

La Funzione di indirizzo socio-normativo della Giurisprudenza o la funzione di indirizzo socio-propositivo della Giurisprudenza

Bruno M. Bilotta

ABSTRACT

Nel momento in cui i sistemi di *civil law* di cui il nostro ordinamento è una delle espressioni più tipiche si commistionano a sistemi di *common law*, tipici di un ambito giuridico e giudiziario di tipo marcatamente anglosassone, inevitabilmente i due sistemi finiscono per acquisire caratteristiche comuni l'uno all'altro, e ciò è ovviamente inevitabile in un mondo in cui gli scambi sono di tipo globale ed anche il diritto è necessariamente di tipo globale, per cui nessuno dei due sistemi (per riferirci esemplificativamente ai due macro sistemi ma potremmo sul punto sottilizzare ancora di più) può operare in un ambito suo esclusivo senza dialogare con l'altro sistema e quindi il frutto del dialogo è anche e soprattutto l'interscambio dei meccanismi che regolano questi sistemi.

L'esistenza del diritto giurisprudenziale costringe, come afferma Luigi Lombardi Vallauri, in più modi a modificare e ad abbandonare la concezione dell'ordinamento come costruzione a gradi di stampo kelseniano, almeno nella sua pretesa di fornire un modello globale. Insomma la teoria generale la teoria pura si palesa come una teoria non generale. Anziché una rappresentazione fondata in alto

come quella kelseniana, il diritto giurisprudenziale induce ad adottare una rappresentazione fondata in basso e cioè su una concatenazione di osservanze piuttosto che di investiture, su un sistema di obbedienze come afferma Capograssi piuttosto che su un sistema di comandi.

Il radicale mutamento che progressivamente subisce il mondo giuridico nel nostro Paese con l'introduzione di elementi sempre più decisi provenienti dall'ambito di *common law*, conseguenza inevitabile di un mondo che si globalizza ogni giorno di più e che non conosce ormai più alcun limite geografico neanche nel campo giuridico, fa sì che questa funzione socio normativa o come noi più prudentemente preferiamo qualificarla, socio-propositiva, perché evidentemente l'altro termine può nascondere e di fatto nasconde più d'una insidia, sia una realtà consolidata e imprescindibile.

PAROLE CHIAVE

DIRITTO; INTERPRETAZIONE; GIURISPRUDENZA; GIURISDIZIONE; ATTIVITÀ SOCIO-NORMATIVA; ATTIVITÀ SOCIO PROPOSITIVA.

Il saggio tratterà più specificatamente il profilo che mi è più congeniale professionalmente, cioè quello di sociologia giuridica ma per far questo non posso ignorare le svariate, illimitate, proposte che provengono dai più diversi settori del mondo del diritto, da quello processuale a quello sostanziale e dal mondo delle scienze umane, la filosofia del diritto e la sociologia del diritto prima fra tutte, e tutte le altre scienze collegate.

Già il titolo stesso pone una serie innumerevole di quesiti e impone delle precisazioni, senza le quali il tema non potrebbe essere svi-

luppato e senza le quali la proposta e lo sviluppo di queste note sarebbero necessariamente incomprensibili.

Ripeto che già il titolo stesso è altamente problematico; la funzione di indirizzo socio normativo della giurisprudenza; da poter essere interpretato o cambiato o precisato e ampliato in la funzione di indirizzo socio propositivo della giurisprudenza.

Le due proposte sono a mio avviso complementari perché l'una non è affatto in contrasto con l'altra.

Il punto vero è che parlare di funzione socio normativa o anche di funzione socio propositiva della giurisprudenza presuppone che si schiarisca preliminarmente l'orizzonte su che cosa debba intendersi per giurisprudenza: mi rendo conto che siamo quasi al limite della blasfemia giuridica e che se chiedessi non solo agli addetti ai lavori ma a qualsiasi persona dotata di un senso assolutamente comune saprebbe spiegare con più o meno precisione che cosa si intende per giurisprudenza, ma proprio a questo punto la domanda, che è in realtà l'obiezione, del sociologo arriva immediatamente; la persona dotata di un senso comune saprebbe spiegare che cosa si intende per giurisprudenza o che cosa lui intenda per giurisprudenza?

Palesamente la domanda non solo è essenziale ai fini del nostro discorso ma segna il crinale effettivo di questa scivolosissima materia in cui e su cui si sono cimentati fior di interpreti sin dai tempi più antichi, senza evidentemente arrivare ad alcun risultato non dico di certezza ma neanche di prossimità, perché al di là del rischio di blasfemia giuridica di cui si diceva poc'anzi in realtà il problema è per certi versi così macroscopico e per altri così sottile che districarsi è del tutto impossibile come anche solo orientarsi.

