

Collana *in/Tigor*
Facoltà di Scienze della Formazione
Università degli Studi di Trieste
4

Comitato scientifico

Giuseppe Battelli - Università degli Studi di Trieste, Stefano Amadio - Università degli Studi di Trieste, Giliberto Capano - Università degli Studi di Bologna, Fabio Cossutta - Università degli Studi di Trieste, Marco Cossutta - Università degli Studi di Trieste, Giuseppe Longo - Università degli Studi di Trieste, Maurizio Manzin - Università degli Studi di Trento, Paolo Moro - Università degli Studi di Padova, Gisella Paoletti - Università degli Studi di Trieste, Marina Sbisà - Università degli Studi di Trieste, Roberto Scarciglia - Università degli Studi di Trieste, Valter Sergo - Università degli Studi di Trieste, Giacomo Todeschini - Università degli Studi di Trieste, Miriam Totis - Presidente dell'Ordine degli Assistenti Sociali del Friuli – Venezia Giulia

Presentazione della collana *in/Tigor*

Nell'immaginario collettivo l'Università viene percepita, in prevalenza, come una istituzione e tutt'al più un luogo fisico. Andando oltre questa pur legittima e diffusa percezione, la chiave di volta per cogliere il senso della collana *in/Tigor* va piuttosto cercata nel significato originario del termine *università*: a lungo attivo nella lingua italiana per designare le corporazioni e, quindi, più modernamente declinabile come comunità indivisa di coloro che, pur con funzioni e competenze diverse, condividono l'arte (intesa quale attività/lavoro) dello studio.

Se la finalità operativa della collana è individuabile nella diffusione dei risultati di valide analisi scientifiche e dei frutti del migliore insegnamento e della più proficua collaborazione con le aree professionali dialoganti con la stessa *università*, il fondamento profondo della stessa sta nel voler proporsi come segno di una data concezione e conseguente sperimentazione di *università*. Quale?

La collana, lo suggerisce lo stesso nome, trova la propria simbolica collocazione nell'edificio di via Tigor. Ma ciò non va affatto inteso come riferimento esclusivo e negativamente identitario, bensì come 'luogo' che, se non nega le proprie concrete radici storiche, si apre e si offre in quanto *agorà virtuale* nella quale incontrare sia ciascuna delle specifiche comunità di studio e di lavoro che costituiscono l'insieme complessivo dell'Ateneo di Trieste e di altri Atenei, sia ciascuna delle aree professionali che operanti nella società civile dialogano con lo stesso mondo universitario.

In tal senso, e in un momento di drammatica messa in discussione dello stesso significato fondativo dell'*università*, e di insidiosa deriva verso deformanti declinazioni aziendaliste o tecnoburocratiche, questa *agorà* intende proporsi come spazio che - rivolgendosi a coloro che ancora credono al decisivo ruolo dell'università pubblica in quanto veicolo di scienza e conoscenza, crescita della formazione critica, educazione a una cittadinanza consapevole - inverte l'inscindibile unità di studio, insegnamento, legame con la società civile, ribadendo con forza come né l'uno, né gli altri potrebbero esprimere integralmente la propria intrinseca potenzialità qualora, invece di realizzare un'armoniosa fusione, perseguissero l'obiettivo di uno sviluppo separato.

Ecco allora che la collana *in/Tigor* si concepisce come una *universitas* di persone liberamente accomunate dall'amore per la conoscenza e liberamente operanti, a prescindere e nel superamento di ogni predefinita cristallizzazione di ruoli, secondo i principi sopra delineati.

La versione elettronica del volume a testo completo, è disponibile sull'Archivio digitale istituzionale di Ateneo dell'Università di Trieste, "OpenstarTs" all'indirizzo:
<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/5591>

© copyright Edizioni Università di Trieste, Trieste 2011.

Proprietà letteraria riservata.

I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale e parziale di questa pubblicazione, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, le fotocopie e altro) sono riservati per tutti i paesi.

ISBN 978-88-8303-343-8

EUT - Edizioni Università di Trieste
Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste
<http://eut.units.it>

INTERPRETAZIONE ED ESPERIENZA GIURIDICA

Sulle declinazioni
dell'interpretazione giuridica:
a partire dall'uso alternativo
del diritto

MARCO COSSUTTA



Edizioni
Università
di Trieste

SOMMARIO

9 INTRODUZIONE

§ 1. Sul ruolo adeguatore della dogmatica p. 9; § 2. Sulla responsabilizzazione politica del ceto dei giuristi p. 11.

CAPITOLO PRIMO

15 UNA CONCEZIONE DELL'INTERPRETAZIONE PER L'USO ALTERNATIVO DEL DIRITTO

§ 1. Il giurista fra la valorizzazione dello *status quo* e la critica del presente modello sociale p. 15; § 2. Dalla difesa della Costituzione alla critica “di vecchi e nuovi schemi giuspositivistici” p. 25; § 3. Sulla presunta apoliticità della magistratura p. 33; § 4. La scelta in favore delle classi subalterne p. 36; § 5. Sui contenuti e sul metodo della giurisprudenza alternativa p. 38; § 6. Lo scontro di classe e l'uso alternativo del diritto p. 43.

CAPITOLO SECONDO

47 LA REAZIONE ALL'USO ALTERNATIVO DEL DIRITTO

§ 1. Una contraddizione nell'uso alternativo del diritto p. 47; § 2. L'uso alternativo del diritto nella “società italiana in trasformazione”: la critica di Renato Treves p. 52; § 3. Uberto Scarpelli: “il giurista deve essere leale e fedele verso il diritto stabilito” p. 59; § 4. Una crepa nella Scuola di Torino? p. 64 § 5. Sulla divisione dei poteri p. 69.

CAPITOLO TERZO

75 DALLA CRITICA ALLA PARTIGIANERIA ALLA ELABORAZIONE DI UNA INTERPRETAZIONE NON MECCANICISTICA

§ 1. Il tentativo di legare il vincolo della legge ad una interpretazione non riproduttiva p. 75; § 2. Il richiamo di Fassò alla *natura della cosa* e la ricerca del *diritto che sta dietro alla legge* di Bagolini p. 78; § 3. Sul ruolo *politico* dell'attività giurisprudenziale: Scarpelli e la scelta politica orientata da un punto di vista interno ad un ordinamento giuridico p. 84; § 4. La ripresa da parte di Satta del ciceroniano *servi legum sumus...* per illuminare il giurista con la politica dello Stato p. 89; § 5. Un giudice equilibrato che “si esalta come «animale politico»” p. 96; § 6. Per una prassi giurisprudenziale antiformalistica p. 101.

CAPITOLO QUARTO

107 VERSO UNA CONCEZIONE CREATIVA DELL'INTERPRETAZIONE

§ 1. Uno svolgimento del tema dell'interpretazione nelle inquietudini del giurista contemporaneo p. 107; § 2. Il diritto giurisprudenziale come migliore diritto possibile; sul *Saggio* di Luigi Lombardi p. 113; § 3. La rottura dell'egemonia statale nella produzione del diritto: Pietro Rescigno e la riproposizione delle società intermedie p. 118; § 4. Ancora sull'interpretazione quale autonoma fonte di produzione del diritto p. 123; § 5. Il rifiuto del formalismo cela l'avversione per un legislatore *progressista*? p. 128; § 6. Una digressione intorno al principio di sussidiarietà p. 131.

CAPITOLO QUINTO

141 PER UNA RAPPRESENTAZIONE IDEALTIPICA DELLE CONCEZIONI DELL'INTERPRETAZIONE

§ 1. Uso in chiave bellica del termine *politica* e del sintagma *giustizia politicizzata*. Sulla mistificante contrapposizione politico/apolitico p. 141; § 2. Su di un'alternativa diabolica: servire il popolo o servire lo stato? (nell'un caso e nell'altro sempre *servi* si rimane – così per lo meno pare) p. 147; § 3. Una possibile convergenza tra le due prospettive p. 151; § 4. Per una concezione *inter-sistemica* dell'interpretazione p. 152; § 5. Sul concetto e sulle concezioni di sistema. La precipuità dell'uso alternativo del diritto p. 154; § 6. Un abbozzo idealtipico delle concezioni dell'interpretazione p. 161; § 7. Ancora sulla concezione *a-sistemica*, *intra-sistemica* ed *inter-sistemica* dell'interpretazione p. 163; § 8. Un'osservazione conclusiva per una nuova prospettiva di ricerca p. 167.

INTRODUZIONE

SOMMARIO

§ 1. Sul ruolo adeguatore della dogmatica; § 2. Sulla responsabilizzazione politica del ceto dei giuristi.

1 – SUL RUOLO ADEGUATORE DELLA DOGMATICA

Luigi Benvenuti, proponendo al lettore tre suoi saggi in tema di interpretazione elaborati alla fine degli anni Novanta, sottolinea come, all'interno di quell'asse speculativo, “si è ritenuto di mantenere alla dogmatica l'arduo compito di tenere fermi gli istituti tradizionali, solo adattandoli alle esigenze d'una società in rapida trasformazione, in attesa di un intervento definitivo del legislatore”¹.

Sin dalle battute introduttive risalta un ruolo adeguatore, ascrivito dall'autore, all'attività dogmatica, tanto da auspicare che la stessa, sia pure nell'alveo tracciato vuoi dal legislatore storico, vuoi dalla tradizione giuridica, che dall'opera del primo si è dispiegata, possa intervenire al fine di ricomprendere nell'orizzonte prettamente giuridico quelle istanze sociali che di volta in volta emergono e che il legislatore non ha ancora provveduto a istituzionalizzare. In questo senso la dogmatica “dovrebbe attribuirsi il compito di registrare il corso degli eventi, ma mantenendo una funzione riflessiva, troppo spesso impedita da un

¹ L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. X-XI.

legislatore imprudente e da una giurisprudenza fin troppo supplente”². Sicché il compito del dogmatico, liberatosi definitivamente dall’intelaiatura dottrinale ereditata dalla scuola dell’esegesi, sarebbe quello di aprirsi ad una realtà in costante evoluzione al fine di recepirne i movimenti, di farne proprie le istanze, tanto da poter, per un verso, controbilanciare la “imprudenza” legislativa e, per altro, la “supplenza” giurisdizionale.

Il lavoro del dogmatico, all’interno di tale quadro, risulterebbe, in definitiva, un lavoro di interpretazione; interpretazione della realtà sociale in evoluzione ed interpretazione delle disposizioni normative, attività quest’ultima da svolgersi alla luce della prima, sì da contribuire alla determinazione di un sistema normativo, il quale riesca, allo stesso tempo, ad adeguarsi alla regolamentazione della realtà sociale ed a non slegarsi dal dettato legislativo.

Per Luigi Benvenuti l’interpretazione “consisterebbe in una attività implicante un momento creativo, governato dal meccanismo della precomprensione e dunque non potrebbe ridursi ad un atto meramente conoscitivo di un determinato enunciato”³. In tal senso, continua l’autore, “nell’ambito di uno spazio semantico che non potrebbe essere del tutto senza confini, l’interprete si trova ad operare delle scelte che comportino una attività di attribuzione di significati e che per gran parte trovano giustificazioni in argomenti di ordine retorico, o sulla base di precisi assunti ideologici”⁴.

2 *Ibidem*. Su questi temi è intervenuto, ancora nella prospettiva del diritto amministrativo, fra gli altri, M. M. Fracanzani, *Analogia e interpretazione estensiva nell’ordinamento giuridico*, Milano, 2003.

3 L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., p. 46. Va qui segnalato come il termine “precomprensione” viene utilizzato dall’autore nella accezione propria all’ermeneutica di Gadamer e di Ricoeur; cfr. *ibidem*, pp. 11 e segg. Sulla prospettiva ermeneutica ed il suo impatto sul mondo giuridico cfr., oltre alla fondamentale opera di Emilio Betti, *Teoria generale dell’interpretazione*, Milano, 1990 (l’edizione è corretta ed ampliata da Giuliano Cirfò – prima edizione 1955), che segue *L’interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971 (seconda edizione riveduta e ampliata da Giuliano Cirfò – prima edizione 1949), i saggi di G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza*, Milano, 1984, e *L’arte dell’interpretazione. Saggi sull’ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990 nonché F. Viola – G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999.

4 L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., p. 47.

All'interno di questo itinerario, come Benvenuti più volte rimarca, la norma tratta dalla disposizione ritrova la sua legittimità e, con questa, la sua procedura di controllo, nella sua congruità con il più complesso sistema normativo, illuminato dai "fondamentali valori costituzionali"⁵, in modo tale che, pur non potendosi riconoscere alcuna norma preconstituita all'attività interpretativa della disposizione, quest'ultima attività non sfocerebbe nell'arbitrio soltanto se volta ad istituire un sistema normativo, il quale renda vigente i valori giuridici fondamentali racchiusi nella carta costituzionale e di volta in volta svelati dall'evoluzione della compagine statutale⁶.

2 – SULLA RESPONSABILIZZAZIONE POLITICA DEL CETO DEI GIURISTI

L'attività interpretativa, a maggior ragione all'interno della cosiddetta società complessa, pare volta, per riprendere l'espressione di Massimo Severo Giannini⁷, richiamato da Benvenuti, "ad operare una ponderazione tra più interessi, primario l'uno e secondari gli altri. In verità, con tale formula si soleva esprimere innanzitutto il ruolo per così dire politico dell'agire amministrativo"⁸.

La natura politica della attività interpretativa, su cui la nostra attenzione è stata attratta, così come ci viene già evidenziato, nel 1939, da Giannini nel campo proprio al diritto amministrativo, appare in stridente contrasto con quel processo di deresponsabilizzazione della scienza giuridica, della quale dà conto, fra gli altri, Giovanni Tarello⁹.

Lo stesso Tarello sottolinea come la cultura giuridica italiana si vede investita da questa funzione politica con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana; di fatti, "lo spartiacque sulla funzione politica del giurista-interprete è in quegli anni [l'immediato dopoguerra]

⁵ *Ibidem*, p. 48.

⁶ Cfr. *ibidem*, p. 50.

⁷ M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939.

⁸ L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., p. 66. Il tema è stato precedentemente trattato dall'autore nella monografia *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

⁹ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, pp. 16-17, e, più di recente, P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007.

costituito dall'alternativa tra l'uso maggiore possibile e l'uso minore possibile della Costituzione, e, correlativamente, l'uso minore possibile e l'uso maggiore possibile della legislazione previgente"¹⁰. Ma è ancora lo stesso Tarello a suggerirci come, proprio a causa dello "spartiacque politico così determinatosi", questo clima "non era oggettivamente favorevole a che il problema della interpretazione in generale, e tutti gli specifici problemi interpretativi concreti, venissero proposti come problemi di metodo giuridico"¹¹.

Se, per un verso, l'irrompere all'interno del mondo giuridico di una concezione dell'attività interpretativa non più adagiata sulla tranquillizzante, in quanto deresponsabilizzante, idea della onniscienza del legislatore, a cui in modo esclusivo compete ogni scelta, e della cui volontà si deve giungere a conoscenza, ma collocata in bilico fra opzioni politiche, economiche, sociali fra loro differenti, si lega indubbiamente nella prassi giuridica al dovere calibrare, ad esempio, il rapporto fra la Costituzione repubblicana e la previgente legislazione, oppure a recuperare, anche qui a fini politico-sociali, il cosiddetto diritto sociale di stampo francese, per meglio consolidare la legittimità delle società intermedie, oppure, ancora, per fondare solidamente su basi legislative vacue, l'esperienza giuslavoristica e gius-sindacale nell'Italia del secondo dopoguerra¹², per altro verso, questo apparire indica, fuori da quella specifica contingenza, un più generale e nuovo modo di intendere i fatti giuridici.

La ragione di tale crisi, che porta a sconvolgere le rappresentazioni giuridiche costruite nei decenni precedenti¹³ va in ultima analisi, a

10 G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, Roma-Bari, p. 74.

11 *Ibidem*.

12 Cfr. *ibidem*. Sul particolare problema dello sviluppo del diritto del lavoro e del diritto sindacale nell'Italia repubblicana, cfr. almeno gli studi di G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, 1972 (il testo originale appare nel 1967), B. Montanari, *Teoria e prassi nelle dottrine gius-sindacali*, Milano, 1979 nonché C. Assanti, *Corso di diritto del lavoro*, Padova, 1981, pp. 1-25.

13 Viene in proposito, di recente evidenziato "come i modelli, le categorie giuridiche, gli istituti trasmessici dalla tradizione siano ormai alla deriva e vi sia il pericolo del naufragio, con il che non sapremo più dove attaccarci. Di questo scompiglio la stessa scienza giuridica, alla quale difetta ormai il senso della storia, fatica ad acquisire la piena consapevolezza: occorre, invece, che se ne renda conto intervenendo propositivamente

nostro avviso, ricercata in una causa più profonda: nel tramonto e nella definitiva eclissi dello stato monoclasse e nel parallelo apparire dello stato pluriclasse, la cui gestione si rende estremamente problematica, se non impossibile, attraverso i classici (in realtà ottocenteschi) paradigmi della scienza giuridica di stampo positivistico.

Il dibattito sviluppatosi nell'Italia dei primi anni del secondo dopoguerra intorno alla rappresentazione in chiave positivistica dei fatti giuridici e, conseguentemente, intorno al problema del metodo giuridico è, infatti, un epifenomeno di un disagio ben più profondo di quello che può essere rappresentato in una mera disputa dottrinale.

In questo senso, l'emergere sempre più prepotente di istanze e di prassi riconducibili alla interpretazione creativa non può essere circoscritto a specifiche e settoriali contingenze perché l'idea di interpretazione creativa ritrova la propria ragione nella più generale crisi dello stato borghese dell'Ottocento, di cui il positivismo giuridico è monumento¹⁴. Ciò non di meno sono proprio le specifiche contingenze socio-politiche a far emergere nell'esperienza giuridica istanze antiformalistiche propugnanti un'idea di interpretazione adeguatrice, se non creativa, del diritto e con questa un ruolo attivo, politico, della scienza giuridica.

Per meglio comprendere il fenomeno nella sua generalità pare utile prendere le mosse da un caso specifico e circoscritto, che ha investito, alcuni decenni or sono, la società italiana: l'uso alternativo del diritto.

per la correzione. *Accorrigere* significa, in latino, proprio questo: i giuristi di professione devono accorgersi che è tempo di conquistare al più presto una rinnovata *rectitudo* del diritto e por fine a un'esperienza di insostenibile incertezza", così U. Vincenti, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari, 2007, p. XI.

14 In proposito è stato osservato come il palesarsi del cosiddetto potere creativo del giudice è da legarsi a profonde trasformazioni istituzionali che hanno investito i caratteri della stessa compagine statuale ed hanno determinato un aumento delle attività dello stato, come il suo intervento nelle attività produttive, ed il sorgere di aspettative sociali nei confronti dello stato stesso. In quello che viene definito come il passaggio dallo stato di diritto allo stato sociale, l'ottocentesco modello di stato di legislazione appare insufficiente a comprendere le dinamiche politiche e giuridiche; nel nuovo contesto storico-sociale, è sempre più il giurista a determinare i contenuti del diritto, alterandosi, in tal modo, i rapporti fra i poteri dello stato, fra la legislazione e la giurisdizione. La giurisdizione assume sempre di più il ruolo di supplenza del potere legislativo, abbandonando il ruolo ancillare, che lo stato ottocentesco le aveva assegnato. Cfr. in argomento G. Zaccaria, *L'obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto*, in "Rivista di diritto civile", 1979.

CAPITOLO PRIMO

UNA CONCEZIONE DELL'INTERPRETAZIONE
PER L'USO ALTERNATIVO DEL DIRITTO

SOMMARIO

§ 1. Il giurista fra la valorizzazione dello *status quo* e la critica del presente modello sociale; § 2. Dalla difesa della Costituzione alla critica “di vecchi e nuovi schemi giuspositivistici”; § 3. Sulla presunta apoliticità della magistratura; § 4. La scelta in favore delle classi subalterne; § 5. Sui contenuti e sul metodo della giurisprudenza alternativa; § 6. Lo scontro di classe e l'uso alternativo del diritto.

1 – IL GIURISTA FRA LA VALORIZZAZIONE DELLO *STATUS QUO*
E LA CRITICA DEL PRESENTE MODELLO SOCIALE

“La premessa a questo convegno è la presa di coscienza ormai diffusa della funzione politica del diritto e delle strette interdipendenze fra rapporti giuridici e rapporti politici, economici e sociali. Il confronto e il contrasto fra i diversi orientamenti interpretativi, infatti, si va trasformando sempre più esplicitamente in una verifica di *politiche del diritto*. E correlativamente si avverte in modo sempre più pressante l'esigenza di controllare l'idoneità degli strumenti giuridici per il perseguimento di diversi obiettivi politici, in particolare per quello dell'emancipazione economica e sociale delle classi lavoratrici”.

In questo modo il Comitato organizzatore, composto da Abbadessa, Amirante, Barcellona, Mazziotti e Mirone, introduceva i temi alla base

dell'incontro di studio svoltosi a Catania nel maggio del 1972 su *L'uso alternativo del diritto*¹.

Pietro Barcellona in quella sede, riconosceva come “il sistema del diritto eguale, astratto e generale, perfettamente adeguato alle strutture economiche del periodo in cui era «nato» [... ovvero la società liberale dell'Ottocento ...] risulta progressivamente inadeguato man mano che il sistema sviluppava la tendenza immanente alla concentrazione del capitale e alla centralizzazione dei poteri burocratici, e le istituzioni statali assumono sempre più vistosamente funzioni di intervento

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

Il passo sopra richiamato è citato da P. Barcellona nella sua *Introduzione a L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, cit., p. VI.

Va sottolineato che la riflessione catanese sull'*uso alternativo del diritto* si inserisce in un più ampio contesto politico-culturale, che vede nell'attività svolta dal 1964 dai magistrati raccolti in *Magistratura democratica* e nella fondazione, nel gennaio del 1970, della rivista “Qualegiustizia” i suoi fulcri. La richiamata rivista ha fra le sue finalità la promozione di “una ricerca in una prospettiva ben definita. Crediamo che mai, come oggi, è stato messo in evidenza, più che altro dai fatti, il contenuto sociale e politico del fenomeno giuridico, il quale – lo sappiamo – ha altri contenuti che gli sono peculiari [...]”. La ricerca che intendiamo svolgere ha concrete finalità di demistificazione: diretta com'è a mettere in luce i significati sociali e politici della normativa positiva e dell'interpretazione, finirà necessariamente col verificare la pretesa neutralità dell'una e dell'altra [...]. Attribuiamo alla prospettiva nella quale intendiamo muoverci un significato che ci sembra emerga con chiarezza, più ancora che da questa o quella teoria generale, dalla realtà del nostro tempo e in particolare del nostro paese. Si tratta di aver presenti i rapporti di produzione e di potere, le forze sociali antagoniste, le tensioni economiche e sociali, i conflitti ideologici, cioè i fattori reali del dinamismo sociale, e non in una visuale che si esaurisca in un mero descrittivismo sociologico”, così nella presentazione (non firmata) *Quale giustizia*, in “Qualegiustizia”, I (1970), n. 1, pp. 1-2.

Sui temi richiamati cfr. R. Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana. Problemi e ricerche di sociologia del diritto*, Bari, 1972 e R. Canosa-P. Federico, *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Bologna, 1974.

nell'economia e nei meccanismi di soddisfazione dei bisogni"². Per l'autore è evidente che ogni scelta in campo giuridico non avvenga in base ai dettami della dimostrazione logica, essa sia piuttosto "il risultato di una valutazione, di un giudizio di valore «condizionato» dal punto di vista prescelto e, a sua volta espresso dalla specifica collocazione storica, e in ultima istanza dal tipo di *base economica* che caratterizza una certa formazione sociale"³. Sicché, all'interno di questo quadro, fortemente ipotecato da una interpretazione in chiave storico-materialista del fenomeno giuridico⁴, emerge la volontà di discostarsi chiaramente da

2 P. Barcellona, *Introduzione*, cit., p. XI. Rileva in proposito Wiethölter nel suo contributo al sopra richiamato volume *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista* e titolato *Gli interessi dello Stato di diritto borghese*, come "la riduzione della Costituzione e del diritto a meri problemi organizzativi – presuntivamente apolitici – della società borghese individualistica e privata ha reso possibile la sclerotizzazione dei *contenuti politici* di uno specifico dominio dello Stato nella storia e di una specifica società borghese in quelle *forme giuridiche* che essi si erano dati una volta. [...] Chi pone lo Stato di diritto al centro della Costituzione trasforma le strutture storiche concrete di una società in strutture assolute, astratte", pp. 38-39. Parimenti Preuss sottolinea, riferendosi ancora allo stato di diritto ottocentesco, come "il diritto oggettivo è la forma sociale oggettiva di una socializzazione che si fonda sulla libertà intesa come astrazione delle attività umane da una determinazione concreta dei fini", *Sul concetto di classe nella teoria tedesca dello Stato di diritto*, in *ibidem*, p. 22.

3 P. Barcellona, *Introduzione*, cit., p. XV. Sottolinea Jürgen Seifert nel suo contributo su *La concretizzazione delle «formule emancipatorie» della Costituzione nella giurisprudenza*, in *ibidem*, come "l'emancipazione politica concessa dalle costituzioni borghesi più importanti fu un grande progresso, ma allo stesso tempo un'opera compiuta a metà; perché da un lato al posto dei privilegi, cioè dei diritti particolari garantiti, subentrano il diritto generale e astratto e la qualifica di cittadino, che assume rilievo solo in riferimento al settore politico (*citoyen*), dall'altro restò l'ineguaglianza delle condizioni materiali di esistenza degli uomini, quali membri della società civile. In altri termini, l'uomo viene considerato, in tutte le questioni che riguardano la sua esistenza materiale, non come cittadino, ma come uomo egoista; l'uomo vero e proprio è solo l'individuo egoista della società civile-borghese (*bourgeois*)", p. 125. In questo senso, riprendendo dal secondo intervento di Rudolf Wiethölter apparso su *L'uso alternativo del diritto. Ortodossia giuridica e pratica politica* e titolato *Diritto dell'economia: analisi di una «formula magica»*, "le classiche libertà fondamentali dello Stato di diritto liberale borghese (organizzazione, proprietà, iniziativa economica, contratto ed eredità) [vanno recepite] come regolamentazione autonoma della concorrenza di mercato", p. 218.

4 Ma si vedano anche le osservazioni di Renato Treves, presentate nel contributo su *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen* apparso sul primo fascicolo del 1952 della "Rivista internazionale di filosofia del diritto", in merito al successo della dottrina pura del diritto al suo apparire in un mondo in cui i valori economici, sociali

un procedere logico-analitico per affermare con forza la necessità di indirizzare l'opera del giurista non tanto verso la formula vuota racchiusa nella locuzione "realtà sociale", quanto lungo l'asse della promozione della protezione degli interessi dei ceti marginali. Va pertanto abbandonata "la convinzione che la scienza giuridica sia una scienza autonoma, che non abbia nessun nesso con l'economia politica, con la sociologia, con tutte le altre scienze dell'uomo"; la demistificazione di questi postulati comporta il rimuovere "la convinzione che il giurista sia puramente un tecnico che ha a che fare con operazioni logiche, la convinzione che l'interprete sia subordinato alla legge e che la sua unica funzione sia quella puramente tecnica di operare la sussunzione del «fatto» nello schema concettuale"⁵. L'attività interpretativa, lungi dal presentarsi quale meccanica applicazione della disposizione, appare fortemente ipotecata da scelte valoriali⁶, che nel passato hanno privilegiato *la valorizzazione della realtà sociale così com'è*, ma che ora possono collocare il giurista sensibile alle istanze di emancipazione dei ceti sociali marginali a fianco degli stessi in una attività di *critica del modello sociale di sviluppo*. Nell'attuale contesto sociale, così come appare ai giuristi riunitisi a Catania, "il sistema giuridico non può più essere considerato come un insieme compatto di norme, ma come una entità discontinua, percorsa da fratture, in cui trova espressione la logica antagonista delle forze produttive"⁷.

e politici appaiono universalmente condivisi dal ceto dei giuristi e, pertanto, assunti aporeumaticamente quale ipotesi del ragionamento giuridico, che si dispiega come pura logica celando però gli assiomi valoriali che ne stanno alla base.

5 P. Barcellona, *Introduzione*, cit., p. XVII. In proposito rileva Enrico Spagna Musso, nel suo contributo *Note per una discussione organica sulla utilizzazione politica del diritto*, ivi apparso, "che ogni sistema giuridico ha in via connaturale una funzione politica a causa della sua esistenza quale struttura sociale atta a consentire un controllo degli ordinamenti dei consociati finalizzandoli a dati obiettivi", p. 50.

6 È ancora Spagna Musso a rilevare che "l'interpretazione e applicazione dell'istituto, se giuridica in quanto soddisfa l'esigenza di coerenza logica di un metodo scientifico-giuridico, è pur sempre politica perché conforme al ruolo politico-istituzionale: il giurista, il burocrate quando correntemente sono definiti apolitici sono solo politici in modo conforme al sistema giuridico", *ibidem*.

7 P. Barcellona, *Introduzione*, cit., p. XVII. Sottolinea Stefano Rodotà, nel suo contributo su *Funzione politica del diritto dell'economia e valutazione degli interessi realizzati dall'intervento pubblico*, in *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, che "il diritto, allo stesso modo del potere in generale, non può che essere la risultante della lotta tra le classi; non può non riflettere, anziché la volontà di una sola classe dominante, i rapporti di forza esistenti tra le varie classi sociali (e

Va qui rilevato che il preciso riferimento *alla logica antagonista delle forze produttive* impedirebbe, all'interno di questa prospettiva, la quale si caratterizza attraverso il binomio *scienza giuridica e analisi marxista* (presente nel sottotitolo dell'opera che raccoglie le analisi svoltesi all'ombra dell'Etna), l'emergere, nell'attività esegetica, non dei valori *soggettivi* dell'interprete, in quanto l'attività in parola sarebbe indirizzata da *oggettivi* parametri derivanti, in ultima istanza, dallo studio del rapporto fra forma di produzione e forze produttive⁸.

Come ben sottolinea De Giovanni, con l'*uso alternativo del diritto*, “non è in discussione soltanto l'aggiustamento del diritto a una realtà in movimento, ossia una generica ipotesi di storicizzazione degli strumenti di intervento, è in discussione l'uso complessivo del diritto operato dalle classi dominanti, il tipo di contraddizione che esso crea ai vari livelli in cui si manifesta, la possibilità di un'analisi diversa del suo ruolo in un'ipotesi differente – e alternativa, appunto – di sviluppo storico delle forze di produzione”⁹.

Siamo pertanto qui di fronte ad una alternativa radicale al *modus operandi* borghese, non soltanto ad un tentativo di richiamare l'attenzione

anche tra i vari gruppi esistenti all'interno della medesima classe). Solo in questo modo è possibile apprezzare il ruolo delle disposizioni sociali introdotte nel sistema giuridico dalle lotte del proletariato; e comprendere come mai, talvolta, «alla chiara luce del giorno, l'economia politica della borghesia» soggiaccia «all'economia politica della classe operaia», p. 233 (Rodotà richiama, nell'ultima parte, il Marx dell'*Indirizzo inaugurale e statuti provvisori dell'Associazione internazionale degli operai*, ora in *Opere complete*, vol. IX, Roma, 1960).

8 Per Umberto Cerroni, nel suo contributo su *Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe nel diritto borghese*, in *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, risulta evidente: “1) che il diritto formale, regolatore dei rapporti sociali è «regolato» *in primis* e per l'essenziale da questi rapporti: il rapporto diritto-economia è solo una distinzione all'interno di un *continuum* e come tale distinguibile solo *in abstracto*, per necessità di astrazione teorica; 2) che la formalità (generalità, astrattezza) della norma giuridica moderna è funzione di uno specifico rapporto economico-sociale e pertanto è, proprio in quanto *norma*, anche un *istituto* storico: non solo *volizione*, ma è una *volizione* storicamente condizionata dal costituirsi di uno specifico e *non volontario* rapporto di produzione fra gli uomini. Ne segue altresì che il tema centrale della teorizzazione del classismo nel diritto [...] quello dello studio della inerenza del diritto formale astratto al modo moderno di produzione e riproduzione della vita e della «ricchezza»”, p. 6.

9 B. De Giovanni, *Significato e limiti del riformismo giuridico*, in *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, cit., p. 254.

sulla necessità di una funzione adeguatrice del diritto rispetto alle modificazioni sociali da attuarsi per tramite di una interpretazione creativa (nel senso di evolutiva) della disposizione storicamente posta dal legislatore, sì da trarsi dalla prima una norma la quale sia concretamente adeguata alla realtà sociale in cui deve operare, anche se formalmente inadeguata alla formula linguistica da cui è stata tratta. L'uso alternativo del diritto assume anche forti connotati *rivoluzionari* ed in ciò si distanzia notevolmente dalle teorie giuridiche propugnatrici d'una interpretazione evolutiva, che, nel decennio precedente, si erano palesate anche nell'ambito della cultura italiana¹⁰.

In proposito viene sottolineato, proprio all'interno del qui richiamato volume, come fra gli studiosi italiani, "si teorizzò la componente di scelta, e implicitamente di scelta in senso lato politica, che è presente in ogni attività di interpretazione e/o applicazione di formule normative. Alcune divergenze si manifestarono, a livello di meta giurisprudenza descrittiva, sul grado di manipolabilità delle espressioni normative e sulla maggiore o minore latitudine della gamma di significati che i documenti normativi tollerano in situazioni storico-culturali date;

10 Nei confronti dell'interpretazione evolutiva viene espressa una forte critica, in quanto la stessa sarebbe confacente al consolidamento del sistema sociale vigente. In proposito viene rilevato come "ha ormai una sua storia la formula della interpretazione (storico-)evolutiva del diritto, che sta a indicare, nel suo aspetto essenziale, la capacità del sistema di adattarsi ai mutamenti del sostrato sociale degli istituti giuridici, ma presuppone la prosecuzione di un determinato assetto sociale, che appunto per la sua fondamentale identità consente di mantenere un complesso di valori, sia pure in equilibrio diverso tra di loro. Da questo punto di vista la formula dell'«uso alternativo del diritto», che oggi ci viene proposta, rappresenta qualcosa di profondamente diverso, e cioè la idoneità del diritto a fornire gli strumenti di rottura o di eversione di un assetto sociale consolidato, consentendo la enucleazione di valori prima sconosciuti e la negazione di altri valori formalmente tutelati [...]. Quel che è certo, l'uso alternativo presuppone un conflitto destinato a non risolversi all'interno di esso, ma piuttosto tendente a perpetuarsi fino alla sovversione del sistema formale: non una composizione dunque, ma un conflitto permanente, destinato a risolversi soltanto in un assetto (costituzionale) diverso da quello attuale", L. Ricca, *Uso alternativo del diritto privato, interpretazione e principi costituzionali*, in *L'uso alternativo del diritto. Ortodossia giuridica e pratica politica*, cit., pp.150-151. L'autore ritiene però di non dover optare per questa impostazione fortemente conflittuale dell'interpretazione giuridica, infatti, egli rileva come "forse troppo affrettatamente si è ritenuto di poter superare i canoni dell'interpretazione storico-evolutiva, che, pur con le sue incertezze e ambiguità, probabilmente offre ancor oggi uno strumento giuridico utilizzabile per integrare il sistema con i dati di una realtà in evoluzione, tra i quali si può e si deve annoverare il conflitto tra classi sociali", *ibidem*, pp. 154-155.

mentre in sede di metagiurisprudenza precettiva o propagandistica si svolse una discussione sull'opportunità (politica) di accreditare presso i giuristi, e in particolare presso i giudici, l'atteggiamento consistente nel respingere le proprie valutazioni e scelte personali a favore di quelle (che si assumono essere) proprie del legislatore"¹¹. Certo è che, a detta di Giovanni Tarello, tali istanze, sia pure fra loro diverse, "non vollero fare [...] alcuna cosa che possa ricondursi alla locuzione «un uso alternativo del diritto»"¹².

L'intervento di Luigi Ferraioli all'incontro catanese ci permette di osservare se realmente, al di là della prospettiva di indagine chiaramente indirizzata dai canoni del pensiero marxista¹³, possa ravvisarsi uno iato così profondo fra i propugnatori dell'*uso alternativo del diritto* e le correnti giuridiche (o la metagiurisprudenza che dir si voglia), le quali abbiano manifestato delle critiche, più o meno veementi, all'idea di interpretazione meccanicistica della legge, la quale ha segnato le dottrine giuridiche di pretto stampo positivistico nella prima metà del Novecento.

Prima di far ciò è bene collocare il convegno catanese e le posizioni lì esposte¹⁴ all'interno d'un più vasto e, come avremo modo di osservare,

11 G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, cit., p. 81

12 *Ibidem*, p. 82.

13 Cfr. in proposito le impressioni di Francesco Cavalla, *La pretesa indebita alla «società dei perfetti»*, in E. Opocher (a cura di), *La società criticata. Revisioni fra due culture*, Napoli, 1974, pp. 337-339 (il volume porta contributi di F. Gentile, F. D'Agostino, A. Andreatta, P. Ventura, B. Romano, G. Carcaterra, F. Todescan, P. Pasqualucci, G. Zaccaria).

14 Pietro Barcellona nella sua *Introduzione a L'uso alternativo del diritto. Ortodossia giuridica e pratica politica*, cit., riassume le posizioni emerse durante il convegno catanese: "mentre da taluni si è sottolineato che il (luogo) momento privilegiato dell'uso alternativo del diritto è costituito dall'innovazione legislativa (Rodotà), da parte di altri si è fatto più espresso riferimento all'esercizio delle autonomie locali e dei poteri di autodeterminazione collettivi (Galgano), altri, infine, hanno mostrato di far leva quasi esclusivamente sul momento giudiziario (magari ipotizzando «processi di rottura»). [...] In termini approssimativi si può arguire che, nel primo caso, il soggetto [portatore degli interessi antagonistici] viene tendenzialmente identificato con i partiti organizzati della sinistra e il luogo con la funzione legislativa e la sede parlamentare; nel secondo caso il soggetto viene tradizionalmente identificato con la comunità locale, organicamente configurata, e il luogo con la gestione e amministrazione degli interessi espressi dalla stessa comunità; nel terzo caso, il soggetto viene identificato

variegato moto di opposizione al formalismo giuridico che si riconnette ad una specifica politica del diritto, la quale, negli anni che precedettero l'incontro qui richiamato, si manifestò nella cultura e nella prassi giuridica italiana. A questo proposito va riconosciuto come l'asse speculativo riscontrabile nell'intervento di Ferrajoli attraversa il mondo aggregatosi intorno a *Magistratura democratica*, corrente radicale della Associazione nazionale dei magistrati¹⁵, esemplificandone la sua componente marxista e classista, ma non esaurendo in questo l'intero portato delle istanze critiche che all'intero di tale contesto si sono sviluppate in opposizione alla cultura giuridica dominante¹⁶.

La corrente della magistratura autonominatesi nella metà degli anni Sessanta dello scorso secolo come *democratica* non è portatrice nel suo complesso di un'analisi marxista del diritto, questa può venire correttamente ascritta soltanto ad una delle sue componenti, di cui allora Ferrajoli è esponente di spicco¹⁷.

con ogni (il) movimento di massa, inteso in senso lato, in grado di evidenziare, sia pure genericamente, interessi diffusi nel corpo sociale, e il luogo con il processo, inteso come momento esemplare". Barcellona conclude rilevando come "nel primo orientamento sembra possibile cogliere una tendenza di fondo alla promozione di interventi di tipo pubblicistico in funzione di controllo esterno; nel secondo sembra possibile cogliere piuttosto una proposta di utilizzare spazi, per attuare forme di democrazia sostanziale attraverso la valorizzazione di prassi collettive emancipatorie; nel terzo, infine, sembra possibile cogliere una generica sfiducia verso gli aspetti istituzionali e una maggior propensione verso atteggiamenti di contestazione globale", pp. X-XI.

15 La corrente *Magistratura democratica* come ricordato sorge nel luglio 1964 in seno alla Associazione nazionale magistrati, consociazione di magistrati costituita nel 1945 ed allora erede della Associazione generale fra i magistrati d'Italia, sorta nel 1909 e dissolta nel 1925 dal nascente regime fascista. Nel 1960, da una scissione della Associazione, nacque l'*Unione magistrati italiani*, che, a detta della Associazione stessa, comprendeva prevalentemente giudici di legittimità e si caratterizzava per una struttura fortemente gerarchizzata avuto riguardo alle categorie dei magistrati.

16 Nel suo intervento catanese Federico Governatori rileva come le tesi di Luigi Ferrajoli, Vincenzo Accatis e Salvatore Senese, "nel congresso di Magistratura democratica del dicembre 1971 [...] che pur qui sono riecheggiate, sono rimaste nettamente minoritarie nell'ambito del congresso stesso e quindi in Magistratura democratica", *Ordinamenti della giurisprudenza, riviste giuridiche e mezzi di comunicazione*, in *L'uso alternativo del diritto. Ortodossia giuridica e pratica politica*, cit., pp. 54-55.

17 Cfr. G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, cit., pp. 98-100. Va sottolineato come l'intervento di Tarello suscitò pesanti critiche da parte degli esponenti di *Magistratura democratica*, i quali ritenevano che egli avesse enfatizzato troppo la componente *estremistica*

A riguardo, nel presentare una raccolta di scritti di aderenti a *Magistratura democratica*, ospitata dalla rivista “Il Ponte”¹⁸, Marco Ramat sottolinea che “è giudizio pacifico ed esatto che M[agistratura] D[emocratica] costituisce l’ala più avanzata della magistratura [...]. Noi di MD siamo del tutto consenzienti con questo giudizio, del quale ci rallegriamo, ma dobbiamo precisare (anche e soprattutto al pubblico cui è destinato questo numero) che non è possibile identificarci con questo o con quel partito politico di sinistra e neanche con un più ampio o

del movimento, quasi a presentare una parte per il tutto; cfr. il sopra richiamato intervento di Governatori ed il contributo di D. Pulitanò, *Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura democratica per l’attuazione dei valori democratici*, in *L’uso alternativo del diritto. Ortodossia giuridica e pratica politica*, cit., p. 63. Pesanti critiche a Tarello provengono anche da Luigi Ferrajoli nella sua replica finale, cfr. *ibidem*, pp. 293-294.

Come avremo modo d’osservare, la componente marxista risultò rafforzata nella corrente di *Magistratura democratica* dopo la scissione della stessa avvenuta nel 1969; di tale egemonia dà conto la rivista “Qualegiustizia”, ove possiamo leggere: “Marx ha affermato che il diritto non dà niente, ma sanziona solo ciò che esiste. Che cosa esiste attualmente nella nostra società? Esiste il dominio di una classe, quella borghese, sulle altre. Ed è la classe dominante la quale crea il diritto, che, perciò, non esprime gli interessi di tutta la collettività, ma soltanto quelli di una parte della società. Ma essa impone norme che devono poi servire a tutti e che dice essere oggettive e neutre, norme che, naturalmente, nei confronti delle classi subordinate assumono funzione repressiva”, così Franco Marrone nel suo intervento su *La giustizia dei padroni ed il caso Valpreda*, in “Qualegiustizia”, I (1970), n. 3, p. 80. Tale componente della magistratura si reputa parte integrante della lotta del movimento operaio; infatti, viene sottolineato come “se il movimento di emancipazione popolare è portatore di *maggior giustizia*, noi magistrati democratici che, come chiunque operi in un campo specifico, scientifico, tecnico, sociale, siamo portati a dare al nostro lavoro il massimo dei contenuti possibile, noi magistrati che aspiriamo, cioè, al massimo di giustizia, alla più «vera giustizia» possibile, non possiamo non essere noi stessi una componente del movimento, non possiamo non sentirci legati organicamente alle sue lotte, rifiutandoci di servire una Giustizia per così dire minore, quella che riflette interessi particolaristici, una Giustizia storicamente determinata, che può essere superata dall’affermazione di una giustizia più autentica, perché più universale [...]. A noi magistrati democratici spetta il compito di assicurare al movimento di emancipazione popolare tutta l’intera area di libertà prevista dalla Costituzione e dai grandi principi da questa recuperati, di democrazia sostanziale, partecipazione popolare, uguaglianza, ecc. che, sebbene proposti dal pensiero borghese contro il dominio feudale, appaiono oggi quanto mai validi contro il nuovo dominio”, D. Greco, *La giornata della giustizia*, in “Qualegiustizia”, II (1971), n. 7, pp. 120-121.

18 Cfr. “Il Ponte. Rivista mensile di politica e letteratura fondata da Pietro Calamandrei”, XXIV (1968), n. 6-7, che dedica un fascicolo speciale al tema *La magistratura in Italia*.

più ristretto schieramento politico [...]. Gli orientamenti ideologici degli autori sono vari [...]. Si va dalle impostazioni cattoliche a quelle laico-radicali a quelle libertario-marxiste”¹⁹.

Pare importante prendere da questa rassegna le mosse per tratteggiare i contorni di quelle posizioni critiche rispetto al formalismo giuridico, dalle quali emergerà anche l’analisi marxista dell’uso alternativo del diritto.

19 M. Ramat, *Cosa abbiamo voluto dire*, in “Il Ponte”, cit. Rammentiamo che il qui citato articolo di Ramat uscì nell’estate del 1968, un anno prima della scissione di *Magistratura democratica* che diede vita al movimento *Impegno costituzionale*; i magistrati che confluirono in *Impegno costituzionale* dissentivano profondamente da certe posizioni politiche assunte da esponenti di *Magistratura democratica* a loro dire non propriamente censorie nei confronti della *violenza proletaria* praticata dalle formazioni dell’estrema sinistra italiana. Successivamente alla scissione, sulle pagine di “Qualegiustizia”, possiamo leggere questa autodefinizione: “«Magistratura Democratica» è un movimento minoritario nell’ordine giudiziario e nella sua associazione di categoria – che intende dare al concetto di «giustizia» un significato nuovo, contenuti più rispondenti alle aspirazioni popolari, più aderenti al reale equilibrio sociale attuale, quindi più concreti e pregnanti [...]. Per Magistratura Democratica, la «vera giustizia», quella cui l’uomo anela da sempre, non è una idea alla quale guardare nostalgicamente dal basso della realtà della storia nella quale essa non potrebbe mai dispiegarsi appieno – come si è per secoli affermato per creare alibi, all’obiettivo ingiustizia di questo mondo – non è una aspirazione che può appagarsi soltanto in una dimensione metafisica, ma è un fatto da collocare nel reale, un obiettivo storicamente perseguibile momento per momento, mediante assetti sociali sempre più avanzati e razionali, epperò sempre più giusti [...]. Il movimento di emancipazione popolare, lottando per un assetto sociale sempre meno condizionato dagli interessi economici individuali, dal dominio dell’uomo sull’uomo, da rapporti interpersonali di dipendenza, tende ad un momento del reale in cui quell’idea di «Giustizia assoluta» cui accennavamo, si concretizza, diventa prassi, si «universalizza nella storia», non è soltanto contemplata nel «limbo delle mere idee»”, D. Greco, *La giornata della giustizia*, cit., p. 120. Ciò non di meno permangono radicate all’interno del movimento istanze non espressamente riconducibili a cosiddette *fughe* rivoluzionarie; per Pulitanò “la prassi dei magistrati democratici, di fatto, si pone e vuole porsi come alternativa non già ai valori democratico-borghesi (il che rischierebbe di portarci oltre la legalità), ma alle loro deformazioni autoritarie nella giurisprudenza corrente. I valori per cui lottiamo, come funzionari di uno Stato borghese ma democratico, sono per lo più propri della democrazia borghese, di origine illuministica; ma a differenza dei borghesi conservatori pretendiamo di prenderli sul serio, fino alle loro estreme potenzialità democratiche. Nelle libertà fondamentali vediamo dei diritti universali, che, in quanto validi per tutti, devono poter essere anche di fatto goduti da tutti; che, in particolare, devono potere essere utilizzati dalle minoranze e dalle classi subalterne, come lecito strumento di lotta verso l’assetto di potere costituito”, *Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura democratica per l’attuazione dei valori democratici*, cit., pp. 62-63.

2 – DALLA DIFESA DELLA COSTITUZIONE ALLA CRITICA “DI VECCHI E NUOVI SCHEMI GIUSPOSITIVISTICI”

Come lo stesso Ramat ebbe a precisare nella sua introduzione agli interventi pubblicati sulle pagine de “Il Ponte”, ciò che accomunava dal 1964 svariati operatori del diritto di estrazione culturale diversa e di difforme impegno politico era il comune richiamo “al valore sostanziale e non formale, impegnato e non neutrale della giustizia rispetto alle scelte politiche che si ricavano dall’amore per la Costituzione”²⁰. Posto sotto tale luce, l’itinerario intrapreso dai magistrati *democratici* ha come indubbia meta comune la completa vigenza nell’ordinamento giuridico e nella società, che questo deve orientare, dei valori sanciti dal dettato costituzionale. Il compito della magistratura è di rendere effettivi tali valori, sottraendoli all’oblio in cui il conservatorismo giuridico li ha, sin dal loro sorgere, collocati. A fronte di questa tendenza, “ci sono magistrati che considerano la Costituzione una legge e non una vaga enunciazione di principi e di precetti morali, discutibili e inconcludenti”²¹.

Se la Costituzione repubblicana non è da considerarsi, nella sua prima parte, soltanto un insieme di mere enunciazioni di principi staccati dalla (e non proponibili nella) quotidiana realtà, allora il compito delle istituzioni repubblicane, di cui alla parte seconda del testo costituzionale, è preciso e tratteggiato con chiarezza dallo stesso testo all’articolo terzo, comma secondo. Viene infatti rilevato “che lo stato contemporaneo ha uno scopo da perseguire che non si esaurisce in esso Stato, così come l’ordinamento giuridico deve avere uno scopo che non si esaurisce in esso ordinamento: lo scopo dello Stato e dell’ordinamento è già definito dall’essenza dell’uomo e consiste necessariamente nel promuovimento di tutte le condizioni necessarie e favorevoli al raggiungimento del *bonum humanum* attraverso il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”²².

All’intero di questo itinerario speculativo Alfredo Carlo Moro evidenzia come “la ragione ideale della vita del nuovo Stato”, è da ricercarsi nella tensione al pieno sviluppo della persona umana, così come è stata

20 M. Ramat, *Cosa abbiamo voluto dire*, cit., p. 725

21 A. Porcella, *Le scelte politiche della magistratura*, in “Il Ponte”, cit., p. 737.

22 A. C. Moro, *Il giudice nello stato contemporaneo*, in “Il Ponte”, cit., p. 847.

tratteggiata agli articoli 2 e 3 del dettato costituzionale; per l'autore, lo stato "è nato e vive nella persona umana, nella sua libertà, nella sua legge"²³. Non appare di secondaria importanza rilevare che il magistrato *democratico* si riferisca esplicitamente a Giuseppe Capograssi²⁴ nel riconoscere come lo stato contemporaneo è "profondamente impegnato a servire nei suoi valori sostanziali il cittadino" e, pertanto, "lo Stato di oggi – e quindi tutti i suoi organi – deve svolgere un compito di promuovimento attivo di una giusta pace sociale [...]. Lo Stato contemporaneo viene così a superare lo Stato di diritto in quanto, pur riconoscendo e facendo suo il sistema delle garanzie formali, aggiunge l'impegno positivo a che esse diventino effettive, concrete, sicure per tutti i cittadini"²⁵. L'autore ritiene che, in quanto strumento per attuare la giustizia, "il diritto deve continuamente adeguarsi alla vita che non accetta mai situazioni statiche e arresti definitivi ma che prospetta continuamente nuove giuste esigenze, nuove progressive acquisizioni di valori e al tempo stesso registra sempre nuove minacce alla realizzazione di un adeguato sviluppo della libertà e dignità umana"²⁶.

A fronte di un immobilismo del potere legislativo, è il giudice a dover assumere l'iniziativa facendosi portatore di giustizia nella realtà sociale, ovvero adeguando la legge, per tramite l'attività interpretativa, alle nuove esigenze ed ai nuovi valori sociali, difendendo, sempre per mezzo dell'interpretazione, i consociati da attacchi lesivi della loro libertà e della dignità umana così come la carta costituzionale le ha istituite; il giudice pertanto "non può essere lo strumento tecnico a cui un organo costituzionale depositario della giustizia delega il concreto esercizio della funzione giurisdizionale: esso è, e deve sempre più e meglio essere, il soggetto cui spetta costituzionalmente – e cioè originariamente – il potere di rendere giustizia in nome della comunità tutta"²⁷. In questo

23 *Ibidem*.

24 Con particolare riferimento allo scritto su *La pianificazione economica e i diritti della persona umana*, Roma, 1955; cfr. A. C. Moro, *Il giudice nello stato contemporaneo*, cit., p. 848.

25 *Ibidem*, pp. 847-848.

26 *Ibidem*, p. 849.

27 *Ibidem*, p. 850.

senso, per Moro, che qui si ricollega a Sergio Cotta²⁸, bisogna respingere l'errata concezione secondo la quale il giudice "debba essere il puro esegeta della legge, il semplice tecnico del prodotto normativo vincolato al *dicere legem* più che a cercare di *dicere jus*"²⁹.

L'autore qui richiamato, nel riferirsi esplicitamente ad una determinata dottrina giuridica non certamente di stampo marxista³⁰, avanza

28 Il riferimento è allo scritto *Il compito del giurista nell'ora presente*, apparso nel 1966 sulle pagine della rivista "Iustitia", ove possiamo leggere: "la legge ha bisogno, per essere efficacemente applicata, di venir intesa nelle sue ragioni, di venir corroborata dalla dimostrazione continua e puntuale, non presunta una volte per tutte, aprioristicamente, della sua rispondenza al sentire comune, o meglio più diffuso, più corroborato dai consensi, della collettività. Deve, in altri termini, venir interpretata non già mediante un'ermeneutica puramente logica o puramente interna al sistema del suo profilo dogmatico. Ma mediante un'ermeneutica aperta a comprendere, di là dal dogma, l'importanza normativa delle idee e dei fatti sociali, il vario indirizzarsi e polarizzarsi dei consensi. Solo se interpretata in tal modo la legge di una società pluralista, quale di fatto è la società umana, risulterà democratica non soltanto in teoria bensì anche in concreto, nel convincimento di coloro che le sono soggetti. Se saprà volgersi a una ermeneutica di tal fatta il giurista assolverà la sua funzione in maniera consona alla società democratica in cui vive. Da questo punto di vista, il formalismo sembra ormai insufficiente, anche se non innecessario, sia per intendere che cosa sia il diritto sia per applicarlo", p. 170. Il contributo in oggetto riproduce la lezione inaugurale dell'anno accademico 1965-1966 della Libera Università degli Abruzzi G. D'Annunzio; tale contributo sarà riproposto, nel 1966, sulla "Rivista internazionale di filosofia del diritto", quale testo della relazione tenuta da Cotta al VII Congresso nazionale di Filosofia del Diritto. Il presente scritto, parimenti a quello uscito sul fascicolo successivo di "Iustitia", *Il giurista e la società in trasformazione*, e concernente la relazione presentata al Congresso dell'Unione Giuristi Cattolici italiani, costituisce la falsariga sulla quale si svilupperà la parte terza (*Diritto e società nella prospettiva tecnologica*) del volume *La sfida tecnologica* apparso nel 1968. Per una analisi della prospettiva di Cotta qui tratteggiata, si rimanda oltre.

