

Il regolo di Lesbo

Note sulla giurisprudenza tra diritto e legge

Marco Cossutta

«Difficilmente si possono ritenere esaustive le comuni definizioni della giurisdizione, che anzi in certo qual modo, in quanto presuppongono un sistema chiuso, sono la negazione della giurisdizione e comunque ne sminuiscono la portata. La dimostrazione più evidente è data dalla definizione della giurisdizione come attuazione della legge [...]. Il fatto è che nella riferita definizione la legge è concepita come una volontà esaustiva di tutta la realtà, un esterno comando, che è in rapporto meramente formale con la giurisdizione, la quale si limita appunto ad attuare quel comando. È come se si riducesse l'ordinamento ad uno spettacolare giuoco delle parti, di cui una pone la legge, l'altra l'applica, l'una comanda, l'altra trasmette il comando e obbedisce o fa obbedire», così nel 1970 affermava Salvatore Satta nella voce *Giurisdizione* da egli redatta per l'*Enciclopedia del diritto*. Sulla falsariga della Scuola dell'esperienza giuridica, l'autore argomenta a favore di una giurisprudenza attiva nella determinazione della norma giuridica, per mezzo della quale stabilire il diritto sulla cosa controversa.

MARCO COSSUTTA, dottore di ricerca in Filosofia del diritto, professore associato di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Trieste, è autore di numerose pubblicazioni in ambito giuridico-filosofico. Direttore scientifico della rivista "Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica", per i tipi di EUT Edizioni Università di Trieste ha pubblicato tre volumi sulla *Interpretazione ed esperienza giuridica* (2011-2012), uno studio dedicato a *Errico Malatesta. Note per un diritto anarchico* (2015) e *Riflessioni sulla giurisprudenza come scienza. Dal more geometrico alla Geometrie der totalen Rechtserscheinung* (2018).



9 788855 114196

Euro 15,00



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 - invero 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.

Se ci fosse qualsiasi ragionevole motivo per avere reciproca fiducia fra gli uomini, lo Stato non sarebbe mai sorto. La ragione sacra e necessaria dell'esistenza dello Stato è la nostra mutua, legittima sfiducia l'uno nell'altro. Chi mette in dubbio questo fondamento mette in dubbio lo Stato

Karin Boye, *Kallocain* (1940)

La versione elettronica del volume a testo completo, è disponibile sull'Archivio digitale istituzionale di Ateneo dell'Università di Trieste, "OpenstarTs" all'indirizzo: <https://www.openstarts.units.it/handle/10077/3869>

© copyright Edizioni Università di Trieste, Trieste 2023.

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 978-88-5511-419-6 (print)

ISBN 978-88-5511-420-2 (online)

EUT - Edizioni Università di Trieste

Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste

<http://eut.units.it>

IL REGOLO DI LESBO

Note sulla giurisprudenza
tra diritto e legge

MARCO COSSUTTA



Edizioni
Università
di Trieste

SOMMARIO

9 NOTERELLE INTRODUTTIVE

§ 1. Intorno alla distinzione fra lo studio del *diritto* e l'idea di giustizia p. 9 ; § 2. Per uno stretto rapporto tra diritto e giustizia p. 12; § 3. Su alcune riflessioni sul concetto di giustizia p. 13; § 4. Giustizia e pluralismo valoriale p. 15; § 5. Concludendo le *Noterelle* p. 17.

CAPITOLO PRIMO

21 DUE APPARENTI SINONIMI: DIRITTO E LEGGE

§ 1. A mo' di *Premessa*: digressioni sul termine giurisprudenza p. 21; § 2. Il diritto tra giurisprudenza e legislazione p. 24; § 3. Sulla determinazione del diritto e sulla sua certezza p. 26; § 4. Su due apparenti sinonimi: diritto e legge; p. 31 § 5. Su la *iuris prudentia*: ovvero sulla "giusta giustizia" giuridica p. 33.

CAPITOLO SECONDO

37 ITINERARI DELLA GIUSTIZIA

§ 1. Primo itinerario: la giustizia come conformità ad un sistema legale p. 37; § 2. Secondo itinerario: la giustizia come conformità ad un ordine teologico p. 40; § 3. Digressioni a margine p. 42; § 4. Terzo itinerario: la giustizia come conformità all'ordine delle cose p. 43; § 5. Sull'interpretazione p. 45.

CAPITOLO TERZO

49 L'ASSOLUTIZZAZIONE DELLA LEGGE

§ 1. Su legge e diritto p. 49; § 2. Una digressione sulla separazione fra regole giuridiche e costumi morali p. 53; § 3. Il monismo del positivismo giuridico p. 55; § 4. Il sorgere dello *stato* ed il positivismo giuridico p. 59

CAPITOLO QUARTO

63 UNA RAPPRESENTAZIONE DUALISTICA

§ 1. Il dualismo diritto-legge nel giusnaturalismo classico p. 63; § 2. Una considerazione p. 66; § 3. Una digressione sul diritto di resistenza p. 66; § 4. Ancora sul diritto di resistenza p. 69; § 5. L'opposizione tra giusnaturalismo e positivismo p. 72; § 6. Sul superamento della polemica p. 75.

CAPITOLO QUINTO

79 PER UN ESPERIRE IL DIRITTO

§ 1. La misura della giustizia fra natura e comando p. 79; § 2. Una possibile convergenza tra le due differenti misure p. 81; § 3. Per un superamento d'una convergenza tra le differenze p. 83; § 4. La conformità all'ordine storico degli avvenimenti p. 85; § 5. Una puntualizzazione intorno al complesso ed al complicato p. 87; § 6. Certezza del diritto e politicità del diritto p. 89.

93 NOTERELLE CONCLUSIVE

§ 1. La modificazione della realtà socio-politica si riverbera sulle funzioni degli organi istituzionali p. 93; § 2. Sulla giurisprudenza quale fonte del diritto p. 94; § 3. Sulla fonte del *diritto* (qui detto) *sociale*: l'interpretazione *intersistemica* p. 95; § 4. Per un diritto sociale adeguato all'ordinamento giuridico della comunità politica p. 97.

NOTERELLE INTRODUTTIVE

SOMMARIO: § 1. Intorno alla distinzione fra lo studio del *diritto* e l'idea di giustizia; § 2. Per uno stretto rapporto tra diritto e giustizia; § 3. Su alcune riflessioni sul concetto di giustizia § 4. Giustizia e pluralismo valoriale; § 5. Concludendo le *Noterelle*

§ 1. INTORNO ALLA DISTINZIONE FRA LO STUDIO DEL *DIRITTO* E L'IDEA DI GIUSTIZIA

Se è ben vero che lo studio del diritto positivo (ovvero del diritto come è) deve venire distinto dalla valutazione sullo stesso, dando perciò vita a due approcci differenti, l'uno caratterizzato da una spiccata tensione all'oggettività (la scienza del diritto), l'altro, all'incontrario, innervato da una tensione valoriale, che a volte rasenta i confini d'una spiccata soggettività (filosofia, se non ideologia, del diritto)¹; ciò non di meno i due campi di indagine non possono che essere correlati.

Per quanto l'elemento qualificante d'un procedere scientifico sia il metodo utilizzato nella ricerca e non l'oggetto della stessa, il punto di congiunzione tra i due approcci (l'uno formale, l'altro incentrato

¹ Si veda in proposito la breve ma lucidissima analisi proposta da Norberto Bobbio nel suo saggio *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto*, ora in N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, pp. 27-52 (il saggio appare nel 1950 negli *Scritti in onore di F. Carnelutti*). Tale tema viene più ampiamente trattato nelle sue *Lezioni di filosofia del diritto*, sin dalla prima raccolta delle stesse: *Lezioni di filosofia del diritto. Corso dell'anno accademico 1940-1941*, ora riedita (Soveria Mannelli, 2022) a cura di M. La Torre.

sul valore), ci viene offerto dallo stesso termine che designa l'oggetto d'indagine: il *diritto*.

La parola *diritto*, non solo nel parlar comune, evoca la retta via, quindi richiama a sé, sia pur implicitamente, il concetto di giusto. La retta via è, infatti, anche nominata come la giusta via. Vi è quindi nello stesso termine diritto un implicito riferimento alla giustizia.

Sicché anche un'indagine razionale, come quella sviluppata dalla scienza del diritto, proprio a causa del suo oggetto di studio (il diritto) non può venire disgiunta in modo categorico da quelle preferenze e scelte soggettive che contraddistinguono i giudizi di valore, ovvero la "presa di posizione di fronte alla realtà"².

Per inciso, va rilevato come gli stessi *scienziati* giuridici più che prescrivere la eliminazione radicale da una qualsiasi indagine sul diritto del problema della giustizia, ritengono, a ben vedere, come la stessa, per quanto imprescindibile, debba venire separata, quindi distinta, da un'analisi ricognitiva (il diritto come è), volta a cogliere la sola validità formale dell'enunciato. La questione del valore del diritto, certamente distinta da quello della sua validità, non viene pertanto considerata nell'analisi *scientifica*, ma non per questo ritenuta irrilevante o addirittura dannosa per cogliere il fenomeno giuridico nella sua interezza³.

I giudizi di valore, i quali animano sì i conflitti morali (lo scontro fra costumi, interessi, aspirazioni – tutti elementi, i *mores*, che costituiscono il carattere dell'essere in comunità), ove la razionalità scientifica sfuma a tutto vantaggio dell'opzione individuale, appaiono in ogni caso ineliminabili in quanto carattere precipuo dell'essere umano, connaturato al suo esistere, non possono quindi che accompagnare l'itinerario conoscitivo del diritto.

Questi ("l'ordine dei valori") non debbono in alcun modo inquinare lo studio del diritto come è ("l'ordine dei fatti"), che deve emergere come ricerca obiettiva per mezzo d'un incedere scientifico, ciò non di meno non

² N. Bobbio, *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto*, cit., p. 50. I virgolettati che seguono nei primi due paragrafi sono tratti dalla medesima opera.

³ Si vedano in tema le riflessioni di Mario G. Losano sullo scritto kelseniano *Il problema della giustizia*, trad. it. Torino, 1975, p. XVII. Il testo presentato al pubblico italiano in un volume specifico, costituisce l'*Appendice* alla edizione della *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960; cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. Torino, 1975, p. 8. È interessante rilevare come Kelsen nell'opera del 1960 ponga il problema della giustizia alla elaborazione della sua teoria pura, proponendo quindi questi due approcci al fenomeno giuridico, l'uno valoriale, l'altro formale, nello stesso contesto.

possono venire totalmente espulsi da una qualsiasi riflessione sul diritto (sia essa assertivamente scientifica o meno), in quanto il diritto stesso contiene in sé una richiesta, una brama, di giustizia. Una richiesta di giustizia che, legandosi al diritto, lo qualifichi come retto (quindi giusto); un'aspirazione questa che si riconduce però ad una rappresentazione individuale del giusto, frutto cioè d'una valutazione soggettiva.

Il *diritto come* è non si identifica con la giustizia; la giustizia, come osservato⁴, non ne costituisce infatti il tratto distintivo rispetto ad altre forme di regolamentazione sociale. Ciò non di meno la stessa idea del diritto avoca a sé l'idea di giustizia, uno sfondo valoriale sul quale collocarsi ed attraverso il quale giustificare (*iustus facere*) il proprio operato.

L'analisi del diritto si conduce perciò lungo percorsi ove inevitabilmente la tensione all'oggettività, all'avalutatività, si intreccia con la soggettività, con la valutazione, con la *presa di posizione*. Un ordine dei fatti che non può disgiungersi mai completamente dall'ordine dei valori, dato che il diritto è esso stesso valore in quanto oggettivarsi (o meno) del valore della giustizia, d'una concezione della giustizia.

Ecco allora che la scienza del diritto e la riflessione valoriale sul diritto risultano tra loro intrecciati, dando vita ad un rapporto complesso, che non può essere spiegato con una semplice separazione epistemologica o gnoseologica. Riflettendo sul diritto la sfera emotiva si separa nettamente dalla sfera conoscitiva soltanto nella mente di un computer, ma l'essere umano non appare come un computer. Ed il diritto non regola i rapporti tra entità astratte, tra loro fungibili in quanto rappresentate come eguali, ma, all'incontrario tra esseri tutti diversi, collegati però tra di loro da uno spirito di comunità, quindi da un rapporto politico.

Così lo studio del diritto, se non vuole ridursi ad una interpretazione forgiata sulla pura ripetizione meccanica delle forme rappresentative poste dal potere competente a determinarlo, si spinge oltre il mero dato formale, per aprirsi alla giustizia, alla riflessione sulla *autorevolezza* del dato regolamentativo, sulla attitudine ad essere giusto per la comunità.

Uno studio del diritto che è anche uno studio (non tassonomico) della giustizia; una giustizia che si manifesterà all'atto dello svelamento del significato della disposizione, nel momento in cui deve ritrovare applicazione all'atto della valutazione di un accadimento della vita quotidiana degli esseri umani.

4 *Ibidem*, p. 62.

§ 2. PER UNO STRETTO RAPPORTO TRA DIRITTO E GIUSTIZIA

Lo studio del diritto è quindi anche finalizzato alla ricerca della giustizia, di ciò che è retto. Una giustizia la quale, a mio parere e sulla scorta della speculazione di Enrico Opocher⁵, non risulti astratta dalla concreta realtà politica, in quanto derivata da un ordine di natura trascendente (come nella prospettiva giusnaturalista), oppure da un comando soggettivo (quale appare la sua fonte in certa prospettiva positivistica), ma conforme a questa, allo specifico ordine delle cose che il diritto è chiamato a ripristinare. Un ordine delle cose, una legalità sociale, che di volta in volta emerge nel divenire storico di una comunità, di cui il diritto, per essere retto, deve essere rappresentazione.

Attraverso quest'opera di mediazione tra disposizione regolamentativa e le esigenze, gli interessi, le aspettative racchiuse nella legalità sociale (*in moribus*), si disvela la natura politica dello studio del diritto, della giurisprudenza, non attività di mera ricognizione d'una volontà eteronoma, ma inesausto tentativo di invero nella concreta realtà sociale di quella particolare concezione di giustizia che di volta in volta la caratterizza e che fa sì che la stessa si costituisca quale comunità, quale insieme di soggetti che sentono il dovere (*munus*) di innervare la loro vita sociale per mezzo di quella concezione della giustizia che li unisce.

Assunzione quindi di responsabilità politica, corrispondendo allo studio del diritto l'incontro con un sistema valoriale sempre in divenire ed a volte caratterizzato da una spiccata soggettività che può sfociare nella parzialità. D'altro canto è bene rammentare come lo studio del diritto, la giurisprudenza, è attività umana e come tale riflette tutte le passioni che caratterizzano l'essere umano, dalle più sublimi, alle più nefaste, oscillando costantemente – secondo i personali punti di vista – tra il polo del giusto e quello dell'arbitrio. È compito d'una legalità sociale, frutto del reciproco dovere che costituisce una comunità, vigilare acciocché la giurisprudenza non generi oppressione offrendo a taluni privilegi e ad altri, i più, oneri. Voler negare questo dato di fatto, tentando di isolare lo studio del diritto, la giurisprudenza, dalle passioni, dall'ordine valoriale, per racchiuderla entro i ferrei confini della scienza, non elimina affatto il suo carattere passionale, crea soltanto ed il più delle volte l'illusione di una oggettività

⁵ Si veda la sua voce *Giustizia (filosofia del diritto)*, redatta per la *Enciclopedia del diritto*. Dello stesso autore cfr. anche la fondamentale *Analisi dell'idea di giustizia*, Milano, 1977.

racchiusa nell'asettica formula dello studio del *diritto come è*, che nella migliore delle ipotesi riflette acriticamente, come pare essere compito della scienza, l'oggetto osservato attraverso "una *presa di possesso* della realtà", in altre invece surrettiziamente legittima (quindi offre valore) alle prassi giuridiche esistenti (e, storicamente, non sempre idilliache).

La giurisprudenza, lo studio del diritto, in quanto attività umana non informata da razionalità calcolante e che ha come oggetto il frutto di opzionali volizioni, le quali si istituzionalizzano in regole cogenti, difficilmente potrà ambire al rango di scienza (nel senso moderno del termine), potrà tutt'al più ambire a fornire "una *presa di posizione* di fronte alla realtà" senza per questo volerla assolutizzare in verità indiscusse, in questo riconoscendo quella che Norberto Bobbio definisce "la sua funzione critica e riformatrice".

§ 3. SU ALCUNE RIFLESSIONI SUL CONCETTO DI GIUSTIZIA

Un'ultima annotazione in aggiunta a questa breve nota; togliendo, per così dire, alla giustizia un fondamento trascendente, un ipotetico ordine delle cose da assumere a modello terreno, e negando alla stessa un fondamento convenzionale attraverso il ricondurla all'ordine/comando del potere competente, non rimane altra via che esperirla nella sempre mutevole legalità sociale, in ciò che i consociati si attendono e che corrisponde alla loro propensione alla regolarità. La giustizia in questo modo, abbandonando fantasiosi manti regali, si fonde e confonde con la soddisfazione sociale.

Fissare l'attenzione, parlando di giustizia, sulla soddisfazione sociale, ovvero sul fatto che il contesto ove l'intervento giuridico avviene lo consideri retto, quindi giusto, implica, sia pure latamente, offrire una definizione *formale* della stessa.

Definizione formale di giustizia che si riscontra anche in due saggi qui richiamati: la kelseniana *Appendice alla Reine Rechtlehre, Das Problem der Gerechtigkeit* del 1960 e la voce *Giustizia (filosofia del diritto)* redatta nel 1966 da Enrico Opocher per la *Enciclopedia del diritto*. Entrambi gli autori, pur collocandosi su orizzonti teoretici diversissimi ed approdando negli scritti sopra evidenziati a conclusioni divergenti, iniziano le loro riflessioni da una definizione formale che presenta non pochi tratti comuni.

Per Kelsen "il comportamento sociale di un uomo è giusto se conforme alla norma che prescrive questo comportamento, ponendolo come dovuto

e statuendo così il valore della giustizia. Viceversa, un comportamento sociale è ingiusto se è in contrasto con la norma che prescrive di tenere un certo comportamento. La giustizia di un uomo è dunque la giustizia del suo comportamento sociale; la giustizia del suo comportamento sociale consiste nella conformità ad una norma che, statuendo il valore della giustizia, è anch'essa giusta in questo senso"⁶.

Lo stesso Opocher pone l'accento sul concetto di giustizia quale conformità. Infatti, dopo aver rammentato che "l'idea di giustizia è, infatti inseparabile (come, del resto, lo dimostra la sua genesi storica che è nell'ambito di ogni cultura di carattere essenzialmente giudiziale) dal dissenso, dalla contesa e, insomma, dalle antinomie che la caducità umana e, quindi, per l'appunto, l'incoerenza della libertà, introduce nel mondo storico"⁷, egli approda al "concetto formale di giustizia come conformità ad un ordine oggettivo suscettibile di esprimersi in criterio di valutazione positiva o negativa nei confronti di quanto può rientrare nella sua sfera di validità"⁸. Il concetto formale di giustizia⁹ ritrova dunque il proprio fulcro nella conformità. Per Kelsen alla norma ("noi giudichiamo giusto un certo trattamento di un uomo da parte di un altro uomo se questo trattamento è conforme ad una norma da noi ritenuta giusta. Il motivo per cui consideriamo valida questa norma conduce, in ultima analisi, a una norma fondamentale da poi presupposta, che costituisce il fondamento del valore di giustizia"¹⁰); per Opocher alla misura (parlare di "giustizia [...] significa essenzialmente dire che essa implica una conformità (o disformità nel caso dell'ingiustizia) nei confronti di una misura. [...] Perché si possa parlare di giustizia come conformità ad una «misura» è infatti necessario che questa «misura» sia una, vale a dire venga posta come criterio unico di validità di un simile giudizio, e valga pertanto incondizionatamente nei confronti di ogni atto, fatto o rapporto al quale si voglia applicare il concetto di giustizia come conformità. Ciò significa che quella misura deve essere obbiettiva e cioè posta su di un piano

6 *Il problema della giustizia*, cit., p. 3.

7 Così a p. 562 della citata voce *Giustizia*.

8 *Ibidem*, p. 573.

9 Non pare casuale che i due autori qui richiamati ritrovino entrambi ispirazione per l'elaborazione del loro concetto formale, fra gli altri luoghi, nel saggio di Chaïm Perelman, *De la justice*, Bruxelles, 1945 (trad. it. con prefazione di B. Bobbio, Torino, 1959).

10 H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, cit., p. 15.

superiore a quello degli atti, fatti o rapporti che si vogliono valutare in termini di giustizia”¹¹).

Ciò posto, nei saggi richiamati gli autori sviluppano, ognuno a modo proprio, le varie concezioni della giustizia storicamente rilevabili; sviluppo (apparentemente) prettamente tassonomico per Kelsen, che rileva come “una trattazione scientifica di questo problema ha il compito di analizzare con obiettività le diverse norme effettivamente considerate valide dagli uomini, allorché valutano qualcosa come «giusto». In quanto scientifica, tale trattazione non deve decidere ciò che è giusto, cioè prescrivere come bisogna trattare gli uomini, bensì deve descrivere ciò che di fatto è ritenuto giusto, senza però identificarsi con uno dei giudizi di valore descritti”¹². Itinerario più *identificativo* quello percorso da Opocher, il quale nel distinguere fra “la giustizia come conformità ad un ordine normativo, ossia come legale”, “la giustizia come conformità ad un ordine teologico, ossia come ideologia” e “la giustizia come conformità agli accadimenti storici, ossia come riconoscimento della verità”¹³, opta chiaramente e sulla scorta del suo *Maestro*, Giuseppe Capograssi, per quest’ultima visione (la quale assume più che i contorni di una soggettiva concezione della giustizia, quelli di una specificazione del concetto formale della stessa, tanto da lasciarla aperta ad un ampio ventaglio di contenuti – ma non è questo il punto che qui interessa).

§ 4. GIUSTIZIA E PLURALISMO VALORIALE

Ciò che in questa sede si vuole sottolineare non sono tanto i processi d’elaborazione di una teoria della giustizia (o più correttamente *delle giustizie*), quanto il fatto che un concetto formale di giustizia, come quelli invero magistralmente delineati dagli autori sopra evocati, in un contesto sociale pluralistico e pluri-culturale, quale è quello che attualmente informa l’Occidente (si legga *democrazie avanzate*), possa tramutarsi in *una* concezione della giustizia. Proprio perché sono legit-

11 E. Opocher, *sub voce Giustizia*, cit., p. 572.

12 H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, cit., p. 15.

13 Opocher dedica tre specifici paragrafi della voce *Giustizia* (l’ottavo, il nono e l’undicesimo) all’esame della questione. In vero egli menziona anche “il problema della giustizia come conformità all’ordine della natura o della ragione”, ma pare che questo genere possa rientrare nella specie definita come conformità all’ordine teologico.

timati all'interno di tali contesti, che vennero definiti stati *pluriclasse*¹⁴, istanze, interessi, valori fondanti, riferimenti culturali, aspettative di vita e via discorrendo fra loro non solo distanti, ma anche confliggenti, tanto da non supporre la possibilità che questi possano di per sé costituirsi (come ai tempi dello stato *monoclasse*), in *una* norma o in *una* misura oggettiva, in quanto (quasi) universalmente condivisa dall'insieme dei consociati.

All'interno d'una società complessa la cosiddetta legalità, sia essa intesa in senso etico, che in quello prettamente giuridico, si articola in varie forme, ovvero si assiste alla compresenza di diversi ordini normativi o, per usare l'altro termine, di ordini di misure, che fondano a loro volta diverse concezioni di giustizia o di legalità. Queste concezioni, frutto di diverse *visioni della vita* (non solo spirituale, ma anche materiale), entrano inevitabilmente in potenziale conflitto. Non appare un caso che lo stesso Opocher, come sopra rilevato, leghi l'affermazione di una specifica concezione di giustizia al *dissenso*, alla *contesa* sulla stessa nel momento in cui questa misura o norma non solo non appare condivisibile, ma a tale visione viene contrapposta un'altra, fondativa di un differente ordine di giustizia o di legalità.

L'individuazione del diritto, della retta o giusta via, in tale contesto appare alquanto *contorta* venendo meno un chiaro ed inequivocabile punto di riferimento valoriale. Il sovrapporsi di più ordini normativi o di misure, legittimati da un contesto che vuole essere pluralistico, induce la giurisprudenza, lo studio del diritto, ad uscire da quegli ambiti valutativi agognati da certo modo di rappresentare il connubio tra scienza e diritto, per governare, mediando, questa pluralità valoriale. La giurisprudenza assume così un compito *politico*, non tanto perché debba optare per una parte o per l'altra, sì da ammantarsi con le vesti del partigiano, ma in quanto chiamata a districare il complesso intreccio valoriale che informa la società contemporanea. Il diritto non potrà che risultare da un'opera di mediazione tra le differenti istanze presenti nel contesto sociale, attività questa non *scientifica*, all'incontrario *filosofica*

14 Tale termine è utilizzato da Massimo Severo Giannini per differenziare la forma statutale contemporanea (pluri-classe) da quella ottocentesca (mono-classe). Il tema, che in questa sede non può essere approfondito, è stato oggetto di disamina, fra gli altri, anche da parte di Costantino Mortati, Gustavo Zagrebelsky e Antonio Baldassarre; mi permetto di rimandare alle note bibliografiche in argomento contenute nel mio volumetto *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, Trieste, 2011, segnatamente pp. 25 e segg.

dato che dovrebbe tendere non alla media aritmetica, all'incontrario, come ci viene suggerito nell'*Etica a Nicomaco*, al giusto mezzo¹⁵.

Il *diritto come* è risulta pertanto dalla determinazione effettuata dalla giurisprudenza, che ritrova le proprie fonti certamente nelle disposizioni formalisticamente intese, ma anche, e soprattutto, in quegli ordinamenti regolamentativi che vivono nella società e che di volta in volta le conferiscono quel tratto caratterizzante che fa sì che i suoi membri vivano in comunità (*cum munus*), in quanto reciprocamente obbligati alla ricerca della via retta.

Questo non può che venire considerato un auspicio, determinato dal voler fortemente legare il diritto alla giustizia; e come a tutti i desideri gli si può offrire un'alternativa. Questa però pare indirizzarsi verso il legame più o meno stretto della giustizia (concetto difficilmente eliminabile discutendo di diritto) con la forza promanata dal potentato di turno, il quale riuscirà, in quanto potente, ad assolutizzare un ordine valoriale ad egli specifico, delegittimando gli altri e imponendo così la sua visione del giusto. Anche questo è *diritto come* è.