Bisogna procedere per approssimazione e per tentativi e scegliere un punto di inizio sperando che sia non dico quello "buono" ma in qualche misura quello più soddisfacente.

Per intenderci, dobbiamo partire da una domanda di base: che cos'è la giurisprudenza? La domanda non paia impertinente, perché in questo caso a differenza di molti altri concetti di uso diffuso non possiamo fare riferimento al senso comune del termine, ma è un concetto che va elaborato alla luce delle sterminate proposte che ci sono pervenute e che tutt'ora ci pervengono e rispetto alle quali va fatta una drastica selezione, che tenga conto delle proprie propensioni scientifiche, dei propri gusti professionali, delle proprie sensibilità culturali; ecco perché la risposta di chiunque di noi non può che essere una risposta, una propria risposta e nient'altro che questo, e non già una definizione. Ciascuno di noi darà, se mai, una sua risposta e una sua definizione e questo

come nella gran parte delle sensazioni, delle emozioni, dei sentimenti, degli stati d'animo di ciascuno di noi.

Ma qui parliamo di giurisprudenza, cioè di qualcosa di estremamente tangibile che oltrepassa gli stati d'animo singoli o collettivi ed è un verbo scritto, una pronuncia, un *jus dicere*.

Siamo, quindi, arrivati al punto di snodo: giurisprudenza equivale a giurisdicenza? : sfido chiunque a dire che i due termini si equivalgano e che l'attività della giurisprudenza si identifichi in quella e con quella della giurisdicenza.

Questo problema, il problema della giurisprudenza, per quanto ovviamente a volo radente ed a velocità supersonica, va affrontato prima di addentrarci nel campo minato che è il vero tema del mio intervento cioè la funzione socio normativa della giurisprudenza o la funzione socio propositiva, aggiungerei, come contraltare al tema principale di cui mi occupo.

L'attività dello *jus dicere* equivale a quella dell'attività della *jus prudentia*?

Ma che cosa è, dunque, la *prudentia* o la prudenza?

Per Platone il modello della società corrisponde al modello dell'anima umana ben ordinata. Alla parte intellettuale corrisponde la sapienza, alla parte irascibile la forza; il concupiscibile non ha una virtù propria, ma la sua moderazione è dovuta appunto alla prudenza. Così nella vita politica la prudenza è il consenso degli stati sociali su chi deve governare e la giustizia è il fatto che ciascuno fa il suo dovere mantenendosi nella propria sfera di competenze e moderando i suoi desideri. L'uomo con desideri moderati è appunto il prudente. (*Resp.* IV, 427 d - 442 d).

Anche in Aristotele la prudenza è una *medietas* tra la smodatezza e l'ottusità (*Eth. Eud.* II,3; 1221 a 2) ed è in relazione con la parte concupiscibile (*Top.* V,8; 138 b 2-5), definibile dalla sua *medietas*. Nell'*Etica Nicomachea* (*Eth. Nic.* VI,5) Aristotele analizza la prudenza assegnandole un posto dominante nella vita morale. Essa riguarda infatti ciò che giova non parzialmente, ma globalmente alla vita rettamente condotta in genere. Prudenti sono quegli uomini che giudicano rettamente in ordine ad un fine buono, qualcosa di cui non c'è un'arte.

La prudenza non è scienza perché riguarda l'azione contingente e non il conoscere necessario, ma non è nemmeno l'arte perché è dell'azione e non della costruzione, è pratica e non poetica o tecnica. L'azione buona è fine a se stessa, mentre la costruzione non si esaurisce nel costruire, ma è finalizzata all'oggetto costruito. La prudenza risulta perciò "con l'aiuto del retto giudizio lo stato praticamente attivo rispetto a quelle cose che sono buone o cattive per l'uomo".

Il retto giudizio è invece pervertito dal piacere o dispiacere passionale, che fa giudicare diversamente dalla realtà delle cose nell'ordine al retto fine a cui tutto dev'essere subordinato.

L'atto principale della prudenza è il comando (precetto); gli atti secondari sono il giudizio ed il consiglio. Ma nulla di tutto ciò è significato dal nome della prudenza.

Aristotele afferma: "nella prudenza che riguarda la vita pubblica la parte dirigente è quella che fa le leggi, l'altra parte che si occupa delle cose singole mantiene invece il nome comune di politica" (Eth. Nic. VI, c.8; 1141b31-33).

In definitiva in termini attuali la giurisprudenza è dunque una scienza, quella della saggezza del diritto o meglio quella della sapienza del diritto.