29 A. C. Moro, *Il giudice nello stato contemporaneo*, cit., p. 852. Sempre nello stesso numero della rivista, Salvatore Mannuzzu ravvisa come "ogni interpretazione ha carattere creativo, e se si avvale necessariamente di tecniche non si esaurisce in esse: si tratta non di una operazione coatta, meccanica, ma della trasformazione di una realtà (nella specie generale ed astratta: la legge) in altra (concreta: la disciplina di una viva vicenda umana). Il più delle volte agli stessi politici sfugge che tutto il loro lavoro diviene operante solo in conseguenza d'una mediazione siffatta, dopo il passaggio attraverso un simile filtro", *I discorsi inaugurali dei procuratori generali. Magistratura e opinione*, in "Il Ponte", cit., p. 742.

30 A questo proposito va effettuato un inciso, riprendendo un passo di Renato Treves, che ritroverà chiarificazione nelle pagine che seguiranno. Per l'autore, che stava proprio discutendo intorno all'esperienza di *Magistratura democratica*, "uno dei

chiaramente su posizioni opposte a quelle espresse dal formalismo giuridico, la cui rappresentazione dei fatti giuridici, con particolare riguardo alla teoria dell'interpretazione, è oggetto di unanime diniego da parte della magistratura *democratica*, la quale si caratterizza proprio attraverso la critica del legalismo insito al positivismo giuridico.

L'attenzione dei magistrati raccolti intorno al numero de "Il Ponte" è pertanto attratta dal problema dell'interpretazione³¹: viene, infatti,

maggiori ostacoli che si oppongono alla comprensione del vero significato [... della crisi del diritto e del dibattito intorno ad essa ...] è costituito infatti, secondo me, dal fenomeno per cui le forze concrete che tendono verso precisi obiettivi politici e sociali sbandierano formule e svolgono teorie giuridiche o filosofico-giuridiche che con quegli obiettivi hanno una connessione possibile, ma non necessaria, e non si rendono conto che, ciò facendo, offrono una copertura alle correnti e alle forze che, pur sostenendo quelle stesse formule e teorie, tendono verso obiettivi opposti. Non è infatti infrequente il caso in cui, per leggerezza o per errore, i sostenitori di tendenze coraggiosamente innovatrici citino, con elogi, sostenitori di concezioni politiche radicalmente conservatrici soltanto perché questi ultimi nei loro scritti si richiamano a formule e a teorie scientifiche da loro stessi sostenute, senza tener conto dell'abisso che li separa e senza avvertire il pericolo che corrono nell'attribuire ai loro avversari qualità e meriti che non li riguardano", *Giustizia e giudici nella società italiana*, cit., p. 94. Oltre si vedrà come alcuni *fari* dottrinari riconosciuti dai giudici *democratici* quali numi ispiratori, non solo prendono da loro le distanze, ma anche formulano nei loro confronti le critiche più feroci.

31 In realtà, come noto, accanto a questi problemi, la *magistratura democratica* affronta con toni estremamente critici il tema della strutturazione gerarchica della magistratura. Pertanto, la prospettiva polemica del movimento di *Magistratura democratica* si articola lungo due prospettive; la prima, e qui espressamente trattata, è quella relativa al vincolo del giudice alla legge (ordinaria) e non, come sostenuto dai *democratici*, direttamente alle disposizioni della Costituzione repubblicana ed ai valori in queste contenuti; la seconda riguarda, invece, la critica della struttura piramidale della magistratura ed in particolare il ruolo del suo vertice: la Corte suprema di Cassazione. Il punto di partenza di questo secondo asse polemico viene individuato nella settima delle Disposizioni transitorie e finale del dettato costituzionale, che prevedeva l'"osservarsi delle norme dell'ordinamento vigente" sino all'emanazione della "nuova legge sull'ordinamento giudiziario". Va da sé che le norme dell'ordinamento vigente in materia di ordinamento giudiziario si riconnettono al D. R. del 30 gennaio 1941, n. 12; per i giudici *democratici*, in quanto ordinamento promanante dal regima *fascista*, lo stesso deve trovare quanto prima totale revisione in modo tale che la magistratura possa venire organizzata in modo consono con i principi informanti l'Italia repubblicana e democratica. Ma al di là della radice storica della polemica, con facilità di evince che le due prospettive d'attacco all'ordine *conservatore* e *borghese* non possono venire separate, dato che, all'intero del sistema gerarchico (cfr. I. Cappelletti, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, in "Il Ponte", cit., pp. 776 e segg.), la libertà interpretativa

evidenziato come “ogni problema teorico di qualche interesse, riguardante il diritto e la giustizia è, in definitiva, un problema di *interpretazione* delle norme giuridiche”³². Tale questione ritrova, a detta dell’autore, storicamente due specie di soluzione; per un verso si riscontra la concezione illuministica dell’interpretazione, ai sensi della quale l’attività interpretativa si svolge secondo un modello matematico (*more geometrico*), per altro la concezione qui definita storicistica (“ma potremmo anche dire romantica”), ove il giudice si ispira a valori etico-politici e corregge con l’equità “le inevitabili sfasature tra i generici e astratti comandi legislativi e i multiformi casi della vita”³³.

Va da sé che la critica si concentra sulla concezione illuministica dell’interpretazione; da un punto di vista epistemologico, si rileva, per un verso, come questa sarebbe possibile “soltanto nell’ambito di sistemi (o

di un giudice di merito, rispettoso più dei valori costituzionali, che della lettera della legge ordinaria, ritroverebbe inesorabile censura (*ex* articolo 65 del sopra richiamato ordinamento giudiziario) da parte di un giudice di legittimità opportunamente informato nel suo operato dal formalismo giuridico, ma sostanzialmente guidato da scelte valoriali conservatrici. In proposito è stato infatti osservato che “non può nascondersi che quasi mai la Cassazione (espressione se non altro di una certa generazione di giudici) ha sottoposto alla Corte costituzionale questioni di legittimità; mentre la maggior parte di esse sono state proposte da giudici di merito, in genere più giovani” (così G. Lazzaro, *Il giudice, oggi*, in “Qualegiustizia”, I (1970), nn. 5/6, p. 204). Da qui la necessità, per riprendere il titolo di un noto contributo di Ramat, di *un solo padrone* da ravvisarsi attraverso l’assoluta egemonia della Costituzione nell’operato del giudice e ciò per mezzo dell’interpretazione, questa volta letterale, dell’articolo 107, comma terzo del dettato (cfr. I. Cappelli, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, cit., pp. 772 e segg.). L’attacco si estende alle nomine e alle funzioni di Presidente e di Consigliere di Cassazione (cfr. L. Bianchi d’Espinosa, *Il problema politico-giudiziario della Cassazione*, in “Il Ponte”, cit., pp. 790 e segg.), per investire l’intera progressione di carriera del magistrato (cfr. R. Sciacchitano, *La questione economica nella riforma di struttura*, in “Il Ponte”, cit., pp. 811 e segg.). Tali questioni, se indubbiamente centrali nel contesto pratico, risultano però marginali all’interno d’uno studio teorico sull’interpretazione, e, pertanto ci limitiamo a questi brevi cenni.

32 R. Meneghello, *Il diritto verso la giustizia*, in “Il Ponte”, cit., p. 729.

33 *Ibidem*. In proposito leggiamo, nel contributo presentato da Camillo Perletti, *Giudice penale e giudice minorile*, apparso sul già citato fascicolo de “Il Ponte”, come “nella deformazione professionale di molti operatori del diritto, finisce per avere un’importanza minore la risoluzione di una questione secondo concetti di giustizia sostanziale nei confronti dell’importanza che assume la soluzione della pura teorica questione di diritto, un sillogismo che deve uscire dall’applicazione del metodo d’interpretazione insegnato dai sacri testi di dottrina”, p. 875.

calcoli) assiomatizzati, completi e coerenti [...] ora è evidente che il sistema del diritto (il complesso delle norme positive sostanziali e processuali e delle regole per operare su di esse) non è né assiomatizzato, né completo, né coerente e non è nemmeno un sistema”³⁴, per altro, non pare possibile poter far uso nel mondo del diritto di criteri riconducibili alle cosiddette scienze esatte, perché “il presupposto della scientificità di queste è che gli oggetti su cui vengono applicati siano obiettivi cioè numerabili, pesabili, misurabili, il che certo non si verifica per tutti gli «oggetti» del diritto”³⁵. A questa prima serie di considerazione si sommano le critiche *sul piano logico* alla visione qui definita illuminista dell’interpretazione. Si osserva, forse con eccesso di ingenuità epistemologica, che “se un problema è risolubile con più metodi, questi devono portare tutti allo stesso risultato, altrimenti uno solo dei metodi considerati può, al massimo essere valido”, or bene nel mondo dell’interpretazione giuridica “i vari metodi interpretativi (letterale, esegetico, razionale, sistematico, storico, finalistico, evolutivo, ecc.) danno normalmente risultati contrastanti”. Se nel procedere scientifico sussiste, per l’autore, la possibilità di ritrovare un criterio di decisione a fronte di due o più soluzioni non omogenee (“nelle scienze applicate valgono a questo scopo i criteri di verifica empirici, le prove sperimentali”), questo criterio non è riscontrabile nel mondo del diritto, “in pratica l’ultima parola spetta al giudice più alto e questo è un metodo che partecipa più delle verità rivelate o stabilite *ex-cathedra*, che della certezza scientifica”³⁶.

Da quanto sopra esposto se ne deduce, per Meneghello, che “l’interprete delle leggi non compie – non può compiere – un’operazione deduttiva

34 R. Meneghello, *Il diritto verso la giustizia*, cit., pp. 730-731. A tale riguardo Luigi Bianchi d’Espinosa rileva, nel suo contributo su *Il problema politico-giuridico della Cassazione*, sempre nella rivista “Il Ponte” qui richiamata, che “la creazione [della Cassazione] era fondata, evidentemente, su un’utopia – l’utopia della *Loi*, della sua personificazione, della sua capacità di regolare la realtà senza intermediazione di alcuno, e perciò senza bisogno di interpretazione e di integrazione, concezione sulla quale al giudice è riservato l’unico compito di applicare meccanicamente la norma al caso concreto, e della quale è logica conseguenza la possibilità di un controllo da parte del potere legislativo, circa l’osservanza o meno della legge da parte del giudice stesso”, p. 783. Parimenti critico sul ruolo della Cassazione è il contributo di Luigi De Marco, *Il Concilio di Salerno. Osservazioni sul Congresso dell’Unione Magistrati Italiani*, in “Qualegiustizia”, I (1970), n. 3, p. 11.

35 R. Meneghello, *Il diritto verso la giustizia*, cit., p. 731.

36 Per le citazioni riportate in questo paragrafo si rimanda ad *ibidem*.

né induttiva di tipo logico-scientifico, ma opera – deve operare – delle scelte”; queste opzioni non si palesano però quali scelte arbitrarie, come vorrebbe far credere la tradizione illuministica, la quale vede in ciò “un procedimento di decisione del tutto irrazionale, arbitrario e incontrollabile, [... ove ...] il giudice sarebbe *legibus solutus* e [... ove ...] il diritto sarebbe «libero» cioè anarchico e pertanto un non-diritto”. Per l’autore, “il campo delle alternative, infatti, è ben delimitato e il criterio di scelta non può prescindere dall’intelligenza, dalla coerenza, dall’utilità, dalla ragionevolezza e dalla uniformità”³⁷.

Al fine di poter ravvisare all’interno dell’esperienza giuridica quella certezza del diritto, che nella sua versione illuministica si manifesta come illusoria, ma che necessita per presiedere all’ordinamento sociale, l’Autore ricerca il criterio interpretativo unitario all’interno di itinerari contrassegnati dalla “*dialogica, argomentazione, nuova retorica*”, ma soprattutto nella constatazione che “la posizione del giudice non è dissimile da quella del legislatore, salvo che questi deve cercare idealmente di riprodurre l’intenzione degli elettori (la volontà del popolo) mentre il giudice deve cercare di riprodurre quella del legislatore ossia lo spirito delle leggi”³⁸.

Dal che appare prescritta un’attività interpretativa non certamente slegata dalla fonte legislativa, ma volta a trarre dalla stessa una norma adeguata alla realtà sociale da ordinare; tale operazione non può essere condotta con metodo logico-scientifico, come certa tradizione illuministica vorrebbe³⁹, ma ritrova la propria direzione non dall’arbitrio dell’interprete bensì dal ricorso a criteri di ragionevolezza.

Va pertanto riconosciuto come dal punto di vista del metodo i giudici raccolti intorno al cartello di *Magistratura democratica*, si caratterizzano per “il rifiuto [...] del formalismo giuridico, di vecchi e nuovi schemi giuspositivistici, e [per il] rifiuto di una concezione dell’ordinamento come sistema conchiuso e autosufficiente di schemi concettuali; e conseguentemente, [per la] rivalutazione e adeguata presa di coscienza degli essenziali aspetti valutativi dell’interpretazione in un mondo giuridico che è mondo di valori da conoscere, tutelare e garantire, nel

³⁷ Vedi *ibidem*, p. 733.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Risulta palese dalla citazione sopra riportata il rovesciamento speculare del dogma illuministico per il quale “non v’è cosa più pericolosa di quell’assioma comune che bisogna consultare lo spirito delle leggi”, G. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, IV.

momento giudiziario, attraverso le scelte interpretative rimesse dalla legge alla responsabilità del giudice”⁴⁰.

In questo contesto metodologico, accompagnato da una lettura sostanziale e non meramente formale del dettato costituzionale si colloca e si specifica la *analisi marxista* del diritto che ritrova eco prima nel convegno del 1970 dell’Associazione nazionale dei magistrati e poi nell’incontro catanese. Va però nuovamente specificato che tale *uso alternativo* del diritto appare proprio solo ad una parte di quel gruppo di *Magistratura democratica*, che presenta le proprie istanze sulle pagine de “Il Ponte” ed anzi ne rappresenterà una delle cause della scissione.

40 Così I. Cappelli, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, in “Il Ponte”, cit., p. 775. L’autore si richiama esplicitamente all’insegnamento di Salvatore Satta; citando un passo tratto dalla *Prefazione* alla settima edizione del suo *Diritto processuale civile*, Padova, 1968, ove il processualista scriveva: “chi legga una delle prefazioni alle precedenti edizioni [...] vede che, in un eccesso di illusione nella mia battaglia contro il formalismo, io avevo criticato il sistema c.d. piramidale dell’ordinamento giuridico [...]. E nessuno ha capito che il solo modo di distruggere la piramide è quello di uccidere i Faraoni, il faraone che ogni giudice, alla base o al vertice, porta con sé e che tutti noi abbiamo costruito con i tasselli di nostri concetti, delle nostre astrazioni, disumanizzandolo, rendendolo indifferente alla vita, e quel che è peggio rendendo la vita indifferente verso di lui e i suoi problemi, quando pur non gli è ostile come un ingombro”, citiamo dalla ottava edizione, Padova, 1973, p. XXVI. Cappelli richiama nella finale nota bibliografica anche la *Prefazione* alla quinta edizione (1956) dell’opera di Satta, nella quale leggiamo: “il formalismo sta appunto qui: nell’identificare la legge del processo con la norma o il complesso di norme che il legislatore detta e compone in un codice. Preso alla lettera, l’art. 1 del vigente codice di procedura può essere l’espressione tipica di questo formalismo: «la giurisdizione civile è esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente codice», perché nella sua lettera esclude quella linfa vitale che circola nell’ordinamento e solo lo rende tale, perché nega quella *lex veritatis* che, come ricorda Capograssi, costituiva per i vecchi processualisti la stessa *ratio juris*”. Satta conclude la sua riflessione rammentando come “è evidente che non c’è formalismo di legislatore che valga se il giudice non è formalista, perché è il giudice che fa la norma assai più di quanto la norma non faccia il giudice”, *ibidem*, pp. XX-XXI. Iginio Cappelli sottolinea nel suo scritto: “ammonimenti come questi sono stati accolti, meditati e sofferti, e sono valsi non solo a render chiari a molti di noi i limiti di validità di una contingente polemica associativa che pure si aveva il dovere (e il dolore) di sostenere, ma, ciò che più conta, a orientare le coscienze verso una scelta culturale che sta alla base della rinnovata visione che i giudici vogliono avere della propria funzione e del rapporto tra essi e la legge”, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, cit., p. 774. È fuori dubbio che Cappelli riconosce in Salvatore Satta uno dei fari che ha guidato la navigazione dei magistrati *democratici*. Vedremo nel prosieguo la posizione assunta in riguardo dallo stesso Satta; per intanto rimandiamo a quanto sottolineato nella nota 30 del presente capitolo.

3 – SULLA PRESUNTA APOLITICITÀ DELLA MAGISTRATURA

Nel suo intervento catanese Luigi Ferrajoli riconosce, per intanto, come l'attività giudiziaria è attività politica e non attività tecnica o apolitica, e ciò in virtù delle scelte valutative che il giudice deve effettuare di volta in volta. Scrive, infatti, Ferrajoli, "l'attività giudiziaria presenta un'insopprimibile dimensione politica a causa delle inevitabili scelte valutative che necessariamente intervengono in ogni decisione giurisprudenziale. Questo orientamento si associa, nelle posizioni del gruppo di magistratura democratica, alla convinzione che in una società capitalistica come è la nostra non esistono interessi unitari e omogenei ma interessi di classe contrapposti, e al conseguente rifiuto della concezione idealistica dello Stato come entità *super partes*, organo non di una classe o di una parte ma al di sopra delle classi e delle parti"⁴¹. Per l'autore, l'idea di uno stato e di un potere giudiziario staccato dalla società concreta ed alleghiate al di sopra delle parti, ritrova il proprio fondamento in un *logoro mito illuministico*, che assume il giudice quale *bouche de la loi* tutto dedicato alla fedele applicazione della legge. Ciò presupporrebbe, quanto meno, un ordinamento "logicamente completo e semanticamente rigoroso", in modo tale che il procedere del giudice possa essere segnato da operazioni "logiche di tipo deduttivo"; in ogni caso tale condizione, per quanto sia necessaria per poter ipotizzare una interpretazione ed applicazione meccanica della disposizione normativa, non è tuttavia sufficiente. Infatti, "è tesi in via di principio scontata tra gli studiosi di teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica che in qualsiasi ordinamento, anche il più perfetto e il più rigoroso, il giudice deve sempre operare delle scelte tra le diverse interpretazioni tecniche che sono associabili alla maggior parte delle

41 L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, cit., p. 106. Per un ulteriore approfondimento della posizione assunta a cavaliere degli anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo da Magistratura democratica, si vedano anche i contributi di E. Paciotti, *Relazione al XIV Congresso dell'Associazione nazionale dei magistrati* tenutosi a Trieste nel 1970 e V. Accattatis-L. Ferrajoli-S. Senese, *Relazione al Congresso di Magistratura democratica* tenutosi a Roma nel 1971; una riproposizione parziale dei testi è presente in G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974 e prima ancora del suo contributo apparso sul volume *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*.

norme che egli è chiamato ad applicare”⁴². Sgombrato pertanto il campo dal miraggio illuminista di una certezza del diritto fondata sulla pedissequa applicazione della volontà del legislatore, il nostro autore sottolinea come le scelte del giudice “non possono essere operate con criteri giuridici – dato che, in ipotesi, le varie interpretazioni tra cui scegliere sono tutte giuridicamente possibili e cioè tutte tecnicamente corrette – esse avvengono necessariamente sulla base di criteri che tecnico-giuridici non sono, e che sono criteri metagiuridici di valore aventi carattere etico o ideologico e più genericamente politico”⁴³. Sicché appare qui assodato che il giudice scelga il significato della disposizione in base a opzioni soggettive, ovvero egli, nell’effettuare il passaggio fra disposizione e norma, è indirizzato da opzioni valoriali, da scelte di natura “genericamente politiche”⁴⁴.

42 L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, cit., p. 107. Qui appare evidente come l’autore si richiama al pensiero kelseniano, ove il giurista praghese rimarca, nella sua *Reine Rechtslehre*, al § 47, che “l’interpretazione compita dalla scienza giuridica non può consistere in altro che nel ricavare tutti i possibili significati di una norma giuridica [...]. L’interpretazione secondo la scienza del diritto deve evitare con la massima cura possibile la finzione secondo cui una norma giuridica ammette sempre e soltanto un’interpretazione, quella «esatta». Di questa finzione si è servita la giurisprudenza tradizionale per mantenere l’ideale di certezza del diritto”, così a p. 389 de *La dottrina pura del diritto*, trad. it. Torino, 1975.

43 L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, cit., pp. 107-108. Anche qui sovengono le parole di Kelsen, ove lo stesso sottolinea che “nessun vantaggio politico può giustificare che si faccia uso di questa finzione [l’univocità delle norme] in una descrizione scientifica del diritto positivo, proclamando come unica interpretazione esatta da una punto di vista oggettivamente scientifico un’interpretazione che, da un punto di vista politico-soggettivo, è preferibile ad un’altra interpretazione egualmente possibile dal punto di vista logico”, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. cit., p. 389.

44 Luigi Ferrajoli intervenne su questi temi alcuni anni prima del contributo catanese sull’*esercizio alternativo della funzione giudiziaria*; in particolare al VII Congresso nazionale di Filosofia del diritto, tenutosi a Roma nell’autunno del 1965 egli presentò una comunicazione dal titolo *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*; cfr. “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XLIII (1966), n. 1, pp. 290-304. In questo contributo ai lavori congressuali, incentrati su *Il problema dell’interpretazione e dell’applicazione del diritto*, Ferrajoli, nell’analizzare le analogie fra le categorie della linguistica ed il mondo dell’esperienza giuridica, rileva come “l’interpretazione operativa compiuta dall’operatore è sempre rivolta – anziché alle astratte norme giuridiche, come ritiene la comune dottrina – ai significati che sono espressi concretamente, nella pratica del diritto, mediante l’impiego della lingua giuridica, quale è appunto regolato dalle proposizioni normative. Quei significati sono di volta

La presunta apoliticità della magistratura in realtà cela, secondo questa prospettiva, la adesione incondizionata della stessa ai valori politici dominanti, ciò non di meno accreditandola “come organo imparziale, separata della società civile nel mondo inaccessibile e asettico della tecnica giuridica, separandola al controllo degli inesperti di diritto e alla sua responsabilità di fronte al popolo”. Di contro, “il riconoscimento di un ineliminabile momento politico nell’esercizio della funzione giudiziaria implica un atteggiamento costantemente critico nei confronti del contraddittorio diritto vigente, una continua tensione rispetto alle norme da applicare, sempre sospette di incostituzionalità. E implica, soprattutto, una chiara assunzione di responsabilità: la responsabilità delle scelte, che possono essere scelte non conformiste, in urto con il potere, e che sono in ogni caso scelte suscettibili di critica e di censura”⁴⁵.

In un contesto ove, in ogni caso, la posizione della norma è assunta come la risultante di scelte di natura ideologico-politica, la rivendicazione di una presunta apoliticità determina una implicita ricerca da parte dell’attore di una sua deresponsabilizzazione, la quale si manifesta attraverso il tentativo di motivare tecnicamente l’operazione di interpretazione ed il

in volta mutevoli, anche se le regole delle forme linguistiche in cui essi si esprimono (cioè le norme giuridiche) sono sempre le stesse [...] sono dei significati sempre nuovi, intelligibili mediante l’uso di tali regole, che l’operatore e in particolare il giudice, si trova ogni volta a dover capire e valutare”, pp. 301-302. In tal modo l’autore evidenzia, in un contesto che non richiama in alcun modo un uso alternativo del diritto, ma che piuttosto si riallaccia implicitamente ad una tradizione anche di stampo capograssiana (cfr. in proposito il volume di Luigi Caiani, *I giudizi di valore nell’interpretazione giuridica* apparso nel 1954), che compito primario dell’operatore del diritto è quello di indicare il significato che di volta in volta il significante legislativo assume. Certo è che qui non si teorizza la scelta soggettiva o di parte del giudice, si ravvisa comunque la necessità di una sua attività creativa.

All’interno degli interventi presentati a quel Congresso di Filosofia del diritto si segnala, fra gli altri, il contributo di Domenico Corradini, *Il problema del controllo dei valori nell’interpretazione e nell’applicazione del diritto*, cfr. “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, LXIII (1966), n. 1, pp. 264-275, nel quale l’autore afferma che “il giudice non potrà trincerarsi dietro gli schematismi e i cunicoli delle formule dei codici, pensando di aver così assicurata al cittadino tutta la certezza possibile, ma dovrà cogliere il peculiare significato del contesto storico, in cui la fattispecie si innesta, per rilevarne le istanze e i problemi, e per realizzare una certezza concreta, effettiva e sostanziale”, p. 272.

45 I passi citati si trovano rispettivamente a pp. 111 e 109 dello scritto di Ferrajoli qui richiamato.

suo prodotto, ma che in realtà maschera soltanto il suo trincerarsi dietro le barriere innalzate dal non imparziale potere costituito⁴⁶.

Viceversa, il riconoscere obiettivamente la natura di parte di ogni attività e prodotto della interpretazione porta a responsabilizzare l'attore, permettendo che intorno alle sue scelte si sviluppi un dibattito, il quale, nei fautori della prospettiva qui richiamata, si traduce nella "responsabilizzazione del giudice dinanzi al popolo", mentre, sia pure in modo nascosto, la supposta apoliticità del giudice lo renderebbe responsabile solo di fronte al potere costituito, il quale potrebbe censurarlo non tanto perché, come nella realtà è, propugnatore in ambito giurisprudenziale di prospettive divergenti da quelle dominanti (se così facesse svelerebbe la natura di parte dell'attività giurisprudenziale), ma perché formalmente discostatosi da quella *buona* tecnica interpretativa, che nella realtà non esiste.

In definitiva, il palesare la natura ideologico-politica della attività giurisprudenziale è foriero alla demistificazione del potere. Ma, come appare intuibile, il portato dell'*uso alternativo del diritto* non si ferma a queste considerazioni preliminari.

4 – LA SCELTA IN FAVORE DELLE CLASSI SUBALTERNE

L'interpretazione ha qui un preciso orientamento politico, il quale, a detta dei suoi fautori, ritrova la propria legittimità all'interno dell'ordinamento giuridico stesso, nella carta costituzionale, che la fa essere non già una opzione arbitraria, ma la riproduzione di una precisa "scelta in favore delle classi subalterne già operata dalla Costituzione repubblicana"⁴⁷.

Il muro maestro atto a sorreggere la legittimazione di questa operazione è individuato nel comma secondo dell'articolo 3 del dettato costituzionale, il quale "*impone* alla Repubblica – e quindi anche ai giudici – il compito di rimuovere quegli ostacoli che di fatto si oppongono all'attuazione della effettiva libertà e della sostanziale uguaglianza di tutti i cittadini".

46 Come abbiamo visto, già Kelsen dichiarava capzioso ogni tentativo di ammantare di oggettività scientifica ciò che nella realtà è frutto di una scelta politico-soggettiva; vedi i passi kelseniani richiamati nel presente capitolo alle note 42 e 43.

47 Ancora Ferrajoli a p. 115 del citato contributo. Cfr. anche lo scritto di Adolfo Di Majo, *Proposte per un avvio di discorso teorico sull'«uso alternativo» del diritto privato*, cit., p. 158.

È fuori discussione che all'interno della chiave di lettura qui proposta, il comma sopra richiamato, assuma le sembianze di "un'affermazione rivoluzionaria, che mette in discussione l'intero assetto capitalistico della nostra società e che si pone in contraddizione con tutto il sistema normativo vigente, dato che il programma di eguagliamento sostanziale da essa enunciato non è attuabile nel nostro ordinamento, strutturalmente finalizzato al mantenimento e alla tutela delle disuguaglianze, senza una sua radicale trasformazione in senso socialista ed egualitario". Tale constatazione, che si accompagna con il più radicale riconoscimento che "una trasformazione socialista per via giurisprudenziale sia impossibile ed illusoria", non impedisce di ritenere che il comma secondo dell'articolo 3 della Costituzione "costituisce il più importante titolo di legittimazione per una giurisprudenza alternativa a quella ispirata ai principi normativi borghesi"⁴⁸.

48 L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, cit., pp. 114-115. In proposito anche Fabio Mazzioti, *Uso alternativo del diritto del lavoro*, in *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, riconosce che "il rafforzamento dei nuovi valori normativi, con l'accentuarsi dell'eterogeneità del diritto, si è avuto in Italia con la Costituzione del 1948, il cui carattere ambivalente appare in maniera esemplare nella norma cardine, l'art. 3, che, dopo avere affermato l'uguaglianza di tutti davanti alla legge, prende atto della natura meramente formale di tale principio in un sistema basato sulla proprietà privata e sui rapporti capitalistici di produzione, e legittima l'uso, da parte di tutte le forze sociali, degli strumenti volti all'eliminazione delle cause stesse delle disuguaglianze economiche, sociali e politiche", p. 196.

Va sottolineato come lo stesso Cerroni nel suo già richiamato contributo su *Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese*, ritenga che, "rilevata la stretta funzionalità dello Stato rappresentativo (tendenzialmente votato alla burocratizzazione autoritaria) alla società civile borghese (a struttura proprietaria atomistica), il problema diviene non tanto quello di una modellistica alternativa di democrazia diretta, quanto quello di una manovra della contraddizione politica che mina lo stesso Stato rappresentativo in quanto proclama la sovranità popolare di tutti solo per promuoverne l'esercizio delegato ristretto e separato. [...] Una effettiva costruzione alternativa [...] non si limiterà a slargare il sistema giuridico-politico a vantaggio dei lavoratori in quanto tali, ma anche a vantaggio dei lavoratori in quanto cittadini. Non si tratta soltanto di esaltare il lavoratore e i suoi diritti, ma anche di potenziare il cittadino e le sue libertà", p. 10. Lo stesso Rodotà, nel suo citato contributo su *Funzione politica del diritto dell'economia e valutazione degli interessi realizzati dall'intervento pubblico*, sottolinea come sussiste una insanabile contraddizione fra il modello costituzionale in materia di intervento pubblico delle attività produttive, ben evidenziato negli articoli 41, 42 e 43 del dettato, e gli indirizzi di politica economica presenti nel paese; cfr. p. 246.

Appare chiaro a questo punto come l'*uso alternativo del diritto* non miri affatto, nelle intenzioni dei suoi promotori, a disapplicare la legge o alla creazione di diritto, negando il principio di legalità, piuttosto, forti del richiamo costituzionale, a non intendere “la legalità come strumento esclusivo della classe dominante”, ed affermare la giurisprudenza quale “applicazione vincolata di [questo] fondamentale precetto costituzionale”⁴⁹. Tale giurisprudenza si caratterizzerà per contenuti e metodo propri.

5 – SUI CONTENUTI E SUL METODO DELLA GIURISPRUDENZA ALTERNATIVA

Se queste sono le premesse, i contenuti della giurisprudenza alternativa non possono che apparire consoni, come afferma Ferrajoli, “alla promozione di scelte giudiziarie nelle quali si affermi la prevalenza degli interessi funzionali all’emancipazione delle classi subalterne, cui del resto la Costituzione accorda specifica tutela, sugli interessi ad essi virtualmente contrapposti e che non sono protetti da analoga garanzia costituzionale”. In questo senso, “solo con riferimento agli specifici

Va in ogni caso rilevato come Ferrajoli nella replica finale, riportata nel volume secondo de *L'uso alternativo del diritto*, sottolinea come il richiamo alla Costituzione non appare sotto la veste di “un riferimento alla Costituzione come fine o come ideale politico, il che sarebbe tra l’altro impossibile per il carattere contraddittorio e largamente indeterminato della tavola di valori in essa espressa. Esso è bensì un richiamo a quelle sole parti della Costituzione che riteniamo utilizzabili in funzione alternativa agli orientamenti giurisprudenziali dominanti; ed è un richiamo strumentale”, p. 288.

49 *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, cit., p. 114. A tale proposito va rilevato che Di Majo, nella stessa occasione, ebbe a rilevare come da parte sua “lontana è la credenza che la Costituzione possa essere una specie di «libro dei sogni» in cui ciascuno (il reazionario, il riformista, il rivoluzionario) possa trovare quello che serve al suo caso. Il che vuol dire, in termini operativi concreti, che è criterio opinabile quello di andare a cercare nella Costituzione «impossibili» patenti di legittimità formale a un uso «diverso» della giustizia, quasi che tale diversa giustizia, uscita dalla «cittadella» del diritto privato con l'accusa di «eretica», possa rientrare nell'orbita, diventando accettabile al sistema vigente, attraverso la Costituzione”. L'autore, forse più coerentemente con una prospettiva che non si fa scrupolo di utilizzare per qualificarsi l'attributo rivoluzionario, ritiene che “il problema non sta tanto nell'andare all'affannosa ricerca di giustificazioni formali, sul piano giusnaturalistico, per l'uso diverso del modo di amministrare giustizia, bensì nell'impadronirsi *di fatto* di esso, radicandolo stabilmente nella coscienza di massa, e in ciò approfittando delle contraddizioni e delle «smagliature» che offre il sistema”, *Proposte per un avvio di discorso sull'«uso alternativo» del diritto privato*, cit. pp. 158-159.

connotati dello scontro di classe in un dato momento è possibile individuare le scelte giurisprudenziali realmente alternative in ragione della loro aderenza a effettivi interessi sociali”⁵⁰.

In proposito, si rileva, da parte di Di Majo, che “sembrerebbe quasi scontato affermare che un «uso alternativo» di «questo» diritto privato dovrebbe esplicitarsi nella direzione (dell’affermazione) di valori *antitetici* e *opposti* ai valori «proprietary» [...] ossia a quei valori legati al profitto e all’appropriazione privata dei prodotti sociali nonché (dell’affermazione) di tecniche e metodi di valutazione e di analisi che rappresentino la negazione dei metodi e delle tecniche di valutazione e giudizio «astrattizzanti» e falsamente egalarie”⁵¹.

Prima di affrontare la questione del metodo proprio all’uso alternativo del diritto, l’esplicazione, sia pure in termine generali, dei contenuti di una giurisprudenza alternativa, tutta protesa a collocarsi all’interno delle dinamiche proprie all’analisi marxista dello scontro di classe, ci permette di cogliere, seguendo l’itinerario tracciato da Ferrajoli, un discrimine fra la prospettiva da egli solcata e le altre forme di critica al formalismo giuridico di stampo illuminista. In tal senso, “in via generale si può solo affermare che la giurisprudenza alternativa, lungi dal porsi come la

50 L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, cit., p. 116. Cfr. anche D. Greco, *La giornata della giustizia*, cit.

51 A. Di Majo, *Proposte per un avvio di discorso sull’«uso alternativo» del diritto privato*, cit. p. 165. L’autore offre di seguito alcune esemplificazioni di uso alternativo nello specifico ambito privatistico, partendo dal depotenziamento del valore proprietario a favore di “un valore legato alla tutela di posizioni di godimento *effettivo* di beni necessari a soddisfare bisogni essenziali di vita e naturalmente *nei limiti* di tali bisogni”; qui il preciso riferimento va al diritto alla casa ad alla legislazione vincolistica in materia che favorisce il punto di vista del locatore rispetto a quello del proprietario dell’immobile. Di seguito Di Majo si richiama alla tutela e difesa del lavoro salariato, portandolo “al di fuori dello schema contrattualistico di diritto privato [...] con la precisa funzione di tutela e promozione della classe più debole”. A questo si affianca un riposizionamento del diritto comune delle obbligazioni “in funzione di un apprezzamento e valutazione *concreti* di coloro che occupano la posizione di debitori. Come è vero l’inverso, e cioè che l’attenzione prestata alle situazioni reali legate a precise posizioni e collocazioni di classe non può non implicare il rafforzamento di posizioni creditorie quando queste ultime siano legate ad esigenze di vita e quindi a precise collocazioni di classe”. Infine, “quanto alla normativa del contratto, lo sforzo dovrebbe essere orientato [... verso ...] l’esigenza di una funzionalità concreta dell’atto rispetto al suo scopo tipico e astratto, diversità che invece andrebbe colta nel consentire l’ingresso di valutazioni di interessi esterni (rispetto) al contratto e collegati alla difesa e tutela di posizioni della classe più debole”.

mediazione dei conflitti sociali in chiave riformistico-razionalizzatrice, è al contrario diretta ad aprire e a legittimare a livello legale, utilizzando tutte le possibilità tecniche offerte dall'ordinamento, nuovi e più ampi spazi alle lotte di massa in vista di nuovi e alternativi assetti di potere⁵².

Si ravvisa il netto rigetto di ogni istanza volta alla ricomposizione del conflitto sociale in ambito interpretativo ed applicativo della legge; il giudice non viene pertanto proposto quale mediatore di conflitti, se ciò fosse egli sarebbe promotore “di una pace sociale sempre meglio adeguata alle necessità della società capitalista in trasformazione”. Il ruolo della giurisprudenza alternativa qui propugnato non è quindi “quello della razionalizzazione neocapitalistica e riformistica dello sviluppo economico che consente l'evoluzione delle classi subalterne nella misura in cui essa non intacchi, ma anzi consolidi, gli assetti sociali esistenti”⁵³.

Ci troviamo di fronte ad una precisa presa di posizione ideologico-politica, ad una chiara scelta di campo, in cui le tecniche argomentative volte a giustificare l'assunzione di una norma da una disposizione sono piegate alle esigenze dello scontro di classe ed alla creazione di un contropotere proletario da opporsi a quello borghese. L'uso alternativo del diritto è funzionale quindi a “nuovi e alternativi assetti di potere” ed “in ciò [va ritrovato] l'elemento distintivo e scriminante fra la «giurisprudenza alternativa» e la «giurisprudenza evolutiva» teorizzata dai giudici moderati”⁵⁴.

Va ora individuato il metodo attraverso il quale tali aspirazioni vengono perseguite. In via preliminare va riconosciuto che “la giurisprudenza alternativa postula il tendenziale rifiuto dei procedimenti astrattizzanti che caratterizzano il modello tradizionale di applicazione della legge rappresentato dalla «sussunzione»”⁵⁵; tale metodo è, infatti, “per

52 L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, cit., p. 116.

53 *Ibidem*.

54 *Ibidem*. Sulle posizioni allora presenti su questi temi all'interno della magistratura si sofferma G. Tarello nel suo contributo su *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, cit., in particolare a pp. 91 e segg.

55 Ferrajoli ebbe a puntualizzare la sua critica al metodo sillogistico già nell'intervento romano del 1965, ove, richiamando la necessità di concentrare l'attenzione dell'operatore del diritto sul significato normativo dell'esperienza e non già sulla vuota disposizione legislativa, ritenne “di criticare la tesi, ancor oggi generalmente accolta nella dottrina, secondo cui il procedimento dell'interpretazione del giudice si divide in tanti momenti distinti secondo il vecchio schema del sillogismo giudiziale: l'interpretazione

sua natura funzionale agli interessi di conservazione dominanti”⁵⁶. Il procedimento *astrattizzante* è tale perché riproduce nell’ambito dell’applicazione della legge la formale eguaglianza *naturale* fondante l’ordinamento giuridico borghese, ma nella realtà corrispondente alla presenza di soggetti socialmente diseguali. Se ciò non bastasse, il modello basato sulla sussunzione inverte il rapporto fra norma e realtà; qui “è la norma, e non la realtà, ad essere assunta a oggetto naturale e primario di conoscenza, mentre la realtà, i fatti, scadono a «fattispecie giuridiche», a riflessi mutevoli e contingenti degli immutabili schemi normativi”⁵⁷. Per Ferrajoli, la norma risulta essere l’“esclusivo setaccio razionale del «giuridicamente rilevante»”, cosicché da un lato si riscontrano gli schemi normativi generali ed astratti, che vengono, all’interno di questa prospettiva, assunti sia a forma di apriori della conoscenza giuridica, che a struttura ontologica della realtà giuridica, dall’altro si trova la realtà, i fatti, i quali, attraverso il filtro posto dalle norme, perdono ogni loro connotato materiale, in modo tale che da questa rappresentazione della realtà fattuale si possa discernere l’elemento giuridicamente rilevante da quello non rilevante. La valutazione della giuridicità della rappresentazione così ottenuta avviene per tramite delle norme generali ed astratte, il che ha come conseguenza di fronte a fatti reali distinti, un “trattamento uguale nonostante la loro materiale diseguaglianza”⁵⁸. La giurisprudenza alternativa, qui discussa, ribalta la rappresentazione “idealistica del rapporto fra norma e realtà”; per la prima “non è più la norma che è assunta quale dato naturale di cui è scontata, secondo le soluzioni giurisprudenziali canonizzate dalla tradizione, la capacità rappresentativa del fatto, ma è il fatto ad essere assunto a oggetto primario e privilegiato di conoscenza [...] nella totalità dei suoi nessi e delle sue complesse e singolari determinazioni economico-materiali”⁵⁹. Questo rovesciamento di prospettiva permette di operare la valutazione giuridica di un fatto non più, come nella ipotesi *idealista* ampiamente

della legge (premessa maggiore), l’individuazione degli elementi di fatto (premessa minore) e l’applicazione della legge al fatto (conclusione)”, *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, cit., p. 302.

56 L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, cit., p. 116.

57 *Ibidem*, p. 117.

58 *Ibidem*.

59 *Ibidem*.

criticata e rigettata, da prima attraverso l'individuazione nello stesso dei suoi elementi giuridicamente rilevanti per poi vagliarli alla luce di norme generali ed astratte, ma cogliendo nella norma stessa "i criteri di valutazione e di giudizio «fattualmente rilevanti», cioè volta a volta più adeguati al fatto considerato e appreso nella sua concreta interezza"⁶⁰. L'utilizzo di tale metodo consentirebbe, alla giurisprudenza alternativa, di riconoscere che "non sia il fatto a piegarsi alla norma ma la norma al fatto, non sia la realtà ad adattarsi al diritto ma sia il diritto ad adeguarsi alla realtà, e non sia il contenuto ad essere modellato sulla forma ma sia la forma a modellarsi sul contenuto"⁶¹.

60 *Ibidem*, p. 118. In un contesto non fortemente ipotecato dall'uso alternativo del diritto, Ferrajoli ebbe a rilevare come il giudice "non può illudersi di rinvenire nella legge il significato, o anche tutta la serie dei possibili significati, dell'esperienza che egli ha il compito di giudicare, sicché il suo giudizio si ridurrebbe ad un mero confronto meccanico tra fattispecie astratta ed il caso concreto; la sua, invece, è una responsabile e critica interpretazione di un'esperienza che ha sempre un suo significato originario, cioè singolare ed irripetibile. Il fatto che quell'esperienza assuma nell'ambiente sociale un significato comune, cioè intersoggettivamente intelligibile, in virtù di un apparato normativo [...] non comporta, si noti, che siano oggetto d'interpretazione operativa anche le norme che regolano l'esperienza da giudicare. Chè anzi, va sottolineato, non esiste neppure, nel giudizio dell'operatore, un momento meramente contemplativo della norma dissociato dall'interpretazione dell'esperienza concreta. O, meglio, la conoscenza della legge, in quanto ne costituisce, per così dire, la condizione trascendentale, rimane propriamente al di fuori della fenomenologia dell'interpretazione operativa", *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, cit., p. 302. Di concerto con Ferrajoli si esprime, nello stesso simposio, Antonio Nassi (cfr. *Sistema processuale, oggetto del processo ed epistemologia giuridica*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XLIII (1966), n. 1, pp. 314-323), ove, per l'autore, "risulta evidente che non sono distinguibili un momento in cui il giudice interpreta la norma giuridica e ne comprende il significato e un momento in cui applica tale significato al fatto. Ma emerge come quella che si definisce comunemente «applicazione» della norma al fatto sia invece una vera e propria «interpretazione» della norma giuridica, anzi è la unica interpretazione giuridica in senso rigoroso, in quanto è solo attraverso la cosiddetta applicazione al fatto che la norma giuridica acquista «significato»", pp. 316-317. Non appare di secondaria importanza ai fini del nostro discorso rilevare come Nassi, il cui intervento si ricollega esplicitamente a quello di Ferrajoli e viceversa, si rifaccia esplicitamente e più volte al pensiero di Capograssi e di Satta, quasi a voler indicare in quegli autori il punto di riferimento della speculazione lì presentata; scevro da un'influenza capograssiana non appare nemmeno, come già accennato, il Ferrajoli della comunicazione del 1965, tanto da poter supporre ragionevolmente che alla base della sua riflessione catanese del 1972 sull'uso alternativo della funzione giudiziaria, si possano ritrovare temi capograssiani rielaborati da Satta.

61 *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, cit., p. 118. Va in proposito rilevato come Stefano Rodotà, sia pure in diversa sede, ebbe ad

6 – LO SCONTRO DI CLASSE E L'USO ALTERNATIVO DEL DIRITTO

Va da sé che, al fine di non ricadere nella esecrata attività di mediazione di stampo riformistico-razionalizzatore, la realtà ed il contenuto, qui richiamati quali centrali, devono essere informati “dagli specifici connotati dello scontro di classe”; ma al di là di questa chiosa, ciò che preme rilevare è come questo indirizzo giurisprudenziale miri ad un adeguamento del diritto alla realtà, ovvero a trarre dalla astratta disposizione una norma che sia non certamente consona ad un altrettanto astratto sistema, ma alla regolamentazione di una realtà caratterizzata da forti ed incolmabili differenze e discriminazioni di classe. Tale regolamentazione dovrà essere consona agli interessi delle classi subalterne, le quali ritroveranno nell’uso alternativo del diritto un ulteriore strumento di supporto per la loro definitiva emancipazione. Le reali condizioni di vita dei ceti discriminati e le loro aspirazioni di liberazione dal giogo capitalista devono istituirsi nel diritto e dare vita ad una amministrazione della giustizia che tenga conto “di un ordine sociale disegualitario e ingiusto, delle spinte di liberazione che esso genera e dei meccanismi di repressione che in esso imperano”⁶². Ancora una volta la legittimazione di questa operazione è ricercata nell’articolo 3 del dettato costituzionale: “questa rivoluzione copernicana nel procedimento di applicazione della legge è del resto oggi imposto, più che consentito, dall’art. 3 cpv. della Costituzione: il quale, nel denunciare

indicare come “la codificazione del 1942 prolungò, oltre il suo normale ciclo fisiologico, la prevalenza nella cultura giuridica italiana di un metodo che accompagnava ad un indubbio rigore una chiusura formalistica pressoché totale, escludendo ogni momento problematico ed ogni valutazione fattuale dalla riflessione giuridica, ritenendo estranea all’orizzonte del giurista ogni considerazione attinente alla politica legislativa”, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in “Rivista del diritto commerciale”, LXV (1967), n. 1, p. 85. Nello stesso contributo Rodotà rileva la necessità di “una modifica del metodo della elaborazione [dei concetti giuridici], e dunque un abbandono dei tradizionali procedimenti dogmatici, a tutto vantaggio di una costruzione sistematica capace di modellarsi più direttamente sulla realtà storica dell’ordinamento legislativo. D’altra parte il valore di direttive interne del sistema privatistico, assunto da alcuni fondamentali principi costituzionali, comporta la necessità di considerare proprio tali principi come dati fondamentali per la costruzione del nuovo sistema, mutando il criterio di valutazione degli istituti intesi come i fondamenti dell’ordine civilistico, in primo luogo dell’autonomia privata, della proprietà e della responsabilità civile”, p. 86

62 L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, cit., p. 118..

l'insufficienza dell'uguaglianza formale e di qualsiasi regolamentazione giuridica che prescinda dalle concrete connotazioni economico-sociali della realtà, addita in un integrale recupero dell'effettività di tali connotazioni la strada da battere per sottrarsi alla logica deformante del formalismo e dell'astrattismo giuridico"⁶³.

Le riflessioni di Ferrajoli sono state precedute da esplicite prese di posizione, le quali hanno ritrovato ospitalità sulle colonne di "Qualegiustizia" già nel suo primo fascicolo. Qui infatti possiamo leggere in un articolo a firma E. G. (ma Edoardo Greco): "ora, che l'apparato giudiziario sia usato in funzione conservatrice e di repressione sociale potrebbe anche non scandalizzare se l'ordinamento lo destinasse a tale funzione, così come avviene in altri paesi: ciò, anzi, conforta certe teorie sullo Stato di classe. Ma il nostro ordinamento costituzionale destina l'apparato giudiziario ad altre funzioni e, soprattutto attribuisce alla magistratura compiti del tutto diversi, e cioè quelli di garanzia di un ordinato sviluppo della società italiana. Tale sviluppo non significa soltanto ammodernamento come molti mostrano di credere; ma anche e soprattutto mutamento delle strutture nel senso di giustizia sociale e di uguaglianza di fatto di tutti i cittadini così come l'art. 3 cpv. della Costituzione espressamente prevede [...]. Aderendo, consapevolmente o meno, a qualsiasi blocco d'ordine i magistrati rinnegano il ruolo che sono chiamati a svolgere in questa fase storica, di protagonisti per l'affermazione concreta di una legalità che lasci uno sbocco alle tensioni sociali e allo scontro di classe, ed optano invece per il ruolo tradizionale di braccio secolare degli interessi costituiti"⁶⁴.

Con altrettanta forza il richiamo all'attuazione dei valori sunteggiati nella carta costituzionale quale momento propositivo per lo scontro di classe in atto nella società italiana viene effettuato da Marco Ramat: "di padroni a cui dobbiamo ubbidire, in realtà ce n'è uno solo: la Costituzione, i valori della Costituzione. Non crediamo che vi siano magistrati i quali consapevolmente e volontariamente si sottraggono a questa ubbidienza creandole l'alternativa dell'altro padrone, che sarebbe la tavola dei valori dell'ancien régime [...]. Il processo che ci sta a cuore è un altro. È un processo storico e politico in cui siamo immersi anche noi come protagonisti e come oggetto, e in cui crediamo di interpretare una parte alla quale vogliamo essere fedeli. È il processo storico di assimilazione

63 *Ibidem*.

64 E.[duardo]. G.[reco], *Giustizia e repressione*, in "Qualegiustizia", I (1970), n. 1, p. 4.

profonda e capillare dei valori della Costituzione, nella magistratura e nella giustizia. Cento volte abbiamo scritto e detto che forse non c'è nessuna legge la quale non si presti a più interpretazioni, e che il nostro dovere morale, politico e giuridico è di scegliere l'interpretazione più aderente, più capace di realizzare quei valori".⁶⁵

⁶⁵ M. Ramat, *Un solo padrone*, in "Qualegiustizia", I (1970), n. 1, p. 6.

CAPITOLO SECONDO

LA REAZIONE ALL'USO ALTERNATIVO DEL DIRITTO

SOMMARIO

§ 1. Una contraddizione nell'uso alternativo del diritto; § 2. L'uso alternativo del diritto nella "società italiana in trasformazione": la critica di Renato Treves; § 3. Uberto Scarpelli: "il giurista deve essere leale e fedele verso il diritto stabilito"; § 4. Una crepa nella Scuola di Torino? § 5. Sulla divisione dei poteri.

1 – UNA CONTRADDIZIONE NELL'USO ALTERNATIVO DEL DIRITTO

In merito all'*uso alternativo del diritto*¹, qui sopra sunteggiato, vale la pena di brevemente osservare, sulla scorta del pensiero di Francesco

¹ Non appare fuori luogo richiamare all'inizio di questa breve rassegna delle critiche mosse a tale concezione della giurisprudenza un passo di Emilio Betti tratto da *Teoria generale della interpretazione*, cit., p. 102, ove, ovviamente senza alcun riferimento a tali istanze rivoluzionarie, si sottolinea come la tensione ad innovare, per tramite dell'interpretazione, l'ordinamento giuridico e, più in generale, ogni forma rappresentativa, ritrova limite nel "criterio ermeneutico di una corretta interpretazione, com'è stato formulato fin da antico [... ovvero ...] «sensus non est inferendus, sed efferendus»: il senso dev'essere quello che nel dato si ritrova e da esso si ricava, non già un senso che in esso si trasferisca dal di 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 spiegare speculativo, che, avendo carattere di sintesi, va oltre il mero interpretare (che presuppone), e lo supera. Di qui una importante conseguenza: il corso e i risultati dell'interpretazione propriamente

Gentile², come queste istanze, pur scuotendo alle fondamenta l'assetto dello stato della democrazia liberale di stampo ottocentesco, ciò non di meno non rappresentano una coerente critica del moderno modo di rappresentare il fenomeno giuridico; a ben vedere, nonostante la palese critica al formalismo insito al positivismo giuridico, che all'interno di queste posizioni aleggia, l'uso alternativo del diritto si colloca a pieno titolo all'interno di una prospettiva la quale ritiene che "il diritto, considerato del tutto positivisticamente, non è altro che un ordinamento coattivo esterno, esso sarà allora concepito soltanto come una specifica tecnica sociale: si raggiungerà o si cercherà di raggiungere lo stato sociale desiderato collegando al comportamento umano, che rappresenta l'opposto contraddittorio di questo stato sociale, un atto coattivo come conseguenza"³.

detta sono controllabili quanto alla loro esattezza secondo l'osservanza impegnativa di questo e di altri criteri ermeneutici; la spiegazione speculativa, no: essa resta abbandonata all'intuito e alla coerenza del sistema scelto a priori". In tal senso parrebbe che gli esiti dell'interpretazione finalizzata ad un uso alternativo del diritto siano, più che "immanenti al dato storico", legati "alla coerenza del sistema scelto a priori"; pertanto, al di là d'ogni considerazione d'ordine politico-ideologico, non supererebbero il vaglio di un "criterio ermeneutico di una corretta interpretazione". Va però rilevato come lo stesso Betti ritiene che "in quelle forme in cui l'interpretazione assume una funzione normativa, come nell'interpretazione giuridica e teologica, accade che la ricerca del senso resti legata, vincolata ad un sistema dato (che però e quello cui appartiene il dato da interpretare), e da esso unilateralmente dipenda". Sicché, nel caso di un'interpretazione giuridica questa sarà guidata non solo dal mero dato storico, ma anche dal sistema che viene a priori scelto e rispetto a quest'ultimo verrà predicata o meno la coerenza. Nel caso dell'interpretazione giuridica *alternativa*, parimenti ad ogni altro tipo di interpretazione giuridica, i significati attribuiti alle forme rappresentative sono coerenti con il sistema assunto a riferimento e dipendono "unilateralmente" da questo, ovvero sono da questo vincolati. Il problema che solleva allora l'uso alternativo del diritto non è di natura metodologica, infatti, seguendo il testo di Betti, osserviamo che in siffatta interpretazione giuridica "l'osservanza di certi criteri metodici" è ottemperata; la natura del problema è, per così dire, politico, dato che al sistema di interessi fondanti un ordinamento *borghese* si sostituisce un sistema di interessi opposto, rispetto a questo si predica la correttezza della risultante del processo interpretativo. Si assiste non tanto ad un mutamento di indirizzo metodologico, quanto ad un cambiamento del sistema di interessi a cui fare riferimento.

