “interpretazione transitiva cioè rivolta non solo ad intendere di per sé, ma a far intendere ad altri” (è l'interpretazione drammatica o musicale, in cui un intermediario si pone fra l'opera d'arte o di pensiero ed il pubblico interessato a comprenderla)¹⁵.

14 *Id. Di una teoria generale della interpretazione*, cit., p. 242. Betti nella *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 71, specifica come “il rapporto fra l'uno e l'altro spirito ha sempre carattere triadico: l'interprete è chiamato a intendere il senso, sia intenzionale, sia oggettivamente riconoscibile, cioè a comunicare con l'altrui spiritualità attraverso la forma rappresentativa in cui essa si è sviluppata. Il comunicare fra i due non è mai diretto, ma sempre mediato da questo intermedio”. Più oltre ribadisce come “la speculazione moderna accentua nel linguaggio il carattere triadico del significare semantico, per cui esso [...] consiste in un processo che si svolge fra tre termini: a) un soggetto, al quale perviene il messaggio del semantema e che è chiamato ad intenderlo; b) un oggetto, che è [...] forma rappresentativa, dalla quale proviene il messaggio, c) un altro soggetto, attualmente o virtualmente presente, che è il fulcro del senso e «parla» attraverso l'oggetto”, p. 205. La costante presenza dei tre elementi nel processo interpretativo, ovvero la forma rappresentativa, l'autore della stessa e l'interprete, il quale pone in essere un'attività cognitiva, prima, riproduttiva o normativa, poi, offrono, sia pur avendo riguardo ad ambiti di applicazione differenti, la possibilità a Betti di riconoscere e delineare una teoria generale dell'interpretazione; infatti, per l'autore richiamato, “il problema dell'intendere è unico e identico negli elementi fondamentali che ne fanno un processo triadico, non ostante il necessario differenziarsi delle sue applicazioni”, p. 258.

15 *Id., Di una teoria generale della interpretazione*, cit., pp. 242-243. Nella *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 347, Betti rileva che “può darsi che il retto esito del processo interpretativo, consistente nell'intendere, non sia fine a se stesso, ma mezzo ad un fine ulteriore, al quale il processo intrapreso sia preordinato: fine di comunicare ad altri, in una dimensione rappresentativa diversa ma equivalente, la conseguita intelligenza; ovvero anche, fine di ricavare dalla conseguita intelligenza una massima di decisione o di condotta, un orientamento per una presa di posizione nella vita pratica. Orbene, a) secondo che l'intendere sia fine a se stesso, oppure b) sia predisposto al fine di *fare intendere* ovvero, c) sia preordinato al fine di regolare l'*agire*, il tipo di interpretazione sarà da qualificare rispettivamente siccome avente, a) funzione meramente ricognitiva, b) funzione riproduttiva o rappresentativa, c) funzione normativa”.

Per inciso va rilevato come il giurista è avvocato sia all'interpretazione ricognitiva, che a quella normativa e potrebbe esserlo anche all'interpretazione transitiva, nel momento in cui si fa portatore di un magistero; ma sicuramente centrale, per le sue implicazioni pratiche, risulta l'interpretazione normativa. Per Betti, "nell'interpretazione di un ordine giuridico in vigore non ci si può arrestare a rievocare il senso originario della norma: perché questa, lungi dall'esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha vigore attuale in una con l'ordinamento di cui fa parte integrante, ed è destinata a passare e a trasfondersi nella vita sociale, alla cui disciplina deve servire"¹⁶. Se, per un verso, l'autore fa propria l'idea di interpretazione sistematica e, infatti, egli collega la singola disposizione all'intero sistema¹⁷, per altro, nel richiamare

16 *Id.*, *Di una teoria generale della interpretazione*, cit., p. 246. In altro luogo Betti specifica: "incombe, pertanto, al giurista interprete di identificare i tipi di interessi che hanno formato oggetto di disciplina legislativa; e poiché siffatti interessi si collocano nella vita di una società e costituiscono in gran parte materia segnata, soggetta a certe leggi sue proprie, che operano prima ancora della disciplina giuridica, chiaro appare che egli non può limitarsi a un'interpretazione filologica del discorso legislativo. Se ha da rendersi conto così dei problemi di convivenza proposti dal giuoco e dal conflitto di quegli interessi come dei criteri di valutazione secondo i quali essi sono stati risolti, egli deve procedere a una interpretazione storica e tecnica che abbia riguardo tanto alla materia disciplinata quanto ai criteri della disciplina destinatale. Non basta, dunque, analizzare la logica della lingua usata dalla legge: si deve altresì indagare, in indirizzo storico e tecnico, sia la logica dei rapporti sociali disciplinati, sia la logica del loro trattamento giuridico", *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., pp. 797-798. Tali concetti sono sviluppati da Betti anche all'interno del § 5 della sua *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, cfr. in proposito d'edizione curata da Giuliano Crifò, Milano, 1971, pp. 107-108 (edizione originaria Milano, 1949).

17 Nella *Teoria generale della interpretazione* l'autore più volte si sofferma sulla necessità di riportare la parte al tutto, la singola disposizione all'ordinamento di cui fa parte; "l'esigenza di tale compito nasce dal canone della totalità ermeneutica, applicato all'ordine giuridico, in quanto va considerato come una operante concatenazione produttiva in movimento (nel senso di Dilthey), che è dominata in tutto e per tutto da un unico stile. Il canone della totalità impone un perenne riferimento della parte al tutto e perciò anche un riferimento delle singole norme al loro organico complesso" e ciò perché, in ultima analisi, "l'apprezzamento interpretativo rimane pur sempre vincolato e subordinato alla linea della coerenza logica e assiologica che si dimostra immanente all'ordine giuridico considerato nella sua organica totalità" (le citazioni sono tratte da pp. 831 e 822).

Va osservato come Betti, nel perorare la causa di un'ermeneutica giuridica che si manifesti come interpretazione sistematica, accoglie entrambe i criteri di coerenza del

la “vita sociale”, mostra l’intimo legame dell’ordinamento giuridico con i valori e le esigenze promanati dalla realtà sociale che questi è chiamato ad ordinare.

4 – LA RICOGNIZIONE VALUTATIVA DELLA LETTERA DELLA LEGGE

Va in proposito sottolineato come il Betti, nel ritenere che la norma giuridica concretamente operante nella realtà sociale debba necessariamente raccogliere in sé i valori lì presenti ed in continua evoluzione, non ritenga per questo che l’attività interpretativa ed applicativa della disposizione possa presentarsi come totalmente slegata dal portato del testo colto nella sua struttura logico-grammaticale; è da questa *realtà* che l’attività interpretativa deve necessariamente prendere le mosse ed il prodotto di tale attività non può palesarsi al di fuori della cornice logico-grammaticale. In questo senso, per l’autore, “né il giurista interprete né lo stesso giudice decidente debbono mai, neppure lontanamente, pensare a «identificarsi» con un mitico legislatore [...] essi non hanno che un compito ricognitivo e una posizione di stretta subordinazione alla legge”¹⁸. Tale subordinazione, che non si declina quale sudditanza alla disposizione prescrittiva posta in essere dal legislatore¹⁹, ritrova la propria ragione vuoi nella necessità di sviluppare una attività interpretativa che rimanga collocata all’interno di un sistema, ma soprattutto nella necessità di offrire continuità a tale sistema, una continuità che si sostanzia nella certezza del diritto.

Per Emilio Betti, infatti, “la ricognizione della valutazione originaria immanente e latente nella lettera della legge e costituente la *ratio iuris* della norma è indispensabile per accertare in qual misura essa abbia subito modificazioni col sopravvenire di mutamenti nell’ambiente sociale o di nuovi orientamenti nell’ordine giuridico: giacché solo attraverso il tramite di essa, e non già immediatamente, è legittimo procedere ad un adattamento e ad una trasposizione del testo legale nella viva attualità e bilanciare giustamente l’interesse statico alla stabilità, conservazione

sistema descritti da Giorgio Lazzaro, *L’interpretazione sistematica della legge*, Torino, 1965, pp. 23 e segg. (concatenazione logica e coerenza di contenuti) ritenendoli, a differenza dell’esponente della Scuola analitica torinese, compatibili ed integrabili.

18 E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, cit., p. 808.

19 Cfr. anche lo scritto *Di una teoria generale della interpretazione*, cit., p. 242.

e certezza con l'esigenza dinamica di rinnovamento nell'indirizzo dell'evoluzione sociale"²⁰.

Per l'autore si tratta, in ultima analisi, di porre il testo legale nella viva attualità, ovvero di compenetrare, senza per questo perdere il materiale originario, la disposizione legislativa con i valori e le esigenze che emergono dalla vita sociale; senza questo doppio vincolo, testo e contesto sociale²¹, si corre il rischio non già che la disposizione si ponga quale astratto e generale momento regolativo *sopra* la realtà sociale, ovvero risulti immobile ed estranea alla stessa, il che non appare possibile in una prospettiva ermeneutica quale quella solcata dal Betti, piuttosto che la norma comportamentale frutto dell'attività interpretativa, se slegata dal testo, sia in balia del fluttuare degli umori sociali, sì da essere, anziché testimonianza di armonica unione fra istituzione legislativa e valori sociali, il frutto di una prevaricazione del contesto sociale contingente. La norma negherebbe quindi quella necessità di

20 *Teoria generale della interpretazione*, cit., p. 824. Infatti, "la legge ha bisogno di una serie di operazioni – di adattamento e di adeguazione, d'integrazione e di sviluppo complementari – le quali, rinnovate di continuo, fanno sì che la norma non resti lettera morta, ma si mantenga viva e vigente nell'orbita dell'ordine giuridico a cui appartiene: operazioni la cui mancanza importa, viceversa, l'isterilirsi della norma e ne fa venir meno, alla fine, la capacità di attuarsi e di farsi valere", p. 806; in argomento cfr. anche *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 113. Più in generale, Betti rileva che un "intimo legame di convivenza importi la necessità di un costante adeguarsi di quelle oggettivazioni all'attualità della vita e al suo mobile, perenne dinamismo: necessità di un rinnovato attualizzarsi del senso in funzione della dinamica vitale cui deve servire. Ora può darsi che in processo di tempo l'attualità della vita venga a trovarsi in divergenza o a porsi in contrasto col senso originario di quelle oggettivazioni: sorge allora l'esigenza di riattualizzare quel senso", *Teoria generale della interpretazione*, cit., p. 341

21 Sottolinea Betti, come "ancorché non abrogato da una nuova legge o da una consuetudine derogatrice, il precetto testuale della legge, rimasto esteriormente intatto, può trovarsi *scalzato* pel fatto che la valutazione originaria determinante la norma è stata ricacciata indietro o sopravanzata da una nuova valutazione degli interessi in conflitto, affermatasi in altre norme sopravvenute. [...] Così l'interpretazione della legge viene a trovarsi dinanzi a un duplice compito: *a*) ricercare la valutazione originaria immanente alla norma nella sua concatenazione con l'intero ambiente sociale in cui fu emessa: e ciò, mediante un'interpretazione che si è chiamata sociologica e meglio si direbbe teleologica; *b*) inoltre, ricercare se la norma ha maturato un esito sociale ulteriore, ancorché non intenzionale, consistente nel comporre il conflitto fra altre categorie di interessi all'infuori di quelli previsti", *ibidem*, pp. 824-825.

ordine sistematico in evoluzione che pare essere il fine della costruzione dogmatica dell'autore²².

Il testo racchiude, in questa prospettiva, la *ratio iuris*, che evidenzia la ragione della necessità di quella specifica disposizione e la norma da questa derivata non potrà, pena il collocarsi fuori dal sistema, prevaricarlo piegandolo a esigenze di parte nemmeno se contingentemente maggioritarie. La *ratio* della norma è ancorata ai principî generali, ovvero, per riprendere le parole di Betti, a quelle “somme valutazioni normative, principî e criteri di valutazione costituenti il fondamento dell'ordine giuridico e aventi una funzione genetica rispetto alle singole norme. Essi vanno considerati non solo sotto profilo dogmatico, quali criteri che stanno alla base di soluzioni legislative, nella misura in cui il diritto positivo si è ad essi informato, ma inoltre sotto un aspetto dinamico, quali esigenze di politica legislativa, che non si esauriscono nelle soluzioni accolte, bensì sono da tenere presenti sia come direttive e strumenti dell'interpretazione rispetto ai casi «dubbi», sia come indirizzi e orientamenti da proseguire nel processo di legislazione”²³. In questo senso il valore sociale a cui riferirsi al fine di trarre la norma dalla disposizione non è già l'immediato contingente, ma l'elaborazione e la mediazione in chiave valoriale degli interessi storicamente presenti. Infatti, l'originalità della norma rispetto alla disposizione, a cui è legata, è la risultante di una “forza di espansione, ma non già di indole logica e dogmatica, bensì d'indole valutativa e assiologia: forza non già di «verità» e di ragione teoretica, ma di valori etici e delle loro valutazioni, che gradatamente mutano e si affermano in base a situazioni storiche contingenti”²⁴.

Appare evidente come all'interno di questa costruzione siano i valori sociali, sorti dalla contingenza, ma non identificabili con gli interessi contingenti, in quanto risultanti della mediazione assiologia sugli stessi,

22 Betti sottolinea come “l'applicazione della legge a una situazione di fatto presuppone a sua volta un raffronto di questa situazione con la fattispecie prevista dalla norma. Si tratta di verificare se e in quale misura la situazione data corrisponda all'astratta fattispecie legale, nella quale si pretende debba rientrare, e di rinvenirne i lineamenti rilevanti per il trattamento giuridico. È questa la diagnosi o qualificazione giuridica”, *Di una teoria generale della interpretazione*, cit., p. 254.

23 *Teoria generale della interpretazione*, cit., pp. 851-852.

24 *Ibidem*, p. 850.

a guidare l'evoluzione normativa della disposizione²⁵. In definitiva, per Betti, "l'interprete non ha ancora finito di adempiere il suo compito, quando ha ricostruito l'idea originaria della formula legislativa – cosa, che pur deve fare – ma deve, dopo ciò, mettere d'accordo quell'idea con la presente attualità, infondendovi la vita di questa, perché appunto al presente, non già al passato, dev'essere riferita la valutazione normativa in questione. Insomma, qui si tratta non solo e non tanto (per l'interprete) di andare incontro all'oggetto, tenendo fermo questo al suo posto nel primitivo storico collocamento, quanto soprattutto di far muovere l'oggetto incontro al soggetto, rendendolo partecipe della viva attualità di questo e aderente alla perenne dinamica della vita sociale"²⁶.

25 Per Betti, "l'adeguazione dell'intendere consiste nel mettere all'unisono, in intima adesione e armonia, i due termini del processo interpretativo: l'oggetto, che qui è la norma giuridica, e il soggetto, nella attualità del quale qui confluiscono le molteplici esigenze della vita sociale alla cui disciplina il diritto è destinato. [...] La norma, lungi dall'esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha vigore attuale in una con l'ordinamento di cui fa parte integrante, ed è destinata a passare e a trasfondersi nella vita sociale, alla cui disciplina deve servire. Qui pertanto, l'interprete non ha ancora finito di adempiere il suo compito, quando ha ricostruito l'idea originale della formula legislativa (cosa che pur deve fare), ma deve, dopo ciò, mettere d'accordo quella idea con la presente attualità, infondendovi la vita di questa, perché appunto a questa la valutazione normativa dev'essere riferita" *ibidem*, p. 817.

26 *Di una teoria generale della interpretazione*, cit., p. 246.

CAPITOLO PRIMO
“IL DIRITTO NON È LA LEGGE, CHE
DORME NEL CODICE”: L’ANTIFORMALISMO
DELL’IDEALISMO GIURIDICO

SOMMARIO

§1. L’idealismo giuridico quale reazione al formalismo; § 2. “La realtà è violatrice di ogni norma”: Max Ascoli e le soluzioni dell’idealismo giuridico; § 3. La legalità naturale quale fonte ultima del diritto; § 4. Interpretazione creativa e certezza del diritto; § 5. Un idealismo giuridico; § 6. Realtà sociale ed interpretazione creativa; § 7. La fattualità del diritto. L’interprete ricerca il proprio metodo nell’esperienza pratica; § 8. Guido Calogero e la logica del diritto; § 9. La polemica con Alfredo Rocco; § 10. Logica della cosa *vs.* logica deduttiva: l’azione sillogizzante; § 11. L’idealismo giuridico nella più generale prospettiva antiformalistica.

1 – L’IDEALISMO GIURIDICO QUALE REAZIONE AL
FORMALISMO

Nel marzo del 1944 Santi Romano, riflettendo intorno al rapporto fra *diritto e morale*, in questo modo sunteggia la posizione assunta da Benedetto Croce e da Giovanni Gentile nei confronti del fenomeno giuridico: “l’una e l’altra teoria [...] pur venendo a conclusioni opposte, in quanto fanno rientrare il diritto rispettivamente nell’economia e nell’etica, e viceversa accordandosi nel negargli i caratteri di una categoria a sé, ritengono [...] che la legge come tale non sia una vera e propria volontà”. Tale constatazione non appare per Romano in contrasto con la rappresentazione del diritto propria ai giuristi; infatti, “l’indagine filosofica, della quale non è il caso di indagare qui la consistenza e tanto meno gli sviluppi, viene incontro per vie diverse

a quella giuridica”. In proposito egli rileva come l’indagine giuridica “quando vuol definire la legge, specialmente per distinguerla da altri atti, per esempio da quelli che fanno capo alla funzione esecutiva, non può fare a meno di mettere in rilievo che essa non è una volizione in senso stretto, cioè una volizione-azione, concreta e in atto, ma è una volizione preliminare, che regola una futura volizione concreta. Perciò la legge è sempre astratta, non solo quando è generale, cioè contempla una serie di fatti, di rapporti, di persone, di cose etc., ma anche quando è del tutto particolare, perché anche allora è una disposizione preventiva rispetto al fatto, all’atto etc. cui attribuisce il carattere della giuridicità e non ha quindi di esso la concretezza immediata”¹.

L’autorevole richiamo ci permette di cogliere nella sua immediatezza, attraverso l’accostamento proposto da Romano fra l’indagine filosofica e quella giuridica, la fondamentale influenza che le elaborazioni dei due corifei dell’idealismo italiano hanno avuto nella riflessione propriamente giuridica. Nel passo citato viene evidenziato, oltre alla nota riduzione del diritto rispettivamente all’economia o all’etica, il suo essere volizione astratta, ovvero un volere solo apparente, che, pertanto, deve concretizzarsi nella realtà sociale attraverso percorsi diversi dalla mera e meccanica applicazione della disposizione legislativa; questa, infatti, come sottolinea lo stesso Santi Romano, non ha la concretezza immediata del fatto che pretende di valutare e regolamentare.

Se possiamo estrapolare, arbitrariamente, alcune frasi dall’opera di Santi Romano e con queste prendere le mosse per il nostro discorso, ci permettiamo di riconoscere come anche qui il problema dell’esperienza giuridica si ponga senza indugio fuori da itinerari formalistici, tanto da dubitare, se non rigettare, dell’ipotesi che la stessa possa racchiudersi, per ciò che particolarmente preme, nella pedissequa indagine della

1 S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 67-68. Come noto, il volume raccoglie “alcuni appunti” redatti dall’autore fra il marzo del 1944 ed il dicembre 1946. Sulle ascendenze idealistiche di Santi Romano cfr., per tutti, V. Frosini, *L’idealismo giuridico italiano nel Novecento*, in R. Orecchia (a cura di), *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX. Atti dell’XI Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica*, vol. I, Milano, 1976, pp. 19-23. L’intervento di Vittorio Frosini viene riproposto dallo stesso nel di poco successivo volume *L’idealismo giuridico italiano*, Milano, 1978. Dello stesso autore cfr. anche i saggi *Il dualismo fra diritto e società nell’Italia contemporanea* e *L’attualità di Santi Romano* apparsi sulla “Rivista internazionale di filosofia del diritto” rispettivamente sul fascicolo 3 del 1975 e sul fascicolo 2 dell’anno successivo.

volontà del legislatore², ma, più in generale, come l'opera di Romano testimonia, sulla assunzione aporetica di un ineluttabile ed inscindibile rapporto fra diritto e stato.

In questo senso, le basi per uno sviluppo di una teoria critica della rappresentazione dei fatti giuridici di stampo positivista e della sua idea di interpretazione logico-formale possono, senz'ombra di dubbio, venire rintracciati, nella cultura italiana, anche nell'incontro fra la corrente filosofica dell'idealismo ed il mondo del diritto³.

Lungi dall'incanalarsi lungo gli alvei del diritto libero o del diritto sociale, scavati in Germania ed in Francia a cavallo fra l'Otto ed il Novecento, nella cultura giuridica italiana dei primi anni dello scorso secolo la prospettiva antiformalistica ritrova, anche nel pensiero dell'idealismo, il proprio naturale ambito. Ciò a maggior ragione per quanto concerne il problema specifico dell'interpretazione giuridica. Se, come molte volte appare⁴, la manualistica ha sottaciuto questo aspetto, ovvero la forte

2 Come avremo modo d'osservare, nella prospettiva dell'idealismo giuridico, la *volontà del legislatore* appare quale vuota formula, in quanto designante una volontà astratta, che non produce alcun effetto concreto se non attraverso la mediazione dell'interprete; per Gorla, infatti, "nell'interpretazione o comprensione l'atto viene rivissuto dall'interprete, riprodotto nel suo spirito, fatto proprio, fatto sostanza del suo spirito. Nello spirito dell'interprete l'atto rivive e in questo suo rivivere tende a spiegarsi o dispiegarsi: spiegamento o dispiegamento della realtà nel nostro spirito che ne è poi la vera storia, poiché non si può comprendere un atto senza dispiegarlo in noi, senza vederne la sua portata nel suo mondo [...]. L'interprete deve assumere, in sede storica, la veste di attore: egli deve volere e pensare o rappresentarsi il mondo, o in genere spiegare quella data attività, assumendo come principio o criterio il principio o criterio costitutivo dell'atto da interpretare. L'interprete deve, cioè, comportarsi come se quel criterio fosse suo, ed egli dovesse con esso pensare e volere", *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, pp. 3-4.

3 Risulta impossibile in questa sede dare conto della vicenda; ci limitiamo per tanto a rimandare, fra le varie fonti, a A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano 1974; *Id.*, *L'ermeneutica idealista. Filosofia politica neoidealista italiana e interpretazione*, Napoli, 1993; D. Corradini, *Croce e la ragione giuridica borghese*, Bari, 1974; V. Frosini, *L'idealismo giuridico italiano*, cit.

4 Guido Fassò fa cenno di ciò nella sua *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, Bologna, 1970, p. 297; Enrico Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983, si limita a rilevare, senza alcun'altra specificazione, come il pensiero idealista "offre alla cultura giuridica italiana lo strumento speculativo necessario alla lotta contro il «normativismo»", p. 211. Più di recente Barberis osserva che Croce e Gentile "finirono per porre le premesse di teorie dell'interpretazione che rivalutano l'apporto creativo del giudice, quali quelle sostenute, sia prima sia dopo la Seconda

propensione antiformalistica dell'idealismo giuridico, la quale sfocia nella aperta teorizzazione dell'interpretazione creativa, per accentrare la sua attenzione sulla *riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*⁵, con la conseguente perdita di autonomia del nostro oggetto d'indagine, non mancano studiosi che pongono in evidenza questo cruciale aspetto di tale corrente di pensiero⁶.

guerra mondiale, da filosofi e giuristi di formazione neoidealistica”, l'autore richiama in nota Tullio Ascarelli; cfr. M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, 2000, p. 85. Parimenti Frosini, nel testo sopra citato, non sofferma la sua attenzione sulla tematica più propriamente interpretativa che l'idealismo giuridico ha sollevato nella cultura italiana. Di converso Enrico Paresce, *sub voce Interpretazione*, cit., rileva come “l'idealismo italiano, nelle sue due versioni – la crociana e la gentiliana – non ha mancato di influenzare largamente gli studi giuridici in genere e quelli relativi al problema dell'interpretazione in ispecie, sicché riesce, nel complesso, poco agevole non trovare tracce di questa influenza, malgrado il subentrato orrore contro l'idealismo storicistico e l'idealismo assoluto, anche nella più recente speculazione giuridica. [...] L'insegnamento dei maestri del neohegelismo diventava, così, la spinta per una completa revisione della dottrina dell'interpretazione, che veniva rivista in funzione della dialettica astratto-concreto, praticamente visibile nel passaggio dalla norma astratta alla concreta sua attuazione”, p. 187.

5 Riprendiamo il titolo della celeberrima «Memoria» presentata fra aprile e maggio del 1907 da Benedetto Croce all'Accademia Pontaniana di Napoli ed apparsa sugli *Atti dell'Accademia Pontaniana*, nello stesso anno (ristampa a cura di A. Attisani, Napoli, 1926). Tale tema, come noto, sarà sviluppato dall'autore nella di poco successiva *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, Bari, 1908 (le citazioni di quest'opera che verranno qui proposte saranno tratte dalla ottava edizione, Bari, 1963), la cui terza parte, intitolata *Le leggi*, per esplicita ammissione di Croce, viene anticipata nella «Memoria» di cui sopra. Va rilevato a margine come, per Frosini, “il Croce accolse e trasferì in un nuovo linguaggio la negazione marxista del carattere strutturale del diritto e l'affermazione del carattere determinante (ma non, beninteso, deterministico) dei rapporti economici”, *L'idealismo giuridico italiano del Novecento*, cit., p. 16.

6 Renato Treves, in uno scritto apparso nel 1962 sulle pagine dei “Quaderni di sociologia”, quindi sull'autorevole organo di una disciplina che, secondo l'interpretazione di taluni (cfr. per tutti F. Ferrarotti, *Sociologia e società nell'Italia moderna*, in “Tempi moderni”, 1964, n. 16-17), più di altre sarebbe stata discriminata dell'idealismo storicistico e costretta ad una sorta di bando, durato decenni, nell'ambito della cultura ufficiale italiana, rileva che, al di là di prese di posizione preconcepite, il pensiero crociano poteva favorire lo sviluppo di analisi limitrofe a quelle della sociologia giuridica nel momento in cui collocava “la realtà giuridica non nella norma considerata irrealistica, ma nell'atto che crea ed applica la norma”, *La sociologia giuridica in Italia e i suoi possibili sviluppi*, in “Quaderni di sociologia”, XI (1964), n. 2, p. 283. Va rilevato però come poco tempo dopo, lo stesso autore, in un saggio apparso sulla “Rivista internazionale di filosofia del diritto” nel 1966 e intitolato *La sociologia*

È proprio uno di questi autori a suggerirci la lettura di un testo che “si presta infatti assai bene al nostro scopo perché si ispira chiaramente all’insegnamento dell’idealismo storicistico crociano ed è un caratteristico esempio del movimento di rivolta contro il formalismo manifestatosi in Italia nel campo della scienza del diritto in generale e in quello dell’interpretazione in particolare. [...] In questo libro si possono poi trovare a maggior ragione i presupposti teorici delle ricerche di sociologia del diritto nel campo dell’interpretazione come l’affermazione della natura creativa e non meramente descrittiva della funzione dell’interprete e la critica del formalismo che considera l’interprete come mero ripetitore delle formule di legge di fronte al caso concreto”.

Il testo in questione è *La interpretazione delle leggi*, apparso nel 1928 a firma di Max Ascoli⁷; l’autore che ci ha indotto a questo richiamo è Renato Treves⁸.

del diritto in Italia, riprende l’idea del bando posto dall’idealismo nei confronti delle discipline sociologiche. In proposito va evidenziato che anche Norberto Bobbio, analizzando il percorso speculativo di Ascarelli, riconosceva che l’idealismo di stampo crociano fu, in Italia, pensiero corrispondente alle ondate antiformalistiche sviluppatesi in Francia, nei paesi di cultura tedesca e nel continente nordamericano; cfr. *Ritratti critici di contemporanei, Tullio Ascarelli*, in “Belfagor”, XIX (1964), n. 4-5. Parimenti Paresce, nella richiamata voce *Interpretazione*, rileva come “l’aver riconosciuto all’interpretazione valore creativo e, coerentemente, l’aver proclamato «l’identità di legislazione e giurisprudenza», rende agevole l’incontro del neoidealismo con le scuole del realismo americano e scandinavo. Al di là delle immediate coincidenze nei risultati, tutto ciò è meglio valutabile nei lavori dei discepoli di Croce e Gentile che hanno affrontato con maggior tecnicismo i problemi giuridici. Il Gorla per esempio si muove nell’orbita crociana accentuando il carattere di «rivivimento» dell’interpretazione ed i suoi stretti legami con l’attività storiografica, motivo quest’ultimo che viene approfondito dal Calogero oltre che [...] dall’Ascoli e dal Maggiore”, p. 190. Lo stesso Paresce riconosce come “gli altri crociani, anche se benemeriti degli studi filosofici sul diritto, non hanno curato il problema dell’interpretazione: gli uni, come il Cammarata, lasciandosi trasportare da una problematica gnoseologica, che, nella ricerca astratta dei criteri di qualificazione giuridica, perde ogni contatto con la ricca sensibilità del Maestro; o, come il Cesarini Sforza, abbandonando la teoria degli pseudoconcetti per una teoria scientifica del diritto, avulsa, però, dalla dogmatica, che rappresenterebbe l’iter pratico in contrapposizione con la contemplazione scientifica”, *ibidem*, p. 188.

7 *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Roma, 1928.

8 *Dall’idealismo storicistico alla sociologia del diritto. Impressioni antiche e recenti su un libro sull’interpretazione delle leggi*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, LXIII (1966), n. 1, pp. 368-378 (il saggio è riportato con il titolo *L’interpretazione delle leggi: dall’idealismo alla sociologia*, in *Id., Giustizia e giudici nella società italiana*).

2 – “LA REALTÀ È VIOLATRICE DI OGNI NORMA”: MAX ASCOLI E LE SOLUZIONI DELL’IDEALISMO GIURIDICO

Max Ascoli, dopo essersi soffermato su “l’atteggiamento generale della scienza giuridica italiana di fronte alla polemica straniera [principalmente le teorie del diritto libero, atteggiamento che] fu improntato a uno spirito di neutralità quasi sempre ostile e di riaffermato tradizionalismo”⁹, nel paragrafo decimo della sua opera, intitolato *L’idealismo italiano e le sue soluzioni*, pone le basi per scardinare ogni costruzione dogmatica fondantesi sul formalismo interpretativo, sovvertendo, pertanto, l’impostazione dogmatica allora dominante¹⁰.

Partendo da premesse esplicitamente riconducibili all’idealismo Ascoli, anzitutto, riconosce come le norme, comunque siano in quella prospettiva declinate (“volizioni di una classe di azioni”, “volontà volente”, oppure “volere un già voluto”)¹¹, “sempre per necessità sono

Problemi e ricerche di sociologia del diritto, Bari, 1972, pp. 155-167). La citazione è tratta da p. 369 e da p. 376. Va da sé che Treves, nel saggio richiamato, non operi una rivalutazione incondizionata dell’idealismo; in proposito cfr. pp. 377-378. In ogni caso, per l’autore, “la rivolta contro il formalismo che aveva trovato in Italia i suoi primi sostenitori in alcuni seguaci della filosofia idealista si era estesa rapidamente nel giro di pochi anni e aveva trovato sostenitori anche tra i seguaci di correnti filosofiche assai diverse dall’idealismo che manifestavano la loro avversione al formalismo giuridico attraverso l’interesse da loro stessi dimostrato per l’esperienza giuridica e intesero la filosofia del diritto come filosofia dell’esperienza giuridica”, p. 373.

9 M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, cit., p. 34.

10 Ascoli, nel momento in cui si accinge a dare alle stampe il suo saggio, ha a disposizione non pochi studi giuridici forgiati nelle fucine dell’idealismo italiano; dal *Concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Palermo, 1913 di Widar Cesarini Sforza, a *L’interpretazione delle leggi come atto creativo*, Palermo, 1914 di Giovanni Maggiore. Ciò non di meno egli sofferma la propria attenzione sulle più recenti elaborazioni di Angelo Ermanno Cammarata, del quale richiama più volte i *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, Roma, 1925 e *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Catania, 1926. La bibliografia relativa agli autori qui richiamati è ricchissima, ci limitiamo pertanto a rimandare agli studi di G. Marini, *W. Cesarini Sforza. Tra idealismo e positivismo giuridico*, Napoli, 1980, *Id.*, *Giuseppe Maggiore. L’interferenza di filosofia e diritto*, Napoli, 1983 e T. Serra, *Angelo Ermanno Cammarata. La critica gnoseologica della giurisprudenza*, Napoli, 1989.

11 Qui l’autore si richiama al Croce della *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia della economia*, cit., al Giovanni Gentile de *I fondamenti della filosofia del*

astratte: cioè nate dal bisogno di prevenire e inquadrare in una serie di schemi i possibili casi della vita, o meglio quelli che più direttamente interessano la vita sociale. Ma schemi e previsioni devono subire la sorte della loro inguaribile natura, cioè della loro astrattezza”¹². L’astrattezza della norma posta dal legislatore fa sì che la stessa, di per sé, sia incapace di porsi come momento regolativo di quella concreta vita sociale che pretende di poter dominare. Infatti, “schemi e previsioni devono subire la sorte della loro inguaribile natura, cioè della loro astrattezza; poiché nella vita i casi sono sempre nella loro intima essenza individuali, non è possibile concepirli inquadrati in una serie di schemi se non nel momento in cui sono considerati come possibili: cioè in cui ancora non sono”¹³.

Vi è nella speculazione di Ascoli il riconoscimento di un incolmabile iato fra la realtà, i fatti individuali della vita concreta, e l’astratto ordinamento posto in essere dal legislatore; “la realtà è violatrice di ogni norma: se i fatti umani potessero esattamente rientrare negli schemi che li precedono, la vita perderebbe le infinite individualità in cui si fraziona: sarebbe cristallizzata, arrestata, non più vita”¹⁴. Il sistema di norme in sé conchiuso, in quanto astratto dalla realtà, è pertanto destinato a venire violato dalla vita stessa, dal succedersi inarrestabile dei fatti individuali: “se la vita non s’arresta mai, anche il diritto, che della vita è come l’ombra che ora lo precede e ora lo segue, non potrà mai arrestarsi prospettandosi in qualche schema perenne, né mai veder mutata la propria sorte, che è quella di essere sempre battuto”¹⁵. La norma legislativa non può opporsi alla realtà dei fatti, lo stesso ordinamento “nel suo sforzo di prevedere l’imprevedibile è un sistema

diritto, Firenze, 1916, al Maggiore ed al Tilgher rispettivamente della *Filosofia del diritto*, Palermo, 1921 e dei *Saggi di etica e di filosofia del diritto*, Torino, 1928.

12 M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, cit., p. 36. Nella riflessione di Ascoli riecheggiano le parole di Croce, al quale la legge appare “una pretesa volizione: contraddittoria, perché priva di situazione unica e determinata; ineffettiva, perché sorge sul terreno medesimo di un concetto astratto: volizione, insomma, non voluta; atto volitivo non reale, ma irreal”, *Filosofia della pratica*, III, 3 (p. 346 della edizione citata).

13 M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, cit., p. 36.

14 *Ibidem*, pp. 36-37. Per l’autore, “tutto lo sforzo del diritto è teso appunto ad arrestare l’inarrestabile, a disciplinare l’indisciplinabile”, p. 37.

15 *Ibidem*.

di lacune; sarebbe un caso veramente eccezionale se un solo fatto potesse essere, in tutte le sue particolarità, previsto da una norma”¹⁶. Il momento regolamentativo della realtà non può, quindi, essere ricercato nella astratta norma, perché, in quanto astratta, la norma non può prevedere alcunché di individuale e, qualora si volesse indugiare su questa rappresentazione (l’astratto che domina l’individuale), si giungerebbe ad una “irriducibile antitesi tra norma e vita”¹⁷. Ciò non di meno il diritto deve emergere, deve poter offrire giudizio sull’azione; per Ascoli, infatti, “il diritto sorge dalla necessità che ha la coscienza di darsi una norma con cui interpretare le proprie azioni, di proiettare cioè un centro d’imputazione che l’aiuti a determinarsi [...] la coscienza vede in sé stessa la necessità che la costringe alla imputazione e alla norma”¹⁸, ma il diritto non può essere racchiuso soltanto in una norma astratta, dovrà scaturire dal rapporto fra norma astratta e fatto. Solo nel processo di applicazione la norma acquisirà la vitalità necessaria per manifestarsi come centro d’imputazione della coscienza. Ascoli può riconoscere, ancora sulla scorta del pensiero di Croce¹⁹, che “il problema della natura creativa dell’interpretazione si risolve affermando che non solo l’interpretazione è creazione, in ogni caso, ma anche che la norma emanata sotto veste di interpretazione è la sola che abbia una qualche concretezza; e che fra quanti hanno funzioni nel mondo del diritto, solo l’interprete può dirsi legislatore”.

Seguendo queste prospettive, l’autore rileva che “l’unico momento in cui il diritto conosce la concretezza è nell’interpretazione, quando si riduce o viene ridotto ai fatti. Allora l’astratto si fa realtà, in quanto esprime una realtà: il diritto raggiungendo qui il proprio scopo, perde la sua caratteristica fondamentale, riprende contatto con la vita da cui si era straniato per disciplinarla, diviene finalmente cosa viva. L’espressione di questa cosa viva è la sentenza: il solo momento in cui formula di diritto e realtà di vita siano una cosa sola”²⁰. Il procedimento che permette di giungere al connubio fra diritto e realtà non è rappresentabile, per Ascoli,

16 *Ibidem*, p. 39.

17 *Ibidem*. L’autore, sulla scorta del pensiero crociano, riconosce nella assoluta astrattezza ed irrealtà della norma la causa di tale antitesi.

18 *Ibidem*, p. 128.

19 Cfr. B. Croce, *Filosofia della pratica*, cit., III, 3.

20 M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, cit. p. 52.

quale traduzione dell'astratto nel concreto, cosa in vero impossibile date le premesse; piuttosto "bisogna [...] che il fatto, abdicando alla sua singolarità, si ponga come tipo, cioè come legge: la quale può essere identica a una determinata norma positiva, ma quando venga emanata dal giudice nella sentenza è sempre legge, cioè schema, volizione di una classe di azioni, astrazione. Il culmine dell'astrazione, anzi; poiché nella sentenza si celebra la norma quale sorge da un fatto grazie a un comando che la proclama identica a un'altra norma di diritto positivo. Il procedimento è di giustapposizione: non si traduce l'astratto nel concreto, ma si assume il fatto come norma identica a quella di diritto positivo. La vera validità, l'efficacia della norma di diritto positivo, consiste nella necessità e nella capacità che essa ha di creare un'altra norma identica a sé, e nel presupposto che comanda tale identità"²¹.

21 *Ibidem*, p. 53-54. Per Ascoli, "il carattere dell'interpretazione è uniforme; creazione di una norma che si ponga come identica ad una norma positiva. Entro il ciclo della vita giuridica, in entrambi i momenti di creazione e interpretazione, si celebra l'afflusso di ogni norma nei principî massimi del diritto positivo per prendervi disciplina, e il porsi delle norme di diritto positivo come forma, come modelli di questo incessante processo di creazione", *ibidem*, p. 107. La forma astratta (o il diritto positivo come forma) è, per esplicitare con il pensiero di Croce, soltanto un momento "preparatorio alla volizione sintetica e perfetta", alla vera e propria posizione della norma. "La legge non è volizione reale ed effettuale, anzi e fuor di dubbio volizione imperfetta e contraddittoria"; non si tratta pertanto di attuare la legge, operazione, in questa prospettiva, in vero impossibile, ma di utilizzarla come rappresentazione generale ed astratta (nel senso di *generica*, ovvero né universale, né individuale) del reale fatto, quasi possa paragonarsi ad uno *pseudoconcetto*, che permette alla coscienza, come sottolinea Croce, di "orientarsi dinanzi al multiforme spettacolo del mondo, che esso penetra in sé. Non li pensiamo, ma ci aiutano a pensare; non li immaginiamo, ma ci aiutano a immaginare. Così il filosofo ferma di solito la mente sugli pseudoconcetti, per attendere di là agli universali; e l'artista anch'esso vi rivolge l'attenzione, per ritrovare sotto di quelli l'individuale e l'intuizione ingenua e viva, ch'egli cerca. I medesimi pseudoconcetti, fatti oggetto di volizione e mutati da schemi in leggi, adempiono analogo ufficio nello spirito pratico, rendono possibile alla volontà di volere in un certo indirizzo, dove poi s'incontrerà l'azione utile, che è sempre individualistica", *Filosofia della pratica*, III, 3 (pp. 347-348 dell'edizione citata). Tale prospettiva viene ripresa, come osserveremo, da G. Laserra, *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1956, pp. 56-59. Sull'influenza dell'idea crociana di *pseudoconcetto* nel campo giuridico si veda il volume, curato da Natalino Irti, *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004, che raccoglie gli scritti di Salvatore Pugliatti, Arturo Carlo Jemolo, Guido Calogero e Widmar Cesarini Sforza apparsi fra il 1935 ed il 1942 e che danno vita, per l'appunto, ad un serrato dibattito sui concetti giuridici. Sul tema cfr. anche la posizione di G. Gorla, *L'interpretazione del diritto*, cit., pp. 58 e segg.

3 – LA LEGALITÀ NATURALE QUALE FONTE ULTIMA DEL DIRITTO

Al di là della personale elaborazione dell'idealismo storicista, la quale caratterizza l'opera di Ascoli qui richiamata²², ciò che in questa sede preme rilevare è il profondo legame teorizzato dall'autore fra il diritto e la realtà sociale, legame che si manifesta per l'appunto nell'attività interpretativa del diritto. Per Ascoli, infatti, la fonte suprema del diritto è offerta dalla *legalità naturale*, che è elaborata ed interpretata nell'ambito dell'esperienza pratica: “il diritto è la più elevata forma della coscienza economica e ne è la disciplina: né esso avrebbe alcun senso se attraverso l'elaborazione e l'interpretazione della legalità naturale non trovasse nella coscienza economica la propria fonte”²³.

L'attività del giurista è pertanto attività di riconoscimento di un *diritto naturale*, inteso nel senso di una legalità naturalmente presente nella società; al diritto positivo si affianca, nella speculazione di Ascoli, un *diritto naturale*²⁴, che del primo è fonte sostanziale. In tal senso,

22 Si vedano in particolare i §§ da 16 a 23 de *La interpretazione delle leggi*. Per l'autore, “il grande merito di Croce è di avere concepito la economia come momento essenziale della vita spirituale, e di avere identificato questo momento economico con il diritto. [...] Ma se nel sistema di Croce si identifica con la economia, si può anche dire che esso si risolve e si annulla nella economia. Vi è qui una implicita contraddizione per cui, mentre da una parte il diritto si afferma come momento autonomo della vita spirituale, dall'altra si nega; e il modo con cui vengono identificati diritto ed economia ci pare molto pericoloso non meno per il diritto che per l'economia. [...] Il diritto nel sistema di Croce ha la stessa sorte che vi subisce la legge entro il momento economico della vita spirituale: si annulla nel momento in cui si pone come spiritualmente esistente. Nella vita economica non vi è posto per la norma, ma solo per i fatti e per le individualità”, *ibidem*, pp. 60-62.

23 *Ibidem*, pp. 92-93.

24 Per Ascoli “questo mondo in cui ogni fatto e ogni forza crea una norma, e ogni ordine di interessi si disciplina in una serie di schemi, noi non sappiamo in quale altro modo chiamarlo se non mondo del diritto naturale. Né ci spaventa aggiungere ancora un senso ai tanti che sono stati dati a questa infelice ma forse necessaria espressione concependo il diritto naturale in modo del tutto storico e immanente. In ogni sistema di diritto naturale sono strettamente commisti due elementi: il riconoscimento della naturalità del diritto, essere cioè il diritto momento ineliminabile della natura umana; e affermazione teoretico-politica di principî di carattere trascendente o teleologico, che si pongono come postulati a tutta una costruzione giuridica. [...] Noi crediamo che nessuno di questi due aspetti del giusnaturalismo sia sopprimibile: perché il primo può dar luogo ad una concezione o a una scienza del diritto naturale, intesa come

“se il diritto positivo fosse unico organo e unica manifestazione della giuridicità, evidentemente non avverrebbe questa sorta di ricambio fra forma giuridica e natura mediante il costante astrarsi della natura; e allora non vi sarebbero altre fonti di legalità, né altri modi di intendere il diritto e la sua interpretazione, se non quelli tassativamente indicati dal diritto positivo. Ma – continua Ascoli – questo appare inconcepibile se si comincia a intendere la naturale identità di creazione e di interpretazione, e se si inizia la indagine sulla astrattezza della norma: allora necessariamente dalla coscienza del carattere universale del diritto, si dovrà giungere a intendere la diversità che esiste tra fonte di diritto in senso formale e fonte di diritto in senso sostanziale. Nell’incessante processo di produzione giuridica che avviene nel diritto naturale grazie alla coscienza economica, e che si rispecchia e si chiude nel diritto positivo grazie al suo comando, la creazione di norme avviene sempre con gli stessi criteri”²⁵. Nella prospettiva di Ascoli, è il diritto positivo stesso, nel mediare continuamente fra se stesso ed il diritto naturale, a determinare la necessità di porre norme derivanti dai rapporti naturali. Pertanto l’interpretazione è creazione di diritto ed è momento di mediazione fra il diritto positivo ed i rapporti naturali; è l’attività interpretativa, nel porre in costante relazione il diritto astratto con la realtà concreta, ad offrire al diritto stesso continuità ed efficacia²⁶. Per Ascoli “interpretare una legge non significa tanto ridirla, quanto ritrovarla e riviverla: ritrovarla grazie allo schema che il diritto positivo offre, riviverla superando la individualità della legge di diritto naturale, per intenderla e risolverla grazie al comando superiore del diritto positivo”²⁷; in questo modo l’attività dell’interprete è, per l’autore, “una sezione dell’attività legislativa collocata in quei punti in cui la legge naturale può porre norme in contrasto alle norme positive: proprio su queste norme di diritto naturale l’interprete impone il sigillo

indagine sulla naturalità del diritto; e il secondo rappresenta il modo non eliminabile con cui si svolgono le espressioni e le vicende della vita politica”, *ibidem*, pp. 76-77. Nel corso della trattazione Ascoli pone l’accento essenzialmente sul primo aspetto proprio alle dottrine giusnaturalistiche, rifuggendo dall’idea di proporre un paradigma teorico-politico; ogni richiamo al diritto naturale va quindi inteso come riferimento alla naturalità del diritto, al suo rapporto con i fatti scaturenti dalla vita pratica.

25 *Ibidem*, p. 108.

26 Cfr. *ibidem*, p. 109.

27 *Ibidem*, p. 111.

della legalità positiva, rifondendole nello stampo delle norme fissate dall'ordinamento giuridico"²⁸.

In questo modo si assiste ad una sorta di compenetrazione dell'attività legislativa e dell'attività interpretativa; entrambe sono finalizzate al legare il diritto positivo con il diritto naturale. La legislazione interpreta e supera il diritto naturale ponendo una norma di diritto positivo, l'interpretazione, viceversa, interpreta il diritto positivo mediante una

28 *Ibidem*. A fronte delle indubbie tensioni presenti nel pensiero di Ascoli verso un'attività interpretativa che si diriga verso lidi legislativi appare interessante richiamare come per Gorla "l'interprete non intende farsi egli stesso legislatore, dettare effettivamente norme, poiché la sua attività normativa viene dispiegata, col criterio costitutivo dell'atto di interpretare, al solo fine di comprendere o possedere quel criterio o atto", *L'interpretazione del diritto*, cit., p. 15; infatti, "l'interprete non intende compiere [... un ...] nuovo atto, che è proprio del legislatore o del giudice nel suo momento pratico. [...] Anche di fronte al caso concreto, l'interprete non intende «applicare» la legge in quel senso, di porre la norma del caso concreto; ma egli intende soltanto vedere all'opera del proprio spirito l'atto normativo da interpretare, in quanto assunto a criterio dell'attività normativa, cioè comprendere e possedere quest'atto. Soltanto in un secondo momento, volendolo, il risultato dell'interpretazione potrà diventare contenuto di un atto pratico, che potrà essere un altro atto normativo", *ibidem*, p. 26. Sicché Gorla tende a distinguere fra interpretazione (atto spirituale) e l'applicazione del diritto (che è atto pratico), solo in quest'ultima si palesa la posizione della norma. In tal senso, "l'interprete *parte* da un determinato concetto legislativo per svilupparlo, assumendolo a criterio di un'attività della stessa natura di quella legislativa [...]. I concetti dell'interprete non sono altro che la riproduzione della stessa attività concettuale del legislatore [...] hanno la stessa natura di quella, e possono costituire parte integrante o contenuto di norme", *ibidem*, p. 60. In definitiva, per Gorla, in modo molto più marcato che in Ascoli, il fine dell'interpretazione è sempre rappresentato dalla ricerca della volontà del legislatore, una volontà che questi ha esternato nella disposizione. La disposizione rappresenta il punto di partenza per una indagine che vuole giungere al riconoscimento della volontà legislativa, è una attività strettamente determinata dalla presenza della volontà legislativa; in questo senso l'interprete non crea la norma (o, meglio, come specifica Gorla, l'interpretazione è creativa come qualsiasi altra attività spirituale). L'interprete trasforma l'astratto volere del legislatore in volontà volente. L'interprete, pertanto, non crea *ex novo* la norma, indaga l'opera del legislatore, la sua volontà al fine di riconoscerla, anche oltre il segno racchiuso nella disposizione e, facendola propria, dà vita ad un atto pratico, il quale si traduce nella posizione di una norma vigente nella realtà sociale. Questo freno al dispiegarsi di un *diritto libero* di fonte giurisprudenziale, è in ogni caso controbilanciato dal un riconoscimento fatto dallo stesso Gorla: "poiché un atto o un fatto non esiste al di fuori dello spirito che lo pensa, in sé lo rivive e dispiega, l'interpretazione come storia (attività storica) è sempre in divenire: essa varia nel contenuto a seconda del modo peculiare all'interprete di spiegare l'attività, cui l'atto appartiene, a seconda, cioè, delle sue qualità personali nello spiegare questa attività", *ibidem*, p. 10.

norma di diritto naturale creata a conferma del primo: “nella legislazione si deriva una norma astratta suprema dalla infinita individualità; nell’applicazione si creano continuamente conferme alla astrazione mediante norme ritrovate e applicate nei casi individuali; infine, in entrambe i momenti, la norma individuale di diritto naturale viene assorbita, trascesa, per convalidare, si potrebbe dire per alimentare, la norma di diritto positivo”²⁹.

4 – INTERPRETAZIONE CREATIVA E CERTEZZA DEL DIRITTO

Nella prospettiva solcata da Ascoli, l’attività interpretativa, per quanto creativa di diritto, non appare una attività sregolata, anzi la stessa è strettamente collegata al diritto positivo, ne è una emanazione, pur non ponendosi quale attività *ripetitiva* dello stesso. Il problema della certezza del diritto risulta centrale nel saggio qui richiamato; si può riconoscere che la garanzia della certezza del diritto sia, per così dire, propedeutica ad ogni riflessione su un’attività interpretativa intesa quale creazione del diritto. Infatti, l’autore sottolinea come “trovando l’intima identità di creazione e d’interpretazione noi avremo di ben poco aumentate le nostre conoscenze, se non riuscissimo a renderci razionalmente conto di quelle esigenze di certezza del diritto per cui, nell’ordinamento positivo, interpretazione e creazione di norme sono considerate quali funzioni rigidamente distinte”³⁰.

Il sistema giuridico fondato sull’interpretazione creativa, l’unica capace di rendere concreta l’esperienza giuridica legandola indissolubilmente alla legalità naturale, deve nel contempo garantire la certezza del diritto: per Ascoli, infatti, “l’esigenza della certezza del diritto è inderogabile”³¹. Va da sé che una prospettiva dichiaratamente antiformalista, scartata ogni opzione logico-deduttiva nell’attività interpretativa, non potrà ricercare nella forma del diritto il punto a cui ancorare l’ideale di certezza. Nella prospettiva qui proposta sia l’interprete, che il legislatore sono vincolati nella loro attività dalla legalità naturale, in questa ritrovano il punto di riferimento del loro agire pratico. Per Ascoli, infatti, “l’interprete, sapendo come la funzione di costringere i fatti entro i ritmi delle norme

29 M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, cit. p. 112.

30 *Ibidem*, p. 92.

31 *Ibidem*, p. 116.

sia creativa, non si sentirà spinto all'anarchismo del fatto singolo o del diritto libero; la legge non gli apparirà come arbitrio dell'astrazione di fronte alla realtà, ma egli intenderà il proprio compito come momento essenziale di una evoluzione che trova origine nella coscienza, forma e disciplina categorica nell'ordinamento positivo, e rinnovamento attuale in lui stesso". La coscienza dell'interprete è informata dalla legalità naturale, la sua attività è quindi attratta dalla "armonia e disciplina di una legalità naturale, grazie a una più elevata norma positiva"; in questo senso, "il legislatore non è più libero nell'emanare la legge di quello che lo sia l'interprete nell'applicarla: ma ha in più la tremenda responsabilità di aprire l'adito con la propria norma a una illimitata produzione di legalità naturale, cui egli dà la forma suprema, ma di cui ignora la sostanza e la finalità"³². Sarà, infatti, compito dell'interprete integrare l'attività legislativa offrendo di volta in volta alla norma quella sostanza e quella finalità che il legislatore, nel porre in essere astratte volizioni, ignora.

La certezza del diritto, lungi dal declinarsi verso itinerari logico-formali, trova concreta manifestazione nel legame fra diritto positivo e legalità naturale, connessione questa indagata e ritrovata dall'attività dell'interprete, la quale non si colloca come isolata dalla realtà, sulla quale non può esercitare un atto d'arbitrio; gli stessi "casi della vita vengono portati di fronte al diritto non nella loro singolarità, ma già elaborati dalla coscienza economica, e pronti quindi a subire l'ultima rifusione entro la forma del diritto positivo"; compito del diritto è dunque "di porre ogni opera della vita nel giusto punto perché sia concreta e socialmente rilevante, non causale e irriproducibile"³³.

L'individuazione del diritto viene pertanto demandata ad un inesauribile processo di armonizzazione fra diritto positivo e diritto naturale, che vede non nell'attività del legislatore, ma in quella dell'interprete il proprio fulcro. Per Ascoli, "il processo di formazione giuridica non si arresta mai nemmeno, anzi tanto meno, quando si raggiunge la solida costruzione di un ordinamento giuridico limite. [...] La costruzione di un saldo ed organicamente differenziato diritto positivo è il miglior mezzo per estrarre ed utilizzare la giuridicità innata e spontanea. [...] La norma di legge viene sempre confermata perché nessun giudizio può essere formulato se non come deduzione da una norma di legge:

32 *Ibidem*.

33 *Ibidem*, p. 117.

ma con ciò viene posta sui fatti e sui rapporti nuovi una norma di contenuto nuovo, formalmente identica a quella di legge. [... Il diritto] così come sorge dal superamento della realtà, non può se non superare se stesso costantemente; il sempre nuovo contenuto che riceve dalla interpretazione che è creazione e dalla creazione che è interpretazione, vuol dire un sempre maggior coinvolgimento dei suoi elementi, un continuare nel tempo, senza possibilità di arresto, il proprio compito. [...] La vita del diritto non può mai essere intesa come immobilità o inerte pace, bensì come una sorte di continua lotta fra il diritto stesso e il suo sempre nuovo contenuto, fra la norma positiva dell'ordinamento giuridico limite e il diritto naturale"³⁴.

In questa prospettiva è il diritto naturale a rappresentare una sorta di forza centripeta che attira a sé le azioni individuali e le disciplina in norme; il diritto naturale sintetizza ed organizza le volizioni individuali al fine di offrire alla coscienza giuridica la possibilità di tradurre i fatti in norme regolatrici. Come è stato osservato appare centrale, pertanto, nella speculazione di Ascoli "l'idea di un mondo del diritto naturale inteso come un mondo infinitamente vasto che comprende tutta la vita pratica e nel quale tutti i fatti, gli interessi e le forze si attuano e disciplinano in norme"³⁵.

Ascoli si pone in una prospettiva tesa a riconoscere una giuridicità che non promana esclusivamente dallo stato, ma che è propria di formazioni sociali diverse dallo stato, dalle società intermedie al sistema di diritto internazionale, il quale sovrasta lo stato; compito dell'interprete è unire, nella norma giuridica da lui creata, il diritto positivo di derivazione statale alla *naturalità* della vita, la forma astratta ai fatti tramutati in norma. In questo modo l'autore apre il mondo del diritto a "alcune funzioni o alcuni momenti dello spirito pratico che oggi generalmente sono ritenuti distinti dal diritto [... ; ...] il diritto è modo d'essere della società"³⁶.

34 *Ibidem*, pp. 119-120.

35 T. Treves, *Dall'idealismo storicistico alla sociologia del diritto*, cit., p. 376.

36 M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, cit., pp. 123-124. Va anche su questo punto operato un distinguo fra la prospettiva solcata da Ascoli e quella proposta da Gorla. Per quest'ultimo, infatti, la ricerca sulla realtà sociale posta in essere dall'interprete al fine di fondare su di essa la norma giuridica non è fatto da legittimarsi di per sé. Questa è un'indagine legittima solo se finalizzata al riconoscimento della volontà del legislatore: "per l'interprete la realtà sociale presente al legislatore esiste soltanto così

Per l'autore, il diritto, se si vuole concepirlo come "norma tecnica capace di disciplinare ogni materia", deve riflettere da ogni rappresentazione in chiave esclusivamente statualistica, perché soltanto con la trasformazione dei fatti individuali in norme si potrà disciplinare la vita pratica ed il diritto affermerà la sua funzione pacificatrice, "che è la realizzazione di una idea etica di pace garantita nel mondo grazie al diritto e in cui tutto il diritto si giustifica"³⁷. Di converso "se non si riconosce altra manifestazione di giuridicità che non sia lo Stato, e se si pone come fondamento metafisico alla costruzione del diritto l'ideologia della forza, si cade in un pericolosissimo paralogismo, e si crea un diritto estremamente instabile, sconvolto e rifiuto ad ogni fluttuare delle forze, inefficace a compiere la funzione unificatrice che in ogni epoca è riservata al diritto"³⁸.

come si è rispecchiata nel concetto del legislatore; o se si vuole, esiste questo concetto e non quella realtà [... in questo senso ...] l'attività dell'interprete non è libera: egli viene a contatto della realtà partendo da un concetto già posto (dal legislatore) come criterio o principio concettuale-normativo e quindi, sostanziale, con un concetto già posto. Per tanto egli viene a contatto della realtà sempre *sub specie* del concetto legislativo", *L'interpretazione del diritto*, cit., pp. 150-151. L'indagine sulla realtà sociale, così concepita, è criterio di sviluppo di quella interpretazione superiore volta a individuare la volontà oltre il mero documento. Pare che per Gorla l'intera esperienza giuridica si incarni nell'opera del legislatore, nella sua volontà interna, dato che è il legislatore a porre le disposizioni e l'interprete deve, indagando oltre le stesse, risalire alla volontà legislativa, dalla quale appare vincolato. In tal senso, "lo studio della c. d. realtà sociale disciplinata dal legislatore e dei concetti della vita comune a lui presenti non è opera dell'interprete, se non al fine di procurarsi un mezzo di interpretazione", *ibidem*, p. 150.

37 *Ibidem*, p. 123. Ascoli riprende la nozione di norma tecnica dal pensiero di Alfonso Ravà, cfr. *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, ma se ne distanzia profondamente. Infatti "diremo col Ravà che il diritto è norma tecnica; ma non lo seguiremo fino ad affermare che questa norma tecnica è determinata dallo scopo di far esistere la società che disciplina. La conservazione della società potrà essere nelle intenzioni di chi legifera, ma non può essere considerata come l'essenza del diritto, il quale in quanto norma trascende ogni contenuto, supera ogni scopo che li venga assegnato, e può apparire come un elemento che conserva o dissolve la società, unicamente perché il diritto è la forma spirituale in cui la società può essere pensata e vissuta. Con una tautologia che crediamo solo apparente, se si è bene inteso quale largo senso si dia alla giuridicità naturale, diremo quindi che il diritto positivo è norma tecnica per la disciplina della giuridicità", *La interpretazione delle leggi*, cit., p. 114. In proposito si rimanda a quanto già fatto cenno nella nota 24 del presente capitolo.

38 *Ibidem*, p. 130-131.

L'apertura del diritto alla socialità preserva il mondo giuridico dal cadere in balia della forza, lo àncora saldamente alla vita pratica sino a palesarlo come espressione diretta e concreta della stessa. Rigettando ogni impostazione formalistica, per Ascoli l'interpretazione creativa appare, dunque, il fulcro intorno al quale si dispiega la concreta posizione del diritto; l'attività interpretativa, lungi dal porsi come momento ripetitivo della astratta norma posta dal legislatore, è vera e propria ricerca e posizione di diritto³⁹.

5 – UN *TARDO* IDEALISMO GIURIDICO

L'opera di Max Ascoli cronologicamente si colloca nel periodo di massimo fulgore dell'idealismo italiano; le tesi sviluppate dall'autore nella seconda metà degli anni Venti in merito all'interpretazione creativa sono in un certo qual modo riconnesse ad una situazione di egemonia culturale, la quale le sorregge e le legittima anche in un mondo del diritto fortemente informato da un'idea di interpretazione logico-formale. Appare interessante notare come l'idealismo storicistico si ripresenti con inalterato vigore in un contesto culturale segnato da profonde innovazioni, ove la prospettiva che andava emergendo, gli studi di filosofia analitica legati al diritto, era avulsa dai presupposti della crociana *Filosofia della pratica*. Appare quindi meritevole di interesse

39 Va sottolineato come, nell'opera di Max Ascoli, la riduzione del diritto all'economia di preta derivazione crociana assuma tutt'altra veste da quella comunemente presentata; pare, infatti, che lungi dal voler, in tal modo, sancire la mancanza di autonomia del fenomeno giuridico, riducendolo a strumento della volizione economica (in questo Croce recupera a pieno la lezione di Marx; cfr. V. Frosini, *L'idealismo giuridico italiano del Novecento*, cit., pp. 12 e 16), il diritto ritrovi proprio nell'economia il momento fondante la sua autonomia, sempre che si voglia leggere il sostantivo economia nel suo significato più profondo, di volizione individuale atta a porre regole *nella casa*. Per Ascoli il diritto non è la manifestazione della volontà legislativa, la quale si pone come esterna alla vita pratica, ma espressione diretta di una naturalità economica, che promana dal soggetto regolatore. Sicché qui il diritto è regola autonoma radicata nella realtà dalla quale promana, viceversa, il prodotto legislativo, in quanto comando eteronomo, è volizione astratta; il diritto è autonomo in quanto promana dalla natura delle cose (si veda in proposito il costante richiamo di Ascoli al diritto naturale), la sua rappresentazione in esclusiva chiave legislativa lo fa dipendere dal potere, nel nostro caso economico, facendogli perdere ogni connotato autonomo.

uno studio apparso nel 1955 a firma di Giorgio Laserra titolato, quasi a richiamarsi all'opera di Ascoli, *L'interpretazione della legge*⁴⁰.

La prospettiva filosofica dell'autore nell'affrontare il tema prescelto e da subito chiara: "l'interpretazione legale [...] è vincolata, s'intende, non nel senso assoluto e filosofico che l'interprete non possa, se lo vuole, interpretare di suo capo, impossibilità questa che sarebbe assurda data la connaturale libertà di ogni atto dello spirito. Ma nel senso relativo e giuridico che esistono delle altre leggi, fondamentali e superiori, che pongono dei vincoli alla interpretazione sia in ordine alla attività, condotta o procedimento, sia in ordine all'oggetto di essa interpretazione; e che l'interprete non può disattendere a quei vincoli se non ribellandosi a tali leggi fondamentali"⁴¹. Che egli si collochi pienamente nell'alveo tracciato dall'idealismo è ribadito dalla constatazione per la quale "l'interpretazione, se non è storia e pensiero (della volontà (del contenuto) della legge), è essa stessa volontà. L'interpretazione produce un *quid novi*, prima inesistente, o non pensato come già esistente, e perciò stesso è essa volontà, è azione, è atto di comando e pratico. L'interpretazione è sempre in effetti produzione di nuove leggi, nuove perché mai prima volute, nel loro preciso contenuto, dal legislatore, o quantomeno perché, ove per casuale coincidenza già volute, non pensate dallo interprete come già volute da qualcun altro. In questa produzione del nuovo sta la natura pratica e volitiva dell'interpretazione"⁴². Il prodotto dell'interpretazione

40 G. Laserra, *L'interpretazione della legge*, cit.

41 *Ibidem*, p. 3. La supposizione di una attività d'interpretazione legale in qualche modo (per l'oggetto e per il metodo) vincolata, fa sì che l'autore prenda le distanze da teorie dell'interpretazione *onnicomprendente* quale quella espressa dal Betti; infatti, "la presente monografia, come corollario dei risultati che ritiene di aver raggiunto, deve in definitiva contestare la legittimità scientifica di una teoria generale dell'interpretazione la quali abbracci ogni sorta di interpretazione. [...] Tutte queste svariate attività non possono avere di comune, quanto l'hanno, niente altro che la loro natura, *sub specie aeternitatis*, di atti teorici oppure pratici, e le loro eventuali affinità potranno dipendere dalla loro natura di atto teorico o pratico, mai dalla loro appartenenza ad una o all'altra delle presunte classi di quella teoria", pp. 111-112. La critica di Laserra è esplicitamente rivolta, come rilevato, al Betti della *Teoria generale dell'interpretazione*.