Per citare una felice ricostruzione di Antonio Segni, gli ordinamenti statali primitivi non conobbero all'origine una organizzazione giudiziaria. Il passaggio dagli aggregati familiari alla organizzazione politica e dagli ordinamenti giuridici propri di tale organizzazione lasciò libero il campo alla giustizia privata, che non è solo attuazione pratica del diritto, quanto in primo luogo, giudizio privato sull'esistenza di esso.

L'esperienza, nelle società organizzate politicamente, dello stabilirsi di una organizzazione giudiziaria, alla quale obbligatoriamente dovesse deferirsi il giudizio sulle controversie tra i consociati, si afferma con difficoltà e lentamente. La necessità di sottoporsi al giudizio di uno terzo è subita con difficoltà, e se ai tribunali più importanti, anche in tempi storici, si attribuiva un'origine divina (così come ci dice Eschilo, al tribunale dell'areopago, istituito dal Minerva per giudicare Oreste) è per piegare più facilmente i cittadini a sottoporsi per

il giudizio di una controversia ad un estraneo, sicché il giudizio di questi si sostituisca a quello delle parti.

Il formarsi dell'esperienza giudiziaria dimostra quanto lentamente si operi la sostituzione del giudizio del giudice al giudizio unilaterale, della parte sul proprio diritto. Il momento logico della decisione resta ancora tanto largamente affidato alle parti che in tempi relativamente recenti, nei popoli germanici, nei quali vi è il giudice costituito dall'organizzazione politica, la prova è offerta all'avversario non al giudice ed il convenuto che giura insieme con i suoi *coniuratores* rimette a questi il giudizio sulla controversia che essi danno col prestare il giuramento. O la decisione è affidata addirittura a Dio. Manca in questi procedimenti primitivi la possibilità di svolgere il giudizio contro la volontà delle parti, e le prime forme di questa esperienza si mostrano a noi come un sistema ordinato a convincere (o costringere) le parti ad accettare un arbitro.

[Fondamento comune di questa esperienza, quando si afferma nei popoli dell'Occidente europeo, è il vincolo del giudice ad una misura di valutazione a lui estranea e già prefissata (in molti casi è il vincolo alla legge) ad esempio nel giuramento degli Eliasti ad Atene, nella censura di Esiodo ai giudici ingiusti o mangiatori di doni; in tutta la concezione romana del giudizio del giudice].

Il principio che il giudice dovesse attenersi, nel suo giudizio, ad un metro prefissato era proprio il fondamento che giustificava il sorgere e l'affermarsi della giurisdizione come strumento meglio idoneo degli interessati ad assicurare un buon giudizio.

Le fonti dell'affermarsi del giudice nella organizzazione statale, non stanno perciò in una concessione per motivi di pace sociale, della tutela giurisdizionale della organizzazione politica (tribù, Stato) contro la rinuncia alla giustizia privata bensì nella garanzia di obiettività, di eguaglianza fra le parti, offerta da un giudice o da un arbitro estraneo alla controversia e vincolato alle norme o principi posti obiettivamente.

L'esperienza che faticosamente si costruiva, conclude sul punto Segni, è fondata sui valori

della autorità ed obiettività del giudice sull'eguaglianza delle parti per il vincolo del giudice a norme prefissate¹.

La dottrina della separazione dei poteri per quanto riguarda la giurisdizione ha più sviluppato principi impliciti nella esperienza formatasi che non costruito del tutto *ex novo*. Però è certo che solo negli Stati democratici moderni la funzione e gli organi della giurisdizione acquistano piena autonomia.

È noto che il principio della divisione dei poteri realizza nell'ambito dell'ordinamento dello Stato l'autonomia della funzione giurisdizionale e permette un concetto giuridico ed unitario di essa, comprendendovi le diverse forme di processo penale civile ed amministrativo.

Ma detto ciò e sancito questo principio generalissimo che è contenuto in tutte le costituzioni attuali di tutti gli Stati evidentemente restano enormi problemi di interpretazione su che cosa si debba intendere per giurisdizione, ricordiamone qualcuna di queste fra le più brillanti e più prestigiose.

La giurisdizione, consiste nella risoluzione di controversie, di un conflitto di diritti soggettivi; una ulteriore specificazione di questa teoria è quella brillantemente sostenuta da Carnelutti secondo cui la giurisdizione ha per fine la giusta composizione della lite; ma anche a questa come alla precedente si è obiettato che non si adatta al processo penale o al processo esecutivo od anche a taluni processi di cognizione civile nelle quali non vi è la lite (per esempio tutta la volontaria giurisdizione) e quindi come afferma Segni se per controversia della lite si vuol accennare ad una eliminazione del contrasto delle parti la concezione non risponde ai fini del processo: la posizione di contrasto può continuare tra le parti anche se il contrasto dopo il giudicato diventa giuridicamente irrilevante ed è questa un'esperienza che i sociologi del diritto ben conoscono e che si racchiude nella formula secondo cui il conflitto una volta innestato è praticamente irresolubile dal punto di vista sociologico.