2 Cfr. la nota su *Equivoci e paradossi della giustizia politicizzata* apparsa in F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1983, pp. 207-229. Il tema viene poi ripreso ed integrato dallo stesso autore in *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003, pp. 134-144.

3 Così H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. Torino, 1952, pp. 68-69.

Si può anzi affermare che tale prospettiva sia la radicalizzazione dell'assunto per il quale il diritto è esclusivamente una tecnica sociale tesa ad ottenere dai consociati la condotta desiderata mediante la minaccia di una sanzione, assunto che, come noto, ritrova le proprie radici già nel pensiero di Marsilio da Padova, ed attraverso il quale il diritto è ridotto "a mero strumento operativo e con la conseguenza di lasciarlo immediatamente alla mercé della forza politica di volta in volta emergente"⁴.

Le critiche alla tecnicizzazione dell'esperienza giuridica, tutta protesa verso la deresponsabilizzazione del ceto dei giuristi di fronte a scelte di natura economica e valoriale effettuate dal potere politico egemonizzato dalla borghesia, si riducono nella rivendicazione, da parte dei fautori di questa prospettiva radicale, di precise opzioni a favore dei ceti proletari subalterni; sì da contrapporre ad un giurista, solo apparentemente deresponsabilizzato, perché, come gli stessi ben dimostrano, egli milita fattivamente con il suo tecnicismo formalistico fra le fila della classe borghese al fine di favorirne il dominio, un giurista politicizzato tutto proteso a favorire e consolidare un contropotere proletario.

In tal modo, l'*uso alternativo del diritto*, pur demistificando alcune finzioni della *giustizia borghese*, fra le quali spiccano il mito della certezza del diritto di stampo illuminista, l'abbaglio intorno alla generalità ed astrattezza del diritto, che garantirebbe l'uguaglianza dei cittadini e, più in generale, la presunta imparzialità della legge, "non arriva ad insidiare la concezione, positivista, della funzionalità del diritto rispetto al potere"⁵. Tale uso del diritto rovescia, ovvero rivoluziona, nel senso che inverte, i termini della dinamica sociale: a fronte di magistrati dediti alla difesa degli interessi della borghesia, si erge, a difesa del proletariato, una componente della magistratura, che si pone "esplicitamente a disposizione delle classi subalterne emergenti, al fine di favorirne la conquista del potere [...] è quindi come strumento di potere delle classi lavoratrici, o più esattamente come strumento di potere operaio, che viene pretesa e promossa la «politicizzazione» della giustizia"⁶.

4 F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit., p. 215.

5 *Ibidem*, p. 216.

6 *Ibidem*, pp. 216-217. In proposito Giovanni Fiandaca rileva come la prospettiva solcata dalla *magistratura democratica* "alimenta nella giurisdizione penale vocazioni espansive e approcci sostanzialistici, accentuando il tasso di politicità conflittuale del potere giudiziario nei confronti del potere politico, anche per la pretesa del primo di vantare una concorrente legittimazione attraverso il consenso e il sostegno diretto

Anche per questa prospettiva il diritto è diretta emanazione del potere politico, dato che è sempre legato alla volontà sovrana, sia che questa si manifesti sotto le fattezze della classe borghese, oppure che si configuri come potere proletario.

Ciò si evidenzia principalmente nel rifiuto del ruolo di mediazione della controversia effettuato esplicitamente da questa corrente di pensiero giuridico; se, infatti, il diritto non è funzionale alla risoluzione della controversia, ma, come bene evidenzia il Kelsen qui richiamato, alla imposizione di una condotta, allora l'*uso alternativo del diritto* si caratterizzerà per promuovere “nuovi e alternativi assetti di potere”, il che implica l'imporre, mediante la minaccia di una misura coercitiva, modelli comportamentali diversi da quelli precedentemente imposti.

Non essendo possibile effettuare questa operazione per tramite del potere legislativo, in quanto egemonizzato dal nemico di classe, il giurista al servizio delle classi subalterne impiega, quale strumento per rompere l'egemonia borghese, l'interpretazione creativa, ma “la concorrenza fatta dal giudice politicizzato al legislatore o, come sarebbe più esatto dire, dalla «giustizia politicizzata» alla politica legislativa, fa leva sulla teoria della sovranità. I giudici alternativi, infatti, mediante la loro interpretazione, costringono le leggi positive ad evolversi, nel senso di quelle che essi ritengono le nuove esigenze della collettività popolare, in virtù del disposto costituzionale per il quale la loro giurisdizione sarebbe funzione diretta del popolo sovrano. In altri termini, per la loro

di larghi strati della pubblica opinione. Non sorprende troppo allora se, in un tale orizzonte, la legalità penale in senso puramente giuspositivistico, frutto oltretutto di un legislatore ordinario ormai delegittimato (e perciò sospettabile di puntare a una legalità debole o comunque affievolita per fini auto difensivi dello stesso ceto politico), tenda ad apparire criterio di orientamento insufficiente o addirittura inaccettabile. Da qui l'affiorare nei settori più impegnati della magistratura di un'idea diversa di legalità, che definirei a carattere meta-positivo e di tipo antagonistico: cioè una legalità in tanto meritevole di essere considerata legittima o vera, in quanto incentrata su valori, principi e assetti normativi prevalentemente funzionali, a loro volta, ad una lotta giudiziaria a tutto campo contro la corruzione politico-amministrativa, le collusioni politico-mafiose e gli illegalismi diffusi. Se vogliamo, una legalità che sarei altresì tentato di qualificare di matrice extraparlamentare e di vago sapore giusnaturalistico: di un giusnaturalismo, beninteso, non già di antica scaturigine filosofica o religiosa, bensì a forte vocazione etico-politico-pedagogica in una dimensione autoreferenziale (tale perché alimentata, appunto, da un *èthos* che ha la sua fonte pur sempre nel ceto magistratuale)”, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, ora in *Id., Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2002, pp. 16-17 (ma 2000).

iniziativa rivoluzionaria fanno appello allo stesso principio in base al quale il legislatore legifera e l'esecutivo amministra"⁷.

Per tramite dell'interpretazione creativa si cerca di far esplodere contraddizioni all'intero del sistema istituzionale borghese, con il fine immediato di avvantaggiare chi si trova in posizione subalterna, sviluppando nuovi assetti di potere, che portino, in una fase successiva, alla rottura definitiva dell'egemonia borghese sulla società.

Si potrebbe quasi affermare che questo giurista alternativo abbia raccolto l'invito di Guevara a *creare due, tre, molti Vietnam*⁸, ma nel porsi in questa direzione abbia lavorato con materiale teoretico ed istituzionale mutuato da una precisa tradizione giuridica, che poi è la stessa a cui prima di lui ha attinto il giurista borghese⁹.

È ben vero, però, che l'*uso alternativo del diritto* è proteso alla creazione del contro-potere e non ad una radicale problematicizzazione del potere,

7 F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit., p. 218.

8 Riproponiamo il titolo di una nota canzone di protesta in voga negli anni Sessanta dello scorso secolo; parole e musica di Ivan Della Mea, il quale la compose in occasione dall'*Encuentro de la canción de protesta* tenutosi a Cuba nell'estate del 1967.

9 A tale riguardo giova rammentare come Nicolò Lipari manifesti il suo "dissenso da quanto detto nella sua relazione da Ferrajoli [...]. A mio modo di vedere, Ferrajoli non fa che legittimare l'operazione politica dei giudici conservatori, limitandosi a fornirle un'alternativa, peraltro dello stesso tipo e quindi egualmente censurabile sul piano del metodo. Il giudice conservatore camuffa, sotto l'asserita asetticità della sua operazione tecnica, la propria scelta valutativa contraria a ogni modifica dell'assetto sociale; Ferrajoli propone una diversa scelta di valore radicalmente modificativa della struttura sociale, e a quella condiziona lo svolgimento di ogni possibile indagine tecnica: sia l'uno che l'altro, tuttavia, non solo sottraggono il risultato della propria analisi a ogni possibilità di verifica, in tal modo negando la scientificità dell'operazione giuridica, ma prescindendo in radice da ogni considerazione del grado in cui il valore che si continua a ritenere operante o che si prefigura può veramente fornire modelli all'azione di singoli, di tutti i singoli, non di alcuni isolati laudatori del passato o anticipatori del futuro", *Scelte politiche e determinazione storica dei valori realizzabili*, in *L'uso alternativo del diritto. Ortodossia giuridica e pratica politica*, cit., p. 42. Parimenti Russo constata, che in certa analisi dell'uso alternativo del diritto "possono essere rilevate forme di ragionamento che si ricollegano direttamente a Kelsen; e intendo riferirmi a Ferrajoli, il quale capovolge alcune premesse fondamentali (lo Stato da buono diventa cattivo, la legge da giusta, ingiusta ecc.) e procede per consequentias in modo formalmente ineccepibile, ma sulla stessa linea logica delle impostazioni combattute. Si può rinvenire perfino il riferimento alla norma fondamentale, la Grundnorm, fonte di legittimità della intera costruzione, stavolta identificata nell'art. 3 Cost., che sarebbe sopraordinata a tutte le altre norme", *Linee di una nuova dogmatica*, in *ibidem*, p. 101.

ma a tale proposito sorge il legittimo dubbio che qualora tale prospettiva avesse egemonizzato il potere legislativo, ovvero conquistato il potere, avrebbe potuto essere *la legge* e non l'interpretazione creativa a veicolare gli interessi proletari, nel senso che gli interessi proletari avrebbero ritrovato, sia pure all'interno di una prospettiva storico-materialista, cristallizzazione in quella manifestazione della volontà sovrana che è la legge, da cui la tentazione a riproporre una interpretazione-applicazione della stessa in chiave tecnicistica, meccanica, tanto da far ipotizzare che, in quel contesto, l'*uso alternativo del diritto* non avrebbe certamente trovato accoglienza favorevole¹⁰, come del resto non l'ebbe nella maggior parte della cultura giuridica italiana del tempo¹¹.

2 – L'USO ALTERNATIVO DEL DIRITTO NELLA “SOCIETÀ ITALIANA IN TRASFORMAZIONE”: LA CRITICA DI RENATO TREVES

Appare facilmente comprensibile che posizioni come quelle manifestatesi nell'incontro catanese, con particolare riguardo alle perorazioni di una militanza rivoluzionaria del giudice, abbiano suscitato una forte reazione negli operatori e negli studiosi del diritto il più delle volte accompagnata da note di veemente censura.

Con un certo compiacimento Ferrajoli, nel sopra richiamato saggio, riporta le parole del Procuratore generale della Corte di Cassazione, il quale nella relazione del 1972, afferma: “non è superfluo riflettere che l'atto che verrà fuori da un giudice politicizzato non sarà mai credibile,

10 In merito a tale questione, mi si consenta di rimandare al mio contributo *Fra giustizia ed arbitrio. Il principio di legalità nell'esperienza giuridica sovietica*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XXXIV (2007), pp. 1083-1158.

11 Per Zagrebelsky, “il cosiddetto uso alternativo del diritto ha rappresentato, agli inizi egli anni Settanta, un tentativo [...] di spostare la linea di confine a favore della giurisdizione e negare il valore che alla legge appartiene in quanto tale ...]. Esso consisteva nella deduzione diretta dai principi costituzionali di regole giudizialmente applicabili, in funzione alternativa, appunto, a quelle stabilite dal legislatore. Alle regole legislative veniva sottratto il valore che dovrebbe garantire il loro inserimento nel circolo interpretativo insieme ai principi qualificativi dei casi. Nell'essenziale, l'uso alternativo del diritto consisteva in una amputazione, cioè nella categorizzazione di senso e di valore del caso alla luce della Costituzione e nella deduzione dai suoi principi della regola, come se essi costituissero un sistema chiuso, senza spazi per il legislatore”, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 211.

non sarà mai da alcuno apprezzato come un atto di giustizia, anche se assolutamente conforme alla legge”, e ancora, “coerentemente non può ammettersi che un magistrato partecipi alle lotte politiche, seguendo una condotta che immediatamente legittimi il sospetto intorno alla sua mancanza di serenità”¹². Il compiacimento di Ferrajoli è probabilmente dovuto alla facilità con cui il nostro autore ha controbattuto a siffatte accuse di parzialità, ma non è nostra intenzione né riprendere le accuse dell’allora Procuratore generale, né tantomeno riproporre le argomentazione di Ferrajoi, che pur nello specifico condividiamo, rimandando alla lettura del testo in oggetto¹³.

¹² I passi del procuratore generale Guarnera sono riportati nell’intervento di Ferrajoli a p. 110 e p. 111. In proposito della presunta apoliticità della magistratura richiamiamo un passo di Norberto Bobbio, per il quale, “ciò che oggi mette in crisi la certezza del diritto, non è un fatto di tecnica giuridica ma un fatto sociale di enorme portata, o se si vuole politico; il corpo dei giudici non è più un corpo omogeneo, o almeno non è mai stato, come in questi anni, diviso sulla base di valutazioni diverse o addirittura opposte sull’evoluzione (o involuzione) della società. E queste valutazioni sono, piaccia o non piaccia, politiche [...]. Per tutto il tempo che la magistratura è stata un corpo omogeneo, poteva credere di non fare politica. In realtà aveva una sua politica ma in mancanza di un conflitto interno non si vedeva. È risaputo che colui che condivide i valori dominanti ritiene di avere il diritto di chiamarsi «apolitico», e chiama «politici» con una punta di malanimo gli altri. In realtà sono politici tutti e due, con la differenza che il secondo lo riconosce, l’altro no”, *Quale giustizia o quale politica*, in “Il Ponte”, XXVII (1971), n. 12, p. 1439.

¹³ Ci limitiamo a segnalare che nello stesso anno in cui viene pubblicato il volume su *L’uso alternativo del diritto*, sulle pagine della “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XLIX (1972), n. 4, appare un contributo intitolato *Il ruolo del giudice e la sua crisi*, ove l’autore, Vincenzo Tomeo, rileva che dal 1945 il ruolo della magistratura “è andato manifestando aspetti e caratteri «politici» che sono subito apparsi assai più rilevanti che in passato [...]. Sono semplicemente emersi in piena luce certi tratti del ruolo o della funzione che un tempo erano più sfumati o in qualche modo resi meno evidenti dalla situazione in cui reciprocamente si trovavano i diversi ruoli di autorità. L’ombra discreta in cui si era tenuta la magistratura fino a due decenni or sono nei confronti dell’esecutivo e del legislativo, mentre aveva mantenuto il potere giudiziario in una situazione sostanzialmente subalterna, aveva però contribuito a sfumare i contorni di una funzione essenzialmente politica ieri non meno che oggi”. L’autore, pur non menzionando mai la cosiddetta giurisprudenza alternativa, riconosce che “il ruolo del giudice sia contraddistinto da aspetti più sfumati e meno immediati rispetto ad altri ruoli tecnicamente politici; ma nei momenti che veramente contano nel processo sociale, tali sfumature e tali mediazioni tendono inevitabilmente a scomparire”, p. 628. Meritevole di menzione appare anche una riflessione propostaci da Giorgio Lazzaro, il quale, interrogandosi sulla politicità del giudice, così si esprime: “resta da chiedersi perché mai i giudici – almeno certi giudici – continuino a presentare un ritratto di sé

Ciò che appare interessante indagare è come queste istanze si siano collocate nel panoramagiuridico italiano, se cioè, al di là della loro indubbia connotazione partitica, del resto mai negata e sempre rivendicata dagli appartenenti al movimento dell'uso alternativo del diritto, un così forte richiamo ad un uso creativo dell'attività interpretativa ed applicativa del diritto sia da considerarsi episodio isolato.

Nel corso del lavoro avremo modo di osservare come in molti casi l'attacco a tali posizioni paia più dettato da una scelta di campo (avverso), piuttosto che da ragioni, per così dire, tecniche, relative cioè al ruolo dell'attività interpretativa¹⁴.

come avalutativi applicatori di principi dettati dal legislatore. Evidentemente è il gusto per un certo ruolo di sacerdoti del diritto; e, magari, perché no, il calcolo sottile che, in questo modo, si può fare meglio o più efficacemente politica, presentandosi con un alone di imparzialità. Tutto ciò non deve, tuttavia scandalizzare troppo. Ma chi voglia esaminare e descrivere in modo smalzato il *diritto vivente* del nostro tempo non può esimersi dal rilevare questa abile mistificazione"; l'autore, con preciso riferimento alla polemica contro *Magistratura democratica*, rileva: "sembra che, avendo sinora i giudici più autorevoli fatto pacificamente politica, insinuando sistematicamente giudizi di valore nelle decisioni, si risentano ora perché alcuni giudici, in genere più giovani, fanno a loro volta politica più scopertamente e, per lo più, ispirandosi a principi diversi dai loro, ancorché non necessariamente rivoluzionari", *Il giudice, oggi*, in "Qualegiustizia", I (1970), nn. 5/6, pp. 203-204.

Più in generale, per una analisi valoriale e politica delle scelte giurisprudenziali condotte dalla magistratura italiana, si vedano gli studi di F. Governatori, *Stato e cittadini in tribunale. Valutazioni politiche nelle sentenze*, Bari, 1970 e di L. Bianchi d'Espinosa - M. Celoria - E. Greco - R. Orosio - G. Petrella - D. Pulitanò, *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970.

14 Pare essere questa la posizione assunta, ad esempio, da Salvatore Satta, il quale, nel ribadire in quegli anni il valore del legalismo, che in vero non pare informare nemmeno lontanamente i suoi scritti non caratterizzati dalla polemica con questi magistrati, ebbe a scrivere: "si vuole, da parte di giudici estremisti, rifiutare la figura tradizionale del giudice soggetto alla legge, del giudice apolitico, per sostituirla con quella di un giudice legislatore, e s'intende a senso unico, cioè nel senso degli stessi estremisti. Mediatrix di questa metamorfosi sarebbe la Costituzione, la quale non viene intesa come una legge fondamentale, che fissa certi principi e certe garanzie, ma come uno strumento del quale il giudice deve valersi per creare un mondo nuovo, il mondo da lui personalmente vagheggiato", *Il giudice e la legge*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, Padova, 1973, p. 92.

Di converso, ancora Tomeo sottolinea come "quando alcuni giudici si volgono con nostalgia ai giorni in cui potevano esercitare in posizione defilata il loro ruolo, essi in realtà manifestano in modo ellittico ma assai persuasivo il loro desiderio di esercitare liberamente e senza controllo la funzione politica del giudice sotto la protezione di una motivazione tecnica", *Il ruolo del giudice e la sua crisi*, cit., p. 630. Va specificato

In proposito alla relazione fra teoria dell'interpretazione e fini politici ad essi sottesi, va fatta menzione dell'acuta osservazione di Renato Treves in merito al rapporto fra metodo giuridico e esiti politici pratici a questo arbitrariamente collegati. Nel suo volume su *Giustizia e giudici nella società italiana*, l'autore ammoniva di non legare indiscriminatamente un determinato metodo giuridico, quindi una rappresentazione dell'esperienza giuridica, ad "una carica ideologica e [ad] un significato politico", che metodi e teorie giuridiche "di per se stessi non hanno"¹⁵. Intervenendo specificatamente sul dibattito, allora in corso, intorno alla crisi della giustizia, Treves rileva come sia in uso collegare esiti politici progressisti oppure conservatori a determinate teorie del diritto; per l'autore "è lecito rilevare, se così risulta da elementi sicuri, che il formalismo giuridico e la concezione del giudice come puro esegeta sono sostenute dalle correnti più reazionarie della magistratura italiana, mentre l'antiformalismo e la concezione del giudice come creatore del diritto sono sostenute dagli elementi più moderni e dinamici, ma sarebbe un errore supporre che questi rilievi autorizzino ad affermare che, in generale, il formalismo e l'antiformalismo nell'interpretazione sono rispettivamente conservatori e progressisti [...]. Non bisogna quindi dimenticare che il significato etico-politico delle strutture, dei metodi e delle dottrine di cui qui si discute non è alcunché inerente alle medesime,

che per l'autore qui richiamato "il giudice come interprete della legge deve far posto al giudice come interprete del conflitto [... il che significa ...] considerare la necessità che, in ogni caso, in un rapporto antagonistico, le posizioni subalterne debbono essere ritenute come primarie proprio perché subalterne. Se una funzione come quella del giudice è essenzialmente riequilibratrice, la tendenza all'equilibrio non può che alimentarsi di una costante ricerca e rivalutazione delle posizioni subalterne", pp. 630-631. Il che significa, per Tomeo, come nella funzione interpretativa-dichiarativa della legge, che certa tradizione, manifestando "la propria aperta nostalgia per i giorni in cui il ruolo politico del giudice poteva svolgersi al riparo delle contraddizioni e dei conflitti sociali", continua ad ascrivere al giudice, non si può riscontrare alcuna attività riequilibratrice delle sperequazioni sociali, tanto che "la rispondenza alle norme, cioè a principi preesistenti, non è in sostanza che un elemento della valutazione del giudice, e forse non il più importante. Del resto – continua il sociologo del diritto – oggi i conflitti più gravi finiscono per non essere conosciuti dal giudice, perché trovano altri canali, formali o non formali, per essere risolti: da quel tipo di mediatori quasi-istituzionali che sono, per i conflitti del lavoro, i responsabili delle organizzazioni sindacali e i ministri del settore ai veri e propri amministratori. È una conferma indiretta del fatto che una funzione meramente dichiarativa di ciò che è diritto è oggi piuttosto inefficace di fronte alle richieste di giustizia sostanziale", p. 632.

15 R. Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana*, cit., p. 96.

ma è alcunché di attribuito ad esse dall'esterno: dai fini per i quali sono usate, e dagli uomini che le usano per raggiungere tali fini"¹⁶.

Ciò premesso, per l'autore, che qui presenta la sintesi di una ricerca su *L'amministrazione della giustizia e la società italiana in trasformazione*¹⁷, "è significativo il fatto che oggi molti magistrati cerchino di «demistificare» le pretese di neutralità e di apoliticità della loro professione, spiegando che queste pretese servono di semplice copertura a posizioni conservatrici e reazionarie, e giungano ad affermare l'esigenza che il giudice sia dotato di sensibilità politica"¹⁸; ma questa sensibilità politica, che porta, per Treves, a riconoscere come il diritto non esprima gli interessi di tutta la società, ed in quanto diritto borghese sia al servizio di una determinata classe, la quale lo utilizza contro gli interessi del proletariato, si spinge,

16 *Ibidem*, pp. 96-97. Per Treves, "così come si può parlare di un giusnaturalismo conservatore e di un giusnaturalismo progressista, si può anche parlare di un positivismo giuridico conservatore e di un positivismo giuridico progressista. È peraltro noto che, tanto regimi tirannici e dittatoriali, quanto quelli liberali e democratici hanno potuto essere difesi e combattuti a seconda dei casi, tanto dalle dottrine del giusnaturalismo, quanto da quelle del positivismo giuridico", *ibidem*, pp. 95-96. Lo stesso Norberto Bobbio sottolinea come "la diversità dell'interpretazione è in funzione non già del diverso modo con cui gli uni e gli altri intendono l'interpretazione (interpretazione meccanica o evolutiva?), ma dei diversi valori cui si appellano magari inconsapevolmente per interpretarla", *Quale giustizia o quale politica*, cit., p. 1439.

17 Il lavoro di ricerca, iniziatosi un decennio prima della pubblicazione di questo scritto, si è svolto intorno al Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale ed ha portato alla pubblicazione di numerosi volumi, per la precisione undici, in materia. Vanno segnalati, per la loro pertinenza con gli argomenti qui trattati, gli studi di R. Odoriso, M. C. Celoria, G. Petrella, D. Pulitanò su *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, cit., con introduzione di L. Bianchi d'Espinosa e D. Greco; di F. Governatori, *Stato e cittadino in tribunale. Valutazioni politiche nelle sentenze*, cit., con introduzione di L. Bianchi d'Espinosa; di G. Neppi Modona, *Sciopero, potere politico e magistratura (1870-1922)*, Bari, 1969, con prefazione di A. Galante Garrone; V. E. Moriondo, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, 1967, con prefazione dello stesso Treves.

Va sottolineato che lo stesso Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale sta attualmente conducendo una vasta ricerca in tema di *L'amministrazione della giustizia e la società italiana del 2000*, di cui il volume di M. L. Ghezzi – M. A. Quiroz Vitale, *L'immagine pubblica della magistratura italiana*, Milano, 2006 ne è testimonianza. In argomento di analisi dell'operato della magistratura va altresì segnalato il volume collettaneo, curato da E. Bruti Liberati, A. Caretti e A. Giasanti, *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano, 1996, che raccoglie contributi di S. Rodotà, G. M. Chiodi, M. L. Ghezzi, L. Ferrajoli, G. Colombo, M. Maddalena, G. C. Caselli, G. Pecorella, H. Imerglik, H. Prantal, P. A. Ibañez oltre che degli stessi curatori.

18 R. Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana*, cit., p. 83.

nei teorici dell'uso alternativo del diritto, troppo in là. Se è condivisibile l'idea che l'assetto giuridico della società non si compia solo a livello legislativo, ma anche nel campo dell'attività interpretativa, e che a quest'opera partecipi un giudice sensibile allo spirito democratico, il quale si faccia interprete dei nuovi valori sociali e delle aspirazioni di giustizia presenti in tutti gli strati della popolazione¹⁹, il disinteresse per il problema della efficienza e della funzionalità della magistratura²⁰, in quanto istituzione al servizio dell'intera collettività sommata ad una sorta di velleitarismo massimalista, manifestatosi in *Magistratura democratica* dopo il 1969, suscitano ampie censure da parte di Treves. Per l'autore, le indagini ispirate da "un conflittualismo dicotomico di tipo marxista [...] descrivono, o meglio, denunciano l'atteggiamento classista della magistratura, ma non indicano la via da seguire per combattere e correggere l'atteggiamento stesso, via che non è, necessariamente, quella della rivoluzione e che può essere anche e più facilmente quella delle riforme"²¹.

In proposito, Treves riafferma che le analisi condotte dal gruppo di ricerca su *L'amministrazione della giustizia* "sono rimaste fedeli allo spirito riformista del programma iniziale e si collocano quindi dalla parte di coloro che lavorano nell'ambito del sistema e non dalla parte di coloro che lo contestano"²². Per Treves i critici radicali del diritto borghese sono, dunque, troppo propensi ad ipotetiche soluzioni rivoluzionarie del problema della giustizia in Italia e, in conseguenza a ciò, rifiutano ogni valore per così dire pratico-politico alle indagini volte alla riforma del sistema. Pertanto, Treves ribadisce, da un lato, la propria "fiducia nel valore della ricerca scientifica in generale e quindi

19 Cfr. *ibidem*, pp. 86-88.

20 Un primo numero della rivista "Qualegiustizia", Marco Ramat scriveva: "non che i problemi dell'amministrazione in senso stretto della giustizia non ci interessino. Anzi se ne tratterà spesso; ma se ne parlerà sempre sotto l'angolo visuale più ampio e più profondo dei contenuti della giustizia. In altre parole non ci ha mai interessato né ci interesserà mai il problema della efficienza in sé e per sé della macchina giudiziaria. Sappiamo infatti che l'efficienza della giustizia è, nella migliore delle ipotesi, un valore solo strumentale; quindi un valore neutro; ma spesso diventa di segno negativo se lo strumento è destinato a far funzionare meglio ciò che non dovrebbe affatto funzionare", *Un solo padrone*, cit., p. 5.

21 R. Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana*, cit., p. 97.

22 *Ibidem*, pp. 97-98.

anche nel valore di indagini sociologico-giuridiche [...]; dall'altro lato, la diffidenza per i movimenti che rifiutano questa fiducia, che è fiducia nella ragione, e che predicano e praticano la violenza dando esempi concreti di attivismo e di intolleranza”²³.

Treves evidenzia già all'inizio del suo volume come “malgrado le molte delusioni provate in questi ultimi anni e malgrado il verificarsi di avvenimenti che possono suscitare sentimenti di ribellione verso l'ordine costituito, non posso seguire fino in fondo i movimenti contestatori e voglio credere ancora nel valore della ricerca scientifica e nella possibilità di un rinnovamento, da operarsi nell'ambito dell'ordine stesso a mezzo di profonde riforme razionalmente preparate”²⁴.

23 *Ibidem*, p. 98. Va rilevato che Treves fa proprie le posizioni di Norberto Bobbio in merito alla *violenza*, distinguendo una violenza ideologica, nella quale si intravede “una aspirazione di libertà, oscura ma viva”, ed una violenza brutta, ove tali aspirazioni sono del tutto assenti. Per Treves, il non operare questa distinzione “il più delle volte mira soltanto a qualificare come fascisti e a mettere quindi in cattiva luce alcuni determinati movimenti dell'estrema sinistra e della contestazione”, operazione che sarebbe, per l'autore, mistificatoria. Sull'argomento cfr. N. Bobbio, *Quale giustizia o quale politica?*, in “Il Ponte”, cit., pp. 1440-1441, ove leggiamo: “la magistratura italiana si è accorta che le istituzioni sono in pericolo quando sono sorti i movimenti extraparlamentari. Si è accorta della violenza quando a predicare la violenza – a predicare, si badi, non a praticare – sono stati i giovani della sinistra rivoluzionaria: tanto severa con la violenza ideologica degli uni quanto indulgente con la violenza brutta degli altri”. Di posizione diametralmente opposta è Guido Fassò nel suo contributo *Tra positivismo e nazismo giuridico* apparso sulle pagine de “Il Mulino”, XX (1971); cfr. lo scritto di Fassò a p. 796.

A proposito delle diverse valutazioni politico-giuridiche offerte alla questione della violenza, sulle pagine di “Qualegiustizia” possiamo leggere: “nessun Procuratore generale pur avendo qualcuno asserito di essere sensibile e aperto alla comprensione dei fermenti democratici ha parlato delle violenze proprie del nostro sistema: della violenza dei tempi di lavoro, della violenza del cottimo, della violenza del lavoro alla catena di montaggio, del lavoro a domicilio, dello sfruttamento dell'apprendista, delle diuturne prevaricazioni del datore di lavoro solo perché è economicamente più forte, delle morti per incidenti sul lavoro. Questi aspetti della violenza, molto più gravi del picchettaggio e delle occupazioni di fabbrica che tanto allarmano i Procuratori generali, non sono stati posti in luce da nessuno di essi. Perché la scelta è chiara. E non è in favore della classe lavoratrice”, M. Coiro, *La giornata della giustizia*, in “Qualegiustizia”, II (1971), n. 7, p. 124.

Per una indagine sulle implicazioni giuridiche delle ideologie rivoluzionarie sviluppatesi fra gli anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo vedi lo studio di A. Berardi, *Diritto e terrore. Alle radici teoriche della «finalità di terrorismo»*, Padova, 2008.

24 R. Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana*, cit., p. 17. La citazione in questione viene ripresa dall'autore a p. 98 al fine di ribadire la sua estraneità a certe teorie

Pur differenziandosi notevolmente dai fautori dell'*uso alternativo del diritto*, Treves riconosce, parimenti ad essi, che “è evidente che nella situazione presente il giudice partecipa dei problemi del suo tempo, per far vivere la legge nel modo più conforme alle esigenze della collettività, può, o meglio deve far richiamo alle teorie dell'interpretazione evolutiva, del diritto libero e via dicendo, ma ciò non significa che le teorie indicate servano unicamente a questi scopi”²⁵. Qui per l'autore la prospettiva antiformalistica è funzionale ad una prospettiva di riforma della società attratta da quegli ideali liberal-socialisti a cui Treves inequivocabilmente si ispira²⁶.

3 – UBERTO SCARPELLI: “IL GIURISTA DEVE ESSERE LEALE E FEDELE VERSO IL DIRITTO STABILITO”

La posizione di Renato Treves non è condivisa unanimemente nel panorama giuridico della cosiddetta sinistra riformista. Tentando di procedere con ordine, osserviamo anzitutto come un giurista chiaramente schierato a favore di una democrazia liberale e fautore della prospettiva del neopositivismo²⁷, risponda alle *provocazioni* sorte dalla giurisprudenza

politico-giuridiche. Treves propugna un conflittualismo pluralistico riconducibile a Dahrendorf e Touraine, “i quali, con una visione concreta e profonda delle più recenti trasformazioni della moderna società postindustriale, riprendono e sviluppano motivi e concetti che potevano forse già intravedersi in alcune correnti eterodosse del socialismo italiano [il riferimento è a Carlo Rosselli]”, *ibidem*, p. 100.

²⁵ *Ibidem*, p. 106.

²⁶ Nella *Introduzione* alla seconda edizione della *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Roma-Bari, 1988, Treves così riassume la sua scelta di campo: “la scelta che ho fatto e che può essere spiegata in base ai precedenti storici della sociologia del diritto, o semplicemente «percorrendo» la mia vita passata [...] , si sintetizza nel richiamo ai valori del liberalismo e del socialismo” così a p. LIII della edizione del 1996 con *Prefazione* di M. G. Losano.

²⁷ Nelle *Conclusioni* di una delle sue opere principali, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, lavoro che rappresenta, come C. Faralli ha evidenziato nella sua *Appendice* a G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2001, p. 161, “la sintesi di quindici anni di alleanza fra positivismo giuridico e filosofia analitica”, Uberto Scarpelli scrive: “il problema liberale ha trovato nei tempi moderni una soluzione nello stato moderno, con i suoi sviluppi liberali e democratici. Stato di diritto, in cui è sovrana la legge; stato liberale e costituzionale, che ammette ed anzi eleva a suo principio e garantisce nella suprema legge costituzionale la libertà e il confronto di scelte; stato democratico, che attraverso i procedimenti democratici dà via via prevalenza, facendone contenuto di legge, alle scelte più largamente accettate

alternativa, la quale, nell'affermare la centralità della scelta politica nel momento del giudizio, avoca al giudice ruoli, quanto meno, di supplenza legislativa se non addirittura di sovrapposizione di ambiti di competenza, con gravi ripercussioni nel campo politico-costituzionale²⁸.

Uberto ScarPELLI, discutendo nel 1967 su *l'educazione del giurista*²⁹, così ebbe a riassumere il suo pensiero in merito al rapporto fra il mondo del diritto e le istanze politiche presenti in una dato contesto sociale: “nel momento dello studio e dell'applicazione del diritto stabilito il giurista deve essere fedele e leale verso il diritto stabilito, oppure la funzione razionalizzatrice del diritto si dissolve in una varietà di inclinazioni e valutazioni non correlate o, peggio, cede al condizionamento ideologico cui il giurista sia sottoposto. Vanno dunque combattuti i movimenti che, sotto una od un'altra vernice filosofica, tendono a negare come momento autonomo dell'esperienza giuridica il momento dello studio e dell'applicazione del diritto stabilito, suggerendo al giurista di sovrapporre al diritto stabilito le proprie preferenze etiche e politiche”. Coerentemente con questo assunto, “il giurista che studia ed applica il diritto stabilito deve avere rispetto per i significati e per la logica del linguaggio in cui le norme del diritto sono espresse, e fin dove significati e logica sono univoci star fermo ad essi [...]. Dove poi significati e logica rimangano incerti, o dove il sistema del diritto ammetta integrazioni che comportino scelte, la certezza del diritto potrà ancora in buona misura realizzarsi, non certo fingendo la determinatezza semantica e logica che

nella società. Questo stato è laico, ossia non è definitivamente vincolato alle scelte di una chiesa o di un partito con i caratteri di una chiesa, ma con la sua struttura di garanzie liberali e procedimenti democratici custodisce una ricchezza di scelte diverse, ne rende possibile la varietà e la convivenza nelle forme di una lotta per la persuasione, è aperto al cambiamento delle scelte. Abbiamo tratteggiato, ancora una volta, un modello ideale [...]. Il valore del modello trascende però l'incompiutezza delle sue attuazioni: la struttura dello stato moderno liberale e democratico consente le correzioni dall'interno e costituisce l'unica alternativa seriamente immaginabile al congelamento della società in una scelta assolutizzata”, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 152. Dello stesso autore cfr., per i temi qui trattati, anche il volume *L'etica senza verità*, Bologna, 1982.

28 Su tali temi è intervenuto, fra gli altri Salvatore Satta, *Il giudice e la legge*, in “Justitia” (1971) e, più di recente F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit..

29 *L'educazione del giurista*, in “Rivista di diritto processuale”, XXIII (1968), n. 1.

non c'è, bensì attraverso lo sforzo del giurista di restare fedele ai valori ispiratori del sistema, agli scopi perseguiti dal sistema”³⁰.

Tali enunciati di principio ritroveranno specificazione alcuni anni dopo riguardo proprio allo sviluppo, nella società italiana, del fenomeno della cosiddetta giurisprudenza alternativa, di cui abbiamo dato succintamente conto nel capitolo precedente.

Commentando i temi ed i lavori del XIV Congresso della Associazione nazionale magistrati, tenutosi a Trieste nel settembre del 1970³¹, Scarpelli offre una netta e polemica catalogazione delle posizioni lì emerse. Da un lato egli riscontra la presenza di *magistrati formalisti*, il cui punto di riferimento è la democrazia liberale, dall'altro il palesarsi di *magistrati formalisti-sostanzialisti*, i cui ideali portano verso una democrazia sociale o socialista (“ma erede della tradizione liberale”), ed infine il dibattito congressuale evidenzia una presenza di *magistrati sostanzialisti*, con forte tendenze verso forme di democrazia totalitaria³². Non ci soffermeremo sulle prime due specie del genere *magistrato*, per concentrarci sulla terza: il *magistrato sostanzialista*, cercando di comprendere le ragioni di Scarpelli, nel momento in cui lo accusa di una propensione (forse inconscia) al totalitarismo.

Egli anzitutto rammenta al suo lettore, “che la democrazia liberale e la democrazia sociale, o socialista, ma erede della tradizione liberale, si distinguono dalla democrazia totalitaria grazie all'impegno di specifiche tecniche per l'accertamento degli orientamenti politici dei cittadini e per la formazione delle leggi esprimenti la volontà generale, mentre gli organi dello stato, compresi gli organi giudiziari [...] sono legati alla volontà generale espressa nella legge [...]; la democrazia totalitaria, al contrario, rinuncia a quelle tecniche e si affida a un rapporto diretto fra il portatore

30 *Ibidem*, pp. 13-15.

31 U. Scarpelli, *I magistrati e le tre democrazie*, in “Rivista di diritto processuale”, XXV (1970), n. 4.

32 Cfr. *ibidem*, p. 646-647. Nel richiamare il termine totalitario l'autore si riferisce esplicitamente a J. Talmon, *Le origini della democrazia totalitaria*, trad. it. Bologna, 1967. Non appare di secondaria importanza rilevare come Luigi Ferrajoli, uno dei destinatari degli strali lanciati da Scarpelli, a quasi vent'anni dall'uscita della nota qui richiamata, nel suo *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, apparso nel 1989 per i tipi di Laterza, riprenda di fatto la distinzione di Scarpelli, relegando le prospettive sostanzialistiche, alle quali stante l'analisi di Scarpelli egli apparteneva, fra l'esecrabile modello autoritario di diritto penale, cfr. p. 13 e segg.

del potere ed il popolo”³³. Il riferimento è ad una prassi interpretativa derivante, a detta di Scarpelli, da una quanto meno inopportuna lettura degli articoli 101 e 3 del dettato costituzionale, da parte dei *sostanzialisti* al fine di legittimare il loro operato, appare evidente.

Di converso, per il nostro autore, “la specifica etica del giudice è [...] ancora una volta indicata nell’attuazione imparziale della non imparziale scelta politica del legislatore”³⁴; ciò sta a significare che, se per un verso, “un’interpretazione giuridica è un processo essenzialmente politico, inerente all’organizzazione politica della società dipendente nei suoi modi da una scelta politica”, per altro la scelta dell’interprete può indirizzarsi verso due direzioni opposte. Da un lato egli può optare per la “scelta di uno stile interpretativo che ammetta o richieda un manifestarsi immediato dei valori politici personali dell’interprete”, e questa pare la prospettiva dei *sostanzialisti*, dall’altro, si può scegliere “uno stile interpretativo che comporti la soggezione dell’interprete alla sintassi ed alla semantica del linguaggio in cui sono espresse le norme”, qui si collocano i *formalisti*, oppure, ed è il caso dei *formalisti-sostanzialisti*, uno stile che “quando invece la sintassi e la semantica del linguaggio delle norme non risultino determinate comportamenti, nelle operazioni di determinazione, uno sforzo di attuare, fin dove siano riconoscibili, i valori politici ispiratori dell’ordinamento”³⁵.

Con la terza opzione “diventa possibile proporre come progressiva la scelta di una società che programmi il suo sviluppo ed il superamento delle diseguaglianze sociali, garantendo insieme, attraverso la legge, l’attuazione dei programmi, la partecipazione democratica dei cittadini e le loro libertà individuali, ed *esigendo dai suoi funzionari lealtà verso la sua legge*”³⁶.

La lealtà verso la legge, lungi dal palesarsi quale acritico ossequio all’operato del legislatore, acquista rilevanza al fine di preservare i valori cardine dello stato di diritto: l’eguaglianza innanzi alla legge e la certezza del diritto. Scarpelli ribadisce con forza come in uno stato di diritto è il potere legislativo, emanazione del popolo e dal popolo controllato, sia pur indirettamente per mezzo delle tornate elettorali, ad effettuare scelte di natura politica, non già organi privi di rappresentanza popolare. In tal senso

33 U. Scarpelli, *I magistrati e le tre democrazie*, cit., p. 653.

34 *Ibidem*, p. 647.

35 *Ibidem*, p. 654.

36 *Ibidem*, p. 655 (il corsivo è mio).

egli afferma: “alle decisioni politiche prese dall’organo di rappresentanza politica, il parlamento, tutti concorriamo, sia pure in maniera minima, indiretta ed esposta ad ogni sorta di pressioni e compressioni; il giudice che si svincola dalla legge è invece per me, cittadino, il portatore di un potere autocratico, al quale resto estraneo, un piccolo despota, benché certo nel caso del giudice progressista, un despota illuminato”³⁷.

³⁷ *Ibidem*, p. 658. Alle forti censure di Scarpelli si accompagnano le perplessità espresse da Antonio Pavone La Rosa nel suo intervento al convegno catenese; egli, ripercorrendo la forma dello stato di diritto, ed in particolare la struttura della divisione dei poteri, rileva come “nessuna di tali garanzie assiste nel vigente ordinamento l’opera del giudice. In che modo sarà dunque possibile assicurare il corretto uso del potere giudiziario? Dato che il giudice assolve o può assolvere entro dati limiti a una funzione «creativa» di diritto, che egli è chiamato a svolgere un ruolo per taluni aspetti non dissimile da quello ricoperto da organi investiti di funzioni politiche in senso stretto, quali garanzie sarà possibile introdurre per impedire che la scelta del giudice si risolva in una scelta arbitraria, per impedire che l’esercizio della funzione giudiziaria divenga strumento, sulla pelle dei contendenti, per l’attuazione dell’ideologia politica del singolo giudice, per impedire che casi uguali siano decisi in modo diseguale, sacrificando così quel valore della «certezza del diritto» (intesa non tanto come necessità di una uniformità giurisprudenziale nel tempo, bensì come esigenza di uguaglianza in ordine alle applicazioni giurisprudenziali del diritto) che a mio vedere – e nella misura, s’intende, in cui un valore di questo tipo è concretamente realizzabile – rappresenta pur sempre un caposaldo dell’organizzazione di una società moderna?”, *Dubbi e perplessità sulla ipotesi di una «funzione supplente» della magistratura*, in *L’uso alternativo del diritto. Ortodossia giuridica e pratica politica*, cit., pp. 66-67.

Va rilevato come Sergio Cotta dissente fortemente da questa impostazione, egli, infatti, in autorevole sede sottolinea come “i classici tre poteri perdono il loro originario carattere paritario e vengono a disporsi in una scala gerarchica alla somma della quale sta il potere legislativo, unico sovrano nella sostanza perché il solo a derivare direttamente dal popolo (tale mutamento della dottrina della separazione dei poteri appare evidente dal paragone tra la formulazione di Montesquieu e quella di Rousseau). A ciò si aggiunge la ricordata unificazione delle fonti giuridiche (che non si verifica nel mondo anglosassone); si comprende quindi che il giurista-giudice vede il suo «potere» ristretto a dichiarare la volontà legislativa del Potere (*dicere legem*) e il giurista-studioso a illustrarla entro i limiti del dogma normativo [...]. In questa situazione, il giurista si riduce, *deve* ridursi, a puro tecnico, il discorso generale sulla società gli è precluso, poiché egli non è un rappresentante del popolo ma unicamente di un *sapere* particolare. Egli è portatore di *conoscenza* non di *volontà*, e solo chi esprime la volontà del popolo è autorizzato a fare il discorso generale (non meramente tecnico) da cui scaturiscono le decisioni imperative e le strutture normative della società”, così ne *Il giurista di fronte al potere*, relazione presentata al VII Convegno nazionale di Filosofia del diritto e pubblicata nella “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XLIII (1966), n. 1, le citazioni sono a pp. 34-35. Tali concetti verranno ripresi a Cotta nel volume *La sfida tecnologia*, Bologna, 1968.

4 – UNA CREPA NELLA SCUOLA DI TORINO?

La chiara posizione espressa da Scarpelli a favore della fedeltà e lealtà verso la legge, che caratterizzerebbe l'attività del giudice in una società democratica ispirata dai valori del liberalismo, e che, se venisse infranta, per tramite di prassi suppletive al potere legislativo da parte della magistratura, paleserebbe la deriva dell'autoritarismo, non trova così lineare ed esplicita adesione come ci si poteva aspettare nel mondo del positivismo giuridico.

In proposito ci permettiamo di segnalare due scritti promananti dalla Scuola torinese di Norberto Bobbio a firma di Giorgio Lazzaro apparsi, rispettivamente nel 1968 e nel 1971 sulle pagine della “Rivista internazionale di filosofia del diritto” e su quelle della “Rivista di diritto processuale”.

Nel primo³⁸, Lazzaro, nel dare conto alla comunità degli studiosi, di una indagine sulla argomentazione giuridica, condotta, sotto la direzione di Bobbio, da Amedeo G. Conte, Giacomo Gavazzi, Nello Morra, oltre che dallo stesso Lazzaro, sulle motivazioni delle sentenze della Cassazione civile italiana dal 1948 al 1966, indica come “lo spunto, da cui questa ricerca prende le mosse, fu la constatazione che la teoria dell'*interpretazione giuridica* ha smesso sempre più di far riferimento agli schemi della logica classica (su cui si era un tempo sviluppata) e viene risolvendosi in una teoria dell'*argomentazione*”³⁹.

Già di per sé questa constatazione pone in discussione l'intera ingegneria teorica posta in essere dal positivismo giuridico in merito alla attività interpretativa ed applicativa del diritto, ma diviene ancora più inquietante, sempre avuto riguardo all'idea guida di interpretazione meccanicistica della legge, in un quadro in cui, come ebbe a rammentare Scarpelli, l'ideale del giudice “*bouche qui prononce les paroles de la loi*” fonda la divisione dei poteri⁴⁰.

È pur vero che per Scarpelli la fedeltà e la lealtà al diritto stabilito non deve sfociare nel “vizio intellettuale del formalismo [... che ...] tende a fermarsi ai significati da vocabolario ed alla sintassi logica dell'universo

38 *Un'indagine sul ragionar del giudice*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XLV (1968), n. 4.

39 *Ibidem*, p. 642.

40 Scarpelli nel suo citato saggio su *L'educazione del giurista* richiama esplicitamente *De l'esprit des lois* di Montesquieu

dei segni in cui opera, senza preoccuparsi e senza preoccuparsi abbastanza delle funzioni che quelle proposizioni assolvono e di cogliere significati e logica alla luce delle funzioni”, d’altro canto, ed a maggior ragione, per l’insigne studioso, si deve fuggire alla tentazione di “integrare il sistema delle proposizioni maschera[ndo] le valutazioni e gli scopi che guidano le integrazioni sotto un’apparenza di pure trasformazioni logiche”⁴¹; bisogna “star fermi” ai significati ed alla logica del linguaggio giuridico, si può integrarlo (è questo il caso della indeterminatezza semantica e logica) solo a patto “di restare fedeli ai valori ispiratori del sistema, agli scopi perseguiti dal sistema”⁴². In questo quadro, sempre delimitato dai, sia pur in crisi⁴³, caratteri del positivismo giuridico, l’attività interpretativa è, nel suo porsi fisiologico, espressione di ossequio nei confronti del legislatore e dei valori da questo espressi e veicolati nell’ordinamento giuridico; nello sforzo di adeguamento a questo materiale si sostanzia la certezza del diritto. Solo a fronte di patologie del linguaggio legislativo, “dove infine né significati e logica, né valori e scopi bastino alla certezza, e le scelte diventino in alto grado soggettive, ebbene, che almeno tale loro carattere non sia nascosto da alchimie logiche e le motivazioni siano sincere ed il contrasto fra diverse tendenze sia un contrasto scoperto, in maniera da rendere riconoscibili i fattori dell’incertezza e possibili gli opportuni interventi riparatori”⁴⁴.

41 *L’educazione del giurista*, cit., p. 14.

42 *Ibidem*, p. 15. In proposito viene rilevato da Guido Fassò, *Tra positivismo e nazismo giuridico*, cit., come egli criticò “vivacemente Scarpelli quanto, in *Cos’è il positivismo giuridico*, sosteneva che l’interpretazione rigorosissimamente logico-formale della legge era una garanzia di democraticità e di libertà; ma oggi consento pienamente con lui quando, resosi conto che le condizioni storiche attuali non consentono più il giurista formalista «neutrale conoscitore e neutrale calcolatore», limita il suo giuspositivismo alla preoccupazione, che ho detto essere anche la mia, che «l’ideologo finisca col soffocare il giurista» rendendolo «incapace di attuare la funzione razionalizzatrice del diritto»: diritto che egli intende, giustissimamente, come razionalizzazione sociale”, p. 796 (i passi di Scarpelli sono tratti da *L’educazione del giurista*)

43 Anche nel breve saggio qui sopra richiamato, Scarpelli riesce con maestria a dar conto dei punti di debolezza delle teorie del positivismo giuridico, ravvisando come “le critiche più penetranti al positivismo giuridico sono maturate spesso all’interno di un processo evolutivo del medesimo positivismo giuridico”, p. 9.

44 *Ibidem*, p. 15. Ci permettiamo di rilevare che l’atteggiamento *franco*, sopra auspicato da Scarpelli, pare essere riscontrabile in quei magistrati che nel convegno triestino del 1970 si schierarono chiaramente a favore di un uso alternativo del diritto, senza addurre impossibili alchimie logiche palesarono le loro motivazioni a favore di

Gli argini posti da Scarpelli a tutela della certezza del diritto paiono rovesciarsi irreversibilmente a fronte, non tanto degli esiti della indagine torinese, quanto in considerazione della premesse da cui la stessa prende le mosse. Per Lazzaro, infatti, “parlando di «teoria dell’interpretazione giuridica come argomentazione», si è inteso interpretazione in senso lato, come equivalente di «*interpretatio*», ossia comprensiva dei procedimenti di integrazione e non soltanto di esplicazione, in senso stretto, del dettato legislativo [...]. Oltre a ciò, proprio ai fini di accertare non già *se* il giudice espliciti attività creativa – che può dirsi ormai pacifico – ma *come* il giudice svolga questa attività di precisazione e di integrazione insieme del dettato legislativo, appare utile isolare il momento o fase dell’interpretazione”⁴⁵.

Due sono gli elementi che attirano l’attenzione: per un verso, l’utilizzo del termine *interpretatio* mutuato dalla tradizione giuridica precodicistica ed il suo accostamento alla attività della Cassazione civile italiana nel primo ventennio di vita repubblicana; per altro, il riconoscere, quale conseguenza dell’*interpretatio*, l’attività creativa di diritto da parte del giudice.

una interpretazione consona ai ceti subalterni, magistrati che si ponevano però in contrasto con gli ideali liberal-democratici.

45 G. Lazzaro, *Un’indagine sul ragionar del giudice*, cit., p. 645. Va rilevato che il richiamo alla *interpretatio* apre un orizzonte totalmente altro da quello in cui si situa la moderna rappresentazione dei fatti giuridici così come si è venuta costituendosi storicamente dalla promulgazione del *Code* del 1804, ma teoreticamente dalle riflessioni di Marsilio da Padova. Rimandando al testo di Paolo Grossi *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, per un primo approccio alle implicazioni giuridiche del sostantivo *interpretatio*, ci limitiamo a proporre, al fine di evidenziare una vicinanza di intenti se non di esiti, dell’uso della interpretazione giuridica in chiave di *interpretatio* un passo del già citato saggio di Tomeo su *Il ruolo del giudice e la sua crisi*. Per l’autore, i tratti caratteristici del giudice *riequilibratore*, ovvero del giudice che interpreta i conflitti privilegiando, anche tralasciando la lettera della legge, le posizioni subalterne, “non sono poi del tutto nuovi, quando si pensi al ruolo delineato per il giudice nelle dottrine del realismo giuridico e a quell’elemento non-razionale, definito da Max Weber con bella immagine giustizia del cadì, che è inevitabilmente connesso ad ogni manifestazione, anche la più perfettamente organizzata, di amministrazione giudiziaria. Giustizia di cadì significa in sostanza giudizio di equità o giudizio in cui il ricorso a principi preesistenti è limitato ai contorni indispensabili, cioè alle tecniche procedurali. Non è facile affermare con Weber che in questo genere di giustizia l’elemento non-razionale sia in ogni caso prevalente; ciò che prevale è la valutazione dello scopo piuttosto che la prua e semplice rispondenza del fatto ad un principio di diritto preesistente. Ma bisogna intendersi: c’è una razionalità dello scopo che non ha sempre gli stessi caratteri della razionalità dei principi”, pp. 632-633.