§ 5. CONCLUDENDO LE *NOTERELLE*

Si ritiene pertanto che la giurisprudenza abbia quale compito ultimo il dirimere le controversie facendo emergere un diritto sulla cosa che

¹⁵ Il termine *media* non può quindi venire qui utilizzato un modo indeterminato, delegando al lettore la scelta del senso da attribuirgli. La *media* a cui si fa riferimento acquisisce pertanto un preciso senso richiamando un passo di Aristotele, nel quale egli specifica: “io chiamo posizione di mezzo di una cosa quella che dista egualmente da ciascuno degli estremi, ed essa è una sola e identica in tutte le cose; e chiamo posizione di mezzo rispetto a noi ciò che non eccede né fa difetto; essa però non è unica, né eguale per tutti. Ad esempio, ponendo il dieci come quantità eccessiva e il due come quantità difettiva, il sei si considera come il mezzo rispetto alla cosa: questo è infatti il mezzo secondo la proporzione numerica. La proporzione di mezzo riguardo a noi non va invece interpretata così: infatti se per qualcuno il mangiare dieci mine è troppo e il mangiarne due è poco, il maestro di ginnastica non per questo ordinerà di mangiare sei mine; infatti per chi deve ricevere questa razione, essa può essere pure molta oppure poca: per Milone infatti è poca, per un principiante di ginnastica è molta”, così nella *Etica Nicomachea*, II, 6, 1106 a, 30 1106 b, 5 (citiamo dalla trad. it. di A. Plebe, Roma-Bari, 1988, p. 38). La *media* a cui si fa riferimento è il risultato di un'opera di mediazione dialettica fra il difetto e l'eccesso, avuto riguardo al contesto ove si colloca; non appare pertanto quale *media aritmetica*, le cui procedure si riconnettono alla logica deduttiva.

sia giusto; ovvero che risulti accettabile con soddisfazione dal contesto sociale nel quale la controversia sorge e che ritrova soluzione con il giudizio. Un giudizio, alla cui determinazione, partecipano direttamente e formalmente l'organo giudicante e le parti in causa (che esplicitano le loro pretese attraverso il dire ed il contraddire), direttamente ma non formalmente la dottrina, le argomentazioni elaborate attraverso lo studio del diritto; a questi si aggiunge, sia pure indirettamente, la comunità stessa, che *riceverà* il giudizio. La comunità partecipa al processo che porterà al giudizio attraverso i suoi *luoghi comuni* (valori, interessi, aspettative), che rappresentano l'architrate dell'incedere dialogante delle parti direttamente coinvolte nell'itinerario teso al giudicare. Una comunità che proprio con riguardo ai suoi *luoghi comuni* giudicherà il giudizio.

Vi è quindi una tensione al *giusto*, ma non colto nel suo senso assoluto (di affermazione razionalmente non rifiutabile o di verità di principio), piuttosto un *giusto* relativo, sempre sottoponibile a critiche e sempre rivedibile.

Un incedere giurisprudenziale così concepito determina il diritto, non lo crea dal nulla con un atto di volontà. Il diritto, *in nuce* nella disposizione legislativa, è, sia pure in forme diverse, presente anche nel tessuto sociale, nella sua regolarità; la giurisprudenza lo esperisce e lo istituzionalizza, scolpendolo nel giudizio.

In questo senso, la giurisprudenza determina essa stessa l'oggetto della propria indagine; non tanto nel modo di quelle indagini conoscitive (*le scienze*), che rappresentano il proprio oggetto in termini numerici, piuttosto in quanto elabora forme linguistiche (significanti) al fine di coglierne, delimitare, il significato, la loro portata sociale, avuto riguardo al contesto (ai suoi luoghi comuni) ove la sua attività si dispiega. Richiamando ancora Norberto Bobbio, dalle cui intuizioni siamo partiti, la giurisprudenza non può che essere evento conoscitivo e pratico *critico e riformatore*, quindi, in ultima analisi, *filosofico*.

Dopo trent'anni di ruolo accademico, a due lustri dall'abilitazione (scientifica nazionale) all'insegnamento in prima fascia delle materie filosofico-giuridiche, riconoscimento che nessun costrutto a portato all'autore di queste pagine, ma che in ogni caso rivolge con gratitudine un pensiero ai Commissari che ebbero allora la bontà di giudicarlo positivamente, esce la sua dodicesima monografia (la terza dopo il conseguimento dell'abilitazione a professore ordinario). Dodicesimo d'una serie di dozzinali studi, dei quali ci si permette di far cenno nell'apparato

di note, intende ancora una volta ribadire quella che appare la linea interpretativa del fenomeno giuridico dell'autore già tratteggiata nelle tre monografie dedicate alla *Interpretazione ed esperienza giuridica*: la centralità dell'opera giurisprudenziale nella determinazione del diritto, che riconosce nel processo il proprio fulcro. Un itinerario, quello solcato dall'autore, che si ricollega esplicitamente a quella *prospettiva processuale del diritto* iniziata da Giuseppe Capograssi e rinnovata dalla *scuola patavina* fondata da Enrico Opocher.

Se questa appare, seguendo le indicazioni di Robert Merton contenute nel suo *Social Theory and Social Structure* del 1949, la funzione manifesta della pubblicazione, quella latente andrebbe ricercata nell'oramai farraginoso complesso di regole accademiche, la cui rigorosa ottemperanza (*in primis* produrre!) è necessaria per *consolidare* la posizione anche retributiva del ricercatore.

Ciò premesso l'autore come suo costume ricollega queste noterelle alla cara memoria delle sorelle Elvira e Gigetta Urro e di Pietro Abelardo Scala; anche la dodicesima dozzinale monografia è a loro dedicata parimenti alla loro Madrina (per tacer della *Belle-mère!*).

La pubblicazione del presente volume è stata resa possibile da un contributo erogato dal Dipartimento di Studi umanistici dell'Ateneo tergestino. L'autore desidera ringraziare per tramite della Direttrice, la professoressa Elisabetta Vezzosi, l'intero corpo docente ed amministrativo della struttura nonché la componente studentesca che nel corso di questi anni lo ha benevolmente sopportato.

CAPITOLO PRIMO

DUE APPARENTI SINONIMI: DIRITTO E LEGGE

SOMMARIO: § 1. A mo' di *Premessa*: digressioni sul termine giurisprudenza; § 2. Il diritto tra giurisprudenza e legislazione; § 3. Sulla determinazione del diritto e sulla sua certezza; § 4. Su due apparenti sinonimi: diritto e legge; § 5. Su la *iuris prudentia*: ovvero sulla "giusta giustizia" giuridica

§ 1. A MO' DI *PREMESSA*: DIGRESSIONI SUL TERMINE GIURISPRUDENZA

Il termine giurisprudenza designa, al di là dei luoghi preposti allo studio preparatorio ad una attività giuridica – le caducate Facoltà di giurisprudenza, ove si acquisiva, per l'appunto, la *facoltà* di esercitare, una volta terminato positivamente il corso di studi, tale professione –, l'attività svolta dalle corti di giustizia e volta a dirimere controversie attraverso l'applicazione delle norme giuridiche.

In questa seconda accezione, la giurisprudenza risulta quasi sinonimo di applicazione del diritto; da qui espressioni quali *autorevole giurisprudenza*, riferita alle decisioni delle corti gerarchicamente superiori (ad esempio, per quanto concerne il nostro diritto interno, la Corte di cassazione), *consolidata giurisprudenza*, che indica il reiterarsi quasi costante di una prospettiva interpretativa nelle decisioni delle corti, *innovativa giurisprudenza*, che designa all'incontrario il prodursi nella prassi delle corti di nuove prospettive interpretative.

Sicché la giurisprudenza non può ricondursi alla sola meccanica applicazione del diritto da parte delle corti¹, ma ricomprende al suo interno

¹ In proposito sovengono alla mente le critiche di Guido Calogero a fronte dell'idea d'un giudice mero applicatore della legge: "chi non potrebbe fare quello che il giudice

quell'attività interpretativa che le stesse pongono in essere al fine di *comprendere* il diritto da applicare. La giurisprudenza allora si ripropone come momento di studio del diritto, non già, questa volta, per conquistare la *facoltà* di praticarlo professionalmente, da cui ai corsi di studio sopra richiamati, ma per poterlo correttamente determinare ed applicare nel corso di una attività professionale quale è quella svolta dai membri delle corti.

La giurisprudenza delle corti, quindi quella propria ai magistrati, in questa attività di studio si accosta a quella che viene definita l'attività dottrinale, ovvero quella posta in essere formalmente non dai magistrati in quanto tali, ma, più in generale, dagli studiosi del diritto. Questa non avviene formalmente nelle corti, ma (per lo più) in quella *universitas magistrorum* che – (non dimentichiamolo) assieme alla *universitas scholarium* – dà vita allo *studium* ove di consegue la *facoltà-facultas*².

Che i due mondi non siano fra loro distanti, ma, all'incontrario, siano strettamente collegati ci viene testimoniato dall'etimo dei termini che designano l'appartenente all'uno ed all'altro campo³: per un verso

dovrebbe fare? Non solo il più candido dei professori di logica scolastica quale continuava ad insegnarsi anche in Italia prima della riforma Gentile, ma addirittura l'ultimo dei mortali, e magari una scimmia e un cane con cui si riuscisse a intendersi (cioè a parlare, cioè a entrare in un qualsiasi rapporto semantico: e non è forse un perfetto sillogismo quello per cui l'asino, avendo appreso, come verità generale o universale che dir si voglia, che a un certo movimento del braccio del padrone segue il dolore della frustata, affretta il passo appena si profila l'inizio del movimento?) saprebbe dire quale conclusione discende da quelle premesse. Occorrerebbe mantenere tanti organi giurisdizionali, e amministrare la giustizia in nome della suprema autorità dello stato, se la funzione essenziale e centrale della giurisdizione consistesse veramente nel trovare quale conclusione sillogistica deriva da due premesse già note, come «i debitori sono tenuti a pagare» e «Tizio è debitore»? Le cause potrebbero decidersi per le strade, e non ci sarebbe bisogno né di magistrati né di avvocati, ma solo di uscieri e di carabinieri”, così ne *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, p. 50.

2 Cfr. sul tema il primo paragrafo del volume di Francesco Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi. In appendice cinque saggi di Elvio Ancona, Alberto Berardi, Federico Casa, Giovanni Caruso e Andrea Favaro*, Napoli, 2017, intitolato non a caso *L'università, la giurisprudenza, la filosofia del diritto*.

3 I due termini derivano dall'avverbio *magis*-più, il quale, come ci specificano i *latinisti*, indica una superiorità qualitativa e non meramente quantitativa, come nel caso del *plus*. Per inciso va altresì rammentato che il termine *kléros*, in origine designate il sorteggio e, per derivazione, l'eredità, ritrovi il significato di prescelto, di eletto; da qui i chierici, ovvero (in antica accezione) gli intellettuali, gli studiosi (i *clerici vagantes*), coloro che avevano un qualcosa in più rispetto al resto della popolazione.

riscontriamo il magistrato (*magistratus*) e, per altro, (forse un po' pomposamente) il maestro (*magister*). Va sottolineato come non sia il primo a derivare dal secondo, piuttosto è il maestro, così come lo intendiamo oggi di, che, in quanto titolare di un pubblico ufficio (un *magisterium* specificatamente volto all'insegnamento), ritrova nel magistrato il proprio antesignano. Tutto ciò a rimarcare la prossimità tra le due figure e, soprattutto, tra l'interpretazione che viene definita giurisprudenziale e quella chiamata dottrinale.

Se intendiamo con il termine interpretazione sia un'attività conoscitiva, che il risultato di tale attività, dobbiamo in ogni caso riconoscere che vi è sicuramente un parallelismo fra l'attività interpretativa del magistrato e quella del maestro, ma tale sincronia si rompe a fronte degli esiti insiti al prodotto di tale attività. L'esito dell'attività interpretativa dei magistrati è potestativo, nel senso che viene fatto valere coercitivamente, mentre l'esito dell'interpretazione dottrinale (o dei *magistri*), è meramente autoritativo, dà cioè vita ad una opinione e per tanto non è da assumersi obbligatoriamente come un comando per il quale *una cosa deve essere così e non altrimenti*.

Entrambe le interpretazioni-prodotto sono il frutto di un processo argomentativo, ma gli esiti dell'una sono differenti dall'altra dato che la prima produce dei comandi, la seconda delle opinioni (che possono risultare cogenti solo se fatte proprie nella interpretazione dei magistrati). La dottrina può influenzare la magistratura, ma non può a questa imporre la trasposizione delle proprie convinzioni giuridiche in comandi (giuridici).

In questo la dottrina si accosta ad un terzo momento interpretativo che permea la vita del diritto: l'interpretazione posta in essere dall'avvocatura, cioè da coloro che sono chiamati (per l'appunto, *advocatus* da *advocare*, chiamare presso) a sostenere le ragioni di una parte rispetto a quella dell'altra. Anche gli avvocati sono, sia pure da un punto di vista prettamente particolare, *iuris prudentes*, concorrono cioè a determinare con il loro dire e contraddire durante lo svolgimento del contenzioso giuridico (ma sarebbe più corretto dire della controversia giuridica) la giurisprudenza, quindi l'interpretazione del diritto e con questa la sua definizione⁴.

4 In merito all'interpretazione forense si rimanda, fra i molti, ai volumi collettanei curati da Alarico Mariani Marini, *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, Milano, 2003 (con contributi di A. Cattani, F. Cavalla, M. Cinelli, A. Gentili, L.

Ciò premesso, riconosciamo come l'attività giurisprudenziale è nel contempo riflessione sul diritto ed applicazione del diritto. Solo un abbaglio può far ritenere che questi siano due momenti separati della vita del diritto, allo stesso modo in cui risulta miope recepire le attività della dottrina, dell'avvocatura e della magistratura in modo scollegato le une dalle altre, in quanto tutte concorrono, sia pure in differente maniera, a fondare e sviluppare la ragione stessa dell'attività giurisprudenziale: la determinazione concreta del diritto.

§ 2. IL DIRITTO TRA GIURISPRUDENZA E LEGISLAZIONE

Necessita a questo punto una spiegazione se non altro per evitare di ingenerare confusione. Discorrendo di attività giurisprudenziale ed implicitamente del prodotto di tale attività, si è fin qui fatto riferimento al diritto, utilizzando tale termine sia per designarne l'oggetto dell'attività, che per definirne il prodotto di tale attività. Si è tralasciato di menzionare quello che tradizionalmente appare l'indiscusso monopolizzatore della vita del diritto: il legislatore. A questa figura, la quale invero i tratti leggendari di quel Licurgo tramandatoci *in primis* da Erodoto, è ascritta, per lo meno nei cosiddetti ordinamenti di *civil law*, la potestà di primaria fonte del diritto. Stante così le cose, l'attività giurisprudenziale sulla quale ci si è soffermati risulterebbe secondaria rispetto all'attività legislativa; nel senso che senza di questa la giurisprudenza si ritroverebbe priva del proprio oggetto: il diritto.

Se il diritto viene posto dal legislatore, figura nella quale si concentra l'attività-potestà *creativa* di questa particolare forma di regolamentazione sociale, allora la giurisprudenza assolve soltanto la ancillare funzione d'applicare (o studiare, o usare) un diritto da altri determinato. Né la magistratura, né la dottrina, né l'avvocatura concorrerebbero in alcun modo a determinare il proprio oggetto, risultando di fatto, da questo particolare punto d'osservazione, inerti a fronte dell'attività legislativa.

Gianformaggio, M-L. Mathieu-Izorche, S. Rachelli, G. U. Rescigno, E. Resta, E. Weigand), da Maurizio Manzin e Paolo Moro, *Retorica e deontologia forense*, Milano, 2010 (con contributi di M. La Torre, M. Ricciardi, F. Puppo, A. Gentili, T. Pasquino, F. Reggio, F. B. Giunta, O. Di Giovine, E. Randazzo, A. G. Conte e degli stessi curatori) e da Paolo Moro, *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, Trieste, 2011 (con scritti di A. Mariani Marini, M. Manzin, M. Cossutta, P. Doria, C. Vergine, G. Bonomo e G. Broccardo, F. D'Anneo, I. Girardo, G. Losso, M. Mancuso e M. Ambra, L. Mingardo e dello stesso curatore).

Si potrebbe tratteggiare il legislatore quale *deus ex machina* del diritto; questo, infatti, si risolverebbe essenzialmente nella sua attività. Tanto da poter riconoscere, all'interno d'una rigida rappresentazione della distinzione dei poteri fondata sulla funzione dei diversi organi, che al legislatore spetti la potestà di creare il diritto, alla giurisprudenza (in senso stretto) quella di applicare il diritto⁵. Alla dottrina verrebbe invece ascrivito il compito di studiare le attività di questi organi.

Posta la questione nei termini sopra descritti, non si potrebbe, date le premesse, che coerentemente riconosce come il diritto di fatto equivale alla legge, il principale prodotto dell'attività legislativa. Tutto il diritto starebbe nella legge; quindi, l'attività giurisprudenziale (questa volta in senso lato) avrebbe ad esclusivo oggetto la legge: la studierebbe, da cui alla dottrina, la applicherebbe, da cui alla magistratura, la utilizzerrebbe a favore del proprio dire, da cui all'avvocatura.

Va in ogni caso significato, sempre all'interno d'una prospettiva che vede nel potere legislativo il fulcro intorno al quale si svolge la vita del diritto, che, pur in questo loro attivismo, le differenti attività giurisprudenziali non intervengono sul loro oggetto; all'incontrario, lo recepiscono passivamente e lo ripropongono di fatto inalterato in quanto ogni modificazione del dato giuridico appare esclusivo appannaggio del legislatore. Le opinioni giurisprudenziali possono influenzare il legislatore, ma non hanno il potere di obbligarlo ad assumere la prospettiva da queste tratteggiate. Il *padrone* del diritto, in quanto suo *creatore*, sarebbe, per l'appunto, il solo legislatore.

In definitiva, l'attività giurisprudenziale dovrebbe esplicitarsi sul *diritto quale è*, ovvero sul prodotto dell'attività legislativa: la legge. Si potrebbe affermare che, sia pur considerando la precipuità insita alla giurisprudenza della magistratura (le cui sentenze sono dotate di potestà coerci-

5 Scrive – però – in proposito Salvatore Satta: “difficilmente si possono ritenere esaustive le comuni definizioni della giurisdizione, che anzi in certo qual modo, in quanto presuppongono un sistema chiuso, sono la negazione della giurisdizione e comunque ne sminuiscono la portata. La dimostrazione più evidente è data dalla definizione della giurisdizione come attuazione della legge [...]. Il fatto è che nella riferita definizione la legge è concepita come una volontà esaustiva di tutta la realtà, un esterno comando, che è in rapporto meramente formale con la giurisdizione, la quale si limita appunto ad attuare quel comando. È come se si riducesse l'ordinamento ad uno spettacolare giuoco delle parti, di cui una pone la legge, l'altra l'applica, l'una comanda, l'altra trasmette il comando e obbedisce o fa obbedire”, così nella voce *Giurisdizione (nozioni generali)* redatta per la *Enciclopedia del diritto*.

tiva), la giurisprudenza in generale non abbia finalità prescrittive, ma meramente descrittive ed applicative dell'opera del legislatore.

Va in premessa chiarito che tale impostazione viene fortemente criticata dalla prospettiva interpretativa dei fatti giuridici che qui di seguito verrà proposta; la tesi di fondo che troverà anche in questa sede tentativo di argomentazione sarà relativa all'assoluta centralità dell'attività giurisprudenziale nella *determinazione del diritto quale è*, ritenendo, al contrario, che la funzione propria al legislatore non sia tale da farne il fulcro dell'esperienza giuridica, la quale ritroverebbe proprio nell'attività giurisprudenziale la sede ove esplicarsi e, quindi, esperire il diritto.

§ 3. SULLA DETERMINAZIONE DEL DIRITTO E SULLA SUA CERTEZZA

Volendo specificate quanto accennato nella *Premessa*, si potrebbe prendere le mosse riconoscendo come il diritto, anche nei sistemi di cosiddetto diritto codificato (o *civil law*)⁶, è cosa qualitativamente diversa dalla legge; nel suo esperirsi non può prescindere da quest'ultima, ciò non di meno non si appiattisce sulla lettera della legge (se così fosse dovremmo, fra l'altro, supporre che la falsa riga su cui si dispiega un'esperienza giuridica sia data dalla logica deduttiva), ma la utilizza quale punto di partenza per dispiegarsi, attraverso l'attività giurisprudenziale, nella realtà sociale che è chiamato a regolamentare. L'esperienza giuri-

⁶ Tralasciamo in questa sede di richiamare la sentenza n. 18288 del 21 gennaio 2010 redatta dalle Sezioni Unite della Cassazione penale nella quale si può leggere: "la Corte europea ha saputo «distillare dalla disposizione dell'art. 7 [della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali] il condensato dei più importanti principi espressivi della civiltà giuridica europea», conciliando, all'interno di una realistica visione del principio di legalità, aspetti peculiari di ordinamenti giuridici diversi. In considerazione delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di common law e quelli di civil law, il principio convenzionale di legalità è stato inteso, per così dire, in senso «allargato». Per effetto dell'esplicito riferimento al «diritto» (law) – non soltanto alla «legge» - contenuto nell'art. 7, la giurisprudenza di Strasburgo, infatti, ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo". Le Sezioni Unite adeguano la loro giurisprudenza alle sentenze della Corte europea Scoppola *vs.* Italia (17 settembre 2009) e Previti *vs.* Italia (8 dicembre 2009).

dica, nel senso proprio di ricerca del diritto, si protende nel suo complesso, sia pur racchiudendola, ben al di là della legge. Va precisato come, ritenendo il diritto l'equivalente della legge, si ha come conseguenza che ogni riflessione prodotta dalla giurisprudenza individui il proprio metodo in quell'ideale di scienza che promana dalle intuizioni e dalle prassi galileiane e cartesiane sino a giungere alle teorizzazioni del positivismo logico novecentesco, rinvenendo, come già in altre sede accennato⁷, nel procedere logico deduttivo, contrassegnato da giudizi analitici e da giudizi sintetici, la strada regia del suo sforzo conoscitivo. All'incontrario una prospettiva, che riconosca nella giurisprudenza il luogo eletto per la determinazione del diritto, relegando l'opera del legislatore *tra* le molteplici fonti del diritto (togliendole cioè il crisma di unica fonte del diritto), non potrà caratterizzarsi attraverso un procedere logico-deduttivo, dovendo ricostruire attraverso la sua ricerca di volta in volta l'oggetto della stessa sino a giungere a delle conclusioni che verranno sottoposte al vaglio della realtà sociale da regolamentare; questa prospettiva necessiterà di strumenti metodologici riconducibili al mondo della logica induttiva, che ricomprende in sé l'*arte*⁸ dell'argomentazione. Intento argomentativo o dialettico, che dir si voglia, il quale non potrà che proporre dei giudizi di valore, mai necessari – come quelli racchiusi nelle proposizioni analitiche e in quelle sintetiche –, ciò non di meno sempre sottoponibili a procedure di controllo, che ritrovano la loro *ratio* nella logica induttiva⁹.

7 In tema mi permetto di rimandare al mio *Riflessioni sulla scienza giuridica. Dal more geometrico alla Geometrie der totalen Rechtserscheinung*, Trieste, 2018. Sull'argomento è intervenuto più di recente anche F. Casa, *Epistemologia e metodologia giuridica dopo la fine della modernità*, Soveria Mannelli, 2020.

8 Rammentiamo come Francesco Carnelutti diede alle stampe nel 1949 un volume intitolato *Arte del diritto*, ora riproposto con *Prefazione* di Claudio Consolo, Torino, 2017 (va anche rammentato come lo stesso Carnelutti nel 1958 redasse l'omonima voce per l'*Enciclopedia del diritto*)

9 Cfr. F. Cavalla, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Id., Retorica, processo, verità*, Padova, 2005 (con contributi di U. Vincenti, M. Manzin, S. Fuselli, C. Sarra, P. Moro, P. Sommaggio e D. Velo Dalbrenta) e M. Manzin, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento giuridico*, Torino, 2014. Centrale in tema appare la sentenza n. 27 del 10 luglio 2002 delle Sezioni unite penali della Corte di Cassazione ai sensi della quale "il processo penale, passaggio cruciale ed obbligatorio della conoscenza giudiziale del fatto di reato, appare invero sorretto da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo che partono dal fatto storico copiosamente caratterizzato nel suo concreto verificarsi (e dalla formulazione della più probabile

Conclusioni, in quanto non necessarie, sempre rivedibili (da cui la loro essenza entimematica), le quali si differenziano radicalmente da quelle proposte dall'incedere deduttivo, che, in quanto necessarie, non presentano margini di rivedibilità. Non già un diritto *disceso* dalla applicazione meccanicistica di una *legge-algoritmo*¹⁰, ma un diritto che si forgia nel costante rapporto fra forme di regolamentazione giuridica e forme di regolamentazione sociale.

Da un lato l'attività interpretativa, che caratterizza entrambe le prospettive, assumendo l'opera del legislatore (la legge) quale indiscusso faro del suo cammino, si declina lungo gli assi di una interpretazione meccanicistica volta a preservare il significato originale del testo, evitando in tal modo di innestarvi aggiunte, che non siano implicitamente presenti nel testo, o effettuando censure non previste in alcun modo dal legislatore. Sicché il diritto risulterà direttamente e linearmente dalla legge, non potendo tollerare che possa sussistere uno iato fra il primo e la seconda (in questo caso l'interprete si arrogherebbe illegittimamente delle potestà che appartengono solo al legislatore generando un conflitto di poteri, *rectius* funzioni, che potrebbe minare le basi della convivenza sociale).

Per altro verso la stessa attività di interpretazione, ritenendo di dover riconoscere il diritto più che nell'opera del legislatore, che pur non viene sottovalutata, ma nel costante adeguamento della *lettera* della legge alle sempre mutevoli esigenze promananti dalla società a cui il legislatore si rivolge, dovrà attingere in questa sua inesauribile opera di mediazione fra legge ed istanze sociali, ad altre fonti regolamentative della vita sociale presupponendo che la legge non le esaurisca in sé, e che la relazione con queste sia necessaria affinché una regolamentazione giuridica non risulti avulsa dal contesto sociale ove si esplica, e che, pertanto, dia vita ad una contrapposizione fra legalità formale e legalità sociale, contrapposizione che potrebbe, in casi estremi, risultare esiziale allo stesso principio di convivenza.

Se nel primo caso la giurisprudenza risulta, per così dire, passiva a fronte dell'opera del legislatore, ritenendo in questo incarnata ogni potestà relativa alle scelte politiche (quindi, inerenti alla vita della comunità),

ipotesi ricostruttiva di esso secondo lo schema argomentativo dell'«abduzione»), rispetto ai quali i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento «deduttivo», da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse stesse”.

10 Per un approfondimento bibliografico sul tema mi permetto di rimandare fra gli altri luoghi al mio volume *Questioni sull'informatica giuridica*, Torino, 2003

nel secondo caso assistiamo allo svilupparsi di una giurisprudenza attiva¹¹, che assume in prima persona, sia pur in concorso con il legislatore, un ruolo politico facendosi momento di mediazione fra istanze e valori sociali e lettera della legge. Il diritto risulterà dall'incontro tra queste due entità regolamentative.

Nel proporre il riconoscimento di una sostanziale differenza fra diritto e legge, il primo concepito come concreto momento di regolamentazione giuridica della società, la seconda intesa invece come una delle molteplici fonti che generano nel loro combinarsi attraverso l'attività interpretativa la regolamentazione giuridica della società, va sottolineato la modificazione profonda del concetto di certezza del diritto presente (e fondante) le due prospettive¹².