Se poi, come afferma ancora Segni, a questo concetto di composizione della lite si aggiun-

1 A. Segni, Voce *Giurisdizione* in *Nuovissimo Digesto*, vol. VII°, Torino, 1968, pp.985-993.

ge la nota caratteristica che la composizione della lite dev'essere giusta, cioè secondo diritto, ci pare che si ricada nella opinione che la giurisdizione consiste nell'attuazione del diritto obiettivo e a tale opinione, che in sé è esatta secondo le parole stesse di Segni, deve però obiettarsi che il carattere di attuazione della legge non è specifico dell'atto giurisdizionale; lo stesso carattere ed anche l'attuazione forzata del diritto può attribuirsi all'atto amministrativo. Sebbene l'attuazione della legge fatta dal giudice non sia identica ciò non toglie che sia il giudice che l'amministratore agendo realizzino materialmente la norma e quindi attuino la norma stessa.

E quindi chi è il giudice, e qual è la sua funzione?

Se com'è noto, storicamente l'interpretazione dell'attività giudiziale si può riassumere in alcune proposte di massima che da sole, evidentemente, non esauriscono quest'attività così complessa e sfaccettata, trattandosi, in realtà, come osserva Guido Alpa di stereotipi semplificanti ed esemplificativi, e nulla di più: il giudice "mero esecutore", il giudice "scopritore", il giudice "legislatore", tentare di definire l'attività giudiziaria è uno dei tentativi più ardui che agitano il mondo del diritto².

Il punto cruciale è sempre e soltanto uno ed il punto di snodo da cui non ci si può allontanare, è sostanzialmente il valico stretto attraverso cui, volente o nolente bisogna passare e che si sostanzia nella eterna domanda: che cos'è la giurisprudenza.

Come afferma Gino Gorla l'espressione giurisprudenza viene oggi adoperata in due sensi: A) in un senso che riflette la situazione storica odierna in Italia come in Francia, o altre situazioni simili, che per la Francia data tra la rivoluzione francese e il codice napoleonico e quanto all'Italia data proprio o durante la dominazione napoleonica; B) o in un senso storico comparativo, quando la visione storico-comparativa di chi studia la giurisprudenza si allarga ad una visione dello *jus dicere* dei tribunali³.

2 G. Alpa, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, pag. 3.

3 G. Gorla, Voce *Giurisprudenza* in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIX°, Milano, 1970 pp.488-509.

Nel primo senso giurisprudenza significa l'attività dei tribunali (o le loro decisioni), o gli stessi tribunali nella loro funzione di interpretare la legge per applicarla al caso *sub judice*, cioè per decidere questo caso.

E quindi nel primo senso *jus dicere* significa che i tribunali debbono interpretare la legge; implica un certo concetto di tale interpretazione come potere più o meno limitato; implica un certo concetto della legge come fonte del diritto o anche un concetto della legge in senso lato come norma giuridica posta al di fuori dei tribunali; implica ancora che tribunali ciò possono fare soltanto per applicare la legge al caso *sub judice* e che il precedente giudiziario non abbia il valore di autorità formalmente vincolante.

Nel secondo caso l'espressione giurisprudenza si riferisce invece a situazioni diverse: le situazioni cioè in cui i tribunali sono autorizzati a legiferare, cioè a comportarsi come se fossero legislatori nel caso *sub judice*; le situazioni in cui anche se i tribunali si limitano ad interpretare la legge i loro provvedimenti hanno efficacia vincolante al di là del caso *sub judice*; le situazioni in cui quei provvedimenti sono addirittura regolamenti interpretativi non emessi in occasione di un caso *sub judice*.

Osserva acutamente Gino Gorla che quando come significato dell'espressione giurisprudenza si assume tutta l'attività dei tribunali nel loro e per il loro *jus dicere* allora questa attività si presenta come una specie di dialettica vicenda storica e una dialettica complessa che si muove in vari sensi anche se in realtà è di tipo circolare.

Un primo senso riguarda i rapporti fra la giurisprudenza, o l'attività dei tribunali nel loro *jus dicere*, e la "legge" in senso lato come un *quid* che sta al di fuori della giurisprudenza e che in quanto sia concretato in qualche testo, o almeno in qualche principio, si pone come autorità. E' il tema della interpretazione della legge o della ricerca di ciò che è diritto al fine di decidere i casi giudiziari.