Appare fuori discussione che i protocolli da cui parte tale indagine non ci conducano verso l'alveo della giurisprudenza alternativa, di cui sopra, ma è altrettanto certo che gli stessi inducono a depotenziare non poco la prospettiva della fedeltà e lealtà alla legge, di cui il neopositivista Scarpelli è, negli stessi anni, acceso campione⁴⁶.

Esaminiamo gli esiti di questa indagine, così come lo stesso Lazzaro li presenta nel 1971⁴⁷. Per intanto l'autore, al primo capoverso del qui richiamato contributo, rileva che "sono ancora diffuse nel nostro ambiente culturale singolari opinioni circa il compito del giudice"⁴⁸.

Queste *singolari opinioni* sono presto dette: anzitutto "il giudice non deve far politica, ma limitarsi ad applicare le disposizioni di legge [...] in base al principio della separazione dei poteri"; a questa si somma la credenza che "il giudice non deve lasciarsi influenzare da premesse di valore ed orientamenti soggettivi [...] una giurisprudenza oscillante ed incoerente [...] inficia il bene supremo della certezza del diritto e lede il principio di parità dei cittadini davanti alla legge"; di seguito vige l'opinione per la quale si deve "rispettare il testo delle disposizioni di legge, il cui significato è sufficientemente univoco, se visto nella tradizione storica degli istituti giuridici e nella logica del sistema"; ed infine "il giudice [...] non è libero di attribuire alle disposizioni di legge il significato che meglio crede, ma è vincolato dall'art. 12 delle disposizioni preliminari"⁴⁹.

46 Scrive Tarello nel suo saggio su *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, cit., p. 81, "in sede di meta giurisprudenza precettiva o propagandistica si svolge una discussione sulla opportunità (politica) di accreditare presso i giuristi, e in particolare presso i giudici, l'atteggiamento consistente nel respingere le proprie valutazioni e scelte personali a favore di quelle (che si assumono essere) proprie del legislatore"; in nota l'autore specifica: "è chiaro che chi stava a favore dell'opportunità di accreditare il detto atteggiamento presentava una versione rinnovata e più aggiornata della vecchia ideologia della fedeltà alla legge. Ed è sintomatico che il più deciso esempio di questo atteggiamento lo si trova nell'opera di un insigne studioso, Uberto Scarpelli che ha alle spalle una lunga esperienza nella magistratura".

47 G. Lazzaro, *La funzione dei giudici*, in "Rivista di diritto processuale", XXVI (1971), n. 1.

48 *Ibidem*, p. 1.

49 *Ibidem*. In uno scritto di poco precedente a quello qui richiamato, Lazzaro sottolinea come è un palese limite di certe tendenze della magistratura, in particolare quelle rappresentate dalla Unione dei Magistrati Italiani, "credere – almeno così sembra – che l'*interpretatio* del giudice si risolva nell'esplicare formule legislative *qualche volta* un

Pur senza riferirsi al contingente dibattito in seno alla magistratura, di cui invece dà conto lo Scarpelli qui richiamato, Lazzaro ritiene, non solo, che opinioni di tal genere siano vivamente contrastate in ambito giuridico, ma anche, e questa affermazione apre alla constatazione più interessante della riflessione preliminare dello studioso allievo di Bobbio, “può stupire che ancora vengano sostenute con calore o anche solo tacitamente condivise, dal momento che, ad un’attenta analisi, appaiono dovute a sottili e radicati pregiudizi, a tenaci abiti mentali e a misconoscimenti di realtà di fatto”⁵⁰.

Sicché, alla luce delle analisi condotte dal gruppo di lavoro torinese, alcuni dei postulati cardine della teoria del positivismo giuridico, quei postulati a cui espressamente si richiama Scarpelli nel radicalmente criticare i magistrati *sostanzialisti*, apparirebbero, anziché i pilastri dello stato di diritto, pregiudizi ed abiti mentali smentiti dalla realtà di fatto. È evidente che il giudizio di Lazzaro è di natura descrittiva e non prescrittiva, ma è altrettanto chiaro che la sua portata investe prepotentemente la dogmatica giuridica così come la stessa venne a costituirsi sulle orme di un positivismo giuridico *legocentrico*, che ritrovava la propria ragione in uno stato di diritto proteso a garantire quale bene supremo, assieme all’eguaglianza dei cittadini, la certezza del diritto⁵¹.

po’ oscure. In realtà il giudice deve trovare la *massima di decisione* per una controversia concreta; e spesso ciò avviene non per *esplicazione*, ma per *integrazione*, del precetto legislativo. E allora appare con maggiore evidenza il carattere eminentemente retorico dell’argomentazione giudiziale”, *Il giudice, oggi*, cit., p. 203.

50 G. Lazzaro, *La funzione dei giudici*, cit., p. 1. Va rilevato come lo stesso Bobbio in uno scritto apparso nel 1968 constataste come la “metagiurisprudenza descrittiva, una volta liberata la giurisprudenza dai modelli impropri imposti ad essa dalle varie scuole di metagiurisprudenza prescrittiva, va scoprendo che la giurisprudenza, ad onta dei modelli, ha sempre svolto, ora più ora meno, una funzione primaria o secondaria, di fonte del diritto”, *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XLV (1968), n. 3, p. 478.

51 In riguardo, ci permettiamo di segnalare una osservazione proposta, anche sulla scorta delle analisi di Riccardo Guastini, cfr. *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milano, 1993, da Giuseppe Zaccaria. Per l’autore da ultimo richiamato, “oggi [...] vi è nella teoria giuridica larga convergenza nell’affermare che il sostegno e il vincolo della legge non sono molto fermi, anche se da un punto di vista etico-politico è opportuno che essi rimangano come principio-cardine degli Stati liberaldemocratici, e che il reale pericolo per il valore politico della certezza del diritto non è perciò costituito dal riconoscimento di una situazione necessariamente incerta, ma dall’autoinganno circa il grado di sicurezza del giudicare giuridico”, così in F. Viola-G. Zaccaria,

Le *singolari opinioni* di cui sopra possono testimoniare solo la presenza nel ceto dei giuristi di una *ideologia*, che però non corrisponde affatto alla pratica dei giudici. Per l'autore, l'analisi di vent'anni di sentenze della Cassazione civile, induce a ritenere che "la funzione [assunta dai giudici] di creatori del diritto è testimoniata, anzitutto, da macroscopiche *integrazioni* dei precetti legislativi" avvenuta in ambito giurisprudenziale. La creazione di diritto, da parte dei giudici, può avvenire sia attraverso l'integrazione di un testo, oppure, in modo meno palese, sia asserendo "senza particolari dimostrazioni, l'esistenza di un *principio generale* nell'ordinamento. In questo modo riescono a regolare un determinato caso addotto in giudizio, pur in assenza di qualsiasi previsione espressa dalla legge"⁵².

5 – SULLA DIVISIONE DEI POTERI

Ciò che in definitiva emerge dall'analisi empirica effettuata, sotto la direzione di Norberto Bobbio, da Conte, Gavazzi, Morra e dall'autore del saggio qui richiamato, è "che il giudice è necessariamente chiamato, per il carattere lacunoso ed equivoco della moderna legislazione, ad un'opera di specificazione dei precetti legislativi: ossia è necessariamente chiamato a *collaborare* con il potere legislativo nella formazione

Diritto e interpretazione, cit., p. 157. Per Riccardo Gastini, "la teoria [formalista] dell'interpretazione è strettamente connessa con la dottrina della separazione dei poteri, con il principio di soggezione del giudice alla legge (principio di legalità nella giurisdizione), e con il «mito» della certezza del diritto. Questa teoria, diffusa nella dogmatica gius-positivistica del secolo XIX, è oggi largamente screditata presso qualunque giurista avvertito. Nondimeno, essa è tuttora pervasiva nel pensiero giuridico comune e nello stile argomentativo (motivatorio) delle corti", così a p. 336 della sopra richiamata opera.

52 G. Lazzaro, *La funzione dei giudici*, cit., p. 3. Per l'autore tale ricorso ("l'appello ad un *principio generale*, cui sussumere, in mancanza di previsione espressa, la fattispecie concreta addotta in giudizio") è tipico dall'argomentazione giudiziale; per Lazzaro "di solito il preteso principio generale è *indotto* da almeno due disposizioni di specie, che del principio appaiano estrinsecazioni particolari; ma se il giudice intende applicare il principio opposto (o contrario o diverso) allora afferma che quest'ultimo è *principio generale* dell'ordinamento, perché quelle medesime disposizioni di specie, che lo contraddicono, sono eccezioni e se tali non fossero sarebbero pleonastiche. Tutto dipende, insomma, dalla *adesione* o dalla *avversione* che il giudice mostra verso un principio normativo: il che dipende ovviamente dal suo particolare sistema di valori", *Il giudice, oggi*, cit., p. 203.

dell'*indirizzo politico* dello Stato per quanto l'*indirizzo politico* si traduce in regolamentazione concreta dei rapporti sociali”⁵³.

Va sottolineato, al fine di non confondere questa analisi descrittiva della realtà giurisprudenziale italiana dell'immediato dopoguerra con le perorazioni proprie alla *giurisprudenza alternativa*, che Lazzaro sottolinea il carattere *collaborativo* della supplenza legislativa che la magistratura inevitabilmente è costretta ad assumersi a fronte di mastodontiche imperfezioni riscontrabili nel prodotto della attività legislativa; fra l'altro, rileva Lazzaro, a volte è proprio il potere legislativo a spingere quello giudiziario sulla via, se non della creazione, certamente su quella della integrazione del disposto legislativo, quando il legislatore utilizza concetti *valvola* (altresì detti concetti giuridicamente indeterminati), quali quelli di *buona fede*, *danno ingiusto*, *buon costume* e così via. Per il tramite della sua attività suppletiva il giudice integra l'attività del legislatore e concorre con esso alla formazione dell'*indirizzo politico*⁵⁴. Di converso, i magistrati *sostanzialisti*, presenti all'incontro triestino dell'Associazione nazionale dei magistrati, rivendicavano un ruolo riequilibrativo spostando il piatto della bilancia posta nelle mani della Giustizia a favore dei soggetti subalterni forzando in tutti i modi il dettato legislativo, giungendo a giudicare formalmente *contra legem* anche attraverso il ricorso al comma secondo dell'articolo 3 del dettato costituzionale. Quest'ultima prospettiva è chiaramente prescrittiva, la supplenza legislativa deve trasformarsi in una concorrenza legislativa al servizio dei ceti subalterni e condotta secondo le regole della marxista lotta di classe. Nulla di più lontano dalle intenzioni, meramente descrittive di una realtà di fatto, operata da Lazzaro nel contributo qui richiamato.

53 *La funzione dei giudici*, cit., p. 6.

54 In uno scritto già richiamato ed apparso sulle colonne di “Qualegiustizia”, Lazzaro si interroga se “non è meglio concepire, realisticamente, la decisione del giudice come soluzione di un conflitto? Come decisione di un conflitto che è necessariamente presa *dopo* che il conflitto è sorto ed è stato portato davanti al giudice? E non è meglio che questa decisione appaghi aspettative sociali piuttosto che essere prevedibile, a scapito magari della giustizia? Si può rispondere che la certezza del diritto, intesa concretamente come possibilità del cittadino di prevedere le decisioni dei giudici, resta un valore anche negli stati moderni in trasformazione. Ma non è un valore primario rispetto a quello della *giustizia* o se si vuole, più prosaicamente, dell'*opportunità politica* delle pronunce giudiziali. E non è un valore primario anzitutto perché è, in buona parte, un mito: ossia perché non sembra compiutamente realizzabile nei complessi ordinamenti giuridici moderni”, *Il giudice, oggi*, cit., p. 205.

Appare, alla luce delle risultanze dell'indagine qui presentata, quanto meno *singolare* richiamare i magistrati, a fronte del propagarsi della giurisprudenza alternativa, alla fedeltà alla legge, quando proprio la sua stessa possibilità d'esistere viene empiricamente non riconosciuta. Usare allora tale richiamo sembra più un espediente di natura ideologica, che tecnica; si sottende con il valore della fedeltà alla legge, l'adesione al valore dello stato di diritto liberal-borghese, magari nella sua accezione di stato sociale, sicché, sia pure surrettiziamente, nel censurare una palese scelta di parte effettuata ad un gruppo di magistrati⁵⁵, gli si oppone, attraverso il ricorso ad argomentazioni tecniche, una altra scelta di parte, che da quest'ultime viene occultata. È ben vero che, nelle intenzioni manifestate, i magistrati *sostanzialisti* debordano ampiamente gli esiti determinati dagli spazi di creatività che la magistratura italiana aveva assunto nel periodo indagato dal gruppo torinese, ma è altrettanto vero che un atteggiamento di fedeltà alla legge non può riscontrarsi nemmeno nella magistratura indicata da Scarpelli come *formalista*.

A chiusura di questa nota, va osservato come lo stesso Lazzaro nel descrivere l'operato del potere giudiziario ritenga che "se quest'opera di specificazione e di razionalizzazione dei precetti legislativi non è opera di logica, dovrà essere necessariamente scelta valutativa"; l'autore, richiamandosi a Kelsen, appella la scelta fra i possibili significati delle disposizioni di legge come *politica legislativa*, e conclude riconoscendo che "in questo scegliere e specificare non vi è, in molti casi, minore discrezionalità di quanto ve ne sia nell'opera del legislatore, chiamato ad integrare e a specificare i precetti costituzionali"⁵⁶. In tal modo

55 Non appare fuori luogo proporre una riflessione in argomento di Massimo Severo Giannini, il quale, intervenendo nel dibattito su *La funzione del giudice nella società contemporanea*, avvenuto sulle pagine della rivista "Il diritto dell'economia" nel 1971, n. 3 e n. 4, ebbe a sottolineare che "quanto è accaduto nelle assise dei magistrati doveva accadere, ed è utile che sia accaduto, ed è bene che si ripeta ancora: almeno se si vuole ottenere il risultato – che sembra stia a cuore a tutti – di avere nei magistrati uno dei poteri dello Stato, come sta scritto nella Costituzione, e non invece un ceto di burocrati non molto significanti, per non dir nulla, quale oggi ancora è. Né può costituire argomento di preoccupazione il fatto che taluno di essi si sia presentato come un Saint Just. C'è chi preferisce San Francesco, chi Gengis Khan", in "Il diritto dell'economia", XVII (1971), n. 4, p. 466.

56 G. Lazzaro, *La funzione dei giudici*, cit., p. 6. Va altresì riconosciuto come l'autore, in questo in sintonia con le analisi di Vincenzo Tomeo, cfr. *Il ruolo del giudice e la sua crisi*, cit., rilevi ancora che "quando la sentenza non viene più concepita come calcolo di norme e come rigorosa applicazione di un diritto certo e predeterminato, appare

Lazzaro lascia supporre, sulla scorta del pensiero di Bobbio⁵⁷, che si possa ipotizzare una sorta di ripartizione del comparto legislativo, al fine di ricomporre la frattura riscontrata fra visione ideologica del ruolo del giudice ed il svolgersi della sua reale attività, che avviene in netto contrasto con gli astratti principî dell'ideologia del positivismo classico. Per un verso, al potere legislativo *tradizionalmente* inteso è attribuito il compito di specificare le disposizioni costituzionali, per altro, al potere giudiziario, investito da funzioni di supplenza legislativa, è ascripto il ruolo di razionalizzare in sistema i precetti legislativi, ruolo, quindi, integrativo della attività legislativa intesa in senso stretto e, pertanto, creativo di diritto⁵⁸.

Risulta importante in proposito ricordare come Lazzaro sottolinei, in maniera non difforme da quanto effettuato da Scarpelli⁵⁹, che, “appurato così e confermato che il giudice esercita un potere politico in concomitanza con gli organi legislativi ed esecutivi, ha senso la domanda

allora come soluzione di un conflitto sociale: soluzione che necessariamente viene dopo che il conflitto è sorto ed è portato davanti al giudice. E non è tanto importante, in questa prospettiva, che la soluzione sia prevedibile quanto che appaghi aspettative sociali e ponga fine al conflitto. Non si deve, d'altronde, dimenticare che non tutti (e forse non i più importanti) conflitti sociali vengono portati davanti al giudice, ma trovano diversi modi di soluzione”, *La funzione dei giudici*, cit. p. 7.

57 Per Bobbio, il giurista nella maggior parte dei casi, “procede alla soluzione del problema attraverso giudizi di opportunità o di convenienza, cioè attraverso giudizi che, tenendo conto della maggiore o minore conformità del mezzo allo scopo, permettono di scegliere tra più soluzioni possibili quella più conforme allo scopo, ovvero quella che permette di meglio realizzare i valori che presiedono al sistema [...]. Ogni sistema comprende oltre le norme che regolano questo o quell'istituto particolare, norme esplicite o implicite, da cui si possono ricavare i valori ispiratori del sistema. Sono i cosiddetti principi generali di diritto. Ci si rende sempre più conto dell'importanza dei principi generali di diritto nell'opera della giurisprudenza ma non in quanto essi rappresentino, come si crede, la chiusura del sistema, ma in quanto essi, a causa della loro estrema generalità, premettono e quindi legittimano soluzioni opposte e in un certo senso proteggono la scelta discrezionale dell'interprete”, *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, cit., p. 482.

58 A riguardo, lo stesso Bobbio, interrogandosi sul ruolo della giurisprudenza (“la giurisprudenza dunque non è una fonte del diritto nel senso stretto della parola, non ha una funzione imperativa?”), così risponde: “ebbene, ciò non toglie che anch'essa concorra alla formazione di regole che possono entrare a far parte del sistema e quindi che le possa essere attribuita una funzione prescrittiva”, *ibidem*, p. 484.

59 Cfr. *I magistrati e le tre democrazie*, cit., p. 658.

donde tragga la legittimità questo potere”⁶⁰. La risposta che Lazzaro accenna è però totalmente difforme dalla soluzione prospettata da Scarpelli, per il quale, come già più volte sottolineato, occorre rimarcare una netta divisione dei poteri⁶¹. Per l'autore, a fronte a questa nuova funzione assunta dai giudici, che sempre di più si affiancano al potere legislativo, che gode di una diretta legittimità popolare, di cui il potere giurisdizionale non è investito, “l'idea di un giudice *elettivo* (al posto di un giudice designato sostanzialmente dalla categoria a seguito di una sua *vocazione*) non è né assurda né esecrabile”⁶².

Il tentativo di Lazzaro di insinuare, sia pure in *sordina*, una discussione intorno l'idea di un giudice *elettivo* fa supporre che lo stesso ritenga che l'obbligo di motivazione ascripto al giudice dall'ordinamento non sia di per sé sufficiente, avuto riguardo alla realtà esaminata, a controllare la sua attività interpretativa-applicativa, la quale assume sempre più i connotati di attività creativa, al pari di quella posta in essere dal legislatore. D'altro canto, ci viene fatto osservare da più parti⁶³ come, a seguito di una attività legislativa informata da tecniche di produzione di disposizioni (intenzionalmente) ambigue, il fulcro del potere normativo si sposta sempre di più dagli organi legislativi a quelli preposti, nella tradizionale divisione dei poteri, *soltanto* all'interpretazione ed all'applicazione del prodotto del legislatore⁶⁴.

60 G. Lazzaro, *La funzione dei giudici*, cit., p. 6 in nota.

61 Va rilevato, solo per inciso, come Massimo Severo Giannini, negli stessi anni, scrivesse a chiare lettere che “non vi può più essere dubbio circa il fatto che i parlamenti sono solo uno dei produttori di quelle norme che il giudice è chiamato ad applicare [...] il potere legislativo non è che uno dei tanti produttori di normazione”, *La funzione del giudice nella società contemporanea*, cit., pp. 469-470 e, conclude Giannini, qui non è “in campo la separazione dei poteri: è invece in campo quella normativa costituzionale – spesso, anzi quasi sempre non scritta, con la quale al giudice si danno l'una o l'altra potestà [lo *jus dicere* e lo *jus facere*], o più insieme. Dipende da tale normativa avere un giudice che sia anch'esso produttore di norme. Ma se lo è, non con ciò è distrutta o alterata la regola della separazione dei poteri”, p. 471.

62 G. Lazzaro, *La funzione dei giudici*, cit., p. 6 in nota.

63 Cfr. R. Guastini, *Redazione e interpretazione dei documenti legislativi*, in S. Bartole (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, 1988. Sull'argomento cfr. anche il saggio del 1979 di G. Zaccaria, *L'obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto*, cit. pp. 630 e segg.

64 Il problema della *Legislazione. Profili giuridici e politici*, è stato oggetto di riflessione da parte della Società italiana di filosofia giuridica e politica nel corso del suo XVII

Sicché, per riprendere la metafora cara alla scuola dell'esegesi, la *bouche* (ovvero il magistrato) espressione di un legislatore equivoco, o incomprensibile oppure, addirittura, muto, per emettere un suono univoco, perché è l'univocità che si richiede nel giudizio, dovrà ben creare qualcosa da dire al fine di regolamentare la realtà sociale ad essa sottoposta in giudizio⁶⁵. Ebbene, l'idea di un'elettività del giudice, pare voler ricondurre anche l'attività giurisprudenziale nell'alveo dello stato fondato su criteri democratici, togliendo ad un potere giudiziario sempre più proteso verso funzioni produttive di norme quel alone di autoreferenzialità, che lo stesso Scarpelli criticava e che additata a simbolo di autocratismo.

Congresso nazionale; gli atti dello stesso, a cura di Maurizio Basciu (con contributi di A. Villani, A. Giuliani, F. Gentile, G. M. Chiodi, D. Nocilla, F. Modugno, G. Lazzaro, A. Pizzorusso, D. Andreatta, T. Ballarino, G. Ferrari, G. Lumia, L. Punzo, A. Tarantino, F. Todescan, F. Zanuso) sono editi Milano, 1992. Precedentemente la Società italiana di filosofia giuridica e politica, nel suo XVI Congresso nazionale, accanto al tema *Diritto ed economia*, aveva affrontato la questione della *Interpretazione e decisione*; gli atti a cura di Francesco Gentile (con contributi di U. Scarpelli, L. Gianformaggio, 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), sono editi Milano, 1989.

65 Ci permettiamo banalmente di richiamare l'articolo 4 del *Code civil* del 1804, ai sensi del quale, come noto, "le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".

Emblematico, per altro verso, il caso italiano del diritto sindacale, che viene analizzato da Giovanni Tarello nel suo volume su *Teorie ed ideologie nel diritto sindacale*, cit., ove l'autore nella *Premessa* alla seconda edizione sottolinea di "aver proclamato con toni plateali che ogni non cervellotica operazione dottrinale sul diritto sindacale costituisce un elemento, o addirittura coincide con una operazione di politica del diritto volta alla creazione di diritto nuovo", p. 5. Nel 1979 Giuseppe Zaccaria riconosce, nel suo già citato saggio su *L'obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto*, come "il tema della politica del diritto, ossia di una rifondazione della scienza giuridica integrata alla politica e maggiormente consapevole delle valenze ideologiche dei suoi metodi e dei valori che accredita, ha ormai da tempo cessato di costituire uno scandalo, per divenire, in larga misura, patrimonio comunemente accettato", pp. 603-604.

CAPITOLO TERZO

DALLA CRITICA ALLA PARTIGIANERIA ALLA
ELABORAZIONE DI UNA INTERPRETAZIONE
NON MECCANICISTICA

SOMMARIO

§ 1. Il tentativo di legare il vincolo della legge ad una interpretazione non riproduttiva; § 2. Il richiamo di Fassò alla *natura della cosa* e la ricerca del *diritto che sta dietro alla legge* di Bagolini; § 3. Sul ruolo *politico* dell'attività giurisprudenziale: Scarpelli e la scelta politica orientata da un punto di vista interno ad un ordinamento giuridico; § 4. La ripresa da parte di Satta del ciceroniano *servi legum sumus...* per illuminare il giurista con la politica dello Stato; § 5. Un giudice equilibrato che “si esalta come «animale politico»”; § 6. Per una prassi giurisprudenziale antiformalistica.

1 – IL TENTATIVO DI LEGARE IL VINCOLO DELLA LEGGE AD
UNA INTERPRETAZIONE NON RIPRODUTTIVA

A fronte di un atteggiamento della scienza e della prassi giudiziaria sempre più proteso verso il riconoscimento della presenza di fatto di un potere normativo nella attività interpretativa ed applicativa della disposizione (potere normativo direttamente esercitato nella attività giurisprudenziale, ma che indirettamente investe anche la produzione dottrina¹), non mancano dissensi che, sia pure con notevoli differenze, paiono aggiungersi al coro dei fautori della fedeltà alla legge².

¹ Cfr. ancora G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, cit.

² Giuseppe Zaccaria, nel suo richiamato contributo su *L'obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto*, offre una imponente traccia bibliografica

Fra queste emergono, per la completezza delle loro analisi, le voci di Guido Fassò e di Luigi Bagolini. I due autori intervengono sulle pagine della “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”; Fassò nel 1972, sul tema *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*³, e Bagolini, due anni dopo, nel 1974, in materia di *Fedeltà al diritto e interpretazione*⁴. Entrambi si pongono il problema del vincolo del giudice alla legge ed entrambi gli autori ritengono che sciogliere il giudice da tale vincolo significherebbe portare il diritto sul baratro dell'arbitrio⁵. Ma ciò che più rileva, le riflessioni dei due autori qui richiamati offrono delle analisi prescrittive sul ruolo adeguatore, che potrebbe essere svolto dalla giurisprudenza senza, per questo, ricadere nella tentazione della sua estrema partigianeria.

Per Fassò, in particolare, che ha come obiettivo polemico i *giudici politicizzati*, si tratta di “scegliere tra la politicizzazione del diritto, abbrac-

del dibattito dottrinale svoltosi nel decennio che dal 1968 va sino al 1978, cfr. in particolare pp. 607-609.

3 G. Fassò, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, XXVI (1972), n. 3. Fassò ripropone agli studiosi, rivedendo sostanzialmente l'apparato di note, il saggio qui citato all'interno del volume *Società, legge e ragione*, Milano, 1974, pp. 89-157.

4 L. Bagolini, *Fedeltà al diritto e interpretazione*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, XXVIII (1974), n. 2.

5 Bagolini, riprendendo implicitamente l'immagine del sovrano sciolto da ogni vincolo, così si esprime: “il principio della creazione aggredisce il valore della fedeltà [...] se non c'è spazio per la fedeltà tutto è creato dal giudice il quale diventa il centro di gravità della cosiddetta esperienza giuridica. Ma se ciò a cui il giudice dovrebbe essere fedele è da lui creato, il valore della fedeltà alla legge diventa illusorio”, *ibidem*, pp. 290 *et passim*. Più esplicito e caustico, Fassò, il quale rileva, sulla scorta di un suo contributo dell'anno precedente, apparso sulla rivista “Il Mulino” e provocatoriamente intitolato *Tra positivismo e nazismo giuridico* (anche il testo ora citato è contenuto nel volume *Società, legge e ragione*, cit., pp. 75-87), come, di fatto, si pervenga ad una condizione di irrazionalismo politico e giuridico “una volta rotta la diga del vincolo del giudice alla legge, [anche] contro ogni intento di cui quella rottura abbia auspicato e compito” (il riferimento alla giurisprudenza *alternativa* è nel testo lampante), ma vi è di più nell'incedere critico di Fassò: “a costo di ripetere cose note, richiamo perciò anche qui quelli che erano i caratteri più salienti del nazismo giuridico, ai quali paurosamente somigliano quello dell'atteggiamento odierno di alcuni giuristi e giudici”. Pur rimarcando che “io non dico certo che i nostri giuristi e giudici democratici vogliano giungere a questo”, è fuori dubbio che egli nel testo li accosti più volte ai giuristi nazionalsocialisti ed a quelli, a suo dire speculari, al servizio di Stalin. Le citazioni sono tratte da *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, cit, pp. 919-921.

ciando la concezione romantica di esso come irrazionale strumento di affermazione di un ideale misticamente intuito e quindi come arma di lotta, e la sua spoliticizzazione, difendendone l'anima razionale di strumento tecnico per il raggiungimento di un fine ragionevolmente prescelto quale è la sicurezza e la pace"⁶; mentre per Bagolini, meno coinvolto nella polemica contingente, "è naturale che chi senta l'importanza del valore della fedeltà al diritto cerchi di porre un limite all'invasione del principio di creazione"⁷, anche se, "il valore della fedeltà al diritto sembra essere, più che limitato, incrinato dalla varietà di ciò a cui si debba essere fedeli e dalle relative scelte, quindi anche dai vari fattori «meta-giuridici» che possono intervenire, di volta in volta, a condizionare tali scelte nelle diverse situazioni in cui l'interprete viene a trovarsi"⁸.

Pur concordando gli autori con la necessità di preservare il vincolo della legge nella attività interpretativa, gli stessi riconoscono che tale architrave della moderna cultura giuridica non può più palesarsi lungo i tradizionali canali elaborati fin lì dalla scienza giuridica. Infatti, ben rileva Bagolini come, in realtà, il problema della interpretazione creativa sorge nel momento in cui al metodo di sussunzione⁹, si affianca, nella seconda metà dell'Ottocento, l'atteggiamento metodologico proprio alla giurisprudenza degli interessi, per la quale, "le leggi hanno la funzione di risolvere eventuali conflitti di interessi. Questa funzione, avrebbe detto Duguit, fa capo alla esigenza giuridica della solidarietà sociale da intendere quale integrazione di interessi socialmente e ambientalmente emergenti"¹⁰. Pare, per l'autore, impossibile rinunciare a vivificare il diritto di contenuti sociali, ritenendo che il diritto sia un sistema chiuso, autoreferenziale; il problema di fondo è far convivere la fedeltà al diritto con la creatività che emerge dall'ambito interpretativo.

6 *Ibidem*, p. 909.

7 L. Bagolini, *Fedeltà al diritto e interpretazione*, cit., p. 290.

8 *Ibidem*, p. 289.

9 Caratterizzato, fra l'altro, dal "primato della logica analitica nel senso del cosiddetto procedimento di inversione («Inversionsverfahren»), «consistente nel ricavare, mediante la deduzione logica da concetti giuridici generali, nuove massime giuridiche non espresse dalla legge», *ibidem*, p. 286.

10 *Ibidem*, p. 287.

Parimenti, Fassò, richiamando suoi precedenti contributi¹¹, afferma: “non è dunque certo per conservatorismo e per preconcepita ostilità contro un diritto inteso non formalisticamente e legalisticamente che io adesso mi appresto a porre innanzi gravi riserve circa l’azione di chi oggi un tale diritto propugna. Lo faccio anzi proprio perché, convinto della necessità di un diritto che si adegui concretamente alla realtà sociale nella sua storicità, vorrei depurarne la concezione da tutti quelli elementi che la rendono inaccettabile in quanto contraddicono l’idea stessa della funzione del diritto”¹². Anche qui, pertanto, emerge chiaramente l’esigenza di far convivere certezza del diritto ed adeguamento innovativo dello stesso alla mutevole realtà sociale.

2 – IL RICHIAMO DI FASSÒ ALLA *NATURA DELLA COSA* E LA RICERCA DEL *DIRITTO CHE STA DIETRO ALLA LEGGE* DI BAGOLINI

La via indicata da Fassò è riconducibile al richiamo alla *natura della cosa*, alla quale la stessa Corte costituzionale si sarebbe in più sentenze ispirata¹³: “se dunque già spesso la Corte costituzionale ha potuto accogliere il criterio della natura della cosa, non potrebbe seguirlo ancora estendendone la portata? Gli articoli «giusnaturalistici» (e, come or ora abbiamo visto, non solo quelli) della costituzione gliene offrono il mezzo anche nel rispetto del procedimento logico formale: con qualche forzatura forse, ma, l’ho già detto più volte, o si ha il coraggio di compiere questa forzatura, o una ben più grave, anche a parte ipotesi

11 In particolare i saggi *Stato di diritto e Stato di giustizia* e *La legge della ragione* apparsi, rispettivamente nel 1963 e nel 1964, sulle pagine della “Rivista internazionale di filosofia del diritto” e della “Rivista di diritto civile”. Il primo contributo è riprodotto nel già citato volume *Società, legge e ragione*, pp. 13-52. Qui possiamo leggere “la certezza del diritto è il pregio essenziale dello Stato in cui è sovrana la legge, l’accusa al diritto legislativo di porre in crisi proprio la certezza colpisce gravemente il principio dello Stato di diritto; e fa contrapporre a questo Stato di diritto legislativo che è lo Stato di diritto propriamente, o per lo meno comunemente, detto uno Stato di diritto equitativo, o di diritto libero, o di diritto sociale spontaneo e comunque lo si voglia chiamare, che, nel paragone con esso, si configura precisamente come Stato di giustizia”, p. 43.

12 G. Fassò, *Il giudice e l’adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, cit., p. 909-910.

13 Cfr. *ibidem*, pp. 944 e segg.

catastrofiche, verrà esercitata dalla prassi dei giudici ordinari. È meglio che la compia la Corte costituzionale, salvando quanto della certezza, o per lo meno dell'univocità, del diritto è salvabile"¹⁴.

Il richiamo alla *natura della cosa* va, in questa prospettiva integrato dal ricorso ai principi generali, la cui presenza nell'ordinamento concorre ad adeguarlo alla mutevole realtà sociale; in tal senso, ««diritti inviolabili», «dignità umana» e simili sono «concetti-valvola» non diversi, nel sistema delle norme costituzionali, da quelli («buona fede», «correttezza», «giusta causa», «comune sentimento del pudore» ecc.) che nel sistema della legislazione ordinaria hanno permesso una certa aderenza di questa alla realtà storica: in quanto trasferivano la valutazione giuridica dei fatti dal legislatore al giudice, che a tale realtà può più facilmente ed efficacemente adeguarsi"¹⁵.

Sicché, nella prospettiva qui tratteggiata, l'adeguamento del diritto alla realtà sociale risulta compito principalmente ascrivito all'attività giurisprudenziale, che opera per mezzo dell'attribuzione di significato a concetti giuridici indeterminati, a significanti vaghi, i quali ritrovano precisa significazione nel loro rapporto con la *natura della cosa*. In questo senso, «come tali clausole generali hanno potuto e possono essere applicate dal giudice ordinario, così i concetti-valvola contenuti nella costituzione siano perciò applicati dal giudice costituzionale, il quale potrà in tal modo adeguare alla sempre diveniente realtà storica tutto l'ordinamento giuridico"¹⁶.

Appare evidente che qui l'ordinamento giuridico della realtà si precisi nella realtà stessa per mezzo dell'attività interpretativa svolta dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale, la quale, nel momento in cui riconosce che «non tutto il diritto è legge», assume un carattere «anche legislativo o per lo meno paralegislativo"¹⁷. Sarà la giurisprudenza costituzionale a guidare quella ordinaria, in modo tale che le pronunce giurisprudenziali «siano univoche e che casi uguali non vengano decisi in maniera diversa"¹⁸.

Ciò che in ultima analisi ci indica Fassò è che riconoscere l'insufficienza delle teorie interpretative di stampo formalistico, sorte nell'ambito dello

¹⁴ *Ibidem*, p. 945.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 948-949.

¹⁶ *Ibidem*, p. 949.

¹⁷ *Ibidem*, p. 950.

¹⁸ *Ibidem*, p. 949.

stato di diritto liberale, non implica di per sé la negazione dello stesso, perché la scelta di un metodo di interpretazione ed applicazione del diritto rispetto ad un altro non è una opzione politica. Viceversa, e nel contingente, determinate scelte di metodo effettuate da componenti della magistratura hanno radici profondamente politiche, nel senso “che un metodo di interpretazione e di applicazione del diritto può essere assunto e fatto valere a preferenza di altri a fini politici, magari con risultati opposti a quelli auspicati da chi se ne è servito, ma in ogni caso con conseguenze rilevanti per la collettività”¹⁹. Il problema non è quindi posto dalla critica del formalismo, ma dall’attacco allo stato di diritto posto in essere dalla *giustizia politicizzata*²⁰.

19 *Ibidem*, p. 907.

20 Ci permettiamo di effettuare una breve digressione, avuto riguardo al discorso che siamo andati definendo nel testo; Fassò, nel richiamare lo stato di diritto, ritiene che questo sia informato dal positivismo giuridico, o meglio da quella espressione del positivismo che si concretizza nel principio di legalità. Per l’autore, infatti, lo stato liberale, anche se “poteva essere visto quale strumento di una determinata politica e di una determinata ideologia, come sempre ogni forma di Stato di diritto”, si caratterizza per la positivizzazione di “una norma razionale”; da qui il suo legarsi al positivismo giuridico. Fassò ritiene che “il positivismo giuridico, con la sua concezione del principio di legalità, era caratteristico di un certo tipo di società: non come si ripete dagli orecchianti di marxismo, della società borghese [...], società che, anzi, ne determinò con il proprio sviluppo la crisi”; viceversa il positivismo fu carattere di una società statica, pre-industriale, “nella quale i rapporti sociali erano praticamente sempre gli stessi e consentivano perciò una regola costante, rigida, non bisognosa di adeguamenti frequenti alla realtà a cui presiedeva”, *ibidem*, pp. 899-900. In proposito ci pare di poter rilevare che nella società pre-borghese, ovvero quell’*ancien régime* ove trovavano ancora vigenza le ultime vestigia dell’ordine medievale, al di là dell’opera legislativa posta in essere dall’assolutismo giuridico, il positivismo giuridico, quale teoria del diritto, per quanto già evidenziatosi con chiarezza, e tanto meno il principio di legalità a questo connesso, possano considerarsi operativi nella prassi generale. Queste specifiche esigenze, proprie al ceto mercantile, al terzo stato, ritrovano concreta manifestazione, per lo meno nell’Europa continentale, con la codificazione, che segna l’unicità della fonte del diritto. E la codificazione è fenomeno giuridico conseguente all’ascesa della borghesia; è nella società borghese che può affermarsi la legge generale ed astratta, è qui che sorge il concetto di eguaglianza giuridica, così come può essere inteso con preciso riferimento al positivismo giuridico ed al principio di legalità, non in altre realtà storico sociali. È indubbio, come sottolinea Fassò, che proprio nella società borghese dell’Ottocento, si generò la crisi del positivismo giuridico e della sua rappresentazione dei fatti giuridici, ma il crepuscolo del positivismo giuridico è da legarsi al passaggio dalle forme politiche rette esclusivamente dalla borghesia (ovvero, si usa consciamente questa espressione al fine di non dover in questo contesto differenziarsi dagli “orecchianti di marxismo”, dalla dittatura della borghesia – perché cos’altro è lo stato nazionale censitario?), a

Anche Bagolini, nel ricercare di compenetrare fedeltà alla legge e creazione non legislativa di diritto, si pone in maniera critica a fronte delle tradizionali teorie dell'interpretazione. Egli ritiene che il problema dell'interpretazione giuridica sia un problema di *coscienza*²¹: “a me pare proprio che si debba parlare di *coscienza* delle valutazioni, proprio di «coscienza» [...], non esclusivamente di conoscenza di norme come atto conoscitivo in senso stretto, analitico, descrittivo, informativo, ecc. (del tutto esprimibile in proposizioni analiticamente o empiricamente verificabili come vere o come false) e neanche, per converso, di pura volontà decisionale, creativa”²². Sicché anche il nostro autore rifugge la prospettiva formalistica dell'interpretazione conoscitiva, ma, come era logico aspettarsi, non opta per una interpretazione creativa che spezzi il vincolo della fedeltà al diritto, a cui Bagolini si richiama. La fedeltà al diritto nell'interpretazione può essere mantenuta per tramite della coscienza: “contro ogni riduttivismo, intesa in concreto, ambientalmente e socialmente, la coscienza di chi deve applicare la legge può attuarsi come esplicazione di ciò che è proprio implicito nel cosmo giuridico, cioè anche di principi che stanno dietro la legge”²³. La qual cosa significa, per Bagolini, che “il fatto che l'attività del giudice «particolarizzi» una norma generale ponendo in essere, ad esempio, una norma individuale rientra nell'ambito della applicazione del diritto e, secondo me, della esplicazione del cosmo giuridico [...]. E poiché c'è applicazione ed esplicazione non ci può essere creazione in senso assoluto. L'attività del giudice è giuridica in quanto rientra nell'ambito del diritto, cioè in quanto esprime ed esplica ciò che si intende con la parola «diritto» usata

forme politiche aperte alla partecipazione di altri ceti, e tutto ciò attraverso la modifica della legge elettorale. La presenza istituzionale di ceti diversi dalla borghesia fa sì, come testimoniano le istanze antiformalistiche sorte in Francia ed in area tedesca, che debbano considerarsi operativamente non consistenti alcuni assiomi dello stato di diritto edificato sulle teorie del positivismo giuridico, primo fra tutti la generalità e l'astrattezza della legge, e, non da ultimo, una certa rappresentazione del principio di legalità combinato all'idea di interpretazione meccanica o tecnica della legge.

21 Bagolini si richiama in proposito alla determinazione del termine *coscienza* da lui effettuato un suo scritto del 1972, apparso sulle pagine della rivista “Ethica. Rassegna di filosofia morale”, dal titolo *Coscienza e diritto come esigenza esistenziale*.

22 L. Bagolini, *Fedeltà al diritto e interpretazione*, cit., p. 312.

23 *Ibidem*.

in senso lato. Che poi anche per la individuazione e particolarizzazione del diritto si continui a parlare di creazione e una questione verbale”²⁴. In definitiva, secondo Bagolini, che ritiene di sfuggire alle maglie del formalismo, senza però cadere nel campo della pura volontà creativa, “la attuazione della legge non è creazione ma è esplicazione, tanto più valida quanto più fedele, di ciò che è implicito nella legge, dietro la legge. La fedeltà al diritto si realizza attraverso tale esplicazione [...]. Questa ipotesi filosofica, peraltro gravida di problemi, sembra utile a farci uscire sia da un assurdo creazionismo sia dalle finzioni di un certo formalismo”²⁵.

Questa ipotesi deve ritrovare un metodo per esplicitarsi nella vita giuridica e Bagolini lo individua in quello che egli nomina il *balancing approach*, il che rimanda a prassi della Corte suprema statunitense basate “sul metodo della comparazione, del soppesamento e del bilanciamento di valori, fini e di interessi fra loro contrastanti e competitivi”²⁶. Bagolini, in chiusura del suo contributo, riprende implicitamente l’alternativa posta all’inizio del suo ragionare fra i due atteggiamenti metodologici di fronte al problema dell’interpretazione, il metodo della sussunzione, al

24 *Ibidem*, p. 313, in nota.

25 *Ibidem*, p. 313-314. Bagolini, in un passo del saggio richiamato, ove si discute intorno all’interpretazione creativa da parte del giudice, afferma: “introdotto il concetto di creazione a caratterizzare il processo interpretativo e decisionale del giudice, si arriva necessariamente alla conseguenza, in certo senso riduzionistica, per cui tutto ciò che sia indicato dall’uso della parola «diritto» debba per l’appunto essere in sostanza riducibile in termini di decisione del giudice; e forse, coerentemente, si dovrebbe anche arrivare alla conseguenza di negare ogni significato alle parole «interpretazione giuridica». Se infatti prima della decisione del giudice il cosiddetto diritto non è ancora diritto (proprio in quanto il diritto è fatto e creato dalla decisione del giudice), per coerenza di discorso non è più possibile parlare di interpretazione del diritto né, conseguentemente, di fedeltà ad esso”, p. 294. Tale prospettiva, che riconosce il proprio unico fulcro nella concezione monolitica del diritto, termine che designa vuoi la legge posta in essere dal legislatore, vuoi l’interpretazione ed applicazione della stessa da parte dell’autorità giudicante, pare disconosca la distinzione fra disposizione e norma, ben presente, attraverso il magistero di Massimo Severo Giannini e di Vezio Crisafulli, nella cultura giuridica italiana. È soltanto prendendo in considerazione questa distinzione che è possibile ipotizzare una esplicazione, nella attività interpretativa “di ciò che è implicito nella legge, dietro la legge”, ovvero operare una interpretazione, quanto meno, estensiva della legge. Il “diritto”, che emerge da una interpretazione, quanto meno, estensiva di ciò che “non è ancora diritto”, perché non esplicitato dal legislatore, viene *riconosciuto* tale dal giudice, ed in quel momento, attraverso l’interpretazione della disposizione, diviene diritto, ossia norma dell’ordinamento.

26 *Ibidem*, p. 327.

quale esplicitamente non si accosta, ed il metodo introdotto dalla riflessione proposta dalla giurisprudenza degli interessi. A quest'ultima via si affida al fine di realizzare, nella fedeltà al diritto, l'adeguamento dello stesso alle esigenze sociali. Infatti, egli scrive: "bisogna ripensare al campo decisionale del giudice, in cui sono comprese molteplici situazioni alle quali egli deve partecipare: non soltanto interessi presenti particolari e contingenti da comparare fra loro, ma – ripeto ancora – situazioni concrete, passate e presenti, da cui emergono aspettative proiettabili come tali nel futuro. Forse il «balancing approach» deve proprio essere riconsiderato sotto questo aspetto e cioè come metodo di comparazione condizionato dalla trasposizione immaginativa del giudice nel più gran numero possibile di situazioni comprese nel suo campo decisionale. Da questo punto di vista e attraverso siffatti processi di trasposizione il diritto che sta dietro la legge potrà rivelarsi ed essere reso esplicito, di volta in volta, attraverso il costituirsi di criteri i quali, pur non eliminando l'arbitrarietà della decisione, valgano il più possibile a limitarla. Il che, specialmente, come dicevo, nei casi più nevralgici, più dubbiosi e marginali (ma dai quali non si può prescindere), sembra essere tutto ciò che si possa sperare e a cui si debba tendere"²⁷.

In ultima analisi, pare che Bagolini, lungi dal voler proclamare una *fedeltà al diritto* che riduca il giudice ad acritico applicatore delle disposizioni normative poste dal legislatore, voglia spingerlo ad assumere nel suo operato concreto, sia pur sotto l'egida del diritto vigente, un ruolo di attiva valutazione ("comparazione") della situazione concreta che è chiamato a giudicare; egli, nel ricercare "il diritto che sta dietro la legge", deve offrire una risoluzione giuridica della controversia, non una personale opinione sulla stessa, e la soluzione da egli proposta al fine di risolvere la controversia dovrà, alla luce della legge in vigore, offrire, dopo ponderata valutazione degli interessi ivi presenti, soddisfazione alle parti. In questo, forse, può riconoscersi il giusto limite fra la fedeltà alla legge e l'apporto personale del giudice al componimento dell'ordinamento.

²⁷ *Ibidem*, pp. 328-329.

3 – SUL RUOLO *POLITICO* DELL'ATTIVITÀ GIURISPRUDENZIALE: SCARPELLI E LA SCELTA POLITICA ORIENTATA DA UN PUNTO DI VISTA INTERNO AD UN ORDINAMENTO GIURIDICO

È interessante notare come le elaborazioni dottrinarie qui esplicitate, richiamandosi entrambe alla attività di sindacato di legittimità costituzionale, nell'esperienza italiana il Fassò e nell'esperienza d'oltre oceano il Bagolini, tendono ad evidenziare un ruolo *politico* nell'attività giurisdizionale, il quale, anche se i due autori, non utilizzano mai tale termine, viene di fatto contrapposto ad una tendenza a rendere di *parte* l'attività del giudice. Sia nell'accoglimento del criterio della *natura della cosa* quale guida al giudizio, sia nel proporre un *balancing approach*, Fassò e Bagolini ricollegano la attività giurisprudenziale alla *politica*. Lungi dal proporsi quale momento di creazione sregolata del diritto, essa appare, così come viene ipotizzata, una attività *politica nel diritto*. Un'attività che, per rimanere propriamente *politica*, non può manifestarsi come attività di parte.

Questa constatazione, ci permette di richiamare ancora una volta il magistero di Uberto ScarPELLI, il quale, nel saggio su *Il metodo giuridico*, apparso sulla "Rivista di diritto processuale"²⁸, affronta anch'esso questo tema; osserviamo come viene svolto.

Per l'autore, "il metodo giuridico, quale metodo di attività concernenti un ordinamento giuridico dal punto di vista interno, ha sempre sottintesa una presa di posizione quanto al problema filosofico-politico della legittimità dell'ordinamento giuridico, ed una presa di posizione nel

28 Il saggio in questione è la sostanziale riproposizione "all'attenzione ed alla critica dei giuristi", di una "voce" redatta ed apparsa sul volume *Diritto*, curato da G. Crifò, per la *Enciclopedia Feltrinelli Fischer*. Al testo già precedentemente pubblicato l'autore premette una nota introduttiva nella quale, fra l'altro, polemizza con la corrente dei cosiddetti *giudici progressisti*, fautori, per l'appunto, dell'uso alternativo del diritto. Egli scrive nella nota che "in questo scritto il personaggio di Humpty Dumpty simboleggia le filosofie e teorie, per tanti aspetti diverse, accomunate dalla convinzione che ai segni di un linguaggio, ed in ispecie ai segni del linguaggio giuridico, si possa far significare un po' quel che si vuole. Questa è una cosciente forzatura [...]. Si manifesta qui una scarsa simpatia per i giuristi e soprattutto per i giudici humptidumptyiani che credono di poter fare una rivoluzione cambiando il metodo dei giudici. Voglio sottolineare che (se è concesso servirsi nella materia delle logore e troppo larghe etichette di «destra» e «sinistra») il mio attacco non viene da destra, ma da sinistra", *Il metodo giuridico*, in "Rivista di diritto processuale", XXVI (1971), n. 4, p. 553.

senso dell'accettazione della norma fondamentale dell'ordinamento"²⁹. In questo senso, continua l'autore, "l'accettazione della norma fondamentale è il sottointeso politico del metodo giuridico. Esplicitare il sottinteso è compito della filosofia politica o della filosofia del diritto nella sua essenziale dimensione politica"³⁰.

Scarpelli, ben lungi dal voler proporre la rappresentazione di un sistema giuridico asettico, staccato dai reali interessi sociali, riconosce essere la scelta politica il fulcro su cui si dispiega l'attività di ordinamento, ma questa scelta deve essere orientata *da un punto di vista interno ad un ordinamento giuridico*, è, quindi, una scelta che deve tenere conto principalmente delle norme di competenza e dell'ordine da queste stabilito. È a seguito della presenza di norme di competenza che l'ordinamento si adegua alla realtà sociale e non rimane cristallizzato; difatti, "gli organi legislativi suppongono a loro volta norme di competenza che li costituiscano; e può rientrare nel loro potere porre non soltanto norme di comportamento e norme sanzionanti, ma anche norme di competenza. Grazie agli organi legislativi è possibile soddisfare un'altra esigenza, emergente nelle società evolute: quella del mutamento deliberato delle norme e dei valori, e del mutamento deliberato delle caratteristiche della struttura stessa del diritto che determina ed impone le norme ed i valori, in relazione a nuovi interessi e nuovi problemi"³¹.

In questa prospettiva, porsi da un punto di vista interno ad un ordinamento equivale a coglierne il dettato, non solo per ciò che concerne la norma di comportamento e la relativa norma sanzionatoria, ma, soprattutto, sottoporsi alle norme di competenza. L'ordinamento, per tramite dell'attività degli organi legislativi, muta, si evolve in funzione dei nuovi interessi emergenti, del sedimentarsi di nuovi sistemi valoriali; "le norme ed i valori che nel diritto trovano determinazione, forza e possibilità di mutamento deliberato configurano modalità di rapporti, in cui si attuano la convivenza e la collaborazione sociale"³².

Va qui riconosciuto, ancora sulla scorta del pensiero di Scarpelli, che "la struttura sociale, costituita da un ordinamento giuridico, ha una componente essenziale e primaria in processi di comunicazione. La posizio-

²⁹ *Ibidem*, p. 563.

³⁰ *Ibidem*, p. 564.

³¹ *Ibidem*, p. 560.

³² *Ibidem*.

ne di norme richiede comportamenti segnici [...]. Il caso più comune, negli ordinamenti giuridici moderni, è quello della posizione di norme mediante segni linguistici e con uso della scrittura, che offre la possibilità di una lunga conservazione e di una fedele riproduzione dei segni stessi”³³. È intorno a questi segni linguistici che si dispiega l’attività del giurista ed è in questo ambito che possono emergere atteggiamenti distorti, ovvero atteggiamenti che sottovalutano la centralità delle norme di competenza, *in primis* quelle relative alla organizzazione e alla collocazione, in un quadro di divisione dei poteri, del potere legislativo³⁴. Qui operano gli emuli da Humpty Dumpty, così come lo stesso compare nel racconto di Lewis Carroll, *Through the Looking-glass, and what Alice found there*, i quali forzano i significati dei termini; per Scarpelli, infatti, “nel momento in cui, interpretando, attribuisce significati ai segni è l’operatore del diritto, è il giurista, che comanda sopra i segni e può dar loro i significati che vuole”, l’operatore del diritto (il giudice) si arroga compiti pratici e funzioni istituzionali che appartengono, avuto riguardo alle norme di competenza, ad altri organi dell’ordinamento. Assumendo questo atteggiamento egli, di fatto, disarticola la compagine statuale liberal-democratica e ritrova sostegno in colui il quale, in ambito dogmatico ritiene, come “l’esposizione dottrinarica di norme è una sorte di politica, volta ad influenzare gli operatori del diritto, e la veste

33 *Ibidem*, p. 566.

34 Scarpelli, nel riproporre al pubblico il presente saggio, illustra le sue convinzioni politiche, le quali stanno alla base della sua polemica nei confronti della *giustizia politicizzata* che si riconosce nell’*uso alternativo del diritto*: “1) nella società industriale avanzata la legge è sempre di più strumento essenziale per la programmazione dello sviluppo sociale; 2) un atteggiamento di fedeltà dei giuristi, e dei giudici in ispecie, verso la legge posta è una condizione, ovviamente non sufficiente, ma necessaria, perché la legge possa servire a quello scopo; 3) il dogmatismo astratto, le esasperate analisi concettuali praticati da troppi giuristi coprono una sostanziale evasione politica. Il compito politico dei giuristi del nostro tempo non è, però, quello di uscire dal dogmatismo e dal concettualismo per tentare avventure pseudo-rivoluzionarie individuali o di piccoli gruppi, caratteristiche di intellettuali disgregati, bensì quello di contribuire a preparare, con una esplicita assunzione di fini politici, ed elaborando in vista di essi il necessario apparato concettuale, una razionale legislazione programmatrice. Il problema centrale del diritto e delle sue funzioni nella società resta quella della legislazione, delle ragioni della sua crisi, delle forze politiche e delle strutture costituzionali che possono riaffermarne il primato: le questioni relative al metodo giuridico vanno impostate come sottoproblemi del problema della legislazione”, *ibidem*, pp. 553-554.

scientifica, che sovente questa politica si mette addosso, è una mascheratura mistificante”³⁵.