42 G. Laserra, *L'interpretazione della legge*, cit. p. 35. L'autore esplicitamente fonda le sue argomentazioni sul pensiero di Benedetto Croce richiamando vuoi la *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, vuoi la *Filosofia della pratica*.

è pertanto la norma, frutto della volontà dell'interprete e legata solo da un rapporto *storiografico* con l'articolo di legge.

Se, come sopra osservato, l'interpretazione, in quanto volontà, è atto di comando, non per questo la volontà dell'interprete appare arbitraria: “la volontà dell'interprete è vincolata, sia pure solo in senso giuridico e relativo e non filosofico e assoluto. Leggi fondamentali di ogni genere gli prescrivono l'oggetto della interpretazione e l'attività, condotta o procedimento di essa interpretazione. Ogni arbitrio e anche ogni discrezionalità, sono dunque esclusi, quantomeno *sub specie iuris* e nei limiti delle leggi fondamentali”⁴³.

Ora, a ben vedere, le leggi fondamentali a cui l'autore fa cenno sono tali da imporgli l'oggetto dell'attività interpretativa, nel nostro caso la legge, e qui si riconnette la dimensione storiografica dell'attività interpretativa; infatti, da prima l'interprete deve “indagare se esiste quel *minimum* di atto storico già voluto e compito da chi di ragione”⁴⁴. Individuato l'atto storico (la legge del legislatore), lo stesso deve venire depurato da ogni riferimento alla volontà: “l'interpretazione della legge rifiuta di ogni caso (e quindi anche in presenza di formule legislative formalmente perfette) di occuparsi se esista veramente una volontà legislativa del contenuto”⁴⁵.

Sicché, in buona sostanza, il primo limite si riduce a far sì che l'interprete rivolga la propria attenzione esclusivamente alla *legge* e non ad altre manifestazioni di volontà; la legge (qui intesa come “una specifica determinata formula” alla cui “singola individualità” l'interprete deve attenersi) si pone di fronte all'interprete come la proverbiale *tabula rasa*; a questa egli deve offrire significato, ovvero con questa creare la norma. Nel far ciò egli dovrà tener conto che ad ogni disposizione

43 G. Laserra, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 41

44 *Ibidem*, p. 19.

45 *Ibidem*, p. 24. Va rilevato come questa assunzione, come già precedentemente osservato, si pone al di fuori dell'alveo tracciato da Gino Gorla, per il quale è proprio la volontà legislativa l'oggetto dell'attività interpretativa; cfr. *L'interpretazione del diritto*, cit., p. 119. Per Gorla, che pur si colloca chiaramente in un percorso fortemente segnato dall'idealismo crociano (cfr., a titolo d'esempio, *ibidem*, pp. 4 e 24), un interprete che si volesse svincolare dall'analisi della volontà del legislatore si indirizzerebbe, per un verso, in una prospettiva oggettiva ed astorica e opererebbe, per altro, egli stesso, illegittimamente, nello stesso campo del legislatore, cosa che non gli è, per l'appunto, consentita. Il suo compito è l'indagine storica sulla volontà del legislatore, su quell'intento che sta a monte dell'esternazione legislativa.

corrisponde una situazione, esaminando la disposizione di potranno individuare le soluzioni possibili, viceversa dalla situazione legata alla disposizione si possono trarre le possibili fattispecie. Per l'autore, il "problema pratico della formula" si può risolvere scegliendo, fra le possibili soluzioni, le disposizioni più aderenti al problema posto dalla formula e fra le fattispecie "quella rispetto a tale problema più manifestamente in tema"⁴⁶.

Per quanto riguarda ancora il metodo dell'attività interpretativa appare interessante rilevare come Laserra ritiene che le regole prodotte dalla scienza giuridica siano solo latamente ausiliarie; "le regole non possono servire che a un primo e incerto orientamento ed aiuto e il singolo atto di interpretazione non può contare su altro aiuto sicuro che sulle verità assolute della natura dell'interpretazione e sulla concreta realtà del dato storico di esso singolo atto"⁴⁷. Va in ogni caso rigettato, nell'informare l'attività interpretativa, oltre ad ogni richiamo ai principî, fini, fondamenti, scopi del diritto, anche ogni riferimento alla coscienza sociale: "la realtà sociale non ha rilevanza per l'interprete che in quanto richiamata dalla formula legislativa, mentre gli orientamenti e valutazioni non richiamati non interessano l'interprete il quale guarda solo alla concretezza della suità della formula e del problema pratico e della soluzione adottata"⁴⁸. Sicché, a meno che la realtà sociale non

46 Cfr. G. Laserra, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 59-62. Per l'autore, il problema pratico della formula in qualche modo riprende l'idea propria al pensiero di Betti della *drammatizzazione* dell'esito dell'interpretazione che si propone; cfr. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., pp. 5 e segg.

47 G. Laserra, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 65. Il nostro si richiama al Croce della *Filosofia della pratica*, per il quale "la regola suprema (la quale non è più regola, ma verità filosofica) è, che bisogna uscire di regola, cioè affrontare il caso individuale, che come tale è sempre irregolare", I, 7 (p. 80 della edizione citata dello scritto crociano).

In questo suo modo d'accostarsi alla scienza giuridica, Laserra ritrova consonanza con il pensiero di Gorla, che già tre lustri prima evidenziava come "i concetti del diritto, opera della scienza giuridica, sono [...] tutti concetti empirici, astrazioni, da una realtà più o meno ampia, di alcuni caratteri, i quali, in fondo, *ad libitum* si assumono come tipici. Servono questi concetti all'interprete? non credo, perché essi sono un'astrazione, una generalizzazione, ma anche una delimitazione di quella stessa realtà che egli rivive e dispiega in forma individuale nel proprio spirito: e potrebbe essere che lo schema non si adatti a questa realtà", *L'interpretazione del diritto*, cit., p. 50.

48 G. Laserra, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 72. L'autore riprende ancora motivi già sviluppati da Gorla, il quale, come già osservato in merito alla difforme

sia richiamata dalle stesse formule legislative, la stessa non influirà sull'attività interpretativa.

6 – REALTÀ SOCIALE ED INTERPRETAZIONE CREATIVA

Questo aspetto va indagato dato che traspare evidente un contrasto fra la prospettiva solcata, sempre nell'alveo dell'idealismo storicista, da Ascoli e quella seguita tre decenni dopo da Laserra.

Se, come sopra osservato, nella prospettiva di Max Ascoli, la realtà sociale si ricollega direttamente alla legalità naturale, la quale fornisce la fonte ultima da cui l'attività del legislatore e dell'interprete è ispirata e vincolata, nella riflessione propostaci da Laserra l'espressione realtà sociale assume connotati diversi e la sua influenza sul mondo del diritto non appare così immediata.

Laserra riconosce come “la realtà sociale è frequentemente richiamata dalle stesse formule [legislative ...] il che evita, sullo stesso piano della più ortodossa legalità, uno isolamento più o meno splendido dell'ordine costituito dalle formule legislative e ne assicura, s'intende nei limiti del richiamo, l'ancoraggio e la relazione con la viva realtà. I concetti legislativi [...] alla fine hanno sempre un contenuto, se non veramente rappresentativo, quantomeno riferentesi, in qualche modo, alla realtà, a cui la legge deve pur accennare, dato che ne programma il regolamento”⁴⁹. Avuto riguardo a questo riconoscimento, egli ritiene legittimo che l'interprete consideri la realtà a cui la formula legislativa si

posizione assunta da Ascoli, riconosceva che “la così detta realtà sociale non si pone se non di fronte al legislatore o all'interprete; il suo studio pertanto fa parte o della tecnica legislativa o della tecnica interpretativa di un dato diritto e, in questo secondo caso, al fine di spiegare un dato criterio normativo di fronte alla realtà (interpretazione superiore ...) ovvero di giungere all'accertamento di un concetto legislativo (interpretazione inferiore ...)”. D'altro canto, Gorla ritiene che “al di là di questi scopi, uno studio della realtà sociale come un *quid*, una cosa in sé, che si ponga al di fuori dello spirito, come un presupposto dell'opera del legislatore che la influenzi o determini, è un non senso, perché non esiste realtà sociale come cosa in sé, come oggetto, al di fuori dello spirito di un dato legislatore: la realtà sociale è quella che si trova nello spirito del legislatore, sicché realtà e legislatore non sono termini che si possano contrapporre. Sia per la scienza del diritto che per l'interpretazione, non esiste, rispetto all'attività del legislatore, un dato e un costruito, ma soltanto un costruito o un criterio di costruzione, quello del legislatore”, *L'interpretazione del diritto*, cit., pp. 44-45.

49 G. Laserra, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 74-75.

riferisce; in questo senso è accettato il richiamo alla cosiddetta natura delle cose, purché la stessa sia esplicitamente espressa nella formula legislativa. Laserra riprende in qualche modo l'analisi di Gorla; anche qui, infatti, il rapporto fra realtà sociale e interprete è in qualche modo mediato dall'attività legislativa, da posizione di formule legislative; ove il legislatore si compiaccia di menzionarla esplicitamente l'interprete è tenuto a considerarla, nel caso contrario egli dovrà ignorarla, salvo l'eccezione della cosiddetta "logica della materia disciplinata"⁵⁰ o natura delle cose.

Questa limitazione può ritrovare, nel pensiero di Laserra, la propria ragione operativa nell'arginare l'arbitrio creativo dell'interprete, ancorandolo saldamente all'oggetto della sua attività, anche se l'ammissione di una riflessione sulla natura e le esigenze concrete del rapporto paiono riaprire la porta alla discrezionalità (vincolata) dell'interprete. Per quanto non espressamente dichiarato, non appare fuori luogo sostenere che Laserra, a differenza di Ascoli, ritenga di dover ritrovare la certezza del diritto non tanto, come l'illustre predecessore, nella stretta relazione fra la norma prodotta dall'interpretazione e la realtà sociale che si esprime nel diritto naturale, quanto nel rapporto vincolante fra attività interpretativa e la formula oggetto della stessa. Sotto questa luce si spiegherebbe il depotenziamento che il richiamo alla realtà sociale subisce nell'opera di Laserra e prima di lui nella speculazione di Gino Gorla.

È ben vero che lo stesso, accanto alla "logica della materia disciplinata" richiama, quali espliciti riferimenti alla realtà sociale, le cosiddette clausole generali presenti nelle formule legislative (dalla buona fede, alla diligenza ed al buon costume), ma appare indubbio che tali clausole siano di per sé espressioni vaghe e, come tali, necessitino di quantificazione discrezionale da parte dell'interprete. Certo è, come lo stesso Laserra sottolinea, che tale qualificazione, al fine di non apparire arbitraria, deve ancorarsi saldamente alla realtà sociale, questa volta però intesa in un senso più vicino a quanto è andato teorizzando alcuni decenni prima Max Ascoli.

Per Laserra, infatti, le clausole generali "sono concetti metagiuridici, che, se e quando non modificati dalla formula, vanno attinti alle loro proprie e dirette scaturigini sociali, esclusa ogni mediazione di piani

⁵⁰ Laserra riprende l'espressione da E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit. p. 173.

legali o verità ufficiali, con l'avvertenza, peraltro, che, a rigore, anche quei concetti sono pseudoconcetti, e che nemmeno essi hanno vita propria, ma sono costruzioni che l'interprete dovrà compiere volta per volta, sia pure partendo da fatti noti e rientranti nella comune esperienza che esso interprete si rappresenta in gran numero e riunisce, appunto, nei ripetuti pseudoconcetti"⁵¹.

Due, pertanto, appaiono i momenti di collegamento fra l'ambito di creazione delle norme per tramite l'attività interpretativa e la realtà sociale; entrambi sono offerti dalla stessa formula legislativa oggetto di indagine interpretativa. Per un verso, la formula può indurre l'interprete a considerare le esigenze concrete del rapporto da regolamentare attraverso la norma da egli posta, per altro, ancora la formula, ricomprendendo al suo interno clausole generali, spinge l'interprete ad utilizzare questi pseudoconcetti al fine di (crocianamente) "volere un certo indirizzo" che sia consono con la realtà sociale da cui questi concetti emergono.

Vi è poi un terzo momento che lega l'interprete alla realtà, e questo è offerto dalla equità. Concetto anch'esso metagiuridico che, a detta dell'autore, ha il pregio, riprendendo Pietro Calamandrei, di porre l'interprete "a contatto con la viva e fresca realtà sociale"⁵². Per il nostro, il concetto di equità è concetto vago, tale da necessitare determinazione da parte dell'interprete, il quale può o indirizzarsi verso il mondo dell'*ethos* e, quindi, ricollegare il diritto alla morale, oppure, come nel caso previsto dall'articolo 912 del Codice civile, porsi lungo criteri valutativi preferenziali⁵³. Nel primo caso, il coincidere del criterio di equità con l'*ethos*, fa sì che il mondo del diritto si trovi a diretto contatto con il mondo della morale e obbliga il giurista impegnato nell'attività interpretativa a confrontarsi con la morale, tanto poter ritenere, con Max Ascoli, "che se è vero che nella eticità si rende esplicito tutto quanto nel diritto è implicito, la filosofia del diritto, in quanto sforzo di chiarire e rendere coscienti i termini della esperienza giuridica, deve essere per necessità anche un'etica del diritto. Non deve limitarsi a intendere qual è la funzione e la struttura del diritto, ancora meno deve fermarsi a quel

51 G. Laserra, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 75.

52 Il riferimento è a P. Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in "Archivio giuridico", XC (1921), pp. 224 e segg.

53 Cfr. G. Laserra, *L'interpretazione della legge*, cit. p. 76.

momento dell'attualità in cui il diritto concretamente svolge la propria opera: ma inquadrando lo svolgimento infinito dell'esperienza giuridica, deve dargli uno scopo, riconoscendolo in funzione dello scopo: che sia lo scopo voluto appunto dalla coscienza morale"⁵⁴.

Anche Laserra, come prima di lui sicuramente in modo più inequivoco fece Ascoli, ritiene di dover ravvisare un collegamento fra il mondo del diritto ed il mondo della morale, questo legame si manifesta nel momento dell'interpretazione creativa della norma, in modo che l'interprete attinga, nel porre la norma, non soltanto dalla fonte formale, la formula legislativa, ma si ponga a confronto con sistemi non giuridici, quali, per l'appunto, la morale e la realtà sociale, intesa, quest'ultima, nel duplice senso di natura delle cose e di coscienza sociale comune⁵⁵. In Laserra il rapporto fra il sistema giuridico formalmente inteso ed i

54 M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, cit., pp. 136-139. Più oltre l'autore aggiunge: "la filosofia del diritto, per essere veramente tale, deve percorrere per intero tutto il ciclo della vita pratica, fra la spersonalizzazione delle azioni e degli individui nel momento economico della coscienza, e la conquista della personalità nella coscienza morale. Una filosofia del diritto è resa necessaria dalla importanza spirituale della funzione del diritto, collocato a raccogliere, a disciplinare il pullulare della vita proprio nei punti in cui questo pullulare è più agitato: e poiché il diritto è un momento necessario dello spirito perché questo possa completamente realizzarsi, la filosofia del diritto deve essere la continua critica e difesa dello spirito di fronte al diritto", pp. 138-139.

55 Particolarmente significativi di quanto sopra detto appaiono due passi crociani se posti fra loro a confronto. Dal § 3 della parte III della *Filosofia della pratica* richiamiamo il seguente passo: "l'uomo che ha la memoria piena di leggi forgiante da lui o da lui raccolte, pervenuto al punto dell'operare, fa una grande riverenza alle signore Leggi, e si conduce di suo capo" (p. 342 dell'edizione citata). Il condursi *di suo capo* non fa però dell'uomo un soggetto sregolato, incapace cioè di offrirsene una regola; nella prospettiva crociana, la regolarità della condotta umana non verrà forgiata dalle *signore Leggi*, piuttosto dal richiamarsi del soggetto ad un mondo valoriale all'interno del quale collocare l'azione concreta; sarà questo ad ispirare la regolamentazione dell'azione e non l'astratta legge (ovvero "l'atto volitivo che ha per contenuto una serie o classi di azioni"). In proposito Croce ben chiarisce come "l'uomo pratico sa o sente bene che le leggi sono semplicemente aiuto ed esercitazione provvisoria, che non danno l'azione; e sa e sente che egli deve, caso per caso, affrontare la situazione di fatto, percepirla nella sua originalità e originalmente produrre l'azione sua propria", *ibidem*, III, 4 (p. 352 dell'edizione citata). Per Croce, l'azione e la regola concreta della stessa si rapportano non già all'individuo isolato, che, pertanto, produce tutt'al più *programmi di vita*, bensì ad un individuo immerso nella società: "la realtà è unità e molteplicità insieme, e un individuo è concepibile solo in quanto ha di fronte altri individui, e il processo del reale è effettivo in quanto gl'individui sono in relazione",

sistemi non formalmente giuridici è mediato da entità metagiuridiche, quali, ad esempio, le clausole generali, ed appare più sfumato che nell'opera di Ascoli, ove questo collegamento è richiamato e descritto a chiare lettere; ciò non di meno il processo creativo di norme per tramite dell'interpretazione necessita, anche in Laserra, di coinvolgere ed integrare realtà sociali diverse, ma tutte convergenti nel prodotto finale dell'interpretazione: la norma giuridica.

7 – LA FATTUALITÀ DEL DIRITTO. L'INTERPRETE RICERCA IL PROPRIO METODO NELL'ESPERIENZA PRATICA

Questa prospettiva fortemente antiformalista ritrova la propria linfa nel rapporto con la concreta esperienza pratica, luogo eletto alla formazione della norma e dal quale la norma stessa ritrova legittimità. È l'interprete della formula legislativa a creare in stretto rapporto con l'esperienza pratica la norma giuridica, tanto da poter affermare essere l'esperienza la fonte ultima, ma non esclusiva, della giuridicità. Il momento legislativo, esaltato nelle prospettive riconducibili al positivismo giuridico, viene qui relegato ad un ruolo secondario; la volontà del legislatore è, infatti, come afferma Croce, “una pretesa volizione. Contraddittoria, perché priva di situazione unica e determinata; ineffettiva, perché sorge sul terreno medesimo di un concetto astratto. Volizione, insomma, non voluta; atto volitivo non reale ma irreal”⁵⁶.

ibidem, III, 1 (p. 319 dell'edizione citata). È questa realtà che offre all'uomo pratico gli elementi per produrre e regolare l'azione, non la astratta volizione del legislatore.

56 B. Croce, *Filosofia della pratica*, III, 3 (p. 341 dell'edizione citata). Alla speculazione crociana fa eco la riflessione di Pietro Calamandrei, il quale, nel suo già richiamato saggio *Il giudice e lo storico*, seguendo le indicazioni del pensatore partenopeo, sottolinea come “la legge, se manca nel cittadino la volontà attuale di osservarla, cioè di conformare al suo precetto la propria condotta pratica, o nel giudice la volontà attuale di farla praticamente osservare nel caso concreto, rimane in sé stessa una ipotesi inerte ed astratta, superata dalla realtà che va innanzi per conto suo, ribelle a tutti gli schemi e sprezzante di tutti i prognostici. La sentenza del giudice, dunque, in quanto formula questo comando concreto che non è nella legge e che dalla legge non può scaturire per virtù magica, non è un atto teorico, ma un atto pratico, con cui il magistrato, anziché limitarsi a prender atto di una realtà già accaduta, mira a inserirsi nella realtà, a farvi la sua parte attiva che è poi quella di comandare e di infliggere sanzioni, concorrendo così, coll'agire proprio, a determinare in un certo senso l'azione futura degli altri. Non dunque attività meramente conoscitiva è, nella sua fase finale, la giurisdizione, ma attività essenzialmente volitiva”, p. 119.

Ripetere questa volontà nell'atto di applicare la legge implicherebbe il rimanere, anche da parte dell'interprete, nel campo della irrealtà, dell'astrattezza vanificando ogni sforzo regolamentativo (come sottolinea Croce, "volere astrattamente non è veramente volere, perché si vuole soltanto in concreto, ossia in una situazione determinata e con una sintesi volitiva corrispettiva a quella situazione, e tale che si traduca immediatamente in azione, cioè che sia insieme azione effettiva"⁵⁷). La regola concreta nasce dal fatto, è dal fatto che sorge la norma capace di regolarlo, la regolamentazione non appare pertanto rappresentabile con un processo di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, come certo logicismo vorrebbe; non è la legge a calarsi sul fatto, ma è dal fatto che nasce la legge. È la volontà concreta dell'interprete (del fatto e della formula legislativa) a porre la norma giuridica atta a regolare il fatto individuale, il quale non può, in quanto individuale ritrovare la propria regolamentazione in una *classe* di azioni. In questa prospettiva il fatto sfugge alla regola, viola sempre e comunque il diritto; è dal fatto che la regola ha da promanare e, in quanto regola individuale, potrà essere regola concreta⁵⁸.

Va ancora sottolineato come, e ciò a maggior ragione nell'opera di Ascoli, la *riduzione* del diritto all'economia, propria dell'idealismo storicistico, possa palesarsi con tutt'altra veste da quella comunemente presentata; infatti, è possibile alla luce di quanto sopra esposto ritenere che il diritto, lungi dal venire rappresentato come privo di autonomia in quanto

57 *Filosofia della pratica*, III, 3. Croce ribadisce come "ciò che realmente si vuole non è già la legge, ma l'atto singolo che si compie, come si dice, sotto la legge, cioè l'esecuzione della legge. La volizione singola è la sola che si effettui: l'esecuzione della legge è la sola, che veramente e realmente si voglia e si operi", *ibidem*.

58 Come noto per Croce "le situazioni singole in cui si vuole e si opera, non possono essere mai prevedute dalla legge, e perciò non si può operare secondo di essa, ed eseguirla ed applicarla. Il caso reale è sempre una sorpresa, qualcosa che accade una volta sola, e viene conosciuto, così com'è, solamente in quanto accade; e pel fatto nuovo occorre nuova misura, per nuovo corpo abito nuovo. La misura della legge invece, per essere astratta, oscilla tra l'universale e l'individuale; e non ha la virtù né dell'uno né dell'altro. Attuare la legge? Ma solamente il pedante della vita forma di siffatti propositi, come solo il pedante dell'arte si propone di applicare le regole d'arte. Il vero artista segue docile la guida della sua coscienza estetica, come l'uomo pratico l'ispirazione del suo genio pratico", *ibidem* (p. 342 della edizione citata).

strumento di una volizione economica⁵⁹, ritrovi proprio nel mondo pratico dell'economia il suo autonomo fondamento. Questo ambito appare infatti, avuto riguardo al suo significato etimologico, il luogo privilegiato per la volizione individuale atta a porre regole giuridiche; per Ascoli il diritto non è manifestazione della volontà del legislatore, la cui (non) volizione si pone come estranea, astratta, dalla vita pratica, ma è espressione di una naturalità economica⁶⁰, che si istituisce nella volontà del soggetto regolatore. Sicché qui il diritto è autentica autonomia, mentre nella sua rappresentazione in chiave legislativa appare quale forza eteronoma; il diritto è autonomia in quanto promana dalla natura delle cose, viceversa nella sua rappresentazione legislativa è dipendente dal potere. In un certo qual modo Ascoli, riprendendo criticamente il pensiero di Croce, ci indica anche una via per sciogliere il diritto dalla forza e per poterlo fondare, non già sulla astratta volontà del legislatore, bensì sulla concreta natura delle cose, che non può venire interpretata con metodo logico-formale.

L'attività interpretativa non può quindi avvalersi di tecniche logico-formali, dovrà ricercare il proprio metodo nell'esperienza pratica. È questa in buona sostanza la tesi sostenuta da Guido Calogero.

8 – GUIDO CALOGERO E LA LOGICA DEL DIRITTO

“Gli strumenti dell'euristica, le accortezze dell'ermeneutica, l'esperienza del modo in cui di solito vanno le cose naturali ed umane e quindi l'attitudine a intuire secondo verosimiglianza il corso quando

59 Sul collegamento del pensiero di Croce all'analisi marxista del diritto cfr. ancora V. Frosini, *L'idealismo giuridico italiano del Novecento*, cit. e D. Corradini, *Croce e la ragion giuridica borghese*, cit., p. 27.

60 Si veda il riferimento di Ascoli, sopra richiamato, al *diritto naturale*, che non avrebbe altrimenti senso in una prospettiva crociana, cfr. *Filosofia della pratica*, 3, II, ove Croce constata come “contraddittorio è altresì il concetto un codice eterno, di una legislazione-limite o modello, di un diritto universale, razionale o naturale, o come altro lo si è veduto variamente intitolato. Il diritto naturale, la legislazione universale, il codice eterno, che pretende di fissare il transeunte, urta contro il principio della mutevolezza delle leggi, che è conseguenza necessaria del carattere contingente e storico del loro contenuto. Se al Diritto naturale si lasciasse fare quel che esso annunzia, se Dio permettesse che gli affari della Realtà fossero amministrati secondo le astratte idee degli scrittori e dei professori, si vedrebbe, con la formazione e applicazione del Codice eterno, arrestarsi di colpo lo Svolgimento, concludersi la Storia, morire la Vita, disfarsi la Realtà” (p. 336 della citata edizione).

siano noti solo alcuni elementi, sono armi comuni dello storico e del giudice”⁶¹.

In tal modo Guido Calogero si avvia ad accostare l’esperienza giuridica alla ricerca storica; lo sforzo concettuale del giurista di fronte alla comprensione del fatto viene accomunato, anche e soprattutto metodologicamente, a quello esplicito dallo storico nel porre giudizi su avvenimenti passati, su fatti che, per entrambi i ricercatori non si delineano “come una realtà già esistente, ma come qualcosa da ricostruire”⁶².

Non appare questa la sede per indagare la tesi sostenuta da Calogero in merito alla possibile equiparazione dell’indagine storica a quella giuridica⁶³, tale controversa affermazione va qui ripresa al solo fine d’osservare come uno dei punti che accomuna il giurista allo storico è dato dal riconoscimento ai sensi del quale anche “il processo di ricostruzione storica non si schematizza in sillogismi, altrimenti – continua Calogero – tutti i professori di logica scolastica sarebbero grandi storici”⁶⁴.

61 G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, p. 129. Fra l’immensa mole degli scritti dedicati al pensiero di Guido Calogero ci permettiamo qui di richiamare il saggio di V. Ferrari, *Il ruolo della normatività nel liberal-socialismo di Guido Calogero e di Renato Treves*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, XXXIII (2003), n. 1, pp. 151-164.

62 *Ibidem*, p. 153.

63 Non è questo il luogo per indagare la prospettiva di Calogero, che equipara, attraverso l’analisi del procedere logico proprio ai due campi di ricerca, la speculazione dello storico con quella del giurista, intento a giudicare, dopo averlo ricostruito, un fatto (cfr. ancora *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., pp. 129-130): “la storiografia di cui si parla è quella reale: quella che richiede lunga esperienza, profondo *ethos*, capacità d’intendere perché e come si agì. Al pari di questo storiografo, il giudice è un interprete di anime: deve penetrare quel che han veramente voluto l’autore del fatto e l’autore della legge”, *ibidem*, p. 140. Sulla posizione di Calogero cfr. almeno il citato saggio di P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*. Va rilevato che entrambi i lavori vennero recensiti da Benedetto Croce sulle pagine de *La Critica*; quello di Calogero su il n. 35 del 1937 e quello di Calamandrei su il n. 39 del 1939 (ora rispettivamente in *Conversazioni critiche*, V e *Pagine sparse*, III). Sulla questione si rimanda, fra gli altri, al saggio di Carlo Nitsch, «*Il giudice e lo storico*». *L’esperienza del giudizio nel ‘cattivo avviamento’ dei tempi*, in C. Cascione-E. Germino-C. Masi Doria (a cura di), *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all’attualità*, Napoli, 2006, pp. 601-687, di cui si sottolineano le accurate note bibliografiche. Più in generale sul problema del controllo in Cassazione si rimanda, per la pertinenza con quanto qui andremo ad esaminare, allo scritto di B. Pastore, *Controllo in Cassazione e giustificazione della decisione giudiziaria*, in “*Ragion pratica*”, I (1993), n. 1, pp. 216-224.

64 G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 130.

Il ragionamento sillogistico è pertanto avulso dal mondo della ricerca storia, così come lo è da quello della ricerca giuridica; posta la questione con altri termini, il sillogismo non appartiene, per il nostro, né alla *logica* della storia, né a quella, che a noi più preme, del diritto⁶⁵. Nella logica del diritto non vi è posto per quella particolare figura di ragionamento deduttivo definita sillogismo; questa constatazione, sommata alle altre sviluppate nella seconda parte del volume ospitato nella collana *Studi di diritto processuale*, diretta da Pietro Calamandrei, consente all'autore di sostenere la tesi dell'accostamento fra l'indagine storica e quella giurisprudenziale. Ma prima di effettuarla egli ha dovuto liberare il campo dalla ingombrante presenza del sillogismo fra la *mentalità* del diritto. Infatti, prima è stata “presa in esame nei suoi varî aspetti quella concezione logica e sillogistica, che [... della prassi di Cassazione ...] è implicita premessa dottrinale; e si è visto come essa, quando sia pensata con rigore, si disgreghi e risolva nella semplice idea della sussunzione di un fatto sotto il diritto, nella quale, d'altronde, in giudice non ha più da obbedire ad alcuna formale necessità deduttiva, e non mette quindi in atto una logica che si distingua da quella intrinseca al contenuto materiale della sua decisione e che possa di conseguenza esser controllata a prescindere da esso”⁶⁶.

65 A questo preciso proposito Calogero utilizzerebbe il termine *mentalità* come sinonimo di *logica*, nel senso che per affrontare diversi campi di indagine, dalla scienza giuridica a quella medica, dal mondo dell'arte a quello della letteratura, “si richiedono diverse mentalità, in quanto sono oggettivamente diverse le strutture ideali di quei mondi dello scibile: ciascuno dei quali ha, appunto, una sua razionalità peculiare, una sua «logica», che lo distingue dagli altri fornendo quasi un contrassegno di razza, e insieme a uno strumento di comprensibilità, ad ognuno dei suoi elementi”. In questo senso, “non si potrà veramente comprendere nessuna realtà (cioè nessuna istituzione) giuridica senza avere mentalità giuridica, cioè senza tener conto della peculiare logica del diritto: ma si dovrà anche ricordare che, in tal senso, l'espressione «logica del diritto» non significa nulla più che l'espressione «diritto». «Logica», cioè, non aggiunge nulla, salvo una genericissima allusione semantica all'unità e coerenza di natura, propria della cosa di cui si parla: conoscere quel che è la logica del diritto equivarrà perciò senza residui a conoscere quel che è, semplicemente, il diritto”, *ibidem*, pp. 39-40.

66 *Ibidem*, p. 94.

9 – LA POLEMICA CON ALFREDO ROCCO

Va pertanto esaminato, sia pure per sommi capi, l'itinerario demistificatorio compiuto da Calogero, il quale lo porta ad espungere una particolare forma logica dall'ambito di discorso giuridico. Nel capitolo secondo della parte prima del suo lavoro, significativamente intitolato *La cosiddetta struttura logica del processo giurisdizionale*, dopo essersi soffermato brevemente sul lavoro di Matteo Pescatore (“altamente pregiato ai suoi tempi e ancor oggi assai citato”)⁶⁷, Calogero affronta con impeto un autore che rappresenta una pietra miliare del pensiero giuridico del suo tempo: Alfredo Rocco, nella sua qualità di autore de *La sentenza civile*⁶⁸.

67 Calogero si riferisce all'opera *La logica del diritto*, vol. I, Torino, 1863.

68 Il testo, *La sentenza civile. Studi*, viene pubblicato dai Fratelli Bocca Editori in Torino nel 1906 (ristampa Milano, 1962). Le citazioni dell'opera verranno tratte dalla edizione originale.

Il testo di Rocco aveva già trovato una implicita critica nella riflessione proposta dal giovane Pietro Calamandrei sulle pagine della “Rivista critica di scienze sociali”, I (1914), n. 5, con il saggio intitolato *La genesi logica della sentenza civile* (ora in *Opere giuridiche*, vol. I, a cura di Mauro Cappelletti, Napoli, 1965, pp. 11-54, dalla quale citiamo). Pur senza avventurarsi in espliciti rilievi critici a Rocco, è fuori dubbio che nel voler “indagare *come* la sentenza si *forma* nella mente del giudice” (p. 12), Calamandrei fissi la sua attenzione sulla critica dell'assunzione aproblematica del sillogismo giudiziale quale paradigma di risoluzione giuridica di un caso; infatti, ben prima delle riflessioni di Calogero, egli indicava che “la parte più gravosa di questo ufficio è quella con la quale il giudice perviene a fissare innanzi a sé le «cifre», che devono servire al suo calcolo, le premesse che devono servire al sillogismo” (p. 15). Sicché si può affermare che in tale scritto si ritrovino *in nuce* alcuni temi che lo stesso Calamandrei avrà modo di sviluppare nel prosieguo della sua opera, non ultima quell'idea di *relatività* che impregnerebbe il giudizio giuridico, ben diversa dalla *certezza* matematica. Infatti, come egli stesso cinque lustri più tardi ebbe a sottolineare, “nel processo a tipo dispositivo, in cui le parti possono accordarsi per fare apparire al giudice come veri fatti in realtà insussistenti o per tacere come se non fossero veri fatti avvenuti in realtà, l'accertamento probatorio non può mai avere un valore assoluto: esso non può aspirare a stabilir la verità una volta per sempre, ma si contenta di stabilire ciò che deve valere come verità in vista ed in funzione di quella fattispecie, che le parti hanno rappresentato come *thema probandum*”, *Il giudice e lo storico*, cit., p. 113. Tali temi verranno successivamente sviluppati all'autore nel contributo su *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in “Rivista di diritto processuale”, X (1955), n. 1, ove possiamo leggere: “quando si dice che un fatto è vero, si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi tale lo giudica, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui

L'indagine di Calogero sul testo di Rocco è circoscritta all'assunzione da parte del futuro Ministro Guardasigilli del Regno del ragionamento

il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto. Parlo, si intende, non delle verità logiche o morali, ma delle verità dei fatti accaduti, delle verità cosiddette storiche” (pp. 164-165). Appare qui possibile solo far cenno a come la speculazione di Calmandrei anticipi alcuni sviluppi della riflessione filosofico-giuridica in materia di formazione del convincimento del giudice; cfr. in proposito le voci *Prova (filosofia del diritto)* e *Topica giuridica* apparse sulla *Enciclopedia del diritto* rispettivamente a firma di Alessandro Giuliani e Francesco Cavalla, nonché le voci di M. Taruffo, *Giudizio (teoria generale)* e di R. Kostoris, *Giudizio (dir. proc. pen.)* apparse sulla *Enciclopedia giuridica Treccani*.

Non appare di secondaria importanza ravvisare come l'insegnamento di Calogero viene ripreso, in ambito processual-penalistico, implicitamente da Giuseppe Bettiol, il quale nella terza edizione delle sue *Istituzioni di diritto e procedura penale*, apparsa nel 1980, scrive “le categorie dogmatiche della procedura penale devono trovarsi in contatto con i valori che il processo intende tutelare o realizzare. Ogni impostazione meramente logico-deduttiva, spesso frutto di inversione metodologica, deve essere abbandonata”; per l'autore, i concetti basilari della procedura penale “devono essere ricavati dalla matrice dell'esperienza processualistica e quindi trovarsi a contatto con la realtà; non possono essere frutto di arbitrarie generalizzazioni o di pure deduzioni logico-sistematico-deduttive. Anche per la procedura penale vale la considerazione che il sistema non ha carattere costitutivo, ma esplica una mera funzione di ordine tra la grande massa dei concetti individuali (i veri concetti giuridici) affinché questi non abbiano a presentarsi in ordine sparso spesso caotico”, (pp. 148-149).

Va in questa sede sottolineato come le posizioni qui brevemente tratteggiate ritrovino una autorevole conferma in una non lontana sentenza della Corte di Cassazione, che ci permettiamo, per sommi capi, di richiamare per la sua rilevanza in materia di logica da applicarsi nel giudizio.

Nella sentenza n. 27 del 10 luglio 2002, le Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione affrontano la *vexata quaestio* del rapporto causale fra eventuale condotta omissiva ed evento lesivo e “di conseguenza, la correttezza logico-giuridica della soluzione ad esso data dai giudici di merito”. Su tali questioni, sia pur senza riferimento alla sentenza in oggetto, si rimanda alla già richiamata voce *Giudizio* redatta nel 1997 da Roberto Kostoris per la *Enciclopedia giuridica Treccani*.

Non vogliamo in questa sede ripercorrere i passaggi che hanno portato la Suprema corte alla formulazione delle tre massime contenute nella sentenza (sulle quali molto si è dibattuto in dottrina, cfr. per tutti, F. Stella, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, apparso nel 2002, all'indomani della richiamata sentenza sulla “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, pp. 767-816, nonché F. Puppo, *La «nuova prova scientifica» nel processo penale. Alcune riflessioni sul rapporto tra retorica e scienza*, in G. Ferrari – M. Manzin, *La retorica fra scienza e professione legale*, Milano, 2004, pp. 355-372), piuttosto sottolineare come la stessa, nel definire l'itinerario di ragionamento che caratterizza e sfocia nel giudizio, affermi: “il processo penale, passaggio cruciale

sillogistico come fondante la logica del diritto; il problema è, quindi,

ed obbligatorio della conoscenza giudiziale del fatto di reato, appare invero sorretto da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo che partono dal fatto storico copiosamente caratterizzato nel suo concreto verificarsi (e dalla formulazione della più probabile ipotesi ricostruttiva di esso secondo lo schema argomentativo dell'«abduzione»), rispetto ai quali i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendono essi, a differenza dell'argomento «deduttivo», da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse stesse”.

Alla luce delle autorevoli considerazioni di cui sopra, si evince come, per il giudice di legittimità, il processo penale non si sviluppa lungo direttrici riconducibili alla logica deduttiva, di cui il sillogismo è specie, piuttosto ritrova il proprio carattere nell'induzione, ovvero in un procedere argomentativo che non produce risultati *validi* (secondo la logica analitica), ma risultati *coerenti* (avuto riguardo al contesto in cui vengono sviluppati gli argomenti). Il processo penale non può dispiegarsi lungo il metodo ipotetico deduttivo, quindi la sintassi della matematica è ad esso estranea, e, pertanto, non potrà produrre risultati analiticamente certi; lo sviluppo delle premesse ivi contenute portano questo processo ad offrire dei risultati possibili, ma non analiticamente esatti.

Vale la pena rimarcare come nella sentenza in oggetto si faccia preciso riferimento al fatto che i risultati derivati da un processo informato dalla logica induttiva contengano una quantità di conoscenza superiore a quella contenuta nei dati di partenza, perché ulteriori elementi conoscitivi si aggiungono, nell'arco del processo, alle premesse prime. La constatazione che “i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse” basta da sola, come ben evidenziano gli studiosi di logica, ad allontanare ogni possibilità di ricondurre il processo giuridico alla logica deduttiva e, quindi, di poter legittimare in esso l'uso del sillogismo, proprio perché dai testi di logica apprendiamo che la conclusione del sillogismo, per essere valida, deve contenere esattamente i dati trattati nelle premesse. La conclusione di un sillogismo non aumenta in nessun modo il livello di conoscenza presente nelle premesse, la conclusione di un processo giuridico sì e, di fatti, non al proverbiale sillogismo fa riferimento la Cassazione ma all'abduzione, allo “schema argomentativo dell'abduzione”, che appare soltanto simile a quello del sillogismo perfetto, perché nel secondo tutte le due premesse sono assunte quali proposizioni anipotetiche (assunte *vere per ipotesi*, e, quindi, non discutibili) nel primo, l'abduzione, di converso, la cosiddetta premessa minore non è sottratta alla discussione; a ben vedere è proprio lì che si concentra, ma non si esaurisce, la discussione. Non si esaurisce, perché se assumiamo la prospettiva che vede concettualmente distinte la disposizione dalla norma, allora nemmeno la premessa maggiore, che per certa tradizione di stampo illuministico racchiude la legge generale ed astratta, può ragionevolmente venire sottratta alla discussione. In questo contesto, caratterizzato dalla “formulazione della più probabile ipotesi ricostruttiva [del fatto storico]” (la premessa minore) e dalla individuazione del significato da attribuire alla disposizione legislativa (la premessa maggiore), si sostanzia l'incedere argomentativo del processo verso una conclusione solo possibile ed assolutamente non necessaria.

“se il processo mentale della giurisdizione possa, e debba, esser considerato come tipo di deduzione sillogistica”⁶⁹.

La tesi della centralità del sillogismo nel procedere giuridico viene sostenuta apertamente da Rocco in un noto passo del suo studio, che Calogero riproduce per esteso⁷⁰. La premessa del ragionare di Rocco è contenuta nella stessa definizione di norma giuridica che egli prepone al riconoscimento del sillogismo come giudizio logico necessario al fine di giungere alla soluzione giuridica di una controversia. L'autore rappresenta la norma giuridica come qualcosa di inconfutabilmente dato, una presenza certa e, pertanto, granitica che è istituita nel vivere sociale, la cui funzione specifica è la garanzia (“il diritto è garanzia di scopi o tutela di interessi”); in quanto “*garantia di scopi*”, la norma giuridica “è *irrefragabilmente obbligatoria* [...] si presenta con un carattere di necessità che la rende assolutamente o irrefragabilmente obbligatoria”. Per Rocco “gli scopi che la norma garantisce debbono, entro i limiti della garanzia, essere ad ogni costo raggiunti: la necessità della norma giuridica non è dunque (come avviene in altre specie di norme) relativa al fine a cui essa tende, ma è assoluta, perché assoluta è la necessità del fine”⁷¹.

Posta la rappresentazione della norma giuridica in questi termini appare conseguente che la stessa debba trovare necessaria applicazione

Avuto riguardo alla sentenza della Cassazione qui proposta, e ricollegandosi alle autorevoli posizioni dottrinali sopra richiamate, appare indubbio che nessuna deduzione automatica sia consentita e che nessuna decisione giurisprudenziale, la quale fondi le sue inferenze esclusivamente nel campo della logica deduttiva, sia legittima.

69 G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 46.

70 Il passo di Rocco, riproposto da Calogero al suo lettore, è il seguente: “per il carattere di *generalità* ed *universalità* della norma giuridica, quando si vuol stabilire se, ed in quale misura, nel caso concreto, un determinato interesse è tutelato dal diritto, bisogna sussumere il caso concreto sotto la norma generale, ossia *applicare* la norma generale al caso concreto. Ogni applicazione della norma giuridica, da chiunque, in qualunque forma, ed a qualunque scopo sia fatta, presuppone dunque sempre un *giudizio logico*, e precisamente un *sillogismo*, in cui la premessa maggiore è data dalla norma, la minore dal rapporto di cui si tratta, la conclusione da una norma di condotta *speciale* per quel dato rapporto, desunta dalla norma generale. Solo dopo aver formulato questa norma *particolare* al singolo caso, sarà possibile determinare quale tutela è concessa dal diritto ad un interesse concreto”, *La sentenza civile*, cit., p. 5. Calogero propone la lunga citazione a p. 46 del testo qui richiamato.

71 A. Rocco, *La sentenza civile*, cit., pp. 2-3.

nella realtà sociale, sui concreti fatti della vita; ma, come sottolinea lo stesso autore, “la norma giuridica non regola singolarmente specifici rapporti esterni di determinate persone, ma vale per tutti i rapporti della medesima specie, e quindi per tutte le persone, a cui si riferiscono tali rapporti. Essa, per conseguenza, non tutela interessi concreti di persone determinate, ma categorie di interessi di una stessa specie”⁷².

Ecco allora che, al fine di poter tutelare l’interesse concreto, il caso pratico ad esso connesso deve venire attratto alla norma generale ed astratta, la cui applicazione si inserirà nello sviluppo del sillogismo finalizzato alla deduzione di “una norma di condotta *speciale* per quel dato rapporto”⁷³.

Ciò che qui preme rilevare, sulla scorta della critica di Calogero⁷⁴, è che per sviluppare un sillogismo necessitano le due premesse, che Rocco pare dare per assodate. Per lo meno, nei passi qui citati, appare che la premessa maggiore, ovvero la norma giuridica a cui riferire il caso concreto, sia data da Rocco come esistente e *soltanto* da applicare (per

72 *Ibidem*, pp. 3-4.

73 *Ibidem*. Cfr. in proposito le osservazioni critiche di Calogero alla costruzione logica proposta dal Rocco in *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 47. Per l’autore, “non è il caso, qui, di sottigliezze sulla terminologia logica [...]. L’essenziale è quindi vedere senz’altro, sulla base della formulazione del Rocco, in che propriamente consista questa funzione deduttiva del sillogismo, e in che modo essa agisca sulla decisione del giudice”, *ibidem*. Rammentiamo che Calogero, valentissimo professore di filosofia nell’ateneo pisano, per vicissitudini esistenziali, si ritrova *pro tempore* ad indossare anche le vesti di scolaro di diritto nella Regia Università senese (da cui lo scritto in questione, che rappresenta la sua dissertazione di laurea); pertanto il suo approccio alla logica del Rocco non parte dalle generali nozioni possedute da uno studioso di diritto di generica cultura logica, ma discende da una delle più prestigiose cattedre italiane di filosofia. Sulle vicende che hanno accompagnato la redazione del testo di Calogero cfr. ancora l’interessante scritto di C. Nitsch, *Il giudice e lo storico. L’esperienza del giudizio nel «cattivo avviamento» dei tempi*, cit., pp. 609-610.

74 Per il filosofo di scuola gentiliana, “tutto è, da questo angolo visuale, impeccabile. Ma c’è un punto, che bisogna pure considerare. L’operazione propriamente logica, nel senso tecnico della parola, comincia, com’è noto, solo quando già sussistono le premesse [...]. Siccome ogni conclusione sillogistica presuppone naturalmente altre premesse, e il rinvio non può procedere all’infinito, così è forza che sussista uno stabile punto di partenza, oltre il quale non occorra più retrocedere; è questo è dato, appunto, dalle «premesse immediate», che la conoscenza intellettuale fornisce come primi elementi all’argomentare sillogistico, ossia, per parlare in linguaggio aristotelico, che all’intuizione noetica attinga l’apodissi dianoetica”, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., pp. 48-49.

l'autore, come già rilevato, “bisogna [...] *applicare* la norma generale al caso concreto”)⁷⁵.

75 In vero, come del resto evidenziato da Calogero (cfr. la citazione del testo di Rocco riportata a pp. 53-54), Rocco non offre un quadro di applicazione della norma così ap problematico e tale da ricondursi senza ombra di dubbio al sillogismo perfetto. Infatti, “questo processo logico offre una quantità di difficoltà, obiettive e subietive [...] la formulazione stessa della norma generale da applicare, non è fatta sempre in modo chiaro ed espresso, e bisogna desumerla, coi canoni e i sussidi dell'ermeneutica legale, dal complesso sistematico del diritto. La varietà poi e la complicazione dei casi concreti, a cui danno luogo i diversi atteggiamenti delle relazioni umane, è tale e tanta, che spesso solo una mente adusata all'applicazione del diritto, è in grado di isolare i singoli rapporti, per applicare a ciascuno di essi la norma che gli conviene [...] si comprenderà facilmente come la sola determinazione della norma di condotta da seguire nei casi concreti, possa dar luogo a dubbi, a incertezze, a dispiaceri”, *La sentenza civile*, cit., pp. 5-6. Calogero rileva in proposito che “quel che nel brano precedente appariva risultato di un'operazione mentale prettamente logica, qui appare invece irraggiungibile senza l'intervento di una mentalità tecnicamente giuridica: e la stessa infallibile e fulminea deduzione di logica sillogistica si trasforma in un «delicato lavoro di logica giuridica» [...]. Quale miglior prova del fatto che l'effettiva attività mentale svolta dal giudice per giungere alla sentenza è ben più complessa, delicata e problematica di quella che occorrerebbe per trovare scolasticamente la conclusione delle due premesse di un sillogismo in *barbara*?”, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 54. Vale in proposito la pena di interrogarsi su quale *sillogismo* intenda proporre Rocco come motore del ragionamento del giurista; per rimanere ancorati ad Aristotele, il sillogismo perfetto, da cui agli *Analitici primi*, a cui pare riferirsi Calogero nella sua critica, oppure forme di sillogismo retorico, da cui alla *Retorica*? La questione non è di secondaria importanza; Calogero senz'ombra di dubbio opta per la prima ipotesi, ovvero che Rocco intendesse proporre il sillogismo perfetto, proprio alla logica deduttiva, quale punto di riferimento per il ragionamento giuridico; tale ipotesi viene suffragata dalla granitica definizione di norma giuridica posta dal Rocco a premessa della sua affermazione; ciò non di meno il passo successivo, e sopra parzialmente riproposto, lascia intravedere la possibilità che non di sillogismo perfetto si tratti. Infatti, ciò che Rocco evidenzia è il problema della determinazione della premessa maggiore, ovvero della norma giuridica, la quale non pare data aprioristicamente, piuttosto sia necessitante di una individuazione, di una ricostruzione da parte dell'interprete, il quale è afflitto da *dubbi, incertezze, dispiaceri*, la cui presenza testimoniano l'assenza di una premessa e la necessità di ricercarla nel caso concreto. Parimenti la premessa minore risulta offuscata, tanto da ritenere che nell'opera di Rocco qui richiamata l'espressione “processo logico” voglia significare più che un itinerario inserito a pieno titolo nella logica deduttiva (da cui le critiche di Calogero), la necessità di non rendere un ragionamento di natura induttiva e, quindi, probabilistica alla totale mercé della discrezionalità del giudice. Si potrebbe in definitiva ipotizzare, dalla lettura completa del paragrafo terzo del primo capitolo de *La sentenza civile*, che Rocco possa lasciar intendere al lettore essere non il sillogismo perfetto, piuttosto l'entimema la forma che il ragionare giuridico assume;

Di contro, Calogero vivacemente contesta l'esistenza delle premesse da cui ricavare, per tramite del ragionare sillogistico, la conclusione. Per l'autore, "il fatto è, come ognuno intende, che la vera e grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse [...]. La difficoltà è tutta nel giungere allo stabilire quelle due premesse (per continuare ad usare il linguaggio aristotelico): difficoltà che, com'è noto (e si vedrà per quale motivo) può essere maggiore o minore per l'una o per l'altra, o magari così tenue da parere insussistente per entrambe, a seconda della natura stessa delle cause, di più ardua o più agevole decisione. Ma quel che importa, dal punto di vista della questione presente, è che tali difficoltà, grandi o piccole che siano e concernenti piuttosto la cosiddetta premessa maggiore *de jure* o la cosiddetta premessa minore *de facto*, costituiscono per intero il termine al cui superamento è volta tutta la concreta opera del giudice. La quale dunque, considerata dall'angolo visuale di quella rigorosa logicità sillogistica, per cui la necessità e razionalità deduttiva è insidente soltanto nel passaggio dalle premesse alla deduzione, restando invece affatto estranea alla posizione delle premesse come tali, si muove per intero in un ambito che in questo senso non è logico, ma anzi prelogico o estralogico. Quel che insomma fa il giudice di «logico», è cosa da nulla: e quello che fa veramente, non è «logico!»⁷⁶.

Nello scartare senza appello l'ipotesi radicata in certe prospettive

forma solo apparentemente simile al sillogismo, ma che, a ben vedere, ne contravviene palesemente le regole formali. Tale ipotesi potrebbe venire confermata dalla lettura di uno studio di Rocco coevo alla monografia su *La sentenza civile*; ci riferiamo al saggio su *L'interpretazione delle leggi processuali*, apparso nel 1906 sull'"Archivio giuridico". In questo possiamo leggere come, per l'autore, "non si può non riconoscere [...] la grande importanza che ha, per l'interpretazione delle legge, la considerazione del rapporto sociale, che essa è destinata a regolare. [...] Se la norma giuridica non è che *forma*, il cui contenuto è dato dai bisogni o scopi della vita, non è possibile conoscere la norma, senza conoscere e tener conto degli scopi che essa vuol garantire, dei rapporti sociali, che vuol regolare. [...] Non basta, dunque, per conoscerla riferirsi ai bisogni e ai rapporti del tempo, in cui essa fu emanata; [...] bisogna, invece portarla in rapporto coll'odierna vita sociale, coi nuovi bisogni o rapporti sociali che si sono aggiunti o sovrapposti agli antichi, e che reclamano anch'essi la tutela del diritto. Quando il contenuto è sfuggito da questa forma, che è la norma giuridica, bisogna bene che noi vi sostituiamo il nuovo contenuto sociale che, nella realtà della vita, è subentrato all'antico, se vogliamo che la norma resti quello che deve essere, cioè una forza costantemente viva", pp. 102-103.

⁷⁶ *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 51.

processualistiche e inerente ad una possibile soluzione della controversia in modo meccanico, Calogero riconosce che l'attività principale del giudice non sia tanto quella di sillogizzare, quanto di porre le premesse, ovvero rintracciare nell'esperienza giuridica sia la disposizione, che la ricostruzione del fatto. Questo sforzo non ha natura logico-deduttiva, le proposizioni poste dal giudice sono frutto di un giudizio ("e giudicare, non è, appunto, l'attività logica"⁷⁷), il cui fine è individuare un "certo tipo d'azione, verificatosi nella realtà" e sussumerlo "sotto un più generale tipo d'azione, previsto dalla legge"⁷⁸. Sicché la logica del giudice si sostanzia, all'interno di questa prospettiva, nella sussunzione: "non c'è né sillogismo, né dualità di premesse, ma un unico giudizio sussuntivo della realtà di fatto sotto la norma di diritto"⁷⁹.

Pur osservando che "la sussunzione del fatto sotto la norma, lungi dall'essere idealmente determinata da un paradigma di logica formale, sia una delicata operazione di riconoscimento, per la quale occorre tutto quanto si dice conoscenza delle cose, esperienza tecnico-giuridica, capacità ermeneutica, intendimento della volontà del legislatore"⁸⁰, Calogero non ritiene affatto che tale operazione sia frutto dell'incontrollato arbitrio del autorità giudicante⁸¹; infatti, "anche quando si abbandoni l'idea che la necessità razionale della sentenza consista nella sua deduttività sillogistica, non per ciò si è autorizzati a giungere all'esclusione di ogni sua formale struttura logica, ché anzi l'eliminazione della sua sillogisticità facilita l'avvertimento di quella sua logicità più radicale, la quale consiste nel suo categorico giudicar sussumendo"⁸².

77 *Ibidem*, p. 56.

78 *Ibidem*, p. 57.

79 *Ibidem*, p. 64.

80 *Ibidem*, p. 69.

81 "Quando ci si avvale di un potere discrezionale, si può farlo secondo una latissima graduazione d'opportunità, e non sono già i meccanici sì e no della logica scolastica, ma la ricchezza d'esperienza e il senso delle cose, che determinano quanto debba inflettersi l'indice sull'ideale quadrante di quella gradazione", *ibidem*, p. 65. Appare evidente come, in ultima istanza, Calogero risolve il fenomeno giuridico nella morale; nel far ciò egli è profondamente gentiliano e riprende l'idea del Maestro, per il quale il volere in atto è moralità (cfr. l'introduzione di Giovanni Gentile ai suoi *I fondamenti di filosofia del diritto*, cit.). Tale impostazione si ritrova esplicitamente fondata in altri scritti di Calogero, cfr., a titolo d'esempio, *Filosofia del dialogo*, Milano, 1969, pp. 61 e segg.

82 *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 57.

È ben vero che per Calogero “la concreta sussunzione giurisdizionale [...] non nasce come conclusione di un sillogismo antecedente (perché, in questo caso, sarebbe già viva in una delle premesse), né ha bisogno di vivere in un sillogismo ulteriore (perché non potrebbe acquisirvi alcuna virtù vitale che già non avesse in sé medesima). Non è mai insomma, né conclusione né premessa, cioè non è mai qualcosa da dedurre o da presupporre; non è mai, soprattutto, qualcosa di cui si possa prospettare la logica sussistenza e verità come tale che sia e stia per propria razionale virtù, indipendentemente dalla verità materiale delle situazioni di fatto che esprime”⁸³, ma proprio perché legata alla “verità materiale” del fatto, è nel fatto che la sussunzione ritrova la propria logica verifica. Per Calogero, chi si sottrae al “catafratto schema sillogistico [...] comprende benissimo che la verità del rapporto onde un dato soggetto è sussumibile sotto un dato predicato, cioè la concreta possibilità di eseguire tale sussunzione, non dipende già dall’astratta verità del principio dell’inerenza, cioè dallo schema logico del giudizio, ma bensì dall’effettiva situazione delle cose, onde quanto è designato dal soggetto rientra nel quadro di quanto è designato dal predicato. La verità logica di tale inerenza non è con ciò assolutamente nient’altro che la medesima realtà delle cose, la cui pertinenza reciproca rende plausibile quella predicazione verbale”⁸⁴.

10 – LOGICA DELLA COSA VS. LOGICA DEDUTTIVA: L’AZIONE SILLOGIZZANTE

Due sono gli elementi che ricollegano con precisione la speculazione di Calogero alla prospettiva antiformalistica enunciata un decennio prima da Max Ascoli; al di là della comune radice idealistica, gentiliana quella di Calogero, crociana quella di Ascoli, emerge con chiarezza il ruolo creativo del giudice, che, come sopra rilevato, “formula le premesse”

83 *Ibidem*, p. 68.

84 *Ibidem*, p. 69. Calogero ritiene, senz’ombra di dubbio, che l’attività del giurista debba ritrovare forme di controllo, ma queste non possono venire ricercate nel procedere analitico del ragionamento deduttivo. Il ragionamento giuridico è soggetto ad altre forme di controllo, le quali ritrovano cittadinanza nel ragionamento retorico, la cui verifica non avviene secondo i dettami della logica analitica, bensì del metodo dialettico. Il superamento in Calogero della dimensione deduttiva viene con precisione colto, fra gli altri, da C. Nitsch, «*Il giudice e lo storico*». *L’esperienza del giudizio nel ‘cattivo avviamento’ dei tempi*, cit., p. 620.

ed in particolare ricerca, per tramite di un giudizio, la proposizione *de jure* alla quale sussumere il fatto concreto. La norma non appare nemmeno nel pensiero di Calogero predeterminedata all'esperienza concreta, anzi essa è il frutto del giudizio sull'esperienza. Giudizio, che lungi dal palesarsi arbitrario, ritrova, anche nell'itinerario di Calogero, la propria logica obiettiva nella realtà del fatto. Per Calogero, infatti, "il giudice è libero sempre, se per libertà s'intende l'esclusione di quella necessità problematica, che è propria del tautologismo sillogizzante, e non è libero mai, se per libertà s'intende la mera possibilità arbitraria di decidersi in un senso piuttosto che in un altro. In tutto il suo effettivo processo mentale, dalla cui efficienza dipende il reale valore della sua giurisdizione, il giudice non è infatti né assolutamente necessario, perché in tal caso non avrebbe alcun problema da risolvere e quindi alcuna intelligenza da adoperare, né assolutamente libero, perché in tal caso non gli si presenterebbe, parimenti, nessun problema, non potendo egli, per lo stesso presupposto, incontrare alcun ostacolo. [...] L'effettivo procedimento del giudice verso la decisione è invece un concreto processo di ricerca, in cui, momento per momento, egli avverte la maggiore o minore pressione di certi motivi mentali, e la sua situazione indecisa rispetto a certi altri fini al raggiungimento della convinzione"⁸⁵. Questo itinerario, lungi dal venire informato dalla logica necessitante ed astratta del procedere sillogistico, ritrova precise indicazioni e verifiche nella "logica delle cose"⁸⁶.

Sia pure con diversa terminologia pare che Calogero non si discosti di molto dall'Ascoli che ricerca nel diritto naturale⁸⁷ il punto di riferimento per l'attività giurisdizionale; stornare la logica del giudice dal procedere meccanicistico del sillogismo per ancorarla al giudizio di sussunzione, implica anche per Calogero porre in primo piano, al di là d'ogni formalismo, la naturalità del diritto, il suo intimo ed insopprimibile rapporto con la concreta realtà della vita quotidiana, connubio che il ricorso ad una logica astratta tende a recidere trasformando il giudice in un impersonale computer⁸⁸.

85 *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 99.

86 *Ibidem*, p. 102.

87 Cfr. M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, cit., p. 76.

88 Per Calogero, "come il calcolo libera l'inesperto dai suoi dubbî ponendolo di fronte alla certezza incontrovertibile del due più due uguale a quattro, così l'argomentazione logica

All'interno di questo quadro appare comprensibile il celeberrimo e sferzante commento dell'autore rivolto ai fautori del sillogismo: "chi non potrebbe fare quello che il giudice dovrebbe fare? Non solo il più candido dei professori di logica scolastica quale continuava ad insegnarsi anche in Italia prima della riforma Gentile, ma addirittura l'ultimo dei mortali, e magari una scimmia e un cane con cui si riuscisse a intendersi (cioè a parlare, cioè a entrare in un qualsiasi rapporto semantico: e non è forse un perfetto sillogismo quello per cui l'asino, avendo appreso, come verità generale o universale che dir si voglia, che a un certo movimento del braccio del padrone segue il dolore della frustata, affretta il passo appena si profila l'inizio del movimento?) saprebbe dire quale conclusione discende da quelle premesse. Occorrerebbe mantenere tanti organi giurisdizionali, e amministrare la giustizia in nome della suprema autorità dello stato, se la funzione essenziale e centrale della giurisdizione consistesse veramente nel trovare quale conclusione sillogistica deriva da due premesse già note, come «i debitori sono tenuti a pagare» e «Tizio è debitore»? Le cause potrebbero decidersi per le strade, e non ci sarebbe bisogno né di magistrati né di avvocati, ma solo di uscieri e di carabinieri"⁸⁹.

Lungi, pertanto, dal rappresentarsi quale somaro dotato di logica, "il giudice è un interprete di anime: deve penetrare quel che han veramente voluto l'autore del fatto e l'autore della legge"⁹⁰. In questo sforzo il giudice è posto sullo stesso piano dello storiografo; egli indaga la volontà del legislatore, "dall'accertamento della lettera, all'accertamento dello spirito della legge: dalla ricostruzione del fatto che un certo complesso semantico-parenetico sia stato assunto in proprio dall'autorità pubblica a quella di ciò che enunciando quelle parole si sia effettivamente voluto, ossia di ciò che con esse si sia propriamente voluto raccomandare. È appunto in quest'ultimo accertamento che si verifica, com'è chiaro, quell'interpretazione della *ratio legis*, cioè del presumibile intento (e non già dell'astratta «ragione» logica) della norma, in cui più propriamente

fuga le angosce dell'indecisione con l'irresistibile luce della verità. Essa quindi dovrebbe fornire al giudice l'assoluto potere di decidere anche la più penosa controversia con la stessa pronta e impassibile sicurezza con cui si verifica una somma o una sottrazione. E invece il giudice è ben lontano dal possedere l'automatica tranquillità di una macchina calcolatrice", *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., pp. 52-53.

89 *Ibidem*, p. 50.

90 *Ibidem*, p. 140.

consiste il giudizio di diritto, in quanto risposta alla domanda se il tipo d'azione accertato in linea di fatto possa considerarsi compreso in quello previsto dalla norma"⁹¹. Nell'affrontare il testo legislativo l'interprete deve uscire alla "astratta ragione logica" della norma per coglierne a pieno la portata; "non si tratta soltanto di rivivere storicamente che cosa il legislatore volle che fosse voluto, cioè quali concrete azioni prospettò con gli occhi della mente riassumendone il tipo nelle parole della norma: ma anche d'immaginare che cosa coerentemente avrebbe potuto volere che fosse voluto, cioè quali altre concrete azioni avrebbe verosimilmente ritenute comprese nello stesso generale tipo di comportamento designato da quello schema semantico, qualora esse avessero avuto la possibilità d'appartenere al suo mondo mentale"⁹².

11 – L'IDEALISMO GIURIDICO NELLA PIÙ GENERALE PROSPETTIVA ANTIFORMALISTICA

L'interprete, pur partendo dal dato legislativo non può racchiudere il suo orizzonte nel ristretto campo della semantica, egli deve *immaginare* ciò che il legislatore "avrebbe potuto volere", egli pertanto non solo accerta, ma anche ricostruisce la volontà del legislatore e nel far ciò pone la propria volontà quale volontà legislatrice. Nell'atto concreto dell'interpretazione è il soggetto percipiente a *creare* il diritto, tanto da poter riprendere in noto pensiero del Croce, per il quale "il diritto non è la legge, che dorme nel codice, ma la legge *a cui si pone mano*"⁹³.