Un secondo senso riguarda i rapporti fra quella giurisprudenza dei tribunali e la dottrina o giurisprudenza dottorale la quale pur si pone il problema della interpretazione della legge e della ricerca di ciò che è diritto. Anche nei rap-

porti fra queste due giurisprudenze si presenta il momento dell'autorità esterna a ciascuna di esse, cioè l'autorità dell'altra giurisprudenza.

Una terza vicenda si potrebbe definire la dialettica interna della giurisprudenza dei tribunali e concerne l'autorità del precedente giudiziale e i vari modi con cui essa si presenta e si attua.

Questo, in estrema in sintesi, è il quadro, il possibile orizzonte, che sta davanti a ciascuno di noi osservatore privilegiato del diritto.

Non vogliamo ulteriormente gravare sul punto ma non possiamo tuttavia esimerci dal notare, per concludere su questo specifico aspetto della tematica, che, come si è già detto poc'anzi, in Italia l'espressione giurisprudenza nel linguaggio usuale è riferita all'attività dei tribunali nel loro insieme di *jus dicere* con implicazioni che ora restringono e che ora invece ampliano il significato dell'espressione.

L'uso della parola giurisprudenza in questo senso di attività dei tribunali giurisdicenti fu introdotto in Italia dalla Francia nelle prime decadi del XIX° secolo con l'invasione e la dominazione francese.

Il concetto di giurisprudenza finisce in questo tipo di logica storico-propositiva per coincidere con il concetto di decisione, tanto è vero che sia in Francia sia in Italia si usa proprio l'espressione di decisione o quella di decidere un caso (*decider*).

Non bisogna però credere, nota ancora Gorla, che giurisprudenza significhi sempre l'attività di decisione o la relativa politica decisionale; giurisprudenza significa anche, nel linguaggio traslato, e oggettivando l'espressione, una data regola o norma giuridica, una decisione o un principio oggettivati; infine giurisprudenza nel linguaggio dei secoli 17° e 18° significa estensivamente scienza del diritto in generale.

Fatte queste precisazioni i problemi non si schiariscono affatto ed anzi aumentano di spessore e di intensità, perché sorge immediatamente un problema ancora più arduo della definizione ed è quello di quale sia il contenuto di questa attività.

Per riferirci ad una bella definizione di Luigi Lombardi Vallauri giurisprudenza designa i giuristi esperti di diritto, siano essi legislatori amministratori pubblici o privati giudici avvo-

cati notai consulenti docenti scrittori operatori qualificati. Oggi in alcune lingue occidentali tra cui il francese e l'italiano giurisprudenza designa soprattutto i giudici ma non mancano esempi storici rilevanti dell'uso scelto o adottato da Luigi Lombardi Vallauri; giurisprudenza per questo insigne autore designa tre possibili insiemi o tre possibili scenari: quello dei soggetti giuristi, quello delle operazioni intellettuali da essi compiute in quanto giuristi e quello dei risultati di tali operazioni (relazioni di uffici legislativi ministeriali o parlamentari, libri o articoli di dottrina, motivazioni di sentenze, note a sentenze, pareri motivati, arringhe, comparse, ecc)⁴.

Siamo adesso in grado di entrare nel cuore del problema che ci siamo prefissi di trattare cioè quello della funzione socio normativa della giurisprudenza, o della funzione socio propositiva della giurisprudenza; la questione potrebbe risolversi in poche battute perché, in realtà, e non da pochi anni bensì ormai da lunghi decenni e forse anche da tempo più lontano, il compito che la magistratura si è assegnato o che comunque occupa è quello di proporre diritto oltre che quello di *ius dicere* puro e semplice. Sostanzialmente come afferma Lombardi Vallauri la giurisprudenza non si limita ad offrire la conoscenza di un diritto già interamente formato, ma contribuisce alla stessa formazione del diritto, è una giurisprudenza "creativa".

Questa è ormai una constatazione.

Nel momento in cui i sistemi di *civil law* di cui il nostro ordinamento è una delle espressioni più tipiche si commistiona a sistemi di *common law*, tipici di un ambito giuridico e giudiziario di tipo marcatamente anglosassone, inevitabilmente i due sistemi finiscono per acquisire caratteristiche comuni l'uno all'altro, e ciò è ovviamente inevitabile in un mondo in cui gli scambi sono di tipo globale ed anche il diritto è necessariamente di tipo globale, per cui nessuno dei due sistemi (per riferirci esemplificativamente ai due macro sistemi ma potremmo sul punto sottilizzare ancora di più) può operare in un ambito suo esclusivo senza dialogare con l'altro sistema e quindi il frutto del dialogo è anche e soprattutto

⁴ L. Lombardi Vallauri, Voce *La Giurisprudenza come scienza pratica*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XV°, Torino, 1989.

to l'interscambio dei meccanismi che regolano questi sistemi.