Nell'un caso, ove il diritto equivalga alla legge, la certezza potrà (e dovrà) acquisirsi attraverso il pedissequo riprodurre da parte della giurisprudenza il contenuto della legge (sia pur tenendo conto delle osservazioni

11 Si vedano in proposito le riflessioni proposte da Antonio Baldassarre nella voce *Diritti sociali* redatta per la *Enciclopedia giuridica Treccani*. Constatata, infatti, la vigenza "in uno Stato democratico-pluralistico di una «legalità per valori» [... che ...] deriva dalla complessa trama sociale che innerva gli organi politici supremi [...] si rende necessaria, per i giudici, una quotidiana opera di integrazione di quei parametri [di ragionevolezza] con il complesso sistema dei valori costituzionali", perché sono i parametri di ragionevolezza assunti di volta in volta a fronte del caso concreto che fanno sì che la decisione, non più ancorabile ad un mero riferimento formalistico, quale appare la lettera della legge, risulti non arbitraria. Sicché, per inciso, l'asse della certezza del diritto si distanzia sempre più dalla disposizione legislativa per inclinarsi verso una concezione di ragionevolezza che di volta in volta deriva dalla mediazione fra i valori e gli interessi sociali in ballo ed i principi (costituzionali) fondanti la comunità sociale, pertanto, dall'astratto principio di legalità a quello concreto di giustizia. Quindi, per Baldassarre, "il significato della classica «divisione dei poteri» e della regola del reciproco controllo e bilanciamento ha finito per ampliarsi fino a ricomprendere anche questa stessa rete pluralistica".

In conclusione, "un ordinamento fondato sul bilanciamento del principio di libertà positiva e quello di eguaglianza porta inevitabilmente ad accrescere l'importanza della giustizia politica e a riconoscere in via di principio un'interpretazione «attivistica» del ruolo del giudice, in quanto è chiamato spessissimo a operare bilanciamenti di valore e, in particolare, a mediare «ragionevolmente» fra istanze di libertà e esigenze sociali, fra diritti individuali e diritti sociali". Le citazioni sono tratte da pp. 9 e 10 dello scritto sopra richiamato.

12 Nel 1951, in un saggio apparso sul primo fascicolo dell'annata della "Rivista internazionale di filosofia del diritto" titolato *La certezza del diritto è un mito?*, Norberto Bobbio definiva la stessa come "un elemento intrinseco al diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto".

in merito alla cosiddetta interpretazione *estensiva*, l'attività interpretativa è sempre *intra-sistemica*¹³); la certezza del diritto si attua presentando lo stesso nel modo più consono alla lettera della legge, senza nulla togliere od aggiungere. In questo modo ogni responsabilità *politica* ricadrà sul legislatore, perché è tale entità l'unica preposta ad effettuare scelte di natura politica. La giurisprudenza non è dotata di tale potestà, essa deve *trattare* il diritto quale è contenuto nella lettera della legge, senza arrogarsi delle prerogative in campo politico.

Sull'altro versante la certezza del diritto si attua per mezzo dell'adeguamento della lettera della legge alla realtà sociale, quindi alle regole sociali, derivate dalle istanze e dai valori in questa presenti. La giurisprudenza si assume il compito di porre in essere una sorta di attività interpretativa *inter-sistemica*, ponendo in contatto ambiti regolamentativi differenti per fonte e (anche) per contenuto. Nello svolgere un ruolo di mediazione la giurisprudenza si pone su un piano prettamente politico, potremmo dire in *leale* concorrenza con il legislatore, non esautorandolo dalle sue funzioni, ma integrando la sua opera nella quotidianità dell'attività interpretativa¹⁴. È la giurisprudenza che fornisce la certezza del diritto nel momento in cui riesce con la sua opera di volta in volta ad armonizzare la lettera della legge con il tessuto sociale nella quale dovrà ritrovare vigenza. Il diritto è quindi frutto di una scelta politica, che ritrova nell'attività giurisprudenziale il proprio fulcro.

D'altro canto lo stesso termine certezza evoca la scelta, la cernita fra le varie opzioni (*certus* quale participio passato della forma verbale *cernere*); pertanto, seguendo questa traccia, la certezza del diritto si acquisisce attraverso una scelta ponderata, una cernita, per l'appunto, fra

13 Cfr. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, pp. 39 e segg.

14 Si richiama in proposito la *prospettiva processuale del diritto*, che vede in Giuseppe Capograssi il suo iniziatore. Si veda in proposito il saggio *Giudizio processo scienza verità*, pubblicato nel 1950 sulla "Rivista di diritto processuale" nel primo fascicolo di quell'annata (ora in *Opere*, vol. V, Milano, 1959, pp. 51-76), nonché la monografia di Luigi Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954. In tema cfr., fra gli altri, E. Opocher, *La filosofia dell'esperienza giuridica*, in *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX. Atti dell'XI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica*, Milano, 1976, dello stesso autore *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983; G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. Volume III: Ottocento e Novecento*, Bologna, 1970 (sugli sviluppi più recenti di tale prospettiva vedi l'*Appendice* redatta da C. Faralli per l'edizione aggiornata Roma-Bari, 2001), F. Todescan, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, Padova, 2013 e F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991.

varie opzioni tutte ragionevolmente valide, ma soltanto alcune di queste consone alla realtà sociale che ricerca la sua regolamentazione (anche) attraverso forme giuridiche¹⁵.

Il diritto, all'interno della prospettiva qui presentata, scaturisce quindi dalla cernita fra le varie possibili opzioni derivanti dall'incontro tra regole formalmente giuridiche (le leggi) e le molteplici forme di regolamentazione sociale (costumi, morale, interessi, istanze), che vigono all'interno di un dato contesto e che lo caratterizzano¹⁶. L'opzione per ricondursi all'ideale di certezza del diritto necessita di armonizzarsi con il tessuto sociale per il quale è proposta. Compito primario della giurisprudenza è pertanto la trasformazione della legge in diritto.

Avendo assunto i nostri due termini (legge e diritto) come non sinonimi, appare utile esaminare, sia pur succintamente, come questa distinzione si sia articolata nel corso della riflessione sul fenomeno giuridico.

§ 4. SU DUE APPARENTI SINONIMI: DIRITTO E LEGGE

Riconosciamo come la stessa romanità classica attribuisce ai sostantivi *ius* e *lex* dei significati diversi non entrambi riconducibili alla nostra attuale nozione di legge, che potrebbe, in quel contesto, ritrovare il proprio antesignano nelle *Duodecim Tabulae*, rappresentanti il nucleo originario dell'ordinamento romanistico di cui noi possediamo solo alcuni frammenti¹⁷.

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

16 Di non secondaria importanza appare rammentare come la Corte di Cassazione ebbe a delineare il concetto di ordine pubblico intendendo lo stesso “formato da quell'insieme di principi, desumibili dalla Carta costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale [...] tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico e da formare il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuabile ed inconfondibile fisionomia”. In tale definizione, tratta dalla sentenza della Cassazione civile, sezione I, n. 27592 del dicembre 2006, convergono sia norme riconducibili direttamente a fonti legislative, che norme da queste non promananti e riferibili ad una sorta di legalità sociale espressioni di regole *moralis* (costumi).

17 Cfr. in tema W. Kunkel, *Linee di storia giuridica romana*, trad. it. Napoli, 1973, pp. 33 e segg. ove possiamo leggere: “del testo delle XII Tavole [databile 451-450 a.C.] si conservano solo frammenti, e anche questi solo in forma di citazioni nella letteratura della tarda Repubblica e dell'Impero. Inoltre permane in larga misura incerto quanto delle XII Tavole sia andato perduto, e in quale ordine le singole norme si susseguissero nel contesto generale”.

L'ipotesi che le regole istituite, da cui alle *Tabulae* in parola, non esauriscono, all'interno dell'esperienza romanistica, ciò che noi denotiamo come diritto¹⁸ potrebbe venire confermata dal richiamo di due brocardi e dal loro confronto.

Per un verso, dalla *XI Philippica* di Cicerone estrapoliamo il seguente passo: *est lex nihil aliud, nisi recta et numine tracta ratio, imperans honesta, prohibens contraria*. Se, come ci suggerisce l'Arpinate, la legge altro non è che la ragione giusta e di origine divina, che comanda le cose oneste e proibisce le contrarie, allora la legge richiama a sé per determinarsi elementi regolamentativi non riconducibili esclusivamente alla mera volontà del legislatore, i quali, in buona sostanza, possono ricercarsi nel *mos maiorum*¹⁹, che appare la fonte delle predette *Tabulae*²⁰. Va solo richiamato il lungo monopolio dell'esperienza giuridica romana detenuto dal Collegio pontificale, ove i *pontifices* rappresentavano non solo il tramite – il ponte – tra la *lex divina (fas)*²¹ e la *lex humana (ius)*, ma anche tra questa

18 Il termine diritto ritrova il proprio etimo nel tardo latino *dirictum*, derivato dalla forma verbale *dirigere* – muoversi in linea retta, allinearsi, dare una direzione. L'aggettivo *directus*, oltre a significare diritto, in linea retta, designa anche un comportamento retto, schietto, severo. Cfr. in tema V. Frosini, *La struttura del diritto*, Milano, 1977, p. 13.

19 Ciò induce al ri-leggere il passato, la tradizione ed ad ispirarci a questa se, come lo stesso Arpinate ci suggerisce: “iam ritus familiae patrumque servare, id est (quoniam antiquitas proxime accedit ad deso) a diis quasi traditam religionem tueri”, *De legibus*, 2, 27. Religione, quindi, quale momento di conservazione, di rilettura, dei costumi gli antenati (*mos maiores*); sotto questa diversa luce il nostro termine si interseca con i *loci communes* della topica ciceroniana (e ancor prima aristotelica), allontanandosi definitivamente dal vincolo potestativo, che lo caratterizza nell'altra accezione.

20 W. Kunkel, *Linee di storia giuridica romana*, cit., p. 43; cfr. anche per una visione complessiva della questione A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1964, e *Id.*, *Manuale di diritto pubblico romano*, Torino, 1966 nonché nello specifico L. Chiazzese, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Palermo, 1970, pp. 75 e segg.

21 Il termine *fas* designa anzitutto la parola incontestabile, in quanto derivata dal *fatum*, il responso dell'indovino (il quale dice con autorevolezza – da cui alla forma verbale *fari*). In quanto diritto sacro, il *fas* indica ciò che è possibile per gli dei, la cosa o l'azione non riconducibile al *fas* è vietata dagli dei. Si tratta di una concezione del possibile che travalica i limiti del religioso ed investe prepotentemente l'intera vita sociale (tanto da poter riconoscere che gli dei partecipino alla *civitas*); sicché si può ricollegare il *fas* (ciò che è possibile secondo gli dei) con l'ammissibile secondo i *mores*. In tema si veda fra i molti L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere. La formazione di un ordinamento giuridico*, Bologna, 2021 e M. Bettini, *Roma, città della parola*, Milano, 2022.

ed i *mores*, dando linfa in tale contesto a quella assoluta predominanza del cosiddetto diritto giurisprudenziale che ha caratterizzato la millenaria esperienza romanistica sviluppatasi lungo l'asse della distinzione fra *verba* (testo) e *sententia* (significato) della legge²². Qui il parere del gius-perito (lo *ius respondendi*) assume il ruolo di fonte del diritto²³.

In definitiva, l'incontro fra regole presenti nella realtà sociale e l'opera del legislatore offre linfa al diritto; la qual cosa è del resto riconosciuta da Quintiliano nella sua *Institutio oratoria*, nel momento in cui afferma, in modo sicuramente più evidente di Cicerone: *pleraque in iure non legibus, sed moribus constant*. Sicché lo *ius*, che noi ci permettiamo di tradurre forse semplicisticamente con il termine diritto, non equivale affatto alla *lex*, dato che il primo attinge, per determinarsi, ad altre fonti non riconducibili a quella che noi definiremmo il mero prodotto dell'attività legislativa. Non appare un caso che nel Digesto, all'inizio del suo primo libro *De iustitia et iure*, si affermi perentoriamente per bocca di Ulpiano: *iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*. Constatando poi: *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*.

§ 5. SU LA *IURIS PRUDENTIA*: OVVERO SULLA “GIUSTA GIUSTIZIA” GIURIDICA

Seguendo pertanto i consigli che Ulpiano offre a coloro che si accingono ad applicarsi al diritto, va posta la questione *unde nomen iuris descendat* (così nel Digesto 1, 1, 1). I tre termini richiamati nella titolazione del paragrafo, che nell'idioma dei giureconsulti romani sono resi dai termini *iusta*, *iustitia* e *iuridica*, possiedono come evidente una radice lessicale comune rappresentata dal sostantivo *ius*, *iuris*.

Giusto, giustizia, giuridico si riconducono direttamente a *iustus*, *iustitia*, *iuridicus*, i quali ritrovano per l'appunto nello *ius* la loro radice (secondo Ulpiano, in vero, pare che invece avvenga l'incontrario, nel momento in

22 W. Kunkel, *Linee di storia giuridica romana*, cit., pp. 140 e segg.

23 Sulla giurisprudenza quale fonte del diritto nell'esperienza romanistica si rimanda anche a L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pp. 1-78.

cui afferma essere lo *ius* derivato da *iustitia* e non viceversa – ma vedremo in seguito il perché di tale forzatura).

Per ora possiamo solo limitarci a riconoscere come lo *ius dicere* (da cui al *iuridicus*), non significhi tanto il dire il giusto, quanto l’affermare lo *ius*, ovvero dire il diritto, termine quest’ultimo che, per inciso, non deriva affatto da *ius*. Infatti, il primo ci richiama alla mente qualcosa che procede in maniera ininterrotta lungo una data direzione, ovvero che è retto (*rectus*), il secondo, invece, proprio per la presenza della radice *ju* evoca qualcosa che lega, da cui, ad esempio, allo *jugis* (unito) ed allo *jugare* (aggiogare), e quindi allo *jugum* (il giogo)²⁴. Insomma a tutto ciò che ha a che fare con il comando, lo *jubere*.

Ciò detto, l’espressione “giusta giustizia” giuridica, nell’ambito proprio di un’esperienza giuridica, altro non potrebbe significare che l’attenersi allo *ius*; a quello *ius* il quale, come rilevato, ci ricondurrebbe direttamente al giogo ed anche al comando (*jussum*).

Quindi, volendo quasi antropomorfizzare la nostra espressione, la “giusta giustizia” giuridica è colei che si attiene a ciò che è comandato, facendo, per l’appunto, valere lo *ius*, quello *ius* che noi chiamiamo diritto. Gli etimi ci pongono però un problema: lo *ius* rimanda al comando, il diritto invece a ciò che è retto. Come già significato, il sostantivo diritto deriva infatti dal latino medievale *dirictum* a sua volta tratto da *directum*, ovvero diretto, da cui al dirigere (*de-regere*) muoversi in linea retta (un dirigere che solo latamente richiama il comandare).

Infatti, rifacendosi ai *luoghi comuni*²⁵, constatiamo come nel parlar comune *diritto* (Rechts, right, droit, derecho)²⁶ è ciò che è *retto*, è ciò

24 Cfr. V. Frosini, *La struttura del diritto*, cit.

25 I *luoghi comuni* (nel senso di *éndoxon*), per riprendere il pensiero di Enrico Berti, controllano la corrispondenza delle affermazioni “al contesto storico, o culturale, o linguistico in cui tutti si muovono e che condiziona ogni argomentazione”, *Nuovi studi sulla struttura logica del discorso filosofico*, Padova, 1984, pp. 369-370. Sicché i *luoghi comuni* ci appaiono come delle opinioni largamente condivise e dotate di quella autorevolezza da far presumere che siano condivisi in modo ampio dai compartecipi ad un contesto sociale. In tema vedi anche P. M. Azzoni, *Éndoxa e fonti del diritto*, in G. A. Ferrari-M. Manzin (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004 (con contributi di F. Cavalla, J. Wolenski, J. A. García Amado, M. Jori, D. Canale, A. Brighenti, U. Vincenti, G. Santucci, M. Miglietta, P. Moro, G. Fornasari, E. Randazzo, A. Mariani Marini, R. Bertuol, S. Bonini, F. Puppo e degli stessi curatori).

26 Per una sintetica (ma pregante) riflessione sulle traduzioni del termine diritto nelle principali lingue europee cfr. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, pp. 9-17.

che rappresenta la giusta via e, come tale, si con-fonde con la *dritta* (il contrario della *manca*), quindi con la *destra* (ancora *rechts*, *right*, *droit*, *derecha*); sicché un cammino *diritto* o *dritto*, che dir si voglia, è un buon cammino perché è implicitamente valutato come non *con-torto* (potremmo dire che è *rectus*). In questo senso, il diritto si contrappone al torto, che è anche qualcosa di *sinistro* (infausto, bieco, disastroso²⁷). Va anche aggiunto come nel nostro linguaggio settoriale il termine diritto evoca, quale concetto, una regola (che se poi la accostiamo al *regolo*, è ancora un espediente per andare diritto o dritto), posta (da cui all'espressione diritto positivo – *positum*) al fine di indirizzare la condotta, quindi il cammino, del destinatario. Non appare un caso che la stessa espressione che nel parlar comune può sostituire il sostantivo diritto sia la norma giuridica, ovvero, a voler sbirciare ancora in un vocabolario latino (tralasciamo l'origine greca del nostro vocabolo), *norma –ae* quale squadra (o più comunemente detta in ambito scolastico “righello”); l'atto del *normare*, infatti, va inteso nel senso di tracciare a squadra, tirare una linea in modo diritto – disegnare una linea retta.

In senso figurato viene intesa anche quale regola o indicazione di condotta (*vitam ad certam rationis normam derigere*, così Cicerone, riferendosi a Marco Catone nella orazione *pro* Lucio Murena).

Se il destinatario agirà adeguando la propria condotta a tale diritto/regola/norma raggiungerà la meta prefissata e che gli è propria (da cui alle massime ulpianee), concorrerà altresì alla determinazione ed al mantenimento dell'ordine sociale.

In definitiva, l'affermazione di Ulpiano, per la quale lo *ius* deriverebbe dalla *iustitia* (ovvero il diritto sarebbe intimamente legato alla giustizia), può ritrovare accoglienza più in un contesto il quale riconduce il diritto alla retta via, che in uno che lo rappresenti quale comando (*jussum*), anche se quest'ultima risulta filologicamente più corretta.

Al di là di ciò possiamo ipotizzare tre itinerari lungo i quali dirigere la nostra modesta indagine intorno ad un rapporto tra diritto e legge che sia confacente alla giustizia.

27 Così perlomeno seguendo le indicazioni tratte dalla definizione lessicale proposta dal *Vocabolario della lingua italiana* edito dall'Istituto della Enciclopedia Italiana.

CAPITOLO SECONDO

ITINERARI DELLA GIUSTIZIA

SOMMARIO: § 1. Primo itinerario: la giustizia come conformità ad un sistema legale; § 2. Secondo itinerario: la giustizia come conformità ad un ordine teologico; § 3. Digressioni a margine; § 4. Terzo itinerario: la giustizia come conformità all'ordine delle cose; § 5. Sull'interpretazione

§ 1. PRIMO ITINERARIO: LA GIUSTIZIA COME CONFORMITÀ AD UN SISTEMA LEGALE

Se vogliamo prendere le distanze dalla *forzatura* ulpiana, e concentrarci su uno *ius* legato allo *jussum*, allora non possiamo che constatare sulla scorta di una certa prospettiva di pensiero giuridico, che il diritto si riconduce, sino a fondersi, con la “legge civile [la quale] è per ogni suddito l'insieme delle norme che, oralmente, per iscritto, o con altro segno sufficiente a manifestare la sua volontà, lo Stato gli ha ordinato di applicare per distinguere il diritto dal torto; vale a dire ciò che è contrario alla norma da ciò che non lo è”¹.

Posta la questione tratteggiata da Thomas Hobbes in altri termini, possiamo (secoli dopo con Hans Kelsen) riconoscere che “se il diritto, considerato del tutto positivisticamente, non è altro che un ordinamento coattivo esterno, esso sarà allora concepito soltanto come una specifica tecnica sociale: si raggiungerà lo stato sociale desiderato collegando al comportamento umano, che rappresenta l'opposto contrario di questo

¹ Così nel *Leviahtan*, II, XXVI (citiamo dalla trad. it. curata da A. Pacchi e A. Lupoli, Roma-Bari, 1989, p. 219).

stato sociale, un atto coattivo come conseguenza, cioè la privazione coattiva di un bene: vita, libertà, beni economici. Evidentemente, con ciò, l'ordinamento giuridico parte dal presupposto che gli uomini, il cui comportamento è regolato dal diritto, considerino questo atto coattivo come un male che cercano di evitare”².

In questa prospettiva, se concordiamo con la formulazione di un concetto formale di giustizia quale conformità ad un ordine oggettivo capace di esprimersi in criterio di valutazione³, una “giusta giustizia” giuridica sarà quella che si conformerà, ovvero renderà operative una o più disposizioni facenti parte di un più complesso sistema giuridico frutto di un comando (*jussum*).

Volendo soffermarsi un attimo sulla concezione di *potere competente*, che sottende a questa prospettiva, possiamo agevolmente rivolgerci a Marsilio da Padova e con lui osservare come una fonte potestativa è tale e perciò competente, nel momento in cui pone un diritto “per la cui osservanza viene emanato un comando che si è costretti ad osservare”⁴. Infatti, sempre secondo l'insigne Patavino, “l'autorità di fare le leggi spetta soltanto a colui il quale, facendole, farà sì che le leggi siano meglio osservate o addirittura assolutamente osservate”⁵.

Tale concezione riecheggia ancora nel pensiero di Kelsen secondo il quale “il fondamento della validità [di un ordinamento] (cioè la risposta alla domanda perché si debba obbedire alle norme di questo ordinamento giuridico) è la norma fondamentale presupposta, sulla cui base ci si deve conformare ad una costituzione effettivamente statuita ed efficace nelle sue grandi linee. [...] La soluzione qui prospettata è soltanto la formulazione scientificamente esatta dell'antica verità: il diritto non può esistere senza forza, però non si identifica con la forza: [...] esso è un certo ordinamento (o una certa organizzazione della forza)”⁶.

Sicché più che di *auctoritas*, qui si tratta di *potestas*.

2 *Reine Rechtslehre* (1934), 14, a (trad. it. a cura di Renato Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, p. 68).

3 Cfr. E. Opocher, *sub voce Giustizia (filosofia del diritto)*, cit., p. 573.

4 *Defensor pacis*, I, X, 4 (si cita dalla trad. it., curata da C. Vasoli in E. Ancona-F. Todescan, *Marsilio da Padova*, Padova, 2007). In tema cfr. F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1983.

5 *Defensor pacis*, I, XII, 6.

6 *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 241.

Ne consegue con coerenza che, in questa prospettiva, il giusto e l'ingiusto non sussistano in assenza di un diritto-comando (*ius-jussum*); per Hobbes, infatti, in assenza di comando “le nozioni di diritto e torto, di giustizia e di ingiustizia non vi hanno luogo. Laddove non esiste un potere comune, non esiste legge; dove non vi è legge non vi è ingiustizia”. Appare di non secondaria importanza non chiudere qui la citazione hobbesiana, ma riportare anche un passo successivo, il quale evidenzia ancora una volta come le forze morali, che portano alla definizione di giustizia o di ingiustizia, in realtà siano frutto di mere convenzioni. Continua infatti Hobbes, “giustizia e ingiustizia non sono facoltà né del corpo né della mente. Se lo fossero, potrebbero trovarsi in un uomo che fosse solo al mondo, allo stesso modo delle sue sensazioni e delle sue passioni. Sono qualità relative all'uomo che vive in società e non in solitudine”, *Leviathan*, I, XIII. Infatti, “la politica e l'etica, cioè la scienza del giusto e dell'ingiusto, dell'equo e dell'iniquo, può essere dimostrata a priori; infatti, i principi grazie ai quali si conosce cosa siano il giusto e l'equo, e per contro l'ingiusto e l'iniquo, cioè le cause della giustizia, e precisamente le leggi e i patti, li abbiamo fatti noi”, *De Homine*, X, 5. Qui sommariamente si è descritta una “giusta giustizia” giuridica quale legalità⁷ (declinata nella sua versione *forte*), la quale ci rimanda ad una concezione della giustizia quale conformità ad un ordine normativo *formale* che una determinata società esprime in un dato contesto storico. La concezione formale di giustizia che determina la versione *forte* della giustizia quale legalità viene a coincidere, come ben ci indica l'Hobbes sopra richiamato, con quella di diritto (di disposizione giuridica) e ci porta a considerare l'esperienza giuridica come un alcunché di completamente separato dalle altre esperienze pratiche (vedi i *mores*). Ci troviamo di fronte ad una dottrina pura della giustizia, da cui alla *reine Rechtslehre* kelseniana.

Vi è un ultimo inciso da effettuare; in questa concezione assistiamo ad una giurisprudenza passiva⁸, ovvero ad una attività applicativa del diritto guidata da una teoria dell'interpretazione meccanicistica del diritto, quale è quella che caratterizza il positivismo giuridico di stampo ottocentesco⁹.

7 Cfr. E. Opocher, *sub voce Giustizia*, cit.

8 In proposito si richiama ancora Salvatore Satta e le sue riflessioni contenute nella voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, cit., p. 220.

9 Stante a Norberto Bobbio il positivismo giuridico si fonda su sei concezioni fondamentali: la teoria coattiva del diritto, la teoria legislativa del diritto, la teoria

§ 2. SECONDO ITINERARIO: LA GIUSTIZIA COME CONFORMITÀ AD UN ORDINE TEOLOGICO

Individuando la “giusta giustizia” giuridica in colei che renderà operativa una o più disposizioni facente parti del sistema posto in essere da un potere competente, ci si pone però di fronte ad un problema, che il giurista non sempre a pienamente valutato¹⁰: la questione dell’interpretazione della disposizione contenuta nel comando.

Fermo restando l’impossibilità della applicazione automatica o meccanicistica della regola giuridica posta dal potere competente¹¹, in quanto non redatta con un linguaggio formalizzato, ma, all’incontrario, con

imperativa del diritto alle quali si aggiungono la teoria della completezza dell’ordinamento giuridico, la teoria della coerenza dello stesso e la teoria dell’interpretazione logica o meccanicistica del diritto. Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del Diritto raccolte dal dott. Nello Morra*, Torino, 1960, p. 284.

¹⁰ “Quando apparvero i *Hauptprobleme*, nel 1911, alla fine un lungo periodo di pace e stabilità nella vita sociale, si poteva avere l’impressione che quest’opera rispondesse alle esigenze più profondamente sentite dai giuristi del tempo i quali concentravano il loro interesse sulla struttura logica e formale del diritto prescindendo, tanto dal contenuto economico e sociologico, che pareva allora solidamente determinato da quella struttura, quanto dai fini etici e politici intorno ai quali sembrava che gli studiosi fossero sostanzialmente d’accordo”, così Renato Treves nel suo scritto *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, apparso sul primo fascicolo della “Rivista internazionale di filosofia del diritto” del 1952, p. 182. Le osservazioni di Treves ritrovano lampante conferma dalla lettura di un passo di Vittorio Scalaja apparso nel 1898; in questo l’insigne giurista rilevava come “le norme della interpretazione sono determinate dalle strutture del corpo politico al quale la legge appartiene, e specialmente dai rapporti intercedenti fra cittadini e le autorità legislative, fra queste e le autorità giudiziarie e amministrative. Tali rapporti in generale sono regolati solo parzialmente dal diritto scritto: essi sono determinati più direttamente da quella necessità degli uomini e delle cose che è la fonte prima del diritto, appartengono a quel diritto tacito, fondamentale, di immediata emanazione delle forze sociali ordinate, che con parola ormai tradizionale si può chiamare diritto consuetudinario, purché a questa espressione non si connetta l’idea di una lunga consuetudine”, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, in *Studi in onore di Francesco Schupfer*, Torino, 1898.