91 *Ibidem*, p. 141.

92 *Ibidem*. Per Calogero all'interprete "non soccorrono gli schemi verbali della logica, ma una profonda attitudine a penetrare e ricostruire le cose umane e a provvedervi con saggezza, in cui si assomma l'intera intelligenza e l'intero *ethos* del giudice", *ibidem*, p. 147. Cfr. sul punto P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, cit., p. 119, nonché le riflessioni di G. Gorla, *L'interpretazione del diritto*, cit.

93 B. Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., p. 41. Croce, in epoca più tarda, recensendo l'articolo di Pietro Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, apparso nel 1939, così delimita la discrezionalità del giudice nel *por mano* alla legge: "la libertà del giudice è governata nel modo più severo dalla sua coscienza morale, la quale, pur comandandogli di non applicare meccanicamente (cosa, del resto, impossibile) la legge, e di adoperarla nel suo pronunziato con razionale ossequio, e così di concorrere, secondo gli è consentito nella sua propria sfera, allo svolgimento, alla modificazione e al progresso del diritto, gli vieta, tra le altre cose, di usurpare l'ufficio specifico che è del legislatore e di scompigliare e confondere gli ordini che la società si è data, Deve egli essere, insomma, un uomo serio e non già un ragazzo stordito ossia

La breve incursione nel idealismo giuridico italiano ci consente di evidenziare come le istanze relative al riconoscimento di una prassi interpretativa creativa e non meramente ripropositiva della volontà del legislatore fosse fortemente radicata nella cultura giuridica italiana. La massiccia, se non egemone, presenza del neohegelismo nella cultura italiana della prima metà del Ventesimo secolo determina l'incanalarsi verso l'alveo dell'idealismo giuridico delle istanze antiformalistiche, le quali, in altri contesti si sono palesemente manifestate quali richiami al diritto sociale o al diritto libero. Va in ogni caso ribadito, come autorevole letteratura sopra richiamata sottolinea, che il portato antiformalista dell'idealismo giuridico italiano lo colloca senza ombra di dubbio accanto alle correnti critiche europee, tanto da riconosce come le istanze antipositivistiche vengano all'interno dello stesso ampiamente sviluppate: dal rifiuto del dogma della esclusiva produzione legislativa del diritto, alla quale di contrappone l'idea di un diritto promanante dalla attività dell'interprete, il quale proprio per questo viene assimilato al legislatore, che porta alla negazione della statualità del diritto per riconoscere nei rapporti concreti la sua fonte ultima, al rifiuto della rappresentazione del sistema giuridico come coerente e completo ed infine al rifiuto, conseguente, di riconoscere nella stringente logica deduttiva lo strumento attraverso il quale attuare l'ordine giuridico. Le teorie di Ascoli e di Calogero si collocano all'interno di una cornice interpretativa caratterizzata da una tensione *intersistemica*; le riflessioni proposte dai due pensatori si coagulano intorno al problema posto dal vivificare in dato legislativo, il sistema giuridico formalmente inteso, con la realtà concreta della vita, ove altri sistemi regolamentativi (dall'economico alla morale) nascono e si sviluppano. Il diritto da applicarsi al caso concreto sarà la risultante di questo incontro e verrà

un attivista rompocollo e fracassatore degli oggetti circostanti", ora in *Pagine sparse*, vol. III, Bari, 1960, p. 448 (ma, come già rilevato, "La Critica", 1939).

Come osservato, in altro luogo, è Gino Gorla l'autore che più degli altri esponenti dell'idealismo giuridico qui richiamati, offre una rigorosa delimitazione ai limiti dell'attività interpretativa, racchiudendola entro i limiti della ricerca della volontà del legislatore. Intento di Gorla è, infatti, di distinguere con chiarezza i confini dello spazio interpretativo da quello dell'attività legislativa. Pur riconoscendo che "gli istituti [...] sono questo o quello *in quel determinato diritto*, realtà storiche, contrapposte ad altre realtà storiche, e pertanto in continuo movimento", (*L'interpretazione del diritto*, cit. p. 98), e che pertanto i giuristi debbano porsi un indirizzo programmatico di natura *storico-interpretativo*, non per questo, nel pensiero di Gorla, l'interprete può considerarsi sciolto dalla volontà del legislatore.

ricosciuto soltanto nel momento in cui un accadimento quotidiano richiamerà a sé una regolamentazione giuridica. In questo contesto il diritto si forma dal (ed esiste solo in funzione del) caso concreto. La legge in sé, colta quale particolare atto volitivo del legislatore, risulta astratta dalla realtà sociale e del tutto inadeguata ad operare sulla stessa. Non è idonea di per se stessa ad essere fonte di regolamentazione sociale, deve ritrovare nella società, per tramite dell'atto interpretativo, la sua attuazione, che corrisponde alla sua trasformazione da volizione astratta in volizione concreta.

Come avremo modo d'osservare, questa prospettiva ritrova notevoli punti di comunanza con altre manifestazioni critiche del formalismo giuridico: l'idealismo giuridico, qui sommariamente tratteggiato, la scuola dell'esperienza giuridica, sviluppatasi a cavallo fra le due guerre a partire dal pensiero di Giuseppe Capograssi, e certe forme di intendere la giurisprudenza costituzionale, che ritrovano in Massimo Severo Giannini ed in Vezio Crisafulli i loro riferimenti, sono certamente modi diversi di declinare la critica al formalismo giuridico, ma indubbiamente fra loro accomunati dalla tensione ad aprire e coniugare il dato legislativo con la realtà ed i valori sociali in essa vigenti. La norma giuridica è la risultante di questa unione.

CAPITOLO SECONDO
UNA FONDAZIONE FUNZIONALE ALLA
SOCIETÀ PLURALISTA DELLA DISTINZIONE
FRA *DISPOSIZIONE* E *NORMA*

SOMMARIO

§ 1. Le prime pronunce della Corte costituzionale; § 2. Ancora sulle prime sentenze della Consulta; § 3. Sulla distinzione fra disposizione e norma; § 4. Per un'interpretazione in armonia "con le mutevoli esigenze dei tempi"; § 5. Tullio Ascarelli e l'illusione della portata oggettiva del testo legislativo; § 6. Una breve polemica fra Carnelutti ed Ascarelli: l'interpretazione fra creatività ed inventività; § 7. Il giudizio inventa il diritto: legislazione e giurisdizione vogliono dire la stessa cosa (così, per lo meno, secondo Carnelutti); § 8. La legge è fonte del diritto oggettivo: Vezio Crisafulli e la distinzione fra disposizione e norma; § 9. Ancora su disposizione e norma: la riflessione di Massimo Severo Giannini; § 10. L'unità dinamica dell'ordinamento ed il recupero del ruolo politico del giurista; § 11. Una conferma indiretta della validità della distinzione fra disposizione e norma; § 12. Per una concezione dell'interpretazione operativa nello stato pluriclasse.

1 – LE PRIME PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Dopo la breve riflessione, presentata nel capitolo precedente, intorno ad alcune posizioni dottrinali emerse nel dibattito italiano in seno all'idealismo giuridico a cavallo della seconda guerra mondiale, riteniamo utile soffermare l'attenzione su altre manifestazioni critiche del formalismo. A tale proposito riscontriamo come il tema della ricerca della norma giuridica non già per deduzione logica dall'arido testo legislativo, come sempre più chiaramente emergeva dall'incontro, nel

secondo dopoguerra, fra le istanze del positivismo giuridico e la filosofia analitica¹, bensì come prodotto di un'attività interpretativa volta ad attribuire alla disposizione un significato normativo consono al contesto sociale in cui si trova ad operare, ritrova rinnovato vigore all'apparire della giurisprudenza costituzionale.

Particolarmente significativa, per il dibattito di cui andremo a dar conto, appare la sentenza n. 3 della Corte Costituzionale del 23 giugno 1956. Agli albori della sua attività di sindacato costituzionale, la Corte evidenziava che, come nel caso di specie², al fine di affermare o meno la legittimità costituzionale della disposizione sindacata, “la dubbietezza del testo legislativo impone un più sottile e penetrante processo di interpretazione”; la Corte deve, con l'ausilio della giurisprudenza di merito e di legittimità, cogliere nel testo ambiguo quel significato che appare adeguato ad una valutazione di legittimità costituzionale, scartando, in quanto illegittimi costituzionalmente gli altri significati normativi, i quali, pur con coerenza logico-sintattica, si possono trarre dalla disposizione in oggetto. La Corte, per così dire, inaugura una teoria di sentenze *sub condicione*, le quali, tenuto conto dell'assenza di potere legislativo (per lo meno in senso propositivo³) che caratterizza codesto organo, ruotano, nell'attribuire ad una disposizione un significato, sulla possibilità (futura) della Corte di accogliere ricorsi aventi ad oggetto interpretazioni della disposizione già previste come anticostituzionali. La Corte, in buona sostanza, non abroga la disposizione ambigua, ma indica soltanto uno dei suoi possibili significati (“l'articolo così interpretato”) come compatibile con i principi costituzionali, alla cui salvaguardia è preposta.

1 Cfr. per tutti G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, vol. III, Bologna, 1970, pp. 407 e segg.

2 Le disposizioni in oggetto sono racchiuse nell'articolo 57, primo comma del Codice penale e nell'articolo 3 della legge sulla stampa n. 47 del febbraio 1948 e riguardano la questione della responsabilità del direttore di una testata giornalistica. In proposito della *dubbietezza* del testo, la Corte, pur ritenendo che l'articolo del Codice penale in rilievo sia costituzionalmente legittimo, ne raccomanda, per la sua ambigua formulazione, la revisione legislativa del testo (la quale avvenne nel marzo del 1958 con legge n. 127). La sentenza in oggetto è reperibile in “Giurisprudenza costituzionale”, I (1956), pp. 568-576.

3 Cfr. in argomento le riflessioni di Vezio Crisafulli in tema di sentenze di accoglimento, che portano all'abrogazione della disposizione e pertanto ad una modifica dell'ordinamento; cfr. *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte Costituzionale*, Padova, 1984, pp. 319 e segg.

In proposito Mauro Cappelletti, commentando la richiamata sentenza della Corte, a fronte all'interrogativo: "posto che una legge, *rectius* una disposizione di legge, sia interpretabile in due o più maniere delle quali una o qualcuna ne farebbe ritenere la costituzionalità, l'altra o le altre la incostituzionalità, come dovrà comportarsi la Corte costituzionale?", ritiene di poter rispondere "la Corte costituzionale, posta di fronte a casi analoghi a quelli sopra esaminati abbia la potestà di emettere una *sentenza condizionale*; che possa, in altre parole, emettere una sentenza di questo tipo: la Corte costituzionale dichiara che della legge impugnata accoglie la interpretazione *y*, e che quindi essa legge è costituzionalmente valida; ma poiché questa interpretazione non può vincolare i giudici, e poiché d'altra parte l'ambiguità del testo legislativo potrebbe ingenerare la convinzione che la corretta fosse invece la interpretazione *x*, la Corte dichiara che, così interpretata, la legge sarebbe incostituzionale (e andrebbe pertanto disapplicata)"⁴.

Al di là della specifica questione posta dalla efficacia normativa di un tipo di sentenza costituzionale *sub condicione* come è quella qui ipotizzata, preme rilevare come è la stessa Corte a porre all'osservatore il problema della differenza fra la disposizione (il testo legislativo) e la norma (le indicazioni regolamentative che dal testo vengono tratte). Infatti, per ciò che qui più rileva "la Corte, pur ritenendo di potere e di dovere interpretare con autonomia di giudizio e di orientamenti la norma costituzionale che si assume violata e la norma ordinaria che si assume di violazione, non può non tenere nel debito conto di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisce al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero, come è vero, che le norme sono non quali appaiono poste in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci"⁵. In questo senso la Corte riconosce la presenza nell'ordinamento giuridico di norme giurisprudenziali, le quali, non solo derivano e si pongono accanto alle disposizioni legislative, ma sono le uniche che nei fatti regolamentano la vita sociale attraverso la loro applicazione concreta; la realtà sociale non ritrovrebbe, infatti,

4 M. Cappelletti, *Sentenze condizionali della Corte costituzionale*, in "Rivista di diritto processuale civile", II (1957), n. 1, pp. 89 e 99.

5 Un estratto della sentenza in oggetto può essere utilmente letto, fra i vari luoghi, anche sulle pagine della "Rivista di diritto processuale civile", II (1957), n. 1, accompagnata dal citato commento di Mauro Cappelletti.

regolamentazione per tramite di una astratta posizione del testo legislativo, il quale non dispiega in sé effetti sulla vita giuridica. Sin dalle sue prime pronunce appare chiaro che per la giurisprudenza costituzionale non sia il testo (la legge astratta), ma la risultante dell'interpretazione del testo (le norme quali sono applicate) l'oggetto su cui dispiegare il sindacato di costituzionalità. In questo senso, le leggi e gli atti aventi forza di legge, da cui all'articolo 134 del Dettato costituzionale, non vanno osservati per mezzo delle lenti proprie al formalismo, che ci farebbero cogliere nei testi, ove ciò fosse possibile, il significato letterale o la volontà di un legislatore concreto, piuttosto recepiti attraverso la mediazione delle loro applicazioni, che si concreta "nella quotidiana opera del giudice". La Corte interviene sulla risultante del processo di interpretazione ed applicazione dei testi legislativi. Entità diverse appaiono, in questo contesto, le leggi astratte e le norme a queste riconducibili, sono quest'ultime che ritrovano concretezza ed efficacia nella realtà sociale. Solo quest'ultime, ovvero le concrete norme, che trovano applicazione da parte delle autorità competenti, a costituire il concreto ordinamento vigente. Le prime, le leggi, intese in se stesse, rimangono lettera morta e, quindi, non rilevando ai fine della regolamentazione sociale, non possono essere oggetto di controllo di costituzionalità. Non appare un caso, infatti, che nell'esperienza giuridica italiana il controllo di costituzionalità si attui (in massima parte) a seguito di una cosiddetta impugnazione incidentale, per la quale la questione viene sollevata nel corso di un giudizio, dove la disposizione legislativa da mero testo di legge si tramuta in (potenziale) norma⁶.

2 – ANCORA SULLE PRIME SENTENZE DELLA CONSULTA

Va qui richiamato anche il portato, che assume per l'oggetto del nostro discorso, della sentenza n. 8 pronunciata dalla Corte lo stesso anno⁷; con questa pronuncia la Corte si scioglie da ogni eventuale

⁶ L'impugnazione diretta, pur concorrente con la precedente, investe casi ben specifici e vede coinvolti enti territoriali o articolazioni dello Stato, in modo tale che il sistema di controllo cosiddetto principale, che investe la legge o l'atto avente forza di legge in quanto astratto, è limitato ai ricorsi delle Regioni su leggi di altre Regioni e dello Stato, nonché viceversa. Cfr. in argomento almeno il volume di Elena Malfatti, Saulle Panizza e Roberto Romboli *Giustizia Costituzionale*, Torino, 2003.

⁷ La sentenza, fra gli altri luoghi, è pubblicata in "Giurisprudenza costituzionale", I (1956), pp. 602-607.

vincolo derivante dalle proprie passate decisioni e ciò proprio in ragione del fatto che il sindacato di costituzionalità ha come proprio oggetto la norma, che muta, a seguito dell'attività interpretativa, nel tempo, e non la disposizione cristallizzata una volta per tutte nel testo legislativo. Infatti, dopo aver offerto una interpretazione della disposizione consona al presente ordinamento costituzionale, la corte riconosce come “il testo [...] potrebbe dare adito, per la sua formulazione, ad interpretazioni diverse da quella sopra ritenuta [costituzionalmente legittima]”; per questa ragione “la decisione della Corte non precluderebbe il riesame della questione di legittimità costituzionale della norma contenuta [nel articolo in oggetto]”. Appare evidente come la Corte investa con la sua attività di sindacato non il testo legislativo, ma le norme che da questo possono trarsi.

Infatti, le norme possono caratterizzarsi, nell'arco del tempo, con significati fra loro difformi e, pertanto, possono anche assumere significati non consoni ai principî racchiusi nel dettato costituzionale, palesandosi, in tal modo, come incostituzionali. Su questi si manifesta l'opera censoria della Corte, non direttamente sul testo a cui le norme vanno riferite. Non a caso la Corte ribadisce che “secondo questa interpretazione, che pone in risalto il significato attuale della norma, questa non appare in contrasto con i principi costituzionali”, lasciando supporre che altre interpretazioni possano invece aggredire l'ordine costituzionale (da qui la necessità di reinvestire la disposizione con un ulteriore giudizio).

A tale proposito, la Corte sottolinea come la disposizione legislativa “deve essere interpretata, al fine di accertarne la legittimità costituzionale, non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascita, bensì nell'attuale sistema nel quale vive”.

Anche in questo caso la Corte richiama la distinzione fra una norma che vive nell'ordinamento ed una disposizione che rimane, in quanto tale, avulsa dal processo stesso di ordinamento; infatti, non pare, per la Corte, essere la disposizione a produrre effetti giuridici sulla realtà sociale, pertanto su di essa non avrebbe, come sopra osservato, alcun senso un sindacato di costituzionalità, mentre lo stesso deve effettuarsi sulla norma, che alla disposizione si ricollega, perché è la norma a produrre effetti, a radicarsi nella realtà sociale come concreta regola.

Pare quasi di cogliere la tendenza a voler affermare da parte della Corte e già nei primi mesi della sua attività, il riconoscimento che il significato tratto dalla disposizione, ovvero la norma giuridica, tende a

modificarsi con il mutare della realtà sociale (dato che, come sottolinea la Corte, è vero che le norme sono quali appaiono “nella quotidiana opera del giudice”)⁸. Infatti, come viene sottolineato nella richiamata

⁸ Della validità di queste intuizioni, che ritrovano, come abbiamo rilevato, la loro genesi all'indomani della sentenza n. 3 del 1956 della Corte Costituzionale, ne offre riprova la pluridecennale attività di sindacato di legittimità costituzionale. Un esempio per tutti: la sentenza n. 364 del marzo 1988 in materia di ignoranza della legge penale che modificando radicalmente il significato dell'articolo 5 del Codice penale ne scuote le fondamenta.

In un quadro in cui, come sottolinea la Corte nella richiamata sentenza, “l'assoluta, «illuministica» certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito: la più certa delle leggi ha bisogno di letture ed interpretazioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di «entrate in vigore» di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviano, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori «seconde» mediazioni”, la stessa si interroga sulla legittimità costituzionale della disposizione in materia di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale. La Corte, alla fine della sua lunga ed articolata argomentazione, che in questa sede non possiamo seguire, riconosce come “l'art. 5 c.p., nell'interpretazione che del medesimo danno una parte della dottrina e soprattutto la giurisprudenza, viola, come s'è sottolineato più volte, lo spirito stesso dell'intera Carta fondamentale ed i suoi essenziali principi ispiratori. Far sorgere l'obbligo giuridico di non commettere il fatto penalmente sanzionato senza alcun riferimento alla consapevolezza dell'agente, considerare violato lo stesso obbligo senza dare alcun rilievo alla conoscenza od ignoranza della legge penale e dell'illiceità del fatto, sottoporre il soggetto agente alla sanzione più grave senza alcuna prova della sua consapevole ribellione od indifferenza all'ordinamento tutto, equivale a scardinare fondamentali garanzie che lo Stato democratico offre al cittadino ed a strumentalizzare la persona umana, facendola retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati”.

Alla luce di quanto sopra, la Corte sentenza: “il nuovo testo dell'art. 5 c.p. derivante dalla parziale incostituzionalità dello stesso articolo che qui si va a dichiarare, risulta così formulato: «l'ignoranza della legge penale non scusa tranne che si tratti d'ignoranza inevitabile»”.

Questa sentenza *additiva* nel modificare nella sua interpretazione il significato della disposizione contenuto nell'articolo 5 del Codice penale (la quale, come agevolmente chiunque può osservare, rimane invariata; infatti il Codice penale, all'articolo 5, dal 1930, continua a recitare: “nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale”), ci indica con chiarezza che la norma, anche in un particolare e sensibile settore dell'ordinamento, come è quello penale, è *fatta* dall'interpretazione e non, come l'illuminismo giuridico auspicava, dalla applicazione automatica della disposizione stessa. Fra l'altro, confrontando la nuova formulazione della norma tratta dalla interpretazione della Corte della disposizione con la disposizione stessa si evince come l'organo di legittimità costituzionale offra assoluta prevalenza ad una interpretazione sistematica su una interpretazione letterale e, nel far ciò, depotenzializzando non poco certe interpretazioni del portato dell'articolo 12 delle *Disposizioni preliminari alla legge*.

sentenza n. 8 del luglio del 1956, è la “interpretazione che pone in risalto il significato attuale della norma” ed è il significato, ovvero la norma e non la disposizione, che “non appare in contrasto con i principi costituzionali”.

Sicché sarebbe il processo di interpretazione-applicazione della disposizione ad offrire di volta in volta la norma con cui regolamentare il caso concreto e pertanto il significato normativo non appare immutabilmente istituito nelle disposizione, questo si qualifica di volta in volta a fronte dell’evoluzione sociale, la quale concorre a far attribuire da parte delle autorità competenti distinti significati alla stessa disposizione, mettendo in tal modo in atto un più complessivo processo di modificazione del concreto ordinamento giuridico.

Se tutto ciò corrispondesse alla realtà, allora a fronte di questo succedersi di significati normativi tratti dalla stessa disposizione legislativa e vigenti nella vita sociale attraverso le loro applicazioni concrete nel processo, la modificazione o evoluzione dell’ordinamento giuridico non vedrebbe come esclusivo fulcro l’attività legislativa, ma dovrebbe riconoscere il carattere giurisprudenziale di questo moto. Se ciò fosse allora l’interpretazione dovrebbe coerentemente venire annoverata fra le fonti del diritto.

3 – SULLA DISTINZIONE FRA DISPOSIZIONE E NORMA

A tale proposito riscontriamo, riassumendo il discorso fin qui svolto, come la Corte costituzionale nelle sentenze sopra richiamate abbia fondato con la sua giurisprudenza anzitutto una distinzione fra disposizione e norma. La disposizione legislativa (o precetto legislativo) è presentata, nella sentenza n. 3 del 1956, come regolamentazione astratta e, in quanto tale, inefficace, ovvero incapace di per sé di produrre effetti normativi nel contesto a cui si rivolge; di converso, la norma, che produce effetti concreti nella realtà sociale, è il frutto, non già della volontà legislativa, ma dell’interpretazione giurisprudenziale, la quale offre al precetto posto in essere dal legislatore “il suo effettivo valore nella vita giuridica”. La disposizione viene, pertanto, tramutata in norma dall’attività dell’interprete nel momento in cui, da prima, assegna alla disposizione un significato e, successivamente, la applica; è la norma così formata a regolamentare la vita sociale.

Le sentenze in oggetto postulano una attività concorrente fra potere legislativo e potere giudiziario, i cui ambiti di potestà sono riducibili, da

un lato, al potere di porre disposizioni, dall'altro, al potere di derivare dalle disposizioni poste dal legislatore norme da applicare al caso di specie. In questo quadro, è il potere giudiziario a porre la norma, non il potere legislativo, al quale è ascritto il compito di formulare precetti astratti, i cui significati verranno stabiliti dal potere giudiziario (dalla "costante interpretazione giurisprudenziale", a cui la Corte fa riferimento nella sentenza del giugno del 1956).

Se, per un verso, la Corte, tracciando una distinzione fra disposizione e norma, riconosce, come sottolineato, "l'esistenza di una norma giurisprudenziale"⁹, solo formalmente legata alla *norma* legislativa, per altro indica, sia pure con genericità, dei criteri lungo i quali l'operazione di derivazione effettuata dalla interpretazione giurisprudenziale deve incanalarsi al fine di palesarsi come legittima, ovvero di conferire alla disposizione "un valore positivo costante".

Questi generici criteri possono essere intravisti nel testo delle sentenze richiamate, ad esempio nel momento in cui la Corte, nella sentenza n. 8 del luglio del 1956, "pone in risalto il significato attuale della norma", ritenendo pertanto che il significato della disposizione si evolva nel tempo, dato che la stessa va interpretata non avuto riguardo al sistema nel quale storicamente, in modo primigenio, si colloca, "bensì nell'attuale sistema nel quale vive". Da ciò si può evincere come la Corte ponga a fondamento dell'interpretazione giurisprudenziale un criterio sistematico-evolutivo, il cui utilizzo appare tanto più auspicabile quanto più il testo si discosta, avuto riguardo ad una interpretazione letterale, dai principî che informano l'ordinamento giuridico vigente; in questa accezione possono venire lette le raccomandazioni al legislatore ordinario, contenute sia nella sentenza n. 3, che in quella n. 8, a modificare il testo, ovvero ad intervenire sulla disposizione in modo tale che dalla stessa non possa trarsi, adducendo in fase interpretativa l'argomento letterale, una norma "contraria allo spirito della Costituzione", che in ogni caso verrebbe comunque evitata ponendo in atto "un più sottile e penetrante processo di interpretazione" del testo legislativo.

Ritenendosi poi la Corte, come evidenziato nella sentenza n. 8, non vincolata dalle proprie passate decisioni e pertanto legittimata a riesaminare disposizioni già sottopostegli appare evidente che non la disposizione sia l'oggetto del suo sindacato, ma le norme da questa

⁹ Vedi le note alla sentenza n. 3 nel fascicolo richiamato di "Giurisprudenza costituzionale" a p. 570.

tratte, le quali se, come sopra osservato, possono sì mutare nel tempo, ma possono altresì non ritrovare più consonanza nel sistema in cui si collocano e risultando, pertanto, tutte indistintamente anticostituzionali, determinano l'abrogazione della stessa disposizione¹⁰. Questo ci induce a supporre che il criterio interpretativo sistematico-evolutivo vada inteso anche nel senso di dover adeguare la norma tratta dalla disposizione alle esigenze ed ai valori sociali attualmente vigenti.

Se dalla lettura delle sentenze i contorni dei criteri interpretativi proposti dalle stessa appaiono indubbiamente sfocati, tanto da poter riconoscere soltanto dei (quanto meno) generici criteri di derivazione, questi in ogni caso non appaiono riconducibili ai dettami posti dalle disposizioni codicistiche in materia di interpretazione e racchiuse nell'articolo 12 delle *preleggi*. Infatti, le due indicazioni ivi contenute non ritrovano richiamo nei testi della Corte costituzionale qui considerati: il significato proprio delle parole, fulcro del criterio interpretativo logico-letterale, viene completamente eluso dalle indicazioni della Corte, che pare invece indirizzare l'interprete verso altri lidi quali, ad esempio, il significato attuale (sistematico, per un verso, sociale, per altro) da attribuire al testo, più che verso un significato precostituito dello stesso, il quale anzi viene aggirato dalla Corte; sul versante dell'intenzione del legislatore, lo stesso viene fortemente depotenzializzato con esplicito rifiuto del riferimento al cosiddetto legislatore storico, a cui l'interprete non deve fare riferimento ove questo impedisca una lettura del testo in chiave sistematico-evolutiva. Rimane presente nella riflessione della Corte un riferimento alla *ratio legis*, la quale però deve venire ricostruita di volta in volta dall'interprete avendo come punto di riferimento la realtà storico-sociale attuale, sicché la stessa *ratio legis* è soggetta a costante evoluzione.

Le sentenze poste al suo insediarsi dalla Corte inducono l'osservatore a ritenere che la stessa voglia indirizzare l'attività interpretativa più verso i campi delle produzione di norme dotate di "valore positivo", che verso lidi caratterizzati dalla riproduzione della volontà normativa espressa dal legislatore nel precetto di legge. La *costanza* a cui la Corte fa riferimento nella sentenza n. 3 del 1956, che prelude ad una armonia sistematica,

¹⁰ Pare essere questo il caso, ad esempio, dell'articoli 559 del Codice penale dichiarato costituzionalmente illegittimo, parimenti al successivo articolo 560, con sentenza n. 147 del 3 dicembre 1969, ma prima, dichiarato solo parzialmente illegittimo con sentenza 126 del 19 dicembre del 1968.

va perseguita, in questo contesto, più che dall'intervento del legislatore, dalla interpretazione giurisprudenziale, a cui pare affidato il compito, per un verso, di sistematizzare il lavoro del legislatore e, per altro, di renderlo consono alla realtà sociale vigente. Alla giurisprudenza viene, pertanto, affidato un compito normativo, non meramente attuativo di disposizioni, ma propositivo, nel senso di creativo, di norme giuridiche. Nel momento in cui volessimo leggere l'articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, come ci viene con autorevolezza suggerito dal Gorla e dal Quadri¹¹, alla luce di un tentativo di delimitare con precisione le competenze del legislativo rispetto a quelle del giudiziario, saremmo indotti, dalle sentenze sopra richiamate, a voler ritenere che la Corte voglia, se non esaltare, quanto meno rivalutare il ruolo della interpretazione giurisprudenziale nella produzione normativa.

4 - PER UN'INTERPRETAZIONE IN ARMONIA "CON LE MUTEVOLI ESIGENZE DEI TEMPI"

Ad argomentare in modo favorevole all'ipotesi sopra formulata pare voglia indurci un passo estrapolato dall'opera di Carlo Esposito, in quale, ragionando sul controllo di costituzionalità delle leggi, ed in particolare sulla questione del sindacato per eccesso di potere, rileva "che le leggi e gli atti aventi forma di legge creano diritto obiettivo, vigono come manifestazione obiettiva e impersonale di volontà, a differenza degli atti amministrativi che sorgono come manifestazione di volontà subiettiva di un particolare soggetto giuridico, e come tale permangono"¹²; nella direzione tracciata da questa distinzione, fra atti di volontà imputabili ad un preciso soggetto giuridico ed atti che si pongono nell'ordinamento come separati da una volontà soggettiva, si ritrova, per Esposito, la ragione della non pertinenza al sindacato di legittimità costituzionale della censura dell'eccesso di potere legislativo (questo, infatti, non manifesta, come l'insigne costituzionalista sottolinea, alcun connotato

11 Cfr. G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in "Il foro italiano", XCIV (1969), V, cc. 112 e segg.; R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale* in *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1974.

12 Così in *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, relazione presentata a Firenze nel 1950 al Congresso internazionale di diritto processuale; ora in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, pp. 263-281. La citazione è tratta da p. 276.

soggettivo). Tale sindacato può venire legittimamente effettuato solo su atti che manifestino una volontà soggettiva, quali appaiono gli atti amministrativi, ove “i motivi e i fini che hanno determinato l’agente dell’atto, e la manifestazione di tali motivi, individuano l’atto nel suo legame al soggetto e determinano il significato dell’atto”¹³.

Per Esposito, ciò è “proprio il contrario di quel che avviene nella legge dove i motivi subiettivi, transeunti, puntuali, della emissione dell’atto non hanno rilievo e dove ciascuna norma, concorrendo a creare il diritto obiettivo, si fonde con le altre in un unico sistema, e muta significato col mutar delle norme del sistema, e deve essere interpretata in armonia con le mutevoli esigenze dei tempi”¹⁴. Se, per un verso, Esposito nel passo qui richiamato lascia trasparire una spiccata propensione per il carattere evolutivo dell’attività interpretativa, la quale deve porre in essere norme “in armonia con le mutevoli esigenze dei tempi”, per altro, con indubbia chiarezza, ci indica come è l’interprete a trarre il significato dalla disposizione; la norma, in ciò anticipando le considerazioni di lì a poco espresse dalla Corte costituzionale, lungi dal possedere un significato statico, indissolubilmente legato al significato proprio delle parole, muta al mutare vuoi delle condizioni sociali, vuoi alla luce della più complessiva e generale evoluzione del sistema in cui si colloca. La norma, in questa prospettiva, pare influenzata più delle mutevoli esigenze dei tempi, che dalla volontà del legislatore istituita nella disposizione legislativa. Per Esposito, il sistema giuridico non appare un sistema, per così dire, chiuso; per un verso, autoreferenziale, fatto di logica avulsa dalla realtà, e, per altro, del tutto permeabile alla volontà del legislatore. Appare, piuttosto, come un sistema che si fonde con le istanze che promanano dalla realtà sociale, realtà che il sistema stesso è chiamato a regolamentare. Se così non fosse, ci troveremo di fronte ad uno iato incolmabile fra le manifestazioni di volontà del legislatore, racchiuse nel testo di legge, e le concrete esigenze sociali, sempre in costante evoluzione e che necessitano di sempre nuove norme capaci di offrire un’armonica regolamentazione. La lettura del passo di Carlo Esposito induce, fra l’altro, ad abbandonare decisamente ogni prospettiva imperativistica del diritto; infatti, la volontà che pone il testo non solo viene depotenzializzata, ma addirittura annullata dalla attività dell’interprete tesa verso l’armonica e concreta ricerca dell’ordine sociale.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 276-277.

All'interno di questa prospettiva il sistema giuridico, di cui fa menzione l'Esposito, si risolve in un inesauribile processo di ordinamento giuridico della realtà sociale e non, come in una rappresentazione imperativistica, nell'esecuzione del comando posto in essere dall'autorità competente. I due poli intorno a cui l'opera di ordinamento si dispiega sono ancora individuati, per un verso, nella disposizione legislativa, nel testo che il legislatore predispone e, per altro, nella norma, che l'interprete trae dal testo e con la quale egli regola la realtà sociale. Ci troviamo di fronte ad una sorta di agire in comune tra il legislatore e l'interprete, fermo restando che sarà l'interprete, per mezzo dell'applicazione della norma, a istituire la regola nella società.

5 – TULLIO ASCARELLI E L'ILLUSIONE DELLA PORTATA OGGETTIVA DEL TESTO LEGISLATIVO

Su questa falsa riga si colloca un intervento a firma di Tullio Ascarelli apparso nel 1957 sulla "Rivista di diritto processuale" ed avente ad oggetto la *Giurisprudenza costituzionale* ed il suo rapporto con la *teoria dell'interpretazione*¹⁵.

Va riconosciuto come potrebbe apparire irriuale, data la *fama* dell'autore quale cultore del diritto commerciale, racchiudere un frammento del pensiero di Ascarelli all'interno della breve rassegna sopra richiamata dedicata al dibattito sviluppatosi in merito alle ripercussioni sull'idea di interpretazione derivanti dalla giurisprudenza costituzionale. Al di là del titolo e dell'oggetto del contributo (ancora le sentenze numero 3 e 8 del 1956 della Corte costituzionale), forse il dibattito da questo suscitato, che vede coinvolto in prima persona il fondatore e direttore della rivista, Francesco Carnelutti, può giustificare tale, per altri versi opinabile, scelta.

Nei decenni che hanno preceduto l'intervento qui specificatamente richiamato, Ascarelli si è a lungo occupato di interpretazione e le sue elaborazioni a riguardo sono state annoverate fra quelle ispirate dall'idealismo storicistico¹⁶; egli, pertanto, forte di tale esperienza

¹⁵ Il contributo è, per l'appunto, intitolato *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in "Rivista di diritto processuale", XII (1957), n. 2, pp. 351-363.

¹⁶ Cfr. in proposito A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., pp. 584 e segg. Sull'argomento cfr. anche il più recente contributo di F. Casa, *Tullio Ascarelli. Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, Napoli, 1999, pp. 35-47.

di studi¹⁷, interviene nel dibattito apertosi fra i cultori del diritto costituzionale.

Egli constata come l'oggetto dell'attività interpretativa non è “una «norma», ma un testo (o un comportamento); è in forza dell'interpretazione del testo (o del comportamento) e perciò sempre in forza di un dato che a rigore può dirsi «passato», «storico», che si formula la «norma» (come «presente» ed anzi proiettata nel «futuro»). Questa una volta espressa torna necessariamente ad essere «testo»”¹⁸.

L'apparente cripticità di tali affermazioni viene eliminata dall'autore, nel momento in cui egli ci specifica come “la norma viene sempre formulata in vista di casi (reali o ipotizzati), il cui giudizio così ritrova un elemento di continuità con giudizi di casi precedenti e la formulazione della norma costituisce il ponte sempre aperto tra un passato e un futuro”; la norma, frutto dell'interpretazione del testo, si colloca fra la formulazione astratta del diritto nel testo e la sua concreta applicazione nel giudizio. Per Ascarelli il diritto “vive appunto nel momento di questo passaggio e perciò a sua volta, superata l'applicazione, si riduce a sua volta a «passato», a elemento in funzione del quale tornerà per una nuova applicazione, a formarsi come norma; a «precedente»”. In

17 In proposito va richiamata la raccolta *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, che ricomprende, fra gli altri, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato*, apparso sul volume XCIV (1925) di “Archivio giuridico” e il saggio su *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*. Nella *Prefazione* alla raccolta possiamo leggere: “le categorie giuridiche importano invero una ricostruzione tipologica della realtà in funzione di orientamenti normativi, appunto perché intese a loro volta a una valutazione normativa di questa realtà. Costituiscono il necessario strumento per inquadrare e fissare una realtà che, nella concretezza dei singoli casi, è continuamente diversa, e così per permettere la comparazione tra i vari casi e un loro giudizio. La libertà dell'interprete si manifesta vuoi nella ricostruzione tipologica della realtà vuoi nel riordinamento degli orientamenti normativi del corpus juris preconstituito, riordinamento e ricostruzione nel quale si faranno valere le valutazioni dell'interprete. Qualunque ordinamento giuridico è pur sempre nella storia e frutto della storia, presentando perciò valutazioni diverse storicamente dovute alle diverse forze che concorrono a determinarlo e ai loro contrasti. La coerenza logica del sistema e la compatibilità delle sue diverse premesse non attiene alla sua formazione storica, ma costituisce il frutto, e il frutto sempre transitorio, dell'opera dell'interprete, attraverso la valutazione, e perciò l'ordinamento, dei suoi vari orientamenti è cioè la delimitazione della portata delle varie premesse ai fini dell'interpretazione”, p. XIX.

18 T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, cit., p. 352.

questo senso la norma “torna a sua volta poi ad essere «testo» per le applicazioni successiva”¹⁹.

Va puntualizzato come per Ascarelli, la disposizione legislativa, da cui trarre la norma, è sempre intrinsecamente equivoca, e tale connaturata equivocità del testo non si ripercuote sulla norma, la quale appare sempre univoca, in quanto concreta indicazione comportamentale tratta da un ventaglio di opzioni rese possibili proprio dell’ambiguità del testo²⁰. In questo contesto, le norme, per Ascarelli, “costituiscono soluzioni di conflitti di contrastanti interessi, sono storicamente condizionate e non già frutto di un dispiegamento logico di essenze astratte”²¹.

Per Ascarelli è la giurisprudenza degli interessi ad aver favorito il ritorno del diritto alla realtà, ovvero alla storia, la norma, infatti, rappresenta la soluzione di conflitti di interessi presenti in una data società; la giurisprudenza degli interessi, a differenza della giurisprudenza dei concetti, che afferma un diritto astratto dalla storia, appare, per l’autore, “una riaffermazione di storicismo, ma con una ormai acquisita coscienza della dinamica economica”²². Questa particolare prospettiva dogmatica permette di ricollegare direttamente la norma ai fatti sociali, anzi, far sì che la norma corrisponda ai fatti sociali, che il diritto, cioè, non si discosti dalla realtà (la storia), ma sia un suo prodotto.

19 Le citazioni in questo capoverso sono tratte da *ibidem*, p. 355.

20 Per Ascarelli, “lo stesso ricorso al linguaggio ordinario, seppure limitato alle auto-interpretazioni lessicali del sistema, importa appunto un continuo rinvio non già, come a volte si afferma, a concetti non giuridici, ma alle valutazioni dell’interprete. La mancanza di un linguaggio convenzionale nel diritto non costituisce un semplice accidente dovuto a difficoltà pratiche o alle esigenze della comprensibilità della norma da parte dei consociati, ma deriva appunto dalla impossibilità di ridurre un sistema dato ad un campo chiuso che elimini la necessità del ricorso alle valutazioni dell’interprete o che metta capo ad intuizioni immediatamente evidenti o a postulati convenzionali”, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., pp. XXI-XXII.

21 *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, cit., p. 354 (in nota). In altro luogo Ascarelli sottolinea come “l’opera dell’interprete non può ridursi ad una mera applicazione di canoni logici che escluderebbe valutazioni normative, né al dispiegamento delle conseguenze logiche di premesse e postulati dati, ma importa una continua posizione di premesse indipendentemente dalle quali qualunque *corpus juris* precostituito non potrebbe essere applicato”, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XIX.

22 *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, cit., p. 354.

Egli avverte che gli orientamenti dottrinari sono “strumenti, vettori, per lo sviluppo del diritto e cioè per la formulazione di norme partendo da testi che così, pur rimanendo lessicalmente identici, vengono sempre diversamente «interpretati», servono cioè per la formulazione di norme ai fini della soluzione di casi e in realtà così per sostituire ai testi dettati nuovi testi interpretativamente formulati in un cammino che è quello dello sviluppo del diritto”²³. In questa prospettiva è l’interpretazione a garantire la adeguatezza di un testo, altrimenti statico, ad una realtà sociale dinamica: a detta di Ascarelli, la norma, come sottolineano le pronunce della Corte costituzionale, è sempre il frutto di una scelta operata dall’interprete, la scelta “oltre che inevitabile, è necessaria, perché grazie ad essa si assicura la continua adeguazione di un testo statico a una vita in continuo movimento; l’applicazione alla ricchezza dei fatti concreti di una formulazione necessariamente sempre astratta, astrattezza che, a sua volta, non è che l’altra faccia della medaglia dell’equivocità”²⁴.

Richiamandosi a Salvatore Satta²⁵, Ascarelli, riconosce che “fuori dalla interpretazione non c’è norma; c’è un mero testo ed è in funzione di questo che con un procedimento di interpretazione, mai eliminabile, sarà fissata la norma ai fini di un’applicazione (e la stessa norma così fissata sarà nuovamente e inevitabilmente testo ai fini di una nuova applicazione); la norma cioè è sempre e solo quale interpretata e applicata e nel momento nel quale è interpretata e applicata”²⁶.

23 *Ibidem*, pp. 354-355 (in nota).

24 *Ibidem*, pp. 356-357.

25 Il riferimento è al corso di *Diritto processuale civile*, Padova, 1954, p. 178

26 *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, cit., p. 358 (in nota). Per Ascarelli, “il problema dell’interpretazione non si limita ad un problema di auto-integrazione della norma, né ad un momento della conversione, attraverso la sentenza, della norma astratta in comando concreto; il processo dell’interpretazione investe qualunque norma, ché qualunque norma (ed ivi compresa perciò quella precedentemente posta dall’interprete in via di interpretazione) non può essere applicata senza essere interpretata. Qualunque norma viene appunto intesa attraverso la sua interpretazione (ed appunto perciò viene giustamente criticato l’adagio che nega «*in claris*» – ché la chiarezza può essere a sua volta solo frutto della interpretazione – quella necessità di interpretazione, che invero spesso i legislatori vorrebbero escludere) e questa è necessaria e immanente allo sviluppo del diritto ed attiene al processo col quale la norma si trasforma in regola; la norma infatti si potrà tradurre in regola solo con la portata determinata dalla sua interpretazione”, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XLIV.

Va rilevato come, per l'Ascarelli qui richiamato, la norma viene sempre formulata in vista di casi reali, ovvero in funzione di uno specifico giudizio, il quale, ritrovando elementi di continuità con giudizi precedenti, fa sì che la formulazione della norma da parte dell'interpretazione giurisprudenziale si ponga, come l'autore sottolinea, fra il passato (ovvero i precedenti, a cui si richiama) ed il futuro (i giudizi che seguiranno). L'opera di continuità dell'ordinamento giuridico viene, pertanto, demandato all'attività interpretativa ed applicativa delle disposizioni, il cui prodotto costituisce, per l'appunto, l'ordinamento giuridico concreto ed effettivo, un ordinamento che, all'atto pratico, risulta, a differenza dell'insieme delle disposizioni, inequivoco²⁷.

Stante all'impostazione ascarelliana, "la norma non è racchiusa nel testo sì da poter essere ivi discoperta e l'interpretazione non è lo specchio di quanto racchiuso nel testo; il testo è se mai un seme per quella sempre rinnovata e transitoria formulazione della norma che per ogni applicazione compie l'interprete"²⁸. L'autore, quasi a voler ulteriormente rafforzare la posizione dell'interprete nel dispiegare l'opera di ordinamento giuridico rispetto a quella del legislatore, in nota sottolinea: "la teoria tradizionale, ravvisando nell'interpretazione la mera intelligenza del testo e il discoprimiento di una sua portata oggettiva come tale logicamente argomentabile, persegue una illusione. Essa trova la sua prima origine nella visione di un ordine normativo esistente ed operante indipendentemente dall'opera dell'interprete chiamato ad applicarlo"²⁹. Come sopra rilevato, appare, viceversa, per Ascarelli, essere l'interprete a porre in vita l'ordine normativo, questo non è affatto indipendente dalla sua attività, ne è, invece, diretta conseguenza.

27 *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, cit., p. 352.

28 *Ibidem*, p. 356.

29 Per Ascarelli, "l'interpretazione giuridica non mira solamente a risalire, come qualunque interpretazione, dal segno alla cosa significata, all'atto attraverso la parola, ma mira a cogliere una portata eventualmente estranea all'atto nel momento nel quale è stato storicamente posto (e cioè in un sistema fondato su leggi scritte dalla volontà del legislatore)", *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., pp. XXXI-XXXII.

6 – UNA BREVE POLEMICA FRA CARNELUTTI ED ASCARELLI: L'INTERPRETAZIONE FRA CREATIVITÀ ED INVENTIVITÀ

Il testo di Ascarelli, il quale si pone all'interno di un tracciato da egli già ben solcato nei decenni che precedono questo intervento, che porta al riconoscimento, così come, per l'autore, la Corte costituzionale ha rilevato, della natura creativa e non riproduttiva dell'attività interpretativa, suscita una reazione da parte del Carnelutti, da cui, come sopra rammentato, prende l'avvio una breve polemica³⁰.

Il Direttore della prestigiosa "Rivista di diritto processuale", dopo aver sottolineato le ascendenze capograssiane³¹ del pensiero di Ascarelli in tema di interpretazione della legge ed in particolare sul rapporto tra passato e futuro, ritiene che l'autore del saggio pubblicato abbia equivocato fra "la interpretazione della norma e la sua applicazione". Per il Carnelutti della *Postilla*, l'applicazione si sostanzia nel "*trasformare la norma in fatto*" e da questa trasformazione nasce il diritto (non la norma); viceversa, l'interpretazione, lungi dall'apparire, come pare affermare Ascarelli, attività di trasformazione del testo in norma, si sostanzia nell'"adattamento o meglio sviluppo della norma al fine di renderla idonea alle nozze col fatto".

In buona sostanza, per Carnelutti, Ascarelli confonderebbe l'interpretazione, che interverrebbe sul testo, con l'applicazione della risultante di questo intervento, la quale darebbe vita al diritto: per Carnelutti la norma appartenerrebbe al *passato* ed il fatto (il diritto) al *futuro*.

L'intervento di Carnelutti offre agio ad Ascarelli per meglio specificare il suo pensiero. Rivolgendosi al "caro ed illustre maestro" egli ribadisce che, a suo avviso, "l'interpretazione sia posta in funzione della applicazione della norma al caso e l'applicazione a sua volta possa ricondursi al risultato dell'interpretazione", constatando altresì come "l'interpretazione giuridica mira a stabilire una norma applicabile, così sfuggendo sempre e necessariamente a un quadro meramente

30 Si veda in proposito la *Postilla*, siglata F. C., al citato articolo di Ascarelli apparsa a pp. 363-364 dello stesso fascicolo della rivista, alla quale fa seguito un intervento di Ascarelli su *In tema di interpretazione ed applicazione della legge (Lettera al prof. Carnelutti)*, in "Rivista di diritto processuale", XIII (1958), n. 1, pp. 14-24, a cui è posposta la *Risposta al prof. Ascarelli* di Carnelutti, pp. 24-26.

31 Va rilevato *a latere* come Giuseppe Capograssi, scomparso nel 1956, pur nominato membro della prima Corte costituzionale non ebbe modo di partecipare ai suoi lavori proprio a seguito della prematura morte.

storiografico”³². Per il nostro “è dal testo o dal comportamento che dobbiamo risalire a un comando, a una norma (non è ai miei fini rilevante la scelta tra i due termini), astrattamente posta in relazione a una classe di casi, e nei cui confronti si ponga come coerente la soluzione del caso”³³. Il testo è dunque il dato a cui l’attività interpretativa si riferisce, ma questo dato è un dato astratto e, come tale non può ricollegarsi ad un fatto concreto, quale è l’accadimento che ricerca nel diritto la propria soluzione. Ponendosi quasi a cavaliere fra la prospettiva dell’idealismo giuridico e la riflessione capograssiana, Ascarelli riconosce che “data la sua astrattezza la norma non coglie e non può mai cogliere la concretezza di nessun caso ed è perciò che da un lato dobbiamo ridurre il caso concreto a caso tipico, dall’altro la norma deve sempre essere nuovamente formulata e così resta attuale in funzione della concreta applicazione (e, simmetricamente, la soluzione data al caso, il comando della sentenza, rimane per il futuro come precedente)”³⁴.

Ascarelli ritorna sull’idea di equivocità del testo, ribadisce come “testo e comportamento sono sempre equivoci [...] ; lo sono necessariamente e inevitabilmente, data l’inevitabile astrattezza della norma che poi non è che l’altra faccia della sua costanza; è appunto questa necessaria equivocità che ne permette tuttavia un’applicazione a una realtà concreta e mutevole”. Per il nostro autore allora “l’interpretazione – sempre necessaria – non si pone come specchio rispetto al dato, ma come sempre nuova formulazione di norma in continuità col dato, e così permette l’applicazione [...] di una norma, e secondo un criterio di continuità, a una concreta e mutevole realtà”³⁵.

Pare, pertanto, che il criterio di continuità si ritrovi nel riferimento dell’attività interpretativa al testo, il quale, proprio in ragione della sua astrattezza e, di conseguenza, equivocità, permette di trarre delle indicazioni normative atte ad offrire soluzione consona a casi concreti, i quali si collocano all’interno di una “mutevole realtà”. In definitiva, ciò che si adatta alla mutevole realtà non è il testo, che rimane sempre eguale a se stesso (da qui la continuità), ma l’interpretazione-

32 *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, cit., p. 14.

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*, p. 15.

35 *Ibidem*.

applicazione del testo, che, riformulando costantemente le norme, segue l'evoluzione dei tempi.

Ascarelli, facendo “confluire interpretazione giuridica e applicazione”, riconosce nell'interprete “quegli che formula in base al testo la norma, transitoria e passeggera formulazione che appena formulata diviene a sua volta momento [...] per nuova formulazione in funzione di nuova applicazione”³⁶.

Sullo stesso fascicolo della “Rivista di diritto processuale” troviamo la *Risposta* formulata da Carnelutti al “caro amico”, nella quale egli critica pesantemente l'idea che la norma non sussista “se non se e quando avviene il fatto, al quale dev'essere applicata”³⁷. In buona sostanza, per Carnelutti, Ascarelli “finisce per fare tutt'uno della norma e del giudizio, mediante il quale la norma agisce o nel quale [...] si risolve. Ma è proprio qui, secondo me la confusione: una confusione non soltanto di parole, ma proprio di idee. Ciò che ancora non esiste, prima del fatto, è il giudizio; ma la norma sì; esiste nel testo, cioè in quel costrutto di parole, le quali, proprio perché sono parole, vogliono significare qualcosa e questo qualcosa, così com'è, ha una sua funzione (e quale funzione!). nientemeno che modellare la storia; un fine che si raggiunge o meglio si approssima più o meno secondo che quelle parole rispondano più o meno a quello che «ditta dentro» direi col poeta, o dovrebbe dettare”³⁸. Per Carnelutti, che in questo non si distanzia molto da Ascarelli, anche se non acconsente al suo pensiero, “le leggi debbono essere: se non ci fossero non sarebbe possibile la interpretazione, come senza i due elementi della cellula non ci sarebbe cariocinesi. Tali due elementi hanno da essere diversi: astratto e concreto, legge e fatto, tra i quali si pone la necessità della mediazione. Proprio perciò dall'interpretazione, come dalla cariocinesi, nasce un *novum*; in ciò sta quello che chiamiamo, col solito orgoglio, il carattere *creativo* e dovrebbe più modestamente chiamarsi il carattere *inventivo* dell'interpretazione, la quale arricchisce la norma interpretata”³⁹.

A ben vedere le due posizioni non sono molto distanti, il più delle volte sono equivoci e fraintendimenti lessicali, i quali fanno sì che la

36 *Ibidem*, p. 19.

37 *Risposta al prof. Ascarelli*, cit., p. 24.

38 *Ibidem*.

39 *Ibidem*, pp. 25-26.

polemica monti⁴⁰, ma al di là di ciò pare indubbio poter riconoscere che, per entrambe gli autori, volendo utilizzare un linguaggio che di lì a poco si affermerà nel discorrere dei giuristi, la *disposizione* appare la fonte da cui trarre la *norma*, ed in ciò entrambi, riconoscendo un ruolo attivo (*creativo o inventivo* che sia) all'interprete, affrontano in modo non tradizionale, per usare le parole di Ascarelli, il rapporto fra il potere legislativo e quello giudiziario⁴¹.

40 Abbiamo notato che, Ascarelli nei testi richiamati ritenga non rilevante la scelta dei termini, sicché con il termine /norma/ viene designato sia la risultante del processo interpretativo, che l'oggetto di tale processo, il testo, il quale a sua volta viene equiparato ad un comando; d'altro canto dello stesso giudizio, la sentenza, si predica generalmente l'essere norma. Parimenti Carnelutti, che pur in alcuni passi distingue il termine /legge/ da quello di /norma/, ritiene che la norma non debba venire considerata "il *posterius* dell'interpretazione mentre ne è invece il *prius* ossia il dato da interpretare". Insomma, il rigore terminologico non pare preoccupare troppo i protagonisti di tale breve polemica.

41 Ascarelli, negli *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., rileva come "il carattere meramente conoscitivo della giurisprudenza in funzione di un *corpus juris* precostituito teorizza in realtà la pretesa al monopolio nella formulazione del diritto da parte di determinati organismi, sì che l'interprete sarebbe estraneo allo sviluppo del diritto" (p. XXXIII); egli ritiene che "la contrapposizione di un diritto legalmente valido e di una norma socialmente riconosciuta si rivela come una proiezione dei criteri con i quali viene valutata come già dettata (e perciò sanzionabile alla stregua delle norme prodotte a tenore dei criteri posti nell'ordinamento considerato, ai fini della produzione di norme) la norma posta dall'interprete. Legge e interpretazione non si contrappongono come creazione e conoscenza del diritto, ma concorrono nella posizione di norme che sono poi sempre quelle generalmente accettate, sì che il diritto legalmente valido si traduce pur sempre in quello che è inteso come tale e per la cui posizione la legge (o la singola interpretazione) costituiscono momenti di un processo" (p. XLV). In tal senso Ascarelli ritiene che il limite dell'attività interpretativa sia tracciato "dal criterio di continuità alla cui osservanza è tenuto, dovendo le sue conclusioni essere riconducibili a quelle del sistema precostituito [...]. Ammettere la rilevanza delle valutazioni dell'interprete nella elaborazione di queste categorie e porre così l'interprete al centro dello sviluppo del diritto non significa negare, ma anzi accentuare, il rilievo del sistema ai fini di uno sviluppo interpretativo e cioè di uno sviluppo che, rispettando una esigenza di continuità che si traduce in certezza giuridica e rispetto della libertà individuale, tuttavia attende a quel continuo completamento e a quella permanente adeguazione, indipendentemente dalla quale nessun *corpus juris* precostituito può riuscire applicabile" (pp. XXIII-XXIV). Per Ascarelli, che in questo riprende le intuizioni di Max Ascoli, il diritto vigente, frutto dell'attività interpretativa, viene legittimato non tanto dalla istituzionalizzazione nella legge della volontà sovrana, quanto dal suo apparire consono ad una legalità sociale; infatti, "la legge dettata costituirà bensì, in relazione ad una determinata struttura politica, il

7 – IL GIUDIZIO INVENTA IL DIRITTO: LEGISLAZIONE E GIURISDIZIONE VOGLIONO DIRE LA STESSA COSA (COSÌ, PER LO MENO, SECONDO CARNELUTTI)

Al di là del tema qui discusso e del modo in cui la disputa viene svolta, va rilevato che la stessa prospettiva carneluttiana non è affatto esente da ipotesi di interpretazione creativa⁴². A tale proposito va richiamato un passo dalla sua *Teoria generale del diritto*, ove lo stesso, al paragrafo 53, titolato *Applicazione delle norme giuridiche*, denota una certa sintonia con il pensiero di Tullio Ascarelli, che a distanza di tre lustri sottoporrà a critica. Intatti, all’inizio del paragrafo richiamato, l’insigne giurista, rileva “che come ogni altra regola così le norme giuridiche, strumentali o materiali, non possono operare sul caso se non attraverso un giudizio. In un giudizio veramente si risolve ciò che si chiama la applicazione della regola (al caso). Solo, pertanto, attraverso un giudizio, le norme giuridiche si trasformano in precetto, la trasformazione è in particolare necessaria, affinché dalla loro violazione derivi l’attuazione della sanzione”⁴³. Ora, appare indubbio che le norme giuridiche per Carnelutti sussistano anche prima del giudizio, ma è altrettanto chiaro che solo attraverso il giudizio queste ritrovino vigenza nella realtà sociale, fuori dallo stesso esse rimangono *flatus vocis*, mentre nel giudizio queste si trasformano in precetti. Al di là di ciò vi è dell’altro nel paragrafo in questione; nello specifico, Carnelutti, riconosce fra le altre una *difficoltà* che insorge a fronte dell’applicazione della norma nel giudizio, che egli, nelle glosse a margine del testo, indica quale *correzione della norma giuridica*. Quindi, la norma giuridica da applicare sussiste ben prima del giudizio, ma, stante alla glossa, pare che la norma realmente applicata sia in realtà il

punto di riferimento per giudicare della continuità della norma posta dall’interprete col diritto preesistente al quale questa deve riferirsi, ma il valore della legge dettata sarà sempre e soltanto quello che le deriverà dalla sua interpretazione generalmente accettata, tornando così a risolversi nella generale accettazione e convinzione della base ultima del diritto (p. XLIV). In questo senso “le categorie giuridiche invero non possono essere intese astratte dalla storia e indipendentemente dal riferimento ad una realtà sociale, ma questa non può a sua volta essere giuridicamente valutata fuori da una inquadratura concettuale” (p. XXV).

42 Cfr. in proposito le critiche di Santi Romano alla *Teoria generale del diritto* di Francesco Carnelutti, di cui in *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell’attività interpretativa*, cit., p. 197 (in nota) si è fatto cenno.

43 *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 93.

frutto di una *correzione* della norma preesistente sicché le due norme, quella che preesiste al giudizio e quella che si applica nel giudizio, non sarebbero coincidenti. In proposito, Carnelutti rileva un “immane per quanto variabile *hyatus* esistente tra [le norme materiali] e la regola etica, che ne dovrebbe costituire la sostanza”⁴⁴, iato che, in buona sostanza, si manifesterebbe nella discrepanza fra il modo in cui la regola posta dal legislatore, se applicata pedissequamente, determinerebbe la soluzione del caso e la soluzione che, secondo *coscienza* dovrebbe invece manifestarsi. Il richiamo alla *coscienza*, effettuato da Carnelutti nel testo, può, senza eccessive forzature, venire inteso anche quale contesto sociale, quale quadro valoriale vigente, oppure ancora quale equa compenetrazione di interessi. Fatto sta che, proprio avuto riguardo alla *coscienza*⁴⁵, per Carnelutti, “il risultato [dell’incontro fra la norma giuridica posta dal legislatore e la coscienza di colui che è chiamato ad applicarla] è che, in maggiore o minore misura, l’applicazione delle norme materiali si risolve in una correzione di esse, per lo più così lieve da sfuggire, qualche volta così rilevante da imporsi all’attenzione. Perciò ad una piena trasfusione dell’etica nel diritto non si giunge se non mediante una collaborazione del *rex* con il *civis* o almeno con lo *iudex*; il re, da solo, per quanto re, non vi può riuscire”⁴⁶.

Al fine di meglio specificare la questione, non appare di secondaria

44 *Ibidem*, p. 94.

45 Questa potrebbe venire anche esemplificata facendo ricorso a quei concetti che Carnelutti definisce *principi di diritto*, i quali, per l’autore, appaiono come “le regole inespressive, dalle quali derivano, attraverso la loro applicazione ai casi previsti, i precetti formulati, in via generale o particolare”; tali regole inespressive, “più ampie del precetto che ne deriva” vengono impiegate al fine di autointegrare l’ordinamento giuridico, pur non facendone parte formalmente; infatti, “il principio non è giuridico; se la giuridicità è data dal comando, il quale, nella sua realtà, si risolve nell’atto di comandare, ciò che resta fuori da quest’atto non può essere diritto. I principi di diritto, dunque, non sono, di per sé diritto; del resto la materia prima, che serve a formare il prodotto, non può essere il prodotto [...]. Principi di diritto non sono dunque diritto, ma sibbene le premesse etiche od economiche ricavabili, per via di induzione, dal materiale legislativo”, le citazioni sono tratte da *ibidem*, pp. 146-148. Cfr. in proposito la serrata critica del Quadri, *Dell’applicazione della legge in generale*, cit., pp. 253 e segg.

46 F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 94. Carnelutti giunge ad affermare che “il giudizio intorno all’efficacia del fatto giuridico implica quello intorno alla giustizia della norma e il giudice è insieme, più o meno consapevole, giudice delle parti e giudice del legislatore”, in proposito cfr. *Id.*, *La certezza del diritto*, in “Rivista di diritto processuale civile”, XX (1943), n. 1, pp. 81-91.

importanza richiamare un ulteriore passo dall'opera di Carnelutti, il quale ritiene che "dal punto di vista linguistico legislazione e giurisdizione vogliono dire, in sostanza, la medesima cosa: nello *ius dicere* si risolve il *legum ferre* e viceversa. Per altro i due diversi nomi esprimono un diverso modo della attività giuridica [...]. La legislazione è una produzione di diritto sub specie normativa, cioè una produzione di norma giuridiche [...]. La giurisdizione produce invece dei precetti e così provvede diritto per casi singoli"⁴⁷.

Per inciso rammentiamo come per Carnelutti⁴⁸ la giuridicità è data dal comando e ciò che resta fuori dal comando non appartiene, pertanto, al diritto; ora, è la giurisdizione a produrre i precetti, ovvero i comandi nei quali, in questa prospettiva, si sostanzia il diritto. È ben vero che i precetti si fondano sulle norme poste in essere dal legislatore, ma in ogni caso, come sopra osservato, i precetti per un verso, si palesano come norme *corrette*, per altro sono le uniche norme che siano concretamente applicabili, sono, cioè, dei reali precetti, dato che, quelli posti dal legislatore, appaiono per Carnelutti, "precetti in serie, per casi tipici, non per casi concreti"⁴⁹. In questo senso, il diritto, ovvero il precetto che nella realtà regola la vita sociale, non risulta il solo frutto dell'attività del legislatore, ma della collaborazione fra il *rex* e lo *iudex*; prima di questa collaborazione, che ritrova il proprio *habitat* nel momento dell'applicazione, il diritto (inteso quale concreto precetto) non appare riscontrabile. In questo senso l'Ascarelli, criticato dal Carnelutti, non ha (forse) tutti i torti a lasciare intendere che la norma, prima del giudizio, non esiste. Forse, come già rilevato, se i due autori avessero ricercato una consonanza terminologica, molti equivoci sarebbero stati evitati, ma appare indubbio che per entrambi i protagonisti della breve polemica, la norma o il precetto concreto, oppure ancora la norma corretta, insomma, ciò che realmente regola la realtà sociale, sia il frutto dell'attività di interpretazione ed applicazione di un testo posto in essere dal legislatore, il quale di per sé non produce alcun effetto reale.

Al di là di ogni altro rilievo, appare evidente, da quanto qui richiamato come per i due autori, non vi può essere una separazione che non sia

47 *Id.*, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 104.

48 Cfr. quanto richiamato alla nota 45 del presente capitolo.

49 *Teoria generale del diritto*, cit., p. 104.

meramente *funzionale* fra il potere legislativo e quello giudiziario, l'incontro fra i due determina il sorgere del diritto, che non è quindi prodotto esclusivo né dell'uno, né dell'altro. Ad entrambi i poteri appartiene, per così dire, la potestà di concorrere alla produzione di diritto; la giurisdizione adatta al caso concreto la disposizione posta dal legislativo e, quindi, nel formulare la norma giuridica da applicarsi al caso "il giudizio inventa" il diritto⁵⁰.