Se solo ci limitassimo a questa constatazione la nostra analisi sarebbe necessariamente sterile, avremmo detto certamente una verità ma una verità di tipo parziale, e, in fondo, una verità di tipo assolutamente inutilizzabile ai fini di un'analisi più raffinata e più approfondita.

D'altra parte il problema della innovatività del diritto attraverso l'interpretazione giurisprudenziale o la giurisprudenza *tout court* non è problema affatto nuovo, anzi il problema data almeno da quando il formalismo giuridico è stato, come dire, messo in crisi, picconato, scalfito in profondità da elementi diversi.

Per riferirci a giuristi positivi del passato non possiamo non citare una espressione di sintesi che proviene da uno dei maestri del diritto processuale del secolo scorso quell'Antonio Segni, che abbiamo già citato, il quale dichiara espressamente (e le sue parole non possono che essere espressione di un universo critico scientifico che egli rappresenta): *la funzione giurisdizionale non ha, in linea di principio, carattere creativo, ma dichiarativo di diritti. Ciò risulta testualmente per il diritto italiano dalle disposizioni dell'ordinamento giudiziario e del codice di procedura civile e penale e implicitamente dall'articolo 111 della costituzione. Non si può escludere, continua Segni, una forma di ordinamento nel quale il giudice abbia anche una funzione creativa della norma, ma anche in questo caso la funzione del magistrato legislatore non cessa di costituire un contrapposto al magistrato giudice che applica la norma da lui trovata.*

*In ogni modo non è questo il sistema del nostro ordinamento; la dipendenza del giudice dalla legge è il vincolo meta-giuridico dell'ordinamento giurisdizionale nei confronti con gli altri ordinamenti*⁵.

Parole queste scritte circa una quarantina d'anni fa appena, però espressione di una netta chiusura della decisione giudiziaria ad ogni qualche forma di creatività o di innovazione.

E' espressione di una concezione scientifica e quindi anche di un modello interpretativo scientificamente superato ma sicuramente duro a morire, il modello positivisticò, il quale tratteggia la giurisprudenza come una attività

⁵ A. Segni, cit., pag. 989.

che consiste nell'individuare per ogni problema giuridico partendo da una sola legge, e solo con operazioni rigorosamente logiche, l'unica soluzione possibile.

È un modello contro cui si è duramente scagliato all'inizio del secolo scorso uno stuolo assai nutrito di pensatori, giuristi, sociologi e filosofi del diritto, che hanno dato origine a quella che Renato Treves con felice espressione definisce rivolta contro il formalismo (Jhering, Kantorowicz, Ehrlich, Geny, Fuchs, Stampe), formalismo concettuale o, più precisamente formalismo della giurisprudenza dei concetti che si manifestò in Germania verso la fine dell'ottocento; la rivolta contro il formalismo legale cioè quell'indirizzo di pensiero che trova le sue origini nelle dottrine del giusnaturalismo illuministico e il suo fondamento in alcuni principi che sono stati sviluppati e applicati negli anni successivi per opera di noti giuristi francesi prevalentemente della scuola dell'esegesi, la rivolta, infine, contro il formalismo giurisprudenziale cioè quell'indirizzo di pensiero americano che all'inizio del secolo scorso si ricollegava da un lato alla tradizione giusnaturalistica fondata sui principi dello Stato di diritto, della divisione dei poteri e della subordinazione del giudice alla legge e trovava la sua caratteristica espressione ad una concezione sistematica del diritto che si riferiva al c.d. *case method*, che studiava il diritto prendendo per base non già i precedenti ma taluni selezionati casi particolarmente significativi a cui veniva attribuito carattere normativo.

Si apre così la strada, attraverso una serie di movimenti e di correnti di pensiero, tra cui possiamo citare il realismo giuridico scandinavo e americano o la "giurisprudenza sociologica di Roscoe Pound, al cosiddetto "diritto giurisprudenziale", che come afferma Lombardi Vallauri viene a costituire uno dei grandi nuclei o insiemi del diritto effettivo, accanto al diritto legale, al diritto giurisdizionale, al diritto burocratico, al diritto consuetudinario.

L'esistenza del diritto giurisprudenziale costringe in più modi a modificare e ad abbandonare la concezione dell'ordinamento come costruzione a gradi di stampo kelseniano, almeno nella sua pretesa di fornire un modello

globale. Insomma la teoria generale, la teoria pura si palesa come una teoria non generale.