¹¹ In proposito Paolo Grossi scrive: “temiamo l’inquinamento di una nozione della interpretazione come attività puramente logica e dell’interprete come un automa senza volontà e libertà proprie, che constatiamo ancora dominante presso tanti giuristi beatamente e beatamente paghi ancor oggi di riaffermare entusiasti e inconsapevoli il principio di strettissima legalità” *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006, p. 163.

un linguaggio ordinario – pregno di problematiche¹² – il giurista deve trasformare la *disposizione* in *norma*, ovvero riconoscere un significato nel significante. Sarà la norma ad indirizzare il comportamento del destinatario.

Ci ritroviamo quindi di fronte al problema dell'interpretazione, il quale si ricollega intimamente alla concezione della giustizia quale conformità ad un ordine teologico, quindi alle finalità implicite che orientano la vita sociale, quei *mores* che una dottrina pura voleva espungere dal discorso giuridico, i quali invece permeano la visione della romanità classica testimoniata dal *De Legibus* di Cicerone sopra richiamato.

Siché attraverso l'attività interpretativa si assiste all'evoluzione ed alla trasformazione del contenuto delle disposizioni avuto riguardo alle finalità presenti ed operanti in un determinato momento storico in un certo contesto sociale.

L'attività giurisprudenziale, nel trasformare la disposizione in norma¹³, tramuta, come ebbe a sottolineare Luigi Caiani¹⁴, i giudizi di valore in giudizi giuridici, facendo sì che sia l'interpretazione prodotta (le norme e non le disposizioni) a rappresentare e a costituire quell'insieme di regole giuridiche che sovrintendono la vita sociale¹⁵.

12 Vedi per tutti l'analisi della dimensione semantica condotta da Alf Ross nel suo *On Law and Justice* (cfr. trad. it. a cura di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965).

13 Cfr. M. S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità della norma*, in "Giurisprudenza costituzionale", I (1956), nn. 4-5 e V. Crisafulli, *sub voce Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*.

14 Per Caiani, attraverso l'interpretazione avviene "la modificazione del loro significato in ragione della evoluzione storica della realtà e dei rapporti sociali cui essi si riferiscono". In questo modo, per l'autore, si coglie "il processo di traduzione e recezione delle valutazioni sociali metagiuridiche nell'ambito dell'ordinamento positivo, cioè in forma giuridicamente valida [...]. Vale a dire che è in questo compito fondamentale della giurisprudenza che si può cogliere, in un certo senso, lo stesso processo produttivo del diritto, il quale invero, da questo punto di vista, potrebbe esser visto come un processo sempre più approssimato e determinato di traduzione dei giudizi di valore operanti socialmente in giudizi di valore operanti giuridicamente", così ne *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit., pp. 209 e segg.

15 Vedi a titolo d'esempio l'evoluzione in giurisprudenza del significato del concetto di "buon costume" evocato dagli artt. 527-529 C. P. Cfr. in tema, fra i molti, V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012.

La legalità non è più incentrata sullo *jussum* (il comando del sovrano), ma il diritto appare il frutto più che di una attività legislativa, d'una attività giurisprudenziale¹⁶.

Pertanto, una “giusta giustizia” giuridica sarà quella che compenetrerà disposizioni formalmente poste con istanze sociali facendo sì che il sistema giuridico non possa venire colto ed operato come insieme di regole autoreferenziali, piuttosto si determini di volta in volta attraverso un'attività interpretativa *inter-sistemica*, che ponga cioè in contatto sistemi di regole sociali differenti per fonte e contenuto. L'interpretazione fa sì che la legalità formale si integri con la legalità sociale. Non ci troviamo più di fronte a cosiddette regole del gioco¹⁷ prefissate, ma, all'incontrario, è l'evolversi del gioco stesso a determinare di volta in volta le regole. È all'interno di questo contesto che possiamo a pieno cogliere e significare l'apparente errore filologico di Ulpiano che fa derivare il nome *ius* da *iustitia*, in quanto a ben veder per il giureconsulto romano, che riprende Celsio, *ius est ars boni et aequi* e non l'attuazione del comando; l'intera attività giurisprudenziale è, quindi, connessa all'attuazione della giustizia.

§ 3. DIGRESSIONI A MARGINE

Due brevi considerazioni a margine del discorso qui svolto.

La prima è riconducibile alla teoria generale del diritto; infatti, possiamo leggere quanto ora esplicito nel § 1. in una chiave che lo riconduca sì alla visione della giustizia quale legalità, ma in una sua versione *debole*. È pur sempre il potere competente – giurisprudenziale, più che legislativo – a determinare l'ordine normativo e cui conformarsi. Anche in questa versione debole, emerge un concetto formale di giustizia il quale coincide pur sempre con un diritto informato dallo *jussum*, da un comando che promana da un potere (giurisprudenziale più che legisla-

¹⁶ Che la giurisprudenza sia fonte del diritto viene evidenziato fra gli altri da Gustavo Zagrebelsky, “la «soggezione del giudice solo alla legge», il principio comune della tradizione liberale che le costituzioni odierne inevitabilmente proclamano, continua a essere inteso nel senso del servizio passivo della volontà del legislatore, e non se ne tentano interpretazioni più conformi al senso che oggi ha il legame tra la legge e la sua attuazione attraverso la giurisdizione”, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 206. In tema cfr. almeno F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2000,

¹⁷ Cfr. N. Irti, *L'età della delegificazione*, Milano, 1978.

tivo) ponendo in rilievo ancora una volta la *potestas*¹⁸. All'incontrario, possiamo anche riconoscere come il diritto abbracci l'intero momento regolamentativo sociale rigettando il dogma della statualità dello stesso (fondata sulla *potestas*) per ricollegarlo direttamente alle dinamiche sociali del contesto in cui opera e dove si legittima attraverso la sua conformità alla legalità sociale, in modo tale da dar vita ad un'esperienza giuridica ove le dinamiche sociali rappresentino la fonte ultima del diritto (che si ammantava allora di *auctoritas*, più che di *potestas*).

La seconda considerazione, che qui può essere solo accennata al pari di quanto avvenuto nel § 4. delle *Noterelle introduttive*, riguarda il problema centrale ed ineludibile in una società complessa e pluriculturale, quale è quella contemporanea, della determinazione dell'ordine teonómico non più considerabile come un tutto unitario¹⁹.

Al di là di ciò, ci troviamo in ogni caso di fronte ad una giurisprudenza attivista²⁰, volta cioè, nell'opera di determinazione del diritto, a mediare fra istanze e valori differenti.

§ 4. TERZO ITINERARIO: LA GIUSTIZIA COME CONFORMITÀ ALL'ORDINE DELLE COSE

Vi è un terzo ed ultimo aspetto da considerare nella determinazione del concetto di giustizia. La “giusta giustizia” giuridica si definisce all'interno del processo. È in tale ambito che la norma si determina e si manifesta quale reale criterio di valutazione. Il processo è pertanto il fulcro dell'esperienza giuridica ove il diritto viene ricercato, vuoi determinando la norma, vuoi ricostruendo il fatto e valutandolo alla luce della norma, tanto da stabilire il diritto sulla cosa giudicata²¹.

18 Si vedano in proposito le riflessioni kelseniane in tema di interpretazione contenute ne *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 386 e segg.

19 Si rimando per un primo approccio al tema a E. Ferri (a cura di), *Nuove e vecchie cittadinanze nella società multiculturale contemporanea*, Padova, 2018 (con contributi di F. J. Ansuátgui Roig, M. Barberis, C. Bersani, M. Cossutta, C. García Pascual, C. Gazzetta, M. Lalatta Costerbosa, M. La Torre, S. Newman, A. Scerbo e dello stesso curatore).

20 Vedi in proposito la già richiamata voce *Diritti sociali* redatta da A. Baldassarre.

21 Cfr. G. Capograssi, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, ora in G. Capograssi, *Opere*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 131-169; si veda anche il già citato saggio *Giudizio processo scienza verità*. Sul giurista di Sulmona si veda per un primo approccio E. Opocher, *Riflessioni su diritto e processo nella filosofia dell'esperienza giuridica di*

È questo il momento in cui emerge la concezione della giustizia quale conformità all'ordine storico degli accadimenti o – forse in maniera più prosopopeica – quale riconoscimento della “verità”²². È nel processo che l'esperienza giuridica, ovvero la ricerca del diritto, si manifesta nella sua interezza attraverso un rapporto triadico tra azione, norma e giudizio, che sfocia nell'affermazione della verità processuale. Una verità processuale che viene riconosciuta attraverso un procedere entimematico, caratterizzato dal dire e dal contraddire, che solo un abbaglio può confonder con il sillogismo evocato da certa dottrina giuridica, la quale affonda le proprie radici nelle pagine di Cesare Beccaria.

Nel processo si ricostruisce l'azione (che non è presente), nel processo si determina la norma (prima vi è solo “legge astratta”²³), nel processo si stabilisce il diritto sulla cosa per mezzo del giudizio.

Come ben evidenzia Opocher il diritto o verità processuale non ha nulla di metafisico (né tanto meno di analitico); è una verità con la *v* minuscola, legata alle “piccole, quotidiane verità degli accadimenti”²⁴, così come sono stati ricostruiti nel processo. In questo senso è una “verità” sempre rivedibile.

I fatti personali tra loro collegati determinano il diritto e il diritto, per essere espressione di una *giusta giustizia*²⁵, è sì da questi prodotto, ma nel contempo li determina, in quanto sorge da una realtà sociale caratterizzata da una *prassi regolare* e ritorna a questa quale *regola*. Scindere il diritto dai fatti, che è tutt'uno con il non riconoscere nel diritto “il farsi stesso della persona”²⁶, implica il relegarlo al ruolo di “legge astratta”, inoperante nel contesto sociale se non sorretta dalla potenza²⁷.

G. Capograssi, in *Studi in onore di Angelo Falzea. I*, Milano, 1991. Sulla centralità della controversia in ambito giuridico si veda anche F. Gentile, *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica*, in P. Perlingieri (a cura di), *Soggetti e norma, individuo e società*, Napoli, 1987 e F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto*, cit.

22 Cfr. E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983.

23 Cfr. G. Capograssi, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, cit., ove si rileva come, in caso di controversia, “ognuno vuole, e tutti vogliono, che sia attuato nel caso concreto l'ordine giuridico, che il *iussum* della legge diventi *ordo*, non in astratto ma in concreto cioè nei singoli casi concreti nei quali l'esperienza si risolve”, p. 136

24 E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 311.

25 Cfr. S. Satta, sub voce *Giurisdizione*, in *Enciclopedia del diritto*.

26 E. Opocher, *La filosofia dell'esperienza giuridica*, cit., p. 94.

27 Cfr. in proposito F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit.

In tale contesto il diritto, prendendo a prestito le parole di Paolo Grossi, “nella sua essenza, più che potere è ordinamento, è la stessa società che si auto-organizza percependo certi valori storici, disegnando su di essi alcune regole e osservandole nella vita quotidiana”²⁸.

Riprendendo ancora la nota citazione ulpiana, se lo *ius* è legato inscindibilmente alla *iustitia*, che è l’esplicazione dell’arte del buono e dell’equo, il compito della giurisprudenza non sarà tanto quello di dare attuazione alle leggi, ma di conformare il significato delle leggi a ciò che nel contingente è considerato il buono e l’equo. Per mezzo d’una regola così illuminata, la singola controversia, ove tale processo di trasformazione è avvenuto anche con il concorso delle parti, può ritrovare una giusta soluzione giuridica.

Il giurisperito è pertanto chiamato a separare, attraverso una cernita, ciò che è iniquo da ciò che equo; attraverso questa attività di interpretazione egli offrirà certezza al diritto. Una certezza non di sapore matematico, bensì dialettico (ovvero giuridico).

§ 5. SULL’INTERPRETAZIONE

Prima di proseguire l’itinerario appare utile soffermarsi brevemente anche in questa sede²⁹ a riflettere sul senso del termine interpretazione: che il nostro sostantivo derivi dal latino *interpretatio* è fuori discussione. Meno evidente è invece la constatazione³⁰ che il sostantivo *interpretatio*, quindi anche la *nostra* interpretazione, ritrova a sua volta come propria radice il composto *inter-pretium*, da cui la figura dell’*interpres*. Letteralmente l’*interpres* è colui che si colloca tra i prezzi, ovvero, all’interno di una relazione commerciale, il soggetto terzo che media tra la domanda e l’offerta. Pertanto, l’attività interpretativa si connota quale attività di mediazione.

Compito dell’*interpres* è dichiarare un prezzo che ritiene accomuni due estremi, l’uno riconducibile al proponente, l’altro all’accettante; il

28 Così in *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 6.

29 Tale questione è stata specifico oggetto di trattazione in precedenti lavori; mi permetto di rimandare ai miei tre volumi su *Interpretazione ed esperienza giuridica*, Trieste, 2011-2012.

30 Ma vedi in proposito G.Tarello, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 4, nonché, per altri versi, E. Ortigues, *sub voce Interpretazione*, in *Enciclopedia Einaudi*, pp. 874-876. Sul tema insiste anche G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 182-183.

prezzo dichiarato dall'*interpres* può venire riconosciuto quale media fra eccesso e difetto ed ha la finalità di promuovere un accordo tra le parti. L'attività interpretativa è quindi finalizzata a porre in comunicazione due estremi, al fine di riconoscere un punto di incontro; interpretare è pertanto mediare, proponendo alle parti un'azione che sia ad esse comune. L'*interpres* pone in comunicazione due o più soggetti che fin'ora sono risultati fra loro separati.

Qualora si voglia intendere l'*interpres* quale *dichiaratore* (non più di prezzi, ma) *di sensi* o *significati*, che poi è l'accezione corrente del nostro termine, lo stesso non apparirà come un mero traghettatore, che trasporta un senso da un luogo (linguistico) ad un altro, facendo sì che lo stesso sia mostrato a chi nel primo luogo non riusciva a coglierlo; l'*interpres*, con la propria attività, pone in essere un qualcosa di diverso (il significato) da ciò che è l'oggetto (il significante) su cui interviene³¹. Egli, infatti, determina il senso, ovvero il valore che assume il portato dell'oggetto trattato in un dato contesto. Sicché il senso non è ciò che si palesa in sé e per sé, quasi a voler predicare un significato proprio del termine, ma è il risultato di una operazione condotta dall'interprete, il quale anche in questa accezione si pone come mediatore fra il segno linguistico (con i possibili significati riconducibili all'orizzonte semantico dello stesso), ed il contesto in cui questo ritroverà utilizzo³².

Quindi, l'*interpres* dichiara vuoi un prezzo, vuoi un senso, in ogni caso il valore dell'oggetto su cui si esplica la sua attività, il quale appare essere la media³³, nell'un caso tra il prezzo proposto dalla domanda e quello proposto dall'offerta, nell'altro fra i significati ricompresi nell'universo semantico del termine ed il contesto nel quale lo stesso deve acquisire un senso. L'attività di mediazione, che tende alla determinazione di un *giusto mezzo*, presenta qualcosa di nuovo, che non è *in toto* riconducibile né alla domanda, né all'offerta, dato che differisce da entrambe, ma non è nemmeno del tutto estranea alle stesse, perché se così fosse non potrebbe porsi come tramite tra l'una e l'altra. Nel proporre qualcosa di nuovo, l'interprete deve riconnettersi a ciò che è stato dichiarato, ed in questo modo il *mezzo* non è altro dagli estremi palesati, pur non coin-

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

32 Cfr. *ibidem*.

33 In proposito si rimanda a quanto esplicito nella nota 15 delle Noterelle introduttive.

cidendo con nessuno di questi; né può derivare da media aritmetica degli stessi, perché questo modo d'operare (proprio alla logica deduttiva) non terrebbe conto del contesto in cui le dichiarazioni di valore si collocano. Le singole enunciazioni, ovvero le manifestazioni di volontà del proponente e dell'accettante, se non mediate allontanano i due poli, inibendo ogni possibilità di incontro. L'accordo tra le parti non deriverà dall'incontro delle volontà, il quale non può che essere esemplificato da una media aritmetica³⁴, ma dalla mediazione dialettica tra le stesse, la quale darà vita ad una manifestazione univoca ed autonoma, ovvero permetterà la fondazione della regola (il prezzo) del rapporto, che non apparterrà né all'una né all'altra parte, ma sarà qualcosa di diverso e nel contempo comune ad entrambe.

Nel determinare il prezzo, l'interprete in un certo qual modo segna i limiti di un territorio comune alle parti, ove le stesse possono collocarsi e colloquiare senza entrare in conflitto; l'*interpretes* pone i limiti del territorio dopo aver ponderato, ovvero misurato in termini dialettici, il giusto mezzo fra eccesso e difetto. Ogni determinazione (da *terminare*) implica una misurazione che permetta di fissare, dopo aver ponderato i confini che circoscrivono un'area, un limite. La determinazione si effettua per tanto attraverso una cernita (da cui al *certus*)

Allo stesso modo dell'*interpretes* opererà la *iuris prudentia*, il cui obiettivo è quello di mettere in rapporto il dato della legge, ovvero i possibili significati che l'enunciato posto dal legislatore può assumere, con la realtà sociale (il contesto) nel quale deve ritrovare attuazione. Il frutto di tale operazione sarà il diritto, che, come sopra tratteggiato, non sarà equivalente alla legge, anche se non potrà essere del tutto disgiunto da essa, né potrà recepire nella sua interezza le pressioni promananti dalla realtà, in quanto non strumento di parte. La *iuris prudentia* dovrà, per così dire, compenetrare le ragioni dell'uno (la legge) e quelle dell'altro (il contesto), sì da operare una mediazione fra le due istanze, di modo che ciò che determina (quel *qualcosa di nuovo* che è il diritto) possa risultare adeguato, nel suo essere concreto momento regolamentativo, sia alla legge, che al contesto ove (il diritto e non la legge) ritroverà applicazione.

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

Ancora va ribadito che il determinare ritrova nel *terminus*-limite, confine, la propria radice; *terminare* implica sì segnare i confini, quindi, separare non prima però d'aver misurato (*terminare modum alicuius rei*). In questo senso l'*interpres* segna i limiti di un territorio comune alle parti, limiti posti dopo aver ponderato (misurato) il giusto mezzo fra l'eccesso ed il difetto. Ancora una volta ci troviamo di fronte ad una cernita che ci conduce verso il certo.

Possiamo quindi riconoscere come per tramite dell'*interpres* le esigenze di regolamentazione giuridica che promanano dalla società si incontrano con la lettera della legge e ritornano alla società sotto forma di diritto. Il giurisperito, al fine di perseguire la certezza del diritto, che poi si sostanzia attraverso il riconoscimento dell'armonico incontro tra le richieste di regolamentazione giuridica, le regole scritte (le leggi) e le forme di regolamentazione derivante dall'attività giurisprudenziale – in buona sostanza, nella soddisfazione sociale, la quale è il frutto nel fondersi della legalità sociale con la legalità formale – dovrà operare con avveduta saggezza (da cui alla *prudentia*), dopo aver, con circospezione, ponderato le varie opportunità.

Allora, forse, comprendiamo il perché del riferimento ulpiano alla *veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*.

CAPITOLO TERZO

L'ASSOLUTIZZAZIONE DELLA LEGGE

SOMMARIO: § 1. Su legge e diritto; § 2. Una digressione sulla separazione fra regole giuridiche e costumi morali; § 3. Il monismo del positivismo giuridico; § 4. Il sorgere dello *stato* ed il positivismo giuridico

§ 1. SU LEGGE E DIRITTO

Dopo aver osservato come la distinzione fra diritto e legge pervada la riflessione giuridica occidentale sin dal suo sorgere nell'esperienza della classicità greca e romana¹ (si pensi al brocardo *non ex regula ius sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat*²), è bene riprendere il discorso sulle sue declinazioni organizzandolo ancora intorno ai tre itinerari precedentemente tratteggiati. In questo incedere non necessariamente cronologico, possiamo purtuttavia rintracciare una pietra miliare verso la metà del Diciassettesimo secolo, precisamente nel 1642, quando Thomas Hobbes nel *De cive*, XIV, 3 constatava, in chiara polemica con coloro che confondevano *lex* e *ius*, come “vi è una grande differenza tra il diritto e la legge: la legge è un vincolo, il diritto è una libertà e i due termini sono addirittura antitetici”³.

1 Cfr. in tema, fra le molte, le acute osservazioni di Michel Villey raccolte ne *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it a cura di F. D'Agostino, Milano, 1985.

2 Sul fatto che in tale tradizione di pensiero il diritto non sia tratto dalla regola (legge), ma, all'incontrario, come afferma perentorio Paolo, la regola debba derivare dal diritto, così nel *Digesto*, 50. 17. 1, si sofferma, fra i vari, O. de Bertolis, *Elementi di antropologia giuridica*, Napoli, 2010.

3 Citiamo dalla trad. it. *Elementi filosofici sul cittadino*, Torino, 1948, p. 268.

Va anzitutto constatato come questa distinzione, incentrata sugli opposti di vincolo e di libertà, riverbera i suoi effetti, di fatto introducendola, sulla ben nota distinzione fra i cosiddetti diritti soggettivi ed il diritto oggettivo. Leggiamo in proposito in un *Manuale*: “il diritto in senso oggettivo è la *norma giuridica*, cioè la regola socialmente garantita della vita di relazione”, ovvero, “norme di cui la società *garantisce* l’osservanza mediante sanzioni esterne”⁴. Di converso, “la nozione di diritto in senso oggettivo, e cioè quale norma giuridica, deve essere tenuta distinta dalla nozione in senso soggettivo. In senso soggettivo il diritto è una *posizione di vantaggio* tutelata dalla norma giuridica”⁵.

Vi sono, in definitiva, delle regole poste dallo Stato, che tracciano delle linee di condotta, la cui obbligatorietà è garantita dalla minaccia di una sanzione; a fronte di queste, che si ricollegano alla hobbesiana legge quale vicolo, riscontriamo, sulla scorta dell’insigne cultore del diritto civile, delle *norme* che tratteggiano una *posizione di vantaggio*, che possiamo ricondurre nella rappresentazione del diritto quale libertà. Tale posizione è garantita da regole poste dallo Stato (quindi dal diritto oggettivo). Vi sarebbe pertanto una *facultas agendi* (libertà, direbbe Hobbes), che ritrova la propria tutela in una *norma agendi* (vincolo), che né garantisce la eseguibilità.

Possiamo concordare che tale impostazione, spazi di libertà pre-giuridici protetti da vincoli giuridici, discenda dalla necessità di arginare “il progressivo affermarsi dell’autorità dello Stato”, attraverso “l’idea dell’originaria autonomia dell’individuo e dei diritti soggettivi quali attributi di ogni uomo”⁶, la quale conduce verso una sorta di dicotomia fra forme di regolamentazione autonome (la *facultas agendi* insita in ogni essere umano) e forme di regolamentazione eteronome (la *norma agendi* posta dallo Stato), ovvero, per dirla con Hobbes, fra la libertà del soggetto e il vincolo a cui il soggetto è sottoposto.

Nella prospettiva che ci riconduce alla speculazione di Thomas Hobbes, la dicotomia fra legge-vincolo e diritto-libertà, che qui è stata anche esemplificata attraverso il richiamo alla distinzione fra diritto oggettivo

4 C. M. Bianca, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1984, p. 3. Il nostro lettore va avvertito che l’autore richiamato utilizza il termine società quale sinonimo di Stato.

5 *Ibidem*, p. 4.

6 Così R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in “Jus. Rivista di scienze giuridiche”, XI (1960), n. 2, pp. 149 e segg.

e diritto soggettivo, si riconosce l'assoluto primato della prima (della *norma agendi* quale legge-vincolo), sul secondo (la *facultas agendi* quale diritto-libertà), tanto da giungere, nelle teorizzazioni più coerenti di tale prospettiva, a ritenere che il diritto soggettivo (ovvero il diritto-libertà) si risolva in un *miraggio*.

Leggiamo in proposito in un testo della seconda metà del Novecento: “se un individuo è obbligato nei riguardi di un altro a tollerare un certo comportamento, il contenuto del dovere è proprio il tollerare questo comportamento. Cioè, il comportamento dell'individuo, nei cui riguardi si ha l'obbligazione, e che corrisponde al comportamento dovuto, è già determinato nel comportamento stesso che costituisce il contenuto del dovere”⁷.

Pertanto, la *posizione di vantaggio*, a cui sopra si faceva cenno, che permette l'assunzione da parte del soggetto titolare di un comportamento da altri tollerato (nel senso di non ostacolato), non è insita al soggetto ritenuto titolare, ma è contenuta ne (nel senso che è propria a) la regola che impone agli altri di tollerarlo, a fronte, in caso contrario, della erogazione di una sanzione. Ciò significa che il soggetto, il cui comportamento è tollerato, non è titolare di alcuna *posizione di vantaggio* o *facultas agendi*, ma soltanto che gli altri sono obbligati (dalle disposizioni di diritto oggettivo), a non ostacolare tale soggetto; il suo presunto diritto non è in alcun modo contenuto in un diritto soggettivo, ma, all'incontrario, è descritto nel diritto oggettivo che impone al resto della comunità un non-intervento attraverso la minaccia di una sanzione. Infatti, “se si definisce come «diritto» il rapporto fra un individuo (nei cui riguardi un altro individuo è obbligato ad un certo comportamento) con quest'ultimo individuo, il diritto in questione è soltanto un riflesso di questo dovere”⁸.

In altre parole il diritto soggettivo non esisterebbe che nell'immaginazione di un (distratto) osservatore, che si rappresenterebbe come “diritto” di un soggetto, ciò che in realtà è un dovere imposto dal diritto oggettivo a tutti gli altri soggetti operanti in quello spazio giuridicamente regolamentato (e determinato).

Ma vi è di più; infatti, continua l'autore, “si noti però che è «soggetto» in questo rapporto soltanto l'individuo obbligato, quello cioè che può adempiere o violare l'obbligo col suo comportamento; l'individuo titolare del diritto, cioè quello nei cui riguardi deve essere tenuto il compor-

7 H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 150.

8 *Ibidem*.

tamento, è soltanto oggetto del comportamento che, corrispondendo al comportamento dovuto, è determinato insieme ad esso”⁹. Sicché, non sussistendo il diritto (soggettivo), non vi può essere nemmeno un titolare dello stesso, un soggetto; il rapporto giuridico, in questa particolare prospettiva, si costituisce esclusivamente intorno ad un individuo soggetto al diritto oggettivo.

Se nessuno ha facoltà (*diritto*) di tenere un comportamento in virtù della propria autonomia, ma gli è concesso di farlo in essere soltanto perché un diritto oggettivo (*legge*) impone agli altri di non ostacolarlo, si vede bene come non solo la legge primeggi sul diritto ma addirittura fondi essa stessa quelle concessioni che, per un abbaglio, vengono recepite (erroneamente) quale un diritto non fondato dallo Stato, ma insito alla persona umana in quanto tale.