Scarpelli, che riconnette il giudice ed il giurista non prevaricatore, al personaggio di Alice, afferma che questa “crede che le parole abbiano un loro proprio significato e non si possa costringerle a indicare cose diverse”, ma tutto ciò non all’interno d’una supposta e rediviva prospettiva *realista* da contrapporre ad un *nominalismo* altrettanto superato, bensì riconoscendo “che un segno è significante significa che viene usato, cioè prodotto e ricevuto, in certe relazioni con altri segni e con enti non segnifici; e le disposizioni ad usare un segno sono connesse, non soltanto al suo aspetto materiale, ma alle relazioni di cui è portatore [...]. Ma nella realtà dei rapporti sociali le relazioni segnifiche non dipendono da comandi individuali, bensì da regolarità e regole, su basi fisiche e biologiche, consuetudinarie e convenzionali”³⁶. In questo senso, prevaricare, con un atto autoritativo, il significato *usuale* del segno equivale a porre in essere un arbitrio, e ciò a maggior ragione se questa rottura di regolarità e di regole avviene nel campo dell’interpretazione giuridica. Pertanto, “quando, come giudice, interpreta i segni espressivi del diritto per ricavarne norme da applicare e quando, come autore di monografie giuridiche, interpreta quei segni per ricavarne norme da esporre, è convinta [Alice, che qui esemplifica il giurista corretto] di non metterci nulla del suo, ma di trarre in luce i significati che stanno sotto i segni, pronti e finiti, in attesa”, e nell’operare in tale direzione non prevaricherà, per mezzo di comandi individuali, regolarità e regole sociali, piuttosto concorrerà ad “una scienza giuridica, la quale individua ed esplicita i veri significati dei termini giuridici e l’essenza dei loro referenti, elaborando una trama di concetti giuridici che servono ad una sistemazione rigorosa del diritto oggettivamente interpretato ed integrato”³⁷.

35 *Ibidem*, p. 567. La critica di Scarpelli nei confronti dei giudici politicizzati è serratissima; per l’autore, “quando [il giudice politicizzato] si appella, per rompere la determinatezza del diritto, agli interessi ed esigenze emergenti nella società in trasformazione, ci può esser dubbio se, almeno nell’inconscio, non cerchi piuttosto potere e prestigio per sé e per la sua corporazione, attribuendole una funzione primaria nel gioco sociale. Il dubbio si rafforza allorché il sedicente progressismo humptidumptiano si diffonde in una burocrazia giudiziaria ad alto stipendio che esalta così il suo potere coercitivo esente da responsabilità politica”, *ibidem*, p. 571.

36 *Ibidem*, pp. 566 e 567.

37 *Ibidem*.

In definitiva, anche per Scarpelli, l'operatore del diritto deve effettuare delle opzioni politiche; come osservato, queste devono maturarsi, al fine di evitare derive arbitrarie, *da un punto di vista interno ad un ordinamento giuridico*. Alla fine della riflessione sul metodo, riproposta ed integrata da una nota esplicativa sulle pagine della "Rivista di diritto processuale", Uberto Scarpelli rileva come "ancora una volta, scavando sino ai fondamenti del metodo giuridico, abbiamo scoperto problemi di scelta, di presa di posizione, di applicazione di norme e di valori meta-giuridici, e la metodologia giuridica è sboccata nella filosofia politica". Ma ciò che più importa è che anche per Scarpelli, allo stesso modo che per Fassò e per Bagolini, il punto centrale della riflessione sulla interpretazione, giurisprudenziale o dottrinarla, è individuato in una scelta di natura *politica*, ma non per questo di parte. L'animatore della scuola giuridica analitica italiana, ritiene, infatti, che "alla base del metodo giuridico c'è un atto di soggezione ad un ordinamento giuridico e c'è una visione della funzione e dei fini politici dell'ordinamento e della maniera di realizzarli collaborando all'ordinamento giuridico da un punto di vista interno"³⁸. Sicché qui la scelta politica (e non di parte) è la scelta di *soggezione ad un ordinamento giuridico*; la politica del diritto si esplica, al fine di preservare il fondamentale valore della *fedeltà alla legge*, che comporta in sé il riconoscimento del primato della legislazione come problema centrale del diritto, come politica di soggezione all'ordinamento stesso. Il giurista, al fine di non indugiare a fronte di possibili derive arbitrarie, deve necessariamente sottoporre la sua attività, sia essa giurisprudenziale oppure dottrinale, ad un giudizio politico di soggezione all'ordinamento. Il che, nella prospettiva di Scarpelli, non implica affatto una scelta conservatrice, dato che il giurista, il quale opta politicamente per la *soggezione ad un ordinamento giuridico*, "può

38 *Ibidem*, p. 574. Enrico Paresce, al contrario, *sub voce Interpretazione (filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, ritiene in merito alle origini della prospettiva interpretativa propria al positivismo giuridico, come "il principio volontaristico appare [...] strettamente legato ad una concezione autoritaria del diritto e diventa il custode di un tipo di diritto tendente ad immobilizzarsi nei testi legislativi, guardati nel significato e nella connessione grammaticale scartandosi anche le stesse estensioni di ordine logico, che non tardarono, attraverso varie giustificazioni a far sentire la loro presenza. Né si pensi che questo modo di vedere sia unicamente da attribuire a concezioni arretrate. In realtà è proprio questa concezione, sia pure affinata e tecnicizzata, che sta a fondamento della schematizzazione [del positivismo giuridico]", p. 216.

essere un liberale che voglia conservare lo stato di diritto e le disegualianze sociali ed economiche ad esso sottostanti, ma può essere anche un socialista [e questo pare essere il caso di Uberto Scarpelli] che veda nel diritto, con una determinatezza pragmatica adeguata e sufficiente, uno strumento essenziale per un rinnovamento razionale della società e per la programmazione del suo sviluppo”³⁹.

4 – LA RIPRESA DA PARTE DI SATTA DEL CICERONIANO *SERVI LEGUM SUMUS*... PER ILLUMINARE IL GIURISTA CON LA POLITICA DELLO STATO

Le riflessioni qui proposte intorno ad una *politicità* di sapore non partigiano, ma frutto di una scelta politica propugnante la soggezione del giurista all’ordinamento⁴⁰, tale da preservarlo anche da “avventure pseudo-rivoluzionarie”, ci permettono di richiamare e, per certi veri accostare a Scarpelli, un teorico del diritto sicuramente lontano, in generale, dal positivismo giuridico e, nello specifico, dalla sua versione analitica in chiave, per dirla con il Fassò, “laica e liberal-radicale”. Salvatore Satta, insigne assertore della validità della tesi capograssiana, per la quale il diritto si pone nel processo, interviene nella polemica scaturita dalle perorazioni intorno all’*uso alternativo del diritto* antepo-
nendo al suo più noto saggio in argomento⁴¹, al fine di non ingenerare alcun dubbio intorno alla sua posizione, il moto ciceroniano: *servi legum sumus ut liberi esse possimus*. Va rilevato che Satta, come osserveremo, non solo nell’illuminare il suo intervento con un richiamo alla sottoposizione alla legge, propone un’analisi critica del fenomeno che può, in questo specifico ambito, venire accostata a quella proposta da Scarpelli.

39 U. Scarpelli, *Il metodo del giurista*, cit., p. 571.

40 Scarpelli, come noto, ha già sviluppato queste riflessioni nella monografia *Che cos’è il positivismo giuridico* apparsa nel 1965.

41 Si tratta dello scritto *Il giudice e la legge*, relazione inaugurale tenuta da Satta il 6 dicembre 1970 a Roma al XXI Convegno nazionale di studio dell’Unione Giuristi Cattolici Italiani; la relazione romana, viene presentata da Satta nel 1970 nei *Quaderni del diritto e del processo civile*, vol. IV, Padova, 1970, pp. 8-24. L’anno successivo verrà pubblicata su “Iustitia”, (1971), n. 1, pp. 1-15. In vero, l’impianto della relazione in oggetto è già chiaramente riconoscibile in uno scritto del 1968 proposto al Congresso ravennate dell’Unione Magistrati Italiani, intitolato *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana* e raccolto in *Quaderni del diritto e del processo civile*, vol. I, Padova, 1969, pp. 66-85.

Esaminiamo le argomentazioni del processualista; per Satta, fedele alla formula ciceroniana, che rappresenta, come notato, l'*incipit* del suo intervento, “un giudice che non abbia o non voglia avere sopra di sé la legge, secondo certe ricorrenti aspirazioni, s’illude di essere un giudice libero: egli è soltanto un giudice disponibile [...] libertà, giustizia, al di fuori delle speculazioni filosofiche, non sono che la positività dell’ordinamento in cui viviamo, buono o cattivo che sia [...] quando, nella vita di uno stato, i giudici contestano la legge, perciò stesso che è legge, cioè al di là della normale dialettica del giudizio, è segno certo che la fine della libertà, la fine dell’ordinamento si approssima”⁴². Certamente la posizione di Satta, anche alla luce della sola lettura del presente saggio, non può essere accostata a certe forme di *legolatria*, nonostante i toni apocalittici da egli qui utilizzati a fronte della contestazione della legge da parte di certi giudici; la soggezione del giudice alla legge non pare stia nel totale “suo assorbimento in quella sola realtà obbiettiva che è la legge”, che implica il “carattere dichiarativo della sentenza”, questa prospettiva egli, come ricorda, l’ha criticata in nome di una “rivalutazione del giudice in una visione unitaria dell’ordinamento”⁴³, ma questa prospettiva qui non traspare, pertanto limitiamoci ad osservare la sua critica nei confronti di questi giudici critici della legge.

Per Satta, se è fuori di dubbio che il giudice dipende dalla legge, è altrettanto vero che “anche la legge dipende dal giudice, onde è necessario trovare il punto di incontro tra questi due ineliminabili elementi”; il punto di incontro per il nostro è l’interpretazione. Per Satta, infatti, “il giudice nell’interpretazione non si inserisce come un momento del tutto passivo, rispetto a una norma esterna ed estranea ad esso, ma è la norma stessa che si rifà nel concreto, e nel concreto si fa quello che con termine antico ed eterno chiamiamo giustizia”. Le norme sull’interpretazione della legge, pur costringendo il giudice a non travalicare i limiti posti dal legislatore, “mai riusciranno a renderlo un automa, mai impediranno che in un certo e non piccolo margine la legge dipenda da lui”. Ci troviamo di fronte ad una visione ben distante dalla rappresentazione del giudice quale bocca della legge; certo qui l’autore non si palesa prossimo alle istanze proprie all’interpretazione creativa, che riconoscono nel giudizio il momento di creazione della norma, ma comunque distan-

42 Citiamo dal testo apparso sui *Quaderni del diritto e del processo civile*, vol. IV, cit., pp. 10-11.

43 *Ibidem*, pp. 11-12.

te da perorazioni di interpretazione meccanica della legge tanto da affermare che “attraverso il giudice la vita penetra nella legge col suo bene e col suo male, il bene e il male si fanno vita”; sussiste, anche in *questo* Satta, una sorta di apertura, sia pur critica, nei confronti delle nuove istanze emergenti, dato che, a suo dire, “quando i nuovissimi giuristi, cattedratici o giudici che siano, parlano di società, di contesto sociale, in aperta o larvata opposizione alla legge, dicono male, e ignorantemente, quello che ora abbiamo detto”⁴⁴.

Che per Satta il problema si sostanzi, parimenti alla prospettiva che egli critica, nel rapporto fra la legge con la realtà è indubbio; egli riconosce che anche i *nuovissimi giuristi* hanno colto questo punto. Nel già citato saggio del 1968 egli ritiene, richiamandosi esplicitamente a *Magistratura democratica*, che “nessuno di questi giudici si appaga di questa «realtà» che si traduce o può tradursi in mero giuoco logico formale, nel quale egli si sente estraniato, come giudice, dalla creazione del diritto. La ragione è che esso sente che la norma-realtà è una astrazione, mentre in effetti il concretamento dell’ordine giuridico non può avvenire che attraverso la sua mediazione interpretativa. Egli si sente, insomma, creatore del diritto. Il giudizio nella sua tradizionale configurazione, cioè come la scienza l’ha costruito, e i giudici formati da quella scienza, [...] ha carattere, come suol dirsi dichiarativo, cioè privo di sostanziale valore, e trascina nel suo vuoto il giudice che lo rende”. Se questa è l’analisi critica dei magistrati democratici, un’analisi volta allo smascheramento dell’astrattezza del giudizio, Satta non può, nello scritto del 1968, che esplicitamente condividerla: “Dio sa se io non condivido pienamente l’impostazione, che rivendicherei addirittura come mia, se qualcosa di «mio» potesse esistere nella scienza. Tutta la mia opera giuridica è fondata su questa premessa, che è anche la conclusione del discorso, e da essa nasce la mia contestata contestazione della scienza ufficiale”⁴⁵.

44 Le citazioni di questo capoverso sono tratte da *ibidem*, p. 12.

45 *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, vol. I, cit., pp. 69-70. In questo contributo, che precede di due anni quello presentato a Roma in occasione del simposio dell’Unione Giuristi Cattolici, Satta, pur sviluppando rigorose critiche ai giuristi democratici, non utilizza nella sua prosa quei toni polemici che invece ritroviamo nel (e caratterizzano il) testo del 1970. Qui la discussione appare pacata e volta a riconoscere le ragioni altrui, pur proponendo un forte dissenso in merito alle soluzioni proposte. A pagina 75 del testo del 1968 possiamo in proposito leggere: “credo di aver riportato obbiettivamente le istanze fondamentali dei magistrati democratici. Me ne dà affidamento la totale

Un profondo dissenso si manifesta in Satta a fronte delle soluzioni proposte “dalle frange estremistiche”⁴⁶, esse ritengono di fondare il loro operato su una lettura, equivoca, del dettato costituzionale; “tra la legge e il giudice viene frapposta la Costituzione, e su questa si fonda la pretesa dei poteri del giudice fino alla negazione della norma [...] il principio generale per cui il giudice è soggetto anzitutto alla legge deve essere inteso [per le frange estremiste] nel senso che è soggetto soltanto alla legge costituzionale e poi alle leggi ordinarie in quanto compatibili con la Costituzione”, forte di questa presunta legittimità “sul piano della interpretazione il giudice deve colmare il contrasto tra norma costituzionale e norma, come suol dirsi, secondaria, ed espungere quest’ultima se incompatibile con la prima. [...] Si arriva persino a dire [...] che la Costituzione [...] ha totalmente contestato l’ordinamento precedente [quello del Regno], imponendo ai giudici di verificare tutte le leggi che essi debbono applicare e di controllare la loro conformità alla carta dello Stato repubblicano”⁴⁷.

All’interno di questa *nefasta* prospettiva, pronta a cogliere qualsiasi appiglio, anche il più sconclusionato, pur di giustificare il suo sfuggire alla legge, per Satta “la Costituzione non basta, a questa gente che non accetta la giuridica, e giuridicamente severa, realtà della vita. Ed è naturale che sia così. Quando non si accetta di essere servi delle leggi, nessuna

consonanza dei sentimenti nella critica dell’ordine, o del disordine, vigente”. Va rilevato che molti giudici democratici si rifanno al pensiero di Satta al fine di argomentare le loro tesi, vedi, a titolo d’esempio, I. Cappelli, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, cit. (richiamato a p. 32 del presente testo).

46 Così a p. 15 de *Il giudice e la legge*, cit.; espressioni di questo tenore non si ritrovano nello scritto del 1968.

47 *Ibidem*, pp. 16-17. Ovviamente Satta rileva che “dal punto di vista formale è la Corte costituzionale, essa ed essa soltanto, che verifica le leggi al lume dei principi posti dalla stessa costituzione; ma anche la Corte è inserita nel sistema, ubbidisce e deve ubbidire al sistema”, p. 17. In *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana*, cit., pp. 75-76, Satta rileva che “la nostra Costituzione viene presentata non solo come la tavola di fondazione della democrazia [...] ma come la «consegna» della democrazia. Si immagina cioè che, accanto e sopra la Costituzione, e la democrazia che essa ha realizzato nelle sue norme, ci sia una specie di democrazia fluida, inespressa formalmente, ma che vive in tutti noi, e che i giudici devono realizzare nei loro giudizi e non soltanto nei loro giudizi”. Questo specifico tema è ripreso da Satta in uno scritto intitolato *In appendice al «Giudice e la legge»*, apparso nel secondo dei *Quaderni del diritto e del processo civile*, Padova, 1969 e stimolato da un intervento critico alle tesi da egli sostenute al convegno di Ravenna e parzialmente riportato.

legge, nessuna carta, nessun principio può porre ostacolo al libido che si fa licito, cioè in definitiva al proprio orgoglio”⁴⁸.

Va da sé, allora, la pronuncia del celebre anatema lanciato da Satta davanti alla platea romana, il quale non può che richiamare al giurista cattolico che lo ascolta la vicenda di Lucifero: “l’usurpazione della legge da parte del giudice è un atto di orgoglio, di satanica disubbidienza”⁴⁹.

Al di là della esasperazione dei toni, ciò che preme qui sottolineare, avuto riguardo alla posizione del Satta, è il rapporto che egli tratteggia fra la politica ed il diritto; tale impostazione ci riporta alle riflessioni di Scarpelli sopra esposte.

Per il processualista, “politica e diritto stanno su due diversi piani. Non sono in rapporto di contraddizione, perché il diritto, nel suo contenuto normativo, è quel tanto di politica che è riuscito a giuridicizzarsi”⁵⁰.

In tal senso sussiste un rapporto fra diritto e politica; il giudice, per così dire, fa politica, opera delle scelte politiche, per mezzo delle quali “la vita filtra nel diritto, meglio diventa essa stessa diritto, lo rende partecipe della storia”. È in questa prospettiva che Satta ravvisa un’opera creativa del giudice, dato che “tutti gli istituti ricevono dalla giurisprudenza il loro mutevole volto”; qui, per riprendere le parole di Satta, la norma si offre “alla vita e alla storia come un vaso vuoto che la vita e la storia hanno cura di riempire [...] di qui il giudice ricava il suo giudizio, che del resto non è detto che debba essere assolutamente aderente al costume, essendo lo stesso giudice un cittadino che concorre a formare il costume, e a parte il fatto che il costume può essere anche *contra legem*: ma quello che il giudice non può fare, dove la sua interpretazione si arresta, è negare [...] la struttura che l’ordinamento [ha dato all’istituto]”⁵¹. È nell’aderenza all’ordinamento delle decisioni giurisprudenziali che vanno identificati i *limiti dell’interpretazione*.

In questa prospettiva il giudice fa politica, perché opera delle scelte, ma “la politica del giudice e del giurista è il diritto stesso: politica dello Stato [...] credo che il termine sia espressivo di una realtà generale, e non

48 *Il giudice e la legge*, cit., p. 17 (il corsivo è mio).

49 *Ibidem*, p. 23. Per Satta “la legge, anche la più ingiusta, è l’espressione di una volontà storica, ottenuta attraverso mille sacrifici, e in primo luogo il sacrificio della nostra individualità, l’offerta, diciamo meglio, della nostra individualità al bene, o alla speranza del bene comune”, *ibidem*.

50 *Ibidem*, p. 19.

51 *Ibidem*, p. 20.

soltanto della giustizia, perché lo Stato, per il solo fatto di essere, informa di sé tutte le componenti della vita, in quanto vita dello stesso Stato”⁵².

Non si può escludere che qualche lettore, intrattenendosi su queste pagine di Salvatore Satta, abbia la tentazione di ascrivere alle stesse la qualifica che Tarello riservò ad alcuni passi del Maestro di Satta, Giuseppe Capograssi⁵³, ciò non di meno appare chiaro che il processualista indichi nella scelta politica di fedeltà all’ordinamento l’unica opzione possibile per un giurista che non voglia essere disponibile per scelte di parte. In questa prospettiva, di fronte alla *satanica disubbidienza*, si colloca la politica di Stato, intesa come “ciò che lo Stato filtra, per così dire, nella sua imparzialità e obbiettività”; e l’autore sottolinea come “lo Stato ha uno spirito classico che trasfonde in ogni sua manifestazione: e in questa austera classicità sta il suo essere e la sua ragione d’essere al di sopra dello spirito di parte”⁵⁴.

L’interpretazione della legge alla luce della politica dello Stato si oppone ad una interpretazione della legge che faccia sì che la stessa “sia posta fuori dal sistema”. È all’interno del sistema che l’interpretazione creativa ritrova legittimità; per Satta “negare il sistema significa uscire dai limiti dell’interpretazione”⁵⁵.

In definitiva, per il Satta qui richiamato, l’interpretazione della legge deve avere finalità rigorosamente giuridiche, *intrasistemiche*; l’interpretazio-

52 *Ibidem*, p. 19. In uno scritto coevo, *Magistratura e Costituzione*, apparso nei *Quaderni del diritto e del processo civile*, vol. III, Padova, 1970, Satta rileva, richiedendo di fatto un intervento da parte del legislatore, che renda vigente nell’ordinamento le limitazioni all’iscrizione a partiti politici di magistrati ipotizzate dal comma terzo dell’articolo 98 della Costituzione, come “appare indubitabile che l’essere «soggetti alla legge», con o senza avverbio, se non può escludere la soggezione alle forze di fatto che premono sui giudici come premono su qualunque amministratore o su qualunque persona privata, esclude la soggezione al vincolo che deriva dal volontario inserimento in una associazione il cui piano programmatico incida sulla funzione che il giudice è chiamato ad esplicare. Tra il giudice e la legge si inserisce in questo caso un’altra «legge» che non è certo quella cui la formula si riferisce: la legge dell’associazione, che non può pertanto non risultare incostituzionale”, p. 64.

53 Giovanni Tarello in *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interpretete*, cit., p. 76, ascrive, con considerazione della prosa dell’autore, l’appellativo di *fumisterie* ad alcuni scritti di Capograssi in tema di interpretazione.

54 *Il giudice e la legge*, cit. p. 19.

55 *Ibidem*, p. 22.

ne è volta a riconoscere che “nulla è più vivo e presente della legge. Nella sua apparente uniformità comprende e abbraccia tutto il diverso. Basta penetrare questo diverso perché la legge nasca spontaneamente, e non ci sarà bisogno di creare leggi nuove, perché quella legge si ritroverà immancabilmente nel testo di oggi, di ieri, di sempre”⁵⁶. L’attività giurisprudenziale è volta a riconoscere nella regolamentazione del caso concreto la legge che gli è propria, ma nel far ciò il giudice deve mantenersi rigorosamente entro il sistema; di converso, le prospettive proprie alla magistratura *politicizzata* tenderebbero ad imporre dall’esterno del sistema giuridico una regolamentazione del caso, la quale non può che essere di parte e, pertanto, non giuridica.

Le istanze “del movimento che si auto qualifica democratico” non sono giuridiche, bensì politiche; non vi è alcuna omogeneità, rileva pacatamente Satta in uno scritto già richiamato del 1969, fra il lavoro del giurista, che, come sopra richiamato, si ispira alla (ed attua la) *politica dello Stato*, e le spinte di parte perorate da una componente della magistratura tesa a svincolarsi dalla legge per essere meglio *disponibile* ad istanze ed ad operazioni faziose⁵⁷.

L’estraneità culturale di Salvatore Satta a questo movimento va ricercata non tanto (e non solo) in una opposizione di natura, per così dire, *partitica*, del resto testimoniata dalla vicinanza di Satta all’Unione magistrati italiani, quanto nel ritenere, da parte di Satta, che il giudice ed il giurista, i quali si ritengano sciolti dal vincolo della legge, derivano, proprio per la mancanza di un solido appiglio giuridico, verso il gorgo dell’arbitrio, rendendosi disponibili a qualunque fazione, a qual si voglia operazione di potere. L’unica politica consentita al giudice è la politica dello Stato di cui, in quanto servitore, è parte integrante. Abbandonare questo ruolo, che non lo vede succube a forze a lui estranee, ma, viceversa, partecipe, per tramite della attività interpretativa ed applicativa della legge, alla formazione del diritto, per avventure animate da leguleia creativa faziosità risulta esiziale non solo per il suo ruolo, ma per l’intero processo di ordinamento giuridico, nel quale si attua, trasformando il potenziale conflitto in una controversia, la politica dello Stato, ovvero della *polis*, e non la politica di parte, che mira a dare risonanza giuridica-istituzionale al conflitto sociale. L’ambito giuridico è il luogo ove il conflitto ritrova la sua risoluzione e non uno dei luoghi dove si sviluppa il conflitto; il ra-

⁵⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁵⁷ Cfr. *In appendice al «Giudice e la legge»*, cit., p. 98.

gionare giuridico non è uno strumento a disposizione di una fazione in lotta. Il diritto è luogo di incontro non di scontro; questo, in definitiva, pare volerci indicare, anche con toni esasperatamente polemici, Salvatore Satta, nel momento in cui richiama la politicità dell'agire giuridico e respinge la sua parzialità.

5 – UN GIUDICE EQUILIBRATO CHE “SI ESALTA COME «ANIMALE POLITICO»”

Nonostante l'autorevolezza di Salvatore Satta inauguri, per così dire, il Congresso dei Giuristi cattolici del 1970 istituendo in quella platea la formula ciceroniana e richiamando l'attenzione degli uditori sulla constatazione per la quale la condizione della libertà è la soggezione alla legge⁵⁸, pare indubbio che tale impostazione, se non nelle sue linee generali, non ritrovi piena e totale accoglienza nei giuristi raccolti in Campidoglio in quella solenne occasione. Prova ne sia la riflessione proposta, nel medesimo simposio, da Piero Pajardi, Consigliere di Corte d'Appello e professore dell'Università cattolica di Milano⁵⁹.

Proprio partendo dal brocardo ciceroniano, “tutto il mondo del diritto, da Cicerone in avanti ed anche prima, gravita su questa giustificazione sociale: dobbiamo essere servi della legge per poter essere liberi”, l'illustre interventore giunge alla constatazione che vige nella coscienza giuridica il concetto per il quale “tutto nella legge e nulla fuori nella legge: con questo «slogan» si è pensato di cristallizzare, di mettere al sicuro, insomma la «voluntas» del legislatore. Qui si annida un errore colossale. E si consideri che le moderne democrazie partitiche hanno reso in definitiva il potere esecutivo arbitro del legislativo, provocando uno smottamento nell'equilibrio dei tre poteri, e rischiando per questa via, con la teoria tradizionale, di asservire anche il giudiziario all'esecutivo”⁶⁰.

Qui la formula ciceroniana, lungi dal porsi quale argine all'arbitrio derivante da una scriteriata prassi di interpretazione creativa, si palesa addirittura nel senso inverso; la soggezione del giudice alla legge è letta come suo possibile asservimento ad una fazione del corpo sociale, ma-

58 *Affinché si possa essere liberi siamo servi della legge*, pare la significazione dell'espressione ciceroniana derivante dallo svolgimento del tema proposto in quella sede da Satta.

59 *La funzione attuale del giudice*, in “Iustitia”, (1971), pp. 16-36.

60 *Ibidem*, p. 21.

gari, per dirla con Marsilio, *valentior pro quantitate vel qualitate*, ma pur sempre di parte e come tale portatrice non tanto di una politica dello Stato, quale voleva Satta, quanto di interessi particolari. Per l'autore, "non si sfugge a questa conclusione. La certezza del diritto, come supporto del governo della legge, e come fine di un esasperato quasi farisaico rispetto del testo di legge, trasforma il giudice in un computer. Degradando la sua umanità, lo riduce ad un mezzo elettronico dello strapotere dell'esecutivo, ed in ogni caso sopprime la realtà operante del terzo potere"⁶¹.

Si evidenzia chiaramente una lettura del moto ciceroniano più riconducibile alla dogmatica della Scuola dell'esegesi, che alle speculazioni di Satta; una soggezione alla legge funzionale all'operato di "un corpo di magistrati «vittima» di una tradizione tecnico-giuridica, abituato a leggere la legge più che a vedere la realtà sociale che ha ispirato la legge"⁶²; conseguenza di ciò è anche "un continuo e insuperabile scarto tra previsioni legislative e realtà da esse regolate, cioè tra norma giuridica ed esigenza sociale; scarto che ha fatto ritenere a non pochi che il diritto sia uno strumento ormai inadeguato a regolare la vita sociale"⁶³.

Si tratta, pertanto, abbandonando certe suggestioni derivate dal richiamo a Cicerone, di reagire a due problemi essenziali per il mondo giuridico: per un verso, affermare l'autonomia della magistratura dal potere esecutivo e da quello legislativo, per altro, indicare metodi che permettano un concreto e confacente adeguamento del diritto alla realtà sociale. In questo quadro, la soluzione delle due questioni è interconnessa; infatti, da un lato, "il diritto deve dimettere la funzione di conservare una immobilità sociale, e deve saper cogliere nella coscienza sociale, ed esclusivamente da quella, la propria ispirazione normativa", dall'altro, al fine di promuovere e condurre positivamente questo processo, necessita "un «giudice equilibrato»: quello è un vero giudice, perché non perde il contatto col reale, perché sa adattare la legge al caso concreto con tecnica ma anche con misura e prudenza"⁶⁴.

⁶¹ *Ibidem*, p. 21-22.

⁶² *Ibidem*, p. 22.

⁶³ *Ibidem*, p. 17-18. Per l'autore, prevale "un atteggiamento chiaramente conservatore del sistema giuridico, il quale pretende, volontariamente o no, di incidere in modo qualitativo sui comportamenti umani frenando l'evoluzione sociale".

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 20 e 23.

Appare evidente come un *giudice equilibrato* non possa essere un giudice imbrigliato fra le maglie della legge, un giudice in attesa di provvedimenti legislativi che adeguino il testo della legge alla mutante ed incalzante realtà sociale; l'autore rimarca, con un lessico riconducibile a quei giudici *democratici* esecrati da Satta, come “in una società borghese immobilista e conservatrice [...] il giudice tende ad applicare la norma con un tecnicismo diretto a conservare ordine sociale e diritti acquisiti; in una società in rapida trasformazione il giudice deve tendere ad imprimere alla norma una portata più evoluta, ricercando «rationes legis» sempre più adeguate”⁶⁵. Il *giudice equilibrato*, abbandonando gli angusti spazi tratteggiati dal tecnicismo, partecipa al governo della società imprimendo alle disposizioni significati adeguati alle esigenze sociali; in questo contesto la *ratio legis* è offerta dalla stessa evoluzione sociale e prescinde, pertanto, dalla volontà del legislatore. A tale proposito, Pajardi nello scritto richiamato, che segue, come ricordato, la relazione introduttiva di Satta, indugia sulla proficuità di un “governo dei giudici-uomini”, contrapposto al governo anonimo e disumanizzante della legge⁶⁶.

Qui si palesa una posizione non solo diversa, ma pure opposta a quella poco prima tratteggiata, di fronte alla stessa platea, da Salvatore Satta⁶⁷. Se, come osservato, Salvatore Satta ritiene che il richiamo ai principi costituzionali, invocato dai *contestatori*, al fine di superare, aggirandolo in fase di interpretazione ed applicazione della disposizione, un ostacolo legislativo e, pertanto, in nome di questi principi di fatto correggere o, nei

65 *Ibidem*, p. 23. Ancora Pajardi rileva “che la legge stessa è buon senso, frutto del temperamento di interessi contrapposti (Stato e cittadini, creditore e debitore, ecc.) sulla base di una sensibilità universale integrata dal contingente stato di evoluzione sociale di una società pluralistica. Una sentenza, un provvedimento, un atteggiamento, che, o per involuzione empirica, o per deformazione di speculazione, si scostano dal senso del reale universale e del reale contingente, urtano il senso di giustizia che la legge cerca invece di esaltare”, *ibidem*, p. 24.

66 *Ibidem*, p. 22. L'autore, ovviamente, riconosce “che i giudici non rispondono davanti al popolo”, allo stesso modo in cui il legislatore è investito della responsabilità politica derivatagli dalla diretta investitura popolare, ciò non di meno “non è impossibile trovare un sistema di responsabilità. Questa è comunque la strada”.

67 Laconicamente Guido Fassò evidenzia, nel rimandare “per un esempio di rivendicazione del valore del legalismo da parte cattolica” allo scritto di Satta *Il giudice e la legge* apparso su “Iustitia”, che “è da notare peraltro che l'articolo immediatamente seguente, *La funzione attuale del giudice*, di P. Pajardi, esprime un orientamento del tutto opposto”, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, cit., p. 899.

casi estremi, disapplicare la stessa legge, sia esiziale all'ordinamento giuridico in quanto ne sconvolge le fondamenta, all'opposto Pajardi individua in questo itinerario la strada regia per assecondare "l'evoluzione sociale [che] sta portando a compimento il concetto dell'uomo come persona"⁶⁸. La prospettiva di Pajardi è inequivocabile: "al giudice si chiede di interpretare le leggi e di applicarle alla luce di questo nuovo messaggio ideale [poco prima egli aveva sottolineato che la "costituzione non è un pezzo di carta stampata"] e di ergersi a giudice delle stesse leggi quando queste trasgrediscono la costituzione"⁶⁹. Non appare di secondaria importanza rilevare come Pajardi faccia proprio quel pensiero dei *contestatori* che era stato poco innanzi oggetto degli strali di Satta.

La perorazione a favore di una *satanica disobbedienza* si palesa in tutta la sua evidenza in questo contributo, a maggior ragione nel momento in cui l'autore pone una ulteriore prescrizione sull'operato della magistratura: "occorre che il giudice non si chiuda in tradizionali conformismi interpretativi, in torri dogmatiche di freddo tecnicismo. Si pretende che sia sempre più compiutamente uomo sociale, pronto alle più ardite interpretazioni evolutive della norma giuridica". In questo senso, "interpretare e applicare la legge è il suo compito formale; il compito sostanziale, cioè di «come» interpretarla e applicarla, è dettato dalla stessa società la quale pretende da lui che per il suo tramite l'ordinamento giuridico «viva» e «si sviluppi», si evolva insomma con essa società nei «limiti massimi» in cui la norma consente di essere interpretata evolutivamente"⁷⁰.

Nei passi qui richiamati emerge un altro punto che ricollega fortemente questo intervento con le istanze proprie alla *magistratura democratica*; il giudice è legato alla coscienza popolare, "il potere giurisdizionale è diretta espressione della sovranità popolare", ed egli, se vuole svolgere una funzione sociale, deve incarnarla e vivificarla nell'interpretazione della disposizione. In questo modo la sua opera si affianca a quella del legislatore. Infatti, la funzione "del giudice non [è] meramente recettiva, non [è] di semplice reintegrazione dell'ordinamento violato, bensì anche di propulsione del progresso sociale, di agevolazione dello sviluppo morale dei consociati, di continuità ideale dell'opera del legislatore"; in questo modo egli diventa "un operatore sociale che con una giustizia

68 P. Pajardi, *La funzione attuale del giudice*, cit., p. 25.

69 *Ibidem*.

70 *Ibidem*, pp. 25 e 30

più sostanziale e adeguata abbandona idealmente un palazzo di avorio per offrire al popolo, dal quale riceve l'investitura e in nome del quale giudica, la sua mente e la sua coscienza"⁷¹.

I limiti posti da una interpretazione adeguatrice *intrasistemica*, anche se qui mai formalmente superati, risultano alquanto costrittivi per una prospettiva la quale ritiene che compito del magistrato giudicante sia "il confronto tra la legge e la costituzione e quindi la verifica della prima alla luce della seconda"⁷²; non solo, ma anche che il "giudice deve rendere nel caso di specie il comando astratto della legge, ma nel far ciò deve dare alla legge un'anima, quella che il legislatore le darebbe se ponesse in quel momento la norma", e pertanto, determinate situazioni "vanno tutelate con una intensità legata alla sensibilità dei tempi pur senza variazione del testo di legge"⁷³.

In conclusione, se per un verso, il *giudice equilibrato* nel momento in cui interpreta ed applica la legge "fa «tutta» la politica possibile e addirittura si esalta come «animale politico»", per altro, proprio al fine di non disequilibrare la sua posizione nell'ordinamento, "dovendo capire la scelta fatta dal legislatore e per lui vincolante, deve penetrare la realtà sociale cui la scelta politica della legge è rivolta, e poi garantire la persistenza della scelta in tutti i casi e in tutti i tempi, per non tradire il messaggio del legislatore e fare una politica «sua», e quindi una politica per ciò stesso «sbagliata»"⁷⁴.

In questo senso, ancora una volta la politica del giudice e del giurista sarà la politica dell'ordinamento, ma alla formazione di questa volontà politica, da cui non è affatto esclusa la coscienza sociale vigente, attivamente partecipa l'operatore del diritto, che, in quanto operatore sociale, con la sua attività di interpretazione ed applicazione delle disposizioni legislative riporta nel processo di ordinamento giuridico le istanze della società. Egli è avvocato a questo compito, da qui la dimensione precettiva dell'analisi di Pajardi, a seguito di un investitura po-

71 *Ibidem*, pp. 27 e 31.

72 *Ibidem*, p. 29. Per l'autore in ogni caso, "quando la rottura sia apprezzabile sul piano costituzionale, o perché una legge antecedente la costituzione sia in contrasto con quest'ultima, o perfino se il contrasto riguardi una legge successiva, il giudice deve affermare la sua indipendenza di giudizio perfino di fronte alla legge e al legislatore e denunciare la legge alla corte costituzionale", p. 30.

73 *Ibidem*, pp. 30 e 31.

74 *Ibidem*, pp. 32-33.

polare, egli infatti giudica, amministra la giustizia in nome del popolo, *ex* articolo 101 della Costituzione. Il giudice possiede pertanto, proprio a causa della sua sottoposizione *soltanto* alla legge, una indipendenza funzionale che gli permette di adeguare la legge stessa alla coscienza sociale. La lettura del secondo comma dell'articolo 101 permetterebbe, quindi, di legare la sovranità popolare, da cui, come più volte rileva Pajardi, il giudice dipende, al suo operato; benché privo di responsabilità politica, in quanto non funzionario elettivo, il giudice è pur sempre dipendente dalla sovranità popolare (o, per usare i termini dell'autore, dalla coscienza sociale), vuoi nel senso non tecnicistico di dipendenza dalla legge, che è espressione della sovranità popolare, vuoi nel senso di esserne, in quanto *operatore sociale*, l'interprete che, nell'applicare la legge, deve adeguarla entro i limiti massimi della interpretazione evolutiva, alla sensibilità dei tempi.

6 – PER UNA PRASSI GIURISPRUDENZIALE ANTIFORMALISTICA

Anche il richiamo al testo di Pajardi, in vero non troppo *frequentato* da coloro che si sono occupati del dibattito sviluppatosi nell'ambito giuridico italiano del secondo dopoguerra sulla questione dell'interpretazione⁷⁵, ci permette di acquisire testimonianza della apertura nei confronti di una interpretazione evolutiva della disposizione legislativa, che, nonostante un'egemonia culturale positivistica apparentemente attratta verso la fedeltà al testo della legge, permeava ampi settori giurisprudenziali e dottrinari, tanto da far disconoscere questa tendenza quale appannaggio esclusivo di certi giudici e giuristi (in quegli anni) *contestatori*. Gli specifici interventi critici di Satta su questa prospettiva ci paiono non esemplificativi né del suo magistero in tema di processo, né tanto meno dei percorsi da egli battuti per uscire dal *tecnicismo*. Pajardi, viceversa, pare, all'intero di quel simposio, dare conto con maggiore obbiettività di una radicata tendenza antiformalistica presente nella cultura giuridica italiana anche e soprattutto di ispirazione cattolica. Al fine di non voler, anche involontariamente, far apparire ogni istanza di rottura con il dogma della fedeltà alla legge riconducibile ad una precisa scelta ideologica, ben esemplificata nel sottotitolo del volume collet-

75 G. Zaccaria, fra gli altri, lo richiama nel suo citato contributo su *L'obbiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto*, cfr. p. 608

taneo curato da Piero Barcellona (*Scienza giuridica e analisi marxista*), dal quale abbiamo preso le mosse, è bene rivolgere lo sguardo a questa tradizione dottrinale radicata nella cultura giuridica italiana.

Nel far ciò pare utile anteporre a questa breve visitazione ancora una considerazione di Guido Fassò, il quale, nell'accingersi ad indagare il problema dell'adeguamento del diritto alla realtà sociale e con questo la tendenza di parte della magistratura a giudicare con criteri diversi e fin'anco opposti a quelli vigenti, rileva che, a prima vista, appare "strano che questo atteggiamento sia delle correnti di sinistra della magistratura, e anche talvolta della dottrina, mentre i precedenti di esso, soprattutto i più vicini, erano di segno contrario"⁷⁶. Fassò constata, infatti, come, prima dello scalpore suscitato da certe posizioni espresse dai teorici e pratici del diritto riconducibili ad aree politiche di (estrema) sinistra, chi poneva "in discussione l'obbligo del giudice di attenersi alla legge erano i giuristi cattolici [...] che lo volevano vincolato prima che ad essa al diritto naturale"⁷⁷.

Risulta indicativo il rimando dell'autore ora richiamato al diritto naturale ed alla rappresentazione in chiave giusnaturalistica dell'esperienza giuridica al fine di indicare una radice, non riconducibile alla dialettica di classe propria al materialismo storico, di un atteggiamento antiformalista e, come lo tratteggia Fassò, sostanzialmente antilegalista e in opposizione allo stato liberale⁷⁸.

Sicché, all'interno di questa chiave interpretativa, rivendicare il principio di legalità, o come dice Fassò, "il valore del legalismo, sia da parte di giuristi laici [il pensiero corre ai richiamati contributi di Uberto Scarpelli], sia da parte di giuristi cattolici [la cui punta di diamante appare la riflessione di Salvatore Satta, or ora proposta], ha un significato politico ben preciso ed individuabile nella difesa della compagine statuale liberale", la quale intende "il diritto come la positivizzazione di una norma razionale, valida intrinsecamente in relazione ai fini permanenti della vita sociale, e non indirizzata a fini politici contingenti"⁷⁹.

76 G. Fassò, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, cit., p. 897.

77 *Ibidem*, pp. 897-898.

78 Per l'autore questo punto accomuna le due prospettive, il giusnaturalismo cattolico da un lato, il radicalismo storico-dialettico dall'altro; infatti, "l'attacco al principio di legalità è, come lo era stato quello cattolico mosso in nome del diritto naturale, attacco prima di ogni altra cosa alla concezione liberale dello Stato", *ibidem*, p. 899.

79 *Ibidem*, p. 899.

Nella critica al tecnicismo interpretativo, al formalismo giuridico così come i propugnatori di una interpretazione adeguatrice lo rappresentano, si annida una precisa scelta di campo, che accomuna teorici differentemente collocati nel campo delle ideologie, i quali ritrovano precisa comunanza nella avversione ai principî fondanti lo stato liberale e alla sua rappresentazione dei fatti giuridici.

In tal senso si può riconoscere come alla polemica con il positivismo giuridico e con la sua teoria dell'interpretazione, che si manifesta anche in questo particolare periodo storico contrassegnato dalla *contestazione*, sottende una più profonda e radicale critica, priva di agganci con l'allora contingenza storico-sociale, che ha come obbiettivo la stessa forma di stato derivata dall'ideologia liberale.

Sia pur prospettando esiti diversi, per tramite della rivendicazione di una *libertà* interpretativa non costretta dei limiti posti dalle vigenti disposizioni legislative si persegue l'obbiettivo di incrinare le fondamenta della costruzione dello stato ottocentesco, fondamenta che informano ancora quelle costruzioni teoriche e quelle prassi giuridico-politiche, che osservatori ed operatori del diritto di diversa estrazione ideologica criticano.

Il punto su cui vale la pena interrogarsi in modo problematico appare in buona sostanza riconducibile, non tanto alle finalità immediate della critica allo stato liberale qui proposte⁸⁰, quanto alla sua più generale portata in un processo di ordinamento giuridico da concretizzarsi nella società post-liberale, ovvero sia all'interno di quella compagine sociale nella

⁸⁰ Pare davvero dubbio, da quanto siamo andati qui esaminando che, nel loro complesso, i giuristi raccolti intorno al vessillo di *magistratura democratica* fossero animati da intenti rivoluzionari, ovvero, volessero sovvertire le istituzioni della Repubblica in nome di una ipotetica rivoluzione proletaria *a lá* Lenin, pare più corretto considerare, al di là di certe posizioni estreme, che gli stessi si ponessero come obbiettivo una riforma del processo di ordinamento giuridico nella società italiana in modo tale da renderlo più consono alle nuove esigenze di giustizia, che emergevano con prepotenza dalla cosiddetta società civile; la loro aspirazione, nel criticare alcuni parametri dello stato liberale, non pare essere quella di sedere in un tribunale rivoluzionario. Parimenti i giuristi cattolici, i quali, nel criticare il formalismo insito alla forma stato liberale, avevano di mira, più che un posto nel tribunale del *Santo Uffizio*, l'esigenza di compenetrare anch'essi giustizia e valori sociali, primo fra tutti la centralità della persona umana, con le disposizioni legislative. Da qui scaturisce la necessità di una *lettura* delle disposizioni alla luce non già delle aride indicazioni racchiuse nell'articolo 12 delle Disposizioni preliminari alla legge, bensì di principî etici e meta-giuridici ricavabili, ad esempio, dalle disposizioni costituzionali. Non appare affatto casuale che entrambe le prospettive, per quanto appaiano ideologicamente distanti, si richiamino al comma secondo dell'articolo 3 del dettato costituzionale.

quale, a cavallo degli anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo, i pensatori qui richiamati operavano. Pare, in definitiva, che al di là di roboanti uscite (dalla lotta alla società borghese ed ai privilegi da questa istituzionalizzati, alla esaltazione dei diritti dei lavoratori e dei ceti non abbienti), in vero proprie più alla critica radicale di sinistra, ma non avulse neanche alla riflessione cattolica, il vero problema fosse di rendere vigente, attraverso una prassi giurisdizionale sorretta da una riflessione dottrinale chiaramente antiformalistica, un ordinamento giuridico consona alla realtà sociale, che non si ponesse più nei confronti della stessa in modo eteronomo, ma viceversa, inglobando al suo interno quelle istanze e quei valori sociali che il legislatore non aveva (potuto o voluto, poco importa) recepito, così da dar vita ad una sorta di regolamentazione autonoma della vita sociale. In questa prospettiva il giurista (*in primis* il magistrato) si sente investito di una responsabilità politica; come abbiamo osservato, sia in certo mondo laico ed apparentemente rivoluzionario, che nel mondo cattolico ed apparentemente conservatore⁸¹, il magistrato giudica in nome del popolo e, pertanto, in nome di questo assunto deve piegare la legge, a cui è sottoposto, alle finalità prescritte dall'articolo 3, comma secondo della Costituzione; il suo compito, in quanto appartenente ad un organo costituzionale della Repubblica, è di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

Investito da questa missione, il magistrato di fatto copre campi, che una rigida teoria della divisione dei poteri di stampo liberale, ascrive al legislativo; la supplenza legislativa teorizzata e praticata da certa magistratura si indirizza a rendere effettivo il pieno sviluppo della persona umana; nel far ciò il magistrato ritiene di essere soggetto alla legge, ma ad una legge più alta della mera formula legislativa posta in essere dall'autorità competente; come ben evidenzia Satta, la legge a cui il magistrato politicizzato (e sotto questa dizione ricomprendiamo evidentemente *contestatori* laico-rivoluzionari e cristiano-sociali) si sente soggetto non è nemmeno il testo della Costituzione, ma sono i principi che egli ricava dalla lettura del testo e che vengono vivificati, istituiti dalla prassi sociale. A

81 Cfr. in merito alla lettura in chiave non laica dell'articolo 3 della Costituzione repubblicana il volume di D. Coccopalmerio, *Il diritto come diakonía. Studi sulla filosofia del diritto pubblico*, Milano, 1993, pp. 3-128.

questi principî egli è fedele nell'applicare la legge in nome del popolo. Certo, la magistratura con spiccate tendenze pseudo-rivoluzionarie e contestatrici, riprendiamo espressioni dagli scritti di Scarpelli e di Satta, avrà cura di porre in rilievo la seconda parte del comma dell'articolo 3 qui richiamato, la partecipazione dei lavoratori alla vita sociale del paese, mentre il mondo cattolico soffermerà la sua attenzione sul pieno sviluppo della persona umana, prescindendo, a volte, di rimarcare l'effettiva partecipazione dei lavoratori alla organizzazione del paese; ma è pur vero, come emerge dai testi qui richiamati, che per entrambe le prospettive il punto di riferimento è offerto da una lettura in combinato disposto degli articoli 3 e 101 della Costituzione. Questi articoli appaiono, il più delle volte, non quali grimaldelli per aprire le porte ad arbitrarie conclusioni giuridiche, arbitrarie perché palesemente di parte, ma, al contrario, assumono la veste di imperativi propri ad una morale sociale, quindi politica, posti dal legislatore costituente al giudice e che il popolo sovrano gli richiede di rispettare.

In questa prospettiva, trincerarsi dietro il tecnicismo interpretativo equivale tradire vuoi i principî ispiratori il legislatore costituente, vuoi, soprattutto, il popolo, di cui il primo è stato, in ultima istanza, il rappresentante. Si può forse affermare, sperando di non travisare le prospettive qui tratteggiate, come il giudice politicizzato è fedele al popolo, perché è dal popolo che promana, in ultima analisi, la legge; così i suoi valori, le sue esigenze, le sue aspirazioni si istituiscono nella prassi giurisprudenziale del giudice politicizzato, che piega alle esigenze del popolo le vuote formule poste in essere dal legislatore.

Nel suo ergersi ad interprete delle istanze sociali e rispetto a queste svolgere le disposizioni legislative, il giudice compie un atto di luciferina ribellione; egli si arroga quella funzione e quelle potestà che, nella ripartizione dei poteri, spettano solo ed esclusivamente al legislatore. In questo fare egli è sicuramente satanico; ma per poter presupporre l'esistenza delle vesti proprie ad un angelo ribelle bisogna ipotizzare anche l'esistenza di un dio a cui ribellarsi, e la divinità contro cui si erge questa rivolta è ben individuabile nel *dio mortale* di hobbesiana memoria.

Se ciò è vero una siffatta critica alla giustizia politicizzata ci proietta vorticosamente verso il centro del positivismo giuridico.

CAPITOLO QUARTO

VERSO UNA CONCEZIONE CREATIVA DELL'INTERPRETAZIONE

SOMMARIO

§ 1. Uno svolgimento del tema dell'interpretazione nelle inquietudini del giurista contemporaneo; § 2. Il diritto giurisprudenziale come migliore diritto possibile; sul *Saggio* di Luigi Lombardi; § 3. La rottura dell'egemonia statuale nella produzione del diritto: Pietro Rescigno e la riproposizione delle società intermedie; § 4. Ancora sull'interpretazione quale autonoma fonte di produzione del diritto; § 5. Il rifiuto del formalismo cela l'avversione per un legislatore *progressista*? § 6. Una digressione intorno al principio di sussidiarietà.

1 – UNO SVOLGIMENTO DEL TEMA DELL'INTERPRETAZIONE NELLE INQUIETUDINI DEL GIURISTA CONTEMPORANEO

Il richiamo apparentemente incondizionato al valore del legalismo che pervade certe pagine di Satta, tanto da far ipotizzare nell'autore una inversione di tendenza dottrinarie ed un ripensamento del suo magistero¹, non ritrova ampia eco nel mondo giuridico cattolico. Al di là

¹ Satta, nella prefazione all'ottava edizione del suo manuale di *Diritto processuale civile*, Padova, 1973, la prima edizione, come noto, vide la luce nel 1948, pur non abbandonando la sua critica al formalismo e continuando a ritenere che “le norme ed il giudizio formano una indissociabile unità, che il giudizio è creativo, e nel giudizio, cioè nel fatto, si trova la vera norma” (p. VIII), riconosce, con una certa amarezza: “se io debbo valutare il libro al lume del presente, mi è giocoforza dire che esso è stato sicuramente un fattore negativo, in tutti i campi, e sia nella scienza che nella giustizia” (p. XI). La ragione di questa severa autocritica va ricercata, per l'autore, nel aver di fatto

della richiamata relazione di Pajardi, centrale risulta, al fine di testimoniare la forte tensione ad un diritto *politicizzato*, che veda nel giurista, più che nel legislatore, il fulcro della sua esperienza, la posizione che negli stessi anni si viene dispiegando nella speculazione di Sergio Cotta.