8 – LA LEGGE È FONTE DEL DIRITTO OGGETTIVO: VEZIO CRISAFULLI E LA DISTINZIONE FRA DISPOSIZIONE E NORMA

Al di là della riflessione di Ascarelli e della reazione polemica che la stessa ha suscitato in Carnelutti, i problemi aperti delle sopra richiamate sentenze della Corte costituzionale, in proposito al riconoscimento di una differenza fra il testo posto dal legislatore e la norma che da questo viene tratta, ritrovano, come noto, un'autorevole sistemazione dottrinarina nell'opera di Vezio Crisafulli, il quale, nelle sue *Lezioni di diritto costituzionale*, così specifica: "non solo le norme non vanno confuse con l'atto, di cui si configurano come l'effetto o il prodotto, ma nemmeno sarebbe esatto identificarle (come molti fanno) con le «disposizioni»: le quali costituiscono propriamente il contenuto prescrittivo dell'atto, il «voluta» in esso manifestato, e possono vedersi, in un certo senso, come l'atto medesimo (o una sua parte) nella sua unità dialettica di forma e contenuto". Per Crisafulli, che qui sintetizza un dibattito dottrinario, il quale vede nell'attività della Corte

50 Cfr. F. Carnelutti, *Trattato del processo civile*, Napoli, 1958, p. 135. In proposito va rilevato come il Carnelutti, nel momento in cui si accosta al problema del giudizio esclude tassativamente che lo stesso possa venire informato dal metodo logico-deduttivo, di cui il sillogismo (giudiziale) appare lo strumento più adeguato al fine di giungere ad una conclusione *necessaria*. A riguardo Carnelutti, *Torniamo al giudizio*, in "Rivista di diritto processuale", IV (1949), n. 1, sottolinea come, sin dall'apparire della monografia di Alfredo Rocco su *La sentenza civile*, "la cosiddetta scienza giuridica, risolvendo il giudizio nel sillogismo, continua, purtroppo, a fondarsi sull'ignoranza", p. 169, dato che il giudizio, il quale, come sopra rilevato, *inventa il diritto*, ha tutt'altro fondamento. L'autore, si rammarica nello scritto in questione che l'accorta indagine di Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, "sia stato difetto d'autorità nel campo proprio della scienza giuridica o, più probabilmente, difetto di calore, finora non è servita quasi a nulla", *ibidem*. Cfr. in argomento anche il saggio di Carnelutti *Nuove riflessioni intorno al metodo*, in "Rivista di diritto processuale", XII (1958), n. 4, pp. 463-480.

costituzionale una fondamentale pietra miliare, “le norme, invece, lungi dal configurarsi come un elemento dell’atto, ne stanno fuori, quali entità staccate ormai dalla loro fonte (dall’atto che le ha poste), con un proprio significato, che può in varia misura divergere, e tanto più con l’andar del tempo, da quello originariamente espresso dalle rispettive disposizioni, singolarmente considerate, poiché esso si determina in funzione dell’ordinamento complessivo, e su di esso perciò si riflettono altre norme a questo appartenenti”⁵¹.

Per il costituzionalista, “le disposizioni contenute nell’atto sono bensì una componente essenziale, *ma non la sola*, delle norme, come questa effettivamente «vivono» nella concreta dinamica dell’esperienza giuridica”⁵²; in buona sostanza, le norme sono la “risultante dell’interpretazione della [disposizione] nella sua connessione sistematica con le altre norme del diritto oggettivo vigenti al momento di farne concreta applicazione”⁵³.

Riassumendo da quanto qui richiamato da uno dei *Manuali* per antonomasia del diritto costituzionale⁵⁴, la norma è il frutto dell’attività interpretativa che ha per oggetto originario la disposizione, la quale va *letta*, al fine di farla effettivamente vivere nella realtà sociale, non alla luce delle altre disposizioni componenti il sistema, bensì alla luce delle altre *norme* (ovvero proposizioni frutto dell’attività interpretativa), le quali compongono (si badi bene, queste e non le disposizioni) il diritto oggettivo vigente. La norma derivata della disposizione deve connettersi, stante al passo di Crisafulli qui richiamato, al più generale sistema di norme⁵⁵; sicché, se da un lato ciò che trova applicazione sono

51 V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II L’ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La corte costituzionale*, Padova, 1984, p. 41.

52 *Ibidem*, p. 42 (corsivo nel testo).

53 *Ibidem*.

54 “Le *Lezioni* sono il vero capolavoro del Maestro e seguono nei vari rifacimenti un po’ tutto il suo maturo cammino. In esse l’equilibrio tra chiarezza espositiva ed approfondimento problematico, fino talora allo scavo minuto, ma sempre limpido, raggiunge molto spesso la perfezione”, così F. Modugno a p. 143 dello scritto *In memoria di Vezio Crisafulli*, apparso sul primo fascicolo del 1990 della rivista “Diritto e società”.

55 Per Crisafulli, l’ordinamento giuridico si configura “come una successione seriale aperta di singole norme, anziché come un sistema organico, la cui unità è piuttosto la risultante, che non la somma, delle norme che lo compongono”, *Lezioni di diritto*

le norme, dall'altro il sistema di diritto oggettivo vigente è composto esclusivamente di norme, che riconoscono nelle disposizioni una loro componente essenziale, *ma non la sola*⁵⁶.

Nei passi qui richiamati Crisafulli pone a fuoco, sia pur implicitamente, un (se non *il*) problema cruciale della riflessione sull'esperienza giuridica⁵⁷: la ricerca e l'individuazione delle fonti del diritto, ovvero delle "fonti «legali», autorizzate a costruire e incessantemente innovare il diritto oggettivo nazionale"⁵⁸. Queste, da quanto emerge dalla lettura dei passi richiamati, non possono venire ricondotte alle mere fonti-atto⁵⁹ formali, *in primis* al legislatore, se le stesse si limitano a porre in essere disposizioni, le quali, come sottolinea l'autore, sono soltanto uno degli elementi delle norme che costituiscono il diritto oggettivo vigente e, pare, che l'innovazione del diritto oggettivo vigente avvenga per mezzo di una modificazione del sistema normativo, non del sistema delle disposizioni, pertanto in via interpretativa. Sicché appare con evidenza come la norma è il frutto dell'incontro fra la posizione della disposizione, di competenza del legislatore, e la sua interpretazione, attuata da organi statali diversi da quelli legislativi, fra i primi quelli giurisdizionali. Sono

costituzionale. I Introduzione al diritto costituzionale italiano. Gli ordinamenti giuridici. Stato e costituzione. Formazione della Repubblica italiana, Padova, 1970, p. 25.

56 Che per Crisafulli la questione sia centrale è testimoniato dal fatto che egli specifica come "l'importanza dei concetti qui sopra esposti, che possono parere a prima vista troppo sottili, risulterà chiara [...] quando si tratterà del sindacato di costituzionalità delle leggi: vedremo allora come possano sorgere in pratica questioni di legittimità costituzionale concernenti norme o frammenti di norme desumibili da una o più disposizioni scritte, senza peraltro coinvolgere la formulazione letterale di queste ultime", *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., p. 42.

57 Crisafulli rileva che "l'idea di fonte, correttamente intesa, non può essere disgiunta dall'idea di norma (del diritto oggettivo). Tra l'una e l'altra sussiste una correlazione logica necessaria, poiché chi parla di fonti, con ciò stesso evoca immancabilmente l'idea di diritto, così come chi parla di diritto (in senso oggettivo) o dell'ordinamento normativo (di questo o di quell'ordinamento, ovvero dell'ordinamento come figura generale), parla anche, almeno di solito, delle sue fonti", così *sub voce Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 927.

58 *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit. p. 8.

59 La consuetudine non è qui oggetto di trattazione; pertanto non viene sviluppato il problema della sua interpretazione. Parimenti riteniamo di poter non menzionare la consuetudine fra le fonti del diritto oggettivo richiamate nel testo, facendo riferimento alle sole fonti-atto. La presenza delle fonti-fatto, all'interno del contesto qui trattato, viene pertanto omessa.

questi ultimi e non quelli legislativi, a determinare, nel senso di porre, la norma da applicare al caso concreto (la disposizione non trova mai applicazioni concrete, ma è soltanto oggetto di interpretazione), pertanto è nell'ambito dell'interpretazione-applicazione della disposizione, la quale si traduce nella posizione della norma, che sorge il diritto oggettivo vigente. Ma vi è di più: se la norma così evidenziata concorre a costituire un sistema normativo, a cui l'autorità competente deve fare riferimento al fine di trarre, attraverso l'attività interpretativa, altre norme da disposizioni (infatti, l'interpretazione-prodotto di una disposizione è legittima, per Crisafulli, nel momento in cui si trova in "connessione sistematica con le altre norme") allora la norma o l'interpretazione-prodotto che dir si voglia, non rappresenta soltanto il diritto oggettivo del caso concreto, ma assume rilievo istitutivo, nel senso che permane come diritto oggettivo in vigore ben oltre al caso concreto, infatti, a sua volta essa è momento costitutivo di quel sistema normativo che permette di informare le successive interpretazioni-prodotto, ovvero le successive norme da applicarsi ai casi concreti. La costruzione e l'evoluzione del diritto oggettivo nazionale, operata dalle fonti legali, avviene all'interno del sistema normativo per mezzo dell'attività interpretativa; è la norma, che modificandosi, innova il diritto oggettivo, anche a fronte di un non mutamento della disposizione a cui formalmente si riferisce.

Sicché il motore di questa esperienza va individuato solo in parte nel processo legislativo inteso in senso stretto⁶⁰, altre forze concorrono alla ricerca ed alla istituzionalizzazione del diritto oggettivo vigente; queste sono individuabili negli organi del potere giurisdizionale e, più in generale, in ogni organo preposto all'applicazione della legge (espressione – applicazione della legge - che, all'intero di tale contesto, va letta come posizione della norma vincolata dal "tenore testuale" della disposizione, ovvero, ancora una volta, del diritto oggettivo vigente).

Se ciò corrisponde a realtà, allora, fra le fonti-atto legali, accanto alle fonti legislative vere e proprie, vanno annoverati anche altri organi statuali⁶¹,

60 Il processo legislativo così come qui viene inteso non equivale al cosiddetto procedimento legislativo, cfr. in proposito almeno N. Olivetti, *sub voce* *Processo legislativo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquini (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1990, V. Di Ciolo, *sub voce* *Procedimento legislativo*, in *Enciclopedia del diritto*.

61 Per inciso rammentiamo che Crisafulli annoveri, sia pur a certe condizioni, fra le fonti del diritto anche le pronunce della Corte costituzionale; cfr. *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., p. 382, nonché *Id.*, *sub voce* *Fonti del diritto*, cit., p. 946.

che si ritrovano titolari di potestà normative ma non esplicitamente legislative, ovvero *creano* norme di diritto oggettivo, ma non pongono in essere disposizioni.

Vista sotto questa prospettiva, la posizione delle singole norme giuridiche e, più in generale, dell'ordinamento giuridico è più complessa di quanto a prima vista possa apparire (o di come certe prospettive formalistiche la rappresentano); a questa concorre, ovviamente, il potere legislativo, ma accanto ad esso operano altri organi dello stato, i quali nel trarre norme da disposizioni, tengono nel debito conto il testo di queste, ma lo legano a (e lo leggono in funzione di) interessi sociali vigenti, più che del significato proprio delle parole.

In proposito Crisafulli ci indica che la legge “è fonte delle norme: una tra le possibili fonti (di norme) del diritto oggettivo”⁶², lasciando presagire che altri fattori possano intervenire sulla formazione del diritto oggettivo, ovvero che, accanto alla legge, vi siano altre fonti. Forse un passo dello stesso Crisafulli può fornirci delle indicazioni in merito ad altre fonti del diritto. Il nostro, commentando la concezione del diritto come istituzione, ravvisa “che, mentre per le scienze giuridiche «dommatiche», aventi ad oggetto un ordinamento dato, del quale si presuppone l'esistenza e la costante perduranza, il *prius* sono certamente le norme, e i fatti sono a queste subordinati, per l'indagine teoretica che si ponga ad oggetto il momento genetico di un ordinamento, o l'ordinamento nel suo farsi, i termini della relazione appaiono rovesciati, ed in questo senso può dirsi (con qualche approssimazione) che il gruppo sociale è già esso, in quanto tale, *la prima «fonte» del diritto* (del suo proprio diritto, naturalmente)”⁶³.

Crisafulli attira l'attenzione dell'osservatore verso la socialità del diritto, verso il suo essere connaturato ad un determinato contesto sociale, più che legislativamente *imposto*.

Come abbiamo rilevato le *Lezioni* qui richiamate rappresentano, per così dire, la *summa* del suo magistero; non appare di secondaria importanza indagare attraverso quali percorsi si giunge a tali conclusioni in materia di rapporto fra disposizione e norma. Per far ciò dobbiamo ritornare alle prime sentenze della Corte costituzionale.

62 *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., p. 51.

63 *Lezioni di diritto costituzionale. I*, cit., p. 38.

9 – ANCORA SU DISPOSIZIONE E NORMA: LA RIFLESSIONE DI MASSIMO SEVERO GIANNINI

Come lo stesso Crisafulli ebbe a rilevare in nota nelle sue *Lezioni*⁶⁴ una delle riflessioni dottrinarie centrali, nell'analizzare la legittimità di un sindacato di costituzionalità che non coinvolga la formulazione letterale della disposizione, ma abbia quale riferimento solo la norma desumibile dalla stessa, appare senz'ombra di dubbio lo scritto di Massimo Severo Giannini su *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, apparso nel 1956, all'indomani delle sentenze numero 3 e 8 sopra richiamate⁶⁵. Da questo contributo prenderemo le mosse.

Giannini, interrogandosi sulla funzione che la Corte andrà a svolgere nell'ordinamento italiano, che allora si intravedeva collocata fra due poli, da un lato protesa a dichiarare, con proprio atto autoritativo, la volontà della Costituzione nei confronti della legge, dall'altro a riconoscere nella legge, attraverso l'attività interpretativa, il significato consono ai principi della Costituzione, sottolinea come “contrariamente all'opinione corrente la norma come fatto, o meglio il fatto della norma, è ben lontano dall'essere un'entità sicura e apprensibile; ma costituisce uno dei fatti più incerti che possano sussistere in un ordinamento”⁶⁶.

L'incertezza intorno alla norma ritrova, per l'autore, la propria ragione in due cause; la prima, va ricercata nel “fatto che la norma è cosa distinta dal testo normativo, e che è cosa distinta dalla sua fonte”, sicché la norma non è riconducibile pienamente né al testo (definito con il termine di disposizione), né alla fonte che lo ha posto in essere. Questo dato *tecnico*, per Giannini, fa sì che, in ogni caso (vedi l'intervento correttivo del legislatore integrato dalla giurisprudenza e dalla dottrina) vi sia una non coincidenza fra testo normativo e norma da questo derivata⁶⁷.

Per l'autore, “la fonte crea la norma, ma non riesce a determinare se non parzialmente il contenuto; l'altra parte del contenuto è determinata da altre norme, ossia ogni norma, per sua natura subisce un'estraneazione”,

64 *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., p. 42

65 Lo scritto in questione viene pubblicato da prima sul primo volume della rivista “Giurisprudenza costituzionale”, nel fascicolo 4-5.

66 M. S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità della norma*, cit., p. 906.

67 Cfr. *ibidem*, p. 907.

che si manifesta anche contro la volontà dell'autore della norma stessa. In questo senso Giannini può significare come "l'esistere della norma è determinato dal sistema, la fonte [ne determina] invece solo l'essere"; il sistema che determina l'esistere della norma, è un sistema in divenire, il quale non si modifica soltanto "per atti volontari, cioè per nuove leggi o atti normativi in genere [... ma ...] segue il divenire delle comunità associate che usano degli strumenti positivi, attraverso modificazioni, spesso impercettibili, indotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza". Sicché il dato tecnico descritto dal Giannini ci fa cogliere come la norma esiste in quanto inserita in un sistema di norme, ma questo non è sistema da intendersi in senso formale, ovvero come l'insieme dei testi normativi posti dall'autorità competente; il sistema si compone invece di norme tratte dai testi e si evolve anche in assenza di interventi da parte delle autorità competenti. Infatti, la modificazione del sistema ed anche delle norme che lo compongono, avviene anche per mezzo di pressioni sociali ("il divenire delle comunità associate"), le quali si manifestano tramite la dottrina e la giurisprudenza⁶⁸.

Per Giannini, dunque, "di fronte alla norma si erge sempre il dubbio d'interpretazione, in ordine alle modificazioni di significati e di effetti indotte da norme sopravvenute o da sopravvenuti orientamenti di dottrina e di giurisprudenza"⁶⁹.

Il dato tecnico qui enunciato ci induce a riconoscere che fisiologicamente sussista, a prescindere da ogni contesto storico-sociale, un'ombra di incertezza che grava sulla norma; la stessa non è, infatti, il calco

68 *Ibidem*. Già tre lustri prima del qui richiamato contributo Giannini ebbe ad osservare, in proposito della attività interpretativa, come "è essa che tiene in contatto il diritto con la vita: è la porta da cui entrano i fattori politici, economici, sociali, non giuridici insomma, dell'interpretazione. Sono stato più volte illustrati, da vari autori e in diversi climi storici, questi fattori e impulsi di vario genere, interdipendenti funzionalmente, come sarebbe la cultura, l'educazione spirituale e materiale di un popolo, il livello etico, la perfezione delle istituzioni politiche e sociali, le particolari caratteristiche storiche, sociali, religiose, ecc. ecc. Alla continua trasformazione da essi determinata sulla vita di una società soggiace inconsciamente l'interprete per una parte che sfugge alla comune osservazione, per un'altra parte invece di cui ha coscienza, l'interprete è portato a intendere la volontà dell'atto giuridico interpretandolo, in senso corrispondente allo stato della sensibilità sociale. Cosa che assume un'importanza tutta particolare per quel che riguarda l'interpretazione della legge (c. d. adattamento della legge ai nuovi bisogni)", *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 71.

69 *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità della norma*, cit., p. 908.

del testo normativo, ma il prodotto di una attività interpretativa, la quale nel suo concreto svolgersi è indirizzata da dinamiche evolutive che non necessariamente promanano dall'organo legislativo, ma che possono ritrovare la loro fonte nella dottrina e nella giurisprudenza, le quali fanno proprie, in questo modo concorrendo ad offrire legittimità giuridica, istanze sociali promananti dalla comunità che *usa* quei dati strumenti giuridici.

Oltre a tale dato *tecnico*, il rinvenimento della norma è ulteriormente aggravato da cause di natura *storica*, che concorrono a favorire l'incertezza sulla norma. Per Giannini “si tratta di questo: col venir meno dello Stato neutro (o a gruppi omogenei, o censitario, o liberale puro, ecc. ecc, a seconda dell'ordine di concetti in cui si ponga) proprio – *grosso modo* – dello scorso secolo, e col sopravvenire di quell'altro tipo di ordinamenti statali, che i costituzionalisti chiamano a regime misto, la legislazione statale è venuta ad accogliere nel suo seno principi giuridici fra loro configgenti”⁷⁰.

Questo ulteriore elemento aumenta l'incertezza della norma, già gravata dal dato *tecnico*, nel momento in cui il legislatore accoglie ed istituzionalizza, nel sistema dei testi dispositivi, principi ed interessi fra loro configgenti; come esemplificato da Giannini, dalla libertà d'impresa alla censura dei monopoli, dalla tutela del risparmio al favorire “forme sempre più ingegnose di credito”. Al di là della necessità di evitare conflitti nel trarre la norma dal testo (o dai testi), “a rendere ancor meno semplici le operazioni, intervengono quegli istituti che, esistendo da tempo antecedente l'introduzione dei nuovi principi, debbono trovare con questi un coordinamento. Di qui una ragione di incertezze sul significato delle norme”⁷¹.

Ora, poste queste premesse, ciò che in questa sede rileva della posizione del Giannini non appare tanto la soluzione da egli offerta al quesito che si è posto all'inizio del contributo, ma il fatto che egli con nitido incedere abbia significato la distinzione fra il testo normativo (che, come, già rilevato, andremo chiamando disposizione) e la norma da questo derivata. Operazione di derivazione che appare, nella speculazione del

70 *Ibidem*. Come noto Giannini svilupperà il tema del passaggio dallo stato monoclasse a quello pluriclasse, fra i vari luoghi, nella monografica del 1986 su *Il pubblico potere. Stati ed amministrazioni pubbliche*.

71 *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità costituzionale*, cit., p. 908.

Giannini, resa perigliosa dalla presenza di un ineliminabile alone di incertezza derivato sia da cause *tecniche*, che da cause *storiche*.

Nell'attività della Corte costituzionale è la norma a primeggiare, non già il mero testo. Difatti, come l'autore rileva, "l'operazione connessa al giudice di legittimità della norma è più complicata e laboriosa, in quanto uno dei termini, quello del raffronto, cioè la norma costituzionale, deve essere dedotto dal testo costituzionale integrato con altre norme – che possono essere altre norme scritte della stessa Costituzione ovvero norme non scritte in essa contenute, ma in essa implicite, ovvero principî non scritti deducibili da gruppi di norme, scritte e non, della Costituzione"⁷². La norma di *raffronto*, ovvero la norma costituzionale a cui richiamare la norma sindacata al fine di verificarne la legittimità, è il frutto dell'attività interpretativa della Corte; per Giannini, "nei giudizi di cui ci occupiamo sussiste una duplice operazione d'individuazione della norma; è inutile dire che l'individuare la norma significa necessariamente interpretarla"⁷³. Infatti, parimenti alla norma di raffronto, anche la norma soggetta a verifica è il frutto dell'attività interpretativa, da cui la complicità e la laboriosità dell'operazione svolta dalla Corte; infatti, in questa attività "l'altro termine, quello da raffrontare, cioè la norma subordinata, si determina anch'esso attraverso altre operazioni interpretative o integrative"⁷⁴.

L'autore può quindi giungere ad affermare che "la caratteristica dell'accertamento normativo che compie il giudice di legittimità della norma" consiste essenzialmente nella "determinazione del sistema normativo, attraverso l'individuazione delle relazioni e delle correlazioni tra le varie norme che lo compongono"⁷⁵.

A detta di Giannini, la Corte costituzionale, operando su norme *ipotetiche* e su norme *problematiche*⁷⁶, offre dunque il suo giudizio

72 *Ibidem*, p. 921.

73 *Ibidem*, p. 917.

74 *Ibidem*, p. 921.

75 *Ibidem*, pp. 921-922.

76 Sono norme *ipotetiche* le norme tratte da un testo normativo polisenso, che enuncia pertanto più di una norma; la Corte, scegliendo una norma come costituzionalmente accettabile, pronuncia l'illegittimità delle altre possibili norme che possono, stante ai criteri interpretativi utilizzati, venire tratte dal testo. Le norme qui definite *problematiche* non derivano da un testo polisenso, ma sono norme che, entrando in combinazione con altre norme del sistema, danno vita a più d'una combinazione,

non sul testo ma sul significato che questo può assumere a seguito dell'attività interpretativa. L'oggetto del sindacato di costituzionalità appare, pertanto, l'interpretazione-prodotto; a tale proposito, per Giannini, “nella sua sentenza n. 3 alla quale dietro si alludeva, si osserva che la valutazione connessa al giudice di legittimità della norma si fonda su autonomia di giudizio e di orientamenti rispetto alle interpretazioni giurisprudenziali, ma che da queste tuttavia non si può prescindere, perché il precetto legislativo acquista un effettivo valore nei termini in cui è applicato nella quotidiana opera del giudice: non può, il giudice di legittimità della norma, giudicare su un precetto astratto”⁷⁷.

In conseguenza di ciò, nel contributo qui richiamato, Giannini raccomanda di “sempre aver cura di non confondere tra norme e testo normativo: è la norma che è dichiarata valida, non il testo normativo contenente la norma dichiarata valida che tale è dichiarato. Onde se possa prospettarsi quel medesimo testo normativo come contenente altra norma che si possa ritenere invalida, ovvero se quel testo normativo in combinato con altri testi possa esser prospettato come origine o coorigine di una norma derivata, è proponibile sempre un ricorso per l'impugnativa di queste altre norme possibili”⁷⁸.

Alla posizione assunta da Giannini fa eco la riflessione dello stesso Crisafulli, in quale, sul medesimo fascicolo della Rivista, rileva come “la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità *delle norme*, e non degli articoli di legge, che sono e restano mere formulazioni linguistiche, il cui significato letterale può essere incerto, per oscurità od imprecisione di espressione, e può essere comunque diverso dal significato che la norma concretamente sia venuta ad assumere nella unità sistematica e dinamica dell'ordinamento, del quale fa parte”⁷⁹.

una sola delle quali è costituzionalmente legittima. Sicché in questo ultimo caso il dubbio non nasce da difetti linguistici, ma dalla possibilità di formare diversi raccordi normativi, uno solo dei quali è legittimo. Anche in questo caso la Corte, operata una scelta, designa uno dei possibili raccordi come legittimo e gli altri, di conseguenza, come anticostituzionali. Cfr. *ibidem*, p. 922.

77 *Ibidem*, p. 923.

78 *Ibidem*, p. 927.

79 V. Crisafulli, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in “Giurisprudenza costituzionale”, I (1956), n. 4-5, pp. 937-938.

10 – L'UNITÀ DINAMICA DELL'ORDINAMENTO ED IL RECUPERO DEL RUOLO POLITICO DEL GIURISTA

Anche Vezio Crisafulli fonda le sue osservazione sulla terza e sull'ottava sentenza che la Corte emette nel suo primo anno di attività, ponendo in rilievo come, per la stessa, le norme non sono poste in astratto, bensì risultano quali il giudice di merito le applica, sicché va sempre ricercato il significato attuale della norma, ovvero il significato che viene attribuito al testo normativo⁸⁰.

In tale ambito, la norma appare chiaramente la risultante di un processo interpretativo del testo contenente la disposizione; è l'interpretazione che, pertanto, risulta centrale nella attività ordinativa del contesto sociale. Per Crisafulli, pur escludendo la Corte “che oggetto principale dell'impugnazione possa essere l'interpretazione di una norma, ha mostrato di accettare il concetto, che sembra più esatto, che la interpretazione, da essa di volta in volta data alle singole norme, rappresenta semplicemente un momento necessario, anche se talora implicito, del giudizio di legittimità costituzionale di sua competenza: allo stesso modo come l'interpretazione della norma da applicare al caso concreto è sempre un momento necessario dell'attività giudicante di qualsiasi organo giurisdizionale”⁸¹.

Ci ritroviamo, pertanto, di fronte a quel duplice binario a cui già Giannini faceva riferimento; da un lato riscontriamo il legislatore che, nel predisporre il testo normativo, offre all'interprete l'oggetto da vivificare con la sua attività, traendone la norma da applicare al caso concreto, ovvero ponendo, aggiungiamo noi, egli, l'interprete, la norma che vige nella realtà sociale. Che la norma così derivata non soltanto viga nella realtà sociale, ma, in quanto vigente, sia questa, e non il testo da cui è tratta, l'oggetto del sindacato di costituzionalità viene riconfermato da Crisafulli, ove riconosce, in piena sintonia con Giannini, che la Corte, nell'intervenire proprio sulle norme può dichiarare illegittima la risultante di una o più interpretazioni del testo, riconoscendo invece ad un'altra interpretazione il crisma della legittimità costituzionale. Nel

80 Cfr. *ibidem*, pp. 930-931.

81 *Ibidem*, p. 937.

far ciò la Corte non opera ovviamente sul testo, ma sulle norme che si possono trarre dal testo stesso⁸².

Nei contributi di Giannini e Crisafulli qui richiamati si palesa con chiarezza la distinzione fra disposizione e norma, che ritroverà poi definitiva istituzionalizzazione dottrinale, nel 1964, all'interno della voce *Disposizione (e norma)* redatta da Crisafulli per la *Enciclopedia del diritto*. Qui l'autore ribadisce che “per disposizione, dunque, non si intende la norma (comunque e da chiunque) formulata, quanto, più propriamente, la formula istituzionale rivolta a porre e a rivelare la norma”⁸³.

Al fine di meglio sottolineare la distinzione fra disposizione e norma, l'autore avverte “che non sempre, neppure nell'ambito delle sole fonti-atti, la corrispondenza fra disposizioni e norme si mantiene necessaria e puntuale. Parlando di disposizione, si mette l'accento «sull'atto», nel suo contenuto prescrittivo; parlando di norma, si mette l'accento, invece, sulla conseguenza dell'atto, il quale è appunto autorizzato a costituire, di volta in volta innovandolo, il diritto oggettivo della comunità statale”⁸⁴. Per *incidens* rileviamo nuovamente che, per tale prospettiva di pensiero, il diritto oggettivo non sia affatto costituito dall'insieme delle disposizioni, bensì dall'insieme delle norme da questa ricavate dall'interprete⁸⁵.

82 Per Crisafulli, che di poco anticipa le riflessioni di Cappelletti, “ora, poiché può darsi benissimo, dunque, che da una formulazione legislativa si possano trarre, per via di interpretazione, due o più norme distinte, l'una delle quali compatibile con le norme costituzionali, e l'altra, invece, o le altre, incompatibili, una decisione della Corte che, nell'atto di stabilire l'interpretazione a suo giudizio esatta e «costituzionale», dichiarasse al tempo stesso la illegittimità dell'altra o delle altre norme, pure in ipotesi ricavabili dalla stessa formula testuale, sarebbe, per un verso, una decisione di accoglimento dell'impugnazione e avrebbe, per questa seconda parte, la efficacia generale di cui all'art. 136, facendo cadere le norme ipotetiche dichiarate illegittime”, *ibidem*, p. 938.

83 V. Crisafulli, *sub voce Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 196. Per l'autore “la nomenclatura accolta è convenzionale [...] è potrebbe benissimo essere sostituita da altre che si ritengano più idonee a designare il primo termine di quella problematica dei rapporti tra testo o formula o statuizione legislativa e norma da esso deducibile, ma oggettivata nell'ordinamento complessivo, che costituisce, sotto l'una o l'altra etichetta, uno dei momenti inevitabili e cruciali della teoria e della pratica dell'interpretazione del diritto”, *ibidem*, pp. 196-197.

84 *Ibidem*, p. 199.

85 Va rilevato come Crisafulli si soffermi nella richiamata voce sul fenomeno delle norme senza disposizione, ad esempio i principî non esplicitati in specifiche

In tale contesto pare riscontrare un duro colpo inflitto, fin'anco esiziale, alle teorie legislative del diritto, che rappresentano una delle architravi, assieme alla teoria coattiva ed alla teoria imperativa, del positivismo giuridico definito *in senso stretto*⁸⁶. Appare altresì chiaro come, avuto riguardo alle premesse poste da Crisafulli, non sia possibile nemmeno ipotizzare una rappresentazione dell'attività interpretativa in chiave meccanicistica, ma ciò che più rileva, richiamando il contributo di Carlo Esposito sopra citato, è la constatazione che l'unitarietà dell'ordinamento giuridico non è determinata dall'opera del legislatore (la formale fonte-atto per eccellenza), ma vada piuttosto esperita nella pratica giuridica, all'atto dell'interpretazione della disposizione e, pertanto, della creazione della norma.

In proposito Crisafulli rileva come ancorando “le norme prodotte alla loro fonte ed agli scopi originari della legge”, si incorre in una sorta di “cristallizzazione del significato normativo storicamente originario dell'atto”, la qual cosa si palesa “in contrasto con la più profonda natura degli atti-fonti, consistente nel creare diritto oggettivo, ossia nel dar vita a norme capaci di fondersi e trasfondersi nell'unità dinamica del sistema”⁸⁷.

L'idea dell'unità dinamica dell'ordinamento è così radicata nella prospettiva del Crisafulli da poter leggere in merito all'oggetto dell'attività interpretativa, anche nella qui citata voce⁸⁸, che “trattandosi di atti che siano realmente esercizio di funzione sostanzialmente legislativa, quindi di disposizioni che siano realmente normative, il significato di ciascuna di queste dev'essere tratto dalla formula testuale in relazione con l'ordinamento normativo complessivo, e cioè con tutte le altre norme, prodotte dalle più diverse fonti, che, ad un momento

disposizioni, i quali si ricavano in sede interpretativa basandosi su più disposizioni, e, sul versante opposto, sulle disposizioni senza norma (ad esempio, le cosiddette leggi formali), le quali non costituiscono diritto oggettivo. Cfr. *ibidem*, pp. 197 e 199.

86 Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979 (ma 1961), pp. 279 e segg.

87 V. Crisafulli, *sub voce* *Disposizione (e norma)*, cit., p. 204. Non appare di secondaria importanza che l'autore richiami in nota, riconoscendone comuni esiti, sia pur con diverse premesse, i contributi di Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, di Emilio Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici* e di Carlo Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*.

88 Cfr. anche *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., p. 51.

dato, lo costituiscono”⁸⁹. Anche in questa sede viene ribadito come “la disposizione contenuta nell’atto (come formula o complesso integrato delle formule inserite nell’articolato) è perciò soltanto una della componenti della norma, che dall’atto trae, bensì, origine e fondamento, ma sono in parte il significato ad essa attribuibile nella sua connessione con le altre vigenti e alla stregua dei princìpi che conferiscono coerenza e dignità di sistema al diritto oggettivo”⁹⁰. Sicché non solo sussiste una distinzione fra disposizione e norma, ma la norma trae vitalità da una pluralità di fonti, di cui la fonte-atto, che pone in essere la disposizione, è soltanto una, per quanto importante, fra le altre.

Ponendo accanto alla fonte legislativa delle *altre* fonti del diritto comprendiamo come è possibile che la norma venga contornata da un insopprimibile “margine di incertezza”, che inerisce al “suo preciso significato valutativo”; al di là di una eventuale difettosa formulazione del testo, che può anche determinare una “molteplicità delle possibili combinazioni normative”, che non possono venire annoverate fra le *altre* fonti, ciò che rileva, al fine di poter cogliere fra le righe della speculazione crisafulliana delle indicazioni in merito alle stesse, è la constatazione che il “margine di incertezza”, può venire ricondotto anche “alla progressiva evoluzione del sistema con il sopravvenire di norme nuove ed il cessare di antiche e il graduale modificarsi dei princìpi, così da alterare via via il significato iniziale delle disposizioni, sino a far loro esprimere norme anche molto diverse, non soltanto da quelle che letteralmente sembravano esprimere, a considerarle isolatamente in sé e per sé (come non si deve), ma altresì da quelle dalle stesse originariamente ricavabili, nel quadro del diritto vigente al tempo in cui furono poste”⁹¹.

Ci troviamo quindi, a ben vedere, di fronte a fonti giurisprudenziali, le quali si accostano ed accompagnano, nella determinazione della norma, alle fonti legislative.

Pare che, in definitiva, si assista alla riproposizione di una visione dell’esperienza giuridica, fondata sulla elaborazione delle sentenze

89 V. Crisafulli, *sub voce* *Disposizione (e norma)*, cit., p. 207. Più oltre egli esplicita che sulla “norma «vivente» [...] direttamente o indirettamente si riflette, determinandone il significato attuale, l’intero sistema normativo, nella sua astratta oggettività, ed anche, in certa misura, nella effettualità del suo concreto realizzarsi”, *ibidem*.

90 *Ibidem*. Cfr. in proposito ancora le *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., p. 51.

91 V. Crisafulli, *sub voce* *Disposizione (e norma)*, cit., p. 207.

della Corte costituzionale, non più ancorata all'idea di un diritto oggettivo frutto esclusivo della volontà del legislatore, così come pareva dedursi dalla rappresentazione uscita dall'esegesi del *Code* e fondante un positivismo giuridico legato al criterio dell'interpretazione meccanicistica⁹², piuttosto legata al riconoscimento della centralità dell'attività interpretativa nella posizione della norma e, pertanto, del diritto oggettivo, tanto da rivalutare il ruolo *politico* dell'interprete, che il processo di tecnicizzazione del diritto aveva, nell'arco dei decenni che precedettero le riflessioni qui proposte, assorbito⁹³.

Giannini, in proposito, aveva indicato i due dati, i quali, a suo dire, avevano determinato questa evoluzione⁹⁴; se per un verso il dato *tecnico* ("il fatto che la norma è cosa distinta dal testo normativo, e che è cosa distinta dalla sua fonte") può definirsi endemico ad ogni sistema giuridico, il dato *storico* (ovvero "il venir meno dello Stato neutro") non solo permette al dato *tecnico* di manifestarsi in tutta la sua rilevanza, emergendo da una condizione di non sostanziale rilevanza, ma anche induce ad utilizzarlo operativamente al fine di costruire sistemi normativi consoni ad una realtà sociale pluralista. L'interprete, se da un lato, è chiamato ad intervenire sullo iato *tecnico* fra disposizione e norma, per altro, a seguito del dato *storico*, recupera la sua funzione *politica*, nel momento in cui si ritrova a mediare e nel contempo a partecipare, nell'ambito del sistema giuridico ed all'atto della posizione della norma, ad istanze sociali ed a interessi economici, culturali e valoriali diversi. L'interprete contribuisce fattivamente e consapevolmente alla creazione del diritto oggettivo.

11 – UNA CONFERMA INDIRETTA DELLA VALIDITÀ DELLA DISTINZIONE FRA DISPOSIZIONE E NORMA

Al di là delle constatazioni di cui sopra, la prospettiva racchiusa nelle analisi di Giannini e di Crisafulli, qui brevemente sunteggiata, viene, in quegli stessi anni, implicitamente rimarcata anche da tendenze dottrinali apparentemente avverse.

92 Cfr. ancora il Bobbio de *Il positivismo giuridico*, cit.

93 Cfr. il testo di Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976 e, sia pure in altra prospettiva, il lavoro di Paolo Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007.

94 Cfr. ancora *Alcuni caratteri della giurisdizione della legittimità delle norme*.

In proposito si rileva come nel 1958, ancora sulle pagine della “Rivista di diritto processuale civile”, Luigi Montesano sostenga, a prava vista, una tesi opposta a quella espressa due anni prima sia da Giannini, che da Crisafulli. Infatti, per l’autore qui richiamato, “la decisione [...] della Corte costituzionale [...] non incide [...] o se si preferisce, quel giudicato non si forma, sull’interpretazione della legge, ma sul provvedimento legislativo”⁹⁵ e, a detta di Montesano, le dottrine poste dai due autori criticati non appaiono “conformi al diritto positivo. Esse presuppongono [...] che, o sempre o in qualche caso, l’oggetto principale del giudizio di incostituzionalità sia la illegittimità non del disposto legislativo in sé considerato, ma di un determinato significato normativo, che si può, in ipotesi, desumere da quel disposto”⁹⁶. Per Montesano, invece, bisogna rendere inefficace la disposizione legislativa, se intesa come illegittima, non le norme che da questa discendono; in questo senso, il giudizio della Corte deve fondarsi non sull’interpretazione della legge, bensì sul provvedimento legislativo che opera nell’ordinamento giuridico⁹⁷.

Al di là della differente angolazione in cui gli autori qui richiamati colgono il giudizio di costituzionalità, va sottolineato, per ciò che qui più preme, come le loro posizioni non divergano avuto riguardo alla questione della distinzione fra norma e disposizione. Infatti, sia pur con diversa terminologia, anche Montesano pare concordare nel riconoscere una differenza non irrilevante fra la disposizione legislativa e la norma legislativa. Per l’autore, infatti, non sono sovrapponibili la “volontà del legislatore”, la quale pone in essere l’atto ed è incarnata nella disposizione, e la “volontà della legge”, quale vive nell’ordinamento: “il provvedimento legislativo opera nell’ordinamento, senza alcun nesso con le intenzioni o le rappresentazioni degli organi legislativi e con i fini che essi in concreto abbiano o non perseguito. Ognuno sa, infatti, che

95 *Norma e formula legislativa nel giudizio di costituzionalità*, in “Rivista di diritto processuale”, XIII (1958), n. 4, p. 527.

96 *Ibidem*, p. 526.

97 “Per una necessità intrinseca al sistema, ogni significato normativo anticostituzionale non può, dunque, essere eliminato se non rendendo interamente inefficace o da tutti inapplicabile la disposizione legislativa, cui quel significato può riferirsi. Tale è, infatti, la via seguita dal nostro ordinamento, che pone come oggetto della decisione di incostituzionalità non il principio giuridico desunto in via di interpretazione ed applicabile nel processo, ma il provvedimento legislativo, in breve non la norma, ma l’atto del legislatore”, *ibidem*, p. 528.

la cosiddetta volontà della legge non è quella contingente dei *conditores*, e la norma legislativa nasce e vive come *dictum* dell'ordinamento, onde il suo significato oggettivo e la sua posizione nel sistema giuridico prevalgono sempre sui fini politici della legislazione"⁹⁸. Pertanto, vanno riscontate e distinte due entità: per un verso, la disposizione, frutto del provvedimento legislativo e, per altro, la norma legislativa; quest'ultima produce effetti nell'ordinamento giuridico e tali effetti sono slegati dal senso originario (i fini politici) impressole dal legislatore. Dunque, anche per Montesano, è il significato oggettivo, desumibile dalla posizione della legge nel sistema giuridico, a prevalere sul significato originario.

Posto sotto questa luce, il contrasto dottrinario fra Montesano da un lato, e Giannini e Crisafulli, dall'altro, non avviene intorno alla possibilità di distinguere fra disposizione, da cui trarre la norma, e la norma intesa come la risultante della interpretazione e della applicazione della disposizione, piuttosto sull'oggetto del sindacato di costituzionalità: la disposizione, per Montesano, la norma, per Giannini e Crisafulli.

È possibile ritracciare questa impostazione di fondo all'interno di un secondo contributo dello stesso Montesano, apparso a cinque anni di distanza dal primo. Commentando alcune decisioni della Corte⁹⁹, l'autore ripropone il suo parere, per il quale "il giudizio di incostituzionalità «sostanziale» incida non su di una norma ostile a quella Carta costituzionale, ma direttamente sull'atto legislativo illegittimo"¹⁰⁰; ove la Corte intervenga sull'interpretazione della disposizione, ovvero sulla norma, il "giudizio costituzionale di «rigetto» non ha quella forza vincolante erga omnes, che gli artt. 136 della Costituzione e 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87, attribuiscono al solo «accoglimento»"¹⁰¹, sicché, se l'accoglimento parziale presuppone la divisibilità dell'atto legislativo in più parti (quelle legittime e quelle illegittime), tale sentenza non elimina la disposizione dall'ordinamento e, pertanto, la disposizione, pur inficiata a una "inadeguata formulazione", può ritrovare applicazione

98 *Ibidem*, p. 531.

99 Si tratta delle sentenze n. 21 e n. 30 del marzo del 1961 e delle n. 63 e n. 79, rispettivamente del novembre e del dicembre dello stesso anno.

100 *Le sentenze costituzionali e l'individuazione delle norme*, in "Rivista di diritto processuale", XVIII (1963), n. 1, p. 20.

101 *Ibidem*, p. 21.

in giudizio¹⁰². Montesano ribadisce anche in questa sede, l'opportunità "che la Corte, abbandonando la «prudenza» cui si è fin'ora ispirata, non esiti a dichiarare senz'altro incostituzionali le disposizioni impugnate, tutte le volte che la loro formulazione appaia suscettibile di applicazioni contrarie alla Carta fondamentale, non secondo vaghi e sofisticati sospetti di interpretazioni meramente possibili, ma in base a serie e obiettive circostanze e soprattutto ai significati concretamente attribuiti a quelle disposizioni, specialmente in giurisprudenza"¹⁰³.

Pur continuando ad assumere le distanze dall'opinione che l'oggetto del sindacato della corte sia la norma e non la disposizione, Montesano, concorda, anche all'interno del contributo ora richiamato, con coloro che distinguono nettamente fra la disposizione e la norma. Infatti, egli nota, come "è stato acutamente precisato in dottrina, che non v'è mai coincidenza fra testi legislativi e norme, giacché queste si determinano nel loro contenuto con riferimento non solo ai testi predetti, ma a tutto il sistema dell'ordinamento"¹⁰⁴. Pur continuando ad interrogarsi sulla questione della cogenza delle cosiddette sentenze interpretative della Corte e rivolte all'invalidazione di norme *ipotetiche*¹⁰⁵, l'autore sostanzialmente accoglie la tesi intorno alla distinzione fra disposizione e norma.

In considerazione alle questioni sollevate dall'autore nei due saggi qui richiamati, si può, a mo' di chiosa conclusiva, suggerire come, proprio per la ragione, sostenuta da Giannini e Crisafulli, che le sentenze di legittimità costituzionale abbiano ad oggetto la norma tratta dalla disposizione e non direttamente la disposizione stessa, è sostenibile la tesi che il sindacato della Corte non investa l'operato del legislatore storico, il quale viene, per così dire, preservato dal giudizio di costituzionalità,

102 Per l'autore, "il funzionamento anticonstituzionale della legge mal formulata, ma non dichiarata invalida dalla Corte, può essere evitato solo con una non sanzionabile ottemperanza degli altri organi statuali, e soprattutto di quelli giudiziari, alla interpretazione posta a base della sentenza di rigetto, o, mancando tale ottemperanza, con la promozione di un nuovo giudizio costituzionale: cioè con mezzi che si concertano necessariamente in una spontanea collaborazione delle altre magistrature, e in specie della Cassazione, con i giudici costituzionali", *ibidem*, p. 37.

103 *Ibidem*, p. 44.

104 *Ibidem*, p. 26, cfr. anche pp. 32 e 46. Il riferimento va esplicitamente al Giannini di *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*.

105 Si veda il riferimento alla tesi proposta da Mauro Capelletti.

il quale potrebbe apparire esiziale per l'assetto costituzionale¹⁰⁶. Infatti, la norma appare svincolata dalla volontà dell'autorità competente, che ha predisposto l'atto legislativo, in quanto derivata, oltre che dal testo, dal suo collocarsi ne (e rapportarsi a) l'ordinamento nel suo complesso.

12 – PER UNA CONCEZIONE DELL'INTERPRETAZIONE OPERATIVA NELLO STATO PLURICLASSE

Da quanto fin qui esposto emerge con evidenza come il tema dell'interpretazione creativa, sia pur non esplicitamente enunciato facendo ricorso al termine *creazione*, al fine di non evocare una netta rottura con la tradizionale ripartizione dei poteri, che vede ben distinta, in fase enunciativa, la funzione legislativa da quella giudiziaria, non è affatto avulso dalla cultura giuridica italiana. La distinzione fra disposizione e norma, che caratterizza la speculazione di Giannini e di Crisafulli qui richiamata, appare più legata ad un preciso contesto storico-politico che a riflessioni puramente teoretiche, come ci appaiono quelle sorte in seno all'idealismo giuridico e di cui si è fatto cenno nel precedente capitolo. Per quanto non evocate nei saggi apparsi nel 1956¹⁰⁷, si colgono i legami della speculazione sviluppata dai nostri due autori con le prospettive antiformaliste apparse in Europa a cavaliere dei secoli Diciannovesimo e Ventesimo, prospettive ed istanze che appaiono il frutto non tanto d'una riflessione teoretica sull'atto del conoscere, quanto di precise esigenze socio-politiche, che proprio sul finire del cosiddetto *secolo lungo* si infrangevano sulla (e frangevano la) costruzione teorica e pratica dello stato monoclasse.

106 Montesano riteneva come “l'atto legislativo, nella sua efficacia o inefficacia, validità o invalidità, non è mai imputabile al suo autore; il legislatore non è mai parte rispetto a chi sia leso dalla legge; l'errore o l'antigiuridicità non sono del legislatore, ma della legge come pure forma astratta dalla volontà che l'ha creata, dal motivo che l'ha determinata. Esaminare l'essenza giuridica del provvedimento legislativo alla stregua dell'attività legiferante, è errato come utilizzare l'analisi psicologica dell'autore per giudicare l'opera”, *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*, cit., p. 531.

107 Cfr. però le riflessioni proposte da Giannini in merito alle “correnti dette genericamente del diritto libero [...] interessano per il loro dinamismo, per la loro forza propulsiva, per il mutamento della mentalità giuridica prodotta, per il riconoscimento del valore della giurisprudenza”, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, cit., pp. 17 e 20.

Questo legame ci induce ancora a collegare la crisi del formalismo giuridico alla concomitante crisi dello stato monoclasse, all'apparire, quindi, sull'orizzonte socio-politico di interessi e di istanze culturali profondamente diverse da quelli sin'ora legittimatesi sul tale spazio ed espressioni di bisogni (economici, politici, culturali) non solo differenti, ma anche configgenti. Bisogni che necessitano di ritrovare rappresentazione anche nel mondo del diritto, di divenire cioè, rappresentandosi come *legge dello stato*, regola di concreta azione sociale. Da qui il carattere evolutivo, ma in realtà creativo, di una giurisprudenza che si ritrova ad operare con vecchi istituti ai quali deve offrire, per tramite dell'interpretazione, significati nuovi, i quali appaiano più consoni ai tempi, ovvero alle istanze presenti nella realtà sociale.

Su questo tema Giannini è stato Maestro, nel momento in cui ammoniva: “si avverta che nelle legislazioni positive vi sono sempre incongruenze, che si esprimono in conflitti di principi o di gruppi di norme. Qui si vuole parlare però non di queste incongruenze, ma di contrasti più profondi, che provengono dal fatto che negli Stati non liberalistici e non socialisitici dell'attuale periodo le forze politiche agenti nella comunità statale sono strutturate in modo tale da non permettere lo sviluppo di una legislazione omogenea. Onde la formazione stessa tende a segmentarsi secondo distinzioni sempre più sottili. [...] Finché ci si limita all'enunciativa di principi, è possibile distinguere con relativa chiarezza l'ambito delle province di ciascuno. Ma quando si passa agli istituti positivi, la regolazione dei conflitti è tutt'altro che semplice; e a render ancor meno semplici le operazioni, intervengono quegli istituti che, esistendo da tempo antecedente l'introduzione di nuovi principi, debbono trovare con questi un coordinamento. Di qui una ragione di incertezze sul significato delle norme”¹⁰⁸.

Giannini anticipa temi, come già osservato, che, nell'ambito della cultura giuridica italiana, verranno sviluppati due decenni più tardi da Natalino Irti con il suo noto contributo su *L'età della decodificazione*¹⁰⁹

108 *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, cit., p. 908.

109 Il contributo di Irti appare da prima, nel 1978, sulle pagine della rivista “Diritto e società”; l'anno successivo viene raccolto, parimenti al contributo su *Le leggi speciali fra teoria e storia*, in un volume titolato, per l'appunto, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

e ripresi dallo stesso Giannini nel volume su *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*¹¹⁰.

Le questioni lì trattate conducono inevitabilmente al problema del pluralismo giuridico, non inteso nella sua accezione di pluralità formale di ordinamenti vigenti ed operanti nello stesso ambito territoriale, che implicherebbe, quindi, la presenza di una pluralità (non) organizzata di fonti, le quali darebbero vita a due o più ordinamenti parallelamente in vigore. Un pluralismo così dipinto non dà conto del fenomeno che gli autori si accingono a descrivere. Le *vicende*, infatti, si svolgono, a voler usare a tutti i costi una lente costruita nelle fucine del formalismo, all'interno di un unico ordinamento, sul quale possiamo predicare, pur con tutti i distinguì del caso, una formale unitarietà delle fonti, dalla quale, però, ed in questo sta il problema, tramite l'attività interpretativa delle disposizioni, si irradiano nella realtà sociale, pur promanando dalla stessa fonte, una pluralità di norme, ognuna delle quali (può essere) rispondente (solo) alle esigenze di un determinato centro di interesse. Da qui una possibile deriva nichilistica, ma su questo oltre; per intanto esaminiamo la prospettiva processuale del diritto e le indicazioni da questa offerte in tema di interpretazione.

110 Il volume è edito Bologna, 1986.

CAPITOLO TERZO
LA PROSPETTIVA PROCESSUALE DEL DIRITTO
QUALE ESPERIENZA GIURIDICA

SOMMARIO

§ 1. La trasformazione del conflitto in controversia: il processo; § 2. Il processo quale moto di ordinamento giuridico; § 3. Nel processo il necessario compimento dell'opera del legislatore; § 4. Sulla struttura dialettica del processo e sulla posizione del diritto oggettivo; § 5. L'interpretazione giuridica come svelamento della vita sociale; § 6. La certezza giudiziale del diritto: il contributo di Lopez de Oñate; § 7. Il presunto "ramo non fecondo" della concezione capograssiana del processo; § 8. Sul significato di giurisdizione in Salvatore Satta e sulla funzione creativa dell'interpretazione; § 9. La prospettiva processuale della creazione del diritto

1 – LA TRASFORMAZIONE DEL CONFLITTO IN CONTROVERSIA:
IL PROCESSO

Nel 1938 la "Rivista internazionale di filosofia del diritto", diretta da Giorgio del Vecchio, ospitò un suggestivo ricordo di Giuseppe Chiovenda, l'insigne processual-civilista scomparso l'anno precedente. Prendendo spunto dall'opera del Maestro, in particolare dai suoi *Saggi di diritto processuale civile*, apparsi nel 1902, Giuseppe Capograssi, autore dello scritto intitolato *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*¹, colse l'occasione per interrogarsi sul fondamento ultimo

¹ Ora in G. Capograssi, *Opere*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 131-169. Pur consapevoli di effettuare una scelta quanto meno riduttiva, limitiamo l'analisi dell'orizzonte

della esperienza giuridica. L'attenzione fu attratta dalla giurisdizione, ovvero dal processo, il momento, a detta dell'autore, più singolare dell'intera esperienza giuridica, poiché in esso si evidenziano "tutte le insufficienze le imperfezioni le incompiutezze della vita del diritto"². Stante alla speculazione di Capograssi l'azione giuridica si attua nel momento in cui, per svariate cause, "c'è qualcuno che chiede aiuto! ... Ma l'ordinamento dimostra proprio in questi casi la sua sconcertante insufficienza: tutto l'ordine normativo, tutto il sistema delle norme esiste, ma se qualcuno chiede aiuto e lo invoca, la norma fintanto che sta generale ed alta sopra di lui, non gli giova: chi chiede aiuto vuole

speculativo capograssiano di fatto a due sole opere; oltre al contributo che prende l'avvio dall'omaggio alla memoria di Giuseppe Chiovenda, qui richiamato, faremo riferimento al saggio *Giudizio processo scienza verità*, pubblicato nel 1950 sulla "Rivista di diritto processuale" nel primo fascicolo di quell'annata (ora in *Opere*, vol. V, Milano, 1959, pp. 51-76, da cui sono tratte le citazioni). Per un verso non può essere questa la sede per affrontare un'analisi esaustiva dell'opera del pensatore di Sulmona, per altro si ritiene che i due *brevi saggi* diano conto con estrema chiarezza della prospettiva capograssiana in tema di processo, di esperienza giuridica e della centralità dell'attività interpretativa quale momento fondativo del diritto (si veda in proposito E. Opocher, *Riflessioni su diritto e processo nella filosofia dell'esperienza giuridica di G. Capograssi*, in *Studi in onore di Angelo Falzea. I*, Milano, 1991)

2 G. Capograssi, *Intorno al processo*, cit., p. 134. Per un primo approccio al pensiero di Capograssi cfr., oltre al volume curato da F. Mercadante, *Due Congressi su Giuseppe Capograssi. L'individuo, lo stato, la storia. G. Capograssi nella storia religiosa e letteraria del novecento*, Milano, 1990 (con contributi di E. Opocher, M. D'Addio, F. Tessitore, V. Frosini, G. Guarino, G. Calabrò, P. G. Grasso, G. Campanili, G. Acocella, A. Negri, A. Fasulla, F. Gentile, B. De Giovanni, G. Zaccaria, E. Fazzalari, O. Fumagalli Carulli, A. Dal Brollo, A. Delogu, R. Monaco, E. Romagnoli, D. Fisichella, G. Negri, C. Vasale, G. Morelli, A. Del Noce, P. Prini, R. Bessero Belti, M. Berri, E. Biamonti, E. Cannada Batoli, N. Ciarletta, E. De Mas, M. G. Esposito, V. Mura, E. Pugliese, T. Serra, A. Tarantino, G. Lombardi, G. Galloni, P. Prini, A. Trabucchi, C. Fabro, E. Giachery, N. Vian, M. Camilucci, G. Popponetti, S. Accardo, V. Vettori, I. Mancini, S. Nicolosi, F. De Aloysio, G. Petrocchi, F. Ulivi, C. F. Manara, I. Di Iorio, L. Luppolis, A. Palazzo, V. Vitale), i lavori di G. Zaccaria, *Esperienza giuridica, dialettica e storia nel pensiero di Giuseppe Capograssi*, Padova, 1976, e di U. Pagallo, *Ambiguità dello stato sociale*, Padova, 1990. Sul concetto di esperienza giuridica nel pensiero di Capograssi si rimanda a Enrico Opocher, *sub voce Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*; *Id.*, *Lezioni di filosofia del diritto* (1983), cit., pp. 231-237, nonché a R. Meneghelli, *Riflessioni sul significato metafisico dell'esperienza giuridica*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XXIX (1952), n. 4, pp. 425-444. Cfr. altresì il volume collettaneo *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli, 1976 (con contributi di P. Piovani, F. Tessitore, G. Marini, F. Bianco, G. Calabrò; V. Frosini, G. Acocella).

proprio che quella volontà generale diventi per lui volontà efficace, gli dia una mano e lo assicuri”³.

La richiesta di *aiuto*, a cui fa riferimento Capograssi, denota la presenza di un problema, il quale si radica in una situazione concreta, ed evidenzia, altresì, l’esigenza di un’opera di ordinamento di quella concreta situazione. Sicché, come ci suggerisce l’autore, se c’è divergenza sul problema sollevato dalla situazione concreta, ciò non di meno “ognuno vuole, e tutti vogliono, che sia attuato nel caso concreto l’ordine giuridico, che il *iussum* della legge diventi *ordo*, non in astratto ma in concreto cioè nei singoli casi concreti nei quali l’esperienza si risolve”⁴. Sussiste, quindi, una incertezza su come l’ordine giuridico debba realizzarsi nella situazione concreta, ma a fronte di questa incertezza, che è la causa generante il problema, è presente una indubitabile tensione alla sua ricerca. Senza questa tensione (“che è il sottinteso di tutte le singole pretese”) le pretese stesse non sarebbero conciliabili all’interno di un orizzonte di discorso giuridico⁵: il conflitto non si trasformerebbe in controversia.

3 G. Capograssi, *Intorno al processo*, cit., p. 134. Nel saggio in oggetto, Capograssi riprende i temi che l’anno precedente hanno costituito le architravi del suo lavoro su *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937 (ora in *Opere*, vol. II, Milano, 1959, pp. 375-627, da cui sono tratte le citazioni). Già nella *Introduzione* egli si interroga intorno alla possibilità della legge, intesa quale disposizione posta dal legislatore, di dirimere una concreta controversia; infatti, per Capograssi, “la legge è generale: ma se la legge è generale se cioè essa non coglie non prende il caso concreto, e il caso concreto resta fuori di essa, è certo che essa non ha nessuna connessione con l’atto di volontà il quale ha il suo slancio soltanto legato alla puntualità dell’azione alla individualità dell’agente e alla universalità dei supremi imperativi del suo spirito. [...] Applicare la legge significa per il giudice per l’amministratore per il giurista pratico trovare e formare la norma particolare adeguata al caso particolare e la legge non è appunto che il criterio dato al giudice perché si regoli meglio nel risolvere il quesito che il caso particolare pone”, così a p. 381. Già nella richiamata monografia, per Capograssi, il luogo elettivo per la formazione della norma è il processo, visto come il fulcro di tutta l’esperienza giuridica, dato che in questo si crea l’ordinamento giuridico; infatti “la legge è sì posizione necessaria del diritto, ma la effettiva e completa realtà del diritto, e sia pure del diritto come legge, si ha solo in quanto la legge crea attorno a sé un ordinamento giuridico in quanto insomma un ordinamento giuridico si realizza attorno alla legge. Non la legge perciò come tale ma la legge come parte saliente e momento essenziale (ma momento) di una realtà organica e unitaria che può chiamarsi ordinamento giuridico”, p. 383.

4 G. Capograssi, *Intorno al processo*, cit., p. 136.

5 *Ibidem*, pp. 135-136.

La parte quando dà vita ad una azione giurisdizionale, ovvero, per usare l'espressione di Capograssi, *entra nel processo*, vuole che la propria pretesa, il proprio fine particolare, divenga universalmente riconosciuto; questo riconoscimento o trasformazione del fine da particolare ad universale, può avvenire solo, seguendo il pensiero di Capograssi, attraverso il realizzarsi dell'ordinamento giuridico nel caso concreto. Si richiede, pertanto, che la propria pretesa venga riconosciuta di fronte a tutti dall'ordinamento giuridico, come diritto e non più come semplice individuale volizione⁶.

Infatti, "il vero atto di volontà concreto del soggetto, cioè, adeguato alla sua azione, quello che spiega giustifica e fonda l'attività che dà vita al processo, è l'atto relativo proprio al processo, il volere tutelare il proprio fine o il proprio diritto *col e nel processo*"⁷; il soggetto sacrifica la affermazione incondizionata di volontà particolare per giungere, attraverso il processo, ad un suo riconoscimento obiettivo. Ma per giungere a ciò "l'ordinamento giuridico deve realizzarsi, diventare realtà nel caso concreto"⁸; perché è il processo che afferma o nega il valore del caso concreto, ne è cioè il momento di valutazione⁹.

All'interno di questa prospettiva, non si tratta, dunque, di procedere ad un'applicazione della legge al caso particolare, sovrastare le volontà

6 Ne *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 525, possiamo leggere: "certo le parti vogliono soddisfare i loro interessi, affermare i loro diritti, ed insomma vincere: perciò nasce il conflitto perché le parti non transigono sui loro interessi. Ma la caratteristica della controversia è che la parte vuole vincere *non comunque*, ma perché tale è il suo diritto, perché ha la legge per sé, perché *deve* vincere". Capograssi, pur non sottovalutando la presenza degli interessi delle parti ("prima di tutto la controversia è contrasto di interessi", *ibidem*, p. 524), ritiene che accanto agli interessi particolari, la controversia abbia di per se stessa un interesse, che è, per così dire, l'interesse del diritto o, meglio, il richiamo del caso controverso nell'ordinamento giuridico; questo, "il vero interesse della controversia", non coincide con gli interessi delle parti, piuttosto con il generale interesse della comunità ad un armonico ordine giuridico. Per Pietro Piovani, che commenta il testo citato, "il comando giuridico è veramente *legge* (tutta la scienza giuridica moderna induce a questa conclusione) se non comanda quello che vuole ma quello che deve volere per consentire alle volontà singole di realizzarsi nell'ordine giuridico che da quei comandi è sorretto, previsto, organizzato", *Introduzione a G. Capograssi, Il problema della scienza del diritto*, a cura di P. Piovani, Milano, 1962, pp. XIV-XV.

7 G. Capograssi, *Intorno al processo*, cit., pp. 141-142.

8 *Ibidem*, p. 142.

9 *Ibidem*.

particolari presenti nel processo con una volontà ad essa esterna e superiore, piuttosto di riconoscere ed affermare comunemente (quindi obiettivamente o bilateralmente) il valore giuridico di una volontà particolare. Qui, come sottolinea Capograssi, la legge è valore e non mera manifestazione di volontà sovrana in quanto è strumento per il riconoscimento del *valore* giuridico della pretesa particolare.

In proposito e riprendendo il pensiero di Chiovenda, Capograssi, evidenzia “che il processo è la positiva celebrazione del diritto come valore nel rapporto concreto, vale a dire della legge non come qualcosa da applicare dall'esterno, ma della legge, che dà valore, che conserva, che legittima la volontà particolare, la volontà della parte e la volontà dello Stato, che trasforma il volere subiettivo in potere, perché la legge stessa è valore, perché la legge è qui, nella concreta esperienza del processo, considerata appunto come valore e non come pura e nuda volontà”¹⁰.

Affinché la legge possa divenire la volontà del rapporto concreto risulta centrale l'autonomia del singolo e non la volontà eteronoma del legislatore. Il processo, infatti, sin dal suo sorgere si fonda sull'autonomia; il singolo afferma la sua autonomia già nel suo diritto d'azione processuale. Il processo quindi, all'interno della prospettiva capograssiana, è caratterizzato da una doppia presenza: per un verso la legge, per altro il soggetto, entità fra loro distinte che convivono all'interno dell'esperienza processuale dando vita, nel loro combinarsi, a quel moto di ordinamento che è il fine ultimo dell'esperienza giuridica stessa.

Per Capograssi, “il processo è il punto in cui la duplicità dell'esperienza giuridica, di ogni ordinamento giuridico e cioè l'unità dell'ordinamento e l'autonomia del singolo soggetto, la inevitabile duplicità che costituisce la struttura stessa di ogni ordinamento giuridico, appaiono visibilmente ed entrano in azione: il processo attua la legge, la volontà profonda che regge l'ordinamento, anche nella imprescindibile e costituiva struttura di totalità unitaria, che ha in sé come elemento, ma come elemento autonomo, la personalità del singolo”¹¹. In tal modo la sostanziale autonomia del soggetto e l'apparente eteronomia della legge si compenetrano, anziché, come nelle prospettive giuspositivistiche, contrapporsi.