Scriva in riguardo Hobbes nel *De cive*, XII, I, “il giusto e l’ingiusto non esistevano prima che fosse istituita la sovranità; la loro natura dipende da ciò che è comandato; e ogni azione è di per se stessa indifferente: che sia giusta o ingiusta dipende dal diritto del sovrano. Pertanto i re legittimi, ordinando una cosa la rendono giusta per il solo fatto che la ordinano e vietandola la rendono ingiusta appunto perché la proibiscono”¹⁰. Per inciso va riconosciuto come il diritto del sovrano è il frutto del suo essere libero, ma questa libertà va letta in chiave di sregolatezza, ovvero manifestazione di volontà priva di ogni limite¹¹.

Se, come appare evidente, in questa prospettiva è soltanto la legge a stabilire ciò che è giusto oppure ingiusto a prescindere da ogni altra considerazione legata a regole ed a valori non posti dal legislatore (ma, ciò non di meno, radicati nel contesto sociale che la legge pretende di dominare), allora è la legge a *creare* il diritto. La legge crea il diritto dal nulla; per meglio dire, lega il suo comando alla potenza che riesce a di-

9 *Ibidem*.

10 Il testo è a p. 233 della trad. it. citata.

11 Si possono cogliere echi volontaristici nella speculazione hobbesiana ed in particolare una indubbia influenza da parte di Guglielmo da Ockham, il quale rovescia, per così dire, lo schema tomista, per il quale un comportamento è permesso o proibito (dalla volontà divina) in quanto intrinsecamente buono o cattivo (*imperatum quia bonum, prohibitum quia malum*), sostenendo, all’incontrario che il comportamento è qualificato da un punto di vista valoriale rispetto al comando (*bonum quia imperatum, malum quia prohibitum*). Cfr. fra i molti F. Todescan, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 117-119).

spiegare sulla realtà sociale che vuole dominare forgiando così il diritto dalla potenza.

Se ciò corrispondesse a realtà, allora il giusto e l'ingiusto dipenderebbero soltanto dalla capacità di controllo sociale che il sovrano dispiega. È evidente che in linea di principio ci troviamo di fronte ad una netta separazione fra il territorio del giuridico (segnato dalla legge) ed i costumi morali (regole sociali, regole religiose, consuetudini e via discorrendo) vigenti in un dato contesto.

§ 2. UNA DIGRESSIONE SULLA SEPARAZIONE FRA REGOLE GIURIDICHE E COSTUMI MORALI

Tale separazione risulta evidente nello sviluppo giuridico e politico moderno, ovvero in quelle prassi e teorie che ritrovano le proprie radici nella pace di Augusta del 1555, ove compare quel *cuius regio, eius religio*, che di lì a quasi un secolo illuminerà i trattati di Münster e di Osnabrück (la cosiddetta pace di Vestfalia del 1648 che, ponendo fine alla Guerra dei Trent'anni, dà l'inizio al processo che porterà alla piena sovranità territoriale delle singole entità politiche facenti parte dell'Impero – gli *Stände*); qui i due termini costituenti l'oggetto del nostro dibattere (il mondo giuridico ed i costumi morali), paiono divisi da una netta disgiunzione, un *aut-aut* più propriamente che un *vel*.

Sicché si potrebbe affermare, in prima istanza e con la scorta di tutta la prospettiva giuridico-politica moderna¹², o legge *oppure* morale; nel senso che questi due momenti normativi non debbono ritrovare tra loro commistioni, non possono tra loro combinarsi, ma devono scorrere lungo due alvei non comunicanti, i quali, al limite, potrebbero ricongiungersi all'infinito quali rette parallele (un infinito geometrico che in ambito giuridico-politico potrebbe rappresentarsi nel kantiano *Reich des Zwecks*).

Pertanto, in questa prospettiva di pensiero, il diritto “sussisterebbe in qualche modo egualmente anche se ammettessimo – cosa che non può farsi senza empietà gravissima – che Dio non fosse dato o che Egli non si occupasse dell'umanità”, così Grozio nel Prolegomeno XI, *De iure belli ac pacis* del 1625.

Il celeberrimo *etsi Deus non daretur*, fatto proprio da tutta la prospettiva giusnaturalistica moderna, Pufendorf *in primis*, che sancisce la separa-

¹² Vedi, sulla concezione giuridico-politica moderna, F. Gentile, *Lesioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 41 e segg.

zione fra il giuridico ed il religioso, è il frutto della più generale separazione del giuridico dalla morale: dalle false opinioni del volgo, direbbe l'Hobbes della lettera dedicatoria del *De cive* del 1647. Viene proposta quindi una grande divisione così come risulta scolpita in alcune pagine humane di *A Treatis of Human Nature* del 1739.

Va riconosciuto che istanze prescrittive introno alla separazione del diritto dalla morale sono ben evidenti nel pensiero occidentale e non necessitano della Riforma – nel 1517 vengono pubblicate le novantacinque Tesi di Lutero – e delle sue conseguenze per emergere con chiarezza. Basti evocare il Segretario fiorentino autore nel 1513 *De Principatibus* e dei *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio* abbozzati fra il 1513 e il 1519, ma pubblicati postumi nel 1531 (in particolare si veda il Libro primo); ancor prima di Machiavelli va richiamato l'autore del *Defensor pacis*, apparso nel 1324, quel Marsilio dei Mainardini si cui gravò, nel 1327, al pari di Guglielmo da Occam, la scomunica (*Licet iuxta doctrinam*) pronunciata da Giovanni XXII a fronte di tale *bestia de abyssu satanae*.

Esemplare è la già richiamata affermazione di Marsilio, che ci ricollega a quanto sopra detto in riguardo al rapporto fra legge e controllo sociale, secondo la quale “l'autorità di fare delle leggi spetta soltanto a colui il quale, facendole, farà sì che esse siano meglio osservate o addirittura assolutamente osservate”, così nel *Defensor pacis*, I, XII, 6¹³.

Certo è che, a ben vedere, gli ultimi autori qui richiamati paiono intenti più che a separare la legge e la politica dai costumi morali, con particolare riguardo alla religione, ad affermare la supremazia della politica su quest'ultima, tanto da farla soggiacere alla prima¹⁴.

Per inciso, e con riferimento alla separazione fra giuridico e religioso si potrebbe insinuare il dubbio che quel processo di secolarizzazione che vede in Vestfalia una delle sue principali tappe anziché escludere la religione dal campo giuridico-politico e relegarla nel cosiddetto foro interiore, voglia, all'incontrario, mantenerla sottomessa al nuovo Sovrano

13 Cfr. in tema F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit., pp. 97 e segg. nonché E. Ancona, *All'origine della sovranità. Sistema gerarchico e ordinamento giuridico nella disputa sui due poteri all'inizio del XIV secolo*, Torino, 2004.

14 Cfr. in tema J.-J. Chevallier, *Storia del pensiero politico. I. Dalla città-stato all'apogeo dello Stato monarchico*, trad. it. Bologna, 1981 (ma Paris 1979), pp. 340 e 378, A. Asor Rosa, *Machiavelli: l'amore della politica*, ora in M. Tronti (a cura di), *Il politico. Vol. I. Da Machiavelli e Cromwell. Tomo primo*, Milano, 1979 e ancora E. Ancona, *All'origine della sovranità*, cit.

e farla da questi utilizzare *operativamente*, quale strumento di controllo sociale, nella sfera pubblica¹⁵. Ci troveremo di fronte, pertanto, ad una religione asservita al *dio mortale*, di cui l'*Act of Supremacy* adottato nel 1534 dal *Parliament of England* in favore di Enrico VIII né è autorevole esemplificazione; va solo notato come questa riproposizione di una sorta di moderno *Pontifex maximus* abbia fortemente influenzato lo sviluppo della lockiana *Epistola de tolerantia* redatta nel 1685 e resa pubblica dal destinatario, contro la volontà dell'autore, quattro anni dopo¹⁶.

Di pari passo a questo processo di spoliazione (in ambito mondano) della religione dalle prerogative sovrane si assiste al recupero da parte del *dio mortale* di tutte le attribuzioni prima proprie al *Dio immortale*¹⁷; si pensi oltre alla già menzionata sovranità, all'idea di onnipotenza che pervade in nuovo soggetto politico, tanto da far emergere una sorta di teologia dello Stato che riverbererà i suoi effetti sino all'epoca, a noi quasi contemporanea, di Schmitt e Kelsen¹⁸.

§ 3. IL MONISMO DEL POSITIVISMO GIURIDICO

Rientrando nel seminato constatiamo come la prospettiva sopra evidenziata, che concentra la propria attenzione esclusivamente sulla leg-

15 Cfr. in tema F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit.

16 Si vedano in proposito i saggi lockiani raccolti e commentati da Carlo Augusto Viano in J. Locke, *Sulla tolleranza*, Roma-Bari, 1989 (l'*Epistola* richiamata nel testo è pubblicata a pp. 143-189).

17 Per un primo approccio cfr. le voci *Secolarizzazione* apparse sul *Dizionario teologico*, Torino, 1977 e sull'*Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1982. Cfr. altresì G. Marramao, *Potere e secolarizzazione*, Roma, 1983. Sul tema più di recente è intervenuto, fra i molti, F. D'Agostino, *Diritto, religione e secolarizzazione*, in "Rivista di filosofia del diritto", II (2013), numero speciale che raccoglie gli atti del XXVIII Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia del Diritto su *Diritto e religione* (con contributi di F. D'Agostino, M. Barberis, S. Ferrari, A. C. Amato Mangiameli, F. De Sanctis, F. Viola, R. Marra). La filosofia giuridica italiana aveva già affrontato tale tema, sia pur parzialmente, nel suo XXI Congresso Nazionale; cfr. A. Catania – L. Lombardi Vallauri (a cura di), *Concezioni del diritto e diritti umani. Confronti Oriente-Occidente*, Napoli, 2000.

18 In argomento cfr. F. Riccobono, *Kelsen e la religione*, in "Rivista di filosofia del diritto", II (2013), numero speciale, F. De Sanctis, *Fondamentalismo giuridico?*, in *ibidem*, pp. 75 e segg. nonché il sopra richiamato contributo di D'Agostino. Si veda anche E. Ferri, *Modernità gnostica? La critica di Hans Kelsen alle «religioni secolari»*, in "Rivista di filosofia del diritto", VI (2017), n. 2.

ge, riducendo l'intera opera di ordinamento giuridico alla volontà del legislatore ed alla sua applicazione nella realtà sociale, risulta dominate nella cultura giuridica a cavaliere tra Ottocento e Novecento.

In questa prospettiva, che ricollega idealmente autori fra loro cronologicamente distanti, da Thomas Hobbes, a John Austin¹⁹ e Hans Kelsen, il diritto è legge, non vi è diritto al di fuori della legge. Il positivismo giuridico, da questi autori previsto e propugnato, si regge sostanzialmente su tre assiomi: l'imperatività la legge, dato che questa è rappresentata come un comando; la coattività della legge, dato che questa per valere nella realtà sociale deve essere corredata da una sanzione, che ne afferma di fatto l'obbligatorietà; a cui si aggiunge l'assunzione del legislatore statale quale unica fonte dell'ordine giuridico.

Come è stato osservato²⁰, tale corrente di pensiero si caratterizza per uno specifico metodo d'indagine, che così viene lapidariamente riassunto: “siccome la scienza è o avalutativa o non è scienza, il metodo positivistico è puramente e semplicemente il metodo scientifico, e quindi è necessario accoglierlo se si vuole fare della scienza giuridica e della teoria del diritto: se non lo si accoglie non si fa scienza, ma della filosofia o della ideologia del diritto”²¹.

Il positivismo giuridico si struttura, pertanto, quale scienza, nel senso moderno del termine, del “diritto”, assumendo a proprio esclusivo oggetto di studio la legge. Ci troviamo di fronte ad una rappresentazione *monista* del fenomeno giuridico, in quanto lo stesso è ridotto, per l'appunto, ad un unico elemento: la legge. L'elemento costitutivo ed esaurente in sé l'intero processo di ordinamento giuridico va affrontato con metodo scientifico, ossia avalutativo; primeggia, nella scienza del diritto, l'analisi del “diritto” *come è*, non è presente alcuna riflessione intorno ad un diritto *come dovrebbe essere*²². Quest'ultima speculazione viene demandata ad altri settori della riflessione sul sociale (la *filosofia*

19 Nel 1832 appare l'opera più importante del giurista anglosassone *The Province of Jurisprudence Determined* (vedi la trad. it. Bologna, 1995).

20 Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit. e U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit..

21 Così N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 285.

22 La radicalizzazione di questo assunto (il diritto come è è come deve essere, ovvero giusto per il solo fatto di esistere) dà vita al cosiddetto positivismo etico; in tema cfr. *ibidem*, pp. 265 e segg.

o l'*ideologia*²³), le cui risultanze non sono ammantate da quell'oggettività che caratterizzerebbe la scienza propriamente intesa²⁴. Quest'ultima produce giudizi oggettivi, perché riconducibili ai giudizi sintetici od ai giudizi analitici teorizzati nel Novecento dal positivismo logico, a cui si accosta la prospettiva giuspositivista.

È in questo ambito che si forgia un particolare binomio diritto/legge, che riduce il primo termine del nostro raffronto (il diritto) alla volontà posta in essere dal potere competente e sorretta dalla forza che questa riesce a promanare. In definitiva il diritto è la legge.

Ultimo *classico* cantore di tale prospettiva, sia pur con apporti originali e non tutti riconducibili al *canone* (primo fra tutti l'idea di un contenuto minimo di diritto naturale²⁵), appare il pensatore britannico Herbert Hart. Prima di concludere questa breve disamina, non va sottotaciuto come il positivismo giuridico sviluppi accanto a quelle sopra richiamate (la teoria imperativistica, la teoria legislativa e la teoria coattiva del "diritto"), una quarta teoria riguardante la interpretazione meccanicistica della legge²⁶. Per quanto Norberto Bobbio affermi, nel volume qui richiamato, che tale idea dell'interpretazione giuridica, sia pur teorizzata da alcuni settori del positivismo giuridico, non sia esente da giustificate critiche²⁷, si ritiene che la stessa costituisca una sorta corollario della te-

23 Qui intesa non nella sua accezione originale di studio delle idee, piuttosto come posizione partigiana; cfr. F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit.

24 Stante alle premesse non è da escludere che argomentazioni non "oggettivamente scientifiche" possano accostarsi a quelle "false opinioni del volgo" richiamate da Hobbes quale causa ultima dei disordini sociali. Vedi in proposito la *Introduzione* redatta dallo stesso Bobbio alla raccolta dei suoi *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit.

25 I "principi di condotta universalmente riconosciuti che hanno una base in alcune verità elementari riguardanti gli esseri umani, il loro ambiente naturale e i loro scopi, possono essere considerati come il *contenuto minimo* del diritto naturale, in contrasto con le costruzioni più grandiose e discutibili che sono state spesso presentate sotto quell'etichetta", H. Hart, *Il concetto di diritto*, trad. it. Torino, 1965 (ma London, 1961).

26 In vero, come viene con autorevolezza rilevato, al positivismo giuridico si possono ricondurre anche le teorie della completezza e della coerenza dell'ordinamento giuridico (ovvero dell'insieme di leggi che regolano un dato contesto), cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit. Di quest'ultime due teorie non faremo cenno, non rilevando all'interno del presente contesto.

27 In merito alla teoria dell'interpretazione logica o meccanicistica del diritto, Bobbio scrive: "l'interpretazione del diritto fatta dal giudice non consiste mai nella semplice applicazione delle legge in base a un procedimento puramente logico: anche se non

oria legislativa del diritto; se, infatti, cade la teoria dell'interpretazione meccanicistica, per la quale la giurisprudenza applica la legge senza alcun intervento adeguatore/manipolatore, allora anche la seconda risulta inesatta, dato che alla fondazione del diritto non parteciperebbe il solo legislatore ponendo la legge, ma anche la giurisprudenza attraverso la sua attività, per così dire, *determinativa* del diritto.

Al di là di ciò, vale la pena soffermarsi un attimo su questa visione dell'interpretazione meccanicistica, richiamando un esemplificativo (fin'anco curioso) passo di un giurista appartenente alla École de l'Exégèse.

Il brano qui proposto, redatto nella prima metà dell'Ottocento in piena epoca di feticismo codicistico dal giurista francese Frédéric Murlon, è emblematico di tale prospettiva: “lorsque la loi est claire, formelle, le juge doit la suivre, alors même que son application paraît peu raisonnable et contraire à l'équité naturelle: *Dura lex sed lex!* Un bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi ; car il est institué pour juger selon elle, et non pas pour la juger. Rien n'est au-dessus de la loi, et c'est prévariquer qu'en éluder des dispositions, saur prétexte que l'équité naturelle y résiste. En jurisprudence, il n'y a pas, il ne peut pas y avoir de raison plus raisonnable, d'équité plus équitable que la raison au que l'équité de la loi”²⁸.

Al di là di tale estrema posizione, il positivismo giuridico ha sempre esecrato ogni attività “creativa” da parte della giurisprudenza ritenendola lesiva delle potestà attribuite dall'ordinamento giuridico al legislatore²⁹.

se ne accorge, per giungere alla decisione egli deve sempre introdurre valutazioni personali, fare delle scelte, che non sono vincolate allo schema legislativo che egli deve applicare”, *ibidem*, pp. 284-285. Ritengo che l'autore qui si riferisca più che ad una vera e propria fondazione della norma giuridica all'interno del processo alla cosiddetta discrezionalità del giudice, riconosciuta esplicitamente dal legislatore ad esempio nel Codice penale all'art. 132 in materia di determinazione della pena, o in ambito civilistico nella determinazione del risarcimento del danno.

28 *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon. Tome premier*, Paris, 1866 (ma 1853), pp. 58-59. Il testo che vide innumerevoli riedizioni in lingua francese venne proposto al lettore italiano in un'edizione in tre volumi come *Ripetizioni scritte sui primi tre esami del Codice napoleonico*, Palermo, 1859-1863. In proposito del testo riprodotto cfr. il commento di N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., pp.86-100.

29 Cfr. a titolo di esemplificazione cfr. ancora U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit.

§ 4. IL SORGERE DELLO *STATO* ED IL POSITIVISMO GIURIDICO

Il positivismo giuridico, pur ritrovando i primi prodromi nel *Defensor pacis* del 1324, di fatto si costituisce e si consolida parallelamente alla affermazione della compagine statale moderna, da cui alla richiamata pace di Vestfalia del 1648, propugnando quella separazione fra il diritto e la morale che vede nei secoli Diciassettesimo e Diciottesimo la grande stagione del contrattualismo giusnaturalista (da Hobbes a Grozio, da Pufendorf a Locke per giungere, sia pur con gli opportuni distinguo, sino a Rousseau). Tale processo può giungere a pieno compimento soltanto con l'opera di codificazione promossa dal Buonaparte ed iniziata nel marzo del 1803³⁰.

Qui appare però d'uopo soffermarsi su una questione per così dire terminologica; ovvero cosa si possa intendere con il termine *Stato*, parola che viene utilizzata ad ogni piè sospinto nel discorso giuridico e politico, ma sulla quale, forse, non ci si sofferma sufficientemente³¹.

Il termine /stato/ appare termine ambiguo³²; allo stesso, infatti, può essere ascritto, sempre nel linguaggio politico-giuridico, una prima definizione di natura generale per la quale lo /stato/ (dal latino *status*) è la condizione generale di un paese nei suoi dati sociali e politici, nella sua costituzione materiale e, quindi, anche nel suo ordinamento politico e giuridico; lo /stato/ designa perciò tutto ciò che riguarda la vita umana mondana socialmente organizzata e non direttamente rivolta ad un fine spirituale. Da qui la risposta alla domanda *quale è lo stato attuale del paese?*

In questa prima accezione, lo stato descrive la struttura sociale, come si diceva, *mondana*, di una comunità³³. Alla luce di quanto rilevato, qual-

30 Cfr. in proposito P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit.

31 Vedi però le illuminati pagine di Nicola Matteucci, *sub voce Stato*, in *Enciclopedia del Novecento* (in particolare il § 3. *Una parola, un concetto, un fatto*).

32 In nostro sostantivo, che deriva dal latino *status* – condizione, posizione, stabilità, in quanto collegato al verbo *stare* evidenzia uno “stare fermo”, un mantenersi nella stessa posizione o condizione, da cui il modo d'essere di una cosa o persona (la sua condizione economica, familiare ma anche psichica o morale), che si amplia sino a comprendere il modo d'essere d'interi gruppi sociali. Una delle accezioni del termine è quella utilizzata nel lessico politico e giuridico che rimanda ad una data forma di organizzazione dei rapporti sociali.

33 È avuto riguardo a questo contesto che sorge, nella seconda metà del Diciottesimo secolo, la *statistica* (*Staatistick*), quale, per l'appunto scienza dello stato (*Staatswissenschaft*). In proposito cfr. F. Gentile, *Politica aut/vel statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003, pp. 34 e segg.

siviglia organizzazione dei rapporti politici può venire designata con il termine /stato/.

Accanto a questo primo e generale significato si colloca e col tempo si è affermata, una seconda accezione³⁴, che qui definiamo – forse impropriamente – stipulativa, ai sensi della quale lo *Stato* (qui sinonimo di *potestas* – potere su) non si presenta, per così dire, come un concetto neutrale, onnicomprensivo di qualsiasi forma di organizzazione politica analizzata, ma, all'incontrario, indica e descrive unicamente una particolare concezione e forma di ordinamento politico³⁵, il quale, come più volte evidenziato, è sorto in Europa da un processo che affonda le proprie radici nel Tredicesimo secolo e giunge a compimento nel Diciannovesimo secolo³⁶.

Questa particolare forma di organizzazione dei rapporti sociali, che diventerà nel lessico comune lo *Stato tout court*, si caratterizza, al suo definitivo e concreto sorgere agli albori del secolo Diciannovesimo, attraverso tre momenti che fanno sì che lo *Stato* sia, per usare la nota espressione di Max Weber, il monopolizzatore della forza legittima³⁷.

34 Va rilevato come, in area tedesca, entità politiche premoderne, ad esempio quelle componenti l'Impero, vengano definite non utilizzando il termine *der Staat*, ma il sostantivo *der Stand*. Cfr. in tema, fra le molte, le ancora attuali riflessioni di Carlo Antoni da egli raccolte ne *La lotta contro la ragione*, Firenze, 1942. Sull'utilizzo improprio del termine /stato/ per definire le entità politiche premoderne si sofferma in tempi più recenti P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 32-35.

35 Rileva Guido Astuti, “della parola «Stato» si fa oggi uso ed abuso per indicare le più diverse forme di organizzazione giuridica delle società politiche storiche [...] La voce *status* tradizionalmente usata dalla giurisprudenza per indicare stati giuridici soggettivi [...] (nonché lo *status rei publicae*), è stata usata solo nell'età del Rinascimento per qualificare lo «Stato» come persona giuridica, come ente e ordinamento per antonomasia, preminente su ogni altro. [...] Una precisa dottrina giuridica dello Stato è stata formulata solo dalla scienza moderna”, *La formazione dello Stato moderno in Italia. Lezioni di storia del diritto italiano*, Torino, 1967, pp. 5-6.

36 Carl Schmitt, in *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, scrive: “lo stato che nel XVII secolo sorse e si impose nel continente europeo è effettivamente un'opera dell'uomo differente da tutti i precedenti sistemi di unità politica. Lo si può considerare il più importante prodotto del secolo della tecnica, il primo meccanismo moderno in grande stile e, secondo una certa definizione di Hugo Fischer, la *machina machinarum*” (trad. it. in *Scritti su Thomas Hobbes*, Milano, 1986).

37 Scrive Max Weber, “per Stato si deve intendere un'impresa istituzionale di carattere politico nella quale – e nella misura in cui – l'apparato amministrativo avanza

I tre elementi che tra loro combinati danno vita a questa particolare prassi di gestione di rapporti societari sono: il momento giuridico, per il quale nello *Stato* risiede il monopolio della produzione giuridica, nel senso che non vi è diritto al di fuori di quello prodotto dallo *Stato* (pertanto è questo ente che determina direttamente i comportamenti individuali); il momento politico, che implica l'eliminazione del pluralismo organico proprio alle società corporative per ceti, quindi l'assenza di ogni altro centro di autorità con autonome funzioni politiche (questo determina l'assenza di ogni mediazione fra il sovrano ed i consociati, tutti considerati eguali a fronte del potere); infine il momento sociologico che si manifesta attraverso uno *Stato* di tipo amministrativo, quindi dotato di uno strumento operativo burocratico, che agisce in modo razionale (come si suol dire efficace ed efficiente) verso obbiettivi prefissati dal centro della sovranità³⁸.

Come si evidenzia lo *Stato* è fenomeno prettamente moderno e trova il proprio compimento, agli inizi del Diciannovesimo secolo, con l'opera di codificazione³⁹.

Per ciò che ci concerne, si comprende immediatamente come l'idea dell'esclusività della legge nel campo giuridico, della legge quale unica fonte del diritto, si compenetri perfettamente con una concezione dello *Stato* quale monopolista del diritto. La stessa eliminazione dei cosiddetti corpi intermedi con potestà regolamentativa si colloca all'interno di una prospettiva accentratrice del diritto nelle mani dello *Stato*⁴⁰.

con successo una pretesa di monopolio della coercizione fisica legittima, in vista dell'attuazione degli ordinamenti" così in *Economia e società*, trad. it. Milano, 1974, vol. I, p. 52 (ma 1922). Cfr. in tema le riflessioni di Francesco Riccobono raccolte nella voce *Stato* redatta per l'*Enciclopedia italiana. XXI Secolo. VII appendice*.

38 Vedi la già richiamata voce *Stato* di N. Matteucci.

39 Su tale questione, che in questa sede non può ritrovare approfondimento si vedano almeno le voci di P. Schiera, *Stato moderno*, e N. Matteucci, *Liberalismo*, entrambe redatte per il già richiamato *Dizionario di politica* (rispettivamente pp. 1329-1333 e p. 576), la voce *Stato* redatta da Francesco Riccobono per la *Enciclopedia italiana. VII Appendice* (2007) nonché F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit. Sull'uso "improprio" del termine *Stato* per designare entità politiche pre-moderne si rimanda ancora a P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 32-35.

40 Sia pur in un contesto limitrofo al nostro, appare utile richiamare in tema di Stato quanto scritto da Carlo Antoni nella sua *Avvertenza* alla già richiamata raccolta di scritti intitolata *La lotta contro la ragione*. Riconosce il Filosofo come "l'idea della nazione, che solamente nel Settecento prende ad avere significato operante, ha accolto in sé, in terra tedesca, quanto l'idea dello Stato minacciava ed opprimeva: [ovvero] le tradizioni

Sicché si può riconoscere come il positivismo giuridico, nella sua forma classica, riconducibile al contrattualismo del Diciassettesimo secolo, sia l'ideologia giuridica di quell'ente pubblico denominato *Stato*, i cui prodromi si colgono nella pace di Vestfalia del 1648 ed il suo compimento nella promulgazione del *Code Napoléon* iniziata nel 1803.

Il giusnaturalismo moderno o contrattualismo (altresì nominato come scuola del diritto naturale⁴¹), sia pur nelle diversità di declinazioni, si costituisce intorno ad un nucleo che è comune a tutte le prospettive ivi riconducibili: la natura sregolata dell'essere umano. È da tale presupposto ipotetico che si sviluppa la teoria contrattualista, che fa sì che l'essere umano necessiti di traghettarsi da uno stato di natura caratterizzato da una costante incertezza ad uno stato civile ove la certezza (vuoi della vita, vuoi, nelle visioni meno pessimistiche, della proprietà) ritrovi vigenza attraverso la legge imposta dal sovrano, che si rivolge con forza irresistibile ai propri sudditi.