L'autore, interrogandosi sulle *inquietudini del giurista contemporaneo*, riconosce come, in un contesto sociale investito da un rivoluzionamento

offerto con le sue teorie avverse la organizzazione gerarchica della magistratura, con il riconoscimento del momento creativo della norma nel giudizio e non nella precedente attività legislativa, aggio a prassi e teorie volte alla politicizzazione dell'esperienza giuridica. Nel voler palesare una sorta di eterogenesi dei fini, Satta così si esprime nella prefazione del 1973: "la mia istanza di rinnovamento si rivolgeva ancor più che alla scienza alla giustizia, sul fondamento teorico della unità dell'ordinamento, e quindi della funzione creativa del giudizio. Questa esattissima concezione, che comportava una nuova impostazione del rapporto tra legge e giudice, e sul piano pratico un richiamo del giudice alla liberazione dal formalismo, con accrescimento della sua dignità e responsabilità, è stata il filtro attraverso il quale è passata la politica nell'esercizio della giurisdizione. Il giudice (molti giudici) ha inteso la teoria come un'autorizzazione a farsi legislatore, e si capisce un legislatore di parte, quale solo può essere il giudice che si libera dalla soggezione alla legge. Sono vicende quotidiane, che tutti conoscono e subiscono, ed è inutile indugiare su di esse. Ma il guaio è che questi nuovissimi giudici si richiamano a me come loro autore, e mi si rivoltano contro perché io li sconfesso. Per quanto si tratti di un fenomeno che rientra nel conformismo politico, caratteristico del tempo presente, io non posso disconoscere che anche questa iattura ha la sua causa nel libro, e penso tristemente che se avessi lasciato le cose come stavano, se avessi lasciata la norma sul trono dove Chiovenda e gli altri l'avevano collocata, forse non saremmo a questo punto, o almeno io sarei libero dai rimorsi che gravano sul mio animo", (p. X). Tale questione era stata affrontata dall'Autore, sia pur con toni meno apocalittici, alcuni anni prima, precisamente nello scritto *In appendice al «Giudice e la legge»*, apparso nel 1969 sul secondo dei *Quaderni del diritto e del processo civile*. In quell'occasione, rispondendo ad una replica al suo intervento inviagli da Guido Marino, magistrato chiamato in causa da Satta nel sopra citato intervento al Congresso dell'Unione Magistrati italiani di Ravenna in proposito di un suo articolo apparso su "Il Ponte", l'autore così si esprime: "altro punto di cui mi vorrei subito sbrigare per venire al sodo è quello della chiamata di correo, se così si può dire, cioè della derivazione delle istanze dei giudici democratici dalle mie idee. Non è cosa nuova: già ne ho fatto cenno nella prefazione all'ultima edizione del *Manuale* [...]. Ora io sarei certamente lusingatissimo di aver dato occasione con le mie povere elucubrazioni a un pezzo di storia, di quella misteriosa storia che si crea un principio di causalità a tutto suo uso e consumo: ma essendo io ancora vivo (di solito i profeti sono tutti morti quando si avverano le loro profezie) non posso accettare la paternità del movimento che si auto qualifica democratico per una semplice ragione: che le idee da me espresse sono rigorosamente giuridiche, e le istanze del movimento sono politiche. Non vi è dunque omogeneità fra le due cose, anche se [...] i colleghi giuristi tendono a confonderle, per svariate e non tutte lodevoli ragioni", p. 96.

tecnologico², le categorie ottocentesche della dogmatica risultano del tutto inadeguate a fronte di una società pluralistica; per Cotta “orientandosi secondo la tendenza metodologica (e ideologica) del positivismo giuridico, il giurista ottocentesco si è venuto infatti progressivamente astringendo, com’è ben noto, al compito di mero applicatore ed interprete della volontà del legislatore o, al massimo, a quello di semplice formulatore tecnico, di *traduttore giuridico* (per così dire) della volontà politica del Potere sovrano. E tale compito risulta ancor più ristretto per il fatto che l’interpretazione e l’applicazione del diritto, ridotto alla legge, vengono intese come attività puramente automatiche, che trovano la loro simbolica espressione nel sillogismo dell’interprete”³.

Nonostante il profondo modificarsi della realtà sociale, che determina il sorgere di un diritto spontaneo accanto a quello legale, che impone la ricerca di una costituzione materiale sotto quella formale, che implica il recepimento dei valori politico-sociali nel sistema normativo, per Cotta “autorevoli giuristi continuano ad additare come l’unica buona la strada del formalismo”⁴.

Anche in grazie a “l’appassionato e lungimirante attacco condotto su tutti i fronti della cultura giuridica dalla *Freirechtsbewegung* [...] dal neo-idealismo filosofico [...] dal realismo giuridico”, è ormai evidente, per Cotta, che “in nessun caso la norma quale esce dal lavoro dell’interprete corrisponde alla posizione normativa formulata dal legislatore come la copia all’originale”⁵. Ma vi è di più oltre a questa constatazione: “tocca al giurista trasformare l’arida imperatività astratta della legge [...] in accettabile ed accettata norma suscitatrice di civile obbedienza. Solo se interpretata in tal modo la legge di una società pluralista, quale di fatto

2 Il testo di Cotta a cui facciamo riferimento, è significativamente titolato *La sfida tecnologica* (Bologna, 1968).

3 *La sfida tecnologica*, cit. p. 139 (le citazioni sono tratte dalla quarta edizione, Bologna, 1971).

4 *Ibidem*, p. 136.

5 *Ibidem*, pp. 154-155. Rileva l’autore, che “il mito del giurista puro esegeta è ormai tanto logoro che, per difenderlo, si è oggi costretti ad affermare non più che egli *sia* effettivamente mero applicatore, bensì che *debba* esser tale. Altrimenti egli non sarebbe un giurista democratico, rispettoso dell’unica autorità legittimata democraticamente a legiferare in virtù della concezione rousseauiana della legge quale espressione della volontà generale”, *ibidem*, p. 156. Rimandiamo in proposito alle posizioni assunte da Uberto Scarpelli e qui sopra riportate.

è la società umana, risulterà democratica non soltanto in teoria bensì anche in concreto, nel convincimento di coloro che le sono soggetti”⁶. All’interno di questo quadro, “è assai difficile, per non dire impossibile, che il giurista si limiti ad una interpretazione puramente meccanica della norma legislativa. Non pare dubbio che egli sia sospinto a svolgere l’indispensabile opera di *consolidamento*, di *unificazione* richiesta dalle discordanti o divergenti tendenze normative effettivamente esistenti, per armonizzarle nel quadro dei principi giuridici supremi della comunità”⁷. Appare pertanto consequenziale “attribuire al giurista, e in primo luogo al giudice, la responsabilità del continuo completamento e aggiornamento del sistema normativo”, lungi dall’essere fonte di arbitrio, questa partecipazione alla formazione normativa, testimonia da parte del giurista “un rinnovamento di quella antica partecipazione autonoma alla creazione del diritto e quindi al Potere che per lunghi secoli gli è stata propria in virtù della sua posizione di mediatore tra Potere e società civile”⁸.

La funzione creativa del diritto non ha, quindi, in questa prospettiva quei connotati arbitrari e degenerativi in una società democratica i quali sia Scarpelli, che Satta avevano posto in evidenza; la partecipazione del giurista alla funzione normativa determina, al contrario, una sorta di parcellizzazione del potere; lontana dall’apparire frutto di tendenze, più o meno inconse, a porre in essere spettri totalitari⁹, questa prospettiva, viceversa, si pone quale valido antidoto ad ogni inversione autoritaria della società. In questo senso, per Cotta, “se si vuole sventare la minaccia del totalitarismo tecnocratico, che è immanente alla società tecnologica, per la sua ambivalenza di fondo, occorre procedere oltre:

6 *Ibidem*, p. 159. Va rilevato come, a detta dell’autore, “le stesse costituzioni democratiche recenti, come quella italiana [...] hanno attribuito, se non sempre formalmente certo effettivamente, al giurista-giudice (e quindi a livello teorico anche al giurista-studioso) il compito di partecipare alla funzione legislativa sul piano della costruzione del sistema”, *ibidem*.

7 *Ibidem*, p. 172.

8 *Ibidem*, p. 182. Sul ruolo di mediatore assolto dal giurista fra la società civile o le società intermedie ed il potere centrale o statale ritorneremo oltre attraverso il richiamo a Pietro Rescigno. Per l’esperienza medievale rimandiamo a L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967 e P. Grossi, *L’ordine giuridico medievale*, cit.

9 Esplicitamente evocati, come sopra osservato, da Uberto Scarpelli e Guido Fassò, ma costitutivi anche della critica opposta da Salvatore Satta ai giudici *contestatori*.

verso il pluralismo nella produzione del diritto, realizzato con una ordinata e chiara divisione delle competenze, che consenta tanto lo sviluppo quanto il coordinamento della vita sociale [... bisogna ricorrere ...] alla creazione giurisdizionale di norma di portata generale sulla base del caso concreto, come avviene nei sistemi di *common law* attraverso l'istituto del «precedente»”¹⁰.

La prospettiva solcata da Sergio Cotta conduce inevitabilmente verso una pluralità di fonti normative, accanto alle fonti legislative vanno a collocarsi le fonti giurisprudenziali, per un verso, al fine di limitare il potere delle prime, per altro, per far sì che i valori socio-politici penetrino all'interno del sistema giuridico e divengano essi stessi valori giuridici incarnati in norme giuridiche. L'ordinamento giuridico è qui proposto come un processo di ordinamento della società in costante evoluzione, i cui indiscussi protagonisti paiono essere proprio quei giuristi che il positivismo giuridico aveva relegato al compito di puri esecutori della volontà sovrana escludendoli, in quanto tecnici, da ogni partecipazione al Potere.

Per l'autore, “il sistema giuridico adatto alla società tecnologica esige senza dubbio una solida struttura portante, consistente *in primis* di principi regolativi generali e di norme di organizzazione, di produzione, di competenza, che istituiscano autorità legittime, conferiscano poteri e stabiliscano procedure fisse e controllabili (è questo il livello giuridico-costituzionale). Seguiranno poi norme di particolare rigidità, come quelle penali o quelle tributarie, dalle quali dipende la libertà del cittadino. Ma al di là di questi livelli è opportuno che la struttura giuridica rimanga *aperta*, per cui sia possibile completarla mobilmente a seconda delle esigenze dello sviluppo”¹¹.

L'idea di un ordinamento giuridico non autoreferenziale, bensì aperto alle istanze promananti dalla società civile, implica una cooperazione fra il legislatore, cui compete l'opera di costruzione, in sinergia con il giurista, delle architravi del sistema; “ma – a detta di Cotta – il compito delicatissimo ed essenziale di completare tali strutture e tali decisioni con opportune disposizioni normative, in modo da assicurare l'armonia funzionale dell'edificio, non può spettare che al giurista”¹².

¹⁰ S. Cotta, *La sfida tecnologica*, cit., p. 183.

¹¹ *Ibidem*, p. 181.

¹² *Ibidem*.

Il giurista ha pertanto un preciso ruolo politico, egli abbandona la sua posizione, marginale, di tecnico subordinato al servizio del potere, in cui l'ideologia del positivismo giuridico lo aveva relegato, assumendo il legislatore a sovrano *legibus solutus*: infatti, "la società tecnologica spinge il giurista ad assumere un [...] compito propriamente *politico*: quello di partecipare alla produzione del diritto affinché lo sviluppo possa svolgersi con la indispensabile elasticità. Una precisa esigenza dei tempi porta dunque a ristabilire una divisione di competenze nell'esercizio delle potestà normative che nella società odierna costituisce l'espressione più alta del Potere. E dalla divisione del Potere scaturisce ancora una volta una garanzia di libertà"¹³.

La prospettiva qui solcata da Cotta, frutto, come lo stesso autore palesa, di una riflessione iniziata nel 1964 nel corso di una serie di seminari svoltisi presso l'ateneo fiorentino, se si pone su un piano di convergenza con le analisi proposte da Pajardi, pare ampiamente discostarsi dalle posizioni assunte e caparbiamente difese negli stessi anni da Salvatore Satta. Essa tende a far primeggiare nell'ambito dell'esperienza giuridica, il *dato* (inteso come mentalità e prassi giuridiche comuni) sul *costruito* (la disposizione legislativa) e nel far ciò fronteggiare la prospettiva positivista, figlia dell'illuminismo, nella quale, viceversa "la parte del *costruito* prevale di gran lunga sulla parte del *dato*. E di pieno diritto poiché, nel quadro di una filosofia razionalista, il *dato* appare come il residuo vischioso di un passato barbaro e irrazionale, mentre il *costruito* si presenta come l'opera della ragione incarnata nel legislatore illuminato"¹⁴.

In definitiva, per Cotta, "sul piano giuridico, la realtà sempre in movimento dello sviluppo respinge dunque in maniera netta il sistema del codice e richiede un apparato normativo più elastico, nel quale il *costruito* predisposto dal legislatore, se non vuole risultare sterile o addirittura dannoso, deve lasciare sempre largo spazio al *costruibile*"¹⁵.

13 *Ibidem*, pp. 187-188.

14 *Ibidem*, p. 166.

15 *Ibidem*, p. 180. Come avremo modo d'osservare l'idea di "un apparato normativo più elastico" è presente anche nell'itinerario speculativo di Stefano Rodotà.

2 – IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE COME MIGLIORE DIRITTO POSSIBILE; SUL *SAGGIO* DI LUIGI LOMBARDI

Su questa prospettiva ritrova innesto un poderoso saggio, sorto anch'esso nello stesso ambito culturale. Nel 1967, nella collana dell'Istituto di Filosofia del Diritto dell'ateneo romano, diretta dallo stesso Sergio Cotta, viene pubblicato il *Saggio sul diritto giurisprudenziale* di Luigi Lombardi. L'idea di fondo è enunciata con chiarezza sin dalle pagine introduttive di questo lavoro, che, partendo dall'esperienza romanistica, affronta il tema del diritto comune per approdare ad una analisi del giusliberismo: “la giurisprudenza [...] tende a divenire [...] anche fonte del diritto”, sicché si palesa “sul versante dell'autorità un «diritto giurisprudenziale» da collocare, quando vi sia, tra i vari complessi normativi concorrenti nel formare il diritto positivo”¹⁶.

Ricollegandosi ad una riflessione di Tullio Ascarelli¹⁷, l'autore rileva “che il diritto è sempre quale interpretato, che il diritto interpretato è, rispetto al diritto non interpretato, un diritto nuovo, che il confine tra interpretazione e innovazione sfugge a una determinazione assolutamente precisa; ma è anche vero che il diritto positivo non interpretato sta col diritto quale interpretato in una relazione che in qualche modo è di continuità; esso sebbene non esaurisca la realtà del diritto inteso come norma positiva dell'azione, ha pure una sua realtà come punto di partenza dell'interpretazione, come nucleo del diritto quale interpretato, come elemento delimitante, sia pure in modo approssimativo, l'ambito entro il quale la libertà dell'interprete può (deve) esercitarsi”¹⁸. In questo senso “la legge è, sì autoritativa, ma solo come nucleo o quadro o progetto della norma «legale» in atto”¹⁹. Per l'autore, “occorre quindi liberarsi dal legalismo anche come rappresentazione di una norma legale tutta autoritativa. La legge è, di solito, autoritativa come norma in potenza;

¹⁶ *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. VII-VIII.

¹⁷ T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, 1952, p. XLIII, evidenzia come “la norma, a sua volta, sarà sempre quale è interpretata. Codici o precedenti giurisprudenziali, leggi o costituzioni saranno sempre tali quali sono interpretati [...] e in questa interpretazione possono finire per prevalere anche orientamenti o concezioni opposte a quelle del legislatore, perché l'ultima parola è sempre, e per definizione, quella dell'interprete”.

¹⁸ L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 502.

¹⁹ *Ibidem*, p. 509.

come norma in atto essa ha il grado di autorità dell'interpretazione in cui si attua"²⁰.

Il pensiero di Lombardi appare chiaramente ricollegabile alla riflessione cottiana, nel momento in cui ritiene che l'ordinamento giuridico, inteso quale insieme di norme poste dal legislatore, non possa venire recepito quale sistema di norme in sé concluso, piuttosto "come sistema istituyente un'organizzazione a sua volta produttrice di norme"²¹. D'altro canto, "la giurisprudenza con la sua attività necessariamente inventiva ci conduce a vedere quello stesso sistema, e l'organizzazione reale che gli corrisponde, nel loro profilo dinamico, come movimento e come processo"²². Si ripropone pertanto una visione di un ordinamento giuridico *aperto*, di un ordinamento che si specifica attraverso l'attività giurisprudenziale, l'unica in grado di renderlo effettivamente consono alla realtà sociale che è chiamato a regolamentare. L'ordinamento giuridico si forma e muta all'interno di questo processo che oscilla fra norma posta e norma interpretata. L'attività giurisprudenziale "è sempre «creativa» almeno nel senso che non manca mai, neppure in regime legalista, di elaborare, *producere in melius*, inventare il diritto"; va pertanto rigettata la rappresentazione che assegna alla giurisprudenza una funzione meramente conoscitiva del sistema normativo posto dal legislatore, e ciò riconoscendo che la giurisprudenza "è un intervento sulla norma, una fase della stessa vita della norma un ulteriore «momento giurisprudenziale» attraverso cui la norma si dispone a passare per poter governare la azione"²³.

Questa constatazione permette altresì all'autore di riconoscere che "la norma non è dunque una realtà semplice, immutabilmente identica a se stessa: ha, prevista dall'ordinamento e svolgentsi grazie all'organizzazione di cui la giurisprudenza è parte costitutiva, la sua «storia ideale»"²⁴. Va quindi abbandonata l'ipotesi che la disposizione sia

²⁰ *Ibidem*, p. 510.

²¹ *Ibidem*, p. 513. Cfr. in merito S. Cotta, *La sfida tecnologica*, cit., p. 181 ove rileva come "il compito delicatissimo ed essenziale di completare tali strutture e tali decisioni con le opportune disposizioni normative, in modo da assicurare l'armonia funzionale dell'edificio, non può spettare che al giurista, ai suoi vari livelli operativi".

²² L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 513.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

sin dal suo sorgere, attraverso la manifestazione di volontà dell'autorità legislativa, operativa; la disposizione legislativa al fine di poter ritrovare impiego nella realtà sociale deve necessariamente venire rielaborata dalla giurisprudenza e questa operazione inventiva, e non meramente conoscitiva, si riproduce ogni qual volta la disposizione legislativa deve venire nuovamente impiegata. La disposizione si evolve, muta al mutare del contesto in cui viene di volta in volta rielaborata, in definitiva creata, ma questo contesto è, come ben evidenzia Lombardi, giurisprudenziale. L'autore individua anche i limiti posti alla attività creativa dell'interprete; infatti, "dire che nei confronti della legge (come di ogni norma generale positiva) la giurisprudenza è necessariamente libera ed inventiva, non significa contestare la definizione comune secondo cui essa è conoscenza del diritto positivo". In tal senso l'attività giurisprudenziale sarà tesa alla "conoscenza del migliore possibile diritto, dove «possibile» indica appunto il positivo"²⁵. Questo limite alla libertà dell'interprete ed individuato dalla ricerca del migliore diritto possibile potrebbe palesarsi di natura deontologica, quasi a porre l'interprete sotto una sorta di vincolo morale, subordinando l'ordinamento giuridico ad un ipotetico ordinamento meta-giuridico, il quale, qualora potesse fondarsi, poco potrebbe fare a fronte di spinte particolari e tendenti ad una rielaborazione arbitraria della disposizione legislativa.

In realtà, i limiti qui proposti da Lombardi e sunteggiati nella coppia *il migliore* ed *il possibile*, non hanno natura, per così dire, *para-fisica*, sono, al contrario, fortemente radicati nella realtà sociale, tanto da porsi quali invalicabili ostacoli empirici alla sempre possibile tendenza *libertina* dell'interprete. Per l'autore, come già osservato, "la giurisprudenza è l'attività conoscitiva metodicamente rivolta alla ricerca e alla formulazione della norma giuridica che secondo i criteri del giurista risulti la migliore tra quelle che appaia possibile ritenere positive (cioè valide-effettive o semplicemente effettive) in un determinato ordinamento e in un determinato momento storico"²⁶.

Il primo requisito (*il migliore*) ricomprende in sé "valori culturali (etici, politici, economici ecc.: diciamo, con un'unica parola impropria, la «giustizia»)", potremmo anche denominarli *endoxa*, accanto ai quali si

²⁵ *Ibidem*, p. 522.

²⁶ *Ibidem*, pp. 522-523. Rileva l'autore che "si può dire allora che il diritto in ogni punto della sua «storia ideale» nasce dal congiungersi del dato positivo, dinamicamente inteso, e dei criteri di integrazione; ossia che l'intero processo giuridico è giurisprudenza", p. 551.

pongono “specifici valori tecnico-giuridici come la chiarezza, la precisione, la completezza, la coerenza, la «praticabilità» ecc.”²⁷. Pertanto, possiamo ritenere che la norma giuridica migliore, ricavabile dalla disposizione legislativa, sia la norma che effettivamente corrisponda ai valori sociali vigenti in un dato contesto e che, nel contempo, soddisfi i requisiti di chiarezza, completezza e coerenza, i quali la rendono operativa in quel contesto sociale. Il richiamo al valore è pertanto ancorato, per un verso, alla vigenza sociale dello stesso e, per altro, alla necessità che la norma sia operativamente valida; nessun riferimento, nemmeno implicito, a istanze sovra-positive, dato che sia l’una, che le altre sono radicate nella realtà sociale e necessitano per fondare la norma nella realtà sociale. Il primo requisito fa sì che la norma sia posta e possa porsi nella realtà. Il secondo requisito (*il possibile*) si pone, nella riflessione di Lombardi, quale limite al primo; nel senso di limite giuridico-formale, ove lo si intenda come momento procedurale (nel *inventare* la norma bisogna rispettare l’ordinamento, nell’*inventarla* non si possono travalicare i limiti, anche semantici, posti dalla specifica disposizione legislativa su cui la giurisprudenza opera), e nel senso di limite sociale (in una realtà di pluralismo valoriale va perseguito il compromesso). Anche la seconda serie di condizioni rileva la tensione e rendere positiva, nel senso latissimo e comunque non *contra legem*, la norma ricavata dalla disposizione, e di farla accogliere positivamente nella realtà sociale evitando, fin dove ciò sia possibile, ogni prevaricazione.

Emergono, pertanto, dietro la denominazione apparentemente fuorviante del migliore e del possibile, limiti pratici all’attività interpretativa, limiti che in ogni caso non riconducono il giurista entro gli angusti spazi del legalismo più volte criticato dall’autore: infatti, “il giurista non serve direttamente la legge ma si serve della legge per servire il diritto, e cioè per formulare un diritto che abbia anche il requisito del positivo, del possibile”²⁸.

Volendo seguire il pensiero di Lombardi in merito ai limiti posti all’attività giurisprudenziale, rileviamo che “il criterio finale (anche se non esclusivo) ci è parso dover essere quello dell’effettività, intesa come verosimile capacità di ottenere obbedienza nel presente. Il migliore diritto possibile è appunto, in ultima analisi, il migliore diritto effettivo”. Va altresì rilevato come l’autore, sulla scorta della prospettiva

27 *Ibidem*, p. 523.

28 *Ibidem*, p. 524

giusliberista, ritiene che “l’accertamento dell’effettività, quando non sia compiuto presuntivamente sulla base della validità formale della norma, spetta alla «sociologia», principalmente nel suo aspetto di conoscenza di individualità: si tratta di sapere quale norma sia effettiva in un dato ambito di persone, e nel presente”²⁹.

Nella speculazione di Lombardi non si assiste alla manifestazione di uno iato fra il legislatore ed il giurista, quasi a voler attribuire nell’esperienza giuridica centralità esclusiva a quest’ultimo, che per tramite dell’attività giurisprudenziale risulterebbe il vero creatore del diritto; la tensione è piuttosto volta a far riconoscere la complementarietà dei due poli della dicotomia. Indicativo in proposito appare il richiamo effettuato dall’autore al Codice civile elvetico, ai sensi del quale “l’impegno del giurista, esauriti i criteri offerti dalle diverse componenti del diritto positivo, è di decidere come se fosse lui il legislatore”; ciò fa riconoscere all’autore che “il giurista può e deve coltivare in sé la visone «politica» dei problemi (da non confondere con quella partitica in senso deteriore [...])”³⁰.

In definitiva, l’itinerario percorso da Lombardi tende all’integrazione paritaria e non alla contrapposizione subordinata tra le due figure cardine dell’esperienza giuridica: l’opera del legislatore, per un verso, e quella del giurista, per l’altro, devono integrarsi, recuperando quell’equilibrio che certa dogmatica ottocentesca aveva incrinato. In tal senso, “la «politica del diritto», riservata di solito al legislatore, e la «scienza del diritto», riservata di solito al cosiddetto interprete, formano – insieme – la vera giurisprudenza. La loro consapevole fusione, metodologicamente necessaria, può essere di giovamento tanto al legislatore come al giurista: al legislatore col suggerirgli leggi meno partitiche e demagogiche, meno frettolose e incoordinate, meno pretenziose; al giurista per esempio facendogli superare un secolare, ma non oggettivamente necessario, atteggiamento di timidezza o indifferenza verso i criteri «politici» e «distributivi»”³¹.

29 *Ibidem*, pp. 539-540.

30 *Ibidem*, p. 550.

31 *Ibidem*.

3 – LA ROTTURA DELL'EGEMONIA STATUALE NELLA PRODUZIONE DEL DIRITTO: PIETRO RESCIGNO E LA RIPROPOSIZIONE DELLE SOCIETÀ INTERMEDIE

La spiccata sensibilità riscontrata negli scritti qui richiamati di Cotta e di Lombardi nei confronti dei valori e dei rapporti sociali, tanto da esigere dalla giurisprudenza una attività interpretativa creativa, tale da adeguare di volta in volta l'ordinamento vigente alle nuove ed impellenti richieste promananti dalla società civile, si riconnette ad un più vasto movimento innovativo sbocciato nella cultura giuridica italiana, con particolare riguardo a quella cattolica, nel decennio che ha preceduto le elaborazioni dottrinali qui richiamate. Esemplificazione di tali esigenze innovative, volte anche alla re-responsabilizzazione in senso politico del ceto dei giuristi, si ritrovano enucleate, per usare le parole di Tarello³², nel *programma* di politica del diritto elaborato sul finire degli anni Cinquanta dello scorso secolo da Pietro Rescigno.

Come avremo modo di osservare, il fulcro del *programma* si radica nel potenziamento delle società intermedie intese come strutture sociali relazionali, dalla famiglia alle associazioni professionali di categoria ed alle organizzazioni economico-produttive, nelle quali si manifestano i valori e gli interessi delle persone che le compongono; la loro valorizzazione appare necessaria al fine di tutelare la persona umana, la sua dignità e la sua libertà, che vengono aggredite dalla istituzione spersonalizzata e spersonalizzante dello stato. È stato in proposito rilevato come, all'intero di questa prospettiva, "il compito del giurista è dunque quello di sfruttare sino in fondo le potenzialità dell'ordinamento giuridico in ordine alla tutela (non direttamente dell'individuo, ma di questo indirettamente, e invece direttamente) delle società intermedie"³³.

Pietro Rescigno propone il suo *programma*, discutendo in tema de *Le società intermedie* nell'ambito dell' VIII Convegno nazionale dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, tenutosi a Roma nel dicembre del 1957³⁴. La

32 Cfr. G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, cit., pp. 83-84.

33 *Ibidem*, p. 83.

34 Cfr. P. Rescigno, *Le società intermedie*, in *Persona, Società intermedie e Stato. Quaderni di Iustitia* n. 10, Roma, 1958, pp. 50-77. Lo stesso contributo venne proposto sulle pagine de "Il Mulino. Rivista mensile di cultura e di politica", VII (1958), n. 1, pp. 3-34.

relazione presentata dall'autore³⁵ prende le mosse dalla constatazione della necessità impellente del riconoscimento delle esigenze “delle formazioni intermedie tra l'individuo e lo Stato”; questo tema era stato sottaciuto da una cultura giuridica viziata “da un estremo formalismo”, ma è stato ben presente in quei giuristi (il riferimento nel testo è a Bozzetti, Capograssi e Dossetti), ai quali “le società particolari sono apparse come le vie – vie lunghe, lente, crudeli – attraverso le quali l'individuo acquista coscienza d'essere persona, diviene *persona*”³⁶.

A fronte d'una compagine statuale che “rivendica a sé la produzione esclusiva delle norme e riduce alla legge tutto il diritto”³⁷, si sviluppa una dottrina del pluralismo giuridico, la quale, nello studiare i fatti sociali, le istituzioni che sorgono nella società, in veste di fenomeni giuridici e non solamente sociologici e nel coglierne la centralità quale momento espressivo della persona umana, offre un argine alla straripante centralità dell'ente statuale nella vita sociale. Quest'argine è rappresentato dalla riscoperta del fondamentale ruolo giuridico espresso dalle società intermedie. Per Rescigno, il pluralismo giuridico, nel cogliere la centralità delle società intermedie, “si preoccupava di limitare lo Stato, ma con il diritto positivo dei gruppi, invece che con la barriere dei diritti naturali dell'individuo; come il costituzionalismo era ansioso di scomporre il potere, ma voleva farlo dall'esterno; tendeva ad allargare le basi della sovranità, ma, discostandosi dalla dottrina democratica, vedeva l'uomo nelle sue diverse manifestazioni, lavoratore, produttore, consumatore; subordinava lo stato alla società, ma era

35 Le relazioni presentate furono tre: A. Trabucchi, *Libertà della persona*, C. Mortati, *La comunità statale* e, per l'appunto *Le società intermedie* di Rescigno. Le relazioni ed il dibattito sviluppatosi sono pubblicati in *Persona, Società intermedie e Stato*, cit.

36 Cfr. P. Rescigno, *Le società intermedie*, cit. pp. 50-52.

37 *Ibidem*, p. 58. La critica ad una compagine statuale che pretende di monopolizzare la produzione giuridica è altresì presente nella relazione presentata allo stesso incontro da Alberto Trabucchi, il quale osserva che “ammessa l'onnipotenza dello Stato nella formazione del diritto, si dovrebbe riconoscere anche la separazione del diritto dalla morale; con la conseguenza che, se il diritto si allontana dalla norma etica, anche l'osservanza delle leggi più non costituisce un imperativo morale; e proprio da qui sorge per lo Stato la necessità di irrogare sanzioni sempre più forti [...] più ancora da queste esperienze, che da concezioni teoriche trae fondamento l'innegabile ritorno, che si nota nella coscienza degli uomini liberi e nella più generale accezione dei giuristi moderni, all'idea che la difesa dei valori fondamentali vada assicurata oltre la volontà contingente di un legislatore”, *Libertà della persona*, cit., pp. 11-12.

convinto, a differenza del socialismo, che si potesse salvare il destino del primo”³⁸. È ancora il pluralismo giuridico, le cui istanze sono penetrate nella carta costituzionale repubblicana, ad offrire indirettamente pieno riconoscimento giuridico alle formazioni sociali intermedie, ex articolo 2 della Costituzione, ed alle comunità territoriali, ex articolo 5 del dettato. Il fulcro del discorso, per Rescigno, è offerto dalla opportunità di riconoscere le forme di regolamentazione promananti sia della formazioni sociali, che delle comunità territoriali, come diritto oggettivo; infatti, “per le une e per le altre la forma più rilevante di riconoscimento e di inserimento nelle strutture statuali è l’utilizzazione, che lo Stato faccia per assolvere i fini proprii, del diritto di queste comunità”³⁹. In questo senso, il diritto promanante delle società intermedie si affiancherebbe al diritto statale, rompendo quella egemonia nella produzione giuridica, la quale ha caratterizzato la rappresentazione in chiave positivistica della compagne statuale ottocentesca; attraverso il riconoscimento da parte dello stato di fonti di produzione giuridiche poste accanto alle tradizionali fonti atto, il potere verrebbe *scomposto* dall’interno e l’ingerenza dello stato nella vita sociale troverebbe il proprio limite, non già in astratte dichiarazioni di diritti, quanto in un preciso *diritto positivo dei gruppi*. In questo modo lo stato sarebbe *subordinato* alla società pur non dissolvendosi in essa; attraverso la positivizzazione del diritto dei gruppi, la sovranità si allargherebbe sino a ricomprendere al suo interno le formazioni sociali (di lavoratori, produttori, consumatori). Se questo è l’obiettivo, ovvero limitare la sovranità statale, costringendola, per così dire, a riconoscere e recepire al suo interno fonti normative non da questa direttamente controllate, come appaiono nella visione di Rescigno le formazioni sociali e le comunità territoriali, allora il compito del giurista sarà chiaramente segnato: “seguendo la traccia dell’art. 2 della Costituzione, l’interprete deve individuare nel sistema, le formazioni sociali che la Costituzione riconosce e garantisce”⁴⁰, ovvero dilatare la disposizione dell’articolo in questione sino a farvi ricomprendere, oltre alla famiglia, la comunità religiosa e le associazioni

38 P. Rescigno, *Le società intermedie*, cit., p. 58.

39 *Ibidem*.

40 *Ibidem*.

(segnatamente le organizzazioni sindacali ed i partiti politici), anche l'associazione con fine economico, ovvero l'impresa collettiva⁴¹.

A fronte dell'imperio dell'economia capitalistica, la questione principale è offerta, a detta di Rescigno, dalla "difesa dell'individuo dalle comunioni contrattuali di interesse che lo avvolgono, e la difesa della comunità statuale dalle decisioni che vengono prese in quell'ambito, per essere imposte alla collettività". Di fronte ad un ordine economico "cresciuto sino ad impadronirsi dello Stato, sino a prendere ed a dettare le decisioni politiche", paradossalmente l'unico criterio di controllo è offerto dalla autoregolamentazione (*etica*) all'interno dei gruppi, anche dei gruppi economici⁴². Rescigno rileva che nell'autonomia va ricercata l'unica regola idonea "ad assicurare un libero gioco all'interno dei gruppi ed il loro concorso a determinare su un piede di parità la politica nazionale"⁴³. In questo senso, anche l'associazione con fine economico, lungi dal poter essere controllata coattivamente dall'ente statuale, oramai ad essa succube, va ricondotta al fine di vedere controbilanciato il suo potere verso la dinamica delle formazioni sociali, ove sorgono forme di regolamentazione giuridica dei rapporti, che lo stato, al fine di perseguire le finalità a lui proprie, che poi ci riconducono alla piena salvaguardia e valorizzazione della persona umana, così come viene tratteggiata nell'articolo 3 del dettato costituzionale, deve riconoscere ed utilizzare.

Qui emerge, con chiarezza, l'intento di limitare il potere statuale promuovendo la massima valorizzazione giuridica possibile delle società intermedie, intese non tanto come momento di mediazione dei rapporti fra stato e individui, quanto come comunità di persone intente a perseguire finalità che le sono proprie, ovvero "come formazioni

41 Cfr. *ibidem*, pp. 58-59.

42 La proposta di Rescigno va intesa non tanto alla luce di una sorta di *illuminazione* che favorirebbe il sorgere di pratiche non prevaricatorie nell'ambito dell'impresa, piuttosto, nella prospettiva della creazione di una rete relazionale sociale extra statuale che ricomprenda al suo interno, fra le altre società intermedie, anche l'impresa in modo tale da stimolarne una responsabilità sociale che, lungi dal palesarsi antieconomica, favorirebbe, attraverso corretti rapporti con fornitori e clienti, piuttosto la sua crescita economica. L'autoregolamentazione sarebbe pertanto foriera di un duplice esito; da un lato la protezione e la valorizzazione della persona umana, dall'altro lo stesso sviluppo d'impresa. Vedi più specificatamente sul tema dell'autonomia e della sussidiarietà il paragrafo sesto del presente capitolo.

43 *Ibidem*, pp. 61-62.

sociali in cui si svolge la personalità dei singoli”⁴⁴; da queste comunità promanano forme di regolamentazione, che il giurista deve cogliere, studiare e sistematizzare; queste formazioni sociali sono fonte di diritto, il quale deve trovare recepimento da parte dello stato. Sono fonti autonome, slegate da una ferrea regolamentazione pubblicistica; ciò che il diritto dello stato “può fare è riconoscere e tutelare la lealtà, la devozione, la fedeltà dell’individuo al gruppo, alla famiglia come alle altre più vaste comunità. Quando scoprirà che vi sono piccoli mondi dove lo Stato – il funzionario il giudice la legge il regolamento – non può entrare, liberi mondi che si sviluppano per un’intima forza propria, l’individuo sarà spinto ad entrarvi e a rifugiarsi, vi ritroverà il prossimo a lungo dimenticato e sentirà la comunanza di interessi di necessità di sofferenze che al prossimo lo legano”⁴⁵.

In questi *piccoli mondi liberi* si forma il diritto e da questi il diritto statuale ritrova stimoli per la sua evoluzione; le nuove istanze sociali, quali ad esempio i diritti della donna, “trovano riconoscimento ed attuazione, più che nelle norme, nell’ambiente e nel costume che divengono sempre più affinati ed aperti”⁴⁶. In questo senso, un’interpretazione evolutiva del Codice civile è stimolata vuoi della necessità di recepire i valori sociali emergenti, vuoi dal raffronto “in termini di coerenza del codice con la legge costituzionale”. La flessibilità della disposizione codicistica, dalla quale è possibile trarre una norma coerente con i tempi e con i principi costituzionali, fa sì, per Rescigno, che “non sembra che si debba metter capo ad un rinnovamento integrale del sistema del Codice”⁴⁷.

44 *Ibidem*, p. 63.

45 *Ibidem*, p. 66.

46 *Ibidem*, p. 65.

47 *Ibidem*. In proposito, le riflessioni di Rescigno sono state precedute dalle indicazioni di Alberto Trabucchi in merito ad un’interpretazione evolutiva che corregga alcune distorsioni presenti nel testo legislativo; per Trabucchi, infatti, “l’evoluzione della vita giuridica, connessa in parte ai progressi della tecnica ed in parte alle aumentate dimensioni dei rapporti sociali, non si è svolta soltanto nel senso di una materializzazione degli stessi, nel senso cioè che sopra tutto si prescinde dalla considerazione delle persone che vi sono implicate; ma alla materializzazione di alcuni si accompagna una progressiva moralizzazione di altri istituti, con una più forte considerazione dei soggetti, sia nell’estensione dell’efficacia della buona fede, sia nel non progressivo abbandono del formalismo, sia anche nel processo di umanizzazione del lavoro, sia infine con la tendenza a perseguire i veri interessi personali che tenderebbero ad occultarsi sotto l’anonimato o ad eludersi con le frodi”, *Libertà della persona*, cit., p. 14.

La prospettiva tratteggiata nell'incontro romano su *Persona, società intermedie e Stato*, in particolare attraverso la relazione di Rescigno, apre la via ad una lunga serie di interventi, ai quali sicuramente si ricollegano le riflessioni di Cotta e di Lombardi sopra richiamate, tanto da poter venire definita, la relazione di Rescigno che offre l'avvio a questa prospettiva, come *manifesto del pluralismo giuridico*⁴⁸, il quale avrebbe mutuato il profilo metodologico dal cosiddetto modernismo francese, che ritroverebbe nel Gény, critico del metodo interpretativo esegetico e formalistico e fautore di un riavvicinamento delle fonti giuridiche alla natura delle cose, il suo ispiratore.

4 – ANCORA SULL'INTERPRETAZIONE QUALE AUTONOMA FONTE DI PRODUZIONE DEL DIRITTO

Questa prospettiva, tutta protesa alla giustificazione di una interpretazione evolutiva, viene fra gli altri ripresa, di lì a sette anni, da C. Massimo Bianca, nella sua prolusione catanese⁴⁹. Il civilista, interrogandosi intorno al limite della responsabilità debitoria, giunge a constatare un dilemma apparentemente insuperabile: “rispetto della legge e interpretazione sono in realtà i termini di un'antinomia antica che sembra divenire insolubile quando si giunge a rivendicare sia pure solo una maggiore libertà di apprezzamento del fatto regolato dalla norma o di adeguamento di questa alle esigenze dell'ambiente o del momento storico”⁵⁰. Per Bianca appare fuori dubbio che in una prospettiva formalistica non sia possibile legittimare alcun operato discrezionale da parte dell'interprete⁵¹, ma, d'altro canto, l'interprete stesso non può, come egli sottolinea, “ignorare la realtà del dato regolato”. Al fine di uscire da questa aporia, determinata dall'assunzione incondizionata della legge quale faro indiscusso dell'esperienza giuridica, va posto, per l'autore, la fondamentale questione del rapporto fra norma generale ed astratta,

48 Cfr. G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, cit., pp. 82 e segg.

49 C. M. Bianca, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in “Rivista di diritto civile”, X (1964), n. 3.

50 *Ibidem*, pp. 487-488.

51 “Neppure la c. d. interpretazione evolutiva trova nella legge sua giustificazione, poiché se muta il significato dei termini della norma è sicuro che questa non è più intesa secondo la sua *ratio originaria*”, *ibidem*, p. 489.

posta dal legislatore per regolare, richiamando a sé la realtà sociale, la stessa società. Per Bianca, fuori discussione è il “riconoscimento che la norma giuridica esiste proprio in funzione della società alla quale è diretta ma dalla quale trae il suo stesso fondamento [...] il diritto deve servire alla società perché è questa che lo esprime e lo qualifica nella sua stessa esistenza di regola sociale [...] il diritto deve essere ricercato nella effettività della regola così come è accolta dai consociati”⁵².

Posta la questione in questi termini, è consequenziale per l’autore riconoscere come “la realtà del fenomeno sociale regolato, quindi, segna le esigenze che nella legge devono trovare soddisfacimento e, insieme, la misura e il significato in cui la legge si traduce concretamente in regola del corpo sociale”⁵³. Pertanto, è dalla realtà sociale che la legge trae significato, non dall’astratta posizione della disposizione da parte dell’autorità competente, se è nella legge che la realtà sociale deve trovare soddisfacimento, la stessa non potrà che venire interpretata in funzione della realtà sociale e non, viceversa, la realtà sociale piegarsi alla disposizione astratta⁵⁴. Soltanto in questo modo la legge potrà divenire effettivamente regola del corpo sociale e non rimanere formale tentativo di regolamentazione eteronoma⁵⁵.

L’autonomia dell’interprete si coniuga con l’autonomia di un corpo sociale, capacitato a ritrovare nella propria legge la sua regola e non a chinarsi supinamente alla regola posta dal legislatore (ove questa non sia confacente alle sue esigenze)⁵⁶. Sicché qui è l’autonomia dell’interprete che prevale sul vuoto comando della disposizione legislativa, vuoto

52 *Ibidem*, pp. 489-490.

53 *Ibidem*, p. 490.

54 Indicativo pare il richiamo effettuato dall’autore alla riflessione di Giannini in tema di interpretazione evolutiva, che, per l’amministrativista, non appare finalizzata ad una forzatura della legge; infatti, l’interpretazione evolutiva non la modifica, è piuttosto protesa ad una presa d’atto di una modificazione già avvenuta, anche per mezzo di una consuetudine interpretativa. Cfr. in proposito M. S. Giannini, *L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell’interpretazione*, Milano, 1939, pp. 131 e segg.

55 Cfr. in proposito le riflessioni di Alberto Trabucchi nel sopra richiamato contributo sulla *Libertà della persona*.

56 Per Bianca, lungi dal negare valore alla legge o discutere sulla maggior oppure minore libertà dell’interprete, “si tratta piuttosto di prendere atto dell’autonomia che è effettivamente e sostanzialmente esercitata nei confronti della legge da parte di chi l’interpreta e applica”, *L’autonomia dell’interprete*, cit., p. 494

perché lo stesso ritrova la propria concreta esistenza nel contesto sociale ove è l'interpretazione a collocarlo; prima e priva di questa insostituibile opera di mediazione, la disposizione rimane lettera astratta.

Va rilevato come Bianca sottolinea che “sul piano strettamente legislativo l'interpretazione difforme può essere considerata un abuso *di fatto*, ma in una visione generale dell'ordinamento giuridico occorre ancora accertare se tale qualificazione di fatto ne segni definitivamente l'irrilevanza o valga invece – quando venga ulteriormente seguita – a indicare l'effettiva esistenza sociale come misura regolatrice di altri comportamenti. Proprio nella concreta conversione delle singole decisioni in operanti criteri di condotta e di decisioni future può ravvisarsi [...] un'autonoma fonte produttiva di diritto”⁵⁷.

L'autore, a fronte di possibili obiezioni intorno all'abbandono di una prospettiva legata alla certezza del diritto, raggiungibile tramite una interpretazione letterale della disposizione, riconosce come “senza dubbio, la legge è normalmente una tutela contro le violenze e le vessazioni, ma ciò non discende senz'altro dal suo carattere di regola generale coattivamente imposta ai consociati – attraverso la pronta opera degli organi legislativi – bensì dalla sua effettiva finalità di uguale salvaguardia del singolo nel rispetto e nel perseguimento dell'utilità comune”. Riprendendo il pensiero di Lopez de Oñate e di Capograssi⁵⁸, Bianca afferma come “deve riconoscersi che il giurista non può essere moralmente impegnato ad un'incondizionata obbedienza alla legge né ad assumere la certezza della legalità come il supremo bene sociale [...]. I vantaggi della certezza incontrano tuttavia già un ineliminabile limite strutturale nella inidoneità della rigida regola generale a soddisfare la giustizia dei casi concreti: e comunque si tratta di vantaggi che sono fundamentalmente subordinati al fatto che la norma abbia un contenuto appropriato al rapporto umano che ne è oggetto. All'ordinamento prima che leggi certe occorrono invero leggi moralmente e socialmente adeguate”⁵⁹.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Cfr. in proposito G. Capograssi, *Prefazione* a F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, 1968. L'opera di Lopez de Oñate vede la sua prima edizione nel 1942, lo scritto di Capograssi viene redatto in occasione della edizione postuma del 1950.

⁵⁹ C. M. Bianca, *L'autonomia dell'interprete*, cit., pp. 496-497.

Ancora rifacendosi a Capograssi⁶⁰, Bianca rileva che “un’imparziale analisi del fenomeno giuridico nei sistemi progrediti, come porta ad accertare la sostanziale discrezionalità dell’interprete, così porta ad osservare che, di fatto, la soluzione arbitraria – irragionevole o iniqua – è facilmente destinata ad essere respinta dalla società, e questa repulsa si attua concretamente attraverso il controllo della stessa organizzazione giudiziaria ma anche della pubblica opinione”⁶¹, viceversa, una soluzione giuridica non conforme alla legge, ma ispirata ad un principio che è regola sociale, “ha invece una certa probabilità di essere accolta dall’ordinamento”.

All’interno di un quadro informato da un preciso riferimento alla realtà sociale, ove, come ha ben sottolineato Pietro Rescigno⁶², sorgono, con il preciso intento di sviluppare la persona umana, le società intermedie, per Bianca “il successo di una norma o di una soluzione che tenda a divenire normativa è, in realtà, il risultato esteriore di una somma di sollecitazioni in cui si manifestano nella loro complessità quei valori umani che pur non essendo giuridici danno ragione al diritto e al suo prodursi”⁶³.

Appare pertanto fuori discussione che le fonti normative non vadano esclusivamente individuate nelle disposizioni poste dall’autorità competente, ma queste debbano integrarsi con le *sollecitazioni* promananti dalla realtà sociale in cui la norma giuridica deve manifestare il suo indirizzo regolamentativo. Questo non può apparire avulso dai valori sociali, ed anzi quest’ultimi, pur non potendosi ricomprendere all’interno d’una rappresentazione in chiave formalistica dell’ordinamento giuridico⁶⁴, influiscono e determinano la reale posizione della norma. L’autore nel voler superare i limiti posti dalla tradizione positivistica ricerca il fondamento della propria speculazione all’interno di una prospettiva neo-giusnaturalista, volta, a suo dire, parimenti alla giurisprudenza sociologica americana, a “intendere il diritto [...] attraverso componenti non identificabili in termini di pura

60 Cfr. G. Capograssi, *L’ambiguità del diritto contemporaneo*, ora in *Opere*, vol. V, Milano, 1959 (ma 1953).

61 C. M. Bianca, *L’autonomia dell’interprete*, cit., p. 497.

62 Cfr. il sopra richiamato contributo su *Le società intermedie*.

63 C. M. Bianca, *L’autonomia dell’interprete*, cit., p. 497.

64 Cfr. *ibidem*.

giuridicità”⁶⁵; ed il nuovo giusnaturalismo a cui fa riferimento Bianca è certamente da ricollegarsi ancora alla prospettiva di Gény, il quale, lungi dal voler richiamare un diritto naturale immutabile, ritiene che il diritto positivo debba integrarsi con il contatto con la realtà sociale, ricercando nella norma la natura delle cose.

Prospettiva questa ripresa e rinnovata di lì a poco da Nicolò Lipari, per il quale, rifacendosi esplicitamente all’idea del diritto come esperienza⁶⁶, il giurista “in tanto è vincolato dalla norma in quanto concretamente riscontri che essa esprime un valore che è presente, secondo le condizioni storiche e sociali di quel momento, nella totalità dell’esperienza, rispetto alla quale la stessa norma è certo momento ineliminabile, ma comunque del tutto parziale”. Si tratta pertanto di un vincolo condizionato al riconoscimento del valore sociale incarnato dalla norma; per mezzo della posizione di questo limite o argine al formalismo, così come aveva già evidenziato Cotta⁶⁷, “il giurista rivendica integra la sua missione senza rendersi, come in altri tempi è sembrato, puro strumento, ancorché tormentato o riottoso, di chi detiene il potere politico”⁶⁸. Lo svincolarsi dal dato legislativo, se, per un verso, libera il giurista dalla soggezione al potere politico, unico artefice, all’interno della prospettiva giuridica moderna, del processo legislativo, lo potrebbe porre, per altro, in balia di scelte soggettive, arbitrarie⁶⁹. In realtà, per Lipari, che si richiama anch’egli a Capograssi⁷⁰, è proprio l’ancorarsi alla realtà sociale che preserva la scelta dell’interprete dall’arbitrio: “il riscontro scientifico dei presupposti e degli strumenti del proprio lavoro si offre al giurista appunto nel momento in cui si ancora alla realtà sociale e alla storia superando il dogma della «garanzia formale», che

65 *Ibidem*.

66 Prospettiva come noto indagata da Capograssi, Opocher, Caiani e Meneghelli e che, per l’autore, “si esprime come una dialettica fra un dato normativo e un tessuto di rapporti nascenti dall’attività dei consociati [...] in questa esperienza di attua il diritto”, N. Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, in “Rivista di diritto civile”, XIV (1968), n. 1, p. 304.

67 Cfr. S. Cotta, *Il giurista di fronte al potere*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XLIII (1966), n. 1, pp. 31 e segg.

68 N. Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, cit., pp. 323-324.

69 Cfr. ancora in proposito le critiche di Uberto Scarpelli

70 Cfr. G. Capograssi, *Introduzione* a F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit.

finisce per condizionare ogni scelta proprio perché pone il giurista, in quanto tale, entro i confini di un postulato indimostrabile e quindi di un'ipotesi concettuale. D'altra parte si supera così anche il rischio, naturale in un'epoca di crisi come la nostra, del periodico auspicio ad un diritto libero, cioè svincolato da un oggetto individuato (che non significa però statico), posto che ci si limita a cogliere correttamente il punto di incidenza obiettivo della riflessione del giurista"⁷¹.

Appare pertanto evidente come siano la realtà sociale e la storia a porre un limite al possibile arbitrio dell'interpretazione creativa posta in essere dal giurista⁷²; è il rapporto con la realtà sociale ad offrire una certezza sostanziale del diritto. Infatti, per Lipari, "solo in questo modo il ricorrente richiamo alla certezza del diritto, che diventa così davvero un valore connaturato ad ogni esperienza giuridica, assume il suo genuino significato: di possibile limite derivante da situazioni personali o particolari dal procedimento di tipicizzazione attraverso il quale si individuano i valori, non già di ostacolo a questo processo (che è poi un processo spontaneo e non ostacolabile) facendo della storia del diritto anziché una storia, cioè una vicenda dell'uomo, un'astratta contrapposizione fra principi contrapposti"⁷³.

5 – IL RIFIUTO DEL FORMALISMO CELA L'AVVERSIONE PER UN LEGISLATORE *PROGRESSISTA*?

Prima di chiudere queste note, appare utile soffermarsi su di una riflessione critica proposta da Giovanni Tarello in merito a questa prospettiva di pensiero giuridico. Per l'attento osservatore genovese, "la tendenza all'impiego di argomentazioni naturalistiche (cioè a partire dalla natura delle cose, dalla natura dei fatti sociali, dalla natura delle istituzioni organiche) veniva inevitabilmente a prescrivere ai giudici piuttosto interpretazioni a tutela di consolidati rapporti sociali che non di fedeltà a occasionali intereventi innovatori del legislatore nuovo in

71 N. Lipari, *Il diritto civile fra sociologia e dogmatica*, cit., p. 330.

72 Per Lipari, "non ha senso ridurre l'attività interpretativa a mera dichiaratività di un dato da altri posto e in questo senso immutabile, appunto perché il valore che si esprime nell'atto di chi voglia all'un tempo cogliere il mutevole nell'apparente immutabilità della norma e il persistente nell'incessante flusso dell'azione, implica necessariamente un momento creativo", *ibidem*, pp. 308-309.

73 *Ibidem*, pp. 330-331.

conflitto con quello vecchio, piuttosto interpretazioni solidali a modi di sentire tradizionali diffusi e maggioritari che non interpretazioni solidali a modi di sentire in via di affermazione presso gruppi minoritari socialmente più evoluti”⁷⁴.

Nella mordente critica di Tarello è implicita una polemica di natura politica; egli imputa di fatto a certe tendenze giuridiche di matrice cattolica di cavalcare disinvoltamente un’interpretazione non formalistica della disposizione e, legandola alla natura delle cose, osteggiare vuoi certe riforme poste in essere dal legislatore *nuovo* (lo scritto è del 1972 e la società italiana è a quel tempo profondamente divisa anche sulla questione del *divorzio*), vuoi certe interpretazioni giurisprudenziali favorevoli a gruppi minoritari (ma *evoluti*, tanto da far supporre che tali sentenze si collocassero lungo l’alveo della magistratura democratica). In un certo senso questo modo di rapportarsi con le istanze qui presentate ricorda la perplessità di Guido Fassò a fronte dell’uso politico dell’arma giuridica dell’interpretazione da parte delle correnti di sinistra della magistratura; nel 1972, infatti, Fassò rilevava che “chi venti o venticinque anni fa poneva in discussione l’obbligo del giudice di attenersi alla legge erano i giuristi cattolici – e fra essi non i più progressisti – che lo volevano vincolato, prima che ad essa, al diritto naturale”⁷⁵. Allora per Fassò, e su questa riflessione si insinua implicitamente Tarello, “i giusnaturalisti cattolici dell’immediato dopoguerra, non diversamente dai loro compagni di fede (giuridica, ma anzitutto religiosa e politica) del

74 G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giudice-interprete*, cit., p. 85. Si può ritenere che nel bersaglio di Tarello non fosse ricompreso il Bianca de *L'autonomia dell'interprete*, se alcuni anni prima lo stesso Tarello ebbe a rilevare come “manca in modo assoluto, nella trattazione del Bianca, ogni riferimento alla *Natur der Sache* ovvero a *sachlogischen Strukturen* le quali possano, una volta identificate, garantire ad una attività interpretativa comunque autonoma dalla norma un criterio di obiettiva aderenza al regolato (come appunto ritengono taluni neo-giusnaturalisti)”, *L'autonomia dell'interprete*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XLII (1965), n. 1, p. 164. Più in generale, per Tarello, “la prolusione catanese del Bianca è importante in quanto sintomatica di un atteggiamento sempre più diffuso tra i giuristi più giovani: l’atteggiamento che si manifesta nel sottolineare il carattere in senso lato politico dell’attività dell’interprete e segnatamente del giudice [...]. Scritti come quello del Bianca sono al contempo sinonimo ed incentivo del propagarsi di questo atteggiamento nuovo”, che Tarello nello scritto qui richiamato pare condividere, *ibidem*, pp. 164-165.