Anziché una rappresentazione fondata in alto come quella kelseniana, il diritto giurisprudenziale induce ad adottare una rappresentazione fondata in basso e cioè su una concatenazione di osservanze piuttosto che di investiture, su un sistema di obbedienze come afferma Capograssi piuttosto che su un sistema di comandi.

E' chiaro che una volta ammessa l'esistenza del diritto giurisprudenziale, conclude Lombardi Vallauri, si è già data una risposta affermativa al problema della giurisprudenza: la giurisprudenza è fonte di diritto, visto che ne produce⁶.

In un saggio recente un prestigioso processualista italiano, Carmine Punzi, assai attento anche a problematiche di teoria generale del diritto si è posto il problema del ruolo della giurisprudenza e dei mutamenti di interpretazione di norme processuali⁷ Punzi si chiede preliminarmente, data la natura della funzione della norma, come si attegga l'intervento del giudice per il suo concretamento: è certo, è la risposta dell'autore, innanzitutto che il giudice deve comprendere la norma ma la sua funzione non può esaurirsi nella ricognizione delle parole della legge.

L'interpretazione della norma va fatta dunque come insegna Emilio Betti tenendo conto della struttura e della funzione di questa e principalmente nel fatto che la norma è coerente con una realtà sociale che il legislatore ha valutato, come afferma Tullio Ascarelli, e che ormai è passata: l'interprete deve rendersi conto delle esigenze cui l'atto doveva rispondere per il suo autore.

Ma il giudice non può limitarsi a questa presa di conoscenza cioè alla comprensione della determinazione legislativa perché, come insegna Emilio Betti, per la funzione che egli deve assolvere il giudice, e per la funzione stessa del diritto, la sua attività di interpretazione deve assumere una particolare destinazione, che è quella che con formula sintetica viene defini-

6 L. Lombardi Vallauri, cit, pp.4-6.

7 C. Punzi, "Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali" in "Rivista di Diritto Processuale", anno 2011 n.6 nov/dic, pp.1337-1355.

ta, dallo stesso Betti, come destinazione o funzione normativa.

Ora ammettere e riconoscere in capo al giudice l'analisi della struttura e della funzione normativa ponendo l'accento, evidentemente in maniera più marcata, sul concetto di funzione della norma, significa richiamare quella grande polemica che è stata alla base della sociologia del diritto tra Ehrlich e Kelsen e, secondo cui il primo rivendicava al sociologo l'analisi della funzione e della struttura il secondo limitava al sociologo la conoscenza e l'analisi della sola funzione mentre riservava al giurista l'analisi della struttura: e questo è in estrema sintesi il risultato di quello che sarà chiamato il compromesso kelseniano che segna un primo riconoscimento della sociologia giuridica ma che evidentemente già al momento non soddisfaceva nessuno, perché limitava per entrambi i campi contrapposti di opinione il proprio campo di operazioni.

Il richiamo diretto alla problematica della natura e della funzione della norma da parte di un processualista così attento a questo genere di questioni come Carmine Punzi significa sostanzialmente rivendicare come fondamentale nell'opera di interpretazione giurisprudenziale quella funzione normativa che Emilio Betti ha individuato intorno alla metà del secolo scorso.

In sintesi il giudice, conclude Punzi, *deve riconoscere e rendere attuale il criterio di giudizio attraverso il quale egli deve conoscere e giudicare il fatto. In quest'opera non v'è nulla di arbitrario, appunto perché la norma, lungi dall'esaurirsi nella nuda lettera del testo legislativo ha vigore attuale unitamente all'ordinamento di cui fa parte integrante ed è destinata a passare ed a trasfondersi nella vita sociale alla cui disciplina deve servire, come afferma ancora Betti.*

Una critica molto puntuale e ben congegnata all'interpretazione di derivazione giuspositivistica classica ed ai suoi sviluppi più recenti proviene, in un recentissimo volume, da uno studioso molto brillante che ha fatto dell'interpretazione la sua ragione primaria di studi, Francesco Petrillo (F. Petrillo, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Giappichelli, Torino 2011).

Nota Francesco Petrillo che *nel nostro paese il procedere stesso nell'interpretare è stato considerato dalla giurisprudenza analitica, costruita da Norberto Bobbio sulla traccia di Herbert Hart, come subordinato alla legge, con l'elevazione delle norme degli articoli 12 e 14 delle disposizioni preliminari del codice civile del 1942 al rango di principi normativi generali, valevoli per ogni tipo di interpretazione nelle varie discipline giuridiche.*

Questi ultimi sono considerati vincolanti per l'interpretazione di tutti gli atti giuridici, persino di quelli di forza superiore alla legge stessa, e pure se emanati successivamente alle norme elevate a principio (si pensi per esempio alla Carta costituzionale del 1948). Ora in tale prospettiva, nota ancora Petrillo, *la teoria dell'interpretazione del diritto è stata del tutto subordinata alla teoria della produzione della legge e l'interesse della scienza giuridica si è concentrato tutto sulla vicenda della giuridicità intesa come legislazione e quindi esclusivamente sull'analisi del diritto creato dal potere politico e consacrato nella formalità dei documenti normativi.*

In estrema sintesi applicando questa logica interpretativa si ha una interpretazione dei disposti e delle formule normative fondata sull'idea della blindatura necessaria del sistema logico-ordinamentale, il quale non ammette alcuna forma di etero-integrazione, ma soltanto un'auto-integrazione garantita dall'analogia.