Tale prospettiva di pensiero, sviluppatasi nei secoli Diciassettesimo e Diciottesimo e diretta antesignana di quel positivismo giuridico che si costituirà nel secolo successivo, ritiene che l'ordine sociale possa acquisirsi solamente attraverso il comando sovrano, dato che, come osservato, si presuppone l'essere umano totalmente sregolato, quindi incapace di ordinarsi in assenza di un imperio posto in essere da un'entità a lui superiore (il sovrano, per l'appunto).

Nel teorizzare nella vita mondana la centralità del sovrano (del *dio mortale*, direbbe Hobbes), il proto-positivismo deve slegare l'attività giuridica da ogni riferimento che non la riconduca direttamente all'attività sovrana, unica entità capace di dominare la vita sociale rendendola regolata. In questo modo tale corrente di pensiero si costituisce (anche con intento polemico nei confronti del giusnaturalismo classico (o, più propriamente, scolastico)⁴², sino ad allora dominate come prospettiva interpretativa dei fatti giuridici e politici.

di libertà svizzere, le tradizioni delle libertà degli *Stände* del Sacro Romano Impero". Solo per inciso va rilevato ancora come le entità politiche componenti il Sacro Romano Impero della nazione tedesca non si denominano con il sostantivo *der Staat*, bensì come *der Stand*. Alle entità politiche designabili con il primo sostantivo sono ascritte le caratteristiche sopra tratteggiate, non così a quelle definibili con il secondo, che – per lo meno da un punto di vista formale – sono prive di *plenitudo potestatis*.

41 Cfr. E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit.

42 Vedi in proposito N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit.

CAPITOLO QUARTO

UNA RAPPRESENTAZIONE DUALISTICA

SOMMARIO: § 1. Il dualismo diritto-legge nel giusnaturalismo classico; § 2. Una considerazione; § 3. Una digressione sul diritto di resistenza; § 4. Ancora sul diritto di resistenza; § 5. L'opposizione tra giusnaturalismo e positivismo; § 6. Sul superamento della polemica

§ 1. IL DUALISMO DIRITTO-LEGGE NEL GIUSNATURALISMO CLASSICO

Il giusnaturalismo classico, prospettiva, in vero variegata, rappresenta il secondo modo di intendere il rapporto tra *lex* e *ius*. Qui si afferma l'esistenza di un diritto *naturale* posto accanto al diritto *umano* (il termine diritto positivo – *ius positivum* – compare nel Dodicesimo secolo: *illud est quod ab hominibus institutum*, afferma Pietro Abelardo nel suo *Dialogus inter philosophum, judaeum et christianum* apparso nel 1142¹). Come si può comprendere, questa non è una corrente unitaria, nella quale sia possibile estrapolare un nucleo comune che vada al di là della costruzione dualistica di cui sopra. La presenza di un diritto naturale, quale fondamento della vita civile ed al quale il diritto umano deve ispirarsi, è riscontrabile sin dalla speculazione dei presocratici, si innerva nella gremità classica² per poi

1 Cfr. la trad. it. Milano, 1992. Sull'origine del termine cfr. ancora N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 10 e 287-288.

2 Aristotele, nell'*Etica Nicomachea* rileva che “del giusto civile una parte è di origine naturale, un'altra si fonda sulla legge. Naturale è quel giusto che mantiene ovunque lo stesso effetto e non dipende dal fatto che a uno sembra buono oppure no; fondato sulla legge è quello invece, di cui non importa nulla se le sue origini sian tali o talaltre, bensì importa com'esso sia, una volta che sia sancito”, V, 1134b, 19-20 (a p. 125 della trad. it. cit.).

caratterizzare la giurisprudenza romana³ e da questa traghettarsi nel mondo medievale⁴.

Un, sia pure arbitrario, punto di partenza per un breve *excursus* in tema può venire rintracciato a cavaliere del Quarto e Quinto secolo, nell'opera di Aurelio Agostino, Vescovo di Ippona Regia nonché Padre e Dottore della Santa Romana Chiesa. Nello scritto polemico *Contra Faustum manichaeum* della fine del Quarto secolo, egli scriveva: “*lex aeterna est ratio divina vel voluta Dei, ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans*”, XXII, 27⁵.

Il Padre della Chiesa, che riprende esplicitamente il pensiero di Cicerone prima e di Lattanzio poi, ci indica in modo inequivocabile come sussista una legge eterna, che è ragione e volontà divina, la quale comanda che l'ordine delle cose sia conservato e non turbato dall'opera dell'essere umano. Il legislatore terreno deve, pertanto, attenersi ai dettami divini; infatti, la sua attività è vincolata dalla legge di Dio. Decenni più tardi, egli propone, nella sua opera maggiore *De civitate Dei*, composta fra il 413 ed il 426, una visione sì pessimistica della realtà sociale riassumibile nello stato terreno quale *magnum latrocinium* (V, 1), il quale però risulta tale solo se il legislatore si discosta dalla *divina providentia*, ovvero abbandona la via tracciata della legge e dalla volontà divina. Infatti, non vi è opposizione di principio fra verità rivelate e pratica politica (“*neque enim conditur et custoditur optime civis, nisi fundamento et vinculo fidei*”, *Epistula*, 137).

Viene tracciato un dualismo tra diritto naturale, inteso quale ordine naturale posto da Dio, ed il diritto umano, che solo se rispettoso del primo potrà ordinare una realtà politica non fondata sul ladrocinio. È fuori dubbio che il primo debba essere superiore e di guida al secondo in modo tale che ciò che verrà poi definito come diritto positivo sia direttamente riconducibile

3 Cicerone, nel Libro, XXII *De Republica*, fa affermare a Caio Lelio che “vera legge è la retta ragione, conforme a natura, onnipervasiva, immutabile, eterna, che ci impone il compimento del dovere e ci distoglie dal torto. [...] Essa non è diversa a Roma o ad Atene, oppure oggi o domani: essa è unica, eterna, immutabile e capace di reggere tutte le genti in ogni tempo”.

4 Cfr. la già richiamata opera in tre volumi di G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto* (1983), cit. e M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, 2000.

5 Cfr. per una versione italiana il sito: https://www.augustinus.it/italiano/control_fausto/index2.htm. Le opere di Agostino sono raccolte, in versione italiana e latina, in *Opere di sant'Agostino*, Roma, 1965-2005.

all'ordine naturale delle cose voluto da Dio. In caso contrario anziché di fronte ad un ordine giuridico, *moralmente* obbligante, ci troveremo di fronte al *magnum latrocinium* evocato da Agostino.

Tale prospettiva dualistica, che ritrova impostazione dell'opera del principale Padre della Chiesa, riverbera i propri effetti su tutta la tradizione cristiana e ritrova in Tommaso d'Aquino il suo più puntuale teorizzatore attraverso le relazioni da egli evidenziate tra *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex divina* e *lex humana*.

All'interno d'un cotesto in cui Dio "*nos instruit per legem et iuvat per gratiam*" la legge è "*rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*" (*Summa theologiae*, I-II, q. 90).

In quanto comando della ragione, la *lex humana*, ovvero quella posta dal legislatore terreno, non può discostarsi dall'*istruzione* ad egli impartita da Dio attraverso la *lex naturalis* e la *lex divina*. Pertanto, la legge non è il frutto arbitrario della volontà del legislatore (terreno), per quanto questi ritrovi legittimità nell'incarico ricevuto dalla comunità; una legge è tale perché ricollegabile alla ragione, all'*ordinatio rationis* volto al *bonum commune*. Vi è qui una chiara tendenza ad una valutazione contenutistica e non formalistica delle legge (cosa che decenni dopo teorizzerà invece Marsilio).

Il contenuto della *lex humana* va derivato dall'ordine che Dio ha imposto alle cose, ordine che l'essere umano può cogliere attraverso l'esame vuoi della *lex divina*, vuoi della *lex naturalis*. La prima è contenuta nella Rivelazione (principalmente nell'Antico e nel Nuovo Testamento, quindi nella Sacre scritture), e rappresenta quella parte della *lex aeterna* (l'ordine dato da Dio al cosmo e non pienamente coglibile, data la sua finitezza, dall'essere umano), che la divinità ha voluto, per l'appunto, rivelare all'umanità. La *lex divina* possiede, pertanto, una precisa fonte di cognizione.

La seconda, la *lex naturalis*, è costituita da quell'insieme di principi che, essendo insiti alla natura, l'essere umano può cogliere con la ragione (con la *ratio practica*, che permette di intuire principi fondanti, e con la *ratio speculativa*, che rende possibile la deduzione di precetti dai principi fondamentali).

È l'intuizione del principio autoevidente e fondante del sistema giuridico (e morale) *bonum faciendum*, *malum vitandum*, che permette la costruzione per deduzione del sistema stesso, il quale risulterà giuridico (e morale) soltanto se le concrete e particolari regole che lo comporranno saranno realmente derivate dal principio generale.

Si ripresenta in modo chiaro per la *lex humana* quel controllo contenutistico a cui sopra si faceva cenno; vi è pertanto un profondo ed inscindibile legame fra la *lex* ed i *mores* entrambi insiti alla natura umana. Non è possibile pertanto scindere i due elementi, a meno che non vi voglia, recidendo il rapporto con la *ratio* e, quindi, con l'ordine divino, porre in essere arbitrarie volizioni sorrette esclusivamente dalla forza. Ma manifestazioni arbitrarie di volontà, in quanto ingiuste, non fanno parte del diritto: "*lex iniusta non est lex sed legis corruptio*".

Si pone quindi in rilievo un altro punto qualificante d'una prospettiva giusnaturalista: la facoltà di resistere ad un comando illegittimo in quanto ingiusto (e non solo perché promanante da un potere non competente).

§ 2. UNA CONSIDERAZIONE

Prima però si consenta una breve considerazione. Come sopra visto, il diritto naturale, illuminando spiritualmente il legislatore umano, deve riversarsi nel diritto positivo. Se ciò avviene, la corretta *lex humana*, in quanto esplicazione del principio fondante *bonum faciendum, malum vitandum*, va incondizionatamente applicata. Il dualismo si manifesta all'atto della posizione della legge, ma scompare e con esso la dialettica ricerca del diritto, una volta che questa sia stata posta; infatti non vi è ricerca giuridica una volta posta la legge che sia conforme all'ordine naturale⁶. Ci troviamo di fronte ad un dualismo apparente, perché non vi è dialettica fra *lex humana* e *mores*, una volta che la prima sia determinata in conformità ai secondi; la *lex humana* non si determina di volta in volta rispetto al contesto nel quale viene fatta valere, ma si determina ed istituisce una volta per tutte in considerazione al diritto naturale. Quest'impostazione, come ben sottolinea Enrico Opocher⁷, è presente in tutte le costruzioni giusnaturalistiche

§ 3. UNA DIGRESSIONE SUL DIRITTO DI RESISTENZA

Va rilevato come la *facultas resistendi* qui evocata solo lessicalmente ci riconduce a quella teorizzata secoli dopo dai contrattualisti. Infatti, nella prospettiva tomistica, la facoltà di resistere si manifesta

⁶ Cfr. in proposito le riflessioni di Enrico Opocher contenute nella voce *Giustizia (filosofia)* da egli redatta per l'*Enciclopedia del diritto*.

⁷ *Ibidem*.

(*rectius*, si manifesterebbe – vedremo poi la ragione dell'uso del modo condizionale), ogni qual volta una legge umana si discosta dal diritto naturale, che ritrova nella massima *bonum faciendum, malum vitandum* la propria origine. Pertanto, il diritto di resistere ad una legge ingiusta implica una valutazione (morale) della stessa volta a verificare il suo (non) essere consona ai principi che reggono l'umana convivenza e che sono tratteggiati nell'opera divina (quindi nella *lex divina* e nella *lex naturalis*). Si può affermare che il diritto a resistere si accompagna ad uno sdegno morale a fronte di una palese infamia contenuta in una *lex humana*. La corruzione della legge da parte del legislatore fa sì che per ripristinare l'ordine delle cose il destinatario del comando si rifiuti d'obbedirle, per l'appunto, in nome di un ordine superiore alla volontà umana: nel nostro caso, l'ordine naturale impresso da Dio al cosmo.

Non conta tanto che, per mezzo del comando legislativo, venga leso un diritto personale, quanto che l'ordine naturale venga perturbato e posto in discussione. Questo disordine necessita anche di una risposta mondana, da cui alla facoltà di resistere concessa al suddito (non tanto dal diritto positivo – *lex humana*, quanto) dalla stessa costruzione giusnaturalistica che vede il diritto positivo subordinato al diritto naturale. È il riconoscimento esplicito di tale dualismo che comporta la vigenza del diritto di resistenza quale momento di riequilibrio di tale assetto gerarchico.

La *facultas resistendi* è riscontrabile anche nella speculazione del giusnaturalismo contrattualista che pur si fonda sulla separazione del diritto dalla morale. In una prospettiva monista, in cui l'unico diritto realmente riscontrabile è il diritto positivo, tale istituto non può assumere il compito di ripristinare una legalità naturale e moralmente infranta; vi è, infatti, una netta separazione fra il diritto e la morale (le due forme di regolamentazione appartengono a mondi separati e non comunicanti fra loro). Qui l'ordine giuridico, ben lungi dall'essere una rappresentazione mondana di un ordine trascendente e, quindi, superiore (che nella prospettiva tomistica assume la denominazione di *lex aeterna*), ha una precisa finalità operativa che è ravvisabile nella perpetuazione della condizione di sicurezza garantita dal controllo sociale posto in essere dal sovrano.

Una sicurezza che nella visione hobbesiana si limita a ricomprendere la sola vita e che nella prospettiva lockiana abbraccia oltre alla vita anche la libertà e l'avere (che, come ampiamente noto, fondano il diritto di proprietà). Questi, la vita e la proprietà, sono beni oggetto di un contratto

tra il suddito ed il sovrano, quest'ultimo si impegna a proteggerli in cambio della totale cessione a suo vantaggio del potere da parte dei sudditi. Scrive lapidario Hobbes: "l'obbligazione dei sudditi verso il sovrano è intesa durare fintantoché – e non più di quanto – dura il potere con cui quegli è in grado di proteggerli. [...] Il fine dell'obbedienza è la protezione" (*Leviathan*, II, XXI⁸). Soltanto quando il sovrano viene meno all'impegno assunto, ovvero con il suo operato lede la vita o la proprietà dei sudditi, che sono all'interno di questa prospettiva ritenuti diritti naturali, allora questi potranno opporgli resistenza.

Hobbes rileva come "di resistere alla spada dello Stato in difesa di un altro [...] nessuno ha libertà, perché questa libertà toglie al sovrano i mezzi per proteggerci"; ciò premesso egli riconosce come a fronte di una condanna capitale erogata dal sovrano è possibile e legittimo opporre resistenza: "non si ha allora la libertà di unirsi e di prestarsi mutua assistenza e difesa? L'hanno certamente, poiché non fanno altro che difendere le loro vite". Infatti, il "ricorrere alle armi [...] non costituisce un nuovo atto di ingiustizia e, se ha lo scopo di difendere le loro persone, non è per nulla ingiusto" (*Leviathan*, II, XXI⁹). Ci troviamo quindi di fronte alla teorizzazione un vero e proprio diritto di resistenza che il suddito può esercitare legittimamente a determinate condizioni, quando cioè il suo diritto naturale alla vita viene messo dal sovrano in situazioni pericolo, situazioni che lo stesso Hobbes specifica nel suo scritto.

Parimenti ad Hobbes anche Locke teorizza il diritto di resistere al sovrano; anche nelle teorizzazioni lockiane l'esercizio di questo diritto si riconnette apparentemente ad una lesione da parte del sovrano del diritto naturale, il quale, come sopra accennato, ricomprende materie che vanno al di là del mero diritto alla vita per abbracciare l'intero diritto (naturale) di proprietà. Si tratta in realtà di una insanabile inadempienza contrattuale.

Scrivo in proposito il pensatore inglese: "anche là dov'è possibile un appello alla legge e a giudici costituiti, ma dove il rimedio è precluso da una patente perversione della giustizia, da una impudente distorsione delle leggi intesa a proteggere o incoraggiare la violenza e le offese presso singoli uomini o partiti [...] dovunque si eserciti violenza o arrechi ingiuria, sia pure da mani cui è affidata l'amministrazione della giustizia, sempre di violenza e ingiuria si tratta, per quanto dissimulata

8 Si veda a pp. 184-185 della trad. it. citata.

9 Il brano si trova a p. 185 trad. it. citata.

sotto il nome, le vesti e le forme della legge. [...] Dovunque ciò [...] sia fatto [...] alla parte lesa, alla quale, non avendo essa sulla terra alcun appello possibile a tutela del diritto, non resta che quello che è il solo rimedio in questi casi, cioè d'appellarsi al cielo" (*Two Treaties of Government*, II, 20¹⁰).

Il diritto di resistere si rende esercitabile da parte del suddito nel momento in cui si spezza il binomio obbedienza-protezione che sta a fondamento di queste prospettive, le quali, come più volte osservato, rappresentano l'ossatura teorica della costruzione statale moderna. Lo *Stato* si legittima di fronte ai sudditi offrendo la garanzia della loro sicurezza, vi è quindi un contratto fra il suddito e lo *Stato*, il quale ruota intorno alla protezione dei diritti naturali del singolo a fronte della sua assoluta obbedienza all'ente politico¹¹. Questo patto ha natura sinallagmatica, vi è una condizionalità reciproca delle opposte prestazioni (obbedienza in cambio di sicurezza). In caso di *inadempienza* contrattuale da parte dello *Stato* il singolo è legittimato a rifiutare di erogare la sua prestazione (ovvero l'obbedienza), quindi di resistere alle pretese d'obbedienza che promanano dal sovrano. In Hobbes il suddito, che vede messa in pericolo da parte del sovrano la sicurezza della propria vita, è legittimato ad armarsi contro il sovrano per difendere il suo diritto naturale; in Locke il suddito, riprendendo esplicitamente un passo biblico, si appella al cielo.

§ 4. ANCORA SUL DIRITTO DI RESISTENZA

Prima di ritornare a Tommaso, è bene specificare che il diritto di resistenza qui teorizzato non va confuso con il coevo diritto di resistenza propugnato dai cosiddetti monarcomachi (letteralmente coloro che combattono il monarca); questi infatti, per quanto (quasi) coevi alla prospettiva contrattualista qui richiamata, se ne discostano non poco ritenendo

¹⁰ Il passo è a p. 18 della trad. it. curata da L. Formigari, Pordenone, 1991.

¹¹ Cfr. in tema le riflessioni di Francesco Gentile raccolte nel saggio *I doveri fondamentali dell'uomo nella società dei diritti*, in R. Orecchia (a cura di), *Atti del XIV Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, Milano, 1984 (con contributi di F. Viola, S. Lauricella, E. Opocher, M. Jori, L. Lombardi Vallauri, D. Campanale, V. Palazzolo, C. Pareti, M. Mori, P. Ventura, D. Corradini, G. Ambrosetti, M. A. Cattaneo, A. di Giovanni, G. Lumia, M. Urso, M. Cossutta, F. D'Agostino, A. M. Quintas, G. Stella, F. Todescan, A. Tarantino, R. Treves, V. Vitale, S. Amato, F. Cavalla, D. Coccopalmerio, C. Taralli, I. L. Troja).

che la resistenza (anche nelle sue forme più estreme che ricomprendono la legittimità del tirannicidio), sia legittima a fronte di un sovrano che si oppone al credo religioso dei propri sudditi. Questa corrente di pensiero si oppone pertanto all'assioma della prospettiva politica moderna, della quale sia Hobbes, che Locke rappresentano dei momenti fondativi, per il quale *cuius regio eius religio*. Tale variegata linea di pensiero si sviluppa lungo itinerari totalmente divergenti da quelli solcati dai giusnaturalisti moderni, intenti, separando il diritto dalla morale (quindi, anche dalla religione), a fondare un ordine giuridico e politico totalmente mondano; i monarcomachi, all'incontrario, legando indissolubilmente l'ordine giuridico e politico al fattore religioso (sono per lo più, *ab origine*, protestanti che combattono re cattolici), accondiscendono a quelle guerre di religione, che la prospettiva giusnaturalistica moderna aborre. In un certo qual modo, i monarcomachi si ricollegano alla prospettiva tomistica teorizzante la *facultas resistendi*; non a caso il loro pensiero viene in parte ripreso dalla seconda scolastica (Francisco Suárez in particolare, che nel suo *Defensio Fidei* del 1613 afferma che la Chiesa ha potestà *ad corrigendas vel abrogandas leges civiles, quando vergere possunt in perniciem animarum*).

Al di là di ciò, appare evidente la differenza fra le due forme di diritto di resistenza, quella teorizzata all'interno del giusnaturalismo tomista e quella proposta dal giusnaturalismo moderno. La prima è volta al ripristino dell'ordine *naturale* delle cose, così come questo promana dalla *lex aeterna*, che il mortale può parzialmente cogliere attraverso la *lex naturalis* e la *lex divina* ed assecondarlo con *lex humana*. Si tratta quindi di riaffermare il *bonum faciendum*, *malum vitandum*, ed il male si evita non ottemperando alla legge ingiusta.

Sull'altro versante il diritto di resistenza si colloca all'interno di un rapporto contrattuale, che ha per oggetto la sicurezza contro l'obbedienza; osservando il tutto dal punto di vista del suddito, venendo meno il primo termine del rapporto cade conseguentemente anche il secondo. Il diritto di resistenza qui si ricollega ad una rivendicazione di diritti (detti naturali, ma, a ben vede, mancate prestazioni) offesi dal comportamento della controparte.

Gli esiti dell'esercizio di tale diritto risultano profondamente diversi, tanto da collocarsi su piani non comunicanti. La resistenza contro una legge ingiusta nella prospettiva tomistica ha come scopo il ripristino del diritto infranto dalla volontà del legislatore umano. Si tratta di riaffermare la giustizia nell'ordine mondano resistendo all'ingiusto comando. Vi è

quindi una contrapposizione all'interno di un ordine politico e giuridico fra ciò che secondo la legge naturale è giusto e ciò che di ingiusto viene comandato dalla legge umana. La *facultas resistendi* non infrange tale ordine, al contrario, lo riafferma sottomettendo la legge frutto della volontà umana al diritto naturale.

Non così appare nella prospettiva moderna, ove l'esercizio del diritto di resistenza sconvolge l'ordine, ponendo il consorzio sociale fuori dal diritto; infatti, non potendo esercitarsi la resistenza all'interno dei confini trattati dal giuridico (si veda il richiamo lockiano alla "patente perversione della giustizia"), non vi è altra via che ricorrere alla guerra. Nell'un caso il procedimento di resistenza si svolge entro l'ambito giuridico, nell'altro, viceversa, conduce fuori da tale ambito, riportando i soggetti ad uno stato di belligeranza. Scrive infatti Locke: "l'intento di evitare questo stato di guerra (in cui non vi è altro appello che al cielo, e a cui porta ogni minima divergenza, non essendovi autorità che possa decidere fra i contendenti) è il grande motivo per cui gli uomini si associano fra loro e abbandonano lo stato di natura" (*Two Treaties of Government*, II, 21¹²).

L'*Appeal to Heaven* implica "l'uso della forza fra persone che non riconoscono superiori sulla terra, e in casi che non consentono l'appello a un giudice terreno, è infatti propriamente uno stato di guerra, il cui arbitrato solo al cielo compete; e in quello stato la parte lesa deve giudicare per suo conto quando sia il momento di ricorrervi e affidarvi" (*Two Treaties of Government*, II, 242¹³).

In questo stato di guerra ciascuno è sciolto da ogni precedente vincolo e soggetto solo alla propria coscienza; proprio per questo, ammonisce Locke, "colui che si appella al cielo deve esser sicuro di avere il diritto dalla parte sua, e un diritto che valga la pena e il costo dell'appello, poiché dovrà rispondere a un tribunale che non si può ingannare e che non mancherà di retribuire ciascuno nella misura del male fatto agli altri" (*Two Treaties of Government*, II, 176¹⁴).

Insomma, lungi dal richiamare la giustizia inscritta nella legge naturale e ridare ordine a ciò che è stato perturbato, qui la resistenza getta i consociati in uno stato di guerra hobbesiano, di tutti contro tutti, ove

12 Si cita da p.16 della già richiamate edizione italiana.

13 *Ibidem*, p. 193.

14 *Ibidem*, p. 143.

prevarrà colui che meglio di altri userà la propria forza. Quindi non il riaffermarsi della giustizia, ma, in ultima istanza, l'affermarsi della forza caratterizza la prospettiva moderna del diritto di resistenza (come rammenta Locke, vi sarà una punizione divina certa per coloro che abusano di questo diritto, ma non, se vincitori, una sanzione mondana¹⁵). All'inizio di questa digressione ed in proposito della prospettiva tomistica si è fatto uso del condizionale, affermando che la facoltà di resistere si manifesterebbe ogni qual volta una legge umana si discosti dal diritto naturale. Ciò nella prospettiva tomistica avverrebbe soltanto a fronte di insanabili e gravissime contraddizioni fra la legge umana ed il diritto naturale (inteso nel senso ristretto di *bonum divinum*); negli altri casi, per l'Aquinate, “tales leges non obligant foro conscientiae: nisi forte *propter vitandum scandalum vel turbationem, propter quod etiam homo iuri suo debet cedere, secundum illud Matth. 5, 40-41*” (*Summa Theologiae*, I-II, q. 96).

L'uso della *facultas resistendi* è pertanto limitata dalla necessità di preservare l'ordine sociale (la *tranquillitas rei publicae*¹⁶), allo stesso modo in cui il diritto di resistenza, nella prospettiva moderna, viene agito soltanto in casi estremi.

§ 5. L'OPPOSIZIONE TRA GIUSNATURALISMO E POSITIVISMO

Chiusa questa digressione, va ribadito come ci si trova di fronte a due prospettive antitetiche, l'una volta a fondare un dualismo fra legge e diritto riconoscendo la superiorità del secondo sulla prima, in modo tale da ritenere legge *legittima* soltanto quella che si ricollega contenutisticamente al diritto. Va notato come in questa prospettiva la questione della legittimità della fonte formale risulti chiaramente secondaria ri-

15 Si noti nella riflessione lockiana il richiamo alla paura delle conseguenze negative d'un giudizio divino sull'operato mondano del resistente, quale momento disincentivante ad esercitare il diritto di resistenza; qui appare chiaro l'utilizzo del retaggio religioso e del timor di Dio in chiave strumentale, finalizzata a preservare l'ordine sociale dal pericolo della rivolta contro il potere costituito. Si veda anche la già richiamata *Epistola de tolerantia* redatta da Locke nel 1685 (ora in J. Locke, *Sulla tolleranza*, cit.).

16 Sicché non può propriamente ascriversi a questa prospettiva la pratica del tirannicidio (Enrico III di Francia, ucciso da un monaco cattolico nel 1589, ed il suo successore Enrico IV, anch'egli ucciso per motivi riguardanti scontri religiosi, e Guglielmo I d'Orange, ucciso nel 1584 per aver tradito la causa cattolica), che coinvolse esponenti del cattolicesimo *militante*, a cavaliere fra il Sedicesimo ed il Diciassettesimo secolo.

spetto al contenuto dell'atto posto in essere. Il fondamento di legittimità della legge va ricercato nel grado di giustizia che il legislatore riesce a trasporvi traendola dal diritto naturale; la legge *deve essere* adeguata al diritto naturale. Vi è pertanto una forte tensione prescrittiva all'interno di questa prospettiva, la quale si costituisce in funzione valutativa della legge: assunto il contenuto del diritto naturale, il giusnaturalista prescrive come *deve essere* la legge.