Che l'autonomia del soggetto sia sostanziale lo si evince, nel pensiero di Capograssi, dal ruolo assegnatogli nel processo: è il soggetto, come già rilevato, che dà inizio al processo per tramite del suo diritto d'azione,

¹⁰ G. Capograssi, *Intorno al processo*, cit., p. 149.

¹¹ *Ibidem*, p. 152.

ma è lo stesso soggetto che vivifica il processo per mezzo della sua autonomia. Infatti, i soggetti “traducono nei termini della concreta loro vita particolare la totale volontà dell’ordinamento”¹². Infatti, sono loro (attori e convenuti) i protagonisti della vicenda processuale, senza di loro il processo non può né sorgere né, tanto meno, svilupparsi; “il giudice che parla viva vox della legge, che ha anzi l’ultima parola, ma che in tanto parla in quanto accanto a lui i portatori della volontà e dei fini particolari parlano: tutti collaborano, ma appunto in quanto tutti collaborano, tutti ci sono non solo in fatto ma in diritto, tutti ci sono perché tutti hanno diritto di esserci”¹³.

Senza autonomia le parti tacciono, non possono dire le loro ragioni, non possono contraddire le ragioni altrui, diverrebbero cioè soggetti passivi di un ordine sovrastante: l’ordine imposto, per tramite della legge, dal giudice, che si paleserebbe quale sovrano del caso particolare.

Il dire ed il contraddire, viceversa, evidenziano come le parti domandino, eccepiscano, concludano, si difendano sul loro diritto e non intorno ad un diritto altrui, ad un diritto esterno. L’unità dell’ordinamento si compie nel momento del processo auspice l’autonomia delle parti. In proposito rileva Capograssi: “la ratio dell’ordinamento è attuata, quando apparisce non solo la legge ma anche il soggetto particolare, provandosi così col fatto che l’ordinamento è una unità vitale che vive mediante una molteplicità di centri di vita”¹⁴.

2 – IL PROCESSO QUALE MOTO DI ORDINAMENTO GIURIDICO

Pare quindi inevitabile che nella prospettiva capograssiana il processo sorga dal manifestarsi concreto nella vita sociale di un problema, il quale mette a repentaglio, seppur parzialmente, l’armonia della vita quotidiana (“c’è qualcuno ... il cui diritto pericola”); ma ciò non è sufficiente a dar vita ad un processo. Accanto, infatti, al pericolo connesso al sorgere ed allo svilupparsi del problema, che genera il conflitto, necessita la precisa intenzione della ricerca di una soluzione giuridica allo stesso. Il problema deve perciò costituire l’oggetto di una controversia, di un

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.

dire e di un contraddire su di esso; quindi, deve dar vita ad un processo, ambito nel quale le parti investite dal problema stesso dialogano fra loro. Si potrebbe affermare che all'interno del processo, così come il giurista di Sulmona lo descrive, il problema si incontra con le parti, sia insito alle parti stesse, le quali, nel contempo, necessitano, con l'ausilio dell'ordinamento giuridico, di liberarsene, ricercando il diritto atto a dirimere il problema stesso.

Sicché è da questo accostamento, il quale vede protagonisti, sia pur a diverso titolo, il problema, le parti, l'ordinamento giuridico, che sorgerà il diritto; in questo, a volte intricato connubio, le parti esperiranno dialetticamente il diritto¹⁵. Capograssi sottolinea, infatti, come il processo di ordinamento, ovvero di ricomposizione armonica della vita quotidiana, si attua non soltanto se e quando il problema è posto di fronte alla legge, ma anche e soprattutto in quanto il problema è discusso dalle parti, è quindi di fronte alle parti. La questione dell'ordinamento, ovvero del riportare in ordine, non si esaurisce nel mero ricondurre il problema alle fonti legislative bensì nel partecipare il problema. Le parti non sono cioè soggetti passivi, spettatori di un operare altrui; sono piuttosto, per mezzo della loro autonomia, della loro intrinseca capacità di porsi delle regole, i soggetti attivi del processo di ordinamento. Le parti assumono quindi il ruolo principale ed originario di operatori giuridici nel momento in cui conducono, all'interno della controversia,

15 Per Capograssi, "proprio perché la controversia si propone la scoperta di questi principi, che siano capaci di realizzarsi nell'esperienza, proprio per questo la controversia è produttiva di diritto, è una delle più copiose fonti di diritto obiettivo della storia. Questa sua produttività storica dimostra il suo vero fine il suo fine intrinseco e costitutivo; la controversia riesce a dar vita a interi ordinamenti, appunto perché essa non è che la scoperta, traverso la singola situazione, del diritto certo, del diritto che deve difatti formare l'esperienza come ordinamento", *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 526. Egli continua riconoscendo come "solo quando la legge dell'azione può servire da legislazione universale (essere intrinsecamente superiore alle volontà subietive) solo allora essa risolve la controversia. In ogni controversia che la risolve (o sia il giudice o siano le parti stesse con l'accordo), quando la risolve fa da legislatore nel senso kantiano poiché attua un principio il quale è tale e risolve la (singola) controversia in quanto è capace cioè ha valore (autorità), di dominare (le volontà che formano) l'esperienza. In questo senso deve dirsi che, di fronte all'esigenza di ritrovare questo criterio o principio universale sono nella stessa posizione sia il legislatore sia il giudice sia le parti (quando danno vita all'accordo) poiché tutti debbono risolvere la controversia ed eliminare il dubbio che il conflitto degli interessi solleva, ritrovando la legge che deve dominare l'esperienza e perciò debbono sempre porsi ed agire come legislatori", *ibidem*, pp. 532-533.

il processo di ordinamento; il che equivale a dire la ricerca del diritto proprio al problema.

In questo senso, la controversia viene risolta dalla individuazione bilaterale e non univoca del diritto, ovvero il diritto è la risultante del processo. Dalla lettura del saggio capograssiano si evince con chiarezza come il diritto non può considerarsi dato precedentemente al processo, non soltanto nel senso riduttivo per il quale è il processo ad indicare il diritto relativo al problema (che potrebbe dirsi il diritto sulla cosa), ma pure ed in senso più ampio, che solo nel processo si possa cogliere nella sua realtà l'ordinamento giuridico¹⁶.

Due punti quindi vanno esplicitati: per un verso, non esiste giuridicamente alcun diritto sulla cosa prima del processo. Se altrimenti fosse non ci sarebbe alcuna necessità di un intervento delle parti, ma basterebbe, con procedimento di automatismo, applicare le regole al problema per poterlo risolvere. Ma vi è di più nella speculazione capograssiana; infatti, il processo non pone soltanto il diritto particolare, al fine di giungere a quel risultato operativo, nel processo si deve anche porre, nel senso di istituire, fissare, di volta in volta l'intero ordinamento giuridico, ovvero tutto ciò che necessita e che viene richiamato al fine di giungere alla soluzione giuridica del problema particolare.

L'esperienza giuridica si incarna nel processo perché questo è l'ambito in cui si ricerca e si pone l'ordinamento giuridico; così pare suggerire Capograssi nel momento in cui designa il processo quale "positiva celebrazione del diritto come valore nel rapporto concreto"¹⁷.

All'interno del processo il diritto viene posto, riconosciuto ed istituito anche per mezzo dell'attività dialettica delle parti; in nessun altro momento come nel processo il diritto diviene realtà sociale: vale nella realtà sociale e dà valore alla stessa nel momento in cui si manifesta quale acquisizione obiettiva perché bilateralmente voluta dalla parti. L'attività del legislatore

16 Per la possibilità di declinare il concetto di esperienza giuridica e, pertanto, un'idea di interpretazione creativa del diritto, in modalità difformi da quelle proposte dall'idealismo si veda l'intervento di E. Opocher, *Concetto di «esperienza giuridica» e idealismo*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto" XXVII (1950), n. 1, pp. 101-109. Il saggio prende l'avvio da una recensione di Widmar Cesarini Sforza al volume di Opocher *Il valore dell'esperienza giuridica*, Treviso, 1947. Opocher affronta questo tema, fra i vari luoghi, in *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1965.

17 G. Capograssi, *Intorno al processo*, cit., p. 149.

in sé e per sé non può che palesarsi “come pura e nuda volontà”¹⁸; in questo ambito il processo si svela, per riprendere le parole di Capograssi, come “il compimento necessario dell’opera del legislatore”¹⁹.

All’interno del processo, infatti, si attua “una scoperta effettiva, la scoperta, nel caso sparso, della vera legge”²⁰, ovvero della regola che, per mezzo della regolarità delle parti, è chiamata ad ordinare il caso concreto. Questa non è precostituita nell’involucro predisposto dal legislatore, ma esperita nella attività processuale. La prospettiva capograssiana porta a riconoscere come fuori dal processo il diritto rimane generale ed astratto, nel senso che è affermazione di una regola generale senza alcun riferimento con la realtà; l’incontro della regola generale con la realtà avviene nel processo (nel momento, per usare l’espressione di Capograssi, della richiesta di aiuto); la regola generale rapportata al “caso sparso” per mezzo del controvertere delle parti determina “la vera legge”, la concreta regola che permette di ordinare, di porre in ordinamento, il caso in questione. Fuori dal processo il prodotto dell’attività legislativa, la legge per l’appunto, si mostra come pura volontà astratta. Solo il processo permette, ci pare suggerire Capograssi, che la legge divenga, per mezzo della sua reale scoperta nel contraddittorio, valore regolante la vita sociale.

Va, quindi, riconosciuto essere il contraddittorio il momento centrale sia nel riconoscimento della legge, che nella sua affermazione. In tal modo la legge non si configura come la risultante di un atto di volontà del legislatore, che pone eteronomamente la regolamentazione della realtà sociale, bensì la regola del concreto rapporto ricercata ed istituita anche per tramite dell’autonomia delle parti²¹.

18 *Ibidem*. Sui punti qui enunciati cfr. *Id.*, *Il problema della scienza del diritto*, cit. pp. 542-537.

19 *Id.*, *Intorno al processo*, cit. p. 164.

20 *Ibidem*, p. 163.

21 Per Capograssi il momento fondativo della norma regolatrice del rapporto va ricercato nell’attività interpretativa, la quale è indirizzata dalla esigenza di affermare l’unità dell’ordinamento giuridico di fronte alle particolari pretese dei singoli. Per Capograssi, infatti, “questa esigenza di riportare la norma alla totalità è l’esigenza che porta l’interpretazione di risultato in risultato di posizione in posizione; è si potrebbe dire il criterio dinamico dell’interpretazione. Questa esigenza porta la interpretazione a rielaborare continuamente il complesso delle norme, a penetrare sempre più a fondo in questo complesso; e d’altra parte riportare la norma alla totalità significa per ogni norma, ad occasione di ogni norma, riformare questa unità. E ciò traverso i vari

Il processo, ove risulta necessitante la presenza del contraddittorio, è l'ambito in cui la volontà quale pretesa incondizionata ed autoreferenziale (sia quella del legislatore, oppure sia questa intesa come volizione delle parti) si tramuta in riconoscimento bilaterale dell'ordine in cui l'oggetto del contendere va collocato.

In questa prospettiva l'affermazione del diritto sulla cosa non permette la kantiana convivenza degli arbitri, come certa tradizione potrebbe ipotizzare, fa sì, piuttosto, che all'arbitrio succeda la regolarità, all'autoreferenzialità la bilateralità; in definitiva che all'eteronomia succeda l'autonomia e che la capacità di autoregolamentare si sovrapponga all'imperio.

Pertanto, secondo Capograssi, "il processo ci fa vedere in atto la sovranità dell'ordinamento ed anche l'autonomia dei singoli che fanno propria, che traducono nei termini della concreta loro vita particolare, la totale volontà dell'ordinamento"²². Non si tratta però, come a prima vista potrebbe apparire, di sussumere, per così dire, i "termini della concreta vita particolare" in quelli, più generali, dell'ordinamento, perché, a ben vedere, per Capograssi l'ordinamento si attua nel processo; non è a questo precostituito. Il processo è l'ordinamento giuridico della vita particolare e non l'attuazione nella vita particolare di un ordinamento. Infatti, se è nell'ordinamento che si reperisce la legge, questo ordinamento è impensabile senza il processo; quindi, l'ordinamento è, in quanto attività, il processo e l'ordine, come risultante dell'opera di ordinamento, è nel processo stesso. In questo senso per Capograssi "il processo è attuazione di giustizia, cioè attuazione giusta di giustizia e qui è tutta la caratteristica del processo"²³.

Si può dunque affermare che il problema concreto ritrovi la propria soluzione attraverso il suo trasformarsi in controversia; è, infatti, nella controversia che ha origine, sviluppo e conclusione il processo di ordinamento; questa ritrova in sé stessa, nel suo stesso svolgersi il proprio ordine. La controversia (caratterizzata dal dire e dal contraddire sul problema in oggetto) è essa stessa ordinamento. La soluzione del caso non potrà, quindi, che ricercarsi nel caso stesso su cui le parti

modi che sono tutti i modi di creazione del sistema cioè di formazione dell'unità viva dell'esperienza normativa", *Il problema della scienza giuridica*, cit., p. 488.

²² *Id.*, *Intorno al processo*, cit., p. 152.

²³ *Ibidem*, p. 153.

contrastano e non in un ipotetico ordine anteposto cronologicamente e gerarchicamente al sorgere del caso.

Posta la questione in altri termini, la legge da applicarsi al caso concreto è ritrovata e istituita dal controvertere sullo stesso caso concreto. In questo senso, la controversia è la massima espressione dell'ordinamento giuridico, il che equivale a dire che nella controversia si risolve l'esperienza giuridica, intesa quale ricerca del diritto sull'oggetto del contendere.

All'interno di questa prospettiva l'attività del legislatore, volta a fissare preventivamente delle regole astratte e generali al fine di ordinare la realtà, è meramente ausiliaria perché è nel caso concreto che, in una prospettiva informata dalla regolarità, si ritroverà la regola per mezzo della quale ordinarlo.

3 – NEL PROCESSO IL NECESSARIO COMPIMENTO DELL'OPERA DEL LEGISLATORE

Ripercorrendo l'itinerario speculativo di Capograssi, e seguendo i suoi pensieri in uno scritto successivo a quello sopra richiamato²⁴, l'essenza del giudizio è la ricerca della verità della cosa concreta; il processo si costituisce e si sviluppa in funzione della ricerca della verità, di una verità non generale, ma concreta, relativa ad un caso concreto. Pertanto il processo non può essere colto “in generale” perché “il processo esiste solo in concreto”, ovvero “esiste una concreta crisi di interessi o una concreta crisi criminosa, esistono delle istituzioni e procedure per risolvere questa crisi”²⁵.

Va rilevato, come ben noto, che all'interno della vicenda processuale, il giudice, lungi dall'essere il fulcro della stessa, appare “rispetto all'azione che si tratta di giudicare [...] più che un terzo, un assente”²⁶. Per Capograssi, quindi, il giudice è un assente, vuoi perché avulso dagli interessi delle parti, vuoi perché ignaro, non essendo stato presente alle azioni sulle quali deve pronunciarsi; ciò non di meno nel processo avviene “una specie di faticosa complicata mediazione per cui il giudice, traverso appunto la mediazione di persone di cose di pensieri, possa diventare

24 Si tratta del già citato saggio *Giudizio processo scienza verità*.

25 *Ibidem*, p. 57.

26 *Ibidem*.

presente nella contesa degli interessi, presente all'azione criminosa, e presente con tutta la consapevolezza della legge e dell'ordine che debbono realizzarsi perché la crisi sia risolta e l'esperienza riportata"²⁷. La faticosa e complicata mediazione, per mezzo della quale il giudice si ritrova a presenziare agli interessi ed alle azioni oggetto del processo, è condotta principalmente dalla parti, da coloro i cui interessi sono in gioco e che hanno, in prima persona, vissuto l'azione. Sono le parti i protagonisti del processo, attraverso il contraddittorio esse aprono la via, procedono verso l'indicazione della verità della cosa concreta, che non appare senza la loro attiva partecipazione; in assenza di contraddittorio il giudice rimane estraneo alla questione, continua ad essere un assente, il cui pronunciarsi, al momento della sentenza, non potrà che risultare intrinsecamente arbitrario proprio perché frutto del giudizio, delle valutazioni di un soggetto terzo a cui il contendere è sconosciuto.

Nell'opera di svelamento del caso e di coinvolgimento del giudice nel caso concreto risulta dunque centrale ed indispensabile l'attiva presenza delle parti. Per Capograssi "quella povera ed angusta cosa che è il soggetto particolare, come attore come convenuto come imputato, c'è con una propria somma di poteri e di diritti nel processo. Può dire: domando eccepisco concludo mi difendo ergo sum! Non c'è nessun punto dell'esperienza giuridica in cui il soggetto singolo come imprescindibile realtà giuridica dell'esperienza apparisce in modo più presente e più diretto"²⁸.

In definitiva il processo si sostanzia anche nel "far rivivere come presente l'azione passata e esaurita"²⁹, ma non è solo in questa trasformazione, impossibile, lo si ripete, senza una genuina struttura dialettica nel procedere processuale, che si dà processo.

Per Capograssi un'altra e forse più sostanziale trasformazione avviene nel corso del processo, Il giudice, per usare le parole dello stesso autore, "deve rifare presente il passato", deve cioè riprodurre la "realtà ricercata e ormai sparita" ma quest'opera, questo "procedere traverso segni" ha una finalità non meramente conoscitiva; il giudice, infatti,

27 *Ibidem*.

28 *Id.*, *Intorno al processo*, cit., pp. 152-153.

29 *Id.*, *Giudizio processo scienza verità*, cit., p. 59.

deve, sì “rifare presente il passato”, per un verso, per conoscerlo, per parteciparvi e, per altro, “deve rifarlo presente per giudicarlo”³⁰. L’esperienza giuridica converge nella valutazione dell’azione, dell’interesse così come questi si mostrano al giudice tramite il dire ed il contraddire delle parti.

La valutazione del caso concreto, la quale risolve la controversia stessa, avviene con l’ausilio delle parti è, in qualche modo, segnata, indicata dalle parti, non si palesa, per tramite della struttura dialettica del processo, come un atto esterno al processo è anzi il risultato e la chiusura del procedere stesso, del ricercare il diritto del caso controverso.

Non si tratta perciò, come già evidenziato, di una pura applicazione della legge, quasi che la regola capace di dirimere la controversia preesistesse alla stessa e si trattasse solamente, una volta ricostruita la fattispecie concreta, di riconoscere una norma generale ed astratta e di sussumere al suo interno il caso concreto. Il processo, infatti, non si limita alla riproduzione/ricostruzione del caso concreto, a cui poi applicare la fattispecie astratta. Se il processo è, come suggerisce lo stesso Capograssi “attuazione giusta di giustizia”, esso allora deve investire e problematicizzare la legge stessa. Questa, come già rilevato, si pone come generale ed in quanto tale totalmente inadatta a regolare un caso concreto, particolare. Per Capograssi, quindi, “si tratta anche di tradurre la legge e la generalità della legge nei termini per cui possa diventare criterio di valutazione per l’azione ricostruita”³¹.

In tal senso, al giudice, se non è presente il caso concreto, dato che egli è un assente che viene chiamato alla concretezza del caso dall’operare dialettico delle parti, è anche e contemporaneamente non presente la legge che dovrebbe regolare il caso: “si può dire, non gli è presente nemmeno la legge, perché la legge è generale e l’azione da giudicare è, più che particolare, puntuale di un’assoluta puntualità”³².

Capograssi ribadisce al lettore ed in questa affermazione si può ravvisare tutta la portata del suo magistero *intorno al processo*, come il giudice “non ha a disposizione nemmeno la legge, perché la legge è generale

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*.

32 *Ibidem*.

e deve diventare la legge dell'azione singola, perché possa giudicare l'azione singola"³³.

Il legislatore non esaurisce in sé la posizione della legge, dalla sua attività non si evince *sic et simpliciter* la legge, la norma che interviene sul caso concreto; come ebbe a ricordare Capograssi, richiamando Giuseppe Chiovenda, il processo è il necessario completamento dell'opera del legislatore. Solo dal processo e solo nel processo emergerà la legge, il diritto del caso concreto, perché il processo, che sfocia nel giudizio, è la ricerca di verità della cosa concreta, ricerca di verità nei concreti accadimenti e ricerca di verità nella legge da applicare ai concreti avvenimenti.

All'interno di questa prospettiva il processo è il luogo da cui scaturisce la *vera* legge, è il processo che rischiarà, rivede, completa e *trasforma* l'opera del legislatore. Al caso concreto deve essere accostata la legge concreta, soltanto per mezzo di questo connubio la controversia si risolve. Per riprendere l'incedere capograssiano, è questa duplice trasformazione, che avviene con il determinante contributo delle parti, che permette di giungere al momento della valutazione, del giudizio che pone fine alla controversia. Il giudizio è, quindi, ancorato sia al caso concreto, che alla legge concreta; in questo senso è attuazione giusta di giustizia. Giusta perché giustizia non solo rapportata ai, ma anche emersa dai, concreti avvenimenti. Capograssi sottolinea: "il processo è processo: appunto un procedere per arrivare a questa trasformazione, di qualcosa che più non esiste e farla esistere di nuovo, e di una legge che è generale, e farla diventare concreta"³⁴.

Il processo è, quindi, trasformazione di una legge astratta in una regola concreta, atta cioè a produrre giustizia, una giusta giustizia. Va altresì specificato come, se l'attore di questa trasformazione è, come rileva Capograssi, il giudice, è questo infatti che pone la sentenza, il processo di trasformazione stesso è impensabile senza il concorso fattivo delle parti. Queste, infatti, per mezzo del contraddittorio, offrono gli elementi per innescare la trasformazione della legge generale nella specifica legge del caso concreto.

Sicché, se, per un verso, ogni caso concreto ritrova nel processo la propria legge, per altro la specifica legge non sarà il frutto di un atto di volontà (ad esempio della volontà del legislatore, oppure della volontà del giudice, il quale, in questa ipotesi, rivestirebbe il ruolo di legislatore

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*.

del caso particolare), bensì di una ricerca condotta nel processo ed informata dalla autonomia. La specifica legge del caso concreto, che è poi l'unica legge che valuta e regola concretamente il caso in oggetto, è la risultante del processo di partecipazione delle parti alla risoluzione della controversia e non si pone, quindi, come eteronoma sovrapposizione di una autorità normativa esterna.

In questa accezione il processo diviene momento di esaltazione della autonomia. Come sottolinea Capograssi, "lo Stato stesso riconosce sottoponendosi al processo che senza il processo, senza riconoscere altri da sé con propria autonomia, l'ordinamento giuridico non si realizzerebbe nel concreto. Il processo è proprio il pubblico atto di umiltà che sono costretti a fare tutte le forze che partecipano all'esperienza giuridica"³⁵. Nel processo lo stato abdica la propria sovranità a tutto vantaggio dell'autonomia delle parti, perché è solo dall'autonomia che può sorgere la risoluzione della controversia. La capacità autoregolamentativa espressa dalle parti nello svolgersi dialettico del processo è la condizione necessaria per giungere alla soluzione della controversia, alla affermazione da parte del giudice del diritto sulla cosa, ovvero alla statuizione della giustizia. Senza la partecipazione dei soggetti implicati nella controversia questa non ritrova il proprio ordinamento; le parti devono volere la ricerca della verità, il giudice deve assecondarle e stimolarle in questa esperienza che diviene giuridica nel momento in cui è finalizzata ad una valutazione obiettiva del caso controverso.

Ricerca della verità del caso concreto condotta per mezzo del rapporto dialettico fra le parti, individuazione della norma per mezzo della quale valutare il caso concreto avuto riguardo alla autonomia dispiegata dalle parti nell'ambito del processo; in questo si sostanzia, per Capograssi, il *metodo giuridico*: "si può, di fronte ad una controversia, non adoperarlo, ma allora la controversia non è risolta; il nodo è tagliato dalla forza: stat pro ratione voluntas. Al posto della ragione (ricerca della verità) interviene la nuda volontà, la nuda azione, il nudo fatto che si compie. La crisi rimane"³⁶.

35 *Id.*, *Intorno al processo*, p. 144.

36 *Id.*, *Giudizio processo scienza verità*, p. 66.

4 – SULLA STRUTTURA DIALETTICA DEL PROCESSO E SULLA POSIZIONE DEL DIRITTO OGGETTIVO

Nella speculazione capograssiana il punto qualificante dello svolgersi dell'esperienza giuridica è offerto dalla struttura dialettica all'interno della quale si compie; sicché il processo ne diviene non solo la pratica attuazione, ma lo schema stesso senza il quale essa non si realizzerebbe³⁷. La prospettiva processuale del diritto, come più volte sottolineato³⁸, riconosce nello svolgersi della controversia il centrale ed imprescindibile momento dell'esperienza giuridica stessa.

Ma vi è di più; la prospettiva processuale del diritto non potrebbe costituirsi, risulterebbe cioè monca, se, come puntualmente osserva

37 In tal senso, sempre all'interno della *prospettiva processuale del diritto*, viene sottolineato che "se l'autonomia è il «germe» dell'ordinamento giuridico, la controversia ne costituisce lo «schema». Perché, non lo si dimentichi mai, di ordinamento si tratta, cioè di un processo in cui è presente il criterio dell'ordine, l'essere cioè dell'uomo, la sua natura, confuso, tuttavia, e duellante col disordine della condizione umana, bene rappresentata dalla contesa della parte migliore e della parte peggiore dell'anima", F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2001, pp. 46-47. All'interno di questa prospettiva di pensiero è perciò possibile riconoscere come "la controversia è un aspetto imprescindibile dell'esperienza: ma lo è in quanto le parti ne esigano la soluzione", F. Cavalla, *Il controllo razionale tra logica, dialettica e retorica*, in *Atti del XX Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, Padova, 1998, p. 42 (con contributi di M. Taruffo, B. Montanari, G. Fiandaca, P. Comanducci-R. Guastini, G. Pecorella, M. Jori, A. Pintore, D. Zolo, A. Margara, V. Albano, L. Alfieri, P. Borsellino, G. Incorvati, L. Ferrajoli, V. Villa, M. Fracanzani, M. A. Cattaneo, G. Insolera, P. Pittaro, G. Melis). Quest'ultima andrà ricercata per mezzo della confutazione delle assunzioni avversarie, così che l'oratore si sforza in prima istanza a mostrare che la tesi avversa non è autenticamente persuasiva. Infatti, come già rilevato, l'oggetto della controversia non è raffigurabile quale affermazione del potere sulla cosa bensì come il riconoscimento reciproco del diritto sulla stessa, riconoscimento che si manifesta attraverso il procedere dialettico delle parti, le quali tendono a dimostrare che la tesi avversa contiene qualcosa che, se problematicizzata, la fa cadere in contraddizione. Cfr. ancora F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 47. In questo modo, la risoluzione della controversia avviene "mediante il riconoscimento, sempre inesausto e rivedibile ma autentico se convenientemente condotto, di ciò che è proprio alle parti" *ibidem*, p. 50. Dello stesso autore cfr. anche *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica*, in P. Perlingieri (a cura di), *Soggetti e norma, individuo e società*, Napoli, 1987, pp. 141-152 (con contributi di C. Argiroffi, P. Barcellona, G. Capozzi, A. Carrino, A. Catania, F. M. De Sanctis, V. E. Cantelmo, P. Stanzone, G. Marino, L. Orsi).

38 Cfr. E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto (1983)*, cit., pp. 284-315.

Capograssi, non riconoscesse essere il processo non solo il momento dell'incontro dialettico delle parti, ma anche e soprattutto il luogo di concreta posizione del diritto oggettivo. L'autonomia, quindi, si sostanzia per un verso nel contraddittorio per altro nella ricerca e nel riconoscimento del diritto oggettivo. Si può anzi affermare che quest'ultimo sia il punto qualificante dell'esperienza giuridica e che, a ben vedere, lo stesso dispiegarsi dialettico della vicenda processuale sia finalizzato a far emergere il riconoscimento di ciò che Capograssi definisce la concreta legge contrapponendola alla legge generale ed astratta frutto della volontà legislativa. Il processo, infatti, integra e nel contempo trasforma il prodotto dell'attività legislativa e ciò perché il processo è esperienza³⁹.

Di ciò Capograssi si dichiara ancora debitore del pensiero di Chiovenda, "questo scienziato del diritto ha intuito, nell'analisi di uno dei più salienti momenti dell'esperienza giuridica [il processo], che l'attività giuridica può essere colta nella sua originale fisionomia e nelle sue essenziali posizioni solo in quanto è ricercata, traverso il concetto dell'esperienza che crea, nei suoi fini intrinseci"⁴⁰. Ed è altresì Chiovenda ad indicare come "tutti i punti dell'esperienza giuridica, tutti i soggetti e tutte le specie di diritti e di poteri, che la compongono, convergono in quella specie di punto di ritrovo che è il processo"⁴¹.

Secondo Capograssi, Chiovenda è riuscito a cogliere ogni singolo elemento dell'esperienza giuridica senza perdere di vista l'insieme, il tutto che la caratterizza, e così "ha visto il diritto sì, ma non come qualche cosa di assoluto ma come qualche cosa che dipende dal riconoscimento del giudice; la legge, sì. Ma la legge che dipende per la sua attuazione dal potere del soggetto, dall'azione; l'azione sì, ma non come potere verso lo Stato ma come potere verso l'avversario"⁴². Individuando nell'azione processuale il momento cardine dell'autonomia, si addivene al riconoscimento della posizione del diritto sulla cosa contesa nell'ambito processuale e non in un contesto preesistente quale appare, in questa prospettiva, la posizione legislativa; di fatti la legge si attua per mezzo

39 Cfr. ancora G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit., pp. 487 e segg.

40 *Id.*, *Intorno al processo*, cit., p. 146.

41 *Ibidem*, p. 147.

42 *Ibidem*.

del potere del soggetto, si trasforma cioè da generale in concreta per mezzo dell'autonomia del soggetto.

Se il fine ultimo della esperienza giuridica è la statuizione della verità del caso concreto, essa si realizza per mezzo della ricerca della legge da applicare al caso concreto, al fine di valutarlo; ricerca, quest'ultima, che non avviene essenzialmente con l'ausilio delle fonti cognitive. Dalla valutazione scaturisce il diritto oggettivo del contendere e questa valutazione non è possibile senza la preventiva trasformazione della legge generale in concreta legge del caso. Il compito del giudice è, quindi, avuto riguardo a questo aspetto, duplice: porre, tenuto in considerazione la complessità dell'ordinamento giuridico formalmente inteso, la legge per il caso concreto e, rispetto a questa, ordinare, nel senso di riconoscere l'ordinamento giuridico del caso concreto. Solamente procedendo lungo questo itinerario si giunge ad un ordine capace di risolvere la crisi⁴³.

All'intero di questa prospettiva speculativa, l'interpretazione ha come finalità primaria "accostare la norma alla vita, rendere la norma assimilabile alla vita [...] la norma deve essere per così dire inclusa nel fine stesso della vita del diritto, trasferita nel suo piano. [...] L] a prima cosa che fa l'interpretazione, il primo passo che essa dà nel suo lavoro è di riportare la norma alla totalità delle norme; il *nisi tota lege perspecta* è il primo criterio con cui l'interpretazione inizia i suoi procedimenti"⁴⁴. Pertanto l'interpretazione ha come fine non tanto la spiegazione dell'oggetto interpretato, ovvero il cogliere il significato incluso nella forma rappresentativa, quanto il ricondurre un significato tratto dalla disposizione all'unità dell'ordinamento⁴⁵; il che implica,

43 *Id.*, *Giudizio processo scienza verità*, pp. 57 e 59.

44 *Id.*, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 487.

45 Per Capograssi "questa esigenza porta la interpretazione a rielaborare continuamente il complesso delle norme, a penetrare sempre più a fondo in questo complesso; e d'altra parte riportare la norma alla totalità significa per ogni norma, ad occasione di ogni norma, riformare questa unità", *ibidem*, p. 488. Per Pietro Piovani, "la lezione della interpretazione è il riconoscimento della scienza e la scoperta dell'essenziale dell'esperienza. La scienza giuridica si è riconosciuta con piena consapevolezza, nei suoi fini e nella sua natura, quando si è accorta di essere l'autentica garanzia della libertà del diritto, l'operante antidoto dell'arbitrio: è garante di quella libertà perché è interprete della volontà del diritto che esclude, vanifica il comando arbitrario, inassimilabile dal sistema, condannandolo ad una verbale inanità, o aggirandolo con eluzioni sapienti, o denunciandolo nella sua letterale assurdit , in ogni caso obbligandolo a venire a patti col sistema se non voglia distruggere il sistema,

per Capograssi, una continua rielaborazione dell'insieme normativo, dato che è l'interpretazione a riformulare di volta in volta sia la singola norma tratta dalla disposizione, che la totalità delle norme, in modo che l'ordinamento giuridico si manifesti soltanto nell'atto concreto del processo e non nell'insieme consolidato ed immutabile delle disposizioni e, dopo il processo, risolta la controversia, questo sia, ogni qual volta una controversia si riproponga, da riformularsi attraverso l'opera dell'interprete in un nuovo processo. Quindi, l'interpretazione è creazione del sistema, in sua assenza non vi è ordinamento giuridico, perché l'ordinamento giuridico si manifesta nella vitalità del processo e non sulla lettera morta della disposizione (o legge astratta)⁴⁶.

Per Capograssi, "l'interpretazione è ineliminabile dalla vita giuridica non per la pretesa generalità della legge, non perché la legge non possa prevedere i casi singoli, ma perché la singola norma, la singola legge, il singolo comando che sono sempre particolari formazioni, debbono essere ricondotti alla loro vera essenza spirituale e razionale e non possono esserlo, se non in quanto sono riportati a questa profonda esigenza di formazione della vita giuridica come unità, come realizzazione dei principi costitutivi di questa vita, solo per i quali quelle leggi quei comandi quelle norme singole hanno significato e valore originale"⁴⁷.

Qui l'interpretazione ricerca i principî rispetto ai quali la norma ricavata dalla forma rappresentativa è riportata alla totalità e rispetto ai quali la totalità dell'ordinamento giuridico può venire riconosciuta. Questi principî, in ultima analisi, per Capograssi, sono riscontrabili nella vita stessa; infatti egli perora l'accostamento della norma alla vita al fine di ricondurla alla totalità dell'ordinamento, perché l'ordinamento non appare separabile dalla vita stessa che è chiamato a regolamentare. Le regole dell'azione nascono dall'azione stessa, "in altri termini si tratta di cogliere la razionalità concreta che dà il valore all'azione che fa il valore dell'azione. Questa ricerca del principio o valore al quale misurare

che deve sempre essere pronto (e, *in extremis*, quando occorra, la scienza giuridica deve consigliare ed imporre questa virile prontezza) a farsi spezzare dalla norma incompatibile piuttosto che piegarsi ad essa: questa *extrema ratio* è ancora razionalità della scienza che interpreta, che applica il diritto, e, così interpretando e applicando, fa il diritto, facendo che il diritto sia quale essenzialmente vuole essere", *Introduzione*, a G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. XVIII.

46 Cfr. G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit., pp. 488-491.

47 *Ibidem*, p. 490.

l'azione e decidere in virtù di essa la controversia è un ritrovamento del principio adeguato alla controversia. È indifferente se il principio sia già obiettivamente posto prima e al di fuori della controversia: non si tratta di trovare un principio generale come si farebbe in una ricerca teorica, si tratta di trovare il principio che costituisce il valore al quale adeguare l'azione o le azioni che formano l'oggetto della controversia. [...] La regola alla quale conformare l'azione, che deve regolare l'azione, si presenta appunto come regola decisiva della controversia e cioè come regola che è uscita fuori dalla sua generalità indistinta e si è concretata e determinata in modo da poter essere misura adeguata dell'azione che è concreta e determinata”⁴⁸.

5 – L'INTERPRETAZIONE GIURIDICA COME SVELAMENTO DELLA VITA SOCIALE

È stato osservato come, all'interno della prospettiva capograssiana, “il diritto non è una proposizione comandata ma un'esperienza ordinata. Il diritto non è la legge, non perché pretenda essere fuori dalle leggi o sopra le leggi, ma perché è insieme sistematico di leggi applicate, leggi nate per soddisfare scopi di individui umani e messe in opera da individui umani per i loro scopi, con i vari modi che i vari scopi possono implicare”⁴⁹.

All'interno di questo contesto, la stessa attività interpretativa, nel suo concreto svolgersi, smentisce l'idea che il diritto sia una mera somma di precetti, perché, come suggerisce ancora Piovani richiamando Capograssi⁵⁰, l'interpretazione svela come all'interno della disposizione

48 *Ibidem*, p. 530. È stato osservato come il problema per Capograssi è di evitare che l'attività creativa del giudice si trasformi in arbitrio; a tale proposito, il parametro obiettivo indicato dallo stesso Capograssi potrebbe venire individuato, in ultima analisi, nella giustizia insita nella norma prodotta. Tanto che dalla regola, a cui l'azione si conforma, deve scaturire una giusta valutazione della stessa, una valutazione che si fondi sulla verità. Il problema della certezza del diritto è quindi il problema della certezza giudiziale, non considerata in astratto, ma nei singoli casi ove la giustizia si realizza nel processo. Cfr. G. Zaccaria, *Il problema dell'interpretazione giuridica in Giuseppe Capograssi*, in F. Mercadante (a cura di), *Due convegni su Giuseppe Capograssi*, cit., pp. 361-365.

49 P. Piovani, *Introduzione*, a G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. XV.

50 Cfr. *ibidem*, p. XVII.

interpretata vi sia più di quanto traspaia dalla stessa. Il *di più* non può che fondarsi, al fine di non rappresentare il frutto dell'arbitrio dell'interprete, sul recepire, all'interno dell'opera di interpretazione, non solo i meri segni linguistici posti in essere dal legislatore, le sue prescrizioni, ma anche sulla ricerca di un senso da riconoscere agli stessi che derivi direttamente dalla vita, ovvero sia consono ai valori ed agli interessi presenti nel contesto sociale ove l'operazione di svelamento ha luogo.

In questo senso, l'interpretazione, legata al riconoscimento del valore ed alla sua istituzionalizzazione nel mondo giuridico, rielabora costantemente il sistema normativo, dato che, l'intera unità dell'ordinamento viene rivisitata ogni qual volta una disposizione assume un significato per mezzo dell'interpretazione⁵¹. Pertanto, nella prospettiva solcata da Capograssi, il diritto nel suo complesso non si radica affatto nella realtà sociale quale somma di precetti fra loro organizzati in sistema, il quale, all'intero delle rappresentazioni positivistiche del fenomeno⁵², si proclama coerente e completo, piuttosto è un obiettivo da perseguire all'interno del processo, ovvero all'atto della sua applicazione concreta, come risultato di un'esperienza giuridica che si conduce nel momento dell'interpretazione delle disposizioni; l'attività interpretativa svela ciò che nella mera disposizione non appare, non è evidente, ricercando il significato di questa alla luce di variabili sociali che non possono ricondursi alla manifestazione di volontà del legislatore⁵³. In ultimo, per Capograssi, l'attività interpretativa rielabora costantemente il complesso di norme, riporta la norma alla totalità, e, quindi, nel riformare l'unità del sistema di ordinamento giuridico, lo rifonda di volta in volta⁵⁴.

51 Cfr. *ibidem*, pp. XVII-XVIII. Cfr. in tema anche il contributo di S. Satta, *Il giurista Capograssi*, in "Iustitia", XIII (1960), n. 3.

52 Cfr. in proposito N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 3 e segg.; cfr. in proposito all'idea di sistema le riflessioni critiche di G. Tarello, *Sistema giuridico, ordinamento giuridico*, in S. Castignone, R. Guastini, G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, 1984, p. 79.

53 Cfr. G. Zaccaria, *Il problema dell'interpretazione giuridica in Giuseppe Capograssi*, cit., p. 356.

54 Cfr. *ibidem*, p. 365 ove si legge che, per Capograssi, "il diritto si realizza nell'azione: con riguardo al problema tecnico dell'interpretazione esso significa, come abbiamo visto, che la controversia è produttiva di diritto, che la giurisprudenza è fonte

6 – LA CERTEZZA GIUDIZIALE DEL DIRITTO: IL CONTRIBUTO DI LOPEZ DE OÑATE

In proposito è stato sottolineato come, per Capograssi, “il problema della certezza del diritto [...] non può che autenticamente porsi come problema della certezza giudiziale, di una certezza considerata non in astratto, ma nei singoli casi concreti”⁵⁵, il che non equivale a perorare la causa di un diritto *sregolato*, frutto di un incontrollabile arbitrio giudiziario slegato da ogni vincolo, piuttosto ricercare la certezza del diritto nel caso di specie ricollegando la disposizione legislativa vuoi alla realtà sociale, vuoi al più generale sistema giuridico.

In questo senso, all’interno di una prospettiva schiettamente processuale del diritto, si colloca il contributo sulla certezza del diritto proposto da Flavio Lopez de Oñate⁵⁶, il quale, come ebbe a sottolineare lo stesso Capograssi, a fronte della profonda crisi che permea la società occidentale, sceglie la via della “certezza del diritto, il diritto come certezza [...] come centro al quale si raccolgono tutte le file dei fenomeni, dei fatti e delle idee, che rendono così problematica l’esperienza giuridica contemporanea, e come punto di prospettiva dal quale mettersi per vedere l’unità di questa esperienza”⁵⁷.

Per quanto, apparentemente, lo studio in questione sia proteso verso il riaffermare una certezza del diritto di stampo legalistico⁵⁸, come avremo

sostanziale di diritto capace di aggiornare l’intero sistema”. In argomento si veda anche P. Piovani, *Introduzione a G. Capograssi, Il problema della scienza del diritto*, cit., pp. XVII-XIX.

55 G. Zaccaria, *Il problema dell’interpretazione giuridica in Giuseppe Capograssi*, cit., p. 364.

56 F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Roma, 1942.

57 G. Capograssi, *Ricordo di un amico: Flavio Lopez de Oñate (1912-1944)*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XXIV (1947), n. 1, pp. 110-121 (citiamo da F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto. Nuova edizione riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele*, a cura di G. Astuti, Milano, 1968, p. 9; il volume riporta anche un saggio di M. Corsale sull’evoluzione del dibattito sulla certezza del diritto – nel volume richiamato il saggio appare con il titolo di *Flavio Lopez de Oñate*).

58 Nel testo si può infatti leggere: “la legge dev’essere sovrana e deve essere inviolabile. Il fondamento dell’autorità sovrana – dell’autorità e non del potere – è l’autorità della legge. [...] È necessario pertanto che per pervenire l’arbitrio, anzi per eliminarlo, si instauri un sistema di legalità, per il quale il principio di legalità investa tutto

modo d'osservare, lo stesso non perora la causa di una certezza formale del diritto, ma, recuperando le indicazioni di Capograssi intorno al valore del diritto, propende per riconoscere come la certezza e con questa la giustizia, si realizza solo nel momento in cui la legge astratta entra in contatto con l'azione concreta, ovvero diviene, nel processo, momento regolamentativo della stessa⁵⁹. Infatti, per Lopez de Oñate, “la ragione speculativa della validità della legge, cioè il fondamento filosofico della sua autorità, sta proprio in ciò che essa, nella sua astratta formulazione normativa, non è astratta se non in quanto ciò le è necessario per mantenere con precisione la struttura dell'azione, cioè per renderla concreta, oggettivamente e storicamente concreta, l'azione. La legge *salva l'azione* in quanto rivela all'azione la sua reale natura e ciò proprio per mezzo della sua (apparente) astrattezza”⁶⁰. Seguiamo pertanto le argomentazioni proposte dall'allievo di Capograssi⁶¹.

l'ordinamento dello Stato. In particolare il principio si deve attuare come il rispetto di tutte le precise forme prestabilite dalla legge. Nonostante tutte le molteplici critiche che sono state mosse contro le forme e contro il culto che il diritto ha per esse, non può negarsi che esse costituiscono la garanzia stessa del diritto, il modo in cui il diritto attua la sua garanzia”, F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto. Nuova edizione riveduta*, cit., pp. 140-141.

59 Per l'autore, “la legge non può abbandonare la *lettera*, perché la *lettera* è per essa lo *spirito*”, ma egli sottolinea come “l'opposizione tra spirito e lettera dilegua nella concretezza dell'esperienza giuridica la quale rileva – anzi la sua fisionomia è proprio questa di rilevare – lo *spirito della lettera*. Onde il valore della cosiddetta esteriorità del diritto; è erroneo trascurare questa esteriorità in quanto negazione di interiorità [...] bisogna invece vedere in che senso questa esteriorità è interiorità, cioè come essa si presenta nel processo di conoscenza. L'attuarsi attraverso questa necessità dell'obiettivazione della volontà, e anche della traduzione di essa nella cosiddetta esteriorità, è l'eticità specifica del diritto, per la quale il diritto si presenta appunto come realtà storica *obiettiva*”, *ibidem*, pp. 159-161.

60 *Ibidem*, p. 159.

61 L'obiettivo principale della critica di Lopez de Oñate appare più correttamente individuabile nella degenerazione dispotica di una compagine statuale, quale è quella a lui contemporanea. Il saggio in questione viene infatti da più parti letto quale critica allo stato fascista ed al suo svincolarsi dal principio di legalità; cfr. in proposito G. Capograssi, *Flavio Lopez de Oñate*, cit., p. 11 (in nota), e M. Corsale, *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*, in *Appendice a F. Lopez de Oñate, La certezza del diritto*, cit., p. 289. In proposito della polemica con il regime, si legga un passo tratto dal capitolo quarto, *Le minacce di fatto contro la certezza del diritto*, dell'opera richiamata: “l'apostrofe di Dante contro la Firenze del sec. XIV potrebbe con perfetta validità essere rinnovata nell'epoca nostra: *Quante volte, del tempo che rimembre – legge*

Espressione di una più generale crisi epocale, la crisi del diritto, per Lopez de Oñate, che riprende il pensiero di Pietro Calamandrei⁶², si sostanzia nell'affievolirsi del diritto soggettivo ridotto a interesse occasionalmente protetto, nell'ampliamento del diritto amministrativo a tutto svantaggio del diritto civile, nell'assorbimento del processo civile nella giurisdizione volontaria o nel processo amministrativo, nell'aumento della discrezionalità del giudice, nell'annebbiamento dei confini fra diritto privato e diritto pubblico e fra diritto sostanziale e diritto processuale, nel crescente discredito della codificazione, che si manifesta con la riduzione della legge generale ed astratta al diritto del caso per caso⁶³.

Egli riconosce come "l'astrattezza, la rigidità e la fissità della norma [...] mirano [...] a garantire in modo certo ed inequivocabile l'azione, in modo che gli uomini possano contare su ciò che verrà [...]. La legge fa sapere a ciascuno ciò che egli può volere: proprio in questo si realizza il beneficio che è reso possibile dalla sua certezza"⁶⁴. In tale prospettiva, il riaffermarsi della certezza del diritto si accompagna con la riscoperta della obiettività della legge.

Come già segnalato, la riflessione di Lopez de Oñate non si incanala, a ben vedere, lungo itinerari legalistici; la legge deve trascendere la società perché deve corrispondere ad un ideale di ragione obiettiva, il solo che, a detta dell'autore, rende possibile la certezza come specificità etica del diritto, ovvero la certezza come giustizia e non quale pedissequo adeguamento dell'azione alla mera disposizione legislativa.

Lopez de Oñate, infatti, rileva come "è stato detto acutamente che nella certezza del diritto è la sua equità, ed è intuizione della quale va tenuto conto; ma veramente nella certezza del diritto è da riscontrarsi piuttosto la sua tecnicità, cioè la sua rispondenza al fine, cioè ancora il mezzo per

moneta officio e costume - hai tu mutato e rinnovato membre! L'agitazione continua dà i suoi tristi risultati anche nel campo del diritto: basti ricordare ad esempio, prima del 1926, lo sfrenato succedersi, nel nostro paese, di decreti-legge, e pur dopo la legge del 1926 il nuovo abuso della decretazione d'urgenza", F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto. Nuova edizione riveduta*, cit., p. 70. In tema si veda ancora M. Corsale, *La certezza del diritto fra razionalismo e positivismo. Flavio Lopez de Oñate*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XLIV (1967), n. 2, pp. 278-302.

62 Cfr. P. Calamandrei, *La relatività del concetto di azione*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1939.

63 F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto. Nuova edizione riveduta*, cit., p. 37-41.

64 *Ibidem*, p. 49-50.

piegare l'azione a presentarsi nella sua universalità e nella sua verità. Si potrebbe aggiungere, accogliendo e svolgendo qualche intuizione di illustri giuristi, che il diritto è la verità sociale dell'azione, nella certezza che la verità presenta. La pretesa antinomia tra legalità ed equità trova qui finalmente la sua soluzione; proprio per la natura del diritto speculativamente identificata, la giustizia non può realizzarsi che nella norma rigida ed astratta, che deve essere certa. In questa astrattezza è la precisa concretezza dell'esperienza giuridica, e solo attraverso questa certezza è possibile che essa realizzi la giustizia. Nella certezza consiste dunque la specificità etica del diritto”⁶⁵.

Appare pertanto evidente come l'ancorarsi da parte di Lopez de Oñate al principio di legalità non tenda assolutamente a rappresentare la legge come esaustiva dell'esperienza giuridica, rappresenti, piuttosto, una solida base di partenza per il costituirsi ed il dispiegarsi di questa nella (e dalla) realtà sociale, riconoscendo perciò il concretizzarsi dell'esperienza giuridica nel momento della valutazione dell'azione. L'obiettivo non è, quindi, ricondurre acriticamente l'azione alla legge, bensì offrire all'agire umano una certezza, che ritrovi anche nella legge un proprio riferimento. Non è perciò la certezza della legge il punto d'approdo della riflessione di Lopez de Oñate, dato che, come egli afferma, “la certezza del diritto è invece certezza dell'azione, poiché è la garanzia dell'azione”⁶⁶.

Siché anche qui, la certezza del diritto si manifesta nel momento della valutazione dell'azione, la quale avviene per tramite della disposizione legislativa oggettivatasi nella realtà sociale, ovvero interpretata alla luce del suo *spirito*, il quale, per l'autore richiamato, è rappresentato nella “verità sociale dell'azione” e non soltanto della lettera della legge. Luigi Caiani in proposito sottolineerà come l'esperienza giuridica si articola in modo tale da poter “tradurre la certezza astratta del comando nella certezza concreta e determinatissima della sentenza”⁶⁷.

65 *Ibidem*, p. 161.

66 *Ibidem*, p. 160. A distanza di dodici anni Luigi Caiani verrà a sottolineare come “nel momento in cui l'interprete pronuncia giudizi di valore non fa che tradurre nella valutazione giuridica interpretandola ed arricchendola quei valori normativi di fondo, quella certezza della coscienza comune che altrimenti resterebbero esclusi dall'ordinamento”, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 169.

67 *Ibidem*, p. 13. Cfr. in argomento anche R. Meneghelli, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1975.

7 – IL PRESUNTO “RAMO NON FECONDO” DELLA CONCEZIONE CAPOGRASSIANA DEL PROCESSO

Ritornando al portato della speculazione capograssiana, come si ha modo d'osservare⁶⁸, sussiste in essa una sostanziale convergenza di opinioni nel riconoscere la centralità e la imprescindibilità della struttura dialettica del processo, così come la stessa venne tratteggiata sin dal saggio del 1938. Non così unanime, invece, appare l'accoglimento della tesi capograssiana intorno alla *trasformazione* della legge generale in legge del caso concreto, ovvero l'idea che la norma atta a regolare l'oggetto del contenzioso sorga concretamente durante lo svolgersi del contenzioso stesso, quindi nel processo; tale elaborazione presente sia nel saggio del 1938, che in quello del 1950 non ritrova all'interno degli studi dottrinari successivi un così vasto recepimento⁶⁹.

Indicativo in riguardo appare la posizione di Elio Fazzalari; l'insigne giurista, discutendo intorno ai *Valori permanenti del processo*, inteso quale “chiave di volta per la tutela della persona”, riconosce che la lezione

68 Si veda in riguardo la nuova stesura dell'articolo 111 del dettato costituzionale, il quale richiama in più punti il contraddittorio fra le parti. Si rimanda, per un primo approccio al tema, alle voci *Giusto processo*, *Diritto costituzionale* e *Diritto processuale penale* rispettivamente di M. Cecchetti e C. Conti apparse sulla *Enciclopedia del diritto*. Sull'argomento, fra i molti, è intervenuto E. Ancona, *Sul giusto processo ovvero della giustizia e della verità nel processo*, in “L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato”, III (2005), n. 2.

69 Da quanto siamo andati sopra esponendo, l'idea di una attività interpretativa che sia creativa di diritto e non solo cognitiva dello stesso, appare fondante la prospettiva processuale del diritto, così come Capograssi l'ebbe a tratteggiare; l'interpretazione che crea il diritto, operando anche su una base legislativa, si inserisce a pieno titolo nel procedere dialettico del processo; è, infatti, una delle componenti della risoluzione della controversia, la quale non può avvenire senza la posizione della norma durante il processo. La dialettica viene pertanto utilizzata sia in funzione della *creazione* del caso, il quale si delinea attraverso il dire ed il contraddire delle parti, che della *creazione* della norma regolativa il caso; l'interpretazione creativa dà vita alla trasformazione, per usare le parole di Capograssi, della legge astratta in legge concreta. Scindere le due posizioni, implica depotenziare entrambe e ricondurre l'idea dell'incedere dialettico del processo alla sola partecipazione attiva delle parti, che certamente allontana il processo dalla sua specie *inquisitoria*, pur tuttavia lo lascia sottoposto alla sovranità di una legge (sia di natura sostanziale, che procedurale) ad esso estranea, facendo sì che lo stesso di tramuti da affermazione di giustizia in applicazione della (per Capograssi, astratta) legge.

di Capograssi, contenuta principalmente nei due saggi richiamati, vada “ribadita e, ove possibile, ampliata”⁷⁰.

Il processo, a detta di Fazzalari, si connota attraverso la partecipazione delle parti, ma la mera partecipazione “non ne esaurisce il profilo”⁷¹. Infatti, per il processual-civilista ora richiamato, “occorre qualcosa di più e di diverso; qualche cosa che l’osservazione degli archetipi del processo consente di cogliere. Ed è la struttura dialettica del procedimento. La quale consiste non solo e non tanto in ciò che alla fase preparatoria del provvedimento partecipano anche gli interessati, cioè, di norma, i destinatari degli effetti di esso, quanto e soprattutto in ciò che, nel processo, i poteri, le facoltà, i doveri attraverso il cui esercizio si attua quella partecipazione, sono distribuiti dalla norma fra i partecipanti in maniera da ottenere una effettiva corrispondenza ed equivalenza fra le varie posizioni. Alla struttura corrisponde lo svolgimento dialettico del processo: la simmetria delle posizioni soggettive, la loro mutua implicazione, la loro sostanziale parità si traducono, per ciascuno dei partecipanti, nella possibilità d’interloquire non episodicamente, e soprattutto, di esercitare un insieme cospicuo o modesto non importa di controlli, di reazioni e di scelte, e nella necessità di subire i controlli e le reazioni altrui”⁷².

Fazzalari, dunque, in autorevoli sedi puntualizza come la struttura dialettica sia connaturata al processo; non solo operativamente il processo si regge sul contraddittorio, ma vi è processo ogni qual volta la regola procedurale predisponga, per il compimento di un’attività, la struttura dialettica. Sicché, seguendo ancora l’insegnamento di Fazzalari (il quale, nel saggio sui *Valori permanenti del processo*, si richiama esplicitamente a Capograssi⁷³), dove è assente il contraddittorio non vi è processo, proprio perché le parti sarebbero poste su piani asimmetrici e verrebbe sancita una situazione di disegualianza sostanziale fra i soggetti coinvolti, in cui una parte primeggia sull’altra in modo tale da giungere ad una soluzione autoritativa. Insomma, dove non “è consentito a più interessati di partecipare alla fase di ricognizione

70 E. Fazzalari, *Valori permanenti del processo*, in “Iustitia”, XLII (1989), n. 3, p. 238.

71 *Id.*, *sub voce* *Processo (teoria generale)*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, p. 1069.

72 *Ibidem*, p. 1073

73 Nella voce richiamata dal *Nuovissimo Digesto Italiano* non si riscontra alcun riferimento esplicito al pensiero di Capograssi.

dei presupposti sul piede di reciproca e simmetrica parità”, non vi è processo, piuttosto provvedimento, genere di cui il processo, secondo le indicazioni dottrinarie raccolte da Fazzalari, è specie⁷⁴.

Appare quindi evidente come Fazzalari si ricolleggi, anche se a volte implicitamente, al magistero di Capograssi e ritenga che, come già osservato, la sua lezione vada “ribadita e, ove possibile, ampliata”. Fazzalari pone però dei limiti ben precisi al recepimento della *lezione* capograssiana. Nel citato articolo del 1989, il giurista, nel richiamare il pensiero di Capograssi come esplicativo dei valori permanenti del processo, specifica: “non mi riferisco, però, alla sua veduta, secondo cui il processo giurisdizionale serve a concretare le norme sostanziali, altrimenti destinate a rimanere mere ipotesi, larve. [...] Si tratta di un ramo non fecondo della riflessione intorno al diritto”⁷⁵.

Fazzalari, quindi, ritiene di dover discernere all’interno della riflessione di Capograssi due momenti; separa cioè l’ambito dell’affermazione della struttura dialettica, che informa il processo, dal momento del riconoscimento, nell’ambito processuale e tramite l’attività interpretativa, della legge concreta da applicarsi al caso in contenzioso. Riconoscimento che, per mezzo della trasformazione di ciò che Capograssi designa come legge astratta e generale in legge concreta, assume i contorni di una vera e propria posizione del diritto oggettivo in un ambito processuale e non più legislativo, tanto che, in questa prospettiva, il reale diritto oggettivo emerso nel processo di fatto si sovrappone, integrandole, alle mere ipotesi proposte dal legislatore e del tutto inidonee, in quanto astratte, a regolamentare il caso concreto.

Per Fazzalari, risulta *non fecondo*, per uno studio sistematico del fenomeno giuridico, il ricorso all’idea del processo quale centro di integrazione dell’attività legislativa, dato che, a detta dell’autore, “la norma astratta si specifica in concreto, e crea la posizione giuridica soggettiva (così, il diritto soggettivo), all’insorgere, nella realtà, della fattispecie reale”⁷⁶, sicché il giudizio risulterebbe dalla mera ricognizione sulla norma (la fattispecie astratta predisposta dal legislatore) da applicarsi al caso concreto.

74 E. Fazzalari, *sub voce* *Processo (teoria generale)*, cit., p. 1069.

75 *Id.*, *Valori permanenti del processo*, cit. p. 238.

76 *Ibidem*, p. 238.

Il processo si caratterizza, quindi, per la sua struttura dialettica, per il paritario controvertere delle parti sia sul caso in oggetto, che sulla norma generale ed astratta a cui riconnettere lo stesso; tutto questo nella più schietta prospettiva della sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta. È certo che questa operazione di sussunzione non possa essere condotta autoritativamente dal giudice, perché, in tal caso, come sottolinea anche Capograssi, la crisi rimarrebbe; il coinvolgimento delle parti permette di giungere al nocciolo della questione concreta, permette ai soggetti coinvolti nel processo di acquisire elementi necessari al fine di offrire una valutazione obiettiva del caso sottoposto al giudizio, una valutazione che in ogni modo deve rimanere ancorata al dato normativo pre-acquisito e non sottoponibile ad alcuna trasformazione.

Sicché il processo, pur nel suo dispiegarsi dialettico, non interviene in alcun modo sul dato normativo, non “concreta le norme sostanziali”, non permette, per usare le espressioni di Capograssi, al giudice di trovare la legge concreta nell’astratto ordinamento e con questa realmente ordinare il caso facendo sì che l’ordinamento giuridico sia, nel concreto, realizzato. Come osservato, all’interno di questo procedere Capograssi scioglie la legge dalla sua patina volontaristica; la legge esperita nel processo è valore perché criterio di valutazione del caso concreto, non volontà che incombe sul caso concreto. L’autonomia, capograssianamente intesa, ha questa duplice valenza: per un verso, è autonomia che si sostanzia nell’azione, che prosegue nella capacità di autoregolamentazione dei soggetti nel dire e nel contraddire nell’arco del processo, ma è anche, per altro verso, capacità e potere di concorrere ad individuare la concreta norma che potrà ordinare la questione.

La questione si risolve non per un atto di volontà esterno, bensì per la capacità/potere di tutti i soggetti coinvolti nel processo di indicare ed istituire la loro concreta legge.

Questa parte dello sforzo speculativo di Capograssi pare essere esplicitamente rigettata da Fazzalari, il quale rimane ancorato ad un dato che, nello svolgimento capograssiano, potrebbe apparire meramente formale: ossia lo svolgersi dialettico del processo, il costituirsi della crisi in controversia. Ma evidentemente nel pensiero di Capograssi c’è qualcosa d’altro, di qualitativamente diverso dal sia pure centrale riconoscimento della struttura dialogica del processo: questa parte della riflessione capograssiana è il “ramo non fecondo della riflessione sul diritto”, che ci permettiamo di continuare ad indagare.

Un passo di Capograssi può rappresentare uno sprone: “intesa come giustizia questa ratio profonda e storica che fa la sostanza di un ordinamento, il processo è la vera celebrazione di giustizia. E perciò ha i risultati che ha. Perciò porta alla tutela del diritto subiettivo e alla composizione della lite. Risultato e modo di arrivarci sono, come sempre nella storia dell’azione, indissolubilmente uniti. Se si stacca il risultato dal modo di arrivarci, si rende impossibile il risultato, lo si nega proprio coll’intenzione di salvaguardarlo. La lite si compone perché si cerca la composizione giusta, e cercare la composizione giusta significa non proporsi altro scopo che la giustizia non volere che attuare la giustizia”⁷⁷. La ricomposizione della lite avviene perché il punto di riferimento a cui tutti gli sforzi tendono è la giustizia, il processo è, infatti, “celebrazione di giustizia”, la ricerca della composizione giusta è “non volere che attuare la giustizia”; infatti, mai, nel passo citato, il pensatore di Sulmona, ha utilizzato il termine *legge*, ma sempre e solo il termine *giustizia*. Il processo è, dunque, fondamentalmente teso alla istituzionalizzazione della giustizia, la legge generale posta dal legislatore è funzionale alla attuazione della giustizia; sicché si comprende la motivazione per la quale all’interno del processo avvenga la trasformazione della legge da generale a legge del caso particolare, essendo soltanto l’applicazione di quest’ultima atta a consentire l’istituzionalizzazione di una giusta composizione della controversia. Pertanto, all’interno della riflessione capograssiana, è l’applicazione della legge concreta al caso controverso che garantisce l’affermazione di una giusta risoluzione dello stesso, l’unica risoluzione capace di sanare la crisi⁷⁸.

77 G. Capograssi, *Intorno al processo*, cit., p. 150.

78 Per inciso, va rilevato come la speculazione di Capograssi porta, per così dire, al superamento della prospettiva solcata dall’idealismo giuridico in merito alla creatività dell’interpretazione; infatti, per Capograssi, non si tratta tanto di riconoscere gli esiti *creativi* dell’attività dello spirito, quanto, attraverso la interpretazione della disposizione, di dare attuazione alla giustizia. L’operazione proposta da Capograssi non ha, pertanto, finalità *intellettualistiche*, ma è il frutto di una necessità umana: offrire una giustizia giusta. Capograssi non indaga le implicazioni nel campo giuridico di una attività spirituale idealisticamente intesa, piuttosto propone la fondazione, anche per mezzo di una interpretazione che ricerchi nella disposizione ciò che appare consono alla realtà sociale, di un ordinamento giuridico giusto. In questo si può ravvisare quel superamento degli spazi tracciati dai giuristi neoidealisti, che è stato oggetto del già citato intervento di Enrico Opocher sul *Concetto di «esperienza giuridica» e l’idealismo*.

8 – SUL SIGNIFICATO DI GIURISDIZIONE IN SALVATORE SATTA E SULLA FUNZIONE CREATIVA DELL'INTERPRETAZIONE

Riveste perciò particolare interesse, a maggior ragione avuto riguardo alla sedimentazione del pensiero capograssiano, osservare come Salvatore Satta⁷⁹, richiamandosi anch'egli a Chiovenda, ritenga che la giurisdizione si sostanzia nella attuazione della legge, più specificatamente nella “attuazione della legge mediante la sostituzione dell'attività degli organi pubblici all'attività altrui”⁸⁰.