L'auto-integrazione ordinamentale diventa rigida ed esclusiva e si concettualizza come giurisprudenza analitica, ovvero come scienza dell'interpretazione, che negando ogni qualsivoglia tipo di etero-integrazione dell'ordinamento fa della concentrazione esclusiva sull'analisi del significato del testo normativo da parte del soggetto interpretante l'unico oggetto conoscitivo della sua ricerca.

A questa logica interpretativa si contrappone invece una logica tutta diversa, ovvero *l'interpretazione del diritto*, e non più, come nell'altro caso, *l'interpretazione della legge*. *L'interpretazione del diritto* viene ad assumere quindi una valenza più ampia rispetto all'altra in quanto recupera il concetto di *jus* come varianza all'interno dei suoi limiti di tendenza di *justum* e di *jussum* ed ha come oggetto *un diritto da non ricondursi esclusivamente alla sola giustizia ideale o alla sola norma reale o alla sola etica o*

alla sola politica intesa come legge dello Stato ma anche a tutta l'attività svolta dal soggetto interpretato, da ricomprendersi in un ampio concetto di fatto giuridico e a tutta l'attività svolta dal soggetto interpretante fino agli effetti giuridici di ricaduta di quest'ultima sul soggetto interpretato⁸.

In questa logica che è una logica tipica dell'ermeneutica giuridica si viene a considerare la progressiva evoluzione della scienza giuridica tanto nella sua prospettiva storicodiacronico-evolutiva quanto in quella metodologico-interpretativa piuttosto che sincronico-normativa.

E' di tutta evidenza che percorrendo questa seconda via si giunge al pieno riconoscimento della funzione socio-normativa della giurisprudenza che è il tema che stiamo affrontando.

Che è, a nostro avviso, non solo una situazione auspicabile ma che rappresenta una tendenza decisa e consolidata, pur se non possiamo esimerci dal mostrare qualche cautela anzi più di qualche cautela.

Il punto è per noi non tanto racchiuso nel problema dell'interpretazione, che pure è problema di primaria importanza nel mondo del diritto pensato e applicato, quanto piuttosto nel problema della rappresentatività della decisione giudiziaria, ossia nel grado di estensività che la decisione ha oltre il caso di specie.

Se si ammette, senza infingimenti, che il caso deciso oltre che precedente giudiziario, con tutto ciò che questo comporta, ha ed assume anche valore estensivo si perviene ad ammettere senza remore una funzione socio-propositiva della decisione giudiziaria e in ultima istanza della giurisprudenza *tout court*.

Il mondo del diritto, più tecnicamente quello della norma giuridica in questo caso, è pieno di precedenti luminosi di questo genere, si pensi a tutta la normativa anti-inquinamento che data da non molti decenni nel nostro Paese e che è nata sulla scia di coraggiose e illuminanti decisioni giudiziarie, e a tutte quelle del diritto del lavoro che hanno preceduto le disposizioni normative, e al mondo del diritto penale che è pieno di coraggiose decisioni anticipatrici di innovazioni legislative (si pensi, per tutte al delitto d'onore), ed agli sterminati precedenti in tema di famiglia e di tutela della

8 F. Petrillo, cit., pp.123-133.

persona in quanto persona che hanno aperto le porte a mutamenti radicali di orientamenti normativi nel nostro paese..

Il radicale mutamento che progressivamente subisce il mondo giuridico nel nostro Paese con l'introduzione di elementi sempre più decisi provenienti dall'ambito di *common law*, conseguenza inevitabile di un mondo che si globalizzata ogni giorno di più e che non conosce ormai più alcun limite geografico neanche nel campo giuridico, fa sì che questa funzione socio-normativa o come noi più prudentemente preferiamo qualificarla, socio-propositiva, perché evidentemente l'altro termine può nascondere e di fatto nasconde più d'una insidia, sia una realtà consolidata e imprescindibile.

Bruno M. Bilotta, professore ordinario di Sociologia giuridica, della devianza e del mutamento sociale, Università Magna Graecia di Catanzaro