Sovvengono alla mente in proposito di tale impostazione dualistica le riflessioni critiche di Hobbes intorno alle false opinioni del volgo quale causa di tensione sociale: “se infatti la ragione delle azioni umane fosse conosciuta con la stessa certezza con cui conosciamo la ragione delle grandezze nelle figure, l'ambizione e l'avidità, la cui potenza si sostiene sulle false opinioni del volgo circa il *diritto* e il *torto*, sarebbero disarmate, e la gente umana godrebbe di una pace tanto costante, che non sembra si dovrebbe più combattere. Ora invece la guerra condotta con le spade o con le penne è perpetua; la scienza del diritto e delle leggi naturali non è oggi maggiore di una volta; ciascun partito difende il suo diritto con i giudizi dei filosofi; la medesima azione viene lodata da alcuni e biasimata da altri; la stessa persona approva in un momento quello che disapprova in un altro, e valuta diversamente le proprie azioni, quando sono compiute da altri: tutti segni evidentissimi che quello che è stato scritto finora dai filosofi morali non ha giovato in nulla alla scienza della verità”, così nella Lettera dedicatoria del *De Cive* del 1647 *all'eccellentissimo Guglielmo, conte del Devonshire, mio onorevole signore*.

Da qui il costituirsi in polemica con la visione dualistica della prospettiva scientifica ed a-valutativa del diritto, che si costituisce sulla falsa riga della nascente scienza moderna. Una prospettiva che rigetta ogni riferimento ad universi definiti meta-giuridici e che, all'incontrario, concentra invece tutta l'attenzione su un unico oggetto: la *legge* posta dal potere competente.

La legge rappresenta quel dato oggettivo su cui dispiegare l'attività giurisprudenziale. Il riferimento alla giustizia, che pure è presente in tutte queste costruzioni, non appartiene alla riflessione propriamente giuridica, non è compito della giurisprudenza in quanto tale affrontare il tema del diritto come deve essere; la giurisprudenza, in quanto scienza del diritto investiga sul suo oggetto (la legge) con intenti a-valutativi¹⁷.

17 Si vedano in tema i contributi di Bobbio raccolti nel volume *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit. (in particolare i capitoli II e VII). Per l'autore il filo conduttore dei saggi “è che la teoria formale del diritto debba essere distinta dalla teoria della

Per inciso, va ancora ribadito come il diritto di resistenza anche qui teorizzato non è tanto il frutto di un afflato, per così dire, giustizialista, d'un voler adeguare l'esistente giuridico ad un ideale di giustizia, quanto di un'oggettiva inadempienza contrattuale, la quale però non può ritrovare risoluzione all'interno dell'ordine giuridico posto (da qui l'uscita da – meglio, l'infrangersi di – esso ed il ricorso alla guerra).

L'intento a-valutativo, esplicantesi nello studio del diritto *come è*, ovvero, della legge, è, pertanto, funzionale alla fondazione ed alla duratura pace sociale, una pace posta costantemente in pericolo da quelle false opinioni del volgo che si richiamano ad opinabili ideali di giustizia; opinabili in quanto frutto di mere supposizioni non oggettivamente comprovabili. La giurisprudenza deve pertanto basarsi esclusivamente su giudizi di fatto ed espungere dal proprio orizzonte ogni riferimento a giudizi di valore. *Giusto* è ciò che è adeguato alla legge, all'opera del legislatore (solo a quest'organo – reputato sovrano – spettano le scelte valoriali, che una volta assunte non potranno in alcun modo essere messe in discussione dalla giurisprudenza). Nella prospettiva propriamente giusnaturalista, all'incontrario, *giusto* è ciò che è adeguato al diritto naturale¹⁸.

In questo modo la giurisprudenza, nel ricercare la certezza del diritto nel *diritto come è* (ovvero la legge) e non in un chimerico ideale di giustizia, concorre a preservare la pace sociale allontanando lo spettro della guerra civile. È l'assunzione assoluta della prospettiva monista, per la quale il diritto si risolve nella legge, che permette il raggiungimento di tali obiettivi.

Ogni richiamo ad un dualismo che veda ipotizzato un diritto (naturale) superiore alla legge, ed a cui questa deve adeguarsi, allontana pericolosamente sia dalla certezza del diritto, che, più in generale, dalla pace sociale. Va pertanto e senza indugio imboccata la strada che porta al non cognitivismo etico (che caratterizza il positivismo giuridico).

giustizia, il problema della validità del diritto da quello del valore, la considerazione logica del diritto da quella etica, e che la frequente confusione di questi due diversi piani di ricerca, d'origine giusnaturalistica, porti a problemi mal posti e a vane discussioni", così a p. VI della sua *Introduzione*.

18 Cfr. ancora, fra i molti, E. Opocher, *sub voce Giustizia (filosofia)*.

§ 6. SUL SUPERAMENTO DELLA POLEMICA

La vivace polemica fra queste due visioni dei fatti giuridici, da un lato il giusnaturalismo (non certamente nella declinazione offertagli dalla corrente contrattualista), dall'altro il positivismo giuridico, che dai contrattualisti deriva, la quale ha caratterizzato la riflessione gius-filosofica sino al Ventesimo secolo, appare, agli albori del terzo millennio, oramai superata¹⁹.

Al superamento della dicotomia giusnaturalismo/positivismo giuridico hanno concorso molteplici fattori, di cui solo sommariamente qui si può dar conto.

Anzitutto va rilevato come alla fine degli anni Quaranta dello scorso secolo si assiste ad un rinvirgorsi delle critiche al positivismo giuridico ed in particolare ai suoi assunti metodologici, riassumibili nella sua pretesa avalutatività in quanto scienza del diritto. Nello specifico si imputa alla teoria positivistica di aver offerto criteri di legittimità ai regimi autoritari che hanno condotto alla deflagrazione del secondo conflitto mondiale²⁰.

Tale critica vede come protagonisti, in Germania, Gustav Radbruch²¹ e, in Italia, Giorgio Del Vecchio²², e pone l'accento sul problema del valore del diritto in relazione ai valori della persona umana. L'attacco è

19 Cfr. in proposito, fra i molti, C. Faralli, *Appendice a G. Fassò, Storia della filosofia del diritto*, cit. e M. Barberis, *Filosofia del diritto*, cit.

20 Cfr. in proposito almeno G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, cit., pp. 396 e segg., nonché E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit. p. 225. Si veda anche la recente riproposizione di tale chiave di lettura in R. Calvo, *L'ordinamento criminale della deportazione*, Roma-Bari, 2023, ove l'autore più volte, richiamando esplicitamente l'opera di Kelsen, afferma come "il positivismo giuridico più rigoroso – la cui declamata purezza si materializza nella sua neutralità contenutistica e nel riconoscimento che il diritto scritto abbia validità quantunque amorale, dipendendo essa dalla sua efficacia formale – è servito alla legittimazione dei regimi giuridici illiberali italo-tedeschi e all'attuazione dei loro obiettivi totalitari", così già a p. 3 (cfr. anche pp. 23, 74, 106 e 114).

21 Il riferimento è alla *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Göttingen, 1948.

22 Celeberrima è l'invocazione di Del Vecchio al "ritorno all'idea eterna del diritto naturale, a quel puro principio della giustizia, che logicamente sovrasta, come criterio non abolibile, alle contingenti vicissitudini delle positive legislazioni, e che solo, quando sia rispettato, può condurre gli uomini a una vera e non effimera pace", *Premessa alla terza serie*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XXIV (1947), n. 1, p. 3.

volto, quindi, al positivismo nella sua accezione di metodo avalutativo di approccio al diritto: la prospettiva positivista indaga con rigore scientifico il suo oggetto (il diritto positivo; il diritto posto, cioè, legittimamente dai poteri competenti), senza valutarne i fini. Per i due esponenti del movimento neogiusnaturalista, il diritto deve valere soprattutto nel campo dei valori umani e non solo in quello delle costruzioni giuridiche formali al fine di non palesarsi quale *gesetzliches Unrechts* (illecito legale – ossimoro coniato dallo stesso Radbruch per designare l’esperienza giuridica del nazional-socialismo tedesco e che si può ovviamente estendere a tutte le forme di regime autoritario).

Qui ci si limita a sottolineare come tali critiche abbiano condotto ad una maggior sensibilità del positivismo giuridico nei confronti del mondo dei valori cosiddetti meta-giuridici, di cui la già richiamata opera di Herbert Hart ne è chiara esemplificazione²³, ma, come in altra sede rilevato, non paiono risultare pienamente convincenti nel supporre uno stretto rapporto fra tale teoria del diritto e le teorie e le prassi dei regimi autoritari (va tenuto presente che gli strali venivano allora lanciati avuto riguardo all’esperienza nazional-socialista e fascista e non, ad esempio, a quella sovietica solo di lì a poco *riconosciuta* come totalitaria; la prima, a ben vedere, si sviluppa fuori degli schemi giuspositivistici, mentre la seconda è a questi pienamente riconducibile²⁴).

Ciò non di meno è fuori dubbio che dal Secondo Dopoguerra la prospettiva giuspositivista muti radicalmente (anche se questi innesti di temi valoriali pare non riverberano i propri effetti sulla kelseniana *Reine Rechtslehre* del 1960). Una riflessione sul diritto, anche se non ancorata alla presupposizione di un diritto naturale dal quale attingere valori da istituire nella legge, non può prescindere dal *prendere sul serio* la radicale critica di Dworkin alla separazione fra diritto e morale²⁵, né

23 Si veda la teorizzazione di un necessario contenuto minimo di diritto naturale al fine di “replicare alle tesi positivistiche secondo cui il diritto può avere qualsiasi contenuto”. Così ne *Il concetto di diritto*, cit., p. 232.

24 Non essendo questa la sede per affrontare nello specifico tali temi ci permettiamo di rinviare ai nostri *Formalismo sovietico. Delle teorie giuridiche di Vyšinskij, Stučka e Pašukanis*; Napoli, 1992, *Totalitarismo giuridico. L’U.R.S.S. possibile esempio*, Trieste, 1999 e *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell’attività interpretativa*, Trieste, 2011, pp. 114 e segg.

25 Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1977 (trad. it. Bologna, 1982).

le riflessioni di Rawls contenute in *A Theory of Justice*²⁶, in merito alla possibilità di fondare razionalmente un discorso sui valori ponendo in discussione i fondamenti di un'etica non cognitivista.

A queste innovative impostazioni promananti dalle aree di *common law* si affiancano le riflessioni del neocostituzionalismo sviluppatesi in contesti di lingua tedesca. In particolare vanno richiamati i lavori di Alexy²⁷, che riprende le istanze del neogiusnaturalismo postbellico (Radbruch in particolare) attirando l'attenzione del lettore verso i processi di attuazione del diritto, ovvero verso la decisione giurisprudenziale che deve risultare il frutto di un bilanciamento fra la morale vigente e la lettera della legge²⁸.

Le prospettive qui sommariamente richiamate evidenziano un superamento della frattura fra cognitismo e non cognitismo etico, che ha caratterizzato la (secolare) polemica fra giuspositivisti e giusnaturalisti; va in ogni caso rilevato come queste linee di pensiero concentrino la loro attenzione non tanto sulla legge in quanto tale, quanto sulla sua interpretazione ed applicazione che deve essere consona agli ideali di giustizia presenti nel contesto sociale. Per cui non si tratterebbe tanto di porre in essere leggi giuste (anche se in tali prospettive il legislatore appare vincolato da ideali di giustizia, che risultano istituiti nel testo costituzionale), quanto di offrire alle stesse una interpretazione consona agli ideali di giustizia vigenti. Si tratta, in definitiva, di valorizzare l'opera giurisprudenziale a fronte di quella del legislatore. In questo modo, è evidente, si opera una profonda revisione degli assiomi del positivismo giuridico classico, che vedeva nel legislatore il fulcro dell'esperienza giuridica, parimenti a quelli di un giusnaturalismo classico che perorava l'esistenza di un legislatore che istituisse nella legge i valori immutabili contenuti nel diritto naturale²⁹.

Pertanto, fermo restando decaduta la pretesa dell'esistenza di un diritto naturale come *id quod semper aequum et bonum est*, che potrebbe far

26 Cambridge (Mass.), 1971 (trad. it. Milano, 1982).

27 Cfr. *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992.

28 Non va sottaciuto in proposito che nel 1959 appare il saggio di A. Kaufmann, *Diritto naturale e storicità*, in "Jus", X (1959), ove si prospetta l'idea (già enunciata da Stammler) di un diritto naturale a contenuto variabile, quale *diritto storicamente giusto*.

29 *Ibidem*. Vedi anche dello stesso Kaufmann, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, trad. it. a cura di G. Marino Milano, 2003.

leggere la distinzione fra *ius* e *lex* in chiave di giusnaturalismo classico³⁰, si palesa, proprio attraverso il riferimento alla centralità dell'attività interpretativa, una terza accezione della distinzione fra diritto e legge. Ed a questa ulteriore prospettiva, che si pone quale superamento della tradizionale dicotomia fra positivismo giuridico e giusnaturalismo, che va dedicata attenzione nel prosieguo dell'indagine.

30 Vedi in proposito il recente volume collettaneo curato da Marcus Krienke, *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana. Tradizione e attualità di due topoi etico-giuridici*, Torino, 2020 (con contributi di F. Viola, V. Possenti, E. Ancona, A. Vernacotola Gualtieri d'Orce, A. Favaro, G. De Anna, G. Turco, T. Scandroglio, C. Faraco, I. Pizza, G. Dioni, T. Opocher, B. Zabel, E. Baccharini, C. Enders, S. Ariano, M. Kahlo, G. Bardone, G. M. Chiodi e dello stesso curatore), nonché F. Viola, *1900-2020. Una storia del diritto naturale*, Torino, 2021.

CAPITOLO QUINTO

PER UN ESPERIRE IL DIRITTO

SOMMARIO: § 1. La misura della giustizia fra natura e comando; § 2. Una possibile convergenza tra le due differenti misure; § 3. Per un superamento d'una convergenza tra le differenze; § 4. La conformità all'ordine storico degli avvenimenti; § 5. Una puntualizzazione intorno al complesso ed al complicato; § 6. Certezza del diritto e politicITÀ del diritto

§ 1. LA MISURA DELLA GIUSTIZIA FRA NATURA E COMANDO

Nelle pagine che precedono il termine diritto è stato collegato con immediatezza ad un procedere retto (riconoscendo come nel latino medievale il sostantivo *dirictum* ritrovi il proprio etimo nella forma verbale *deregere*, ovvero muoversi in linea retta). Alla luce di ciò è stato osservato come un incedere diritto possa venire inteso come un procedere conforme alla rettitudine; meglio, teso alla rettitudine. Un procedere retto è tale se richiama a sé qualità come l'onestà, la probità, la virtù; in buona sostanza, la giustizia. Pertanto all'interno d'un discorso che aspira ad essere giuridico-politico possiamo affermare che ciò che è retto è anche giusto. Tanto da ritenere che la giustizia si fondi con la rettitudine (di un essere umano giusto si predica, infatti, la dirittura morale).

Al di fuori di evocazioni che ci conducano nell'area propria all'etica ed a speculazioni che riguardano in generale il comportamento pratico dell'essere umano, e volendo rimanere nel nostro limitato universo di discorso, possiamo ritenere che un comportamento retto, quindi caratterizzato da quella dirittura sopra richiamata, possa ricondursi alla giuridicità, una giuridicità da intendersi quale giusto cammino.

Se accettiamo tale accostamento, allora la questione da porsi è evidentemente relativa a cosa possa intendersi nel nostro contesto con il termine giusto, che, in certe interpretazioni (si rimanda all'Ulpiano precedentemente evocato), nella sua declinazione come giustizia, rappresenterebbe la radice dello *ius* e quindi di ciò che noi denominiamo diritto.

È stato rilevato come, sulla scorta di autorevole dottrina¹, da un punto di vista formale, retto o giusto sarà definito un percorso conforme ad un ordine oggettivo (di rettitudine o di giustizia) che sia suscettibile di manifestare un criterio valutativo del comportamento pratico². Da un punto di vista prettamente formale, come quello che qui viene preso a prestito, la giustizia si palesa quale conformità a fronte di un criterio valutativo, quindi di una misura. Questa “unità oggettiva di «misura» assume la funzione di regola fondamentale per ogni discorso che si voglia fare in termini di giustizia”³.

Volendo sostanziare il concetto formale di giustizia qui introdotto e considerando quanto sin'ora si è andati svolgendo, riconosciamo come ci troviamo di fronte a due concezioni del retto o del giusto che dir si voglia. Due concezioni che offrono, quale regola fondamentale per valutare la conformità del comportamento, due “misure” fra loro radicalmente diverse. Le due concezioni di giustizia hanno ritrovato esemplificazione nei modelli giuspositivistici e giusnaturalistici, ognuno dei quali ha offerto una propria precipua declinazione del rapporto tra diritto e legge. Come osservato, il primo, quello giuspositivista, in chiave monistica, il secondo, quello giusnaturalista, in chiave dualistica.

Non necessitano molte parole per riconoscere come le due prospettive divergono profondamente, secoli di riflessione giuridica – che qui non richiameremo – ce le fanno apparire non solo distanti, ma anche radicalmente configgenti.

Ciò non di meno, sia pur cogliendo le loro precipue caratteristiche, che danno vita ad una radicale opposizione, è possibile, a ben voler osser-

1 Si veda ancora la voce *Giustizia (filosofia del diritto)* redatta da Enrico Opocher per l'*Enciclopedia del diritto*.

2 Scrive Opocher, “perché si possa parlare di giustizia come conformità ad una «misura» e infatti necessario che questa «misura» sia una, vale a dire venga posta come criterio unico di validità di un simile giudizio, e valga pertanto incondizionatamente nei confronti di ogni atto, fatto o rapporto al quale si voglia applicare il concetto di giustizia come conformità”, *ibidem*, p. 572.

3 *Ibidem*.

vare, intravedere un punto di congiunzione tra le due ben più saldo di quanto, con uno sguardo superficiale, si possa ritenere.

Se da un lato, quello positivistico, viene rappresentato ciò che è retto o giusto quale conformità ad un ordine normativo espresso da una data società ed in un dato momento storico attraverso un atto di volontà della potestà legislativa ritenuta legittima e se dall'altro, invece, l'accento è posto (pesantemente) sulla conformità dell'atto ad un ordine (non solo genericamente naturale, ma, in certe costruzioni anche teologico) ritenuto superiore in quanto incarnazione delle finalità che – *naturalmente* – devono orientare la vita sociale, al quale il potere legislativo deve adeguare la propria attività normativa, pur tuttavia la distanza fra le due posizioni può venire colmata osservando come entrambe si rappresentino come prospettive che, nel loro proporsi come modelli regolamentativi della vita sociale, trascendano la stessa all'atto costitutivo d'un ordine normativo. In definitiva se ne distaccano dando vita ad un ordine il quale si pone sopra la concreta vita sociale e che su questa vuole imprimere il proprio modello. Prettamente formale, nel caso del positivismo giuridico, che esalta l'atto di volontà della potestà di volta in volta ritenuta legittima (perché efficace), riconducibile ad una costruzione ideale in base alla quale plasmare la vita sociale, nel caso delle prospettive giusnaturaliste. Sia le istanze giusnaturalistiche, che quelle giuspositivistiche danno vita a "prospettive di validità statiche"⁴ in quanto fanno riferimento o a sistemi assiologici preventivamente assunti, a cui il concreto agire deve ricondursi, oppure ad un diritto statutale impenetrabile dalla vita concreta, che si applica così com'è.

§ 2. UNA POSSIBILE CONVERGENZA TRA LE DUE DIFFERENTI MISURE

Va infatti evidenziato, sulla scorta del Maestro patavino, come all'interno delle due prospettive sopra richiamate, la realizzazione della giustizia, fine a cui mira l'opera di ordinamento giuridico, viene intesa quale atto di adeguamento ad una realtà trascendente l'esperienza concreta e quotidiana. Nelle due prospettive, che sotto questo particolare riguardo si ricompongono in un alcunché di unitario, un comportamento giuridicamente legittimo sarà quello che risulterà adeguato a parametri

⁴ Vedi ancora Enrico Opocher *sub voce Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 736.

riconducibili a entità (comando legislativo, presunto ordine naturale), che, sovrastandolo, sono sostanzialmente avulse dal concreto vivere ove le stesse ritrovano applicazione. Da un lato emerge, per ciò che concerne una prospettiva giuspositivista, la volontà del legislatore⁵, che si pone quale momento sovrano rispetto al vivere sociale e, dall'altro, e questa la volta della prospettiva giusnaturalistica, il sistema valoriale preventivamente assunto. Risulta quindi centrale vuoi la tensione a conformare il proprio comportamento al comando sovrano, vuoi la tensione adeguatrice ai dettami del sistema di diritto naturale⁶.

Entrambe le entità sovrastano il concreto sviluppo dei fatti sociali e tendono a ricondurlo entro sé stesse, obbligandolo ad incanalarsi o lungo il sistema di comandi legislativi frutto d'una volontà potestativa efficace, oppure lungo un sistema di precetti deducibili da un insieme di regole ascrivibili ad un diritto naturale, il quale logicamente precede e informa la posizione delle disposizioni giuridiche.

Sicché quest'ultime saranno o legate a (e determinate da) la volontà sovrana, oppure derivate da un sistema valoriale preventivamente assunto, il quale deve innervarsi nelle singole disposizioni. Sia pur in differenti contesti e con difformi presupposti, gli esiti delle due prospettive ritrovano convergenza nel sottrarre e nel negare alla concreta e quotidiana esperienza ogni possibilità di autonoma regolamentazione, proprio perché la regola discende su di questa da entità che la trascendono (il legislatore, per un verso, l'ordine naturale, per l'altro).

In entrambi i casi il diritto si riconurrà alla legge; se per una prospettiva fortemente influenzata dal volontarismo, il diritto si riduce alla volontà del legislatore, che si veicola in una legge, che di per sé incarna la giustizia, per una prospettiva protesa verso la vigenza nella legge in un sistema di diritto naturale precostituito, la legge, per essere tale e non sua corruzione, deve contenere tali precetti. Ed in entrambi i casi, è assente nella determinazione della regola giuridica, ogni riferimento alla concreta contingenza nella quale questa deve trovare attuazione per promuovere l'ordine sociale.

5 Il tema viene sviluppato da Opocher nella voce *Giustizia*, cit., pp. 574-578. Rammentiamo come le questioni affrontate dall'autore nella richiamata voce ritroveranno trattazione anche nella successiva monografia *Analisi dell'idea di giustizia*.

6 «La «giustizia come ideologia», vale a dire come conformità all'ordine implicito nelle finalità che orientano la vita sociale» ritrova trattazione nella sopra richiamata voce, pp. 578-580, nonché nel capitolo *Le diverse prospettive di giustizia* contenuto nella monografia *Analisi dell'idea di giustizia*.

Si giunge così alla paradossale situazione per cui l'ordine, che dovrebbe ordinare il vivere sociale, è estraneo a questo, riconducendosi o ad una volontà legislativa che lo sovrasta oppure ad un predeterminato sistema normativo che vorrebbe informarlo. Quindi ad un *comando*.

La vita sociale risulterebbe da un punto di vista regolamentativo totalmente passiva ed in attesa d'un comando, che, in quanto ad essa estraneo, non contribuisce in alcun modo a determinare, ma dal quale è determinata.

L'opera di ordinamento è, quindi, pre-posta alla realtà da ordinare e, infatti, l'ordinamento viene inteso, in entrambi i casi, come momento applicativo d'un ordine giuridico già acquisito, vuoi attraverso la manifestazione di volontà del legislatore, vuoi per mezzo della concretizzazione dei dettami del diritto naturale. Nell'un caso e nell'altro, la realtà sociale è ordinata (dal comando legislativo o dal comando derivato dal diritto naturale); in nessun caso questa si ordina da sé, in modo autonomo.

A ben osservare negli esiti di tali prospettive a prescindere dal loro svilupparsi teorico, si coglie una comunanza nella predominanza del fattore eteronomo su quello autonomo, in quanto il processo ordinatorio è collocato, in entrambi i casi, in sfere trascendenti la concreta vita sociale (abbiano questo carattere fisico o meta-fisico).

§ 3. PER UN SUPERAMENTO D'UNA CONVERGENZA TRA LE DIFFERENZE

Seguendo pedissequamente l'itinerario opocheriano, riscontriamo una terza accezione in cui la giustizia come conformità può declinarsi. Questa terza prospettiva potrebbe farci intravedere una possibile alternativa, ovvero una riflessione sulla giurisprudenza non più racchiusa fra i contrapposti bastioni del positivismo giuridico e del giusnaturalismo. Si tratta di quella che Opocher designa quale "la «giustizia come conformità all'ordine storico degli accadimenti», o, meglio ancora, la «giustizia come riconoscimento della verità»"⁷. Tale giustizia non va esperita nella concreta vita sociale attraverso il mero ossequio del comando normativo, come certo positivismo giuridico vorrebbe, né per mezzo dell'attuazione d'un ideale ordine trascendente da inverarsi positivamente; la strada per giungere alla giustizia si inerpica attraverso la ricostruzione dei fatti

⁷ *Ibidem*, p. 581. È ancora doveroso specificare come Opocher non intenda, attraverso l'uso del sostantivo verità, le verità metafisiche ma, piccole, quotidiane verità (con la *v* minuscola) dei fatti. Cfr. in proposito le *Lezioni di filosofia del diritto*.

(l'ordine storico degli accadimenti) e l'individuazione d'una norma atta a rettamente giudicarli. È una giustizia che si esplica nel processo e si sviluppa lungo i tre piani dell'azione, della norma e del giudizio⁸; una giustizia che ritrova dunque nel processo il proprio luogo d'elezione.

Se l'opera di ricostruzione dell'azione viene demandata in prima battuta al dire ed al contraddire delle parti, all'incontrario, è la giurisprudenza il motore per la determinazione della regola atta a dirimere la controversia. Sottolinea Opocher: “è, infatti, necessario ricordare come, attraverso l'interpretazione giuridica (e particolarmente attraverso il ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico) si svolga continuamente un'opera di adeguamento delle norme giuridiche al movimento dell'orizzonte ideologico di una determinata società, attraverso una serie di giudizi che finiscono con l'essere sempre, come è stato ripetutamente dimostrato [...] giudizi di valore connessi ad una presa di posizione di carattere nettamente ideologico”⁹.

L'*ideologia*, a cui fa riferimento l'Autore, non va confusa con un sistema valoriale trascendente, come quello incarnato nel diritto naturale, ma, all'incontrario, rappresenta il riferimento ai valori, agli interessi, in definitiva alle aspettative che vigono e caratterizzano in un determinato tempo un preciso contesto sociale, che si inverano di volta in volta anche nelle norme giuridiche che lo regolano. Norme che trovano nel contesto sociale la loro fonte ed a questo ritornano quale momento regolamentativo.