Ma la riproposizione di tale autorevole definizione di per sé non chiude, per Satta, la ricerca su cosa realmente possa intendersi per giurisdizione. Infatti, per l'autore l'affermazione di Chiovenda non “penetra nella profonda essenza della giurisdizione, che è data dal legame o dal rapporto tra la legge e il giudizio”⁸¹, in più si può incorrere nell'equivoco di “considerare la giurisdizione come una funzione dello Stato” quando “lo Stato non è nemmeno essenziale, nel fenomeno della giurisdizione, come dimostra l'arbitrato”⁸². Per cui, al di là della questione del rapporto fra stato e giurisdizione, rapporto che al momento non costituisce oggetto di indagine, ciò di cui dobbiamo essere sicuri, per lo meno della lettura del testo di Satta, e che non è possibile, nel definire la giurisdizione, affermarla come attività esclusiva

79 Di Salvatore Satta si erano, in *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Trieste, 2011, pp. 89-96, già prese in considerazione le posizioni critiche nei confronti, in particolare, dell'uso alternativo del diritto, e, più in generale, di un'interpretazione creativa piegata a scopi “politici”. Qui brevemente diamo conto delle posizioni dottrinali che fecero del processual-civilista uno dei punti di riferimento dei movimenti giuridici propugnanti, sul finire degli anni Sessanta dello scorso secolo, la necessità di una interpretazione adeguatrice, se non creativa, della disposizione. Si potrà agevolmente osservare come Satta, di fronte al montare di una corrente giuridica *alternativa*, che si appella anche (e soprattutto) alla sua autorevolezza per sostenere le proprie tesi in tema di interpretazione creativa, abbia, in un certo qual modo, abiurato la sua vocazione antiformalista per arroccarsi su posizioni che mai, negli scritti precedenti la polemica in questione, avrebbe condiviso. In proposito della prospettiva, per così dire, *classica* di Salvatore Satta e dei suoi rapporti con il pensiero di Capograssi, si vedano, fra le altre, le riflessioni di L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955, pp. 113-128.

80 G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 259, citato da S. Satta nella voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 218.

81 *Ibidem*.

82 *Ibidem*, pp. 218-219.

dello stato ed avuto riguardo al richiamo all'arbitrato, la giurisdizione non può essere nemmeno ricondotta *in toto* all'attività di applicazione della legge dello stato; infatti, i lodi arbitrali non sempre si basano su di un diritto statale⁸³.

Satta, ancorandosi alle disposizioni riscontrabili all'interno dei testi legislativi⁸⁴, giunge alla conclusione che la giurisdizione si identifica con la giustizia; vi sarebbe, in definitiva, “una consapevole identificazione della giurisdizione con la giustizia”⁸⁵. Ma vi sarebbe di più, il sostantivo *giustizia* utilizzato dal legislatore non avrebbe affatto un significato filosofico o vagamente generico, così da poter utilizzarlo prescindendo da un preciso riferimento ad un ordinamento giuridico; il termine giustizia per Satta “ha un valore strettamente giuridico, assurge ad un autentico sinonimo dell'ordinamento”⁸⁶.

Volendo ricondurre le valutazioni di Satta al pensiero di Capograssi possiamo allora riconoscere come il processo, momento di celebrazione della giustizia (perché finalizzato ad attuare la giustizia) è il momento, avuto riguardo al fatto che i due termini vengono riconosciuti quali sinonimi, di attuazione dell'ordinamento giuridico.

Va però ben specificato come per Salvatore Satta l'attuazione dell'ordinamento giuridico e, il che è lo stesso, l'attuazione della giustizia, non vanno assolutamente confuse con l'attuazione della legge. In proposito possiamo leggere nella voce richiamata un preciso ed inequivocabile distinguo: “cominciamo col dire criticamente che, se si tiene conto di questo inalienabile linguaggio legislativo, difficilmente si possono ritenere esaurienti le comuni definizioni della giurisdizione, che anzi in certo qual modo, in quanto presuppongono un sistema chiuso, sono la negazione della giurisdizione e comunque ne sminuiscono la portata. La dimostrazione più evidente è data dalla definizione della giurisdizione come attuazione della legge”⁸⁷.

83 Cfr., fra i molti, F. Bortolotti, *Diritto dei contratti internazionali*, Padova, 1998, pp. 7-14.

84 Si vedano i richiami di Salvatore Satta all'articolo 101 della Costituzione ed agli articoli 1, 65 e 73 del regio decreto sull'*Ordinamento giudiziario* del 1941.

85 S. Satta, *sub voce Giurisdizione*, cit. p. 219.

86 *Ibidem*.

87 *Ibidem*, p. 220.

All'interno di queste rappresentazioni, le quali richiamano la critica di Satta, la legge, che la giurisdizione sarebbe chiamata ad attuare, è concepita come una volontà esterna, che ha la pretesa di esaurire in sé l'intera realtà, la giurisdizione si limiterebbe perciò ad attuare questo comando esterno; “è come se si riducesse l'ordinamento ad uno spettacolare giuoco delle parti, di cui una pone la legge, l'altra la applica, l'una comanda, l'altra trasmette il comando e obbedisce o fa obbedire”⁸⁸. Ricollegandosi ancora al testo legislativo Satta riconosce come fra legge e giustizia non vi è identificazione; infatti “la giustizia, cioè la giurisdizione, ha un'area più vasta della legge, ben inteso se per legge si intende, come si deve nella specie e quando si parla di sua attuazione, il cosiddetto comando formale, poiché se si assumono le parole come simbolo dell'intero e indivisibile ordine giuridico, è ovvio che legge e giustizia si equivalgono e così ad esempio nella famosa scritta «La legge è uguale per tutti»”⁸⁹.

Quindi, in questa prospettiva, che ci riconduce sempre più verso la speculazione capograssiana, “l'area della giustizia è più vasta di quella della legge”. Infatti, per Satta, “la giustizia ricomprende in sé la legge, che ne è un elemento o se si vuole un momento, ma, lungi dall'esaurirla, sta rispetto ad essa come la parte sta al tutto”⁹⁰. Nell'argomentare questa assunzione l'autore si ricollega in modo chiaro a quanto ebbe ad affermare Capograssi nel saggio *Intorno al processo*; infatti, “essendo la legge astratta, è assolutamente impossibile (sul piano giuridico) parlare di giustizia per la legge, in quanto la giustizia si realizza nel concreto, e ha un senso solo nel concreto”⁹¹.

In tal modo riemergono le intuizioni capograssiane intorno alla inconsistenza della legge avulsa dal processo; la legge, ricordiamolo, non è qualcosa che si possa applicare dall'esterno, la legge dipende per la sua attuazione non da un atto di volontà, quale si palesa il comando del legislatore, bensì “dipende per la sua attuazione dal potere del soggetto, dall'azione”⁹². In definitiva, la legge dipende dal processo perché fuori dal processo questa rimane astratta, inidonea a regolare la

88 *Ibidem.*

89 *Ibidem.*

90 *Ibidem.*

91 *Ibidem*, pp. 220-221.

92 G. Capograssi, *Intorno al processo*, cit., p. 147.

realtà concreta. La regola, come ben evidenzia Capograssi, emerge non dall'alveo del legislatore, ma dal dispiegarsi concreto della propensione delle parti alla regolarità.

Riprendiamo il ragionamento di Satta, che si sviluppa in modo parallelo a quello di Capograssi. Infatti, anche per Satta l'attuazione della legge nel processo passa attraverso la sua trasformazione in legge del caso concreto. Egli scrive: "per dare un senso all'attuazione della legge (se si vuol confermare questa espressione, al che non abbiamo nulla in contrario) bisogna uscire dalla immagine, traducendola in termini reali, e cioè riportarla alla dinamica dell'ordinamento"⁹³.

Appare evidente come l'ordinamento, a cui fa riferimento l'autore, non possa essere da lui inteso in senso formale, ovvero quale insieme di norme giuridiche poste dall'autorità competente, piuttosto vada recepito quale processo di ordinamento, quindi come un complesso di attività che tendono a riportare ordine all'interno di una controversia, a risolvere la crisi generata dal sorgere del caso controverso. Sicché la legge va tradotta in termini reali avendo come punto di riferimento la risoluzione della concreta crisi non già, ad esempio, un inserimento sistematico e, quindi, di per sé astratto, della risultante dell'attività interpretativa all'interno dell'ordinamento giuridico formalmente inteso.

Traducendo, quindi, la legge in concreto, di modo che questa possa realmente essere momento di risoluzione della particolare crisi, non si potrà che riconoscere "che la legge non è e non può essere altro che la giustizia di cui parlano i testi: e questa giustizia è quello che si vuole figuratamente indicare come la sua attuazione"⁹⁴. Soltanto se la legge si trasforma in momento di soluzione del caso concreto, in legge del caso concreto abbandonando con ciò la sua veste eteronoma di comando formale posto in essere da una autorità estranea al caso in oggetto, soltanto in questa accezione l'attuazione della legge sarà anche e contemporaneamente attuazione di giustizia. Capograssi evidenzerebbe come la legge diviene "valore nel rapporto concreto" e non va più, perciò, considerata "come pura e nuda volontà". Per il pensatore di Sulmona, infatti, "la legge è presa qui nel senso pieno solido concreto di volontà diretta a un complesso sistema di principi vitali, ai quali tutto il mondo sociale si riporta, e che costituiscono la concreta e storica ratio di un ordinamento giuridico, ciò che questo

93 S. Satta, *sub voce Giurisdizione*, cit., p. 221.

94 *Ibidem*.

ordinamento giuridico vuole col profondo atto di vita e di volontà con cui esiste e si afferma nel concreto”⁹⁵.

Sulla stessa linea anche per Satta, quindi, “l’ordinamento si risolve nella giustizia, e la giustizia, lungi dall’essere attuazione della legge nel senso in cui questa comunemente si intende, ha un carattere originario, quindi creativo nella dinamica dell’ordinamento”. Va altresì rilevato come per Satta “nessuna legge, esteriore o superiore, può dire: tu sei colpevole, o tu sei innocente, anche se contiene l’ipotesi o la fattispecie di reato. Questa affermazione, che è affermazione dell’ordinamento, non può farsi che nel concreto della giurisdizione, nella «giustizia» di cui parlano i testi, e non i testi soltanto, ma anche la comune intuizione e il comune linguaggio”⁹⁶.

Emerge a chiare lettere come, all’interno di questa prospettiva, la legge è sì giustizia, ma soltanto se si ha come riferimento la legge del caso concreto individuata nel processo. La giustizia, infatti, non si sostanzia nella applicazione della legge astrattamente intesa, ovvero della volontà formalmente espressa da una autorità esterna, la giustizia, al contrario, è creazione e attuazione della legge nel processo. Il processo è l’ambito in cui avviene il concreto ordinamento, perché l’ordine che il processo instaura è tale da risolvere la crisi. Quindi, l’unico ordinamento che realmente valga nella realtà sociale è l’ordinamento che avviene all’intero del processo attraverso il concorso delle parti e non per mezzo della attuazione ap problematica di volizioni promananti da cosiddette autorità competenti.

Se, per un verso, riemerge, anche nella costruzione di Satta, l’istanza volta a scindere la legge dalla volontà, già presente nella riflessione capograssiana, per l’altro si manifesta con estrema evidenza l’idea che l’ordinamento si realizza nel giudizio. L’ordinamento giuridico non preesiste, quindi al giudizio ma, al contrario, ritrova nel processo il suo atto creativo; “quando si dice che l’ordinamento si risolve in giudizio, s’intende che nel giudizio, cioè in quella complessa azione che sinteticamente chiamiamo giudizio, esso trova la sua concreta, cioè *tout court*, la sua realtà. Fuori dal concreto, l’ordinamento non ha una realtà:

95 G. Capograssi, *Intorno al processo*, cit., pp. 149-150. Tali temi verranno poi ripresi da Luigi Caiani nel suo studio su *I giudizi di valore nell’esperienza giuridica*, cit.

96 S. Satta, *sub voce Giurisdizione*, cit., p. 221.

esso è un'astrazione, un autore, si potrebbe dire rovesciando Pirandello, in cerca di personaggio"⁹⁷.

Il fulcro intorno a cui ruota l'intera vicenda diviene allora ancora una volta il giudice e le parti, ma la loro presenza, proprio perché, come abbiamo visto ricostruendo il pensiero di Capograssi, non determinata eteronomamente, ma autonomamente acquisita nell'arco dello svolgersi dialettico del dibattito, "non esclude, anzi presuppone, che siano tutti i *subditi legum*, vale a dire che l'ordinamento trovi la sua concretezza nell'azione di ognuno che incessantemente si compie"⁹⁸. L'ordinamento, sradicato dal suo *habitat*, il processo, è costruzione astratta, inessenziale, perché totalmente estranea alla vita sociale; sicché, all'interno dell'itinerario speculativo di Satta, l'ordinamento è giuridico solo in quanto può essere affermato all'interno di un determinato contesto sociale; come sottolinea l'autore, "l'ordinamento di afferma sia con l'accertamento (del diritto) sia con la reintegrazione del diritto (accertato). Quest'ultima è anzi la massima espressione dell'ordinamento, poiché in essa l'ordinamento si fa azione"⁹⁹.

L'ordinamento, è la parola stessa che lo suggerisce, non può che esplicitarsi in concreto, avuto riguardo ad una determinata realtà sociale¹⁰⁰, un determinato caso concretamente accaduto. Infatti, "se l'ordinamento vive nel concreto, l'azione, la comune azione di tutti gli uomini è l'ordinamento, perché nell'azione si chiude il ciclo che si è idealmente iniziato con la posizione della norma. L'azione giudiziaria, il giudizio, viene dopo, e proprio perché l'azione spontanea non si è determinata, l'ordinamento è rimasto, per così dire, campato in aria, e deve, assolutamente deve, ritrovare nella terra la sua realtà"¹⁰¹.

Viene qui delineata da Satta la distinzione degli elementi che compongono l'esperienza giuridica, così come si è andata sviluppando sulla scorta del pensiero capograssiano: la norma, l'azione, il giudizio costituiscono nel loro combinarsi l'esperienza giuridica, la cui risultante sarà, per l'appunto l'affermazione del diritto.

97 *Ibidem*, p. 222.

98 *Ibidem*.

99 *Ibidem*, p. 227.

100 Si veda in proposito il già richiamato studio di Luigi Caiani su *I giudizi di valore nell'esperienza giuridica*.

101 S. Satta, *sub voce Giurisdizione*, cit., p. 222.

È all'interno di tale prospettiva che Salvatore Satta afferma come “il diritto fa la sua apparizione soltanto nel momento del giudizio, quando cioè sorge l'esigenza di valutare l'azione che si è compiuta, e di affermare in ordine ad essa l'ordinamento, nel momento cioè della giurisdizione, o, per esprimersi col legislatore o col linguaggio comune, della giustizia. L'ordinamento, in altri termini, si identifica col giudizio”¹⁰².

Viene, quindi, ripresa con forza l'intuizione di Capograssi secondo la quale, se, per un verso, l'ordinamento si afferma sia attraverso l'accertamento del diritto, che per mezzo della reintegrazione del diritto accertato nel e col giudizio, per altro l'ordinamento fuori dal giudizio risulta mero *flatus vocis*. Sicché, è nel giudizio che si manifesta concretamente il diritto oggettivo; le regole giuridiche della quotidiana attività sia dei privati, che degli organi pubblici sorgono concretamente in quel particolare procedimento, che è il processo e del quale il giudizio è l'esito.

La prospettiva processuale del diritto, stigmatizzata quale “ramo non fecondo” da Fazzalari, si caratterizza pertanto anche tramite l'affermazione della scoperta del diritto oggettivo nel processo.

Due appaiono perciò gli obiettivi che lo svolgersi del processo si pone, due sono le esigenze fra loro correlate, le quali, a detta della prospettiva processuale del diritto, devono ritrovare soddisfazione nel processo. Per un verso, giungere alla posizione del diritto oggettivo, della legge concreta a cui riferire il caso in specie, per altro, conseguentemente alla trasformazione della legge astratta in legge concreta, affermare il diritto accertato nella realtà sociale.

Questi obiettivi, a cui il processo tende, si perseguono attraverso l'uso di quello che Capograssi definisce “il metodo giuridico”, nel quale è insita la struttura dialettica; sicché quest'ultima caratterizza il processo in quanto metodo giuridico atto a ricostruire sia l'azione, che la legge (trasformare ciò che è passato e, quindi, non c'è più in qualcosa di presente e trasformare ciò che ipoteticamente sussiste solo in astratto in qualcosa che concretamente valuta ed indirizza l'azione). È la struttura dialettica che permette la istituzionalizzazione del diritto e la reintegrazione del diritto.

In questo senso la struttura dialettica è servente il processo, ma lo sviluppo dialettico del processo è anche la qualità che lo caratterizza e lo

102 *Ibidem*, p. 223.

differenzia da altri momenti di determinazione giuridica dell'azione¹⁰³. Se pare indubbio che sia la presenza della struttura dialettica a caratterizzare il processo, specificandolo all'interno del genere provvedimento, e su questo punto concorda, infatti, l'intera dottrina qui proposta, si ritiene pur tuttavia che, con particolare riguardo alla riflessione capograssiana, sia proprio la presenza della struttura dialettica a consentire un ulteriore passo innanzi, che permetta di riflettere intorno al nesso fra l'esperienza giuridica, che, come visto, per Capograssi ritrova espressione nella dialettica del processo, e la tensione ad una interpretazione creativa di norme, sempre presente nel processo.

9 – LA PROSPETTIVA PROCESSUALE DELLA CREAZIONE DEL DIRITTO

È stato osservato in proposito come “il rapporto tra diritto e processo trova le ragioni fondamentali della sua indissolubilità nel fatto che il processo muove sempre da una controversia ed approda inevitabilmente ad un giudizio. Affermare la processualità del diritto [...] significa [...] riconoscere che il diritto è in funzione alla possibilità di controversie che debbono essere definite da un giudizio”¹⁰⁴. All'interno di tale contesto e sulla scorta del pensiero di Capograssi, per Enrico Opocher va solcata “una prospettiva processuale del diritto e cioè una prospettiva che, relativamente ai rapporti tra diritto e processo, non

103 Il processo è, infatti, come evidenziato, fra gli altri, da Elio Fazzalari, una specie del genere provvedimento. Questo, per il processualista, “si presenta come una determinata sequenza di norme, nonché di atti da esse disciplinati e dalle posizioni soggettive da esse estraibili, in vista del – compreso il – compimento di un atto finale. Fra le varie specie di procedimento fa spicco quello indicato come «processo»: quivi la sequenza è disposta in modo che all'*iter* di formazione dell'atto partecipino, oltre al suo autore, coloro nella cui sfera l'atto finale è destinato a svolgere i suoi effetti”, così *sub voce* *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 819. Ma, come lo stesso autore sottolinea, “ferma l'appartenenza del «procedimento» e del «processo» ad un genere comune [...] non basta, per distinguerli, il rilievo che nel processo vi è la partecipazione di più soggetti, che cioè gli atti che lo costituiscono sono posti in essere da più soggetti”, così *sub voce* *Processo (teoria generale)*, cit., p. 1072. Infatti, come già rilevato, “occorre qualcosa di più e di diverso; qualche cosa che l'osservazione degli archetipi del processo consente di cogliere. Ed è la struttura dialettica del procedimento”; pertanto, per Fazzalari, “c'è processo, quante volte la norma predisponga, per il compimento di un'attività, la struttura dialettica”, *ibidem*.

104 Così E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto (1983)*, cit., p. 293.

considera il processo in funzione del diritto, come se avesse il compito di ristabilire un ipotetico ordine giuridico compromesso dall'insorgere della controversia, ma, piuttosto, il diritto in funzione del processo, nel senso che tutta l'esperienza giuridica è condizionata dalla esigenza di risolvere le controversie"¹⁰⁵.

La risoluzione della controversia avviene, secondo le indicazioni capograssiane, attraverso il riconoscimento della verità dell'azione. Pertanto il processo ha come obiettivo sia il riconoscere, che il *fare valere* la verità, ma, come Enrico Opocher puntualizza, "il suo «far valere» è un far valere secondo verità e la volontà, i fini, le azioni, i rapporti che costituiscono l'esperienza «metagiuridica», vengono, attraverso il diritto, fatti valere per quello che sono effettivamente stati. La «lotta per il diritto» della quale parla lo Jehring, si viene così rivelandosi come una lotta per la verità. Non certo la Verità con la v maiuscola, come gli innumerevoli cacciatori di affermazioni metafisiche potrebbero sospettare. Il diritto, in ciò umanissimo tra i valori, non ha proprio nessuna verità metafisica da scoprire. Ciò che gli interessa sono le piccole, quotidiane verità degli accadimenti, ciò che è avvenuto, che avviene e che potrà avvenire, nelle vicende degli uomini e dunque, della loro storia"¹⁰⁶.

Come il Maestro patavino ebbe a riconoscere, la giustizia assoluta è perciò estranea all'esperienza giuridica; la giustizia assoluta non solo si configura come la negazione del diritto a favore di forme esperienziali metagiuridiche (moralì, ideologiche, formali), ma anche omologa la singolarità a fronte del valore assoluto, perde, per così dire, la persona umana: "ecco perché l'idea assoluta della giustizia, ha in sé qualcosa che

105 *Id.*, *Riflessioni su diritto e processo nella filosofia dell'esperienza giuridica di G. Capograssi*, cit., p. 409. Su tale prospettiva, che Opocher riprende dal suo Maestro, cfr. F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991; F. Casa, *Il ruolo di Enrico Opocher nel dibattito sulla natura della giurisprudenza a mezzo del XX secolo*, in "Atti dell'Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti", CLXII (2003-2004) – classe di scienze morali, lettere ed arti, pp. 491-546; G. Gentile, *Enrico Opocher*, in "L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato", IV (2005), n. 1, M. Manzin, *Per un'interpretazione retorica della verità processuale di Enrico Opocher (1914-2004)*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto" LXXXIII (2006), n. 1, pp. 41-53.

106 E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*(1983), cit., p. 311. Cfr. anche R. Meneghelli, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., *Id.*, *Una semplice osservazione su un certo modo di intendere la funzione del giudice*, in "Diritto e società", 1992, n. 1, pp. 21-30.

ripugna all'individualità, qualcosa di inumano che, nella loro saggezza, gli antichi romani seppero esprimere in una profonda sentenza: *summus jus, summa injuria*"¹⁰⁷.

All'interno di tale contesto, la giustizia, qui intesa come riconoscimento di verità, non può ritrovare il proprio punto di riferimento nella applicazione *meccanicistica* della disposizione legislativa, piuttosto nella sua interpretazione, giacché nel processo va esperita non solo la verità sul caso di specie, ma anche ricostruita, secondo le indicazioni capogrossiane, la norma capace di indicarla, ovvero di essere il metro di valutazione dell'azione. Abbiamo già notato come per Salvatore Satta il processo non possa ridursi al gioco delle parti, secondo il quale l'una pone la disposizione e l'altra la applica¹⁰⁸, parimenti per Opocher il diritto non può "esser «posto» indipendentemente da un continuo confronto con la cangiante realtà di quel mondo umano dal quale esso sorge come norma astratta ed al quale ritorna come definizione di concreti rapporti. Come se l'applicazione, sia pure intesa in quello che io preferirei chiamare il suo momento finale di «osservanza spontanea» o di accertamento vincolante e conseguente realizzazione forzata, non attuasse la piena posizione del diritto [...] giacché ciò che si pone indipendentemente dal processo di attuazione non è il diritto e nemmeno la norma astratta, bensì la fonte da cui la norma discende"¹⁰⁹. Si tratta pertanto di effettuare una vera e propria *creazione* della norma attraverso l'attività interpretativa della disposizione all'interno del processo. Infatti, "il diritto fa la sua apparizione soltanto nel momento del giudizio, quando, cioè sorge l'esigenza di valutare l'azione che si è compiuta, e di affermare in ordine ad essa l'ordinamento, nel momento cioè della giurisdizione, o, per esprimersi con il legislatore o col linguaggio comune, della giustizia. L'ordinamento, in altri termini, si identifica col giudizio"¹¹⁰.

È nel processo di soluzione della controversia, ovvero, nel processo di ordinamento giuridico del caso di specie, che la disposizione legislativa

107 E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* (1965), cit., p. 128.

108 Cfr. S. Satta, *sub voce Giurisdizione*, cit., p. 220. Cfr. in proposito A. Scerbo, *Tecnica e politica del diritto nella teoria del processo. Profili di processualisti italiani contemporanei*, Soveria Mannelli, 2000, pp. 155-176.

109 E. Opocher, *Rapporti tra teoria generale ed interpretazione nella prospettiva della "applicazione" del diritto*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XLII (1965), n. 3, pp. 418 e 420.

110 S. Satta, *sub voce Giurisdizione*, cit., p. 223.

entra in contatto con altri mondi normativi e con essi si fonde dando vita alla norma giuridica atta a regolamentare il caso.

Questa esperienza giuridica, nel senso di vera e propria ricerca del giuridico, viene focalizzata da Luigi Caiani nel noto saggio su *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, ove l'autore puntualizza come l'interpretazione è, per un verso, “una mediazione tra la testimonianza obbiettiva, ma non sempre univoca, del simbolo o del documento, e il variabile punto di «vista del soggetto» che deve intenderlo”, ma, per altro, l'interpretazione non può obliare né “la natura specifica dei problemi e delle esigenze cui deve soddisfare nell'ambito della vita del diritto”, né “la natura [...] dell'oggetto cui [...] è rivolta”¹¹¹. Sicché l'attività interpretativa non è attività logico-deduttiva¹¹², ma *esperienza* volta a fissare, attraverso il giudizio, una verità processuale che risulti consona al contesto sociale in cui è posta. Per Caiani si ravvisa la necessità di attribuire all'attività interpretativa “una funzione non meramente dichiarativa e passiva nei confronti del proprio oggetto, e la necessità quindi che essa venga a contatto con l'esperienza giuridica nella sua forma anche non normativa, cioè di risalire ai motivi e ai fini che la determinano concretamente”¹¹³. In tal modo egli, rifuggendo da prospettive che riducano l'interpretazione ad attività meramente conoscitiva, riconosce nella stessa “la necessità di un atto creativo”¹¹⁴, il

111 L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit., p. 48.

112 Sottolinea Caiani come “l'aspirazione ad un discorso interpretativo svolto secondo il rigoroso procedimento definitorio e sillogistico, cioè come una ricerca di carattere logico-formale, indifferente ad ogni contenuto di esperienza, può dirsi in fondo il motivo, latente o esplicito, di tutte quelle tendenze metodologiche che vorrebbero risolvere ogni problema e ogni dubbio interpretativo mediante l'esplicazione, in definitiva tautologica, di ciò che logicamente è già tutto contenuto o nella singola norma, o nel principio, o nel sistema, o nell'intero ordinamento. Vale a dire in tutte quelle tendenze che vanno dalle tradizionali posizioni del dogmatismo e del concettualismo tuttora resistenti e rinnovatesi nel mondo dei giuristi, attraverso la mediazione gnoseologicamente più approfondita del formalismo, fino a quegli sviluppi recentissimi che vorrebbero adattare ai problemi della giurisprudenza i criteri di validità e i procedimenti elaborati dalla logica simbolica, con un riferimento ancor più rigoroso alle esigenze del formalismo logico e del matematismo”, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit., p. 146.

113 *Ibidem*, p. 152.

114 *Ibidem*. Più in generale Caiani ritiene che la scienza giuridica non possa ridursi fra due alternative: da un lato la sua costruzione sul modello delle scienze logico-formali, dall'altro una sua rappresentazione nei termini propri delle scienze empiriche.

quale si sostanzia in un giudizio di valore posto in essere dall'interprete; va in ogni caso riconosciuto come, per l'autore, tale giudizio di valore sia *derivato*, nel senso che non è completamente autonomo, dato che è pur sempre dipendente dalle valutazioni originate dal legislatore, le quali costituiscono il limite entro cui deve collocarsi la valutazione dell'interprete¹¹⁵.

La non opportunità di un incedere logico-deduttivo appare, per Caiani¹¹⁶, confermata dallo stesso linguaggio (ordinario) con cui la disposizione è redatta; infatti, egli riconosce come “dal punto di vista giuridico (come sotto molti aspetti anche da quello scientifico) il linguaggio è un fenomeno tipicamente sociale, e quindi che l'uso da parte del legislatore di determinati significati linguistici, che si riferiscono a cose, a concetti, a situazioni, a bisogni, a interessi o a comportamenti, dipende in ultima analisi dal valore sociale che essi vengono mano a mano assumendo. Valore che pertanto non è affatto così oggettivo e immutabile come potrebbe sembrare”. Questo, infatti, seguendo il pensiero del giurista padovano, dipende da molteplici fattori “in cui concorrono vuoi la costitutiva storicità e dialetticità delle istituzioni e dei rapporti umani, che pertanto si riflette sullo stesso significato dei termini che vi si

Richiudendosi in queste alternative, ovvero nel presentarsi o come branca della logica formale o come settore della sociologica, la giurisprudenza perde ogni caratteristica precipua, quindi cessa di essere fondante il momento della valutazione e perde pertanto ogni autonomia. In proposito si rimanda anche alle considerazioni proposte da E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* (1983), cit., pp. 285 e segg.

115 L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit., pp. 155 e segg.. Va in ogni caso richiamata anche la riflessione proposta da Caiani alla voce *Analogia (teoria generale)*, redatta per la *Enciclopedia del diritto*. In questa l'autore rileva esserci il problema dell'essere *dichiarativa* della interpretazione, che in tal modo si differenzerebbe dalla *creatività* dell'analogia (così a pp. 350-351), ma, in conclusione, “appare chiaro che il processo di interpretazione e integrazione del diritto è un processo qualitativamente omogeneo, che si svolge ovvero che trova il suo fondamento nel principio della unità, coerenza e razionalità «storica» dell'ordinamento. In particolare che non è possibile mantenere il presupposto dell'interpretazione come attività puramente dichiarativa”, p. 360.

116 Cfr. anche la sopra richiamata voce *Analogia* ove si legge: “il concetto di auto integrazione deve essere [...] accolto con una certa riserva per quanto esso può risentire della concezione logicistica e formalistica che ne sta a fondamento. Esso cioè non deve essere inteso come ricorso o rinvio ad una virtualità puramente logico-formale bensì anche storica e teleologica, ovvero, con un termine più comprensivo, assiologia dell'ordinamento”, p. 352.

riferiscono, vuoi, in particolare, tutti quegli altri elementi di carattere sociale ed anche tecnico [...] nella quale date parole vengono usate e introdotte”. Da qui deriva “la modificazione del loro significato in ragione della evoluzione storica della realtà e dei rapporti sociali cui essi si riferiscono”. In questo modo, per l’autore, si coglie “il processo di traduzione e recezione delle valutazioni sociali metagiuridiche nell’ambito dell’ordinamento positivo, cioè in forma giuridicamente valida [...]. Vale a dire che è in questo compito fondamentale della giurisprudenza che 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 in giudizi di valore operanti giuridicamente”¹¹⁷.

All’interno dell’alveo tracciato, sulla scorta della prospettiva processuale del diritto, da Luigi Caiani, la certezza (del diritto) si acquisisce per mezzo dello svolgersi di argomenti intorno ai *luoghi comuni*¹¹⁸, che esemplificano i valori sociali vigenti. Infatti, è l’attinenza dell’argomento ai *luoghi comuni* a certificare la sua accettabilità sociale, in definitiva a riconoscere il suo collocarsi sull’orizzonte della certezza del diritto, quindi il suo partecipare all’attività di ordinamento.

Attraverso il richiamo ai *luoghi comuni* e con il loro vaglio, è possibile,

117 Così ne *I giudizi di valore nell’interpretazione giuridica*, cit. p. 209 e segg.; nella voce *Analogia* si afferma che il “carattere genericamente creativo dell’interpretazione risulta evidente e determinante proprio in ordine alla specifica natura e funzione di quella forma di attività interpretativa che è l’interpretazione giuridica [...] funzione non meramente teoretica di ricognizione o di accertamento del contenuto implicito nella letteralità del documento legislativo, ma anche in funzione pratica di adattamento o adeguazione della formula legislativa alla concretezza del caso proposto dall’esperienza”, p. 354.

118 Al fine di offrire una definizione di *luogo comune* (nel senso di *éndoxon*), riportiamo il pensiero di Enrico Berti, per il quale i luoghi comuni si riconnettono direttamente “al contesto storico, o culturale, o linguistico in cui tutti si muovono e che condiziona ogni argomentazione”, *Nuovi studi sulla struttura logica del discorso filosofico*, Padova, 1984, pp. 369-370. Sicché i *luoghi comuni* appaiono delle opinioni largamente condivise e dotate di quella autorevolezza da far presumere che siano più che ampiamente condivise dai compartecipi ad un contesto sociale. In argomento cfr. anche G. M. Azzoni, *Éndoxa e fonti del diritto*, in F. A. Ferrari – M. Manzin, *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004, pp. 121 e segg. (il volume raccoglie contributi di F. Cavalla, J. Wolenski, J. A. García Amado, M. Jori, R. Poli, D. Canale, A. Brighenti, V. Vincenti, G. Cantucci, M. Maglietta, P. Moro, G. Fornasari, E. Randazzo, A. Mariani Marini, R. Bertuol, S. Bovini e F. Pupo).

all'interno di questa prospettiva porre in essere dei giudizi "che rifanno ed integrano il senso originario della norma, e non fermandosi ad esso [superare] di continuo le valutazioni originarie, per crearne di nuove che mettano d'accordo quei motivi iniziali [ovvero le disposizioni legislative] con quella realtà in continuo divenire che è l'esperienza giuridica nella sua concretezza"¹¹⁹.

Un giudizio, che sia la corretta risultante degli argomenti svolti nel processo, è un giudizio *giusto*, nel senso che è un giudizio che coglie ed istituzionalizza l'apparire della cosa controversa nel processo, riesce, cioè, per mezzo di una ricerca alla quale partecipano le parti, e che viene condotta per tramite di regole (procedurali) e rispetto a regole (sostanziali), a risolvere una crisi.

Va rilevato come questa crisi che il processo risolve non coinvolge soltanto le parti in causa e, per loro tramite, il terzo (il giudice); il processo evidenzia, per così dire, una crisi *politica* in quanto coinvolge l'intera comunità ed è anche la comunità, non soltanto le parti, ad esigere la sua soluzione.

In questo senso è possibile affermare che la comunità è partecipe al processo di risoluzione della crisi; ciò almeno per due ordini di problemi. Il primo è dato dalla presenza ineliminabile all'interno del processo dei *luoghi comuni*, delle opinioni che sono proprie ai protagonisti diretti della controversia in quanto parte di una comunità. Infatti, se il dire ed il contraddire si sviluppano intorno a regole (procedurali) il loro punto di riferimento non è rappresentato solo da regole (sostanziali), ma è ricompreso in un orizzonte ben più vasto ed offerto, per l'appunto, dal dispiegarsi dei *luoghi comuni*. È il rapporto con una realtà valoriale, non formalisticamente ricompresa nelle mere regole (procedurali e sostanziali), ma non per questo giuridicamente irrilevante, a premettere l'incedere verso la soluzione della crisi¹²⁰.

119 L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit., p. 173. Cfr. anche la richiamata voce *Analogia*, pp. 361-362 e p. 364.

120 In proposito Opocher sottolinea come il diritto "ha un carattere «strumentale»: ciò che fa valere non appartiene alla sfera giuridica" formalisticamente intesa; infatti, continua Opocher, "dobbiamo ben constatare che il legislatore si propone sempre il raggiungimento di fini sociali che possono trovare certamente il loro luogo nella sfera della morale o dell'economia o della politica, ma che non appartengono mai ad una autonoma sfera giuridica. [...] Gli uomini perseguono sempre le proprie finalità non giuridiche e se, ad un certo momento costruiscono intorno alla totalità della loro esperienza pratica un'altra esperienza che chiamano «giuridica», questo avviene solo

Se per un verso, la comunità partecipa al processo di soluzione della crisi, offrendo alle parti i propri *luoghi comuni*, intorno ai quali confrontarsi, per altro, e questo è il secondo aspetto, la comunità stessa è partecipe alla crisi perché subisce le conseguenze della risoluzione, del giudizio, il quale si incunea nella vita della comunità come un precedente, dando vita al consolidamento di antichi, oppure alla formazione di nuovi *luoghi comuni*. Ogni giudizio diviene foriero di una evoluzione dei *luoghi comuni* perché è nella controversia che questi si vivificano e, quindi, si modificano. In questo senso e in considerazione dei due aspetti di coinvolgimento della comunità nel processo, una soluzione sarà giuridicamente giusta se riesce a compenetrare la propria conformità alle regole con il suo essere in armonia con la comunità.

Se la soluzione giuridica del caso particolare non soddisfa queste due condizioni si apre una seconda e ben più grave crisi. Infatti, non è sufficiente che la crisi si risolva avuto riguardo alle regole, queste articolano il procedere dialettico delle parti e del giudice nell'opera di ricostruzione della cosa controversa; la coerenza del procedere rispetto alle regole permette una valutazione formale sulla cosa controversa. Ma questa valutazione formale non è ancora una valutazione giuridica se non si fa compenetrare dai *luoghi comuni* propri alla comunità. In assenza di questo connubio la crisi non si risolve perché dal caso particolare si propaga alla generalità della comunità.

Il rispetto di regole formalisticamente poste deve nel contempo permettere ai *luoghi comuni* di indirizzare il processo di risoluzione della crisi in modo tale che la comunità stessa, nel suo complesso, ritrovi soddisfazione giuridica in quella specifica soluzione. I valori sociali devono incarnarsi all'interno del processo.

in funzione del raggiungimento di quelle finalità". Il diritto, in questa prospettiva, "se ha una finalità propria, questa consiste nel risolvere la controversia sulla quale deve pronunciare il suo giudizio, ma si tratta ancora una volta, come ognuno può vedere, di una finalità eminentemente sociale", *Lezioni di filosofia del diritto (1983)*, cit., pp. 295-298.

CAPITOLO QUARTO

SULLA RICERCA DI UNA NUOVA POSITIVITÀ DEL DIRITTO

SOMMARIO

§ 1. Verso un diritto *sociale* frutto del controvertere; § 2. Ripensando l'idea di fonte del diritto attraverso il riconoscimento della sua parcellizzazione; § 3. La possibile deriva nichilistica del diritto; § 4. Un'*aurea medietas* quale argine al nichilismo giuridico; § 5. Una digressione sui sistemi chiusi e sui sistemi aperti. Per una giurisprudenza non non-creativa; § 6. Il processo di ordinamento giuridico come sistema aperto. La giurisprudenza quale fonte del diritto; § 7. Una verifica nelle pronunce giurisprudenziali dell'ipotesi sopra enunciata; § 8. Ancora sulla verifica dell'ipotesi enunciata; § 9. La norma giuridica è soggetta a *dinamiche evolutive*; § 10. Per una positività del diritto non fondata sulla volontà sovrana; § 11. La certezza del diritto fra calcolabilità ed adeguatezza; § 12. Sulle procedure di controllo: volontà *versus* socialità?

1 – VERSO UN DIRITTO *SOCIALE* FRUTTO DEL CONTROVERTERE

Il superamento della forma classica del positivismo giuridico, che teorizza, fra le altre, la statuizione di una granitica centralità della volontà legislativa quale fonte esclusiva del diritto¹, si compie a fronte del sedimentarsi di una particolare forma di stato: lo stato pluriclasse. In questo convivono istanze sociali e valori culturali fra loro diversi e,

¹ Cfr. ancora il più volte richiamato saggio di Norberto Bobbio su *Il positivismo giuridico*.

il più delle volte, divergenti; tale cromatismo valoriale e di interessi sussiste e si sviluppa nella società pur in presenza di un unico complesso di disposizioni, da cui la formale unicità dell'ordinamento giuridico. La compagine statutale pluriclasse non dà vita, a livello legislativo, ad un pluralismo giuridico, ovvero alla copresenza di più e distinti ordinamenti giuridici², piuttosto, attraverso l'attività interpretativa, il monismo legislativo di partenza si trasforma in un pluralismo normativo, nel momento in cui dalla stessa disposizione vengono tratte norme giuridiche fra loro diverse e ciò avuto riguardo non tanto alle possibili inferenze logiche, quanto alle reali esigenze sociali, ovvero agli interessi ed ai valori di cui l'autorità interpretante è partecipe e che, pertanto, la stessa ritiene necessario veicolare attraverso forme giuridicamente istituzionalizzate.

La perdita di centralità della disposizione generale ed astratta³ è, quindi, conseguente alla necessità di dover trasportare attraverso la stessa disposizione distinti interessi e valori, producendo norme che a volte si pongono fra loro in netta contrapposizione, pur rimanendo tuttavia ancorate ad un sistema formalmente unitario ed apparentemente univoco di disposizioni. Le varie declinazioni della disposizione si predicano in ragione degli interessi e dei valori sociali che la utilizzano per istituzionalizzarsi giuridicamente.

Da qui lo spostamento dell'asse operativo dall'ambito della attività legislativa, che pone la regola generale ed astratta del caso, all'interno di una disposizione, la quale appare di per sé incapace, se univocamente letta, di offrire soluzioni atte a soddisfare una pluralità di interessi e di esigenze, a tutto vantaggio dell'attività interpretativa, dove la disposizione

2 In argomento cfr., fra i molti, oltre alle riflessioni di W. Cesarini Sforza, *sub voce Ordinamenti giuridici (pluralità degli)*, in *Nuovissimo digesto italiano*, F. Modugno, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enciclopedia del diritto*, i contributi di C. Faralli, *Vicende del pluralismo giuridico. Tra teoria del diritto, antropologia e sociologia*, in "Sociologia del diritto", XXV (1999), n. 3, pp. 89-102 e di V. Pocar, *Riflessioni sul concetto di «pluralismo» giuridico*, in V. Ferrari – P. Ronfani – S. Stabile (a cura di), *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, Milano, 2001. Sul tema si rimanda anche a A. Soeteman (a cura di), *Pluralism and Law*, Dordrecht, 2001 (con contributi di P. Westerman, J. Elster, W. Sumner, T. Campbell, P. Raynaud, L. Green, G. den Hartogh, A. Harel, G. Skapska, C. Heyns, W. Cragg, H. Takahashi, J. Sieckmann, P. Navarro, H. Aoi, B. Jackson, J. C. Bayòn, J. C. Hage, E. Lagerspetz).

3 Di questa un epifenomeno è offerto dal processo di delegificazione sul quale si è soffermato, fra gli altri, Natalino Irti nel saggio su *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

può venire piegata in funzione delle disparate esigenze pratiche, dando vita alla concreta norma regolatrice del caso. La norma giuridica emerge e si legittima all'atto dell'interpretazione della disposizione; la prima muta al variare delle esigenze sociali incarnate dalla autorità interpretante, a differenza della seconda, la quale rimane invariata nel tempo e riceve vitalità, ovvero significazione, solo al momento della sua interpretazione.

A fronte di possibili critiche relative alla non neutralità dell'autorità interpretante, che, pur non investita da una rappresentanza popolare, si arroga compiti di natura eminentemente politica, quali, per l'appunto, la valutazione rispetto ad interessi e valori del significato da attribuire alla disposizione, tanto da tramutare la cosiddetta terzietà o neutralità dell'attività giurisprudenziale in palese affermazione di istanze di parte, va richiamata la constatazione per la quale lo stesso positivismo giuridico, nella sua accezione classica, pur ostentando un'avalutatività mutuata dalle cosiddette scienze esatte, di fatto la utilizza per mascherare la promozione, anche in ambito giuridico, dei valori borghesi che forgiarono lo stato monoclasse ottocentesco e, più in generale, delle istanze e dei valori della classe dominante⁴.

Va riconosciuto come, in aggiunta a quanto sopra accennato, al di là delle constatazioni di natura prettamente pratica, vi è una ragione più profonda nell'evocare e, per certi versi, promuovere tale spostamento dell'asse intorno al quale ruota il mondo giuridico; tale ragione va ricercata nella volontà di riaffermare nel mondo giuridico la centralità, se non

4 Non appare, infatti, casuale che il positivismo giuridico, sia pure in forma modificata, attecchisca in terra sovietica durante il periodo staliniano; di tale innesto ci offre testimonianza proprio Norberto Bobbio in un suo scritto degli anni Cinquanta, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, apparso nel 1954 sulla "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", (ora anche nella raccolta di scritti *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, dalla quale sarà tratta la citazione qui riportata). Per Bobbio "la lotta intrapresa dalla nuova scuola capeggiata da Vischinskij in difesa della legalità sovietica, per la restaurazione della concezione del diritto come complesso di regole generali ed astratte, imposte dal potere coattivo dello stato, contro le dottrine, facenti capo al Pasciukanis, secondo cui il diritto non sarebbe stato altro che una sovrastruttura della società borghese e quindi destinato a scomparire in una società socialista, questa lotta non potè essere combattuta efficacemente se non assimilando la teoria normativistica, elaborata dalla più raffinata scienza giuridica contemporanea, vale a dire quella dottrina che ha descritto la struttura formale dell'ordinamento giuridico valevole, come usa ripetere il Kelsen, tanto per un ordinamento giuridico liberale quanto per uno comunista", così a p. 99 dell'edizione richiamata.

la esclusività, della persona umana, nella sua quotidiana concretezza⁵, in opposizione dell'individuo astratto frutto delle rappresentazioni giuridico-politiche sviluppatasi nel secolo delle *Dichiarazioni* e culminate in quell'opera di *codificazione*, che ha caratterizzato l'epopea dello stato borghese. Se il *Codice* risulta, per un verso, inadeguato a dominare una realtà sociale pluralistica, e ciò ci viene con autorevolezza evidenziato nella cultura giuridica italiana, ad esempio, dal Natalino Irti de *L'età della decodificazione*⁶, per altro lo stesso *Codice* e con esso l'ideologia che ne sta alla base, risulta impossibilitato a riconoscere attraverso lo spettro della generalità e dell'eguaglianza la concreta figura umana che gli sta di fronte ed in funzione della quale sarebbe stato forgiato.

Una raccolta ordinata di regole generali ed astratte, chiaramente riconducibili ad una struttura algoritmica da applicarsi meccanicamente⁷, è funzionale al trattamento di entità (gli individui) altrettanto astratti e generali, la cui rappresentazione favorisce la loro estraneazione dalla realtà ed il loro traghettamento verso un mondo virtuale, il quale si fonda sulla trasformazione dell'umanità in individualità numerica, l'unica che può venire trattata in quei termini generali ed astratti

5 Cfr. in proposito il saggio capogrossiano *Il diritto dopo la catastrofe* apparso negli *Studi giuridici in onore di Francesco Carnelutti. I. Filosofia e teoria generale del diritto*, Padova, 1950, pp. 3-31. In questo Capogrossi pone *tre posizioni* "con cui l'umanità nella sua parte più viva cerca nel presente momento della storia di scampare dalla morte [...]: l'uomo come valore universale, con tutte le libere formazioni sociali che nascono dalle esigenze fondamentali della sua natura; la libertà come integrale realizzarsi di ciascuna e di tutte le esigenze o fini obiettivi e costitutivi della umanità della vita; l'interesse comune di tutti i popoli a serbare la fedeltà a questi valori, e difenderli nei diritti fondamentali che ne nascono, dalle continue negazioni a cui sono esposti nella storia", p. 29 (il testo è raccolto anche nel volume quinto delle *Opere*, cit, pp. 151-195 – la citazione è riprodotta a p. 193).

6 In argomento cfr. anche il più recente Pietro Grossi de *L'Europa del diritto*, ma anche R. Meneghelli, *Breve spunto di riflessione critica su un aspetto particolare dell'attuale crisi della legge*, in "Diritto e società" (1990), n. 2, pp. 217-223.

7 Rappresentazione che ben si evidenzia nella voce *Informatica giuridica* redatta da Renato Borruso per l'*Enciclopedia del diritto*, ma di cui, come notato, fa cenno già Paresce, nella voce *Interpretazione* raccolta nella medesima opera. In argomento cfr. anche le riflessioni critiche di S. Fuselli, *Credere per provare. Appunti sullo statuto epistemologico della prova penale*, in F. Zanuso – S. Fuselli (a cura di), *Il lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, Milano, 2011, pp. 71-91 (con contributi di F. Reggio, C. Sarra, P. Sommaggio e degli stessi curatori).

intorno ai quali si costituisce e dispiega la prospettiva codicistica⁸. La relazione con la persona umana non può giovare di algoritmi formulati anteriormente e senza alcun riferimento alla relazione stessa, deve, piuttosto, ricercare in se stessa la regola che le è propria. In questo senso, la regolamentazione della relazione va fondata su una corrispondente esperienza giuridica, la quale ha origine proprio nella relazione stessa. Non può, dunque, sussistere, a fronte delle concrete vicissitudini umane un esperire giuridico, che, ridotto il caso ad un tipo, lo riconduca ad una regola astratta e prefissata; la ricerca giuridica può esplicarsi soltanto se correlata ad una concreta relazione⁹; diversamente la stessa si rappresenta e si struttura con quell'incedere aritmetico proprio alla meccanica risoluzione di un problema astratto, la cui procedura, man mano si eleva attratta dai più alti vertici della certezza di sapere analitico, si stacca sempre di più dalla realtà concreta sino a perderne del tutto visione e contezza.

Come osservato, lungo una prospettiva, che, in ossequio a consolidata tradizione, possiamo definire *processuale*, in antitesi alla rappresentazione in chiave legislativa del diritto, la relazione deve ritrovare la regola che le è propria nel suo svolgersi anche e soprattutto come controversia; tale regola non può evidentemente identificarsi con quella generale ed astratta posta in essere dal legislatore prima del sorgere della (e senza alcun riferimento alla) relazione concreta. Tutto ciò perché al trattamento omologante della legge generale ed astratta si oppone e si recupera la regola del caso concreto e da questo sorta.

Ancora una volta osserviamo, a fronte del tentativo di rappresentare la fonte principale del diritto con l'attività legislativa, riducendo, pertanto, l'intero diritto alla disposizione legislativa, una prospettiva la quale, riconoscendo l'inscindibilità della persona umana dai valori e dagli interessi che la informano, che si riflettano in tutte le loro sfaccettature nei contesti sociali ove la stessa paritariamente si relaziona, ritiene che il diritto si formi dall'incontro fra questi e le formule legislative, in modo che la norma giuridica attua a regolare il rapporto, ovvero la

8 Su questi temi si è cimentato Francesco Gentile nella monografia su *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2001 nonché in *Politica aut/vel statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003, pp. 118-144.

9 Così il Giuseppe Capograssi dei citati saggi su *Intorno al processo* e su *Giudizio processo scienza verità*.

risultante dell'esperienza giuridica, sia da individuarsi attraverso l'attività interpretativa.

In questo quadro, da un diritto legislativo astratto si sviluppa per mezzo dell'attività interpretativa un diritto *sociale* concreto, frutto, di volta in volta, dell'adeguamento della disposizione ai valori sociali vigenti; ove risulta essere l'esperienza giuridica scaturente dal caso concreto e non l'attività legislativa il fulcro della posizione normativa. La norma giuridica, che regola la controversia, nasce, come evidenza fra gli altri Capograssi, nella controversia stessa; il diritto, in ultima analisi, è il frutto del controvertere.

2 – RIPENSANDO L'IDEA DI FONTE DEL DIRITTO ATTRAVERSO IL RICONOSCIMENTO DELLA SUA PARCELLIZZAZIONE

Due paiono essere gli ordini di problemi che determinano il superamento della forma classica del positivismo giuridico e delle sue teorie intorno all'interpretazione ed alla applicazione del diritto; al di là di ciò, una radicale revisione delle teorie interpretative frutto del positivismo giuridico determina, quale inevitabile conseguenza, un ripensamento della stessa teoria delle fonti del diritto; la fonte del diritto non potrà più apertamente venire ricondotta all'attività legislativa, piuttosto andrà ricercata nell'attività posta in essere dall'interprete-applicatore della disposizione. In tale contesto, la disposizione risulta essere solo una delle componenti da cui il diritto deriva.

Se tale rinnovamento ritrova una *ratio* prettamente operativa nel consolidarsi d'una compagine statuale che certe concezioni del diritto non riescono più a dominare, ciò non di meno le sue ragioni hanno natura anche teoretica, tendono cioè a fondare un'esperienza giuridica, che ritrovi nella realtà sociale, da cui sorge ed alla quale ritorna sotto forma di regola, non soltanto il proprio ambito di applicazione, ma anche la propria fonte, sì da offuscare forme di produzione eteronome, quale quella legislativa, a tutto vantaggio di una produzione giuridica autonoma¹⁰.

A fronte della rigida statualità di un diritto, che si rappresenta quale strumento di controllo sociale, si assiste all'emergere di un diritto *sociale*, che sorgendo dai concreti rapporti ritiene di regolamentarli

10 Cfr. G. Capograssi, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in *La crisi del diritto*, Padova, 1953, pp. 25-26 (il volume raccoglie scritti di G. Balladore Pallieri, P. Calamandrei, F. Carnelutti, G. Delitalia, A. C. Jemolo, A. Ravà, G. Ripert).

attraverso forme giuridiche tratte dalla realtà stessa e non già per mezzo di formule astratte e preventivamente ed autoritativamente imposte. Il riconoscimento della socialità del diritto fa sì che questo non si costituisca come forma di dominio sulla società, ovvero strumento nelle mani del gruppo socialmente dominante. In questa prospettiva, la regolamentazione non si irradia dal centro, dal luogo eletto del potere, verso quella remota periferia ove albergano coloro che, in quanto minoritari, subiscono l'altrui potere; la regola sorge ovunque vi sia un rapporto che necessita di offrirsi forme di regolamentazione giuridica, i cui parametri saranno insiti al rapporto stesso e non frutto della volizione autoritaria del centro del potere politico. Si assiste, quindi, ad una forma di regolamentazione giuridica diffusa, che non lega più il diritto al potere, diventandone suo elemento servente, ma, nel riconoscere la sua fonte primaria nei rapporti concreti, lo fissa indissolubilmente nella dinamica sociale. La società in cui vige il diritto si costituisce essa stessa quale momento di produzione giuridica.

L'ordinamento giuridico non sarebbe dunque costituito da un insieme (ordinato) di regole generali ed astratte anteposte al sorgere del caso concreto, ma, al contrario, si manifesterebbe in un inesauribile moto di regolamentazione giuridica della società, un processo che si compie nel *processo*¹¹. Il *processo* stesso, come ebbe a sottolineare Salvatore Satta sulla scorta delle riflessioni capogrossiane, è il luogo ed il momento in cui l'ordinamento giuridico si costituisce nella sua realtà e si dispiega nella sua concretezza.

Nel moto di rivalutazione del *processo* quale luogo di produzione del diritto, confluiscono, nella cultura giuridica italiana del secondo dopoguerra, concezioni che partono da posizioni fra loro distanti se non opposte. È già stato qui detto delle istanze idealiste radicate nella

11 Cfr., fra gli altri, P. Piovani, *Una analisi esistenziale dell'esperienza comune*, in *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capogrossi*, cit. pp. 9 e segg., e R. Meneghelli, *Validità giuridica nel normativismo e nell'istituzionalismo*, in "Diritto e società" (1991), n. 1. All'interno di tale alveo è stato più di recente osservato come "il discorso giuridico può esporsi all'interno di colte tradizioni dottrinali così come nell'ambito dell'insegnamento; ma trova la sua collocazione propria (secondo la nostra prospettiva) all'interno del processo, nelle parole che le parti si rivolgono reciprocamente e al giudice: è questo il momento, del resto, in cui tutti gli aspetti della vita del diritto trovano lo scopo e l'attuazione più concreta", così F. Cavalla, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Id.* (a cura di), *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Milano, 2007, p. 18 (con contributi di A. G. Conte, S. Fuselli, M. Manzin, P. Moro, C. Sarra, P. Sommaggio, D. Vello Dalbrenta, F. Zanuso).

giurisprudenza italiana, in altro luogo delle risposte alla sfida lanciata dalla società tecnologica, nonché della prassi relativa all'uso alternativo del diritto¹², ciò non di meno non può venire sottaciuta una straordinaria convergenza negli intenti da parte di autori e prospettive indubbiamente fra loro lontanissimi.

Fra queste merita soffermarsi brevemente sul rapporto, in tema di produzione non legislativa del diritto, che pare instaurarsi idealmente fra le speculazioni di due autori, i quali se osservati sotto altro profilo appaiono certamente come non accostabili. Il riferimento va alle riflessioni di Bruno Leoni¹³ e di Giuseppe Capograssi, i quali, pur muovendosi su orizzonti culturali diversissimi, un liberalismo *integrale*, a cui si attribuiscono venature libertarie¹⁴, quello di Leoni, un cattolicesimo tradizionale e militante, quello di Capograssi, propongono degli esiti comuni alle loro speculazioni in ambito giuridico, che ritrovano una palese convergenza proprio nel campo del *processo*. Va, infatti, osservato, come per entrambi i pensatori il *processo*, fulcro del dispiegarsi dell'ordinamento giuridico, è il momento di affermazione politica del soggetto ivi coinvolto e non della sua soggezione alla legge; si pensi in proposito al ruolo dell'individuo-consumatore in Leoni e a quello speculare ascritto dal Capograssi alla persona umana. Per tali prospettive, nel processo si afferma quale indiscusso protagonista il soggetto e non la legge, che risulta ampiamente marginale, se non inessenziale o addirittura esiziale per un processo di ordinamento giuridico, come la riflessione di entrambi i pensatori insinua. Il soggetto, infatti, si manifesta quale protagonista della vicenda processuale, con particolare riguardo al processo civile, attraverso il suo libero dire e contraddire sull'oggetto controverso, ma appare anche il protagonista della ricerca, che si esplica proprio nel libero contraddittorio, della regola giuridica atta a risolvere la controversia su un determinato oggetto. Sicché, in tale

12 Ci permettiamo di rimandare ancora al nostro *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto* ed alle fonti lì richiamate.

13 Di Leoni si è fatto cenno nel volume *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, cit., alla trattazione lì effettuata si rimanda.

14 Vedi a titolo esemplificativo il contributo di F. M. Nicosia, *L'anarchismo giuridico di Bruno Leoni*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XXX (2000), n. 1, pp. 153-169.

contesto, il soggetto partecipa al *processo*, nel senso che si costituisce un *processo* e non si attua un provvedimento, solo se, per un verso, lo stesso contribuisce alla ricostruzione dell'oggetto controverso e, per altro, partecipa alla individuazione-creazione della regola giuridica, con la quale dirimere la controversia ed affermare una verità processuale. In questo senso si può riconoscere come la risoluzione della controversia, ovvero l'affermazione della verità processuale, non si palesa, al pari di una prospettiva che si coagula intorno ad un diritto legislativo, quale estranea al soggetto coinvolto nella vicenda; nel primo caso, infatti, il soggetto, in quanto partecipa alla formazione della stessa, non può, senza entrare in contraddizione, rifiutarla come una eteronoma imposizione. L'accostamento, sicuramente *affrettato*, fra Leoni e Capograssi ci permette in ogni caso di ribadire come si assiste all'interno della riflessione giuridica ad un moto di destrutturazione della categorie "classiche" (in quanto ottocentesche) proprie alla giurisprudenza, tanto da poter riconoscere, a fronte dell'unicità della fonte legislativa, una sorta di parcellizzazione della produzione delle regole giuridiche, la quale diviene appannaggio sempre più di settori tradizionalmente considerati subordinati all'opera del legislatore, dall'autonomia dei privati, all'interpretazione giurisprudenziale.

In tale contesto potrebbe manifestarsi una sorta di deriva del diritto, il quale, recisi i legami con un potere legislativo unidirezionale, fluttuerebbe sospinto dalle molteplici correnti di interesse perdendo, in tal modo, ogni riferimento a quella certezza in funzione della quale l'intera costruzione giuridica moderna è stata eretta. Non a caso attenti osservatori del fenomeno giuridico lamentano l'essere tale sregolato fluttuare caratteristica della contemporaneità. È bene pertanto soffermarsi brevemente, sia pur in fase conclusiva, su queste considerazioni.

3 – LA POSSIBILE DERIVA NICHILISTICA DEL DIRITTO

In proposito, Natalino Irti, osservando l'attuale fenomeno giuridico, sottolinea l'eclissi di tutti quegli elementi che garantivano, nel passato, la sua unità e la sua certezza. Per Irti, infatti, "tutto ciò, che garantiva unità e verità del diritto, è ormai tramontato. [...] Ora non restano che incessante produzione e consumo di norme. Le quali perseguono bensì scopi, ed hanno ciascuna (e non potrebbero non avere) specifici sensi,

ma rifiutano l'appello dell'unità"¹⁵. All'interno di questo contesto, contrassegnato, per l'appunto, da una irrefrenabile spinta nichilistica, il diritto rifiuta ogni appello all'unità a tutto favore della proliferazione di disposizioni che perseguano e soddisfano ogni possibile scopo, purché frutto di una volontà, la quale si sia veicolata lungo procedure legittimate; ci troviamo di fronte ad un *diritto senza destinazione*, i cui elementi si trovano "nell'esclusivo e totale dominio della volontà umana. [...] Le norme giuridiche, al pari di qualsiasi bene di mercato sono prodotte: vengono dal nulla e possono essere ricacciate nel nulla. La forza che le produce, ossia le chiama innanzi o le rifiuta, le costruisce o le distrugge, è soltanto il volere degli uomini. Le officine giuridiche lavorano in tutte le ore del giorno ed in tutti i luoghi della vecchia Europa: nessuna norma ha privilegio d'immutabilità e d'inviolabilità"¹⁶.

Va altresì rilevato come per Irti, "la definizione del nichilismo è insieme definizione del positivismo giuridico, per il quale le norme sono emanate modificate derogate dalla volontà. Il potere degli uomini le fa uscire dal niente o ve le ricaccia per sempre. Poiché non si dà criterio immutabile, che decida il loro essere o non essere, le norme sono o non sono secondo le scelte della volontà"¹⁷.

In buona sostanza, tale situazione appare, per il pensatore qui richiamato, il frutto della laicizzazione delle fonti del diritto e dello scioglimento d'ogni legame tra diritto e teologia¹⁸, i cui esiti si rappresenterebbero come esiziali per il dispiegarsi d'una certezza giuridica conseguente alla tensione all'unità del diritto. Infatti, nella raccolta di studi sul nichilismo giuridico, Irti, nel affermare l'oramai totale sudditanza del nostro fenomeno a volontà chiaramente di parte, che perseguono, infatti, "singoli scopi" ed offrono alle disposizioni "specifici sensi", riconosce anche l'affievolirsi di quella centralità costituzionale, la quale originava

15 N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 8.

16 *Ibidem*, p. 7. Solo per inciso rileviamo delle assonanze con la speculazione di Bruno Leoni, ove lo stesso negava carattere di vera certezza al diritto legislativo, lasciato in balia della volontà legislativa e slegato, per sua natura, da ogni possibilità di sedimentazione nella società. Cfr. in proposito il saggio *La fabbrica del diritto*, ora in B. Leoni, *Il diritto come pretesa*, Macerata, 2004, pp. 61-67.

17 N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 95-96.

18 Cfr. *ibidem*, p. 7.

quella prassi giuridica e politica di mediazione che caratterizzava la sua analisi sull'*età della decodificazione*¹⁹.

Ciò che Irti descrive è, in definitiva, una *fabbrica del diritto* totalmente fondata sulla volontà, ove il prodotto giuridico è una manifestazione di volontà proceduralmente legittima, una volizione che può assumere qualsiasi contenuto senza alcuna necessità di ritrovare raccordo con le altre e coeve manifestazioni di volontà²⁰. Non vi è più un insieme ordinato di elementi, un sistema a cui fare riferimento, piuttosto si assiste agli *extemporanei* ordinamenti delle singole volizioni; in un contesto ove “la comunità, capace di raccogliere il diritto in coerenza ed unità, non esiste più”²¹, per Irti, “la volontà dell’uomo [...] si espande illimitatamente nel diritto e si fa macchina produttrice di norme. La chiusura intramondana, ossia il declino di principî e ordini superiori al corso della storia, consegna il diritto alla volontà degli uomini”²².

Nella ricostruzione proposta da Irti, dove traspare una, sia pur implicita, *nostalgia* di sapore giusnaturalistico, il fulcro su cui il nostro fenomeno si regge è pur sempre la positivizzazione della volontà, la quale, per assumere qualificazione giuridica, deve porsi entro forme predeterminate²³. In questa prospettiva, la figura del legislatore,

19 “La diagnosi, proposta venti e più anni or sono nel saggio sulla decodificazione, peccava d’ingenua fiducia: che le leggi speciali, esprimendo ed attuando principî della Costituzione, si lasciassero ricondurre, insieme al codice civile, entro la pluralità di micro-sistemi. La diagnosi di allora non coglieva, o forse taceva, l’essenza nichilista del fenomeno: quel negare ogni criterio d’unità, quel consegnarsi al volere umano ed alla casualità del divenire, che getta le norme in un indefinito movimento, in un quotidiano nascere e morire”, *ibidem*, pp. 7-8.

20 In definitiva ci troviamo di fronte ad una “purezza della forma, che non si lascia contaminare dalla materia, che consuma il peso dei contenuti in un’astratta artificialità. Lo *Stufenbau* kelseniano è un geometrico e rigoroso edificio che non si dà cura dei propri abitanti: esso è capace di tradurre in norma qualsiasi contenuto”, *ibidem*, p. 26.

21 *Ibidem*, p. 16.