75 G. Fassò, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, cit., pp. 897-898.

secolo scorso e di quelli del Cinque-Seicento, con l'appellarsi al diritto «naturale» al di sopra di quello dello Stato e col porre in discussione la validità del secondo in nome del primo, non tanto intendevano delineare sul terreno teorico una particolare gerarchia delle norme giuridiche quanto miravano a indebolire l'autorità dello Stato: dal che si sarebbe automaticamente avvantaggiata la Chiesa⁷⁶.

Pertanto, conclude Tarello, le *argomentazioni naturalistiche* proposte dai giuristi cattolici al fine di fondare il diritto non solo sul mero dato legislativo (ovvero esclusivamente sulle disposizioni poste in essere dal legislatore, da applicarsi meccanicamente, prescindendo da ogni altra fonte), preludono ad un indebolimento della forza persuasiva di riforme legislative (leggi dello stato) a tutto vantaggio di istanze conservatrici, *a tutela di consolidati rapporti sociali*; quasi che, il fautori del movimento del pluralismo giuridico emerso dalle riflessioni di Rescigno, per usare in questo contesto le parole di Fassò in proposito del giusnaturalismo cattolico, “nel dichiarare di voler salvaguardare i diritti naturali della persona umana dalle prevaricazioni dello Stato, mirassero, *in interiore cordis*, soprattutto ad indebolire quest'ultimo limitando la «concorrenza» che esso poteva fare alla Chiesa⁷⁷.

L'uso frenante dell'interpretazione “evolutiva” a fronte delle riforme sociali, per Tarello “divenne chiaro verso la fine del secondo decennio costituzionale in occasione di interventi rinnovatori di un potere legislativo meno univocamente conservatore, e ancor più in occasione di quella frattura nella società che è stata nell'ultimo biennio [rammentiamo ancora come Tarello scrive nel 1972] di fronte ai nostri occhi⁷⁸; ma, per altro verso, non si può che riconoscere come sussiste nel mondo giuridico e negli stessi anni, un uso speculare dell'interpretazione giuridica, *l'uso alternativo del diritto*, che si caratterizza nel piegare l'attività di interpretazione alle esigenze, non più conservatrici, ma rivoluzionarie o genericamente progressiste, che emergono nella società.

Posta la questione in questi termini, ci troveremmo di fronte ad un duplice e divergente *abuso* del diritto, sempre e comunque accomunato dal suo palesarsi quale strumento di finalità ad esso esterne e di

⁷⁶ *Ibidem*, p. 898.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giudice interprete*, cit., p. 85.

parte. Rappresentata la questione in questo modo, al diritto spetta il ruolo, ascrittogli da Marx, di sovrastruttura, sulla quale non appare scientificamente possibile sviluppare un discorso se non ricollegandola alla struttura da cui dipende. Nel caso in specie, l'esperienza giuridica e con essa la teoria del diritto divengono strumenti bellici nelle mani di chi li può usare, denunciano in tal modo tutta la loro disponibilità. Ma se questa è la strada regia su cui si dispiega l'analisi del diritto, cammino che porta, inevitabilmente, alla insanabile contrapposizione fra conservatori e progressisti, fra reazionari e rivoluzionari, allora ogni riflessione sul diritto sarà necessariamente condizionata dalle premesse ideologiche aporeticamente assunte dalle parti, tanto da dar vita ad *ideologie* del diritto, a false rappresentazioni funzionali al perseguimento di scopi di parte.

Forse questo potrà apparire, ad un osservatore non solo più attento, ma anche *more sly* di chi scrive, una ineluttabile realtà; ciò non di meno, proprio cercando di assumere una aristotelica visione *politica* e non *dispotica* del fenomeno, si ritiene che lo stesso vada indagato non tanto per i presunti esiti pratici quanto per le implicazioni teoretiche presenti nelle riflessioni qui proposte, le quali, sia che promanino dalla barricata rivoluzionaria, sia che giungano dalla opposta trincea reazionaria, ci permettono in ogni caso di aggiungere elementi conoscitivi nuovi alla contingente crisi del positivismo giuridico, nuovi alla più generale capacità di comprensione del dispiegarsi dell'esperienza giuridica.

Rappresentare l'intenso dibattito sviluppatosi in Italia intorno all'interpretazione adeguatrice del diritto come una *querelle* ideologica a sostegno dell'una o dell'altra posizione pare, per un verso, operazione quanto meno riduttiva della portata teorica di tali contributi, per altro, sembra voler legarli inscindibilmente alla contingenza storico-sociale, pertanto impedendo di ricollegarli al fenomeno che di fatto qui più interessa e che è, per l'appunto, la crisi di una rappresentazione del diritto sorta nell'era della codificazione.

6 – UNA DIGRESSIONE INTORNO AL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ

Va soltanto di sfuggita richiamato come il cosiddetto movimento per il pluralismo, che, per Tarello, prende le mosse dal qui citato contributo di Rescigno, abbia fra i suoi esiti quello di richiamare l'attenzione del giurista sul principio di sussidiarietà. Tale principio, come noto, ben

prima di emergere all'interno del *corpus* giuridico comunitario, è parte integrante della dottrina politico-sociale cattolica, la quale lo teorizza a cavallo del Diciannovesimo e Ventesimo secolo⁷⁹, da prima nella *Rerum Novarum* di Leone XIII, promulgata nel 1891, e successivamente nella *Quadragesimo Anno* di Pio X, apparsa nel 1931⁸⁰.

79 L'economia del presente contributo non consente di affrontare specificamente questo tema; ci permettiamo pertanto di rimandare ai recenti studi raccolti da Gian Pietro Calabrò e Paola B. Helzel in *La nozione di sussidiarietà tra teoria e prassi*, Rende, 2009 (con contributi di C. Martínez-Sicluna y Sepúlveda, M. Ayuso, A. Sergio, A. Llano Torres, S. Gambino, D. D'Alessandro, R. Rolli, C. Calabretta, U. Comite oltre agli stessi curatori) e L. Franzese, *Percorsi della sussidiarietà*, Padova, 2010; con riguardo alla nota bibliografica, si rimanda ad un altro recente studio collettaneo in materia: L. Franzese (a cura di), *Il principio di sussidiarietà tra politica ed amministrazione*, Trieste, 2009 (con contributi di L. Franzese, A. Tesini, M. Cossutta, G. Arena, F. Gentile, C. Dolcher, G. Roiatti, D. Donati, M. Bellavista, D. Coccopalmerio, G. Pastrello, F. Bagnarol, H. Perfler, V. Kovic, P. Santangelo, F. Corigliano).

80 Sulla dottrina sociale della Chiesa e sulle sue implicazioni nell'ambito giuridico rimandiamo a P. Magagnotti, *Il principio di sussidiarietà nella dottrina sociale della Chiesa*, Bologna, 1991, G. Feliciani, *Il principio di sussidiarietà nel magistero sociale della Chiesa*, Roma, 1994, M. Toso, *Umanesimo sociale. Viaggio nella dottrina sociale della Chiesa e dintorni*, Roma, 2001 nonché alla raccolta di scritti di Adolf Merkl, curata da V. Lattanzi, *Dottrine di diritto pubblico nelle encicliche sociali*, Roma, 1999, il volume raccoglie cinque saggi apparsi fra il 1934 ed il 1960. Su Merkl cfr. il saggio di A. Abignente, *La dottrina del diritto tra dinamicità e purezza. Studio su Adolf J. Merkl*, Napoli, 1990. Appare altresì importante richiamare in questa sede il *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, Roma, 2005 curato dal Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace.

Per quanto concerne il rapporto fra le encicliche sociali e lo sviluppo di prospettive giuridico-politiche che giungono sino ai nostri giorni, ci limitiamo a segnalare come nella *Rerum Novarum* si possa leggere, in proposito della società intermedie, che “non è giusto che il cittadino e la famiglia siano assorbiti dallo Stato; è giusto, invece, che si lasci all'uno e all'altra tanta indipendenza di operare quanta se ne può, salvo il bene comune e gli altri diritti”. Tale concetto è con forza ribadito nel pontificato di Pio X; infatti nell'enciclica posta nel quarantesimo anno della fondazione della moderna teoria sociale della Chiesa, si legge “se fosse vero ciò che la storia già rende evidente, cioè che in un quadro di mutati rapporti sociali molti compiti che prima erano assolti da piccole entità sociali ora possono essere compiuti solo da componenti più grandi della società, si dovrebbe allora senza esitazione affermare un supremo principio di filosofia sociale: come non si può sottrarre all'uomo ed affidare alla società ciò che egli può compiere autonomamente e con le proprie forze, così è illegale attribuire all'ambito sociale più esteso e sovrapposto quei compiti che gli ambiti sociali più limitati e subordinati potrebbero compiere e condurre a buon fine; ciò è contemporaneamente dannoso e distrutturante per l'intero ordine sociale. Ogni attività sociale è, secondo la sua natura, sussidiaria: deve sostenere le componenti del corpo sociale, ma mai

Il richiamo alle società intermedie implicitamente rinvia, anche nel testo di Rescigno, all'azione sussidiaria dell'ente pubblico a fronte delle stesse, ovvero alla necessità del suo non intervento di fronte al manifestarsi di forme regolamentative promananti dalle formazioni sociali. L'autonomia delle società intermedie qui implica il riconoscimento della loro capacità autoregolamentativa, ovvero dell'essere, in ultima analisi, fonte di diritto oggettivo. Una fonte di diritto, la quale si affianca a quella legislativa o statutale, tanto da dar vita ad un sistema pluralistico che vede il proprio fulcro non già nell'attività regolamentativa posta in essere dallo stato, ma nella capacità di autonomia delle formazioni sociali⁸¹. Si tratta pertanto

distruggerle o assorbirle". Nel magistero della Cattedra di San Pietro, ritroviamo altresì i prodromi del dispiegarsi delle teorie giuridiche di stampo pluralistico e personalistico; in proposito va richiamato il seguente passo della *Rerum Novarum* proteso ad istituire il ruolo anche normativo delle società intermedie: "come i cittadini costituiscono per particolari fini libere associazioni a cui è lasciata ampia facoltà di aderire o di non aderire, così i membri di una stessa professione costituiranno tra essi libere associazioni per il conseguimento di finalità che si collegano, in qualche modo, con l'esercizio della professione [...]; l'uomo ha la piena libertà non solo di edificare tali associazioni che vengono disciplinate dal diritto privato, ma anche di regolare il loro ordine vitale interno con quegli statuti che maggiormente corrispondono ai fini della associazione", tale idea ritrova richiamo anche nella enciclica *Quadragesimo anno*. A titolo di mera esemplificazione, è estremamente indicativo osservare come il riferimento alla associazione professionale, quale uno dei nuclei fondativi della società, ritrovi recepimento nel pensiero giuridico-politico di Costantino Mortati, il quale, perora la causa della rappresentanza parlamentare delle "grandi associazioni sorte nel mondo moderno per la tutela degli interessi di categoria", ritenendo che i partiti non possano esaurire tutta la funzione rappresentativa in uno stato democratico, cfr. C. Mortati, *La seconda camera*, in "Cronache sociali", 1947. L'idea di una camera rappresentativa fondata sulle organizzazioni di categoria da affiancarsi alla camera di mera rappresentanza popolare viene in tempi più recenti riproposta in ambito gius-pubblicistico da P. L. Zampetti, *La partecipazione popolare al potere. Una alternativa al capitalismo e al socialismo*, Milano, 1976. Va solo fatto cenno come il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, di cui all'articolo 99 della Costituzione, rappresenta un embrione, non sviluppatosi a pieno (si vedano in proposito le competenze proposte e non accolte in sede di Assemblea costituente da Mortati e Ruini), frutto di queste tendenze.

81 Non è privo di fondamento notare come il contributo di Pietro Rescigno ritrovi illustri antecedenti nelle riflessioni proposte nel decennio precedente da insigni pensatori cattolici, fra i quali primeggia Giorgio La Pira, che nelle pagine della rivista "Cronache sociali", nel 1948, discutendo su *Il valore della Costituzione italiana*, rilevava come "l'ordinamento giuridico positivo – riservato, come compito essenziale, alla società politica (lo Stato) – non è un ordinamento assoluto, ma relativo; esso, cioè, presuppone ordinamenti giuridici anteriori che esso deve, col suo apparato

di uno speculare rovesciamento della prospettiva positivistica⁸²; qui si individua nell'ente pubblico esclusivamente un *subsidium* alle formazioni sociali, le quali hanno una capacità autoregolamentativa che non può venire erosa o limitata dall'intervento dello stato. L'obiettivo ultimo di

di strumenti giuridici riconoscere, garantire e promuovere”; a fronte di questa constatazione egli si fa promotore di un pluralismo giuridico ove ogni sistema normativo corrisponda alle comunità sociali operanti (dalla famiglia, alla Chiesa, alla comunità internazionale, dalle Regioni ai Comuni). Per La Pira, nelle formazioni sociali si colloca la persona umana e in esse la libertà individuale ritrova il proprio limite nel riconoscimento dell'altro ed attraverso questo riconoscimento la persona si fa promotrice essa stessa di ordinamento. D'altro canto, nel corso delle lezioni dell'anno accademico 1946-1947, tenute presso l'Università degli Studi di Bari, Aldo Moro, riconosceva come “la regola sociale obbligatoria [...] di formazione spontanea ed irriflessa (consuetudine) [...] richiama in modo molto espressivo quella libera realtà della vita giuridica, che è poi la vita giuridica vera”, ed in tale contesto la legge “ha valore appunto di una indicazione che riproduce in qualche modo il reale andamento (e libero andamento) della vita sociale”, così in *Il diritto. Lezioni di filosofia del diritto. Appunti sull'esperienza giuridica: lo Stato*, Bari, 1978, pp. 63 et passim. La prospettiva sunteggiata da Rescigno ritrova indubbio aggancio anche con la riflessione di Carlo Dossetti sulle formazioni sociali e sulla necessità di renderle partecipi al processo politico di formazione dell'ordinamento giuridico; cfr. in proposito lo scritto di C. Dossetti, *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, apparso nel 1952 sulle pagine di “Iustitia”. Queste esigenze vengono di fatto richiamate nell'incontro dei Giuristi cattolici del 1957 anche da Costantino Mortati, il quale, in più punti della sua relazione, evidenzia la necessità di fortificare le formazioni sociali riconoscendo che “sfere sempre più numerose di interessi sociali ricercano in organizzazioni autonome i mezzi di una più diretta ed efficace tutela”. Mortati, riprendendo un'idea già sviluppata un decennio prima (cfr. *La seconda camera*, cit.), ritiene che i gruppi di pressione siano “un fenomeno di crescita della società che vuole farsi Stato, che vuole trasferire nello Stato la complessità e varietà di forme di cui è espressione, e che non trova nell'organizzazione esistente i mezzi all'uopo adeguati. È la constatazione di tale fenomeno che ha suggerito il ricorso ad un ordinamento rappresentativo, costituito in tutto o in parte sulla base degli interessi e quindi emergente dal voto di cittadini ripartiti secondo le diverse categorie economiche, o professionali, o più largamente sociali”, *La comunità statale*, in *Persona, società intermedie e Stato*, cit. p. 109. Tali istanze vengono riprese ancora in ambito gius-pubblicistico dalla riflessione di Pier Luigi Zampetti, cfr. *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti*, Milano, 1965, in particolare pp. 119 e segg. e, dello stesso autore, *La partecipazione popolare al potere*, cit., in particolare pp. 167 e segg.

82 Sul rapporto fra la rappresentazione dell'esperienza giuridica offerta dal positivismo giuridico e le prospettive filosofico-politiche individualistiche cfr. U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna, 1989. Più in generale si veda F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit.

questa prospettiva di pensiero è recuperare quella legittimità alle società intermedie, che la cosiddetta legge Le Chapelier aveva loro tolto⁸³.

Il recupero di una dignità giuridica alle società intermedie passa attraverso il riconoscimento della loro capacità di dotarsi autonomamente di diritto oggettivo. Anche se mai espressamente nominata, all'interno degli scritti qui richiamati, è l'idea di sussidiarietà che permette di ancorare l'opera di fondazione di un sistema giuridico pluralistico, come quello sapientemente abbozzato nello scritto di Rescigno. La sussidiarietà si pone altresì come principio eversivo della moderna costruzione dottrinarica, incrinando primo fra tutti il dogma dell'individuo sregolato su cui questa si regge. A tale proposito è stato osservato che “non si può, infatti, sostenere la funzione suppletiva ed ausiliaria, sussidiaria, dell'ente pubblico, della sua politica economica, del suo diritto, sancito mediante la legge espressione della volontà sovrana, se non si riconosce preventivamente che l'ordinamento economico e giuridico delle relazioni interpersonali comincia prima e indipendentemente dalla legislazione statale. E quindi, se non ci si affida per l'ordinamento economico e giuridico, prima che allo stato alle innumerevoli società naturali o, come sarebbe più corretto di dire, alle naturali forme della associazione interpersonale”⁸⁴.

Il richiamo al ruolo centrale delle società intermedie nella formazione dell'ordinamento giuridico di una società, determina la messa in discussione del dogma della sovranità, la quale non ritrova più la sua ragione d'essere nella necessità di regolare coattivamente lo sregolato

83 In proposito risulta estremamente indicativo l'esplicito richiamo da parte di Rescigno alla nota disposizione legislativa che nel giugno del 1791 abrogava (in realtà ne impediva la ricostituzione), nei territori del ormai tramontato re di Francia e di Navarra, tutti i corpi intermedi fra lo stato ed il cittadino. Cfr. *Le società intermedie*, cit., p. 55.

84 F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà. Seconda edizione integrata da tre codicilli*, Padova, 2001, pp. 91-92. Sull'argomento cfr. anche il più recente contributo di F. Pizzolato, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in “Politica del diritto”, XXXVII (2006), n. 3. Va qui richiamato ancora una volta il pensiero di Mortati, il quale nelle sue *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, rileva che “poiché ogni gruppo sociale risultante dalla comunanza degli interessi e dalla concordanza sul modo di soddisfarli costituisce un ordinamento, appare esatta l'identificazione che si suol fare fra gruppo ordinato e diritto, quale si esprime con la formula «ubi societas, ibi ius». Invece l'equivalenza a questa altra formula che ne inverte i termini, e che suona «ubi ius, ibi societas» sarebbe da accogliere solo quando si aderisse all'opinione, che invece è stata respinta, della inestensibilità della categoria del giuridico alla vita degli individui, singolarmente considerati”, p. 11.

individuo. Privo di questa formula giustificativa lo stato moderno non appare più l'unica possibile fonte di diritto, ma, nella più genuina prospettiva pluralistica, viene ridimensionato al rango di *fonte fra le fonti*⁸⁵, così da vedersi menomato nella sua caratteristica più importante: la sovranità, di cui non è più l'unico ed esclusivo detentore. A questo proposito è stato osservato che "l'autonomia, nella misura in cui designa la capacità di autoregolamentarsi a tutti i livelli della vita sociale, a partire dal livello originario della persona umana, pone un limite all'azione normativa del livello superiore, che intanto sarà consentita in quanto funzionale e non sostitutiva al più compiuto esplicarsi di essa. Senza peraltro che questa possa farne a meno perché, non avendo pretese di assolutezza ed esaustività, ogni singola autonomia è consapevole di non poter sussistere al di fuori di un contesto che la sostenga e la integri, in relazione al quale, a sua volta, determinare la propria azione e orientarla al suo specifico scopo"⁸⁶.

Gli esiti pratici di tali prospettive, che collocano le società intermedie in un rapporto con lo stato mediato dalla sussidiarietà, non sembra conducano, come pare di leggere in talune pagine⁸⁷, verso la sottoposizione dello stato alla Chiesa oppure verso l'affermazione e conservazione di privilegi di parte; tale legame fra società intermedie e sussidiarietà indubbiamente si svolge, per così dire, in spregio alla maestà sovrana dello stato e le risultanti di questo sforzo sono rivolte a far riconoscere ed emergere un diritto che non sia elusivamente di produzione statuale.

Rompere il monopolio statualistico del diritto, anche auspicando l'autonomia dell'interprete dalla disposizione legislativa, cosa che esplicitamente fa Bianca, appare operazione più orientata a riscoprire l'origine *politica*, ovvero sociale, del diritto, che a proporre riesumazioni di intenti monarcomachi o sanfedisti.

85 Appaiono qui evidenti le influenze delle teorie istituzionaliste, dal Santi Romano al Hauriou.

86 F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 99.

87 Cfr. ancora i richiamati testi di G. Fassò su *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà sociale*, cit., pp. 897-901 e di G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, cit., p. 85

In definitiva, il percorso tratteggiato da Rescigno nel novembre del 1957⁸⁸ si indirizza verso il riconoscimento costituzionale del principio di sussidiarietà, avvenuto con la riforma del Titolo quinto della Costituzione dell'ottobre del 2001 e segnatamente verso la nuova versione del comma quarto dell'articolo 118, ove, per l'appunto, si riconosce che “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”.

All'intero della prospettiva *pluralista* qui discussa, appare indubbio come il richiamato comma quarto dell'articolo 118 del dettato costituzionale offra esplicito riconoscimento e tutela alla autonomia dei privati, ovvero all'iniziativa dei singoli e delle società intermedie, quel riconoscimento

88 Non appare fuorviante rammentare che l'intervento di Pietro Rescigno, *Le società intermedie*, cit., prende le mosse, come gli stesso ebbe a riconoscere, da un precedente studio presentato nel 1954 all'Università degli Studi di Macerata, sui “problemi di diritto privato dei partiti e dei sindacati. Partiti politici e sindacati vivono ancora ai margini della nostra scienza [...]. Gli orientamenti della nostra giurisprudenza, viziati da un estremo formalismo [...] mi hanno convinto che l'indagine, pei giuristi impegnati, è davvero urgente. Forse il modo più felice di accostarsi ai partiti ed ai sindacati sarebbe lo studio degli statuti, vedere ciascuno di essi come organizzazione, come ordinamento, in una concreta prospettiva storica”, *ibidem*, pp. 50-51. Tale suggerimento viene, come noto, ripreso alcuni anni più tardi da G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960, ove l'autore sviluppa, sulla scorta dell'istituzionalismo romaniano, l'idea di un sindacato come soggetto giuridico originario, capace di produrre un'autoregolamentazione che non ritrovi la propria fonte tanto nell'autonomia privata, così come certa lettura dell'articolo 1322 del Codice civile in chiave *concessionistica* vedeva, quanto nella prassi stessa dell'organizzazione; in questo senso l'autonomia collettiva non appare derivata dalle categorie codicistiche dell'autonomia, *in primis* l'articolo 1322 del Codice civile, essa è, per così dire, acquisita nella prassi sindacale e, pertanto si manifesta autonomamente dall'ordinamento statuale. Tale prospettiva verrà ripresa nel 1978 da Vittorio Frosini, *Gli Statuti dei sindacati dei lavoratori*, in “Massimario della giurisprudenza del lavoro”, ove l'autore riconosce la esistenza di un diritto *dei* sindacati, diritto autonomo ed originario, frutto di auto-organizzazione e di autonoma deliberazione. A commento di tale scritto, è stato osservato che “l'esperienza organizzativa interna, e cioè il fenomeno meramente sociologico, del formarsi di un «gruppo di pressione», si fa esperienza giuridica che *si comunica* attraverso la formazione di una *propria struttura* che si rivela nella *codificazione* di un corpo normativo *interno*”, B. Montanari, *Teoria e prassi nelle dottrine gius-sindacali*, cit., pp. 120-121. Si ravvisa qui la tensione a riconoscere nell'organizzazione sindacale una società intermedia con capacità normativa che si affianca e non si sottopone, in quanto originaria, all'ordinamento statuale. Fra l'ordinamento statuale e l'ordinamento sindacale si ravvisa, pertanto, un rapporto di sussidiarietà.

e quella tutela che sino ad allora venivano indirettamente ricercati vuoi nei diritti di libertà⁸⁹, oppure nel comma secondo dell'articolo 3 del dettato costituzionale⁹⁰ o ancora nell'articolo 2 dello stesso⁹¹. Si può in definitiva riconoscere, sulla scorta di autorevoli fonti dottrinarie⁹², che nell'ordinamento giuridico e specificatamente nella carta costituzionale era possibile, antecedentemente alla riforma del 2001, riconoscere solo una tutela indiretta della autonomia dei privati, intesa come tutela della più generale "libertà nel governo del proprio interesse (almeno economico) vuoi con atti vuoi con attività"⁹³.

Nel comma quarto dell'articolo 118 il legislatore costituzionale del 2001, nell'offrire una chiara tutela dell'autonomia privata, eleva esplicitamente a rango costituzionale le società intermedie implicitamente richiamate all'articolo 2, nel momento in cui svolgono attività di interesse generale, ricomprendendo fra queste, a mio parere, anche quelle formazioni economiche già richiamate nel 1957 da Rescigno⁹⁴. In proposito è stato osservato che "il principio di sussidiarietà rimandi all'idea di un diritto che sgorga per via di socialità, formalizzando, secondo un moto, per così dire, ascendente, quella normatività che scaturisce dal tessuto relazionale della società (*l'ethos*)"⁹⁵.

All'interno di questo contesto, allora "ciò di cui bisogna rendersi conto, quando si cita la sussidiarietà, e di cui non tutti e non sempre ci si rende

89 Cfr. P. Rescigno, *L'autonomia dei privati*, in "Jus", 1967, p. 14.

90 Cfr. C. M. Bianca, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 30.

91 Cfr. R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, p. 17.

92 Cfr. in argomento anche i contributi di F. S. Marini, *Il "privato" e la Costituzione*, Milano, 2000, P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996 e S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986.

93 G. Oppo, *Sui principi generali del diritto privato*, in "Rivista di diritto civile", XLV (1999), n. 3, p. 484.

94 Sull'argomento, all'indomani della riforma del 2001 è intervenuto P. De Carli, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002.

95 F. Pizzolato, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto e istituzioni*, cit., p. 386. Per l'autore, richiamandosi al Giorgio Berti che per il *Commentario alla Costituzione*, curato da Branca, riflette sull'Art. 5, "ciò che va evidenziato è il carattere ordinante del tessuto delle formazioni sociali, produttivo di un *ethos* da cui si sprigiona naturalmente una normatività. La rete dei rapporti sociali viene a comporre un disegno che l'ordinamento giuridico, in special modo quello democratico, non può non riconoscere", *La sussidiarietà tra le fonti*, cit., p. 392.

conto, è che si tratta di un'alternativa radicale rispetto al modo corrente d'intendere sia l'individuale che il sociale"⁹⁶, nel senso che "il principio di sussidiarietà, se preso sul serio, implica, come si dice, la costruzione dell'ordinamento dal basso, attraverso il raccordo tra formazioni sociali ed istituzioni"⁹⁷.

In ultima analisi, ciò che qui si vuole evidenziare è lo stretto collegamento che sussiste fra le istanze emerse nel mondo giuridico italiano nel primo dopoguerra e volte al riconoscimento del ruolo giuridico e politico delle formazioni sociali ed il principio di sussidiarietà, che di fatto, ha informato tali istanze. La teoria del pluralismo giuridico ivi proposta pare difficilmente ricondursi *sic et simpliciter* ad esiti reazionari⁹⁸; essa piuttosto è protesa a dare voce a quelle società intermedie che certa rappresentazione dei fatti giuridici e politici voleva far tacere, subordinandole totalmente all'attività legislativa dello stato.

Sicché qui, la teorizzazione della libertà insita nell'attività dell'interprete, che opera a fronte di un testo legislativo, pare in realtà volta più a far emergere nell'ordinamento giuridico un diritto di produzione non statutale, ovvero un diritto sociale, che, come a prima vista potrebbe apparire, ad adeguare la disposizione legislativa alla realtà sociale, facendone discendere una norma a quest'ultima consona. In questo contesto, l'interprete è anzitutto libero di ricercare il diritto al di fuori delle maglie legislative poste dall'ordinamento statutale, recuperando ed istituzionalizzando, con la propria opera, le forme di normatività che promanano dalle articolazioni della società, le cosiddette società intermedie, ritenute come originarie e pertanto svincolate dall'operato dell'apparato statale. Da questa prima e fondamentale libertà, fondata sul riconoscimento di una giuridicità intrinseca alla formazione sociale, discende, per così dire, la libertà di forgiare, partendo da un dato

96 F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 90.

97 F. Pizzolato, *La sussidiarietà tra le fonti*, cit., p. 392. L'autore richiama qui ancora le riflessioni di G. Berti, *La giuridicità pubblica e la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione*, in "Jus", 2002.

98 Non può essere tuttavia sottaciuto certo utilizzo effettuato da parte dei giuristi cattolici delle teorie sulla società intermedia per difendere la cosiddetta famiglia tradizionale, attaccata da spinte moderniste. Per questa tendenza cfr. D. Castellano, *Della famiglia: brevi considerazioni sulla sua essenza, sulle sue finalità e sulla principale causa della sua attuale decadenza*, in M. Ayuso Torres (a cura di), *Dalla geometria legale-statualistica alla riscoperta del diritto e della politica. Studi in onore di Francesco Gentile*, Madrid, 2006.

legislativo, una norma giuridica legata ai bisogni della società stessa, esemplificati, in alcune trattazioni, con il richiamo alla natura della cosa. La libertà interpretativa verrebbe pertanto vincolata più che dal dato legislativo, anche questo da interpretarsi, dalla naturalità dei rapporti sociali e dalla loro evoluzione storica⁹⁹.

Come si evince, il programma evidenziato da Pietro Rescigno e che ritrova radici profonde nella dottrina giuridica di stampo cattolico, appare estremamente articolato e mira in ultima istanza a spogliare il *dio mortale* di ogni manto sovrano, ricollocandolo in quegli spazi, considerati da certe teorie politiche e giuridiche più che angusti, che l'esperienza giuridica pre-codicistica gli aveva assegnato¹⁰⁰. All'intero di questo progetto, la questione interpretativa rappresenta uno dei possibili argomenti o punti di partenza¹⁰¹, ma appare con evidenza come questa sia di fatto strumentale alla posizione di un diritto di fonte sociale, il quale riduce la portata del diritto di fonte statuale ad una delle componenti di un pluralistico orizzonte giuridico.

Pare però a questo punto doveroso raccogliere le fila dei discorsi fin qui effettuati, enucleando in una sorta di schematico riassunto le posizioni dottrinarie fin qui emerse al fine di non disperdere in nozioni scollegate gli elementi fin qui raccolti.

99 Cfr. N. Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, cit., pp. 330 e segg.

100 Risulta oltremodo interessante notare come gli autori che si richiamano, anche implicitamente, a questo *progetto*, che nel nostro tempo si fonda sulla esaltazione del ruolo *rivoluzionario* del principio di sussidiarietà orizzontale, quale grimaldello per rompere l'egemonia statuale della produzione del diritto oggettivo, si ricollegano nelle loro opere alle riflessioni di autori come Paolo Grossi (da *L'ordine giuridico medioevale* alle *Mitologie giuridiche della modernità* ed ora a *L'Europa del diritto*) e Pietro Costa (*Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*). In proposito cfr. sia F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 95, che F. Pizzolato, *La sussidiarietà tra le fonti*, cit., pp. 387-390.

101 A titolo di pura esemplificazione un autore come Francesco Gentile, da considerarsi fra i più attenti osservatori, in chiave astatale del principio di sussidiarietà, nelle sue opere non concentra l'attenzione sul problema dell'interpretazione giuridica. Cfr., oltre agli scritti già richiamati, anche *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003.

CAPITOLO QUINTO

PER UN RAPPRESENTAZIONE IDEALTIPICA DELLE CONCEZIONI DELL'INTERPRETAZIONE

SOMMARIO

§ 1. Uso in chiave bellica del termine *politica* e del sintagma *giustizia politicizzata*. Sulla mistificante contrapposizione politico/apolitico; § 2. Su di un'alternativa diabolica: servire il popolo o servire lo stato? (nell'un caso e nell'altro sempre *servi* si rimane – così per lo meno pare); § 3. Una possibile convergenza tra le due prospettive; § 4. Per una concezione *inter*-sistemica dell'interpretazione; § 5. Sul concetto e sulle concezioni di sistema. La precipuità dell'uso alternativo del diritto; § 6. Un abbozzo idealtipico delle concezioni dell'interpretazione; § 7. Ancora sulla concezione *a*-sistemica, *intra*-sistemica ed *inter*-sistemica dell'interpretazione; § 8. Un'osservazione conclusiva per una nuova prospettiva di ricerca.

1 – USO IN CHIAVE BELLICA DEL TERMINE *POLITICA* E DEL SINTAGMA *GIUSTIZIA POLITICIZZATA*. SULLA MISTIFICANTE CONTRAPPOSIZIONE POLITICO/APOLITICO

Al fine di meglio enucleare le prospettive richiamate nella rassegna innanzi presentata, appare opportuno proporre una breve riflessione riassuntiva delle posizioni lì emerse.

Accostandoci al rapporto fra l'interpretazione e l'esperienza giuridica, abbiamo preso le mosse dal tutto sommato recente e sicuramente eclatante esempio proposto dai fautori di un *uso alternativo del diritto*, teorie e prassi manifestatesi in Italia a cavallo degli anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo, le quali si coagulano anzitutto intorno alla corrente di *Magistratura democratica*.

Abbiamo osservato come tale prospettiva ritrovi un'assoluta opposizione, sempre all'interno della cultura giuridica italiana, da parte dei sostenitori della *fedeltà alla legge*, i quali riconoscono in Uberto Scarpelli uno fra i loro più coerenti esponenti. Come potrebbe apparire evidente dalla lettura dei testi precedentemente richiamati, fra le ipotesi concernenti *l'uso alternativo del diritto* e quelle relative alla *fedeltà alla legge* non sussisterebbe, a prima vista, alcun punto di comunicazione; le une e le altre si costituirebbero in una insanabile contrapposizione, tanto da farle apparire non solo come prospettive dottrinali opposte e divergenti, ma anche quali indirizzi di politica del diritto sorti all'interno di mondi diversi ed in antitesi. Da una parte una certa analisi, per lo più marxista, del diritto volta a rivoluzionare il sistema dei rapporti economici anche per mezzo di strumenti giuridici, dall'altra una prospettiva liberale, che, se pur politicamente non scevra da elementi di riformismo sociale, mira a preservare e consolidare quello stato di diritto, che è invece il principale bersaglio della cosiddetta giustizia alternativa o *politicizzata*. Sintagma, quest'ultimo (*giustizia politicizzata*), male impegnato per designare soltanto i sostenitori di un *uso alternativo del diritto*, se, tra le due posizioni estreme, si collocano giuristi fortemente impegnati a sostenere proprio la politicità del diritto. Fra l'altro, nemmeno Scarpelli, come osservato, disdegna di palesare una precisa scelta d'orientamento politico nell'espone le sue teorie sull'interpretazione del diritto, che è, per l'appunto, la politica della fedeltà alla legge; va in proposito altresì richiamato Salvatore Satta, il quale, nel lanciare i suoi strali contro quelli che potremmo definire i *giuristi movimentisti*, dato il loro ricollegarsi esplicito al movimento operaio e studentesco di quegli anni, si appella, anch'egli, ad una precisa scelta di politica del diritto, che è, come egli stesso rileva, la politica dello stato.

D'altro canto, se volessimo continuare ad usare l'appellativo di politicizzati per qualificare i giuristi *movimentisti*, o, come ben li definisce Scarpelli, *sostanzialisti*, a causa del loro tentativo di attuare un rapporto diretto fra le istituzioni giuridico-politiche ed un particolare ideale di giustizia, con il rischio di incorrere in oggettive derive totalitarie, finiremo per confonderli ed accomunarli, cogliendo solo la loro spiccata tendenza politica, ad esempio, con i fautori del moto di riscoperta delle *società intermedie*, che dà luogo ad un preciso itinerario politico, ove, per l'appunto la politica del diritto si fonde con precise scelte di politica nazionale certamente non condivisibili dai *movimentisti*.

Parimenti politica appare la prospettiva di coloro i quali, pur criticando le posizioni estreme assunte dai *movimentisti*, ritengono comunque che l'attività di interpretazione della legge non possa non avvalersi, pur senza fondarsi interamente su queste, di istanze e di elementi formalmente extragiuridici, quali, ad esempio, il costume sociale, oppure la ricerca nel testo costituzionale di valori verso i quali ricondurre la norma tratta dalla disposizione, o ancora le esigenze di bilanciamento degli interessi.

In definitiva, non appare questa la strada per portare ordine nel discorso fin qui svolto; anzi il richiamo alla politicizzazione, al di là del connotato valoriale negativo che tale termine, in questo contesto, evoca, rende ancora più confuso il variegato dispiegarsi delle posizioni intorno alle finalità dell'attività interpretativa e ciò per due ordini di argomenti.

Il primo, e più generale, appare così riassumibile: da quanto è fino ad ora emerso, l'attività del giurista è attività politica. Per un verso, infatti, non può essere negato che il giurista opera all'interno del contesto sociale al fine di porre o assecondare (la distinzione qui non rileva) un'opera di ordinamento. Il diritto non può considerarsi separato dalla comunità, ovvero dalla *polis*; il giurista opera politicamente, in quanto parte integrante della stessa, ed ha di mira, stante alle teorie qui proposte, il bene della comunità. Senza voler qui richiamare l'Aristotele della *Politica*, nessun intervento sopra riportato ritiene, a ben vedere, che il giurista debba operare scelte non obiettive, ovvero imporre attraverso lo strumento giuridico arbitrî di parte, tanto da rendere il destinatario dell'intervento *strumento* altrui.

Va qui osservato che i *movimentisti*, ai quali, forse dal punto di vista lessicale, sarebbe imputabile una forte venatura di parzialità, ritengono di utilizzare in modo alternativo il diritto proprio con il preciso obiettivo di porre fine, o per lo meno attenuare fin dove ciò sia consentito, un rapporto, a loro dire, di natura dispotica, che porrebbe determinati ceti economico-sociali in posizione strumentale e quindi, subordinata ad altri. In questo senso, si può con sicurezza affermare che il loro intento fosse, al di là dei concreti esiti, *politico*; l'alternatività si caratterizza proprio attraverso il riaffermare, anche con l'utilizzo dello strumento giuridico, la intrinseca politicità del rapporto comunitario. Qui, sotto questa particolare chiave di lettura, l'uso del diritto è alternativo al suo impiego in chiave dispotica¹. È ben vero che l'interpretazione dei fatti

¹ Va rilevato come per Marco Ramat la varietà delle posizioni proposte da Magistratura democratica "costituisce [...] la prova di un impegno politico in senso ampio e più

sociali di matrice storico-materialista non si adatta molto a categorie aristoteliche, ma è, a mio avviso, fuori dubbio, che porre il diritto al servizio di autocelebrati movimenti di liberazione denoti la tensione a voler usare il diritto in chiave politica e non dispotica (e ciò a prescindere, come già sottolineato, dagli esiti pratici)².

Eguale politica è la rappresentazione proposta da coloro che si richiamano alla *fedeltà alla legge*, la quale, lungi dall'essere rappresentata come valore in sé (pena il cadere nel cosiddetto positivismo etico³), appare piuttosto uno degli espedienti tecnici o procedurali volti a preservare da derive autoritarie la comunità stessa. Anche qui il centro della riflessione è politico; è una scelta politica, la quale appare, all'interno di questo universo di discorso, la migliore possibile, a giustificare tale opzione interpretativa che garantirebbe il carattere politico e non dispotico del rapporto intersoggettivo.

Ed è ancora il richiamo alla politicità del diritto che fa sì che lo stesso diritto ritrovi il proprio punto d'appoggio, se non il fondamento ultimo, nei valori vigenti in un dato contesto sociale, tanto da legarlo

proprio (*polis*) di questo gruppo di magistrati", *Che cosa abbiamo voluto dire*, cit., p. 719.

2 Per inciso, da solo il richiamo al verbo *usare* accostato al sostantivo *diritto* porta a riconoscere la distanza fra le due prospettive, quella classico-aristotelica e quella *movimentista*, ma al di là di ciò va ribadito che il diritto, nella prospettiva *movimentista*, sia utilizzato, nel loro intento ed in ultima istanza, a favore della comunità, sia pur questa rappresentata nell'ottica della lotta di classe; è pertanto, nell'intenzioni dei promotori, un uso propriamente politico del diritto.

3 Sul positivismo etico cfr. per tutti N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 265 e segg. ove possiamo leggere: "l'affermazione del dovere assoluto di ubbidire alla legge trova la sua spiegazione storica nel fatto che, con la formazione dello Stato moderno, non solo la legge è diventata l'unica fonte del diritto, ma il diritto statuale-legislativo è diventato l'unico ordinamento normativo, l'unico sistema di regolamentazione del comportamento dell'uomo in società; e siccome la valutazione di un comportamento si fonda su una norma, possiamo aggiungere: il diritto statuale-legislativo è diventato il criterio unico ed esclusivo per la valutazione del comportamento sociale dell'uomo. Ciò è avvenuto per il fatto che nell'epoca moderna lo Stato non solo è emerso e si è imposto su tutte le altre organizzazioni di tipo politico, ma è divenuto l'unico portatore dei valori morali [...]. Così stando le cose, si comprende perché secondo il positivismo giuridico il dovere di obbedire alle leggi sia assoluto e incondizionato" (pp. 268-269). Sempre sull'argomento cfr. dello stesso autore, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, pp. 145 e segg. (il testo ripropone sette elaborati apparsi fra il 1949 ed il 1954, la parte qui richiamata riproduce l'articolo *Formalismo giuridico e formalismo etico* apparso nel 1954 sulle pagine della "Rivista di filosofia").

profondamente alla vita della comunità e distrarlo dalla mera posizione autoritativa, la quale, se assunta a unico suo momento qualificante, ne determinerebbe una intrinseca natura dispotica.

In definitiva, la natura politica del nostro fenomeno non appare disconosciuta in nessuna delle prospettive qui proposte; tutte, ed in questo senza nessuna distinzione, riconoscono il carattere politico del diritto⁴.

D'altro canto, e siamo giunti al secondo ordine di argomenti, asserire la politicità di un approccio al fenomeno giuridico per evidenziarne la natura partigiana, implica, dal punto di vista dell'osservatore critico, riconoscere a se stesso, anche implicitamente, una posizione riconducibile alla sostanziale imparzialità, tanto da ascrivere un ruolo apolitico, nel senso di non essere di parte. Va da sé che qui il termine politica, lungi dalla sua connotazione aristotelica, è assunto quale sinonimo di posizione partigiana. Una prospettiva politica è dunque, in questo universo di discorso, una posizione chiaramente di parte; e ciò non appare conveniente in un mondo, come è quello del diritto, che fa della obiettività la sua bandiera.

In questo senso, allora, va inteso l'appellativo (meglio l'epiteto dispregiativo) di giudici politicizzati a coloro che promuoverebbero, a detta dei loro critici, istanze di parte. I fautori di una "giustizia partigiana" si porrebbero all'interno di un ossimoro e vivrebbero una

⁴ "Questa conclusione, la quale può essere perfettamente giusta sotto l'aspetto filosofico [...] produce tuttavia un senso di disagio e di turbamento nel pratico, abituato per lunga tradizione di pensiero a considerare giustizia e politica come termini antitetici, e quindi a sentire quale una *contradictio in adiecto* quella qualificazione di politico data al giudice, che nella mente di esso pratico (ignaro, come si è premesso, di problemi filosofici) risveglia la idea non gradevole, del giudice politicante". Così constatava nel 1939 Pietro Calamandrei nel suo celeberrimo contributo su *Il giudice e lo storico*, in "Rivista di diritto processuale civile", XVI (1939), n. 1, p. 119 (ora in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1965, vol. I, p. 406). Nello stesso anno il saggio di Calamandrei appare anche negli *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, Milano, 1939. Va in ogni caso sottolineato come il Calamandrei rilevi che "in tutti gli ordinamenti in cui la legge è il *prius* e la sentenza è il *posterius*, e in cui quindi sono separati, cronologicamente ed organicamente, il momento della formulazione e quello della applicazione del diritto, la funzione giudiziaria si trova ad essere necessariamente separata dalla politica, nel senso che quel duro lavoro di ricever l'urto incompasto delle forze politiche che si agitano nella società, e di disciplinarle e incanalarle fino a trarre dalla loro combinazione e purificazione quel prodotto sintetico che è il diritto, è riservato alla fucina del legislatore, né può il giudice sottoporre per suo conto a nuove reazioni le leggi uscite da questa fucina, che rappresentano per lui l'espressione immutabile e indiscutibile di una politica già cristallizzata", *ibidem*, p. 120.

contraddizione la cui soluzione si ritroverebbe nell'*aut-aut*: o giudice, e quindi *super partes*, o politicizzato, quindi di una parte ed in quanto tale impossibilitato a giudicare con imparzialità.

Abbiamo osservato come le critiche a questa impostazione di sapore manicheo fossero ben giustificate, tanto da far emergere a chiare lettere che coloro i quali la sostenevano in realtà erano loro stesso portatori di interessi di parte.

Sicché appare sterile continuare su una falsariga improntata sull'impossibile discriminare fra interpretazione politicizzata, e quindi di parte, e interpretazione non politicizzata, e quindi imparziale, dato che, come osservato, non ci troviamo di fronte a termini che designano una reale distinzione, ma una mistificazione; come rileva Bobbio⁵, chi predica di sé la propria apoliticità ritiene di essere tale perché si colloca lungo itinerari maggioritari, mentre coloro che si collocano su percorsi minoritari ed in opposizione ai primi risultano etichettati come portatori di visioni parziali; a ben vedere entrambe sono schierati con una parte, ed i cosiddetti apolitici con quella, per dirla con il *Defensor pacis* di Marsilo, *valentior pro quantitate*⁶.

Più produttivo si manifesta, invece, il tentativo di proporre un riepilogo tassonomico delle posizioni fin qui rilevate, riorganizzando le prospettive dottrinali presentate in tre macro settori, i quali corrispondono ad altrettanti modi di intendere l'attività interpretativa del diritto⁷.

5 Cfr. *Quale giustizia o quale politica?*, cit., pp. 1439-1440.

6 Così nel *Defensor pacis*, I, XII, 5 (cfr. Marsilo da Padova, *Il difensore della pace*, trad. it. curata da C. Vasoli, Torino, 1960). Sull'argomento cfr., per tutti, E. Ancona, *Introduzione bibliografica*, in E. Ancona-F. Todescan, *Marsilo da Padova*, Padova, 2007, pp. 48 e segg. (il testo richiamato porta una selezione antologica dell'opera in versione originale e traduzione italiana). Per l'intrinseca parzialità della esperienza politica e giuridica moderna promanante dalle intuizioni del Mainardini, cfr., fra gli altri, il volume di F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit., nello specifico pp. 97-106.

7 Nell'operare in tal senso non dobbiamo però dimenticare come le posizioni sopra richiamate abbiano, in molti casi, quale specifico punto di riferimento la critica all'idea di interpretazione creativa proposta dai giudici di *Magistratura democratica*; in altri casi, se pur slegate da tale fenomeno, ad esempio perché antecedenti ad esso, sono state qui presentate ed organizzate in funzione dello stesso, quasi a voler proporre dei confronti o ricercare delle radici. Tutto ciò potrebbe rendere non solo incompleta la visione del più generale problema del ruolo *politico* dell'attività interpretativa, ma ne favorirebbe anche una lettura settoriale, incapace di per sé di dar conto del modo in cui il nostro tema sia stato, nel suo complesso, sviluppato nella cultura giuridica italiana del secondo

2 – SU DI UN'ALTERNATIVA DIABOLICA: SERVIRE IL POPOLO O SERVIRE LO STATO? (NELL'UN CASO E NELL'ALTRO SEMPRE *SERVÌ* SI RIMANE – COSÌ PER LO MENO PARE)

Pare d'uopo iniziare questo riordino dalle posizioni estreme; queste si coagulano intorno ai poli della *fedeltà alla legge* e dell'*uso alternativo del diritto*.

Iniziamo da quest'ultima prospettiva: da quanto sopra rilevato, emerge come l'uso alternativo del diritto, così come propostoci, ad esempio, da Luigi Ferrajoli, si colloca in un itinerario caratterizzato da una tensione all'interpretazione non-sistemica, ovvero da una attività interpretativa che, nel produrre norme giuridiche, non tiene nel debito conto né di limiti logico-semantiche delle disposizioni trattate, né di confini posti, non tanto dai principi generali dell'ordinamento, i quali verrebbero comunque scavalcati in nome di supremi valori più etico-politici, che giuridici⁸, quanto della stessa costruzione politico-giuridica (la forma stato) in cui si collocano.

L'interpretazione non-sistemica qui presentata vede come protagonista un attore, il giudice, che nelle intenzioni dei suoi teorizzatori è pienamente partecipe ad un conflitto di classe, ad uno scontro fra partigiani militanti nell'uno e nell'altro schieramento. Gli uni e gli altri, dispiegando il loro potere, utilizzano lo strumento giuridico a fini bellici, sicché al potere borghese va opposto uno speculare contropotere proletario.

Si potrebbe ipotizzare che solo apparentemente quello dell'uso alternativo del diritto sia una teoria giuridica (prescrittiva) sull'interpretazione, perché in realtà questo uso potrebbe palesarsi, nel suo rovesciare specularmente la prassi della giustizia borghese, per un verso, come una reazione nel campo giuridico ad attacchi posti in essere dal nemico di classe, per altro e più in generale, come una *immagine oggettiva* dell'intera

dopoguerra. L'indagine dovrà pertanto proseguire (vedi il volume sottotitolato *Sulla interpretazione creativa nella società pluralista*); per intanto limitiamoci a proporre una breve scheda sinottica del fenomeno osservato, la quale, sia pur con tutte le deficienze sopra rilevate, potrebbe offrire riepilogo e, auspicabilmente, chiarezza sul dibattito intorno all'interpretazione creativa sviluppatosi, anche a seguito delle provocazioni dei magistrati *estremisti*, a cavallo del settimo decennio dello scorso secolo.

⁸ Si pensi al richiamo di significati valoriali riconosciuti nelle disposizioni del dettato costituzionale, che non ritrovano riscontro nella giurisprudenza costituzionale e che pertanto appartengono più al mondo dell'etica (o dei *desiderata*), che a quello dei valori giuridici istituzionalizzati.

esperienza giuridica, che, nella prospettiva marxista qui sposata dai più, non può che prodursi come strumento (sovrastrutturale) di dominio di una classe sulle altre.

All'interno di questa chiave di lettura non avrebbe senso parlare di uso *alternativo* del diritto, dato che non sarebbe ipotizzabile un diverso uso del diritto, il quale non potrebbe che dispiegarsi come strumento di dominio (rammentiamo che il diritto, parimenti allo stato, quanto cessa di essere strumento di dominio, si estingue); l'alternatività è solo apparente, l'unica novità riscontrabile è riconducibile alla constatazione che, per una serie di cause storico-sociali, il proletariato, in una determinata fase dello scontro di classe, si ritrova a poter usufruire di giudici al suo servizio.

Al di là di queste considerazioni⁹, che riguardano soltanto l'ala estrema di *Magistratura democratica*, si può riassumere riconoscendo come qui si teorizza la legittimità di un'attività interpretativa la quale fuoriesce dagli spazi, definiti fin troppo angusti, fissati vuoi dal linguaggio del legislatore, vuoi dai principi generali e informanti, anche implicitamente, l'ordinamento giuridico; l'attività interpretativa deve venire guidata dalle esigenze, dagli interessi e dai valori sociali, i quali primeggiano su ogni forma giuridica posta. Il giudice si fa interprete della società (nel nostro caso, della reale volontà del popolo, impegnato nello scontro di classe) e non della legge; il suo principale compito è di porre norme giuridiche corrispondenti alla realtà sociale (meglio, alla parte sociale – *il popolo* – che egli intende rappresentare), agli interessi ed ai valori che lì vigono. Il giudice crea ed amministra il diritto, tanto da dover supporre che non vi siano, in ultima analisi, altre regole giuridiche *giuste* che non siano quelle promananti da una attività giurisprudenziale al servizio del popolo. In questa prospettiva, il diritto¹⁰ *aleggia* nella società, nella legalità sociale presente nel *popolo*, ed il giudice deve riconoscerla ed istituzionalizzarla con la sua attività.

9 Non appare possibile in questa sede nemmeno abbozzare i contorni di una teoria marxista del diritto, nel rimandare ad altre fonti ci limitiamo a segnalare per la sua peculiarità il contributo di R. Guastini, *Fondamenti teorici del cosiddetto «uso alternativo del diritto» nel marxismo*, in P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. Ortodossia giuridica e pratica politica*, cit., pp. 3-14.

10 Si badi bene, il diritto sostanziale, non quello relativo alle norme di conferimento di potere; infatti, al di là di alcune note polemiche sulla organizzazione gerarchica della magistratura, non si pone in discussione, da parte di questa corrente, l'ordine giudiziario inteso quale potere di dire e di amministrare diritto.

Tale prospettiva, che rompe con la tradizionale forma stato moderna, non può che destare una contrapposta reazione.

Questa si manifesta nell'opporre ad una siffatta sregolatezza interpretativa il dogma della fedeltà alla legge; questa prospettiva recupera a pieno la teoria dell'interpretazione meccanicistica, quindi sottopone l'operato del giudice al rispetto del rigore semantico e sintattico della disposizione e, ove questa appaia suscettibile di ambiguità o vaghezza, ai principî dell'ordinamento giuridico. Il giudice è, quindi, soggetto alla legge e dalla sua attività interpretativa espunge ogni giudizio di valore, tanto da rappresentare la stessa come una operazione di natura logica. Questa prospettiva, ben esemplificata dallo Scarpelli autore di *Cos'è il positivismo giuridico*¹¹, implica il pieno inserimento del giurista all'intero di un sistema di diritto positivo e di una forma di stato, ove primeggia la figura del legislatore. Infatti, in questa prospettiva, "l'accettazione del principio fondante di un sistema di diritto positivo involge prima di tutto l'accettazione di certi procedimenti di formazione e di certe condizioni di riconoscimento della volontà politica"¹². La fedeltà alla legge si realizza per tramite della interpretazione meccanicistica della stessa; è il potere legislativo, in quanto rappresentante della sovranità popolare, a creare le regole per la sociale convivenza; spetta al giudice applicarle così come sono state poste dal potere legislativo al fine di contribuire alla realizzazione di quella certezza del diritto, che il moto illuminista ha lungamente perorato.

Ancora una volta, sulla scorta del pensiero di Scarpelli, va riconosciuto che la scelta della fedeltà alla legge non sia il frutto di un'opzione apolitica, tanto da preservare il giurista dall'*impuro* contatto con il mondo della politica, ma sia essa stessa una precisa scelta politica. Infatti,

11 Ma, come abbiamo osservato, in scritti successivi l'autore modifica, attraverso implicite aperture alla interpretazione evolutiva, la sua posizione, che nello scritto del 1965 qui richiamato appare estrema.