22 *Ibidem*, p. 13. In altro punto si può leggere: “il diritto nasce ormai dalle forze in campo, da rapporti di volontà, affidati a contingenza e causalità. Ogni norma è labile e provvisoria. Viene dal nulla, e può esser ricacciata nel nulla”, *ibidem*, p. 24.

23 Tale visione viene riproposta da Irti anche in altri suoi saggi, ci riferiamo a *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007 ed a *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, che rappresentano per lo stesso autore, il compimento di una trilogia iniziata proprio con il volume sul *Nichilismo giuridico*; cfr. la *Prefazione a Diritto senza verità*. Vedi in proposito, fra i molti, le riflessioni critiche proposte da U. Vincenti, *I fondamenti del diritto occidentale. Un’introduzione storica*, Roma-Bari, 2010, pp. 103-108.

per quanto frammentata, priva di intenti unitari, è essenziale alla produzione del diritto, tanto che in assenza di questa *compulsiva* attività produttiva, incentrata sulla volontà legislativa, parrebbe non scorgersi diritto. Per quanto gli esiti estremi del positivismo giuridico giungano, nella riflessione di Irti, a congiungersi con il nichilismo, dando vita a quella realtà sregolata designata dal nuovo sintagma di nichilismo giuridico, l'intera esperienza giuridica ruota ancora intorno alla volontà; l'autore pare voglia proporre una melanconica descrizione di una ineluttabile realtà ove, perso ogni riferimento all'intramondano, inteso quale ordine superiore al corso della storia, tutto si disgrega, perde senso, primeggiano soltanto delle volontà che vogliono solo momentaneamente, che sono esse stesse prive di ogni progettualità. L'analisi irtiana è tutta protesa verso il riconoscimento di una sorta di parcellizzazione di quella volontà unica ed unitaria, che aveva caratterizzato l'era della codificazione (non certo, aggiungiamo noi, anche sulla scorta del pensiero dello stesso Irti, in vista di obiettivi ultramondani, piuttosto quale espressione giuridica dell'egemonia politica di una classe sulle altre). Cadendo la possibilità di ritrovare un centro gravitazionale verso il quale attrarre l'attività giuridica, facendogli ricercare una unitarietà di scopi, e continuando a ritenere che la stessa attività giuridica sia caratterizzata null'altro che dalla manifestazione della volontà la quale, imponendosi sulle altre, risulti sovrana, appare fuori discussione come non si può che giungere alla desolante constatazione dell'ineludibile imperare del nichilismo nel mondo del diritto. Il diritto sarebbe, pertanto, generato dal manifestarsi e dall'affermarsi, attraverso formali procedure, di incontrollabili e non prevedibili volizioni, tutte ed indistintamente, per un verso, finalizzate ad istituire giuridicamente (momentaneamente e, quindi, precariamente) esigenze ed interessi di parte, per altro, in totale balia di se stesse, dato che, come ben sottolinea Irti e prima di lui Leoni, la volontà può sempre ed imprevedibilmente ricacciare nel nulla la forma istituzionalizzata.

Nella riflessione di Irti, la volontà, intesa quale manifestazione di sovranità, appare sempre centrale, sia nell'era attuale, che in quella precedente, tanto da poter riconoscere il diritto solo come il prodotto della volontà dominate, si palesi questa come unica od unitaria, oppure si manifesti come dispersa in una pluralità di centri di potere sorti per promuovere specifici e parziali obiettivi; nell'un caso, come nell'altro, pare valida l'affermazione per la quale "il carattere della giuridicità

non sale dal basso verso l'alto, ma discende dall'alto verso il basso, dalla fonte ai soggetti"²⁴.

4 – UN'AUREA MEDIETAS QUALE ARGINE AL NICHILISMO GIURIDICO

Pur partendo dalle stesse constatazioni socio-politiche, diverso appare l'esito al quale perviene un altro acuto osservatore del fenomeno giuridico contemporaneo, Gustavo Zagrebelsky, il quale rileva come "l'assunzione del pluralismo nelle forme di una costituzione democratica è semplicemente una proposta di soluzioni e di coesistenze possibili, cioè un «compromesso delle possibilità», non un progetto rigidamente ordinato che possa essere assunto come un *a priori* della politica dotato di forza propria, dall'alto al basso"²⁵; egli aggiunge come il perseguimento di tale compromesso non è compito esclusivo di una illuminata volontà legislativa, quanto il compito "proprio della *jurisprudencia*, [che deve ...] realizzare *positivamente* la «pratica concordanza» delle diversità e perfino delle contraddizioni che, pur essendo tali in teoria, non cessano per questo di essere concretamente desiderabili. «Positivamente»: non dunque attraverso mere amputazioni di potenzialità costituzionali, ma principalmente attraverso accorte soluzioni cumulative, combinatorie, compensative che portino i principî costituzionali a svilupparsi insieme, piuttosto che ad avvizzire insieme"²⁶. In questa prospettiva, a fronte del sorgere di un *nichilismo giuridico* si assiste alla ricerca di un'*aurea medietas*, la quale ritrovi non nella volontà legislativa, bensì nell'attività dell'interprete la propria fonte"²⁷.

24 Così N. Irti, *Società civile. Elementi per una analisi di diritto privato*, Milano, 1992, p. 133.

25 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 10.

26 *Ibidem*, p. 14.

27 Per l'autore "è forse possibile sfruttare l'incerta etimologia di «interpretazione», un termine composto in cui il sostantivo (*praes* o *praestatio*) di oscuro significato è preceduto dalla proposizione *inter*. Essa indica con certezza un'attività mediana o mediatrice che noi – per nostro uso – possiamo collocare tra il caso della vita e la norma che lo deve regolare. Attività mediana che si colloca sulla linea di tensione che lega la realtà al diritto, ciò che rappresenta l'ennesima riproposizione della lotta mai spenta e forse irrinunciabile tra la *ratio* del caso e la *volutas* della legge", *ibidem*, p. 182. Va rilevato che i temi oggetto di riflessione dal parte di Zagrebelsky trovano, fra gli altri luoghi, occasione di dibattito all'interno del volume curato da Giuseppe Zaccaria,

Va sottolineato come per questa prospettiva, “l’interpretazione del diritto è la ricerca della norma adeguata tanto al caso quanto all’ordinamento. In questa definizione si pone in luce il carattere bipolare dell’interpretazione e se ne indica la direzione nell’obiettivo di congiungere l’un lato all’altro, fino a farli combaciare in un risultato appagante per entrambi. L’interprete non è al servizio esclusivo né dell’uno né dell’altro ma, semmai, è dell’uno e dell’altro, manifestando così su ciascuno dei due lati una certa autonomia che gli deriva dal legame che lo fa dipendere anche dall’altro”²⁸. Sicché qui, lungi dal volersi incamminare caparbiamente lungo itinerari volontaristici, il cui esito pare essere, come descritto dall’Irti, il nichilismo, il recupero del valore unitario del diritto avviene per mezzo dell’attività interpretativa, che si pone quale prioritario obiettivo la realizzazione di una *medietas*, la quale non va confusa con l’*aurea mediocritas*. La mediazione posta in essere dall’interprete tra il caso e l’ordinamento genererà la norma giuridica e, per Zagrebelsky, “l’interpretazione non dipende dalla volontà del legislatore che pretende di regolarla, ma questa da quella, per la semplice ragione che anche questa volontà deve essere interpretata”²⁹. In questo contesto risulta centrale “la comprensione del caso [la quale] presuppone che se ne intenda il «senso» e gli si dia un «valore» attraverso categorie, appunto, di senso e di valore di cui dispone l’interprete”³⁰; per Zagrebelsky il senso ed il valore attribuiti al caso, che risulta determinante nel processo di interpretazione della disposizione e che, pertanto, influisce sulla fondazione della norma giuridica atta a dirimerlo, hanno valore oggettivo e non, come potrebbe apparire, soggettivo, in quanto la loro categorizzazione si riferisce al contesto culturale *obiettivo* nel quale l’interprete opera.

Appare qui evidente come l’autore, sia pur non richiamandoli esplicitamente, faccia riferimento ai *luoghi comuni*, i quali informano e

Diritto positivo e positività del diritto, Torino, 1991 (il quale raccoglie contributi di L. Gianformaggio, C. Beduschi, G. Corso, M. Libertini, A. Catania, P. Comanducci, M. Urso, V. Villa, S. Amato, G. Ferrari, G. Fiaschi, B. Montanari, G. Marino, F. Viola, e dello stesso Zaccaria).

28 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 182.

29 *Ibidem*, p. 185.

30 *Ibidem*, p. 187. In proposito cfr. anche A. Baratta, *Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, XX (1990), n. 1, pp. 191 e segg.

offrono coerenza ad un'attività argomentativa, tanto da poter riconoscere come il processo di riconoscimento nella disposizione legislativa della norma giuridica atta a regolamentare il caso è di natura dialettica e non logico-deduttiva. Tale processo di riconoscimento affonda le proprie radici nel contesto sociale nel quale si colloca e non, come per la prospettiva del positivismo giuridico, nella volontà del legislatore, tanto da poter affermare come la norma giuridica è la risultante di un processo interpretativo *inter-sistemico*; da un lato le disposizioni poste dal legislatore, dall'altro i valori culturali vigenti in un dato contesto sociale.

A tale proposito l'autore sottolinea come “il diritto non ha la forza di distaccarsi dall'ambiente culturale in cui è collocato e di ergersi come sistema normativo indipendente e autosufficiente. È una parte, per quanto importante, ma sempre una parte, mai il tutto”³¹.

Va altresì rilevato come all'interno di tale quadro concettuale, per Zagrebelsky, “la «soggezione del giudice solo alla legge», il principio comune della tradizione liberale che le costituzioni odierne inevitabilmente proclamano, continua a essere inteso nel senso del servizio passivo della volontà del legislatore, e non se ne tentano interpretazioni più conformi al senso che oggi ha il legame tra la legge e la sua attuazione attraverso la giurisdizione”³²; pare, in definitiva, che per l'insigne costituzionalista, all'interno di una compagine statutale pluralistica, quale quella contemporanea, il principio sopra richiamato debba acquisire un significato qualitativamente diverso da quello assunto all'interno dello stato monoclasse, un significato tale da favorire il riconoscimento della norma giuridica non tanto nell'attività legislativa, quanto nell'opera di interpretazione ed applicazione della disposizione³³, in modo da far apparire la disposizione stessa non quale regola precostituita al caso, piuttosto, anche in concordanza con le

31 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 190.

32 *Ibidem*, p. 206.

33 In proposito viene sottolineato come “il giudice odierno è sempre meno – ammesso e non concesso che lo sia mai stato di fatto – un interprete passivo o applicatore meccanico della legislazione scritta deliberata dal sovrano politico: piuttosto, egli assume sempre più un ruolo attivo di co-protagonista, in collaborazione (o talora in conflitto) col legislatore, nel processo di produzione del diritto”, G. Fiandaca, *Il giudice tra giustizia e democrazia nella società complessa*, ora in *Id.*, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di studi*, Padova, 2002, p. 21.

intuizioni di Opocher³⁴, come una delle fonti da cui trarre il diritto atto alla regolamentazione del caso concreto³⁵.

La prospettiva solcata da Zagrebelsky, che, come sopra rilevato, si colloca all'interno d'una concezione dell'interpretazione di natura *inter-sistemica*, sposta il baricentro della produzione giuridica dall'ambito legislativo al momento dell'interpretazione, inteso nel duplice senso di interpretazione del caso (vedi l'attribuzione a questo di senso e di valore) e di interpretazione della disposizione (in funzione del senso e del valore attribuito al caso), fa sì che non possa determinarsi, come per Irti, una produzione *ex nihil* del diritto, piuttosto un riconoscimento dello stesso all'interno del caso controverso, anche tramite l'utilizzo di fonti regolamentative di natura non formalmente giuridica, quali appaiono le regole sociali e, più in generale, i valori e gli interessi che informano il concreto agire sociale. Ancorare il diritto alla società e non al manifestarsi di incontrollabili volizioni, tutte ed indistintamente scaturenti da esigenze di parte, può essere una via per uscire da quell'aporia che lo stesso Irti rappresenta come nichilismo giuridico.

In tal senso, abbandonando la pura volontà, quale moto di *affermazione* incondizionata di interessi di parte e legando il diritto all'idea di socialità, ove con la stessa si voglia intendere soprattutto la tensione alla *mediazione* degli interessi di parte, pare possibile ricercare ancora

34 Cfr. *Rapporti tra teoria generale ed interpretazione nella prospettiva della "applicazione" del diritto*, cit. Rileva in proposito Giuseppe Zaccaria, "se i termini legali e le rappresentazioni della realtà in essi contenuti (da «essere umano» a «danno», da «intenzionalmente» a «pericoloso») cambiano incessantemente nei loro significati e non si lasciano comunque formalizzare univocamente, anche se indicano all'interprete una direzione ed un orizzonte, allora il vincolo del giudice alla legge su cui riposano gli Stati di diritto, anch'esso inevitabilmente sottoposto a mediazioni interpretative condizionate dal contesto, dovrà includere al suo interno la realtà di un giudice che decida: giacché il semplice dedurre formale o il sogno di farsi mera «bocca della legge» condannerebbero senza rimedio l'interprete alla paralisi decisionale e lo Stato all'ineffettività del diritto e dell'amministrazione della giustizia", *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007, pp. 28-29.

35 Lungo tale asse si colloca anche la riflessione, di poco antecedente, di Baratta, per il quale, nel "rapporto fra interpretazione e applicazione si trova la chiave per determinare sia il rapporto di dipendenza che il carattere innovatore delle decisioni giudiziali nei confronti della legge. Risulta chiaro infatti che l'obbedienza del giudice alla legge, postulata nello Stato di diritto dal principio della divisione dei poteri, va intesa nel senso di una subordinazione ragionevole", *Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, cit., p. 193.

una unità nel diritto, non già l'unità oramai tramontata propria alla compagine statale ottocentesca, di cui il positivismo giuridico, anche veicolando un certo tipo di immagine della certezza del diritto, è stato espressione, quanto un centro di attrazione giuridica frutto della mediazione sociale, che l'attività interpretativa rende esplicita³⁶. Sicché l'unità del diritto si (ri)costituirebbe di volta in volta intorno all'opera di mediazione tra disposizione legislativa e valori ed interessi sociali³⁷ e non, come per la prospettiva positivistica, in modo preconstituito, quale fedele aderenza alla disposizione legislativa³⁸, il cui insieme, ordinato in sistema, si costituisce quale unità preesistente alla realtà sociale.

36 Lo stesso Irti, nell'osservare come "la legge è ormai priva di giustificazione", lamenta l'assenza di un "principio superiore, che la «faccia giusta» e così la commisuri a se stesso dichiarandola conforme o difforme", *Nichilismo giuridico*, cit., p. 88; è possibile ritenere, abbandonando l'illusione del recupero di quelle sfere intramondane, a cui lo stesso Irti fa più volte cenno nel corso della sua riflessione, che un principio rispetto al quale interpretare la legge e valutare l'*opportunità* della norma giuridica dalla prima tratta, sia individuabile proprio attraverso l'opera di mediazione a cui Zagrebelsky si riferisce e che utilizza per dispiegarsi non solo elementi *intra*-sistemici e per tanto autoreferenziali, ma anche e soprattutto proposizioni non ricomprese nell'universo giuridico formalizzato (valori, interessi, *luoghi comuni* e così via) senza i quali però quest'ultimo rimarrebbe lettera morta oppure riuscirebbe ad imporsi, come ben evidente nella speculazione hobbesiana, esclusivamente per mezzo di una volontà sorretta dalla *irresistibile* forza coercitiva. In ultima analisi, è nel riconoscimento della opportunità sociale di una norma che si costituisce il principio valutante la stessa, fuori da questo processo non vi è altro che la forza bruta della volontà che riesce ad imporsi. Infatti, per Irti, "il successo della legge è nella im-posizione; il successo dell'anti-legge è nella e-lusione. Sono due fatti: tutto dipende dalla *efficacit * dell'uno o dell'altro. Non valore e disvalore, ma un fatto contro un altro fatto", *ibidem*.

37 In proposito Zaccaria rileva come "quest'attività si situa al centro del ruolo stesso dell'interprete, considerato come mediatore insostituibile tra i modelli ordinativi rappresentati dalle regole e la loro interpretazione-applicazione in situazioni concrete di conflitto che domandano di essere disciplinate", *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., p. 20.

38 Lo stesso Eugen Ehrlich, nei suoi *Grundlegung der Soziologie des Rechts* del 1913, sottolinea come "il diritto vivente è il diritto che, non formulato in proposizioni giuridiche, regola tuttavia la vita sociale. La fonte di conoscenza di questo diritto è, in primo luogo, il moderno documento giuridico [la sentenza giudiziaria ed il documento negoziale]; in secondo luogo, la osservazione diretta della vita sociale, degli scambi, delle consuetudini, degli usi di tutti i gruppi, non solo di quelli riconosciuti giuridicamente, ma anche di quelli ignorati o trascurati dal diritto, perfino di quelli da esso condannati", così a pp. 592-593 della trad. it. a cura di A. Febbrajo *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976; in tal modo egli evidenzia come la fonte

5 – UNA DIGRESSIONE SUI SISTEMI CHIUSI E SUI SISTEMI APERTI. PER UNA GIURISPRUDENZA NON NON-CREATIVA

Appare rilevante osservare, sempre sulla scorta di Irti, come “il diritto moderno ha vissuto *due forme di monismo* [...] da un lato l’unità organica della scuola storica [...] e, dall’altro [...] il fenomeno della *codificazione*”³⁹; soprattutto la seconda forma di monismo fa sì che il fenomeno giuridico si costituisca e si rappresenti come un sistema chiuso, estraniato dai rapporti storico-sociali⁴⁰. Per meglio chiarificare la portata del richiamo ai sistemi chiusi, propri ad una rappresentazione in chiave positivistica del diritto codificato, può risultare utile effettuare alcune *incursioni* in studi di linguistica.

L’attenzione si è concentrata su alcune considerazioni proposte in un utile lavoro introduttivo allo studio del linguaggio⁴¹. Prendendo le distanze da un positivismo logico influenzato dal *primo* Wittgenstein (per intendersi, quello del *Tractatus logico-philosophicus*), Tullio De Mauro suggerisce “che, a seconda degli ambienti famigliari, regionali, sociali, di lavoro e di studio ognuno costruisce un proprio vocabolario ricettivo e produttivo che solo nel nucleo delle parole di più alta frequenza e più disponibili e comuni tende a essere lo stesso di altri della stessa comunità linguistica, differendone per altri aspetti. Chiunque si inoltri in un ambiente nuovo, in nuovi argomenti è esposto a dover incontrare parole per lui nuove”⁴². Ora, al di là della settorializzazione del linguaggio, riflesso del contesto ove lo stesso viene utilizzato, ciò che rileva è come un termine od una frase ritrovano il loro significato non già in un predeterminato ambito (che potrebbe venire esemplificato attraverso il richiamo al quasi proverbiale *significato proprio delle parole*), piuttosto

del diritto non è da ricondursi esclusivamente alle fonti istituzionalizzate, piuttosto il diritto scaturisce da una molteplicità di fattori tra loro combinatisi, tra i quali annoverare anche, ma senza pretese di esclusività, ciò che Ehrlich denomina quale *diritto valido*, ovvero le proposizioni giuridiche contenute nelle leggi.

39 *Nichilismo giuridico*, cit., p. 98.

40 “Ben sa il giurista tedesco [Savigny] che i codici nascono «dalla tendenza ... a distruggere i rapporti storici», e che, per la loro «natura comprensiva ed esclusiva», contengono sistemi di diritto serrati e completi”, *ibidem*.

41 Il riferimento è al volume di T. De Mauro, *Prima lezione sul linguaggio*, Roma-Bari, 2002.

42 *Ibidem*, p. 69.

lo acquisiscono e lo mutano avuto riguardo al contesto socio-culturale ove l'attività linguistica avviene. Tali modificazioni hanno, ovviamente, carattere sia sincronico, che diacronico⁴³ tanto da poter riconoscere all'interno di un linguaggio un'evoluzione storica dei significati dei termini che lo compongono⁴⁴, accanto ad un mutare del senso del termine in considerazione al cambiamento del contesto in cui lo stesso viene utilizzato⁴⁵. L'osservatore si ritrova, pertanto, di fronte ad una pluralità di significati e di sensi che lo stesso termine può assumere in contesti differenti; è il contesto a legittimare o meno l'assunzione di un significato e di un senso ad un termine proprio al linguaggio ordinario. Sicché lo stesso significato risulta dipendente dall'ambito socio-culturale nel quale il termine viene utilizzato; il termine rimane invariato, mentre varia il suo significato.

Così inteso, il linguaggio è rappresentato come un sistema aperto, che risente del contesto socio-culturale, di cui è una delle espressioni.

43 In ambito prettamente giuridico viene, infatti, osservato da Luigi Mengoni “che il senso di un testo può mutare non solo diacronicamente, in via di interpretazione evolutiva determinata dalle trasformazioni sociali e dalla storicità del nostro modo di intendere i valori, ma anche sincronicamente; e in quest'altro senso non solo secondo i diversi punti di vista degli interpreti, ma anche da parte del medesimo interprete in diversi contesti applicativi, secondo le varie modalità e le mutevoli esigenze delle situazioni che volta a volta vengono a concretarsi nell'ambito del testo normativo” *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996 (ma 1978), p. 22.

44 Appare indubbio che il senso del termine /meccanico/, così come lo stesso trova utilizzo in alcuni passi de *I promessi sposi. Storia milanese del secolo XVII scoperta e rifatta da Alessandro Manzoni*, segnatamente all'*Introduzione* (ove, nel frammento della ipotetica cronaca seicentesca riportata dall'autore, si fa riferimento a *gente meccaniche* – ma, come ben sottolinea il Manzoni, la cronaca in parola contiene *idiotismi lombardi a iosa*) e nel capitolo quarto (ove compare il proverbiale *nel mezzo, vil meccanico*), sia totalmente diverso da quello riscontrabile nell'attuale uso della lingua italiana; parimenti il termine /università/ nell'accezione usata, ad esempio, da Giuseppe Rovani nel suo *Cento anni* (dove possiamo leggere: *alle quali tavole divise in più scompartimenti sedevano altre università d'arti e mestieri: l'università dei ricamatori, dei tessitori, dei mercanti di lana, dei sellai*), non trova più riscontro nella corrente parlata. Rammento che le stampe in commercio de *I promessi sposi* raccolgono la seconda edizione pubblicata fra il 1840 ed il 1842; il primo fascicolo del meno noto *Cento anni* appare sull'Appendice della “Gazzetta di Milano” il 31 gennaio 1856 (la Biblioteca Universale Rizzoli pubblica nel 2001 una edizione completa).

45 Va da sé che il termine /alienazione/ muta di senso rispetto all'ambito culturale (giurisprudenziale, psicologico-psichiatrico, filosofico) in cui viene utilizzato.

Tale prospettiva risulta in palese contrasto con quella visione monistica, a cui Irti fa cenno richiamando il fenomeno della codificazione, che presuppone l'esistenza di disposizioni formate da proposizioni contenenti termini dotati di *significato proprio*, ovvero indipendente dal contesto ove devono ritrovare applicazione e, secondo la teoria di De Mauro, esplicitazione.

De Mauro ci rammenta un'altra importante questione, ovvero come tutto ciò vale solo per il linguaggio ordinario; infatti, "mentre le cifre di una numerazione si riducono a un numero finito e chiuso di cifre di base, mentre i segni delle operazioni di un calcolo [...] sono una lista chiusa, le «cifre» delle frasi di una lingua, i vocaboli, sono dal punto di vista del singolo locutore una lista sempre aperta. La lista è aperta perché può accrescersi, ma può anche cadere per l'oblio che cancella dalla memoria individuale parole non più sentite o dette"⁴⁶. Pertanto è il linguaggio formalizzato a costituire un sistema chiuso, mentre il linguaggio ordinario, ovvero il modo di parlare quotidiano, è rappresentabile come un sistema aperto. Quest'ultimo evolve, a differenza del primo, senza alcun atto di volontà, ovvero senza la posizione da parte di autorità di nuove e diverse definizioni stipulative di un termine, che ne impongano un nuovo e diverso significato; viceversa, queste sono indispensabili al fine di promuovere una modificazione di significato in un sistema linguistico chiuso, quale è quello del linguaggio formalizzato.

Sicché si può riconoscere, fuori dal richiamo alla semantica, che un sistema giuridico fondato sulla codificazione, per modificarsi necessita di un atto di volontà da parte dell'autorità competente, ovvero del legislatore, che ipoteca attraverso la propria volontà il mondo del diritto. Il diritto, in quanto ridotto a legge, non può che riconoscersi quale espressione di volontà. Irti, infatti, descrive il diritto moderno quale nichilistica istituzionalizzazione di volontà: la volontà (legislativa) sciolta da ogni vincolo domina il diritto, ne fa ciò che vuole.

Diversa appare la questione qui discussa se rapportata ad un sistema aperto, il quale si evolve attraverso il contatto con altri sistemi operanti nella realtà storico-sociale, ovvero con modalità non riconducibili all'atto di volontà che caratterizza, sin dal suo sorgere, il sistema chiuso, avulso, se non per tramite di manifestazioni di volontà di fatto a questo

46 T. De Mauro, *Prima lezione sul linguaggio*, cit., pp. 69-70. In proposito alle parole estinte, cfr. il recente volume di S. D'Alessandro, *Il libro delle parole altrimenti smarrite*, Milano, 2011.

esogene⁴⁷, da ogni contesto reale. Sicché il sistema aperto si manifesta e si evolve in assenza di una autorità legislativa, di un centro di volontà decisionale, si evolve e si integra attraverso il contatto con altri sistemi e senza il bisogno di un atto di volontà legislativa. Va rilevato che, al pari del linguaggio, alcune sue parti “possono anche cadere per l’oblio che le cancella”, ed è il caso della cosiddetta abrogazione per desuetudine⁴⁸. In un certo qual modo lo studioso del linguaggio ci suggerisce che la fluidità propria ad un sistema aperto non è certo foriera di una certezza di sapore matematico, la quale va ricercata all’interno di sistemi linguistici chiusi, quali sono i linguaggi formalizzati. Infatti, seguendo ancora De Mauro, “fra gli anni trenta e cinquanta [dello scorso secolo] matematici e logici hanno elaborato una teoria rigorosa della «calcolabilità» e hanno definito i requisiti per cui un insieme di simboli significativi possono considerarsi un calcolo. [...] Qui richiamiamo il primo, condizione necessaria di tutti gli altri. Perché un calcolo sia tale i suoi simboli (o, come si dice, i «vocaboli» del suo «vocabolario») e le regole di connessione dei simboli nei suoi segni devono avere il requisito di non variare nel corso delle operazioni cui il calcolo dà luogo. Le regole devono costituire insiemi chiusi e, per quanto riguarda i simboli, questi devono essere di significato distinto e stabilmente univoco”⁴⁹. Per inciso ricordiamo che, proprio all’interno di tale contesto linguistico, è possibile formulare e sviluppare un algoritmo, ove l’operatore nell’applicarlo deve attenersi, avuto riguardo alle definizioni stipulative che predefiniscono il significato dei termini, al cosiddetto significato *proprio*; solo i sistemi chiusi consentono una applicazione automatica delle proposizioni costituenti un algoritmo⁵⁰.

47 Si pensi alla funzione della kelseniana *Grundnorm*, che cela lo sguardo della Gorgone del potere. In proposito cfr. il recente saggio di F. Riccobono, *La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, cit., pp. 219-243.

48 In tema si rimanda, fra i vari, al saggio di Ruggero Meneghelli, *Intorno al problema della desuetudine*, in “Rivista di diritto civile”, X (1964), n. 1, pp. 441-477.

49 *Prima lezione sul linguaggio*, cit., pp. 79-80.

50 Sottolinea, infatti, De Mauro: “nella comunicazione affidata a calcoli, per esempio alla rappresentazione delle operazioni dell’aritmetica elementare che quasi tutti conosciamo, produzione e comprensione si svolgono in modo automatico. Dobbiamo preliminarmente apprendere: (1) i valori dei «vocaboli» di base, cioè d’abitudine le cifre della cifrazione araba [...]; (2) dobbiamo apprendere i valori dei quattro segni [...] e il valore del segno che stabilisce l’equivalenza fra i numeri [...]. Una volta appreso ciò [...] la

All'intero di tali modelli comunicativi appare esiziale anche una (quasi) impercettibile mutazione del significato attribuito al significante; pertanto, l'assoluta, rigorosa e fedele attinenza al testo è indispensabile al fine di raggiungere un risultato corretto, il quale è conseguenza della automaticità sia della produzione, che della comprensione del testo. Per De Mauro, "la garanzia di questa automaticità è la non-creatività di cui parlano i matematici e teorici del calcolo. Forma significante e significato delle cifre non devono variare"⁵¹.

Preme però rilevare, sempre sulla scorta del pensiero di De Mauro, come "è chiaro che una lingua [...] è ben lontana dal rispondere a tale requisito. Diversamente dalle cifrazioni e dai calcoli essa appare [...] come una semiotica creativa, nel senso rigorosamente matematico di tale termine, per rimarcare tale senso, ed evitare equivoci e abusi cui il termine creatività può dare luogo, conviene dire e concludere che una lingua è una semiotica non non-creativa. [...] In quanto semiotica non non-creativa, che ammette l'abbandono di vecchie formule e l'introduzione di nuove, una lingua comporta il convergere di diverse forme generali, pre- e non linguistiche, dell'intelligenza umana"⁵².

Il linguaggio ordinario, in quanto sistema aperto, è in costante evoluzione e, a differenza dei sistemi chiusi, la stessa comunicazione è resa possibile proprio dal continuo adeguamento degli strumenti linguistici al contesto in cui gli stessi si situano⁵³.

produzione e la comprensione si svolgono in modo automatico per un numero potenziale infinito di addizioni, sottrazioni, moltiplicazioni e divisioni. Grazie alla automaticità è stato possibile costruire e programmare congegni meccanici che, una volta immessi i dati di una operazione (in termini semiotici: un segno di cui si cerca l'equivalente più breve e semplice possibile), sono capaci di eseguire calcoli in modo automatico e offrono il risultato senza alcun ulteriore intervento umano", *ibidem*, pp. 81-82.

51 *Ibidem*, p. 82. Per l'autore, "i teorici della computabilità definiscono «non-creativi» tali insiemi e chiamano «non-creatività» il requisito della chiusura di simboli e regole", *ibidem*, p. 80.

52 *Ibidem*.

53 Caratteristica di una lingua "è la plurideterminabilità dei significati di ciascun morfo, la violabilità di ogni previa determinazione, proprietà che, in modo fastidioso per alcuni, è stata chiamata «indeterminatezza semantica». Tale indeterminatezza trova nella metalinguisticità riflessiva il modo di incanalarsi nell'alveo dell'uso comune, l'indeterminatezza è la matrice dell'ampliabilità semantica delle parole. Grazie a essa le lingue realizzano il principio della onniformatività semantica: *a priori* non vi sono limiti alla dicibilità, al campo di cose dicibili in e con una lingua. E, soprattutto,

6 – IL PROCESSO DI ORDINAMENTO GIURIDICO COME SISTEMA APERTO. LA GIURISPRUDENZA QUALE FONTE DEL DIRITTO

Al pari di una lingua, anche il sistema giuridico, al fine di sfuggire alla spirale nichilistica, verso la quale, a detta di Irti, viene trascinato dalla sua riduzione a sregolata volontà, può costituirsi come sistema aperto, non autoreferenziale, al fine di recuperare, sia pur sotto altre vesti, quella tensione all'unità che pareva, dopo l'eclissi dello stato monoclasse, scomparsa per sempre.

Tale tensione all'unità non appare certamente riconducibile a quella predicata dal positivismo giuridico, essendo venuto meno, nello sviluppo della società pluralista, il fondamentale presupposto dell'unitarietà interpretativa del *Code*, oltre all'indiscussa centralità di questo strumento regolamentativo della vita sociale in seguito alla cosiddetta opera di decodificazione.

Se, per un verso, l'unità, a cui il fenomeno giuridico può tendere all'interno di una compagine statale pluriclasse, non può più basarsi sulla rappresentazione della istituzionalizzazione degli interessi di una parte come interessi generali, per altro, non può nemmeno costituirsi intorno alla istituzionalizzazione di ogni interesse che promani dal contesto sociale pluralistico; nell'un verso sul mondo del diritto peserebbe il portato di un monismo politico e culturale che, nei fatti, è impossibilitato da decenni a manifestarsi, nell'altro il fenomeno giuridico si ridurrebbe ad esaltazione nichilistica della parzialità. In ogni caso, sia nell'uno, che nell'altro caso, il diritto sarebbe manifestazione di volontà di parte.

L'unità a cui tendere va intesa perciò all'interno di un contesto ove si affermi anzitutto la possibilità di convivenza di una pluralità di istanze, ovvero è un'unità che sorge dalla mediazione tra i diversi interessi sociali vigenti. Il diritto si fa mediazione ed in questo suo manifestarsi come

dall'indeterminatezza nasce il continuo oscillare e diversificarsi delle lingue nel tempo e, di conseguenza, nello spazio”, *ibidem*, p. 97. Non è fuorviante, in considerazione a quanto qui svolto, rammentare come per Baratta “l'ideologia portante del diritto giurisprudenziale viene accompagnata da una concezione unilaterale e problematica del carattere «statico» del diritto legislativo in opposizione a quello di «dinamico» del diritto giudiziale”, *Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, cit., p. 204; sicché il diritto (di produzione giurisprudenziale e non legislativa) può venire accostato alla lingua, la cui evoluzione avviene non attraverso la posizione di definizioni stipulative, ma attraverso il suo quotidiano uso.

ricerca di una *azione* che sia propria all'intera comunità⁵⁴, che possa cioè dalla stessa essere riconosciuta come giuridica, promuove un'unità non tanto rispetto a se stesso (una cosiddetta unità sistemica), quanto funzionale alla coesione sociale. Per operare in tale direzione il sistema giuridico non può rappresentarsi come autoreferenziale, quale sistema chiuso, deve necessariamente interagire con altri sistemi normativi operanti ed informanti il contesto sociale che si vuole regolamentare. Il diritto per ritrovare la propria giustificazione nella società deve stornarsi da ogni prospettiva fondativa volontaristica, ponendosi non quale manifestazione di volontà unitaria, piuttosto come mediazione tra le volontà parziali.

All'interno di questa prospettiva, il diritto da espressione della volontà legislativa (vuoi del legislatore del caso generale, vuoi, come ben evidenzia Kelsen⁵⁵, del caso particolare), diviene tendenzialmente momento di riconoscimento dell'aristotelico *giusto mezzo*. La norma giuridica, tratta dalla disposizione, è (o meno) testimone e promotrice di un equilibrio sociale; in questo senso la norma giuridica è manifestazione del riconoscimento del diritto implicito al contesto sociale, non di una sua imposizione sul contesto sociale.

Il diritto è pertanto frutto non esclusivo della volontà legislativa, piuttosto di un'attività interpretativa protesa al recepimento ed alla comprensione della disposizione in funzione di una mediazione sociale, che si istituisce in un giudizio, del quale si possa, a sua volta, predicare la bilateralità⁵⁶.

Al fine di giungere a tale approdo, il mondo del diritto deve abbandonare quella tendenza all'autoreferenzialità, propria ad un sistema chiuso e che ha caratterizzato il suo porsi, sicuramente in area continentale,

54 Ovvero, per dirla ancora con Zagrebelsky, che non sia *aurea mediocritas*, bensì *aurea medietas*.

55 Cfr. *La dottrina pura del diritto*, § 34, (pp. 281 e segg. della trad. it. a cura di M. G. Losano, Torino, 1975), ove possiamo fra l'altro leggere: "poiché il procedimento legislativo, particolarmente nelle democrazie parlamentari, deve superare per funzionare ogni sorta di opposizioni, un simile sistema permette di adattare soltanto con difficoltà il diritto al mutare delle situazioni. Questo sistema presenta l'inconveniente di mancare di flessibilità, mentre presenta il vantaggio della certezza del diritto, consistente nel fatto che la decisione giurisdizionale è in certa misura prevedibile", così a pp. 282-283.

56 Sull'argomento cfr. E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto (1983)*, cit., pp. 285-306.

negli ultimi due secoli, a tutto vantaggio, come sopra si diceva, di una esperienza giuridica aperta a (e comprensiva di) altri sistemi normativi. In proposito è stato rilevato come “le forze sociali sono costantemente al lavoro sul diritto: qui distruggono, lì rinnovano; qui rinvigoriscono, lì affievoliscono; scelgono quali parti del «diritto» saranno operative, e quali no; quali surrogati, quali deviazioni, quali circonvoluzioni avranno luogo; quali mutamenti si verificheranno in modo palese od occulto. In mancanza di una parola migliore, si può dare ad alcune di queste forze il nome di *cultura* giuridica: in particolare a quell’elemento costitutivo dagli atteggiamenti sociali e dai valori. [...] Il sistema giuridico nel suo effettivo operare è un organismo complesso entro il quale interagiscono gli elementi della struttura o forma, della sostanza o contenuto, e della cultura”⁵⁷.

Gli altri sistemi normativi operanti nel contesto sociale intervengono costantemente sul sistema giuridico influenzandolo profondamente, tanto da poter riconoscere che sia, di fatto, la *cultura* giuridica, a cui fa cenno Friedman⁵⁸, a determinare il diritto vigente in modo molto più pregnante delle fonti legislative. Va in proposito richiamata la riflessione di Alessandro Baratta, secondo il quale “le decisioni del legislatore e quelle del giudice sono fonti dirette di produzione [...]. Fonti dirette di produzione sono, nei differenti gradi dell’ordinamento giuridico, quegli

57 L. M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, trad. it. Bologna, 1978, pp. 55-56

58 Ma ancor prima E. Ehrlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, cit.. Di recente è stato osservato, richiamandosi proprio al pensiero di Ehrlich, come “il tema centrale resta, dunque, il recepimento del diritto; giacché esso non può essere dato per scontato né come generiche norme statuali, né come norme di decisione dei tribunali statuali, ma deve essere individuato anche nei comportamenti costanti e prevalenti della società civile, anzi è proprio nelle norme comportamentali, d’azione, diffuse e pacificamente condivise di quest’ultima, che risiede il giacimento normativo più cospicuo ed ispiratore della maggior parte delle norme statuali. Le norme statuali, infatti, se non scaturiscono da fatti normativi della società, necessitano, per produrre comportamenti conseguenti nella popolazione, di un quantum di forza coercitiva notevole, sino al punto di produrre l’impressione che sia norma giuridica esclusivamente quella dotata di sanzione ed usata come strumento decisionale nei contenziosi giudiziari davanti allo Stato”, M. L. Ghezzi, *Sociologia del diritto e professione forense*, in *Id.* (a cura di), *Alla ricerca del diritto certo. Idee e materiali di sociologia del diritto*, Milano, 2005, p. 36 (con contributi di M. A. Quiroz Vitale, A. Martinez, R. Mantovani, E. Damiani di Vergada Franzetti). In proposito allo sviluppo di tali temi si rimanda anche a M. L. Ghezzi – M. A. Quiroz Vitale, *L’immagine pubblica della magistratura italiana*, Milano, 2006, con particolare riguardo al contributo di Quiroz Vitale.

atti e fatti ai quali viene ascritta la capacità di produrre norme. Fonti indirette di produzione sono invece quegli atti e fatti (ed in generale tutti quegli elementi della struttura materiale, culturale, ideologica e politica della società) che hanno influenza sulla forma ed il contenuto della produzione di norme. [...] È necessaria [...] un'integrazione di scienza giuridica e scienze sociali. Solo questa integrazione può apportare quegli elementi di conoscenza, che sono indispensabili per l'ampliamento del processo di razionalizzazione delle decisioni giuridiche, in modo che vengano considerate anche quelle variabili decisionali che, a causa della natura della dogmatica, non possono formare il suo oggetto"⁵⁹.

La *caduta dei monismi*, propri alla rappresentazione in chiave positivista dell'esperienza giuridica, può essere certamente foriera per un'indiscussa affermazione in ambito giuridico della sregolata volontà, così come Irti la tratteggia⁶⁰, ma può anche trasformarsi in opportunità per indagare la base sociale, e non meramente volontaristica, del fenomeno giuridico, tanto da poter riconoscere la sussistenza di un diritto *sociale* frutto non già della pura posizione delle volontà, ma della integrazione di sistemi normativi diversi. In questo senso pare possa affermarsi che ad un diritto fondato sulla volontà si opponga, da un punto di vista descrittivo, un diritto frutto della mediazione sociale, che ritrova nell'attività interpretativa, più che in quella legislativa, la propria primaria fonte.

Va pertanto ripresa l'idea d'una concezione *inter-sistemica* dell'interpretazione, la quale ravvisi nella *jurisprudencia* il luogo ove si realizza, in vista della coesione sociale, la mediazione sia tra le diverse istanze presenti nella società, che fra le diverse fonti normative ivi operanti⁶¹.

59 *Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, cit., p. 207.

60 "La caduta dei monismi apre il campo alla molteplice e discorda differenza. [...] Se più non ci sono unità di senso e vincolo ad uno scopo conclusivo, allora emergono le singole volontà, ciascuna diretta al suo proprio fine. Esse si trovano alleate o avversarie; e non c'è alcuna superiore autorità, che dirima e giudichi il loro conflitto. La casualità dell'esito dirige la nostra vita – e, dunque, la storia delle norme giuridiche – verso una ed altra meta", *Nichilismo giuridico*, cit., p. 141.

61 Viene osservato, sia pure in una diversa prospettiva, come "l'interprete non può accedere al significato della legge se non elabora un suo orizzonte ermeneutico assumendo i punti di vista valorativi che il modello positivistico della sussunzione vorrebbe escludere siccome pertinenti alla competenza esclusiva del legislatore e non suscettibili di analisi scientifica. Se non include i punti di vista extrasistemici tra i referenti della sua riflessione, egli non è in grado di intendere il problema in funzione del quale il testo deve essere interpretato e al quale devono commisurarsi, affinché sia

In questo senso, come già ebbe modo di sottolineare il Zagrebelsky qui richiamato⁶², la *jurisprudencia* con la sua attività di mediazione diviene il fulcro intorno a cui si dispiega l'esperienza giuridica, sottraendo la primazia all'attività legislativa e riconoscendo in questa soltanto uno dei momenti che concorrono alla produzione del diritto⁶³.

L'attività interpretativa assurge, quindi, alla funzione di riconoscimento del diritto vigente all'interno di un dato contesto sociale, vera e propria *fonte* del diritto, in quanto luogo ove convergono sistemi normativi diversi (dei quali quello a base legislativa è una parte di un tutto) e istanze sociali divergenti⁶⁴; il prodotto che *sgorga* da tale attività, la norma giuridica atta a regolamentare il caso, pur non proponendosi come frutto di una creazione *ex nihil* dipendente solo dalla forza che sorregge la volizione dell'autorità, è pur sempre una creazione dell'attività interpretativa, dato che si realizza, sia pure attraverso il combinarsi di elementi pre-esistenti, soltanto attraverso questa attività, la quale risulta perciò attività creativa. In questa prospettiva è l'interpretazione a creare il diritto, ma, come ben rammenta Zagrebelsky, gli operatori impegnati in tale attività, *in primis* “i giudici non sono i padroni del diritto [...]”. Essi sono più propriamente i garanti della complessità strutturale del

assicurata l'oggettività del risultato interpretativo, le anticipazioni di senso e i progetti di soluzione che si formano nella sua precomprensione”, L. Mengoni, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, cit., p. 18.

62 *Il diritto mite*, cit., p. 14.

63 Rileva Baratta che la riflessione giuridica non può stornarsi da quei “fattori di natura ideologica ed emozionale, che tuttavia condizionano il diritto, in modo irriflesso, non meno dei fattori argomentativi (si pensi per esempio a stereotipi, pregiudizi, teorie della vita quotidiana, che non solo il pubblico, ma anche i giuristi portano con sé in maniera irriflessa). Solo se questi fattori diventano oggetto di una riflessione scientifico-sociale, essi possono venire controllati in un modo che assicuri una maggiore razionalità delle decisioni giuridiche, e permetta la produzione di un diritto giusto”, *Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, cit., p. 208-209.

64 Questa prospettiva “assegna alla magistratura un compito di comunicazione e intermediazione all'interno di un contesto ordinamentale [...] divenuto ormai policentrico: in cui cioè le norme scritte nei codici non riescono più ad avere la stessa efficacia vincolante di un tempo, in cui assume un ruolo fondamentale la costituzione e aumentano le fonti normative a carattere sovranazionale ma anche a carattere privato, in cui il diritto si fa (almeno in alcune parti) «mite», «leggero», «fluid», «flessibile», «vago», aperto ai bilanciamenti complessi e ai compromessi e privo di un vero e proprio centro”, G. Fiandaca, *Il giudice tra giustizia e democrazia nella società complessa*, cit., p. 24

diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria mite coesistenza di legge, diritti e giustizia”⁶⁵.

7 – UNA VERIFICA NELLE PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI DELL’IPOTESI SOPRA ENUNCIATA

In merito all’assunzione dell’attività interpretativa fra le fonti del diritto, assunzione che implica riconoscere come l’attività giurisprudenziale è da affiancarsi all’operato del legislatore nella produzione di diritto oggettivo⁶⁶, appare opportuno effettuare una breve digressione per raffrontare tale ipotesi, promanante dall’analisi dottrinale⁶⁷, con le pronunce giurisprudenziali, al fine d’osservare se

65 *Il diritto mite*, cit., p. 213.

66 A tale proposito Giovanni Fiandaca e con riferimento all’esperienza penalistica, osserva “un ridimensionamento del tradizionale primato del legislatore (primato, forse, nel passato non poco «enfaticizzato» innanzitutto per ragioni ideologiche sottese al principio di riserva di legge), e la conseguente assunzione di un ruolo protagonista della giurisprudenza, che si manifesta tra l’altro nei termini di una più disinvolta interpretazione-applicazione «creativa» delle stesse norme penali”, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. XI. Più in generale, va rilevato come per l’autore citato, all’interno dell’attuale contesto giuridico, “la legalità penale si atteggia a legalità «possibile» di un sistema funzionante in concreto: ed essa diventa la risultante dell’interpretazione tra (per dir così) una legalità legislativa, una legalità giudiziale ed una legalità più genericamente riferibile al contesto politico-istituzionale e sociale”, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, ora in *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 3 (ma 2000). Va sottolineato come lo stesso Fiandaca esamina alcuni esempi di evoluzione interpretativa da parte della Cassazione nel suo saggio su *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, ora in *ibidem*, pp. 33-64 (ma 2001), giungendo alla conclusione per cui “i) anche il giudice penale usufruisce di uno spazio ermeneutico, più o meno ampio a seconda dei casi, ii) l’applicazione giudiziale è influenzata dal contesto, non solo istituzionale e normativo, ma comprensivo anche della realtà criminale sottesa alla norma; iii) nel processo applicativo operano fattori preconcepi, riconducibili alla categoria – se vogliamo polivalente e ambigua – della precomprensione”, così a p. 59.

67 Cfr. in proposito anche R. Kostoris, *sub voce Giudizio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 14 ove si può leggere come l’individuazione della norma da applicarsi al caso concreto “è un’attività che, lungi dall’essere semplicemente ricognitiva, presenta carattere eminentemente interpretativo, presuppone cioè delle scelte tra molteplici significati e adeguamenti di una formula generale ad un caso specifico. Così, mentre la decisione sulla *quaestio facti* porta [...] ad esiti di «probabilità», quella sulla *quaestio iuris* determina una soluzione «opinabile». [...] Il giudice impiega argomentazioni retoriche al fine di persuadere della bontà, della correttezza delle scelte operate [...] non solo

la stessa, al di là del fascino o meno dell'argomentazione, possa venire accolta nell'ambito del sostanziale ordinamento giuridico, passando quindi dal mondo della *prescrizione sulla* a quello della *descrizione della* realtà giuridica.

Non si può quindi che richiamare l'opera della giurisprudenza, nella quale spicca di recente la sentenza n. 18288 del 21 gennaio 2010 redatta dalle Sezioni Unite della Cassazione penale. La richiamata pronuncia della Suprema Corte risulta centrale nell'offrire una risposta chiara all'interrogativo sopra proposto: l'interpretazione-prodotto, frutto dell'attività interpretativa, è (o meno) un fattore di modificazione del tessuto normativo? Se così fosse l'attività interpretativa sarebbe da annoverarsi fra le fonti del diritto.

Al di là del caso in oggetto, le Sezioni Unite, richiamandosi alla Corte europea di Strasburgo, rilevano anzitutto che è avvenuta una modificazione del principio di legalità; infatti la Corte "ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale"⁶⁸, tanto da riconoscere e parificare le due fonti proprio nella materia penale, che dagli albori della compagine statutale contemporanea è stata la più *sensibile* al principio di stretta legalità, venendo riconosciuto solo al potere legislativo (rappresentante della nazione) la potestà di intervenire sulla stessa.

perché la trama delle previsioni normative presenta spesso vuoti, lacune, che vanno colmati in sede interpretativa, e per la difficoltà di adattare poi definizioni comunque astratte a situazioni fattuali concrete, ma perché ogni enunciato normativo si presenta in qualche misura sempre indeterminato, nebuloso, quantomeno ai confini". Vedi in argomento, fra i molti, M. Taruffo, *sub voce Giudizio (teoria generale)*, in *ibidem* e V. Marinelli, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Milano, 1996, pp. 145 e segg.

68 Citiamo per intero il passo richiamato: "la Corte europea ha saputo «distillare dalla disposizione dell'art. 7 [della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali] il condensato dei più importanti principi espressivi della civiltà giuridica europea», conciliando, all'interno di una realistica visione del principio di legalità, aspetti peculiari di ordinamenti giuridici diversi. In considerazione delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di common law e quelli di civil law, il principio convenzionale di legalità è stato inteso, per così dire, in senso «allargato». Per effetto dell'esplicito riferimento al «diritto» (law) – non soltanto alla «legge» - contenuto nell'art. 7, la giurisprudenza di Strasburgo, infatti, ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo".

Si può ravvisare nelle sentenze della Corte europea, richiamata dalle Sezioni Unite, il tratteggio di una nuova *soggezione* del giudice rispetto alla legge, così come, quasi vent'anni prima, veniva auspicata da Zagrebelsky. Tale tendenza ad un ripensamento delle categorie lungo le quali tradizionalmente veniva a declinarsi il principio di legalità, appare con chiarezza nella sentenza della Corte europea (8 febbraio 2007) in merito alla causa *Groupe Danone vs. Commissione delle Comunità europee*⁶⁹; in proposito la Corte rileva come, se per un lato, “gli orientamenti non costituiscono il fondamento normativo delle decisioni adottate dalla Commissione [in materia di importo delle ammende erogate alle imprese che violano la libera concorrenza del mercato, pur tuttavia] gli orientamenti garantiscono la certezza del diritto delle imprese, dato che determinano la metodologia che la Commissione si è imposta per la fissazione delle ammende”. Pertanto, continua la Corte, “la ricorrente è sempre stata in grado di prevedere le conseguenze giuridiche dei suoi comportamenti” anche in assenza di una precisa disposizione normativa (infatti, “il Tribunale non ha violato il principio «nulla poena sine lege»”). Va altresì rilevato, come, per la Corte, “la Commissione dispone di un criterio discrezionale riguardo alla scelta degli elementi da prendere in considerazione ai fini della determinazione dell'importo delle ammende [...] e ciò senza necessità di rifarsi ad un elenco vincolante o esauriente di criteri da tenere obbligatoriamente in considerazione”. In buona sostanza, l'argomentazione adottata dalla Corte a fronte dell'impugnazione della sentenza è incentrata sul fatto che il ricorrente, anche in assenza di una specifica disposizione, ben

69 Non appare questa la sede per ripercorrere le vicende oggetto del ricorso sopra richiamato; basti rammentare che il *Groupe Danone*, in proposito di una ammenda erogata dalla Commissione, *ex artt.* 82 e 83 del *Trattato*, a seguito dello “sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato”, ovvero della violazione del regime di libera concorrenza, lamentava la violazione del principio di legalità (*nulla poena sine lege*) e con questo della irretroattività della legge penale, la violazione del principio di certezza del diritto nonché della violazione dell'obbligo di motivazione e un eccesso dei poteri giurisdizionali con conseguente violazione del diritto della difesa. In ultima istanza il ricorrente riteneva violati il principio di legalità così come lo stesso viene delineato dall'articolo 7, comma primo, della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, ai sensi del quale “nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”.

poteva prevedere le conseguenze di un suo comportamento in base ad una consolidata prassi giurisprudenziale posta in essere dall'organo giudicante, in questo caso la Commissione. L'impugnazione avrebbe potuto venire accolta solo nel caso (è non appare questo assumibile nella vicenda Danone) in cui l'autorità giudicante avesse posto in essere "un'interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non [fosse stato] prevedibile nel momento in cui l'infrazione [venne] commessa, alla luce, in particolare, dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza relativa alla disposizione legale in questione". Essendo riscontrabile, per la Corte, una giurisprudenza costante "ne consegue che un metodo di calcolo delle ammende come quello adottato dal Tribunale nella sentenza impugnata era ragionevolmente prevedibile per un'impresa come il Groupe Danone all'epoca in cui sono state commesse le infrazioni di cui trattasi".

Il principio di legalità e con questo la connessa certezza del diritto appaiono, pertanto, non più declinabili lungo il granitico asse della disposizione legislativa, ma, al contrario, acquistano nuovo significato rapportandosi direttamente con la giurisprudenza, che diviene, quindi, il punto di riferimento da seguire, una sorta di stella polare, per indirizzare la navigazione nella giusta direzione senza incontrare ostacoli di sorta (rappresenta, pertanto, quel *diritto interno o internazionale*, a cui fa esplicito riferimento il primo comma dell'articolo 7 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*).

La determinazione della norma penale e della relativa sanzione, spetta, pertanto ed in ultima istanza, non tanto (o non soltanto) al potere legislativo, quanto (anche) al potere giudiziario nel momento in cui effettua l'interpretazione della disposizione in funzione della sua applicazione (nella sentenza del febbraio 2007, leggiamo, infatti, "se è necessario per garantire l'attuazione della politica comunitaria [...] la Commissione [può] sempre adeguare il livello delle ammende alle esigenze di questa politica"). Il punto a cui riferirsi, anche all'interno dei sistemi *continentali*, appare, pertanto, più che la previsione legislativa, a cui faceva riferimento la prassi e la dottrina degli ordinamenti di *civil law*, il precedente giudiziale, tanto da poter supporre che il momento di produzione del diritto (su cui predicare intorno al principio di legalità e, soprattutto, alla certezza dello stesso) venga a spostarsi dal potere legislativo a quello giudiziario⁷⁰.

70 Pare opportuno richiamate in proposito le riflessioni di Gino Gorla, che, sia pure senza alcun riferimento alle istituzioni europee, in merito alle ragioni per l'osservanza

Al di là delle considerazioni sopra richiamate, va ancora rammentato come, in ogni caso, l'attività interpretativa ha sempre quale proprio oggetto, per riconoscimento implicito della Corte europea, proposizioni redatte con il linguaggio ordinario e, pertanto, affette dai cosiddetti difetti propri a tale linguaggio⁷¹.

del precedente giudiziario, rileva come lo stesso, “indipendentemente dal carattere giuridicamente vincolante o meno [...] o dall'esistenza di un dovere *giuridico*” può ritrovare osservanza anzitutto in ossequio al principio della “tutela dell'affidamento di chi, facendo appunto affidamento sui precedenti, ha compiuto certi atti o tenuto certi comportamenti. Il mutamento di giurisprudenza colpisce [...] la persona che avendo fatto quell'affidamento, è parte nel giudizio che porta alla nuova decisione contenente tale mutamento. [...] Questa ragione di tutela dell'affidamento viene di solito fatta valere contro i mutamenti di giurisprudenza, cioè di precedenti, concernenti «questioni di diritto»; e si parla in proposito di esigenze della «certezza del diritto». Appare, pertanto, necessario che l'evoluzione giurisprudenziale avvenga in modo graduale e che i precedenti vengano abbandonati solo per *gravi* ragioni, le quali “di solito consistono nel mutamento delle condizioni economico-sociali (concetto comprendente anche fatti di costume, valori, e, nell'economia, le nuove tecniche di produzione e simili) sulle quali si basava la precedente giurisprudenza”. Accanto a questa prima ragione intorno all'opportunità della vigenza del precedente, Gorla pone l'osservanza del principio di uguaglianza inteso quale uguaglianza di trattamento di casi simili e l'esigenza di uniformità della giurisprudenza, ovvero l'esigenza dell'unità del diritto (le citazioni sono tratte dalla voce *Precedente giudiziale* redatta per la *Enciclopedia giuridica Treccani*, pp. 5-6).

Va rilevato come possa ritenersi implicita nella speculazione del Gorla, attraverso il richiamo alla tutela dell'affidamento, la funzione normativa del precedente giudiziale, il quale, nella prassi, ha funzione prevalente nel indirizzare il comportamento dei consociati rispetto alla mera disposizione legislativa, alla quale (o alle quali) il precedente, almeno in regime di *civil law*, si ricollega. Sicché è avuto riguardo al sistema dei precedenti, e non alle disposizioni in se stesse, che si può, per Gorla, riconoscere e predicare la certezza del diritto.

71 Nella richiamata sentenza delle Sezioni Unite possiamo, infatti, leggere: “la Corte europea, dopo aver ribadito i principi consolidati in merito alla nozione di diritto, ha affermato che «a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste ... non può presentare una precisione assoluta», posto che si serve di «formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica; pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria ...; del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza ... contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale»”.

Per la sentenza delle Sezioni Unite del gennaio 2010, la giurisprudenza europea riconosce “«una relazione di tipo concorrenziale» tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso unicum, che coniughi tale dato con l’atteggiarsi della relativa prassi applicativa”. In questo contesto, “il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell’esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l’interpretazione che ne viene data”; va altresì rilevato come, per le Sezioni Unite ed alla luce della giurisprudenza europea, “la struttura necessariamente

Le Sezioni Unite richiamano dal testo delle sentenze *Scoppola vs. Italia* (17 settembre 2009) e *Previti vs. Italia* (8 dicembre 2009). Riportiamo il testo in oggetto tratto dalla traduzione non ufficiale, a cura della Unione forense per la difesa dei diritti umani, della sentenza *Scoppola vs. Italia*, tralasciando i richiami ai precedenti della Corte europea dei diritti dell’uomo dalla stessa menzionati: “la nozione di «diritto» («law») utilizzata nell’articolo 7 corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale ed implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell’accessibilità e della prevedibilità. Anche a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste ultime non può presentare una precisione assoluta. Una delle tecniche-tipo di regolamentazione consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Molte leggi si servono anche, per forza di cose, di formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica. Pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto possa essere chiaro il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisogna sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un’eccessiva rigidità; il diritto deve sapersi adattare ai cambiamenti di situazione. La funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l’interpretazione delle norme. Del resto è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all’evoluzione progressiva del diritto penale. Non si può interpretare l’articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l’interpretazione giudiziaria in una causa all’altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile”. Tali argomentazioni si ritrovano sostanzialmente identiche nella successiva sentenza *Previti vs. Italia*. In riguardo alla modificazione del principio di legalità offerto dalla giurisprudenza europea centrale risulta il riferimento già effettuato alla sentenza *Groupe Danone vs. Commissione delle Comunità europee* del 8 febbraio 2007.

generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività «concretizzatrice» della giurisprudenza”.

Dalla stessa giurisprudenza europea le Sezioni Unite riflettono, anche in campo penale, una diversa declinazione di quell'aspirazione alla certezza del diritto, che ha caratterizzato lo svolgersi della compagine statutale moderna; infatti, “gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità di cui parla la Corte si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma «vivente», risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici”⁷².

Al di là della cogenza della giurisprudenza europea rispetto ai diritti

72 Indicativa di tale tendenza *creatrice* della giurisprudenza in ambito penale appare la recente sentenza della Cassazione penale, n. 6462 del 21 febbraio 2011, che investe l'articolo 513 *bis* del Codice penale, il quale recita al suo primo comma: “chiunque nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva, compie atti di concorrenza con violenza o minaccia è punito con la reclusione da due a sei anni”.

Per intanto va rilevato come, stante alla seconda sezione della Cassazione penale, “la norma in esame è stata introdotta [...] proprio con la finalità, peraltro non risultante dal testo normativo, di reprimere l'illecita concorrenza attuata con metodi mafiosi che impedisce il libero giuoco del mercato”. Sicché, per inciso, qui ha rilievo assoluto ed a scapito del significato proprio delle parole, la (presunta) volontà del legislatore.

Or bene, la Cassazione, nella sopra richiamata sentenza, ritiene, come “l'utilizzo del metodo mafioso – che non ha bisogno se non in casi estremi della minaccia aperta e della violenza fisica e che ha determinato l'assoggettamento degli imprenditori alla volontà e alle regole del sodalizio dominante sul territorio – ha leso il bene protetto dalla norma incriminatrice, cioè la libertà di impresa e il libero giuoco della concorrenza senza che fosse necessaria la consumazione di alcuna forma di violenza fisica o di minaccia esplicita”. Ciò perché “il testo dell'art. 513 *bis* cp (che fa esclusivo riferimento ad “atti di concorrenza con violenza o minaccia”) e la ratio della norma [...] desumibile da un precedente della Cassazione penale – sentenza n. 180706 del 1989 [...] non lasciano dubbi sul fatto che la concorrenza sleale punita dalla norma in esame si realizza sia quando la violenza o la minaccia è esercitata in maniera diretta contro l'imprenditore concorrente, sia quando l'obiettivo è perseguito in modo indiretto [...]. Ai fini del reato, in altri termini, si richiede esclusivamente l'esistenza di comportamenti caratterizzati da minaccia o violenza (indipendentemente dalla direzione della stessa)”. Va, infatti, rilevato che il giudice di merito aveva riscontrato la “assenza di atti di prevaricazione posti in essere direttamente od indirettamente nei confronti di uno o più concorrenti determinati o determinabili [...] dall'attività investigativa non erano emersi episodi, riferibili agli [appartenenti del sodalizio criminale denominato «clan dei Casalesi»] di illecita concorrenza, con violenza e minaccia” specificatamente diretti, nel caso in specie, nei confronti degli imprenditori concorrenti, ma soltanto una generale “modalità mafiosa” di controllo del mercato. Ciò non di meno la Cassazione ritiene che il reato contestato, di cui all'articolo 513 *bis* del Codice penale, sia “perfettamente configurabile sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo”.

nazionali, che di per sé eliminerebbe ogni dubbio sulla portata della pronuncia richiamata dalla Suprema Corte italiana sulla sua giurisprudenza e più in generale sull'ordinamento giuridico italiano⁷³, le Sezioni Unite hanno ritenuto necessario indagare il riconoscimento di un duplice sistema di fonti alla luce dell'ordinamento interno al fine di vagliare la tenuta delle affermazioni della Corte europea nel nostro specifico ambito.

In proposito la Cassazione riconosce che sussista l'uso del sintagma /diritto vivente/ nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, tanto da poter affermare che lo stesso si affianchi alla mera disposizione legislativa e da questa si distingua. Al fine di riconoscere questa dualità, le Sezioni Unite ritengono di dover risalire sino agli albori dell'attività della Corte Costituzionale, richiamando la sentenza numero 3 del giugno del 1956, nella quale, come già osservato, possiamo leggere: “la Corte

Il tutto, dal punto di vista prettamente formale, in palese violazione con la disposizione contenuta nell'articolo 12, comma primo, e dell'articolo 14 delle Disposizioni sulla legge in generale, nonché del principio della riserva di legge, il quale appare ben esemplificato nella disposizione contenuta nel comma secondo dell'articolo 25 del Dettato costituzionale: “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”; disposizione che ritrova eco nell'articolo primo del Codice penale, ai sensi della quale “nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”. Da un diverso punto di vista la pronuncia della Cassazione invece si colloca perfettamente nell'alveo tracciato dalla giurisprudenza europea con la richiamata sentenza Danone; infatti, la Cassazione opera attraverso la sua attività interpretativa al fine di garantire l'attuazione delle politiche criminali poste in essere dallo stato adeguando (sia pure indirettamente) i livelli di incriminazione e la conseguente erogazione di pena alle esigenze di queste politiche più che alla lettera delle disposizioni legislative. Solo per inciso va fatto cenno a come la *politica* della Cassazione in questa materia ritrovi esplicito assenso in ambito sociale, ovvero sia adeguata alle esigenze del contesto sociale che si propone di regolamentare; a titolo di esemplificazione cfr. il pezzo di Giovanni Negri, *La Cassazione, la mafia e il libero mercato* apparso sulla prima pagina de “Il sole 24ore” del 23 febbraio 2011.

73 Di recente la Cassazione ribadisce “l'obbligo per il giudice interno di non contraddire la statuizione contenuta nella sentenza della Corte europea [...] dovendosi affermare conclusivamente che la decisione definitiva della Corte dei diritti dell'uomo ha effetti precettivi immediati assimilabili al giudicato ed, in quanto tale, deve essere tenuta in considerazione dall'organo dello Stato che, in ragione della sua competenza, è al momento il destinatario naturale dell'obbligo giuridico, derivante dall'art. 1 della Convenzione[per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali], di conformare e di non contraddire la sua decisione al deliberato della Corte”, così la terza sezione civile con sentenza n. 19985 del 30 settembre 2011.

[...] non può non tenere in debito conto di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisce al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero, come è vero, che le norme sono non quali appaiono proposte in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci”. Già dalla terza sentenza della Corte Costituzionale si evince come, accanto al precetto legislativo, sussista un *diritto vivente* posto in essere dall’attività interpretativa ed applicativa della giurisprudenza⁷⁴.

L’uso del sintagma e del corrispondente senso, diviene costante nel lessico del *Giudice delle leggi* a partire dalla sentenza n. 276 del dicembre 1974, nella quale si fa riferimento al “diritto vivente, ossia il «sistema giurisprudenziale» formatosi, nel difetto di espresse disposizioni della vigente legge fallimentare [...] il quale] sistema di diritto vivente, elaborato dalla giurisprudenza, corrisponde ai criteri cui si informa la disciplina della materia fallimentare, e non contrasta con principi o precetti costituzionali”.

Che la Corte Costituzionale dia per assodato l’esistenza di un diritto giurisprudenziale tratto dai precetti legislativi, ci viene confermato da una più recente pronuncia, che richiama i temi oggetto della disamina della Cassazione nella sentenza qui citata. A tale proposito, nella sentenza n. 348 del ottobre del 2007, pertanto di due anni antecedente all’intervento delle Sezioni Unite, la Corte rileva come “le norme giuridiche vivono nell’interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo [...] pertanto [...] la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell’interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata”.

All’interno di questo contesto, illuminato sia dalla giurisprudenza europea, che dalla giurisprudenza costituzionale italiana, le Sezioni Unite nella sentenza del gennaio del 2010 giungono a riconoscere, per un verso: “è al «diritto vivente» [...] che il Giudice delle leggi fa riferimento, per definire propriamente l’oggetto del sindacato di costituzionalità, rinunciando a imporre la propria libertà interpretativa e ritenendosi

⁷⁴ Va rilevato come sul *diritto vivente* la Corte esprime il suo sindacato di costituzionalità; a titolo d’esempio, si può richiamare la sentenza n. 198 del 14 dicembre 1972, ove possiamo leggere: “così interpretata ed applicata la disposizione denunciata vive nella realtà concreta in modo incompatibile col principio di eguaglianza enunciato dall’art. 3 della Costituzione”.

vincolato all'esegesi dei giudici ordinari"⁷⁵; per altro: "la nozione di «diritto vivente» è correlata a quella di giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in ragione del compito di nomofilarchia alla stessa assegnato dall'ordinamento giudiziario".

Sicché emerge con chiarezza come, da un lato, si può riconoscere nell'ordinamento giuridico italiano la sussistenza di un diritto

75 Si può rilevare un uso ormai costante del sintagma /diritto vivente/ all'interno della giurisprudenza della Corte Costituzionale; in proposito ed a titolo di esemplificazione, in alcune recenti pronunce possiamo leggere: "il dettato letterale della norma, dunque, non richiama il valore agricolo medio, tuttavia la giurisprudenza della Corte di cassazione, con indirizzo ormai configurabile come diritto vivente, ha ripetutamente affermato che gli artt. 15 e 16 della legge n. 865 del 1971 [...] vanno letti in collegamento l'uno con l'altro, sicché il valore agricolo menzionato all'art. 15, primo comma, secondo periodo, è per l'appunto il valore agricolo medio contemplato dal combinato disposto delle due norme", così la sentenza n. 181 del 7 giugno 2011; "il giudice a quo richiama i precedenti di questa Corte, menzionati in narrativa, e pone l'accento sull'ordinanza (recte: sentenza) n. 20 del 2009, che ha preso atto dell'evoluzione della giurisprudenza del Consiglio di Stato, ormai consolidata sul principio della sufficienza del punteggio numerico, da considerare diritto vivente e, quindi, suscettibile di essere sottoposto allo scrutinio di legittimità costituzionale", così la sentenza n. 175 del 19 aprile 2011; "va premesso che la rimettente Corte di cassazione, nel richiamare il diritto vivente costituito dalle proprie pronunce in materia, ha inteso farne proprie le argomentazioni, evidenziando – implicitamente, ma chiaramente – l'impossibilità di pervenire ad una diversa interpretazione della norma denunciata", così la sentenza n. 172 del 19 aprile 2011. La Corte costituzionale non si limita soltanto a riconoscere l'esistenza di un diritto vivente, frutto di produzione giurisdizionale, sul quale pronunciarsi, ma all'incontrario ne ravvisa anche la non presenza; a tale proposito va richiamata la sentenza n. 103 del 9 marzo 2011, ove si può leggere: "il rimettente si limita apoditticamente ad affermare detta asserita portata derogatoria e limitativa della disposizione censurata, senza tuttavia (in assenza peraltro, nello specifico, di univoci precedenti giurisprudenziali, e, quindi, di diritto vivente), tentare di sperimentare diverse interpretazioni idonee a preservare la norma stessa dai sollevati profili di denunciata incostituzionalità".

È stato sottolineato come "nella giurisprudenza vivente delle Corti costituzionali ciascuna decisione è sensibilmente condizionata dai precedenti, ma si sviluppa gradualmente, tramite interpretazioni e continui aggiustamenti dei precedenti, con un'attenzione che investe tanto la razionalità e la coerenza della soluzione normativa, quanto la ragionevolezza con cui il caso in esame è trattato, e quindi con uno strettissimo legame istituito tra il diritto e il contesto sociale che lo circonda", così G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., p. 32.

Sulla formula diritto vivente presente nella giurisprudenza costituzionale cfr. anche L. Mengoni, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit. (ma 1990), pp. 153-163.

vivente, distinto dalla disposizione legislativa, che produce i suoi effetti regolamentativi, un diritto vivente il quale, non la disposizione legislativa, è oggetto dell'attività di sindacato costituzionale delle leggi ex articolo 134, comma primo, della Costituzione; dall'altro, come tale diritto ha una fonte non esclusivamente legislativa, ma anche (e soprattutto) giurisprudenziale, ovvero è tanto il frutto dell'attività legislativa, quanto dell'attività interpretativa degli organi giudiziari. A questi è di fatto riconosciuto il compito di produrre il diritto⁷⁶.

Infatti, per le Sezioni Unite, “il diritto vivente postula [...] la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente «creativa» della interpretazione, la quale senza varcare la linea di rottura col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima”.

Sicché, in buona sostanza, la giurisprudenza di Cassazione riconosce, anche sulla scorta delle pronunce della Corte Costituzionale, un ruolo fisiologicamente creativo di diritto all'attività interpretativa posta in essere

76 La Suprema Corte offre un tentativo di costruzione gerarchica di tali fonti giurisprudenziali del diritto, nel momento in cui rileva, nella sentenza n. 18288 del 2010, come “tali pronunce [giurisprudenza consolidata o costante, con particolare riguardo a quella della Corte di Cassazione] meritano una considerazione preminente, perché sono il frutto del lavoro esegetico della Corte Suprema finalizzato a garantire «quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini». Per le decisioni di legittimità predomina sul «criterio quantitativo» quello «qualitativo di grado» e della funzione rivestiti dall'Autorità Giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa, con la conseguenza che è sufficiente «anche una sola decisione della corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite», posto che queste risolvono questioni di diritto di speciale importanza, dirimono contrasti insorti o anche potenziali tra le decisioni delle singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata all'affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza (cfr. C. cost. sentenze n. 317/2009, n. 260/1992, n. 292/1985, n. 34/1977)”. In tal modo possiamo evincere una sia pure abbozzata gerarchia delle fonti del diritto vivente, ove primeggia, secondo le argomentazioni della Cassazione qui riportate, la giurisprudenza del giudice di legittimità, *in primis* delle Sezioni Unite, sino a discendere verso il giudice di merito.

dai giudici⁷⁷; tale attività produttiva di diritto ritrova, come nell'ambito della produzione legislativa, una propria strutturazione gerarchica che vede poste al suo vertice la giurisprudenza delle Sezioni Unite. In tal modo, pare, che le intuizioni, che qui ascriviamo a Zagrebelsky⁷⁸, ritrovino precisa ed inequivocabile conferma, per un verso, nella giurisprudenza costituzionale, per altro, nella giurisprudenza di legittimità.

9 – LA NORMA GIURIDICA È SOGGETTA A *DINAMICHE EVOLUTIVE*

In proposito non può essere sottaciuto come in forma solo apparentemente difforme da quanto ora sostenuto pare porsi la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione civile, n. 15144 del 21 giugno del 2011, in materia “del valore del precedente e dell'efficacia temporale della c.d. *overruling*”⁷⁹. Se, in buona sostanza, le Sezioni Unite ribadiscono come nel nostro ordinamento non ha vigore il principio dello *stare decisis*, caratterizzante invece gli ordinamenti di *common law*, e, pertanto, nel rigettare ogni riferimento ad una produzione normativa fondata sul precedente giudiziale, ritengono che le prassi giurisprudenziali proprie a tale contesto non possano trovare accoglimento nel sistema italiano, ciò non di meno esplicitano alcune importanti “opzioni di principio”, le quali ci riconducono, di fatto, nell'alveo segnato dalle Sezioni Unite penali nel gennaio del 2010. Appare dunque importante soffermarsi, sia pure brevemente, su tali *opzioni*.

Da prima la sentenza 15144 del 2011, nel ribadire come nel nostro ordinamento, “la norma giuridica [...] trova propriamente la sua *fonte di produzione* nella *legge* (e negli atti equiparati), in atti, cioè, di *competenza*

77 Cfr. ancora G. Gorla, *sub voce* *Precedente giudiziale*, cit. nonché, sempre in tema di precedente, la voce *Giurisprudenza* da egli redatta per l'*Enciclopedia del diritto*, pp. 496-497, ove possiamo leggere: “un rafforzamento dell'autorità del precedente giudiziale (sia esso o meno vincolante) potrebbe derivare dalla minor autorità che per varie ragioni i tribunali riconoscono alla legge, dalla scarsa considerazione in cui la tengono, dalla loro tendenza a modificarla o a farne una «interpretazione» libera, dal loro disaccordo con i legislatori su certe direttive di «politica legislativa»”, così a p. 497.

78 Cfr. però anche le qui richiamate posizioni assunte da Fiandaca e Kostoris.

79 Per un primo approccio alla questione dell'*overruling* cfr. M. G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000, pp. 270 e segg. e H. P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, trad. it. Bologna, 2011, pp. 417 e segg.

esclusiva degli organi del Potere legislativo”, riconosce altresì come la stessa norma giuridica “nella sua effettività, è l’espressione di un pensiero diffuso che si forma ascoltando le istanze della comunità territoriale e ne metabolizza le esigenze”. Quest’ultima affermazione, frutto del riconoscimento di un dualismo offerto dalla sincronica presenta nell’ordinamento di disposizioni legislative e di norme giuridiche dalle prime tratte, risulta centrale per confermare l’ipotesi di un diritto sociale, ovvero della presenza operante nel contesto sociale di norme giuridiche che metabolizzano le istanze ivi presenti; non si nega, pertanto, in alcun modo l’opportunità di un procedere *intersistemico* dell’attività interpretativa posta in essere dalla giurisprudenza, che anzi viene esplicitamente affermata, si pone, cosa del resto connaturata ad un sistema di *civil law*, al centro di questa attività la disposizione legislativa e non la pura volizione creativa, in vero più che coordinata e gerarchizzata nei sistemi di *common law*⁸⁰, delle corti giudicanti.

Il ribadire il principio di stretta legalità (“nel quadro degli equilibri costituzionali – ispirati al principio classico della divisione dei poteri – *i giudici* – estranei al circuito di produzione della norme giuridiche – sono appunto – per disposto dell’art. 101, comma 2°, Cost. – “*soggetti alla legge*”. Il che realizza *l’unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare*, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l’espressione prima”), pare assumere il senso sopra detto, ovvero relativo al riconoscimento dell’ineludibile presenza della disposizione legislativa, dalla quale il giudice, previa interpretazione, deve trarre la norma giuridica⁸¹.

Tale modo di intendere la soggezione del giudice alla legge, ci pare in vero confermato dalla stessa Cassazione nel momento in cui rileva come “la norma, una volta posta in essere, non resta cristallizzata in se stessa, ma è soggetta, *ex se*, a *dinamiche evolutive*”, che non possono che ritrovare nell’opera della giurisprudenza il proprio motore. Infatti, sempre a detta della Cassazione qui richiamata, la norma, nel tempo,

80 Cfr. per tutti i testi richiamati nella nota precedente.

81 Tralasciamo di rilevare una contraddizione terminologica nel dire della Suprema corte, da noi risolta – forse arbitrariamente – attribuendo all’espressione “produzione di norme giuridiche” il significato di *produzione di disposizioni legislative*; se così non fosse, l’intero argomentare nella sentenza risulterebbe, infatti, privo di senso – si pensi a quanto affermato nel capoverso precedente.

“è suscettibile di assumere una molteplicità di contenuti, in relazione ed entro il limite dei *significati* resi possibili dalla plurivocità del *significante* testuale”. Sicché, nel richiamare l’esistenza di un cornice di significati legittimamente possibili – che di per sé non coincidono con gli ipotetici possibili significati presupposti dal legislatore, la cornice si determina piuttosto dal porsi della norma “come *elemento* (di un settore) *di un sistema* ordinamentale” ed è pertanto rispetto al sistema ordinamentale che si determina, non da un punto di vista semantico, la cornice dei significati legittimi –, la Cassazione demanda all’attività giurisprudenziale il compito di scelta del significato possibile da attribuire alla disposizione, ovvero al “significante testuale” posto in essere dal potere legislativo, che in virtù della sua elasticità, “di volta in volta adegua il suo contenuto, in guisa da conformare il predisposto meccanismo di protezione alle nuove connotazioni, valenze e dimensioni che l’interesse tutelato nel tempo assume nella coscienza sociale, anche nel bilanciamento con contigui valori di rango superiore, a livello costituzionale o sovranazionale”. L’adeguamento a cui viene fatto riferimento dalla Suprema corte non può che avvenire per tramite dell’attività giurisprudenziale, la quale viene investita, sia pur *implicitamente*, del rango di creatrice della norma giuridica.

Pur tuttavia va segnalato come la Cassazione nella sentenza n. 15144 del 2011, questa volta esplicitamente, nega il carattere creativo dell’attività giurisprudenziale, nel designarlo, con termine meno pregnante, come *disvelativo*. Infatti, riconoscendo come il “*diritto vivente* è fenomeno oggettivo”, la Cassazione lo ritiene “per un verso legato alla *natura assiologia* della norma e, per altro verso, determinato dalle *dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale*”; il diritto, pertanto, vive, per così dire, in modo *spontaneo* all’interno della realtà sociale che è chiamato a regolamentare, ma questo esistere spontaneo necessita di istituzionalizzazione per divenire regola dei rapporti, e questo compito, in vero duplice in quanto contemporaneamente di ricerca, ovvero di disvelamento, e di istituzionalizzazione, è affidato alla giurisprudenza. Per la sentenza richiamata, il diritto vivente è “fenomeno che, per la sua complessità, esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela, ma non per questo lo crea; nel senso, dunque, che il «diritto vivente» esiste *al momento* – *ma non* (solo) *per effetto* – della interpretazione dei giudici”.

Dalla lettura del testo della sentenza n. 15144 del 2011 se appare chiaro che l’atto creativo del diritto vivente non possa venire ascritto

in toto all'attività della giurisprudenza, non per questo può nemmeno ricondursi in modo esclusivo all'opera del legislatore, il quale, all'interno di questo quadro, si limita a porre la disposizione dalla quale, avuto riguardo vuoi alle "istanze della comunità territoriale", vuoi al "sistema ordinamentale", nel quale andrà a collocarsi, viene tratta, dal giudice, la norma giuridica. Va però evidenziato come l'attività del disvelare non ha ad oggetto esclusivo o principale la disposizione legislativa, ma abbraccia assieme a questa e paritariamente il sistema valoriale vigente, che informa gli interessi della comunità, e l'insieme delle altre norme giuridiche vigenti in quel determinato settore tanto da dar vita ad una forma di interpretazione *intersistemica*, ovvero ad un'attività interpretativa che pone in relazione sistemi normativi fra loro differenti, ma tutti convergenti all'atto della posizione della norma giuridica.

Così per lo meno pare evincersi dalla richiamata sentenza, che se allontana la prassi giudiziaria nazionale dal mondo del *common law*, non per questo non riconosce una attiva partecipazione della giurisprudenza all'opera di ordinamento giuridico della società, opera che si sostanzia attraverso la posizione delle norme giuridiche.

La sentenza in oggetto va letta forse più alla luce di voler riconfermare le caratteristiche precipue dell'ordinamento interno rispetto a quelli di ispirazione anglosassone, che quale negazione di ogni ingerenza del giudice nella produzione del diritto vigente; si può ritenere, infatti, che le Sezioni unite abbiano voluto, anche in questa occasione, legittimare l'operato di una giurisprudenza *attivista* nell'ambito del nostro ordinamento, ma indicare che tale attivismo, da cui il forte richiamo alla distinzione fra il sistema interno e quelli di *common law*, debba incanalarsi lungo gli assi portanti del nostro ordinamento, i quali convergono verso una prospettiva che vede il compenetrarsi dell'operato della giurisprudenza con quello, a questo antecedente non solo da un punto di vista cronologico, del potere legislativo, in modo da dar vita ad una norma giuridica che ritrovi nella disposizione legislativa (e contemporaneamente nelle istanze della comunità) la propria fonte. Ribadendo però, sia pure in modo implicito, che il diritto nella sua effettività non è la disposizione legislativa, ma la norma giuridica, che vede nella prima solo una delle proprie fonti, che non può venire elusa dall'attività giurisprudenziale⁸².

82 Viene in proposito ribadito, anche con riguardo alla qui richiamata sentenza, come "nell'insieme si tende a riconoscere francamente il ruolo creativo di norme che il

10 – PER UNA POSITIVITÀ DEL DIRITTO NON FONDATA SULLA VOLONTÀ SOVRANA

Chiusa questa importante digressione, va riconosciuto come il riferimento a Zagrebelsky ci permette di meglio specificare il rapporto e la differenza fra quella volontà, a cui Irti imputa le derive nichilistiche, e l'interpretazione quale attività creativa del diritto. È ben vero che Irti ricolleggi specificatamente la volizione sregolata all'attività legislativa, ciò non di meno è possibile riconoscere una sua pervasività anche nel campo interpretativo, a maggior ragione richiamando una concezione creativa dell'interpretazione, all'interno della quale l'interprete può arrogarsi un compito di *deus ex machina*, ovvero di *padrone* del diritto. È stato già osservato in altro luogo⁸³, come la concezione dell'interpretazione *a-sistemica*, parimenti, anche se per diversi aspetti, alla concezione *intra-sistemica*, si ricollegano entrambe a fenomeni interpretativi chiaramente indirizzati da una volizione; nel primo caso, si esalta la volontà dell'autorità interpretativa, che assume al ruolo di legislatore del caso particolare, nel secondo primeggia, invece, per bocca dell'interprete, la volontà del legislatore, della quale l'interprete è mero veicolo. Sia l'una, che l'altra concezione possono convergere verso una prospettiva nichilista, così come è stata descritta da Irti. All'interno di una rappresentazione in chiave *a-sistemica* dell'interpretazione sarà l'interprete stesso che potrà porsi quale sovrano sciolto da ogni vincolo, forgiando a suo piacimento, per il solo fatto di essere investito di tale autorità⁸⁴, il diritto, ovvero la norma giuridica regolante il caso. Sull'altro versante, quello proprio ad una interpretazione *intra-sistemica*, l'interprete, non avendo altro compito che quello di dar voce alla volontà legislativa, la legge, alla quale è totalmente sottomesso, non potrà far altro, nella sua attività ripetitiva, che rendere cogente la

giudice necessariamente svolge affrontando i singoli casi concreti”, così F. Cavalla, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, Napoli, 2011, p. 212.

83 Cfr. *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alterativo del diritto*, cit., p. 164.

84 Richiamiamo le riflessioni di Hans Kelsen in merito a quella che egli, nel § 46 della sua *Reine Rechtslehre*, nomina interpretazione autentica; qui possiamo leggere a p. 387 della trad. it. cit: “grazie a [... un] atto di volontà, l'interpretazione giuridica dell'organo che applica il diritto si distingue da ogni altra interpretazione. [...] L'interpretazione da parte dell'organo che applica il diritto è sempre autentica. Essa crea diritto.”

volizione prodotta dal legislatore. Nel primo caso, l'attività interpretativa è la causa prima della deriva nichilistica, nel momento in cui crea da nulla, piegando al proprio volere le disposizioni legislative, delle regole giuridiche confacenti alle sue proprie finalità; nel secondo, l'attività in parola è meramente sussidiaria a quella del legislatore (Satta, nella citata voce *Giurisprudenza*, parla di giuoco delle parti: l'una comanda, l'altra fa obbedire), ed è volta a dare vigenza nella realtà sociale alla volizione legislativa, la quale, se sregolata, cosa del resto suggeritaci da Irti, determinerà l'affermarsi di una deriva nichilistica nel mondo del diritto, della quale l'interprete diviene concausa.

In entrambe le prospettive l'interprete è determinato esclusivamente dalla volontà (propria o del legislatore), pertanto il diritto, si palesi questo come norma creata dall'interprete oppure come legge da questi pedissequamente applicata, è pura espressione di volontà; è la volontà a vincolare il diritto e non viceversa, proprio perché il diritto, come dice Irti, si fonda *su nulla*⁸⁵.

Scevera da derive nichilistiche pare invece proporsi la concezione *inter-sistemica* dell'interpretazione, la quale non costituisce la propria attività in funzione di una manifestazione di volontà, sia questa riconducibile alla volizione dell'interprete, oppure a quella del legislatore. In tale prospettiva l'interpretazione si dispiega in funzione della mediazione tra realtà pre-esistenti al suo sorgere, siano queste le disposizioni legislative, i valori e le regole sociali vigenti, gli interessi compresenti nel contesto sociale in cui si genera lo stesso caso da dirimere attraverso la controversia. Tali presenze fanno sì che l'attività interpretativa, ponendosi pienamente quale esperienza giuridica, non si attui attraverso

85 Non appare fuori luogo rammentare, in tema di nichilismo, come l'opera più nota di Max Stirner, *Die Einzige und sein Eigentum*, di cui si rimanda alle trad. it. a cura di G. Penzo, Bologna, 1982 e a cura di R. Calasso, Milano, 1979, ritrova quale *incipit* e chiosa finale un verso di Goethe: *Ich hab' mein' Sach' auf Nichts gestellt* (ho fondato la mia causa su nulla). Sarebbe oltremodo interessante indagare le implicazioni giuridiche del pensiero stirneriano avuto riguardo alla deriva nichilistica denunciata dall'Irti. In proposito si rimanda a C. Menghi, *Individualismo collettivismo autonomia. Dall'estinzione del diritto alla politica dei desideri*, Milano, 1984, E. Ferri, *L'antigiuridismo di Max Stirner*, Milano, 1991 e alla raccolta di saggi, curata dallo stesso Ferri, *Max Stirner e l'individualismo moderno*, Napoli, 1996 (con contributi di F. De Sanctis, C. Cesa, D. McLellan, C. Menghi, W. J. Brazill, F. Bazzani, F. Andolfi, A. Rizzacasa, A. Punzi, T. Hünefeldt, A. Negri, C. Roehrsen, M. La Torre, M. Cossutta, G. Berti, J. E. Bauer, B. A. Laska, L. L. Rimotti, M. Milli, E. Castana, G. Penzo, R. W. K. Paterson, A. Signorini, P. Vandrepote, G. Modica, C. Scilironi e dello stesso Ferri).

il dispiegarsi di una pura volontà che tenti di imporsi sulla realtà sociale da regolamentare, ma sia proprio da questa realtà indirizzata e, dunque, limitata. Il prodotto dell'interpretazione non appare pertanto il frutto di uno sconosciuto *sic volo*, piuttosto di una mediazione, in funzione della coesione sociale, delle forze normative operanti nel contesto. Il diritto, se viene istituito formalmente nella risultante dell'attività interpretativa (la cosiddetta interpretazione-prodotto, che designa la norma giuridica), non per questo viene creato da nulla attraverso un atto di volontà; infatti, alla produzione giuridica concorrono molteplici fonti e fattori, che ritrovano nell'attività interpretativa coordinamento e mediazione. La posizione della norma non appare, quindi, l'esclusivo frutto di un atto di volontà; se in un atto si palesa (e non può essere che così, basti richiamare la sentenza), esso non appare affatto fondato *su nulla*, ma l'attività di chi lo pone è preparata, influenzata, incanalata dalle vive forze normative, le quali, operando nella realtà sociale, ne sono gli elementi costitutivi⁸⁶.

Sicché l'interpretazione nella sua concezione *inter-sistemica* non si lega alla pura volontà dell'autorità competente, perché questa è condizionata da tutti i sistemi normativi, non solo da quelli formalmente statuiti, socialmente vigenti in quanto operanti nella società.

Va quindi rilevato come l'interpretazione-prodotto è la risultante di una unità giuridica propria al contesto sociale nel quale avviene l'interpretazione-attività, la quale, attraverso la posizione di norme, fonda, a sua volta, una unità giuridica, che ha quale punto di riferimento non il sistema astrattamente inteso, ma lo stesso contesto sociale al quale si rivolge. All'intero di questo processo di ordinamento giuridico della realtà risulta pertanto centrale non tanto, come nei modelli *intra-sistemici*, il metodo logico-deduttivo, ma quello dialettico, ove l'argomentazione del socialmente verosimile prende il posto della astratta correttezza logico-formale. In questo senso, è l'attività

86 Mengoni rileva come “nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi non giuridici o pregiudiziali (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito delle nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulate dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedente, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificatamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il senso”, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, cit., p. 19.

dialettica a informare l'interpretazione ed è ancora la dialettica il fondamento dell'unificazione (sempre in divenire) delle pretese sociali in ordinamento giuridico. L'unità giuridica si fonda di volta in volta attraverso l'argomentare dialettico⁸⁷.

Ci troviamo di fronte, come è stato sottolineato, ad una *regolamentazione giuridica fluida*⁸⁸, ma non per questo disaggregata, che ritrova in una sorta di diritto *flessibile* il principale strumento di ordinamento giuridico della società⁸⁹. Tale terminologia, che può venire ricompresa nella nozione di *diritto mite*⁹⁰, evoca, come

87 Per un primo approccio vedi, fra gli altri, oltre ai riferimenti bibliografici offerti nel precedente capitolo, G. Cavazzi, *sub voce Topica giuridica*, in *Nuovissimo digesto italiano*.

88 “Per non perdere capacità regolamentativa (nel senso di capacità di assolvimento delle sue funzioni essenziali), il diritto, come tutte le altre strutture componenti il nucleo normativo delle società modernizzate, è divenuto flessibile ed ora tende a creare spazi di discrezionalità, fissando criteri, standard, principi generali d'azione che permettono ai consociati di scegliere tra differenti corsi d'azione e di inazione”, M. A. Quiroz Vitale, *Il ruolo del magistrato e l'immagine della giustizia nella ricerca qualitativa*, in M. L. Ghezzi – M. A. Quiroz Vitale, *L'immagine pubblica della magistratura italiana*, cit., p. 389

89 Cfr. *ibidem*, pp. 378-385.

90 Per Zagrebelsky, che critica la concezione positivista del diritto, “la fissità, che è un aspetto della certezza, non è dunque più un elemento portante degli attuali sistemi giuridici al *deficit* di certezza che ne deriva non si potrebbe porre rimedio con una più adeguata teoria dell'interpretazione. Semmai [...] si deve pensare di organizzare questa tendenza alla trasformazione, intrinseca nell'ordinamento, in modo da non renderla distruttiva di altri valori, come l'uguaglianza giuridica, la prevedibilità, l'imparzialità e il carattere non arbitrario dell'azione amministrativa e giudiziaria. [...] Non solo è dubbio che la certezza come fissità dell'ordinamento in tutte le sue parti possa essere oggi un obiettivo realistico. È dubbio che sia anche desiderabile. Essa scaricherebbe sul legislatore un compito insopportabile di incessante modificazione del diritto vigente, un compito che si svolge invece nell'opera silenziosa e capillarmente diffusa delle aule dei tribunali e degli studi dei giuristi”, *Il diritto mite*, cit., pp. 202-203. La prospettiva solcata da Zagrebelsky nel saggio qui richiamato pare ricollegarsi al più generale e complessivo filone speculativo sorto in terra di Francia all'ombra di Jean-François Lyotard e di Jacques Derrida e appellato come *postmodernismo*. Tale prospettiva, di cui non si può qui dar conto, si caratterizza anche per la spiccata sfiducia nei cosiddetti macro-saperi totalizzanti a tutto favore di quello che, da Gianni Vattimo, viene definito come *pensiero debole* - fra i molti testi del filosofo torinese si rimanda alla lettura del suo intervento *Il proceduralismo (i proceduralismi) come contrassegno della modernità*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizie e procedure. Dinamiche e legittimazione tra Stato e società internazionale. XXII Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica. Trieste 27-30 settembre 2000*, Milano, 2002 (con contributi di

viene rilevato⁹¹, l'idea di una produzione giurisprudenziale del diritto, ovvero la statuizione nell'ambito della controversia e sorgente dalla controversia stessa della norma capace di regolamentarla, in chiara opposizione ad una concezione di ordinamento giuridico quale applicazione automatica, quindi *rigida*, della disposizione legislativa. In questa seconda ipotesi, l'ordinamento giuridico si pone come dato, imm modificabile se non dalla volontà legislativa e, pertanto, non soggetto ad alcuna evoluzione che non sia promossa e controllata dalla volontà intesa quale fonte primaria di un ordinamento predeterminato alla realtà che è chiamato a regolamentare. L'immagine che ne promana è quella, per l'appunto, di un diritto *fisso*, immobile a fronte del vivere sociale, che entra in movimento, nel senso che riceve movimento, a seguito di un impulso della volontà (legislativa). Sicché è all'interno di questo ambito che riecheggia in modo chiarissimo il monito hobbesiano: *auctoritas non veritas facit legem*.

B. Romano, S. Veca, G. Conso, B. Celano, D. Coccopalmerio, V. Mura, E. Resta, B. Cavallone, M. A. Cattaneo, M. Manzin, G. Cosi, F. Dal Pozzo, A. Di Giandomenico, G. Gasparri, L. Palazzani, G. L. Cecchini, L. Lombardi Vallauri, M. R. Ferrarese, G. Melis, B. Troncarelli, G. M. Chiodi, D. Castellano, F. Riccobono). In tema cfr. le recenti analisi proposte da S. Favaro, *La teoria della complessità sociale e il postmoderno nel diritto. Un esempio paradigmatico. La teoria della rappresentanza di Salvatore Pugliatti*, in "Tigor. Rivista di scienze della comunicazione", III (2011), n. 2. Va altresì rilevato come Zagrebelsky richiami, già dal titolo del saggio qui citato, dei termini che caratterizzeranno delle costruzioni politico-filosofiche che vedono proprio nella *fluidità* il loro fulcro; cfr. a titolo d'esempio, i volumi di Zygmunt Bauman, *Modernità liquida*, trad. it. Roma-Bari, 2002 (ma 2000) e *Vita liquida*, trad. it. Roma-Bari, 2006 (ma 2005). In argomento cfr. M. A. Quiroz Vitale, *Il ruolo del magistrato e l'immagine della giustizia nella ricerca quantitativa*, cit., pp. 361 e segg.

91 *Ibidem*, pp. 387 e segg. Quiroz Vitale si richiama anche allo studio di Claudio Luzzati, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, 2005, ove si sottolinea come "la regolarità e la certezza del diritto non dipendono tanto da un'ontologia normativa, quanto dagli atteggiamenti umani. [...] Si configura così un nesso tra il ruolo del giurista e [...] l'impegno normativistico. Esso consiste nell'impegno a *valutare, dovunque possibile, le fattispecie concrete con norme generali preesistenti, anziché caso per caso*. [...] In una *polis* governata dagli uomini, dove molti di noi sono convinti che, come afferma un noto detto attribuito a Giolitti, le leggi per gli amici si interpretano, mentre agli altri si applicano, il compito del giurista è quello di porre limiti ai poteri attraverso la sia pur relativa certezza delle regole, garantendo la persistenza di un mondo nel quale non basti una *lettre de cachet* per sconvolgere la vita di una persona", pp. 107 e 113.

11 – LA CERTEZZA DEL DIRITTO FRA CALCOLABILITÀ ED ADEGUATEZZA

Emergono, quindi, due concezioni della certezza del diritto: l'una di natura matematica, l'altra di natura dialettica.

Alla certezza del diritto mutuata da modelli matematici corrisponde una rappresentazione del procedere giuridico in chiave logico-deduttiva. Tale prospettiva concentra la propria attenzione sul rigore del linguaggio, da qui le questioni intorno alla ambiguità ed alla vaghezza semantica ed ai problemi sintattici; tale attenzione è finalizzata alla necessità di produrre, da parte dell'autorità competente, *in primis* il legislatore, degli enunciati linguistici *dotati* di uno ed unico significato. Al di là del richiamo implicito alla *legistica*, quale tecnica per produrre disposizioni suscettibili di interpretazione (tendenzialmente) univoca⁹², va ribadita ancora la caratteristica precipua di tale modo di intendere l'esperienza giuridica, ovvero la assoluta centralità del legislatore. Infatti, il legislatore è investito del potere di produrre regole generali ed astratte attraverso la manifestazione della sua volontà; regole che tendono alla perfezione formale dell'algoritmo, e che, pertanto, debbono ritrovare letterale ottemperanza all'atto della loro concreta applicazione. In tali regole si rappresenta tutto il diritto, il quale ha la funzione di risolvere il concreto caso controverso. Il caso concreto è, infatti, richiamato alla (sussunto nella) preesistente regola astratta; la regola rappresenta, quindi, la soluzione del caso, il quale è, per così dire, già risolto prima ancora di manifestarsi nella sua reale concretezza, perché la sua risoluzione sta tutta nella regola ad esso anteposta. Qui l'ordinamento giuridico è pre-posto ai casi della quotidianità, è già dato come qualcosa di statico che deve ritrovare applicazione ogni volta che l'autorità competente ne ravvisi la necessità. Il processo non è null'altro che il luogo istituzionale ove l'ordinamento ritrova applicazione.

Ci troviamo di fronte, quindi, per un verso, ad un impianto metodologico logico-deduttivo, da applicarsi ad una regola (giuridica) generale ed astratta, che va trattata al pari delle regole matematiche; per altro, alla

⁹² Il rapporto fra concezioni dell'interpretazione e legistica è stato di recente indagato, fra gli altri, da F. Foschini, *Interpretazione della legge e legistica: spunti di riflessione sull'interconnessione di questi due momenti dell'esperienza giuridica*, in "Tigor. Rivista di scienze della comunicazione", II (2010), n. 2, pp. 110 e segg.

statuizione della centralità della volontà legislativa, l'unica fonte dalla quale può promanare la regola.

L'automatismo nella applicazione della regola, offerto dalla cosiddetta interpretazione meccanicistica, è la garanzia della certezza del diritto. Si può, in questo senso, senza ombra di dubbio parlare di calcolabilità del diritto, una calcolabilità che prelude alla sua prevedibilità. Il diritto è certo e, quindi, prevedibile, soltanto ove lo stesso promani da un'unica fonte e sia, dall'autorità competente, applicato alla lettera.

A questa prospettiva, ben esemplificata nella concezione giuridica del positivismo giuridico classico, si affianca la prospettiva logico-dialettica della certezza del diritto, alla quale corrisponde una rappresentazione del procedere giuridico in chiave retorica⁹³.

Questa seconda via di cogliere il nucleo della questione giuridica converge l'attenzione non tanto sulla lettera della regola, da cui la centralità del potere legislativo, quanto sulle esigenze sociali da soddisfare attraverso la soluzione del caso concreto. Il punto verso cui si concentra l'attenzione di tale prospettiva è offerto, dunque, dai rapporti sociali nel loro concreto dispiegarsi per mezzo di un tessuto normativo non sempre formalmente statuito, ovvero reso nei termini di diritto positivo, e, quindi, non preventivamente conoscibile in modi formali, ma non per questo non intuibile in considerazione al collocarsi dell'osservatore in un preciso contesto sociale. In questo contesto l'ordinamento giuridico si costituisce come itinerario, processo di ricerca della norma risoltrice del caso. L'opera di ordinamento giuridico è pertanto un'attività posta in essere all'interno del processo di risoluzione giuridica del caso controverso, non è in alcun modo prefissato alla controversia, ma ne è diretta conseguenza.

Data l'attenzione al caso ed alle sue implicazioni sociali, in una prospettiva logico-dialettica l'opera del legislatore, ovvero quella

93 Cfr. in proposito il già richiamato saggio di F. Cavalla, *Retorica giudiziale, logica e verità*, pp. 39 e segg. In merito al rapporto fra discorso giuridico e logica dialettica, cfr., fra i molti, le raccolte curate da A. Mariani Marini, *Teoria e tecnica dell'argomentazione retorica*, Milano, 2003 (con contributi di A. Cattani, F. Cavalla, M. Cinelli, A. Gentili, L. Gianformaggio, M.-L. Mathieu-Izorche, S. Racheli, G. U. Rescigno, E. Resta, E. Weigand) e *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa, 2004 (con contributi di G. Alpa, U. Vincenti, F. Cavalla e dello stesso Mariani Marini). Cfr. anche *Id.*, *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, con *Presentazione* di V. Vincenti, Napoli, 2009. Cfr. anche i contributi raccolti in F. Zanuso – S. Fuselli (a cura di), *Il lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, cit.

centralità della volontà legislativa che risultava essenziale nella prospettiva logico-deduttiva, appare depotenzializzata se non marginale. Infatti, la disposizione legislativa rappresenta soltanto una delle fonti da cui attingere la norma giuridica regolatrice del caso; le altre fonti vanno ravvisate nei vari sistemi normativi operanti nel contesto sociale ove sorge il caso controverso.

Emerge, in definitiva, come la regola non è mai precedente al caso, al contrario questa sorgerà dal caso controverso attraverso l'incedere dialettico del processo.

Va, quindi, osservato come la concezione dialettica della certezza del diritto si fonda, per un verso, su di un impianto volto a riconoscere la regola giuridica del caso rapportandolo al più complessivo tessuto normativo sociale, di cui le regole poste dal legislatore sono soltanto una parte, per altro, sui rapporti sociali e sul tessuto normativo che li precede, entro i quali il caso controverso ricerca una soluzione.

In questa prospettiva, la certezza del diritto è offerta dall'*adeguatezza* della soluzione del caso alle esigenze sociali vigenti e, più in generale, ai *luoghi comuni*⁹⁴. Al posto della *calcolabilità*, come requisito principale della certezza del diritto, emerge, quindi, l'idea di *adeguatezza*, quale criterio di soddisfazione sociale della soluzione giuridica del caso controverso⁹⁵.

94 In proposito si rimanda a F. Cavalla, *Retorica giudiziale, logica e verità*, cit., pp. 24 e segg. nonché per le connessioni fra retorica e topica alla voce *Topica giuridica* redatta dallo stesso Cavalla per la *Enciclopedia del diritto*. In proposito va rilevato come Roberto Kostoris sottolinea che “la logica *fuzzy* non investe solo il giudizio di fatto, ma, ancor prima, quello di diritto [...] anche se la tesi interpretativa sarà sempre [...] in qualche misura «opinabile», è necessario che pure essa, per risultare «persuasiva» obbedisca a criteri che ne assicurino la razionalità, e che sembrano individuabili nella mancanza di contraddizioni logiche e nella «congruenza» [esplicito è il riferimento a Mac Cormick] che presuppone un'interrelazione della soluzione accolta con il sistema normativo, secondo le regole comunemente accettate in materia interpretativa”, così *sub voce Giudizio (dir. proc. pen)*, cit., p. 14.

95 Viene osservato come “una scienza giuridica «integrata» ha tuttavia, in sistemi sociali complessi, una funzione indispensabile per la salvaguardia dello Stato di diritto. In particolare, la dogmatica giuridica, che rappresenta un momento centrale in una tale scienza giuridica, serve ad assicurare [...] un livello ragionevole di consistenza ed omogeneità nell'applicazione della legge ed in questo senso è condizione necessaria, anche se non sufficiente, per la certezza del diritto e l'uguaglianza giuridica dei cittadini, essa rende inoltre possibile il controllo delle differenti opzioni nell'interpretazione e nell'applicazione della legge, in quanto evidenzia le alternative di soluzione logicamente possibili nell'ambito del programma di decisione dato. In questo senso la dogmatica non è una scienza orientata verso soluzioni, ma semmai verso problemi: essa prepara

Va rilevato come la prima prospettiva, tutta declinata su un asse logico-deduttivo, ritrovi negli studi di legistica un indubbio supporto pratico, nel momento in cui, purificando il linguaggio del legislatore favorisce la formazione di quello che De Mauro ebbe a definire un sistema linguistico *chiuso*, nel quale i significati dei termini sono predeterminati; viceversa una prospettiva logico-dialettica ravvisa proprio in un sistema linguistico *aperto* il terreno più fecondo sul quale svilupparsi, potendo di volta in volta adeguare il significato dei termini alle esigenze sociali, abbandonando quell'ottica di calcolabilità, che, invece, pervade il sistema logico-deduttivo.

12 – SULLE PROCEDURE DI CONTROLLO: VOLONTÀ VERSUS SOCIALITÀ?

Risulta oltremodo importante effettuare alcune considerazioni finali intorno alle garanzie ravvisabili in modo tale che la prospettiva logico-dialettica approdi all'*adeguatezza* sociale del risultato e non, invece, all'affermazione dell'interesse di parte, di volta in volta, maggioritario (il che, per inciso, la ricondurrebbe di fatto nell'alveo di quel nichilismo, che, a detta di Irti, pervade in mondo giuridico a noi contemporaneo). Se la garanzia dell'obiettività, ovvero della certezza, nella prospettiva logico-deduttiva si acquisisce per mezzo della pedissequa osservazione della disposizione legislativa, precludendo in tal modo, all'atto della risoluzione della controversia, ogni legame fra la controversia ed il tessuto normativo sociale, misurando *more geometrico* l'oggettività della soluzione, nella seconda prospettiva l'utilizzo di tale metro appare impossibile. Ciò non di meno sono ravvisabili delle procedure di controllo atte a significare l'adeguatezza della norma risoltrice della controversia alla realtà sociale ove l'operazione avviene⁹⁶.

Nel primo caso la regola è posta dalla volontà legislativa e la procedura di controllo mira ad accertare che la norma, rispetto alla quale il caso

la decisione del giudice non solo nel senso della indicazione del contenuto, bensì soprattutto nel senso di una strutturazione giuridica complessiva dei problemi sociali interessati dalla decisione programmatrice del legislatore", A. Baratta, *Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, cit., p. 209.

96 Cfr. in proposito F. Cavalla, *Il controllo razionale tra logica, dialettica e retorica*, in M. Basciu (a cura di), *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino. Atti del XX Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, cit., pp. 21 e segg., nonché il sopra richiamato studio su *Retorica giudiziale, logica e verità*.

è regolato, sia inferita dalla disposizione⁹⁷; la procedura si incentra sul rapporto di equivalenza fra il significato proprio alla disposizione ed il significato acquisto dalla norma da applicare; questa equivalenza è raggiungibile però solo con un linguaggio formalizzato, ove i due significati possono essere coincidenti. La procedura di controllo mira anche a verificare che la soluzione del caso sia derivata per mezzo di procedure corrette, predeterminate al loro svolgersi. In questo ambito l'inventiva dei partecipanti al processo di risoluzione della controversia è ridotta al minimo, tendenzialmente è assente dato il procedere per automatismo a cui si tende.

Nella seconda prospettiva, quella d'una procedura di controllo all'interno di un contesto dialettico, va invece sondata l'adeguatezza della soluzione giuridica ai *luoghi comuni* vigenti in (ed informanti) un dato contesto sociale. A differenza del primo caso, ove la conformità è data, di fatto, della aderenza della soluzione giuridica alla volontà preventivamente espressa dalla autorità competente, qui la giuridicità della soluzione è vagliata, anziché assumere a parametro la volontà dell'autorità competente, alla luce dei *luoghi comuni*, che danno testimonianza evidente del tessuto normativo sociale⁹⁸.

In tal modo emerge una sorta di contrapposizione nella scelta dei pilastri su cui poggiare le procedure di controllo; per un verso la volontà posta dal legislatore, per altro la regolarità promanante dalla socialità.

Appare importante sottolineare, come, nella prospettiva logico-dialettica, alla ricerca della norma regolante il caso, a partire vuoi dalle disposizioni legislative in materia, vuoi dal tessuto normativo sociale inerente allo stesso, partecipa non soltanto, e non tanto, il *giudice*, ovvero l'autorità che istituirà la soluzione del caso, il quale, in questa prospettiva non solo non conosce il caso, che verrà ricostruito, rappresentato, nel

97 Cfr. per tutti L. Gianformaggio, *Logica e argomentazione nell'interpretazione giuridica* ovvero *I giuristi interpreti presi sul serio*, in F. Gentile (a cura di), *Interpretazione e decisione. Diritto ed economia. Atti del XVI Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, Milano, 1989, pp. 29 e segg. (con contributi di U. Scarpelli, G. Zaccaria, D. Corradini, E. di Robilant, P. Trimarchi, M. Bettiol, M. A. Cattaneo, G. M. Chiodi, M. Cossutta, C. Del Conte, G. Ferrari, G. Marini, A. Villani, S. Amato, P. Becchi, A. Covi, M. Manzin, G. Melis, U. Pagallo, B. Pastore, D. Quaglio, N. Tabaroni, F. Todescan, F. Zanuso). Vedi però della stessa autrice anche la voce *Certezza del diritto* redatta per il *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*.

98 Cfr. ancora F. Cavalla, *Retorica giudiziale, logica e verità*, cit.

corso del processo, ma nemmeno e conseguentemente alla prima osservazione, la norma regolante il caso⁹⁹, quanto le *parti*, le quali, con il loro dire e contraddire, ricostruiscono l'oggetto e le modalità della controversia e concorrono, quindi, assieme al giudice, ad individuare la regola atta alla stessa. Spetta indubbiamente al giudice riconoscerla formalmente, istituendola nel corso del processo ed applicandola nella sentenza, ma non è il giudice l'esclusivo monopolizzatore dell'attività di riconoscimento della norma giuridica.

Si può altresì affermare che la norma giuridica venga creata *ex novo* per lo specifico caso da risolvere e sia a questo intimamente legata, risultando, pertanto, inapplicabile nella sua interezza in altri casi, per quanto questi possano apparire simili al primo. Ogni singolo caso necessita, infatti, di ricercare la regola che più gli è propria¹⁰⁰. Se la norma giuridica viene creata per ogni caso, non per questo viene dedotta da nulla, come lamenta Irti descrivendo una prospettiva nichilistica. Infatti, la regola è ancorata, più che alla (sregolata) volontà del legislatore, al tessuto normativo sociale, frutto non già di un atto di volontà, ma di una diffusa regolarità comportamentale.

La norma giuridica così dedotta, attraverso la ricostruzione del caso e per mezzo dell'incontro di sistemi normativi, ha delle indubbie ricadute sociali. La soluzione del caso si collega ad un contesto sociale e la norma creata per quel caso, pur risultando inapplicabile, nel senso sopra detto, a casi simili, certamente tenderà ad influenzarne la risoluzione, se non a porre, più in generale, nuovi principî di diritto, che a loro volta influenzeranno il tessuto normativo sociale vigente. In tal senso, l'equilibrio del contesto sociale richiede che il caso sia risolto in modo da offrire non tanto ragione o torto ad una delle parti (da qui il non interesse specifico per l'una o per l'altra parte), quanto che lo stesso equilibrio sociale non ne risulti alterato. Il che non significa affatto che

99 Cfr. le riflessioni capogrossiane contenute nel già richiamato saggio *Intorno al processo*.

100 Sottolinea in proposito Giuseppe Zaccaria: "il diritto non si trova precostituito neppure nel «deposito» dei precedenti, ma deve essere di volta in volta nuovamente reperito e realizzato alla luce delle novità del caso singolo, dunque con un rapporto sempre nuovo e rinnovato tra la norma ed il fatto", *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., p. 17. Cfr. in argomento anche le riflessioni di F. Zanuso, *L'ordine oltre le norme. L'incauta illusione del normativismo giuridico*, in F. Zanuso – S. Fuselli (a cura di), *Il lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, cit., pp. 39-69.

l'asse dello stesso non possa risultare modificato dalla nuova soluzione giuridica, conseguenza della nuova norma posta nel processo, piuttosto che tale eventuale modificazione sia in ogni caso produttrice di un nuovo e diverso equilibrio sociale.

La società stessa opera, in ultima analisi, un'azione, sia pure indiretta, di controllo sull'operato delle parti e su quello del giudice, perché la soluzione della controversia avrà sempre ripercussioni sociali, produrrà cioè i suoi effetti non soltanto sulla specifica controversia, ma, sia pure in forma di volta in volta diversa, sull'intero assetto sociale. Infatti, la norma regolatrice del caso ritorna alla società sotto forma, anzitutto, di *luogo comune*, che conferma precedenti oppure, riconsiderandoli in tutto o in parte, ne favorisce l'evoluzione; nel momento in cui la norma si opponga radicalmente al tessuto normativo vigente si assiste ad una reazione sociale, che evidenzia la non adeguatezza della stessa, non tanto e non solo rispetto al caso specifico, quanto avuto riguardo all'equilibrio sociale stesso¹⁰¹.

L'adeguatezza non appare pertanto un criterio rigido quale è la coerenza logico-formale da rilevarsi con una procedura automatica di sapore computativo, ciò non di meno rappresenta un indubbio, se non l'unico, criterio di rilevazione del tasso di *giustizia* presente all'interno di un processo di risoluzione giuridica di un caso controverso.

Ci permettiamo di rilevare a chiusura di questo itinerario e sulla scorta del pensiero di Aristotele, come la giustizia non è elemento quantificabile, solo qualificabile; non appare infatti casuale che lo Stagirita, dopo aver dato conto delle virtù etiche, ritenga di dover “ora indagare intorno alla giustizia e all'ingiustizia, determinando con quali azioni esse si trovino ad essere in rapporto, quale medietà sia la giustizia, e di quali estremi il giusto sia il mezzo”¹⁰².

101 Cfr. in tema G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., pp. 33-64.

102 *Etica Nicomachea*, V, 1, 1129 a (citiamo dalla trad. it. a cura di A. Plebe, Roma-Bari, 1988, p. 105).

POSTFAZIONE

L'intento della ricerca, della quale il presente volume raccoglie la terza parte, è stato, come sin da principio evidenziato, quello di argomentare a favore del riconoscimento di quel duplice moto nell'incedere dialettico del processo finalizzato sia alla determinazione della *quaestio facti*, che a quella della *quaestio iuris*, il quale, come osservato, non ritrova unanime assenso nella dottrina italiana, ad esempio nelle riflessioni di Elio Fazzalari richiamata già nel *Prologo* al primo volume dedicato alla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa.

Se, infatti, l'assunzione dell'ambito giurisprudenziale quale centrale luogo di formazione e di fondazione del diritto oggettivo al posto dell'attività legislativa, risulta più che discusso, appare oramai assodata l'opinione che sia la struttura dialettica a indirizzare ed a qualificare l'attività delle parti all'intero del processo; tanto che il legislatore costituzionale italiano del 1999 può indicare che il "giusto processo" è tale in quanto, in generale, "si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità", così, come noto, al primo ed al secondo comma dell'articolo 111 del dettato; più nello specifico lo stesso legislatore riconosce, al comma quarto del predetto articolo, come "il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova". Sicché, nella prospettiva istituita dal testo costituzionale, il contraddittorio rappresenta il metodo per affrontare correttamente e risolvere nell'ambito processuale la cosiddetta *quaestio facti*. La verità processuale emergerà dal dire e dal contraddire delle parti; la verità che si formerà nel processo sarà, quindi, sempre una verità *particolare*, relativa a quello specifico incontro dialettico fra le parti; ciò non di meno, proprio la presenza del contraddittorio nell'esperienza

processuale, fa sì che la stessa sia, pur indirettamente, espressione di una verità di *principio*. La verità processuale è, pertanto, una verità non assolutamente necessaria, quindi sempre rivedibile, in quanto espressa da una forma entimematica; pur tuttavia, in forza del suo legarsi al principio di non contraddizione, che presiede lo svolgersi di ogni ricerca dialettica, è costituita da proposizioni controllabili, sottoponibili perciò ad una procedura di controllo, che ne garantisce, avuto riguardo allo specifico ambito processuale nel quale sono state poste, la congruenza alle premesse assunte dalle parti, in modo tale che, se non in contraddizione con queste, si possa predicare la loro correttezza e con questa la loro accettabilità nello specifico universo di discorso.

Il *giudizio giuridico* non è, dunque, nella sua sostanza, informato da *giudizi analitici*, ma non per questo, e proprio a causa dal suo essere indirizzato lungo l'asse del principio di non contraddizione, appare quale giudizio privo di senso, ovvero frutto di pura volizione e di puro arbitrio. Esso è valutabile ben al di là di esperienze personalistiche, ritrovando la sua oggettività attraverso l'accertamento del suo non essere contraddittorio. Il giudizio giuridico, frutto dell'attività dialettica, se non è assimilabile ai giudizi analitici, non rientra nel novero di quei *giudizi* (denominati) *di valore*, ove si ritiene che la scelta del valore e l'affermazione della sua validità come predicato del giudizio dipenda da un atto emozionale del soggetto percipiente e che, pertanto, il giudizio sia valido soltanto nei limiti del vissuto di tale soggetto, quindi, non sottoponibile a verifica né logico-formale, né empirica.

Il giudizio giuridico, ove certamente gli atti emozionali si fanno valere, è sottoponibile anch'esso a verifica *logica*: ad una valutazione logico-dialettica, ma non logico-analitica. Il metodo di controllo che gli è proprio viene perciò offerto dal principio di non contraddizione, al quale sono soggetti anche i cosiddetti atti emozionali.

Infatti, questi ultimi, a ben vedere, non sono slegati dal contesto in cui il processo si svolge, perché, se come sopra affermato, dipendenti da il vissuto (*das Erlebnis*) del soggetto che li pone in essere, il loro sorgere ed il loro radicarsi hanno dei precisi ed inequivocabili riferimenti socio-culturali, che vanno ben al di là della pura (in quanto astratta) volizione individuale, che si presume stia alla base di un giudizio di valore. Questo, viceversa, il più delle volte, si ritrova ancorato ad un preciso contesto, e tale radicamento fa sì che lo stesso possa rappresentarsi come frutto di un luogo comune (*éndoxon*), ovvero come un'affermazione corrispondente al substrato culturale all'interno del quale opera il soggetto e che ne condiziona ogni affermazione.

Questi atti emozionali, che danno vita a giudizi di valore, se non avulsi (alienati) da ogni contesto sociale, ovvero se non sono *capricciose* volizioni, sono fondati sull'opinione comune e, stante ad Aristotele, "fondati sull'opinione [...] sono gli elementi che appaiono accettabili a tutti, oppure alla grande maggioranza, oppure ai sapienti, e tra questi o a tutti, o alla grande maggioranza, o a quelli oltremodo noti o illustri" (*Topici*, I, 100b, 21). Alla verifica logico-dialettica spetta il compito di accertare che gli argomenti presentati nel processo non si contrappongano a (ovvero non siano in contraddizione con) gli elementi costitutivi di un sapere e di un sentire comune, formanti una certa entità sociale e che, in quanto tali, non possono venire rifiutati da nessuna delle parti in causa.

Sicché, il giudizio giuridico, nella parte che riguarda la ricostruzione del caso controverso, risulta oggettivo proprio avuto riguardo all'incedere dialettico della controversia ed alle procedure di controllo che questa, in quanto soggetta al principio di non contraddizione, comporta.

In proposito è stato osservato come "la «lite» giuridica non è un conflitto di interessi [... perché ...] oggetto del conflitto [...] è immediatamente il domino su di una cosa ed è questo che persegue chi si trova in conflitto [...], con ogni mezzo, facendo violenza sull'antagonista, annullandone la pretesa e affermando il proprio potere. Oggetto della controversia è il riconoscimento del diritto sulla cosa, che ciascuna delle parti rivendica come proprio e persegue dialetticamente, dimostrando che nella tesi avversaria è presente, come condizionate la stessa, qualcosa che, se radicalmente tematizzato, la fa cadere in contraddizione e la riconduce alla propria versione del diritto"¹.

D'altro canto, l'argomentare dialettico caratterizzante il processo appare, a nostro avviso, funzionale non solo a ricostruire il caso controverso, ma anche alla individuazione dei parametri attraverso i quali effettuare una valutazione giuridica dello stesso; in altri termini, nel processo, si giunge con il metodo dialettico a dirimere la *quaestio iuris* determinando la regola attraverso la quale predicare la valutazione giuridica del caso. Come ovvio, una qualificazione *sub specie iuris* di un fatto necessita, per poter avvenire, di una regola giuridica alla quale ricondurre il fatto ricostruito attraverso il controvertere delle parti. Ma questa regola è solo in parte desumibile dalla disposizione pre-posta all'accadimento in oggetto; la regola va dunque ricercata e ritrovata all'interno della stessa controversia, così come Capograssi ebbe modo di indicare nei

1 F. Gentile, *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica*, cit., p. 151.

suoi studi sul processo evidenziando come in questo si formi ed operi l'ordinamento giuridico, in altro modo non realmente sussistente all'interno di una comunità sociale. L'opera di individuazione della norma giuridica non si limita, pertanto, ad una mera attività ricognitiva, ma si connota per essere il momento di reale posizione della norma, la quale, lungi dal venire forgiata dalla sola opera del legislatore, ritrova proprio nella giurisprudenza la sua fonte.

L'attività giurisprudenziale, volta alla determinazione della norma giuridica, appare anch'essa informata da un moto dialettico che, sottoponendola ad un controllo di razionalità, la preserva da derive arbitrarie. Perché la norma ivi prodotta non solo deve ritrovare nella disposizione un proprio riferimento, ma deve, soprattutto, risultare adeguata al contesto sociale nel quale si colloca la controversia, che è chiamata ad ordinare. Ancora una volta risultano centrali i luoghi comuni, le opinioni sociali forgiatesi per tramite di valori ed interessi presenti in un dato contesto sociale, rispetto ai quali l'arida disposizione legislativa deve venire vivificata, deve cioè acquisire un significato consono agli stessi, in modo da risultare partecipe ad un *ordine* autonomo e non palesarsi soltanto come *comando* eteronomo. Si mostra, quindi, un costante moto di ordinamento giuridico della società, che rende reale quell'ordine giuridico, il quale altrimenti rimarrebbe lettera morta, e che ritrova nella giurisprudenza, qui intesa in senso lato di attività delle corti giudicanti, della dottrina, della prassi avvoctizia, il proprio fulcro. In riguardo non appare casuale che in una recente pronuncia della Cassazione civile, che si interroga “se le sentenze della Corte di Strasburgo abbiano efficacia *erga omnes* (*rectius*: efficacia immediata e diretta) nell'ordinamento interno e, quindi, se, nel giudizio [...] debba farsi applicazione delle statuizioni contenute nella [...] sentenza pronunciata dalla Corte medesima”, si possa leggere: “per l'adeguata risposta al quesito occorre richiamare la *ratio* del complesso sistema instaurato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 848 del 1955, secondo quanto emerge sia dall'osmosi tra giurisprudenza europea e giurisprudenza interna, sia dall'elaborazione anche della più recente dottrina specialistica sul punto”, così nella sentenza n. 19985 della terza Sezione civile del 30 settembre 2011 in materia di efficacia della sentenza della Corte di Strasburgo nel diritto interno. Qui la Cassazione, al fine di dedurre una norma giuridica che dirime la questione sottopostagli, si riferisce non tanto ad una disposizione

legislativa, quanto ai precedenti giurisprudenziali ed all'indagine della dottrina, ovvero alla "elaborazione del diritto vivente".

A questo proposito non può sottacersi, cosa del resto ben evidenziata anche dalla giurisprudenza europea, come il mondo del diritto è intriso di cosiddetti concetti indeterminati che necessitano di precisa significazione, ossia di venire *vivificati*, per poter essere utilizzati nel giudizio; basti pensare, per rimanere in un'area di diritto civile, all'idea di *buona fede* presente nel Codice civile in tema di contratti (artt.1337-1338 – buona fede nelle trattative, 1366 – buona fede nell'interpretazione, 1375 – buona fede nell'esecuzione), al concetto di *buon costume* richiamato dall'articolo 1343 dello stesso Codice in materia di causa illecita del contratto, al proverbiale *buon padre di famiglia* richiamato dall'articolo 1176 sempre del Codice Civile, o ancora all'idea di *ordine pubblico* propria al sistema di diritto internazionale privato, di cui all'articolo 16 della legge n. 218 del 1995. Espressioni queste che, se osservate attraverso lo spettro del rigoroso analista del linguaggio, appaiono quanto meno indeterminate, più propriamente vaghe, dato che gli ipotetici contorni del significato espresso dal significante sono estremamente imprecisi e costantemente in evoluzione. Ciò non di meno, proprio se raffrontati con i *luoghi comuni* qui richiamati, i concetti giuridici indeterminati sono *determinanti* nel dispiegarsi dell'esperienza giuridica, perché permettono, per così dire, alla ricerca del diritto di mantenersi in armonia con il contesto sociale nel quale si sviluppa sì da evitare che la stessa, se costituita lungo un asse di precostituita autoreferenzialità, per un verso si anteponga e per l'altro si contrapponga, ovvero si manifesti estranea, alla legalità sociale, al sentimento comune. I concetti giuridici indeterminati rappresentano, quindi, degli elementi necessari al fine di poter determinare in un contesto sociale un intervento giuridico, sono proprio questi che permettono all'esperienza, intesa nel senso di ricerca, di dispiegarsi. In loro assenza l'esperienza giuridica si rappresenterebbe esclusivamente come valutazione formale di un concreto accadimento secondo astratti criteri, ovvero secondo parametri impermeabili al concreto svolgersi ed evolversi della vita sociale; in ultima analisi, come comando eteronomo che può sorreggersi soltanto sulla forza.

È nella ricerca inesauribile di una valutazione del fatto concreto, che non sia avulsa dal sentimento sociale, ma non sia nemmeno da questo indirizzata ed inficiata, così da trasformarsi in pedissequa istituzionalizzazione giuridica dell'opinione del volgo (*demagogia*), che si sostanzia e mai si esaurisce la ricerca della certezza del diritto, esperire

che è reso possibile anche dalla apparente *indeterminatezza* di alcuni termini e sintagmi assunti all'interno delle regole, sì da permettere il manifestarsi ed il valutarsi di una regolarità intesa in modo non formale. Pertanto è il diritto vivente che assume centralità nella regolamentazione giuridica dei casi controversi, è la norma giuridica dedotta anche, ma non solo, dalle disposizioni legislative ad offrire il parametro della vigente giuridicità, la quale si fonda, in principal modo, sull'attività giurisprudenziale, sui precedenti giudiziari, sulla elaborazione dottrinale e sulla prassi forense. In questo senso, per riprendere ancora la Cassazione qui richiamata, le corti debbono "consentire la piena effettività del diritto vivente [...] ai fini della esatta definizione della norma [...] da osservare nel caso concreto sottoposto al [loro] giudizio". All'interno di questo quadro, profondamente segnato dall'attività dialettica e dal rigore logico accertante del principio di non contraddizione, si dispiega un'attività giurisprudenziale non più legata esclusivamente allo *ius dicere*, ma protesa verso la creazione del diritto, recuperando quell'assonanza concettuale fra *interpretatio* e *jurisprudencia* caratterizzante gran parte della storia del diritto, che ha eletto, per l'appunto, la giurisprudenza quale fonte dello stesso. Giurisprudenza, quindi, quale attività prettamente politica, volta all'ordinamento giuridico della comunità "mediante il riconoscimento, sempre ineshausto e rivedibile ma autentico se convenientemente condotto, di ciò che è proprio alle parti"².

Lungo tale itinerario si colloca sia il presente volume incentrato *Sulla interpretazione creativa nella società pluralista*, che i precedenti studi *Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa* e *Sulle declinazioni dell'esperienza giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, i quali danno conto della ricerca condotta intorno all'*Interpretazione ed esperienza giuridica* con l'intento di offrire una riflessione critica sulla concezione della positività del diritto, così come la stessa si è venuta sviluppando nella prospettiva politica e giuridica moderna.

2 F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 50.