12 U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 130. Oltre l'autore rileva come, "il positivismo giuridico, se non ne venga illuminata la scelta politica, potrebbe ancora contribuire alla formazione di giuristi disposti a farsi strumento di qualsiasi contenuto del diritto. La coscienza deve al contrario giudicare il diritto", p. 146. Ma questo giudizio di valore si situa a monte del sistema di diritto positivo e si concreta "nell'integrazione democratica del positivismo giuridico, nei procedimenti democratici di formazione delle leggi o di formazione degli organi legislativi: la soggezione al diritto positivo può essere allora intesa come fedeltà alle leggi che la società dà a se stessa in armonia con i propri valori", p. 149.

a conclusione dello studio qui richiamato, l'autore sottolinea come "il positivismo giuridico, con l'integrazione democratica e l'integrazione costituzionalistica, rappresenta nella cultura giuridica il corrispondente [.. della ...] soluzione liberale: il giurista giuspositivista, nella sua fedeltà al diritto positivo, nella sua fedeltà alla legge costituzionale che garantisce la libertà, nella sua fedeltà alla legge formata con i procedimenti democratici, è il custode della struttura in cui la varietà e la convivenza delle scelte sono possibili. La scelta del positivismo giuridico può essere la nostra scelta come scelta della soluzione liberale, oggi per lo stato, domani o domani l'altro per la società politica di tutti gli uomini"¹³.

Il giudice è, quindi, soggetto alla legge in quanto parte integrante di un sistema di diritto positivo imperniato sui valori del liberalismo; il giuspositivismo è qui funzionale allo sviluppo di una società liberale. È ravvisabile senz'ombra di dubbio una opposizione non solo metodologica con la prospettiva dell'uso alternativo del diritto; questa è parte di una opposta prospettiva politica, tanto da poter rilevare come la scelta del metodo interpretativo è funzionale all'esito politico da conseguire. Non a caso lo stesso Scarpelli sottolinea come il positivismo giuridico ritrova un "oppositore molto importante [... nel ...] marxismo, che concependo la storia come lotta di classi e il diritto delle società in cui il positivismo giuridico si è formato e si mantiene quale espressione degli interessi della classe borghese, vede nel giurista giuspositivista un servitore degli interessi borghesi"¹⁴. Rigettando una prospettiva giuridica fondata sul materialismo dialettico, e, parimenti sul giusnaturalismo, Scarpelli propone di utilizzare la strumentazione concettuale offerta dal positivismo giuridico al fine di poter dominare una società pluralistica, ritenendo che l'opzione valoriale debba svolgersi e svilupparsi in ambiti non prettamente giuridici, ovvero attraverso la mediazione delle istituzioni rappresentative. Anche in questa prospettiva il diritto è, in ultima analisi, diretta espressione del suo creatore, il potere legislativo (ove si è svolta l'operazione di mediazione degli interessi): il giurista non può intervenire sulla risultante di questo processo e deve limitarsi ad applicare la scelta politica così come la stessa è stata posta all'interno del diritto positivo.

¹³ *Ibidem*, p. 153.

¹⁴ *Ibidem*, p. 136.

3 – UNA POSSIBILE CONVERGENZA TRA LE DUE PROSPETTIVE

Ci ritroviamo di fronte a due prospettive che paiono svilupparsi in ambiti differenti e condursi in direzioni opposte. Per un verso, la sfrenata creatività del giudice posta al servizio dello scontro di classe e finalizzata al raggiungimento, se non direttamente di una società senza classi, quanto meno a consolidare gli interessi delle classi subalterne; per altro, riconosciamo un giudice totalmente soggetto alla legge in quanto strumento applicativo del risultato di un processo di mediazione fra interessi sociali svoltosi nell'ambito del potere legislativo. Se da un lato, il giudice, con la sua interpretazione non-sistemica, è partecipe ad uno scontro di classe, il quale si manifesta privo di regole e che, per tanto, è soggetto soltanto al potere dispiegato dai protagonisti dello stesso, dall'altro il giudice, impegnato in una opera di interpretazione intra-sistemica, è, nel suo operare avulso da ogni conflitto, il quale, se mai avverrà, si ricomporrà, attraverso il rispetto di precise regole procedurali, nell'ambito del potere legislativo. In questa sua formalistica neutralità il giudice è partecipe al consolidamento di un sistema giuridico-politico, che per Scarpelli deve fondarsi sui valori del liberalismo.

Opposizione negli intenti e negli esiti pratici perseguiti, ma sia nel caso dell'uso alternativo del diritto, che in quello della rigida fedeltà alla legge, la giuridicità dell'interpretazione prodotto è pur sempre fondata sul potere, sia questo derivato dalle dinamiche proprie allo scontro di classe o dalla delega di potere, e l'attore del processo interpretativo è pur sempre legato a fattori a lui esterni, allo scontro di classe o all'essere applicatore di risultati di mediazione da altri, il potere legislativo, predisposti.

Ciò che può accomunare questi due mondi apparentemente opposti, è la riduzione del diritto a strumento a disposizione di forze ad esso esterne; in queste prospettive il giurista non è il protagonista dell'esperienza giuridica per la semplice constatazione che l'esperienza giuridica non appare quale momento autonomo. Questa è, infatti, soggetta o a dinamiche sovrastrutturali riconoscibili nell'analisi del materialismo dialettico, e pertanto è dipendente dalla struttura economica della società, oppure è strettamente connessa (meccanicisticamente si potrebbe dire, avuto riguardo alla teoria dell'interpretazione proposta) al mondo delle scelte politiche, che non è quello del diritto, tanto da poter azzardare, per il giurista promanante dall'analisi di Scarpelli, l'ossimoro di *responsabilità irresponsabile*. È responsabile in quanto sceglie consciamente di aderire, quale soggetto politico, ad un sistema valoriale, informato dallo stato

di diritto della tradizione liberale, ma è irresponsabile nel momento in cui, operando come giurista, egli dà pedissequa attuazione alle scelte politiche che il legislativo gli porge sotto forma di legge, dato che non spetta a lui, in quanto giurista, l'opera concreta di evoluzione del sistema di diritto positivo. Parimenti il magistrato *democratico* opera le scelte a monte, come giurista si limita a applicare il diritto conseguentemente alle prime; si potrebbe rilevare, in modo non così paradossale quale a prima vista appare, che non è il giurista alternativo a creare il diritto attraverso l'opera di interpretazione, ma il sistema politico (nello specifico la dinamica economica dello scontro di classe) nel quale preventivamente il giurista si è collocato.

4 – PER UNA CONCEZIONE *INTER*-SISTEMICA DELL'INTERPRETAZIONE

Il dibattito sviluppatosi a cavaliere fra gli anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo presenta anche una terza e variegata idea di interpretazione giuridica, che, per il modo in cui si pone, non può venire collegata né a quella qui definita non-sistemica, né a quella denominata come intra-sistemica.

Ci riferiamo alle posizioni sostenute da Guido Fassò o Luigi Bagolini, che pur distanziandosi profondamente dai fautori di una prassi interpretativa creativa, ritengono che sia compito del giurista integrare il sistema di diritto positivo avuto riguardo al bilanciamento degli interessi, ai valori costituzionali ed anche alla modificazione dei valori sociali. Qui si palesa l'idea di una interpretazione non improntata alla rigida fedeltà alla legge, piuttosto di un'attività che sappia, di volta in volta, trarre dalla disposizione posta dal legislatore, una norma di condotta che sia adeguata a regolamentare la realtà sociale in cui è destinata ad operare. Come ben evidenziato nelle riflessioni di Sergio Cotta e di Luigi Lombardi, l'interpretazione non può svilupparsi né attraverso gli stretti canali messi a disposizione delle teorie formalistiche del diritto, né in spazi contrassegnati dalla sregolatezza. L'interpretazione, nella duplice accezione di interpretazione attività e di interpretazione prodotto, pone in collegamento la legge, intesa quale formale posizione di disposizioni legislative, con la realtà sociale ove deve operare, in modo tale da dar vita, proprio con l'attività interpretativa, ad una reale e non nominale esperienza giuridica, ovvero ad una ricerca del diritto.

Se, per un verso, l'attività interpretativa qui è finalizzata, attraverso la posizione di norme, a mediare il conflitto, ricomponendolo nella (riconducendolo verso la) controversia, per altro è ancora l'interpretazione a porre in collegamento realtà che sopra venivano considerate separate ed incomunicabili: nella relazione fra legge formale e valori ed istanze sociali si palesa l'esperienza giuridica, che pone in contatto forme legislative con valori sociali, dando a quest'ultimi quella valenza giuridica che altrimenti non ritroverebbero, così prontamente e precisamente, nella mera forma di legge.

L'interpretazione, pertanto, qui pone in relazione sistemi, che le due prospettive sopra tratteggiate ritenevano essere separati, e l'interpretazione con questa sua attività volta alla simbiosi di ambiti apparentemente distinti, dà vita ad una realtà inter-sistemica, quella dell'esperienza giuridica, ovvero della ricerca della norma a partire dalla fonte positiva, il cui prodotto è istituzionalizzato nella disposizione.

In questo vasto ambito esperienziale è ricompreso il progetto pluralista posto in essere da Pietro Rescigno, il quale, come sopra osservato, sfocerà, attraverso l'istituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, nel riconoscimento di un diritto promanante dalle società intermedie.

Spezzando il monopolio statuale e legislativo del diritto teorizzato dal positivismo giuridico, la ricerca del diritto è cosa connessa al processo di ordinamento della realtà sociale, sicché il diritto si ritrova non già nel prodotto dell'attività del legislatore, ma in quello del giurisperito, il quale esercita un'attività creativa che non è appannaggio esclusivo di organi istituzionali dello stato. Anche l'attività giurisprudenziale, all'interno di questa prospettiva, si caratterizza più per la presenza delle parti che per quella dell'organo statuale; infatti, per tramite delle parti e del loro dire e contraddire, nell'attività di ordinamento giuridico entra a pieno titolo la società, con i suoi interessi e con i suoi valori, i quali ricercano, proprio nel processo di ordinamento, riconoscimento giuridico.

Pare ritrovarsi in questo terzo ambito l'indirizzo più fecondo per una riflessione sull'attività interpretativa che voglia, per un verso, dar conto della crisi del positivismo giuridico e, per altro, offrire spunti a favore di una teoria dell'interpretazione che, costituendosi e fondandosi quale esperienza giuridica, possa collocarsi in (e recepire) una realtà sociale pluralista caratterizzata da una perenne dinamicità.

5 – SUL CONCETTO E SULLE CONCEZIONI DI SISTEMA. LA PRECIPUITÀ DELL'USO ALTERNATIVO DEL DIRITTO

Considerando il percorso fin qui compiuto appare possibile riconoscere che, avuto riguardo alla attività interpretativa, sia necessario distinguere fra metodologie *aperte* e metodologie *chiuse*¹⁵.

Alle prime, quelle *aperte*, “legate più al diritto che alle leggi, alle quali si rendono possibili processi integrativi, che sorpassano il dettato testuale”¹⁶, possiamo sicuramente ascrivere la prospettiva tratteggiata dai magistrati alternativi, ma anche, pur prive di intenti rivoluzionari, le teorie proposte da autori come Bagolini, Fassò o come Cotta, Lombardi oppure Rescigno. Alle seconde, quelle *chiuse*, a cui sicuramente può ascriversi l’idea di fedeltà alla legge, possiamo abbinare le prospettive, sia pur diversamente declinate, di Scarpelli e del Satta qui fin ora richiamato. Le metodologie *chiuse* sono, infatti, per Paresce, caratterizzate dall’essere “unicamente legate al dettato della legge e limitate, quanto ad una possibile espansione dei significati delle parole, ai nessi grammaticali e sintattici che ne derivano”¹⁷.

La distinzione qui proposta, se possiede l’indubbio pregio di impostare la questione all’interno del metodo interpretativo e non rispetto alle finalità da raggiungere con tale metodo, da cui la polemica, sopra ritenuta non rilevante, intorno ad una interpretazione cosiddetta politicizzata da opporsi ad una interpretazione neutrale o non inquinata da elementi valutativi di natura politica, non riesce a dare conto della differenza sostanziale, non solo della distanza operativa, fra i fautori dell’uso alternativo del diritto e coloro che riconoscono essere sì l’interpretazione attività creativa, ma non per questo volta a scardinare prima e sostituire poi, i principî stessi dell’ordinamento giuridico. Tutto ciò senza voler negare che la bipartizione proposta da Paresce sia capace di offrire un primo, importante e preciso, discrimine fra due modi di intendere l’attività interpretativa. Certo è che all’interno del

15 La distinzione sopra accennata viene proposta da E. Paresce, nella già citata voce *Interpretazione*, p. 215. La voce è pubblicata nel 1972.

16 *Ibidem*.

17 *Ibidem*.

nostro universo di discorso tale (idealtipica) distinzione deve essere ulteriormente specificata ed approfondita¹⁸.

L'occasione per superare questo momentaneo blocco ci viene offerta dallo stesso Paresce nel momento in cui, discutendo di *libera ricerca del diritto*¹⁹, sottolinea come “non si può quale che sia il metodo adottato, prescindere da una lettura del testo e questa non può farsi se

18 Va qui richiamato, per il suo rilievo dottrinale, il distinguo effettato da Massimo Severo Giannini fra interpretazione testuale o logico-grammaticale ed interpretazione extratestuale, cfr. *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, cit., pp. 83 e segg.. Al fine di argomentare tale distinzione, Giannini constata come “per svolgere la sua attività, l'interprete si serve di strumenti, che si possono dire «mezzi interpretativi». Questi mezzi interpretativi si desumono o direttamente dalla esternazione dell'atto, come p. e. l'uso grammaticale delle parole, la connessione sintattica di esse, il loro valore logico, semantico, il tradizionale significato assegnato ad alcune espressioni, ecc., mezzi che qui denotiamo *intrinseci*. Oppure essi sono estranei all'esternazione dell'atto di per sé stessa: p. e. l'uso di espressioni proprie esclusivamente del dichiarante, la connessione di esse con precedenti dichiarazioni ed esternazioni dei suoi desideri, sentimenti, volontà, le condizioni ambientali in cui le esternazioni ebbero luogo, le altre circostanze oggettive e soggettive, ecc.; mezzi che analogamente si dicono *estrinseci*” (p. 58). Sicché, in considerazione del pensiero dell'allora professore incaricato di diritto amministrativo nell'Università di Sassari, l'interpretazione logico-grammaticale si avvale esclusivamente di mezzi *intrinseci*, mentre quelle attività interpretative che “spingono l'interprete oltre la prima interpretazione logico-grammaticale, facendogli usare elementi ulteriori (storico, sistematico, teleologico ecc.) [...] ed il cui [...] risultato finale può essere diverso da quello che emergeva dalle prime interpretazioni, meramente logico-grammaticali” (p. 84), utilizzano mezzi *estrinseci*. Sorge però il dubbio in Giannini che questa cosiddetta interpretazione integrativa (ovvero “quell'operazione diretta a completare una volontà, imperfettamente formata o incompletamente manifesta”, pp. 85-86), non appartenga propriamente al genere interpretazione dato che “in questi casi l'uso della parola interpretazione è del tutto scorretto: siamo in presenza di un concetto diverso dall'interpretazione, che in Germania da lungo tempo si suol chiamare *Ergänzung*, e in Italia, da alcuni autori, integrazione [...] essa presuppone sempre un atto di interpretazione di cui è logicamente un *posterius* [...]. In sostanza l'integrazione è operazione in cui si cerca una proposizione giuridica, onde completare una volontà insufficientemente formata o manifestata; il contenuto di tale proposizione si fissa mediate vari strumenti, che si possono denominare mezzi d'integrazione. È questa la differenza fondamentale dall'interpretazione, che consiste nell'intendere la portata giuridica di una volontà, ed è recettiva, essendo invece l'integrazione il completamento di un atto insufficiente nei rispetti dell'elemento volontà, cioè innovativa” (pp. 86-87).

19 Paresce in proposito della su nominata prospettiva ritiene come la stessa “non è interpretazione, ma creazione sciolta da ogni sorte di vincolo”, cfr. *sub voce Interpretazione*, cit., p. 220.

non partendo dalle parole in esso contenute e dalla loro connessione grammaticale, né si può, del pari, prescindere dalle implicazioni logiche già presenti nelle strutture grammaticali e dalle costruzioni sistematiche che ne derivano”²⁰; in questo modo appare evidente che, per l’autore, la prospettiva la quale non affonda saldamente le radici dell’attività interpretativa nel testo²¹, non teorizza, né pratica una attività interpretativa, bensì una attività volta alla creazione di diritto.

Al fine di perseguire il nostro scopo, ovvero di procedere ad un distinguo fra le prospettive qui presentate, l’attenzione può concentrarsi sull’idea di *costruzione sistematica*, derivante dalla struttura grammaticale, a cui Paresce fa riferimento nel testo sopra richiamato.

La costruzione sistematica di per sé evoca, ovviamente, l’idea di sistema, ovvero di un insieme di elementi fra loro legati da un qualche rapporto. Forse proprio in conseguenza della definizione del rapporto che lega fra loro gli elementi costituenti il sistema, si potrà desumere una distinzione fra le prospettive interpretative qui prese in considerazione.

Da prima, non appare fuori luogo rilevare come la letteratura in materia²², riconosce nel sostantivo sistema un termine ambiguo, ovvero

20 *Ibidem*.

21 Paresce riconosce come le prospettive metodologiche *aperte* altro non sono, storicamente, che evoluzioni di prospettive interpretative *chiuse*. Infatti, per l’autore, “non esistono vari metodi di interpretazione, ma un solo metodo del quale quelli, che siamo soliti chiamare metodi, non sono che i mezzi di cui quest’ultimo metodo che è, in ultima analisi, il metodo del conoscere, secondo le esigenze dei tempi, si serve. Le figure interpretative (i vari metodi cioè) proposte dai giuristi in realtà non possono modificare quella che è una struttura di pensiero, ma possono solo indicare alcuni accorgimenti diretti a salvaguardare dall’usura del tempo l’interpretazione dei dettami giuridici, tenendo presente l’opportunità della stabilità e della certezza interpretativa o viceversa aprendo la via a nuove interpretazioni per evitare anchilosi e fratture nel funzionamento dell’ordinamento giuridico”, *ibidem*, pp. 220-221. Va per inciso rilevato come le osservazioni di Paresce risultino centrali per comprendere l’evoluzione del positivismo giuridico in materia di interpretazione, che approda, attraverso le teorizzazioni di Hart, Rawls, Dworkin, al rifiuto della metodologia interpretativa *chiusa* propria alle dottrine positivistiche sino alla prima metà del Novecento.

22 Va per intanto riconosciuto come il termine sistema, qui utilizzato, si specifica in due sottocategorie, le quali sono connotate da qualità tra loro profondamente diverse; in proposito viene suggerito come “è facile essere d’accordo sul fatto che una galassia, un cane, una cellula, un atomo siano *sistemi reali*, e cioè delle entità che vengono percepite mediante l’osservazione o da essa inferite. Esistono peraltro *sistemi concettuali*, come la logica e la matematica [...] che sono essenzialmente dei costrutti simbolici”, così L. von Bertalanffy, *Teoria generale dei sistemi*, trad. it.

un significante che designa almeno due concetti o significati diversi. Per ciò che concerne la presente indagine, è possibile cogliere nel termine /sistema/ un significato forte, di insieme ordinato di elementi, al quale può essere opposto un significato debole, ai sensi del quale il sistema apparirebbe come un mero centro di imputazione di elementi disaggregati, privi cioè di un ordine intrinseco.

Di norma, quando al sostantivo sistema viene legato l'attributo giuridico²³, tanto da forgiare il sintagma /sistema giuridico/, il sistema è concepito quale insieme ordinato di elementi²⁴; il sistema giuridico non è pertanto

Milano, 1971 (ma 1968), p. 16. Per un verso, infatti, è possibile, nel sistema reale, cogliere empiricamente una coordinazione fra gli elementi che compongono l'oggetto osservato, il quale è designato come sistema dopo la verifica dei rapporti intercorrenti fra i vari elementi ed in funzione di tali rapporti; per altro, ed è il caso dei sistemi cosiddetti concettuali, l'assunto sistematico è riconducibile agli assiomi fondanti tali sistemi e non è riconoscibile attraverso una verifica empirica sugli stessi. Nell'un caso il sistema è reale perché *realmente*, al di là di ogni assunzione preventiva, i vari elementi che lo compongono operano in modo sistematico, formano cioè un ordine reale; nell'altro caso, viceversa, l'ordine che informa il sistema è meramente concettuale, ovvero frutto di una assunzione ipotetica. Per un primo approccio a tali questioni e sulle loro ripercussioni in ambito giuridico cfr. M. Barberis, *L'evoluzione nel diritto*, Torino, 1998, pp. 143 e segg.

23 Cfr. le riflessioni di G. Tarello, *Organizzazione giuridica e società moderna*, in G. Amato – A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1986, pp. 30-32 (il volume racchiude contributi di V. Onida, F. Sorrentino, F. Coccozza, G. Corso, C. Chimenti, E. Cheli, P. Beretta, G. Pasquino, A. Manzella, S. Merlini, A. Baldassarre, G. de Vergottini, G. Pastori, S. Bartole, G. Zagrebelsky, M. Nigro, G. Morbinelli, D. Sorace, E. Balboni, G. Ghezzi, A. Mura, A. Loiodice, G. Corso, F. Finocchiaro, G. Gaja, C. Fusaro oltre che dei curatori)

24 Cfr. però le riflessioni di G. Tarello, *Sistema giuridico, ordinamento giuridico*, in S. Castignone – R. Guastini – G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, 1984, ove si afferma: “non è il diritto in sé che è un sistema, ma è il diritto *in quanto guardato* come insieme di norme collegate [...] che appare come un sistema”, p. 79. In tal modo l'autore lascia presagire al lettore che il *riconoscimento* dell'ordine sistematico non sia, in ambito giuridico, una vera e propria descrizione di una realtà di fatto, piuttosto una prescrizione sulla realtà, ovvero un obbligo a dover considerare come ordinato un insieme di elementi a prescindere dalla empirica rilevazione. Sia pure in un contesto differente, alle stesse conclusioni pare giungere Enrico Paresce, ove insinua il sospetto che l'idea di sistema sia il frutto di una opzione metafisica. Per l'autore, “ci si potrebbe, infatti, domandare se la nozione di sistema non sia un'idea metafisica nascente dal presupposto dell'esistenza di un diritto che, promanante dall'iperuranio, ci viene rivelato e che, per questa sua preesistente «totalità», presenta quel carattere di coerenza interiore finalistica e di concatenazione logica tale da permettere la deduzione delle norme meno generali da quelle più generali”, voce *Interpretazione*, cit., p. 227.

rappresentato quale semplice somma di elementi, si pone che gli elementi, i quali lo compongono, siano anche fra loro ordinati. Che questa attività di ordinamento sia opera del legislatore oppure dell'interprete, ovverosia che il sistema giuridico sia ordinato sin dalla sua fonte, che l'ordinamento sia frutto di una attività ordinatoria successiva, qui ora non rileva²⁵; per ora va solo riconosciuto come è la stessa ambiguità del termine, la quale, soprattutto ove il sistema di riferimento è *concettuale* e non *reale*, a porre di per sé il problema qui accennato.

Se assumiamo il sistema giuridico quale insieme ordinato di elementi (da cui uno dei significati del sintagma *ordinamento giuridico*) allora lo stesso, come rilevato in dottrina, sarà intrinsecamente caratterizzato da "la concatenazione logica tra norma e principi giuridici" e da "la coerenza fra contenuti di norma"²⁶, ma i due caratteri non necessariamente si accompagnano, anzi, come pare venga suggerito dallo stesso Giorgio Lazzaro, gli stessi si avviano verso opposte direzioni.

La prima nozione lascia, infatti, supporre "che dai principi più generali si possano dedurre successivamente altri principi o norme più particolari atte a regolare tutte le possibili fattispecie; questo sistema non è altro che il *sistema deduttivo* applicato al diritto". La seconda connotazione, che, viceversa, accentra l'attenzione sulla coerenza, spiega o presume questa coerenza "per lo più in base alla considerazione che le norme dell'insieme convergono verso un fine comune o verso un insieme di finalità fra loro coordinate e compatibili"; come evidenziato dall'autore richiamato, "questo sistema può dirsi *intrinseco*, ma non *deduttivo*, in quanto non implica l'idea di una concatenazione logica fra proposizioni normative"²⁷. La riflessione qui proposta pare ricondurci, nuovamente, verso la

25 Si riconosce soltanto, riprendendo il pensiero di Lazzaro, e con ciò ribadendo il carattere meramente *concettuale* del sistema giuridico, che, "a differenza delle cose naturali, il diritto è un prodotto dell'uomo, di una continua attività umana: ed è, quindi, un prodotto non costante, ma mutevole. Pertanto appare, a ben vedere, arbitrario dire aprioristicamente se la coerenza di un insieme di leggi sia una caratteristica obiettiva dell'insieme, tale da essere conosciuta dall'interprete, oppure soltanto il frutto di un criterio di interpretazione, di un metodo adottato dall'interprete", *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, 1965, p. 34. Più in generale sull'interpretazione sistematica, cfr. R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del Codice civile*, Bologna-Roma, 1974, p. 254, ove richiama l'attenzione sulle posizioni dottrinarie in tema.

26 G. Lazzaro, *L'interpretazione sistematica della legge*, cit. p. 23

27 *Ibidem*.

distinzione proposta da Paresce fra metodi interpretativi *chiusi*, da cui la prima accezione di sistema come concatenazione logica fra norme e principi, il quale sistema viene operato attraverso l'espansione del significato delle parole²⁸, e metodi interpretativi *aperti*, i quali rendono possibili processi integrativi funzionali all'offrire alle norme coerenza rispetto allo scopo. Pertanto si palesa una biforcazione dell'itinerario, da un lato la deduzione logica, dall'altro il procedimento induttivo.

Ma lungi dal ricollocarci nella *impasse* iniziale, il concetto di sistema e la conseguente idea di interpretazione sistematica ci concedono l'opportunità di uscirne.

Infatti, vuoi l'interpretazione chiusa e informata da un metodo deduttivo, vuoi l'interpretazione aperta e legata al metodo induttivo, si pongono, pur collocandosi in ambiti logici differenti, all'interno del *sistema*, inteso quale insieme ordinato di elementi; anzi, l'attività interpretativa, a maggior ragione nel secondo caso, è funzionale alla fondazione del sistema stesso²⁹.

Qui si ripresenta il quesito sopra posto, ovvero se il sistema giuridico sia da ritenersi ordinato già alla fonte, ossia si ritenga che l'ordine promani dall'opera del legislatore, oppure se l'ordine sia il frutto di un'operazione successiva, posta in essere all'atto di applicare le singole disposizioni, ed indipendente dalla volontà del legislatore.

28 Paresce rileva come “la persistenza e la diretta o indiretta difesa dei canoni dell'interpretazione chiusa va collegata alle tendenze tecnocratiche delle odierne società. La razionalizzazione propria del moderno consumismo, infatti, dai sistemi produttivi tende ad espandersi anche alle relazioni sociali e, tra queste, quella che è più vicina ai sistemi produttivi, è la relazione giuridica. La sua razionalizzazione, anche se ciò sfugge a molti cultori del diritto, riducendo i margini della interpretazione, si propone al limite una giustizia amministrata dai *computers* nella quale gli elementi della decisione sarebbero dati da una scienza del diritto assiomatica e, perciò, certa ed incontrovertibile, e da una serie di schede fornite dalle parti e selezionate dal giudice, relative al fatto, mentre la decisione sarebbe opera del cervello elettronico, evitando così, eliminata la persona umana del giudice, la possibilità dell'introduzione di elementi irrazionali, che sarebbero gli elementi dinamici operanti, malgrado le remore, dagli odierni sistemi. I metodi chiusi dell'interpretazione, così come le corrispondenti concezioni chiuse del diritto, sono assai vicini alle metodologie ed alle concezioni dell'equilibrio economico, limitato ad un unico tipo di equilibrio nel quale possono mutare con una formula costante i rapporti quantitativi, ma non può mutare il tipo di sistema”, voce *Interpretazione*, cit., p. 215.

29 Nella prima prospettiva, quella caratterizzata dalla presenza della logica deduttiva, pare invece che l'interpretazione sia finalizzata al riconoscimento di un sistema già fondato.

Tali quesiti possono ritrovare una prima, sia pur approssimativa, risposta: nel caso di una prospettiva chiusa, il sistema è (tendenzialmente) presupposto ordinato all'atto della posizione delle singole disposizioni che lo compongono; viceversa, nel caso di una prospettiva aperta, il sistema è la risultante del riordino degli elementi che lo compongono, i quali non sono presupposti come ordinati in funzione di uno scopo, ma lo diventano a seguito dell'operazione di riordino che interviene integrando, sempre in funzione della coerenza verso lo scopo, il portato dei singoli elementi del sistema in modo che lo stesso appaia come un insieme ordinato degli elementi. In questo caso il riordino avviene all'atto dell'interpretazione delle disposizioni in modo tale da trarre dalle stesse delle norme che siano coerenti con lo scopo da perseguire. Va qui riconosciuto come la prospettiva percorsa dai fautori dell'*uso alternativo del diritto* si colloca al di fuori di questi due schemi. Il richiamo stesso ad un utilizzo alternativo del diritto ricavato dalla disposizione, fa sì che tale prospettiva si collochi all'esterno del sistema, inteso questo in entrambe le accezioni qui proposte; si può anzi affermare che tale modo di intendere l'esperienza giuridica presupponga la contrapposizione tra sistemi: il sistema giuridico tradizionale ed il sistema a questo alternativo.

L'uso alternativo del diritto non può, di per sé, presupporre di utilizzare il metodo della deduzione, della concatenazione logica fra i principî del sistema, a cui si contrappone, e le norme da questi derivati; ma, d'altro canto, non può nemmeno abbracciare la prospettiva dell'induzione, la quale lo porterebbe a trarre, sempre all'interno del sistema, dalle disposizioni che gli appartengono, delle norme funzionali al raggiungimento del (e coerenti con) lo scopo prefisso nel sistema del quale vuole farsi alternativa. L'uso del diritto è alternativo perché tale prospettiva oppone al sistema dominante³⁰, nel quale pur si colloca, una propria costruzione sistematica, che appare funzionale al raggiungimento di finalità che sono in alternativa, ovvero opposte, a quelle perseguite dal sistema *borghese*. Sicché, nelle sue espressioni più estreme e qui sopra richiamate, la *Magistratura democratica* esprime finalità non ricomprese fra quelle deduttivamente o induttivamente

30 Pare utile in proposito richiamare l'osservazione di Paresce ai sensi della quale "un sistema giuridico è inteso come elaborazione del complesso della legislazione e delle sue implicazioni in un dato momento mercé l'applicazione di principi coordinatori, rappresentanti i valori medi in esso dominanti", voce *Interpretazione*, cit., p. 228.

richiamabili all'interno del sistema, di cui, per l'appunto, vuole farsi alternativa.

6 – UN ABBOZZO IDEALTIPICO DELLE CONCEZIONI DELL'INTERPRETAZIONE

Con riguardo a quanto sopra detto possiamo in fine riconoscere tre macro aree all'interno delle quali collocare le teorie sull'interpretazione qui prese in considerazione.

La prima prospettiva, che qui denominiamo della *interpretazione a-sistemica*, si connota per il fatto che la norma viene posta indipendentemente dal suo ricollegarsi al sistema, qui presunto come insieme organizzato ed ordinato di elementi. La posizione della norma è, pertanto, non legittimata dal previgente sistema perché è da questo contenutisticamente avulsa e si costituisce essa stessa come partecipe ad un sistema settoriale (ed alternativo) al sistema (dominante) vigente.

Va rilevato come non si nega, all'interno di questa prospettiva, il sistema in sé, da qui la non opportunità di designarla come prospettiva *extra-sistemica*; difatti, all'accettazione delle disposizioni di conferimento di potere corrisponde un rifiuto del contenuto socio-politico ed economico esplicitato nelle norme tratte dalle disposizioni dalla tradizione interpretativa dominante. La produzione di norme si ispira sì a valori e finalità extra-sistemiche, nel caso di specie la difesa ed il consolidamento degli interessi dei ceti subalterni, ma è resa possibile dalla pedissequa applicazione delle disposizioni di conferimento presenti nel sistema stesso.

L'interprete non si svincola interamente dalle disposizioni di legge, piuttosto dalla consolidata interpretazione delle stesse; egli apre la strada a nuove prospettive normative determinando, con la sua attività creativa, nuovi contenuti e significati opposti a quelli tradizionali. Questi nuovi significati normativi si organizzano come un settore nel più ampio sistema giuridico, un settore che non si oppone alle disposizioni che conferiscono all'interprete creativo il potere di interpretare ed applicare la disposizione. In definitiva, il sistema viene disarticolato attraverso la istituzionalizzazione di processi di ordinamento giuridico estranei allo stesso (questi sono contenutisticamente extra-sistemiche), ma la disarticolazione si fonda sulle (e può effettuarsi soltanto attraverso le) norme di conferimento del sistema criticato. Si nega per così dire l'ideologia veicolata dal sistema senza per questo porsi totalmente fuori dallo stesso; se ne utilizzano parti per promuoverne l'*affossamento*.

Nella prima prospettiva, il processo di ordinamento giuridico è frutto di un atto di volontà dell'operatore giuridico e si identifica con la volontà dell'autorità chiamata a risolvere giuridicamente (ma servendo il popolo – in ciò la volontà appare chiaramente vincolata) un problema sorto nella vita quotidiana.

A fronte di ciò riscontriamo una prospettiva interpretativa *intra-sistemica*, la quale può presentarsi sotto due forme.

Nella sua forma estrema teorizza l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni come attività puramente logica e, nel far ciò, presuppone l'esistenza di un significato proprio alla disposizione, che l'attività interpretativa deve riconoscere. Da ciò ne consegue che da una disposizione si possa correttamente inferire una sola norma. In considerazione a ciò sull'interpretazione prodotta sarà possibile predicare la sua verità o falsità (ovvero la sua coerenza o meno con le premesse). In questo contesto, il cosiddetto interprete (più corretto appare, infatti, utilizzare il termine di *applicatore* di disposizioni) si manifesta come vettore di trasmissione della volontà del legislatore; si palesa di fatti come un *servo* della legge, che nulla deve aggiungere o togliere alla lettera di questa.

Nella sua ipotesi moderata, il modello interpretativo *intra-sistemico* ritiene legittimo operare sulle disposizioni “oscure”, chiarificandole alle luce di riferimenti tratti dal sistema stesso, oppure proporre delle interpretazioni evolutive delle disposizioni, purché queste siano fermamente ancorate al sistema stesso. Si assiste ad una sorta di ricostruzione della norma per tramite di elementi che si presuppone appartengano al sistema.

Nella prospettiva moderata, l'interprete è teso a riconoscere e applicare il processo di ordinamento giuridico che è intrinseco al sistema; nelle sue manifestazioni estreme egli applica la disposizione, si limita perciò a questa meccanica operazione senza ricercare nell'insieme delle disposizioni, che si suppone costituiscano un sistema ordinato e coerente, altra *ratio* che non sia quella indicatagli esplicitamente dal legislatore.

Nella prospettiva *intra-sistemica*, pur tenendo conto delle differenze fra i due modi in cui questa si manifesta, primeggia quell'idea di interpretazione meccanicistica sorta all'intero della *École de l'exégèse*, ove il processo di ordinamento giuridico viene posto in essere dal potere legislativo e compito dell'interprete sarà solo di attuare la volontà del legislatore.

Accanto a questi due primi modelli si pone, come terza prospettiva, una concezione di interpretazione definibile come *inter-sistemica*.

L'assunto di base di questa prospettiva va ricercato nella constatazione della non esaustività del sistema giuridico formalisticamente inteso, esclusivamente sul quale non può fondarsi un processo di ordinamento. L'ordinamento giuridico è la risultante della relazione, sempre fluttuante, fra le disposizioni formalmente poste e costituenti il sistema giuridico in senso formale e sistemi a questo esterni, quale i sistemi valoriali vigenti o i sistemi relativi agli interessi economici presenti in un dato contesto sociale o ancora i sistemi autoregolamentativi posti in essere da formazioni sociali³¹. Tali sistemi, pur essendo formalmente extragiuridici, non potendosi ricondurre in alcun modo alla volontà positivizzata del legislatore, risultano, all'atto pratico dell'interpretazione e dell'applicazione delle disposizioni, indispensabili al fine di trasformare l'insieme delle disposizioni stesse in un ordinamento giuridico-sociale capace di risolvere le controversie, attingendo cioè legittimità dalla stessa realtà sociale che è chiamato a regolamentare e non dalla mera manifestazione di volontà della autorità formalmente investita di tale compito, sia essa l'autorità legislativa o l'autorità giudicante.

In questo quadro, l'interpretazione è attività che, pur partendo dal dato legislativo, pone in relazione sistemi di regole fra loro diversi per fonte di produzione; attraverso questo rapporto crea di volta in volta l'ordinamento giuridico del caso concreto.

7-ANCORA SULLA CONCEZIONE A-SISTEMICA, INTRA-SISTEMICA ED INTER-SISTEMICA DELL'INTERPRETAZIONE

Ricollegandoci al problema dell'oggetto dell'attività interpretativa, individuabile da un lato, nella volontà legislativa esplicitata dal documento, dall'altro, nel documento quale unica attestazione di volontà³², riconosciamo anche sotto questo profilo la possibilità di offrire una netta distinzione fra le prospettive qui considerate.

Infatti, da quanto emerso, i *movimentisti* a-sistemicici per un verso possono venire ricondotti in un alveo che vede nell'*interpretazione del diritto*

31 Cfr. ancora la sopra richiamata voce *Interpretazione* di Paresce.

32 Tale distinzione è richiamata vuoi dalla voce *Documento (teoria moderna)*, redatto da Carnelutti per il *Nuovo digesto italiano* nel 1937 e ripresa nel *Nuovissimo digesto italiano*, vuoi nel volume di Gino Gorla, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941. In proposito ci permettiamo di rimandare alla prima parte della presente ricerca sottotitolata *Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*.

il suo momento qualificante. In esso, lo sforzo concettuale e proteso a fondare un diritto a cui sottenda la volontà del legislatore (il quale, appare sempre più distintamente, fondersi e confondersi con il popolo, richiamato dall'articolo primo del dettato costituzionale), un diritto che deve affermarsi anche al di là della mera forma della disposizione. Ciò che qui prevale è l'indagine della volontà, il testo in cui questa si esprime è soltanto un pretesto che permette all'interprete di instaurare un rapporto diretto con il popolo-sovrano (in nome del quale il giudice, in grazie ad una decontestualizzata lettura del primo comma dell'articolo 101 della Costituzione repubblicana, amministra la giustizia). Il giudice e, più in generale, l'interprete, si pone, in considerazione della inadeguatezza del formale potere legislativo, quale momento di mediazione fra la legalità sociale risiedente nel popolo e la sua istituzionalizzazione in formule legislative; è la prima ad essere oggetto di interpretazione, la seconda è del tutto residuale, se non addirittura fuorviante della reale volontà del popolo-legislatore; la disposizione appare, per così dire, quale ipotetico pertugio attraverso il quale l'interprete giunge al diretto contatto con la vera volontà legislativa e la istituzionalizza nella sua sentenza. Come è evidente, l'indagine sulla volontà legislativa si spinge ben oltre i limiti posti dal sistema, per concentrarsi, quasi completamente, sulla figura del popolo quale concreto titolare della sovranità (e, pertanto, anche del potere legislativo), a totale discapito del formale detentore della potestà legislativa, la cui volontà ha, in questa prospettiva, solo marginale interesse.

Di converso, la prospettiva enucleata intorno al motto della *fedeltà alla legge*, non può che caratterizzarsi attraverso l'*interpretazione della legge*; nella sua versione estrema si manifesta, per utilizzare l'espressione di Gorla, quale interpretazione *inferiore*, ancorata esclusivamente alla disposizione, la quale è la volontà del legislatore formata ed istituzionalizzata. La versione moderata, pur richiamandosi ancora all'interpretazione *inferiore*, da cui la necessità di rimanere chiaramente all'interno del sistema delle disposizioni, riconosce l'opportunità e la legittimità, in caso di ambiguità o vaghezza del testo, di ricorrere all'interpretazione, in forma sussidiaria, della volontà del legislatore che sottende la formulazione del testo.

Le teorie raccolte intorno alla prospettiva *inter-sistemica*, viceversa, pur richiamandosi alla idea di *interpretazione del diritto*, di una volontà che si colloca oltre il dato testuale, non pare potersi interamente collocare all'interno della bipolarità tracciata dal Gorla. Le ragioni di ciò vanno ricercate nel fatto che l'attività interpretativa ha sì come proprio

oggetto la volontà del legislatore e non soltanto il testo nel quale questa si rappresenta, ma, come sopra osservato, questa va collegata o colta attraverso lo spettro di *altri* sistemi normativi. Sicché la volontà del legislatore è soltanto uno dei campi di indagine al fine di cogliere la norma nella sua sociale interezza. La fonte del diritto non è riassumibile nella disposizione, ma nemmeno, *sic et simpliciter*, nella volontà del legislatore; la fonte, e pertanto l'oggetto dell'attività interpretativa, va ricercata ed individuata nell'incontro tra la volontà del legislatore e le volontà caratterizzanti gli altri sistemi normativi operanti nello specifico contesto sociale.

Va ancora rilevato come nel modello *intra-sistemico* (moderato) la ricerca dell'interprete, che si suol definire a volte come sistematica, è finalizzata a (e si vuole sostanziare ne) la *scoperta* di strutture giuridiche intrinseche al sistema di regolamentazione sociale, ossia pre-esistenti alla attività interpretativa; sicché in questa prospettiva, l'interprete non crea nuovo diritto, egli si limita a riconoscere il diritto che è già presente (non sempre in forma manifesta od immediata) nel dettato legislativo. Il compito del giurista interprete, nel momento in cui riconosce l'assioma ai sensi del quale non vi è diritto che non sia preventivamente contenuto nelle disposizioni legislative, si qualifica nel portarlo alla luce, cioè nel rinvenirlo e nell'istituirlo. Il sistema giuridico è pertanto rappresentato come entità autonoma ed autosufficiente; infatti, con il solo ausilio le disposizioni normative poste dal legislatore, è possibile ordinare giuridicamente la realtà sociale. Al di là del riconoscimento della non essenzialità di sistemi normativi non formalmente giuridici, in quanto estranei alle disposizioni legislative, al fine di porre in essere un'opera di ordinamento giuridico della società, va ancora sottolineato come questa prospettiva, che molte volte ritiene esiziale per il mondo giuridico la commistione fra questo e gli universi della morale e delle norme sociali, non può che rappresentare il sistema giuridico come entità sussistente *ex ante* l'attività dell'interprete. È l'interprete che si piega ad un sistema preesistente alla sua attività.

Viceversa, nel modello *inter-sistemico*, l'insieme delle disposizioni normative poste in essere dal legislatore non appare di per sé sufficiente ad operare una regolamentazione giuridica della realtà, non essendo, all'interno di questa prospettiva, ipotizzabile un'idea di diritto riconducibile al solo dettato legislativo. In tal senso, al fine di porre in essere un'opera di ordinamento giuridico della realtà, l'insieme delle disposizioni legislative deve entrare in contatto e fondersi con altri

sistemi normativi informanti il contesto sociale da ordinare. In questo caso l'interprete è chiamato a forgiare la norma giuridica, attraverso l'incontro tra i vari sistemi normativi vigenti in un dato contesto. L'interprete pone in stretta relazione sistemi diversi, da questo incontro scaturirà il diritto operante in una data società, frutto di una simbiosi fra disposizioni legislative e norme sociali, ma oltre a ciò l'interprete dovrà organizzare gli elementi dell'insieme in un sistema coordinato, capace cioè di rispondere alle esigenze sociali di ordine. L'interprete, nel porre la singola norma giuridica, partecipa da protagonista alla creazione del sistema, il quale non può essere in alcun caso presupposto come antecedente all'opera di interpretazione; il sistema appare come conseguenza di questa attività.

Nel modello *a-sistemico* ed nel modello *intra-sistemico* sono riconoscibili, sia pur in forma diversa, le profonde impronte del positivismo giuridico, viceversa le stesse non informano il modello *inter-sistemico*, il quale si palesa come negazione della prospettiva positivistica.

È fuori di dubbio che in quest'ultimo ritrovino accoglienza istanze neogiusnaturalistiche³³, che affondano le loro radici in antiche tradizioni, ma non per questo lo stesso può venire identificato con tale movimento di pensiero. Il modello *inter-sistemico* costituisce, ad esempio, il nerbo della prospettiva dell'esperienza giuridica, così come Giuseppe Capograssi l'ebbe a tratteggiare; lo stesso modello può ricomprendere le ricerche di filosofia ermeneutica del diritto informate dalla *Vorverständnis* e dal *hermeneutischen Zirkel*³⁴.

33 Va da sé che il termine qui non designa istanze derivate o ricollegabili alla cosiddetta Scuola del diritto naturale del Diciassettesimo secolo, per l'utilizzo di tale espressione cfr. fra gli altri E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983, pp. 101 e segg., quanto un approccio dualistico al fenomeno giuridico che rivaluti, accanto al diritto positivo, la presenza di un diritto naturale. Per un primo approccio, cfr. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, Bologna, 1970, pp. 396 e segg.; per lo sviluppo contemporaneo di tali teorie cfr. l'appendice redatta da Carla Faralli alla riedizione della citata opera di Fassò, Roma-Bari, 2001, p. 363.

34 Per un primo approccio all'argomento si rimanda a C. Gusdorf, *Storia dell'ermeneutica*, trad. it. Roma-Bari, 1989, a G. Mura, *Ermeneutica e verità. Storia e problemi della filosofia dell'interpretazione*, Roma, 1990 e a M. Ferraris, *L'ermeneutica*, Roma-Bari, 1998. Per l'innesto della prospettiva ermeneutica, di stampo gadameriano, nella riflessione giuridica vedi l'opera di Josef Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giurista*, trad. it. a cura di S. Patti e G. Zaccaria Napoli, 1983 (ma 1970). Cfr. sull'argomento i volumi di G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione*,

8 – UN'OSSERVAZIONE CONCLUSIVA PER UNA NUOVA PROSPETTIVA DI RICERCA

Al di là del contingente problema di ricondurre note teorie del diritto all'interno dei tre modelli qui abbozzati al fine di meglio specificarli, va rilevato come la prospettiva qui definita *inter-sistemica* può apparire correlata all'inevitabile tramonto operativo del positivismo giuridico; tale prospettiva si costituisce, pertanto, anche in riguardo alla necessità di ritrovare nuovi modelli con i quali elaborare processi di ordinamento consoni a venire utilmente impiegati nell'ambito delle società pluraliste affermatesi nello scorso secolo, ove si ritiene che l'applicazione di un modello interpretativo meccanicistico risulti non confacente alle esigenze di mediazione fra valori ed interessi compresenti in tali contesti sociali, tanto da traghettare la primazia nella produzione di regole giuridiche dal potere legislativo, da un lato, verso l'ambito giurisdizionale e, dall'altro, verso un'autonomia dei privati generalmente intesa e che ricomprenda al suo interno fenomeni distinti quali la fondazione della *lex mercatoria* e le forme regolamentative sorte nelle società intermedie³⁵.

In fase conclusiva, va ancora palesato che si ritiene poco proficuo, per una indagine che si propone come scientifica, rappresentare l'evoluzione

Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea, Padova, 1990 ed *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1994, nonché, dello stesso autore, *Precomprensione, principi, e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in "Ragion pratica", VI (1998), n. 11, pp. 135-152; si rimanda altresì al volume di F. Viola – G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma Bari, 2000. Cfr. anche le riflessioni critiche di R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 20 e segg., nonché il saggio A. Kaufmann, *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica*, apparso nel 1973 sulla "Rivista internazionale di filosofia del diritto". Di recente tali temi sono stati ripresi da S. Favaro, *L'ineluttabilità dell'interpretazione normativa e la nuova positività: riflessioni per l'inquadramento del dibattito sull'interpretazione giuridica nel novecento italiano*, in "Tigor. Rivista di scienze della comunicazione", I (2009), n. 2, pp. 165-190.

35 Nell'impossibilità di produrre una esaustiva bibliografia in argomento cfr. almeno G. Torresetti (a cura di), *Diritto e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione. Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica. Macerata 2-5 ottobre 2002*, Macerata, 2008 (con contributi di M. Cacciari, N. Irti, C. Menghi, G. Zaccaria, M. R. Ferrarese, P. Spada, G. Sartor, G. degli Antoni, F. Galgano, G. Palombella, P. Marconi, A. Ferrare, R. Cubeddu, G. Azzoni, G. M. Chiodi, M. La Torre, F. De Sanctis, A. Baldassare, V. Ferrari, L. Lombardi Vallauri, S. Maffettone, M. Vari).

delle dottrine giuridiche di cui sopra si è detto con riguardo alle concezioni dell'interpretazione lungo assi paralleli, mai convergenti e sempre fra loro contrapposti, tanto da escludere ogni comunicazione fra le stesse e, di fatto, proponendo itinerari e costruzioni *ideologici*, chiusi ad ogni contatto.

Si riconosce, in proposito, come il modello *inter-sistemico* qui tratteggiato, può derivare ed accogliere importanti apporti dal processo di adattamento del modello *intra-sistemico*, alle esigenze di ordinamento che promanano da una società pluriclasse, e che dà vita, colto nelle sua versione moderata, a forme di positivismo giuridico critico³⁶.

Testimonianza di tale convergenza può venire, per l'appunto, ricercata nel progressivo depotenziamento nel campo del positivismo di alcuni dogmi, che tale prospettiva aveva ereditato dalle teorie generali del diritto di stampo ottocentesco e che vede illuminante esempio nelle opere di Hart, Rawls e Dworkin³⁷, parimenti nelle più recenti elaborazioni della corrente del cosiddetto *neocostituzionalismo*, di cui Alexy appare uno dei suoi più fulgidi esponenti.

Senza voler certamente disconoscere l'importanza e la rilevanza delle elaborazioni ora richiamate, e della loro incidenza anche nella cultura giuridica italiana, si ritiene, pur tuttavia, anche alla luce dell'itinerario di ricerca qui presentato, particolarmente interessante indugiare ancora all'interno della cultura giuridica italiana al fine di meglio osservare e riconoscere quegli elementi prodromici dai quali e sui quali poterono svilupparsi e consolidarsi, sul finire degli anni Sessanta dello scorso

36 Ancora Paresce rileva come “da un punto di vista strettamente logico si può dire che quelli, che abbiamo chiamato metodi chiusi di interpretazione, rappresentano uno stadio attraverso il quale i metodi aperti debbono necessariamente passare. [...] non esistono vari metodi di interpretazione, ma un solo metodo del quale quelli, che siamo soliti chiamare i metodi, non sono che i mezzi di cui quest'unico metodo che è, in ultima analisi, il metodo del conoscere, secondo le esigenze dei tempi, si serve”, *sub voce Interpretazione*, cit., p. 220.

37 Non si può qui dar conto delle elaborazioni dottrinarie già menzionate nella prima parte della ricerca, cfr. *Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, che hanno condotto verso una rivisitazione degli assiomi della teoria positivista. Nel rimandare pertanto ad altre e più autorevoli fonti, in primis alla già richiamata *Appendice* curata da Carla Faralli alla edizione 2001 della *Storia della filosofia del diritto* di Guido Fassò, va solo in proposito rilevato come le elaborazioni di Dworkin possano venire rappresentate sotto l'egida dell'ermeneutica giuridica, cfr. in merito, oltre al sopra richiamato saggio di Giuseppe Zaccaria, M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, 2000, pp. 191-196.

secolo, le prospettive *inter-sistemiche* peroranti la causa di un'attività interpretativa, la quale, ponendo a confronto sistemi normativi differenti, si presentasse come creativa di diritto.

Nel far ciò si potrebbe constatare, forse, come alcune fondamentali intuizioni importate anche da terre di *common law* germogliassero già su campi italici (... *in vece di cercar lontano, si fosse scavato vicino* ...), tanto da permettere, a prescindere da certo positivismo critico lo svilupparsi delle menzionate teorizzazioni sull'interpretazione creativa. Il pensiero va, quindi, ad alcune declinazioni dell'attività interpretativa sorte, ad esempio, nell'ambito dell'idealismo giuridico quale reazione al formalismo allora imperante, all'ermeneutica giuridica così come il Betti l'ebbe ad intendere, alla revisione dell'idea di positività del diritto sorta anche dell'analisi della giurisprudenza costituzionale nella seconda metà degli anni Cinquanta, ed infine dalla scuola dell'esperienza giuridica ed alla sua prospettiva processuale del diritto.

Se i filoni dottrinari ora richiamati si rifanno indubbiamente a modelli teoretici ed a campi d'analisi fra loro diversi e, il più delle volte, divergenti, ciò non di meno questi appaiono sicuramente tra loro uniti dalla comune tensione ad aprire e coniugare la risultante del processo legislativo con i valori sociali vigenti, tanto da poter riconoscere come il diritto vigente non venga considerato equivalente a quello posto dal potere legislativo, ma sia, piuttosto, il derivato di una necessaria integrazione del dato legislativo con la realtà sociale in cui opera. Così come in certe forme di positivismo critico, il sistema giuridico formalmente inteso si interseca (e si vivifica dall'incontro) con altri sistemi normativi, offrendo a questi il carattere della giuridicità, tanto da poter ritenere, all'interno di tali prospettive, la norma giuridica, formulata nel processo interpretativo, come il prodotto di questa unione e l'attività del legislatore soltanto una fra le molteplici fonti del diritto.

Ma tale *curiosità* intorno alla revisione dell'idea di positivizzazione del diritto non può certamente in questa sede venire soddisfatta, tanto da dover lasciare ad altre occasioni il prosieguito di questa indagine.

in/Tigor 1

ANNUARIO 2008-2009 del Corso di Master di primo livello in *Analisi e gestione della comunicazione* a cura di A. TAFURI
<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/3870>

in/Tigor 2

EDUCAZIONE FORENSE *Sul metodo della didattica giuridica* a cura di P. MORO
<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/4253>

in/Tigor 3

INTERPRETAZIONE ED ESPERIENZA GIURIDICA *Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa* di M. COSSUTTA
<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/5503>

in/Tigor 4

INTERPRETAZIONE ED ESPERIENZA GIURIDICA *Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto* di M. COSSUTTA
<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/5591>