Il diritto, quindi, va ricercato nel concreto, riconoscendo l'incidenza fondamentale sullo stesso di quelli che vengono definiti i fattori meta-giuridici; il fenomeno giuridico va quindi considerato in tutte le sue implicazioni sociali. Opocher direbbe “in tutte le sue impurità”¹⁰.

8 L'esperienza giuridica, per Opocher, “si muove, per così dire, su tre distinti piani: quello dell'azione e, se si vuole, della volontà, quello delle norme, e quello del giudizio che sono, in sostanza, le fondamentali articolazioni che il processo di oggettivazione della libertà trova in seno all'esperienza giuridica”, così a p. 583 della voce *Giustizia*.

9 *Ibidem*, p. 586. Il Nostro richiama in nota i lavori di Gino Gorla, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941 e di Luigi Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954.

10 E. Opocher, *sub voce Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 742. Appare qui il ricollegarsi di tale prospettiva ad istanze giuridiche antiformalistiche sviluppatasi in Europa a cavaliere fra Otto e Novecento; basti qui richiamare il movimento per il diritto libero e la prospettiva della scuola *scientifica* di Gény. Rileva in proposito Guido Fassò come “Capograssi [a cui Opocher si ispira] tirava le somme, pur se da una posizione personalissima, di un movimento che sotto vari e spesso

§ 4. LA CONFORMITÀ ALL'ORDINE STORICO DEGLI AVVENIMENTI

La sfera giuridica non può dunque venire svincolata dall'esperienza storica, ma non dall'esperienza storica astrattamente intesa, ovvero i grandi avvenimenti estrapolati dal quotidiano, piuttosto da una storia reale, concreta, fin'anco banale come è quella vissuta dall'*uomo della strada*¹¹. L'esperienza storica, che si incarna nel diritto, è, richiamando Giuseppe Capograssi, *l'esperienza comune*; esperienza dei singoli; singolare, ma nel contempo comune perché riguarda ogni umana persona. Il diritto si definisce all'interno del processo; è in tale ambito che la norma si determina e si manifesta quale reale criterio di valutazione. Il processo è quindi il fulcro dell'esperienza giuridica, l'ambito ove il diritto viene ricercato, vuoi determinando la norma, vuoi determinando il fatto e valutandolo alla luce della norma, tanto da stabilire il diritto sulla cosa giudicata¹².

È questo il momento in cui emerge la concezione della giustizia quale conformità all'ordine storico degli accadimenti o – forse in maniera più prosopopeica – quale riconoscimento della “verità”¹³. È nel processo che l'esperienza giuridica – ovvero la ricerca del diritto – si manifesta nella sua interezza attraverso quel rapporto triadico tra azione, norma e giudizio, che sfocia nell'affermazione della “verità” processuale. Una “verità” processuale, la quale viene ricostruita per mezzo di un procedere entimematico, caratterizzato dal dire e dal contraddire delle parti. Come già sottolineato nel § 4. del Capitolo secondo, per la prospettiva processuale del diritto, è proprio nel processo che si ricostruisce l'azione e la norma con la quale giudicare la prima al fine di stabilire il diritto, che la controversia ha infranto. Un diritto che non può ricondursi alla *verità*, ma soltanto esprimere ciò che la controversia ha evidenziato¹⁴. E proprio (solo) per questo può ammantarsi di giustizia.

contraddittori aspetti era in atto da tempo”, *Storia della filosofia del diritto. Volume III. Ottocento e Novecento*, cit., p. 393.

11 E. Opocher, *La filosofia dell'esperienza giuridica*, cit., p. 85.

12 Cfr. in argomento anche i già richiamati studi di F. Gentile, *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica* e F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto*.

13 Cfr. E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 305 e segg.

14 Mi permetto di rimandare la mio *Brevi note a margine della ricerca della verità nel processo*, in “Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica”, XII (2020), n. 1, pp. 73-79.

La giustizia, di cui il diritto è manifestazione, non è pertanto materializzazione dell'ordine trascendente, né ossequio all'ordine/comando; appare piuttosto come il frutto d'una costante ricerca di adeguatezza all'*ordine storico degli accadimenti*.

Si tratta, quindi, più che di porre un ordine/comando, di sviluppare un moto di ordinamento giuridico di un accadimento della vita quotidiana attraverso la ricostruzione dello stesso e l'individuazione/determinazione della regola attraverso la quale formulare/affermare il diritto su quel preciso accadimento¹⁵. In buona sostanza, esperire il diritto proprio nella ricostruzione dell'accadimento¹⁶.

Sono ben note le speculazioni capograssiane in materia, ben condensate in due suoi saggi (*Intorno al processo. Ricordando Giuseppe Chiovenda* del 1938 e *Giudizio processo scienza verità* del 1950): la cosa controversa si determina nel processo parimenti al diritto sulla stessa.

Nel processo, fulcro dell'esperienza giuridica e dell'opera di ordinamen-

15 "Il diritto non è una proposizione comandata ma un'esperienza ordinata. Il diritto non è la legge, non perché pretenda essere fuori dalle leggi o sopra le leggi, ma perché è l'insieme sistematico di leggi applicate, leggi nate per soddisfare scopi di individui umani e messe in opera da individui umani per i loro scopi, con i vari modi che i vari scopi possono implicare", P. Piovani, *Introduzione*, a G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1962, p. XV.

16 Per Capograssi, "l'interpretazione è ineliminabile dalla vita giuridica non per la pretesa generalità della legge, non perché la legge non possa prevedere i casi singoli, ma perché la singola norma, la singola legge, il singolo comando che sono sempre particolari formazioni, debbono essere ricondotti alla loro vera essenza spirituale e razionale e non possono esserlo, se non in quanto sono riportati a questa profonda esigenza di formazione della vita giuridica come unità, come realizzazione dei principi costitutivi di questa vita, solo per i quali quelle leggi quei comandi quelle norme singole hanno significato e valore originale", citiamo da G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, ora in *Opere, II*, Milano, Giuffrè Editore, 1959 (ma 1937), p. 490. Specifica Capograssi: "in altri termini si tratta di cogliere la razionalità concreta che dà il valore all'azione che fa il valore dell'azione. Questa ricerca del principio o valore al quale misurare l'azione e decidere in virtù di essa la controversia è un ritrovamento del principio adeguato alla controversia. È indifferente se il principio sia già obiettivamente posto prima e al di fuori della controversia: non si tratta di trovare un principio generale come si farebbe in una ricerca teorica, si tratta di trovare il principio che costituisce il valore al quale adeguare l'azione o le azioni che formano l'oggetto della controversia. [...] La regola alla quale conformare l'azione, che deve regolare l'azione, si presenta appunto come regola decisiva della controversia e cioè come regola che è uscita fuori dalla sua generalità indistinta e si è concretata e determinata in modo da poter essere misura adeguata dell'azione che è concreta e determinata", *ibidem*, p. 530.

to giuridico, oltre alla ricostruzione del fatto, la *norma generale ed alta* si tramuta in diritto ovvero “in norma particolare adeguata al caso particolare”. Il diritto e con questo la giustizia a cui si riferisce, non sta nell’ordine trascendente del diritto naturale, né in ciò che viene definito comunemente l’ordinamento (quale insieme di disposizioni poste dal potere competente), ma nel moto d’ordinamento giuridico che si manifesta nella sua intrezza all’interno del processo.

§ 5. UNA PUNTUALIZZAZIONE INTORNO AL COMPLESSO ED AL COMPLICATO

Prima di proseguire, mi si consenta un’apparente digressione indotta da quanto si è andati dicendo. A ben considerare la giurisprudenza come sopra tratteggiata appare un’attività complessa. La qualificazione ora addotta va intesa avuto riguardo al suo etimo; il termine complesso ritrova infatti la sua origine dalla combinazione della proposizione *cum* con la forma verbale *plexum* (participio perfetto del verbo *plexere* – intrecciare), tanto da qualificare un oggetto, un’attività, una situazione che si determina e palesa attraverso un intreccio di elementi.

La giurisprudenza ha il compito di districare quella sorta di matassa il più delle volte ingarbugliata che è un accadimento della vita quotidiana, il quale per allontanarsi da conflitto ricerca ordine. La giurisprudenza deve ordinare l’accadimento facendo emergere il diritto sulla cosa controversa districando (con prudenza, previdenza, buon senso) i vari elementi fra loro intrecciati che rappresentano il nucleo del problema controverso al fine di far emergere per l’appunto il diritto (ancora una volta ci si trova di fronte al *rectus* e al *directus* quali opposti del *contortus* e del *perplexus*).

Che ci si trovi di fronte ad un garbuglio è ben evidente da quanto detto introno al processo, luogo e momento in cui si manifesta il diritto. Il processo non si fonda su alcunché di certo: né la regola con cui giudicare, né l’azione che deve essere giudicata. La regola infatti va determinata attraverso l’attività interpretativa e l’azione, che non è presente dato che si è esplicitata in altro momento ed in altro luogo, va ricostruita, riprodotta per mezzo del dire e contraddire delle parti. Nel processo si intrecciano le pretese delle parti, ma non solo di queste. Anche le pretese/attese della cosiddetta opinione pubblica, la quale indirettamente partecipa al dibattito con i propri luoghi comuni (*endoxa* o *loci* che dir si voglia); nel processo si intrecciano sistemi normativi fra loro differenti per fonte e contenuto (disposizioni giuridiche e regole sociali

vigenti che offrono alle prime significato). La giurisprudenza nel suo fare ordinatorio se per un verso intreccia elementi diversi, per altro deve districarli al fine di evidenziare ciò che è retto.

Il processo di ordinamento pertanto non si attua – nell’itinerario qui seguito – attraverso l’applicazione di una regola pre-posta al caso concreto, ma, all’incontrario, ricercando, sempre con agire *prudenter*, proprio nel caso concreto quella regola che può dirimere la controversia.

Non appare perciò azione complicata quella della giurisprudenza, ove ancora una volta si voglia tener conto dell’etimo della qualificazione. Questa, infatti, ritrova la propria origine nel *cum plicum*, ovvero nel piegare, nell’avvolgere con qualcosa, nel ripiegare. Se l’operato della giurisprudenza fosse riconosciuto complicato e non complesso, allora basterebbe s-piegare (*explicare*) tale operazione individuando una *legge* che ne sveli le dinamiche rendendo semplice (ancora l’eco del *plicum* nel *simplex*) il dominarle ed il riprodurle. In questo caso la giurisprudenza si paleserebbe alla stregua di una scienza che, tenendo conto del suo moderno ideale, una volta individuate le *leggi* che sovrintendono la dinamica della regolamentazione sociale, attraverso la loro applicazione risulterebbe possibile il dominio dell’intera operazione. Operazione sì complicata, ma non per questo complessa.

La complessità allontana la giurisprudenza dal mondo delle scienze, facendo sì che essa si debba armare con strumenti capaci di dirimere l’intreccio a fronte del quale si pone, argomentando dialetticamente e non dimostrando scientificamente.

Come ebbe a ben sottolineare Salvatore Satta, sulla scorta delle riflessioni di Giuseppe Capograssi, la giurisprudenza non è applicazione di leggi¹⁷; il giurista non è il *razionale* del legislatore e “l’ordinamento vive nel concreto, l’azione, la comune azione di tutti gli uomini è l’ordinamento, perché nell’azione si chiude un ciclo che si è idealmente iniziato con la posizione della norma”¹⁸. L’opera di ordinamento, a cui è chiamata la giurisprudenza, si manifesta attraverso il costante esperire regole giuridiche atte ad ordinare la realtà sociale, regole che provengono da questa realtà e che si intrecciano alle disposizioni legislative¹⁹ rendendole cosa viva e in quanto tale sempre mutevole.

17 Si rimanda alla nota 5 del Capitolo primo.

18 S. Satta, *sub voce Giurisdizione (nozioni generali)*, cit.

19 In tema di rapporto tra norma e disposizione sempre fondamentali le già evidenziate

Va quindi abbandonata quella tensione al fondamentalismo giuridico o letteralismo, che si àncora alla granitica certezza della centralità della legge nell'opera di ordinamento, promuovendo una visione feticistica del frutto dell'attività legislativa, la cui applicazione, per quanto complicata, darebbe vita all'ordine/comando giuridico. Qui l'ordinamento è un alcunché di statico composto dall'insieme delle disposizioni legislative; nella prospettiva dell'esperienza giuridica esso è, all'incontrario, un processo dinamico, in costante evoluzione e proprio per questo non ridicibile all'applicazione letterale della disposizione.

Il letteralismo giuridico va problematicizzato a partire dal suo stesso fondamento rappresentato dal testo; come già rilevato, il testo, redatto con il linguaggio ordinario, va interpretato, mediato rispetto alla realtà contingente in cui deve ritrovare applicazione. In questo senso va nettamente rifiutata una concezione che si riconduca ad un *fatalismo giuridico*, ove il diritto sia rappresentato come predeterminato da una sorta di *fato*, inveratosi nel testo legislativo.

§ 6. CERTEZZA DEL DIRITTO E POLITICITÀ DEL DIRITTO

Risulta a questo punto necessaria una chiosa in tema di certezza del diritto. Il letteralismo sopra criticato si costituisce al fine di rendere concreta questa aspirazione, che – richiamiamolo ancora – Norberto Bobbio nel suo contributo su *La certezza del diritto è un mito?* definiva come “un elemento intrinseco al diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto”²⁰.

L'impossibilità, più che la non opportunità, ad aspirare ad una certezza giuridica di sapore matematico, da cui alla cosiddetta geometria legale, che ben si incarna nel motto di Beccaria intorno al sillogismo del giudice contenuto nel suo *Dei delitti e delle pene*²¹, ci induce a dover

riflessioni di M. S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in “Giurisprudenza costituzionale”, I (1956), n. 4-5 a cui seguono nel medesimo fascicolo quelle di V. Crisafulli, *Questioni in tema di interpretazione della Corte Costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*. Si rimanda anche alla voce *Disposizione (e norma)* redatta dallo stesso Crisafulli per l'*Enciclopedia del diritto*.

20 Come già ricordato, l'articolo apparve sul primo fascicolo del 1951 della “Rivista internazionale di filosofia del diritto”.

21 Nel capitolo quarto possiamo leggere la celeberrima perorazione: “in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena.

nuovamente riconsiderare il significato da attribuirsi alla certezza del diritto, proprio partendo ancora una volta, da una constatazione di natura etimologica.

Come già evidenziato, il nostro termine è chiaramente una diretta derivazione dal latino *certus*, che risulta essere il participio perfetto del verbo *cernere*, il quale designa le azioni del separare, del setacciare, anche quelle relative al distinguere ed al discernere, nonché l'optare, lo scegliere fra due o più alternative (a fronte di una *crisi*, che implica di per sé una scelta, una discussione, un distinguere ed un giudicare – *krísis* da *kríno*); in quest'ultimo senso la forma verbale *cernere* assume la veste del deliberare, del decidere. D'altro canto il *certus* nel momento in cui qualifica una cosa (od una persona) va inteso come certo, deciso, fisso (se legato alla persona la qualifica come risoluta, ferma), ma assume anche il significato di consapevole, di informato. Sicché ed avuto riguardo al suo etimo, l'idea di certezza è legata ad una scelta consapevole fra due o più alternative, è il frutto di un discernere che, una volta effettuata l'opzione, risulta fissato, deliberato, determinato (vengono infatti determinati i confini del lecito e dell'illecito a fronte d'una potenziale infinita estensione semantica dei due lemmi).

Qui il certo non è il risultato ineludibile di un procedere logico, come la conclusione di un sillogismo perfetto a cui non si danno alternative razionali; infatti, ad una deliberazione, frutto di una cernita, si offrono alternative ragionevoli; pertanto, si deve argomentare per rendere consapevole l'uditorio della scelta effettuata a scapito di altre ragionevolmente possibili. Nell'un caso non si danno alternative, nell'altro le alternative sono possibili; ciò ci conduce a dover riconoscere due significati insiti nel medesimo termine. La certezza ha quindi due facce, l'una geometrica, l'altra dialettica.

Quindi, per ciò che ci riguarda, la certezza del diritto non va colta tanto nella sovrapposizione fra disposizione e norma, ovvero nella applicazione automatica della prima per mezzo d'un procedere logico-deduttivo, piuttosto nella capacità di scelta fra opzioni diverse, che il giurista deve dispiegare al fine di dirimere una controversia. In tal senso, per raggiungere il certo (il fidato, il consapevole) il giurista deve in senso figurato

Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza". Citiamo dalla raccolta di scritti di Cesare Beccaria *Dei delitti e delle pene – Consulte criminali*, Milano, 1987, p. 15, curata da Giuseppe Armani. Per una serrata critica alla prospettiva sillogistica si rimanda alla nota prima del Capitolo primo.

lottare (certare) fra diverse opzioni; prima *in certamen descendere*, e dopo una *ponderata lotta* fra le diverse alternative, fissare ciò che ritiene certo (in senso dialettico, non logico-deduttivo).

La decisione sarà certa perché accettabile ragionevolmente nel contesto sociale ove la scelta si è svolta e ove ricade quale regola giuridica; l'opera della giurisprudenza è pertanto costellata di scelte *politiche*, proprio perché sorgono e ritornano alla *polis*. Una *polis* che va intesa non tanto come territorio delimitato e caratterizzato dalla presenza di un potere unitario, quanto quale comunità di persone legate tra loro da finalità comuni, che si manifestano in un ordine politico. Ordine al quale ognuno, in quanto membro della stessa *cum-munia*, è collegato.

In questo modo l'attività giurisprudenziale, lo stesso processo di ordinamento giuridico della realtà sociale, è il frutto d'un costante *fare politica*, perché ha a che fare con la realizzazione di quell'ordine politico che è proprio ad una specifica comunità (ad una *polis*).

Lungi dal voler intersecare il termine politica con la polemica (*polemos*, conflitto, combattimento), è l'opera di ordinamento giuridico condotto dalla giurisprudenza a riconoscere e determinare la comunità, la *polis*, attraverso l'elaborazione delle regole che le sono proprie e tali da conferirle una sua precisa/precipua conformazione; ad offrire cioè istituzionalizzato quello che è il senso ultimo del suo esistere. La politica, infatti, è l'arte del governo della *polis*, alla cui partecipazione la giurisprudenza non può sottrarsi, pena, per l'appunto, il proporsi come *razionale* del potente di turno; il giurista, pur non monopolizzandola, partecipa all'attività propria del *gubernator* (o *kybernètes*, richiamandoci alla greicità classica) tentando di mantenere lungo la retta via il navigare della comunità (lungo la rotta della giustizia).

Va anche per inciso riconosciuto a chiusura di questo paragrafo, come è la vocazione politica della giurisprudenza – manifestata nell'arte che le è propria di intrecciare, nel normare la vita sociale, regole e regolarità – a poter *aggiustare* la parzialità di un potere legislativo a volte troppo sbilanciato (a ciò a maggior ragione in regimi democratici tendenti alla demagogia). Un riconoscimento, dunque, di un ruolo politico del giurista, il quale controbilancia la potenziale parzialità del legislatore attraverso la piena partecipazione della giurisprudenza alla determinazione di una regola giuridica (del diritto), che permetta al conflitto di trasformarsi in controversia evitando in tal modo la frantumazione della *polis*.

Come ebbe a dire il mio Maestro “tutto questo consente di riconoscere la funzione politica del giurista, quali che ne siano i ruoli specifici, quel-

la cioè di tradurre in controversia i conflitti, sicché ora più chiara ne risulta la terribile responsabilità comunitaria”²².

22 Così Francesco Gentile nel suo saggio *La controversia alle radici dell’esperienza giuridica*, cit. p. 152.

NOTERELLE CONCLUSIVE

SOMMARIO: § 1. La modificazione della realtà socio-politica si riverbera sulle funzioni degli organi istituzionali; § 2. Sulla giurisprudenza quale fonte del diritto; § 3. Sulla fonte del *diritto* (qui detto) *sociale*: l'interpretazione *intersistemica*; § 4. Per un diritto sociale adeguato all'ordinamento giuridico della comunità politica

§ 1. LA MODIFICAZIONE DELLA REALTÀ SOCIO-POLITICA SI RIVERBERA SULLE FUNZIONI DEGLI ORGANI ISTITUZIONALI

Da più parti viene sottolineato che l'apparire sull'orizzonte politico e giuridico dei diritti sociali¹ segni l'inizio della parabola discendente del positivismo giuridico (classico) quale teoria capace di spiegare, ovvero di dominare, i fatti giuridici². Si assiste, infatti, ad un notevole depotenziamento operativo della teoria legislativa del diritto, chiave di volta dell'intera costruzione positivistica³, e con questa della correlata teoria dell'applicazione meccanicistica del diritto (termine, quest'ultimo, che, non va dimenticato, all'interno di questa prospettiva risulta equivalen-

1 Vedi in proposito, tra le innumerevoli fonti dottrinali, le riflessioni di Antonio Baldassarre racchiuse nella voce *Diritti sociali* da egli redatta per l'*Enciclopedia Giuridica Treccani*.

2 Tesi questa chiaramente sostenuta, fra gli altri, da P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit. Cfr. in argomento anche G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit.

3 Cfr., per tutti, il classico studio di Norberto Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit. (si veda anche la *Premessa* redatta dall'autore per questa seconda edizione).

te, nel suo significato, al termine legge), tanto da rendere, anche avuto riguardo alla vigenza dei diritti sociali, la giurisprudenza di nuovo attiva nell'opera di regolamentazione giuridica della società. La giurisprudenza, anche in considerazione dell'apparire dei diritti sociali, si sottrae, quindi, sempre più al ruolo, in cui certa rappresentazione dell'opera di codificazione l'aveva relegata⁴, di organo di mera applicazione di una legge rappresentata come generale ed astratta, tanto da far palesare il giudice non più quale *bouche de la loi* piuttosto come riequilibratore dei rapporti sociali. In tal modo riemerge con prepotenza il ruolo ed il portato prettamente politico della giurisprudenza, ruolo e portato che la prospettiva positivistica aveva tentato di occultare.

§ 2. SULLA GIURISPRUDENZA QUALE FONTE DEL DIRITTO

La statuizione dei diritti sociali, il cui innesto nella forma stato liberale (e monoclasse) ne determina il superamento, ci permette di poter in queste argomentazioni conclusive cogliere alcune questioni che risultano centrali.

Queste possono venire raccolte lungo due assi. Per un verso riconosciamo lo spostamento del fulcro del processo di produzione giuridica, il quale si indirizza sempre più verso fonti giurisprudenziali, le quali si affiancano alle tradizionali fonti atto di produzione, *in primis* quelle legislative; le fonti giurisprudenziali utilizzano l'attività interpretativa ed applicativa del diritto al fine di determinare norme giuridiche⁵.

Per altro, va rilevato, come tali forme di produzione del diritto determinano il costituirsi di una regolamentazione giuridica della società in forma *fluida*, che vede proprio nella giurisprudenza il suo centro propulsore; un diritto frutto, cioè, non tanto dell'attività regolamentativa astratta e generale posta in essere dal potere legislativo, manifestantesi attraverso la produzione di una disposizione pre-posta al caso da regolare e che, pertanto, risulta rigidamente istituita e modificabile soltanto a seguito di un intervento dello stesso potere normativo, quanto dal ritrovare la norma giuridica proprio attraverso il caso discusso ed in

4 Cfr., fra i molti, il volume di G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Vol. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

5 Si rimanda in proposito alla sentenza 18288 del 2010 posta dalle Sezioni Unite della Cassazione Penale e già richiamate alla nota 6 del capitolo primo.

funzione della soluzione giuridica di quello specifico caso all'interno di un altrettanto determinato contesto sociale.

Se il combinarsi dei due fattori (riduzione del peso del legislativo a fronte dell'ampliarsi delle fonti giurisprudenziali), da un lato, può far sì, per lo meno in linea di auspicio, che la soluzione giuridica proposta sia adeguata al contesto sociale e non già solo alla astratta previsione legislativa, per altro comporta, come già osservato, sia una radicale ridiscussione della divisione dei poteri, che una altrettanto spiccata revisione della concezione della certezza del diritto; ovvero, in ultima analisi, un ripensamento delle tradizionali categorie della positività del diritto così come ci sono state tramandate attraverso le rappresentazioni sorte nello stato liberale ottocentesco.

Risulta, quindi, utile concentrare l'attenzione vuoi su questa forma di regolamentazione giuridica, che non promana più *in toto* dall'attività del legislatore, ma è, invece, frutto di una interpretazione *intersistemica*, la quale, vivificando le disposizioni con i valori e gli interessi vigenti e informanti un contesto sociale, dà vita ad un *diritto* (di formazione) *sociale*, vuoi sulle ripercussioni che in ambito di certezza del diritto tale regolamentazione *fluida* comporta.

§ 3. SULLA FONTE DEL DIRITTO (QUI DETTO) SOCIALE: L'INTERPRETAZIONE INTERSISTEMICA

L'assunto di base di una concezione dell'interpretazione giuridica definibile come *inter-sistemica* appare la constatazione della non esaudività di un sistema giuridico formalisticamente inteso quale insieme di disposizioni, esclusivamente sul quale non può fondarsi un reale processo di ordinamento sociale. L'ordinamento giuridico qui appare, non tanto l'insieme (organizzato) delle disposizioni poste in essere dall'autorità competente, quanto la risultante della relazione, sempre fluttuante, fra le disposizioni formalmente poste e costituenti il sistema giuridico in senso formale e le regole appartenenti a sistemi al primo esterni: quali 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 sociali. Tali sistemi, pur essendo formalmente extragiuridici, non potendosi cioè 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 in un reale ordinamento giuridico.

co-sociale capace, cioè, di risolvere le controversie, attingendo legittimità dalla stessa realtà sociale che è chiamato a regolamentare e non dalla mera manifestazione di volontà del potere formalmente investito di tale compito, sia esso il potere legislativo o il potere giudicante.

La caratteristica delle norme giuridiche così poste è di ritrovare la loro legittimità non tanto nel derivare per inferenza dalle disposizioni legislative, quanto dal loro apparire *adeguate* alla realtà sociale dalla quale sorgono e nella quale operano.

In questo quadro, l'interpretazione è, pertanto, attività che, pur partendo dal dato legislativo, pone in relazione sistemi di regole fra loro diversi per fonte di produzione; attraverso questo rapporto, nel porre la singola norma giuridica, l'attività interpretativa determina di volta in volta l'intero ordinamento giuridico del caso concreto.

La prospettiva *intersistemica* si richiama all'idea di *interpretazione del diritto*, cioè di una realtà regolamentativa, che si colloca oltre il dato testuale (la legge). L'attività interpretativa ha sì come proprio oggetto la volontà del legislatore e non soltanto il testo nel quale questa si rappresenta, è quindi anche *interpretazione della legge*, ma, come sopra osservato, si caratterizza in quanto il significato di questa va colto attraverso lo spettro di *altri* sistemi normativi; in modo tale che la norma giuridica sia la risultante di un'indagine non circoscritta al solo ambito delle disposizioni legislative. Sicché, risulta chiaro come 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 sola disposizione, ma nemmeno, *sic et simpliciter*, nella volontà del legislatore; l'oggetto dell'attività interpretativa, va ricercato ed individuato nell'incontro tra la volontà del legislatore, il testo da questi redatto, e gli elementi normativi caratterizzanti altri sistemi di regolamentazione operanti nell'ambito sociale (l'attività giurisprudenziale va, quindi, intesa nella sua accezione più ampia e ricomprensiva non solo dell'attività delle corti giudicanti, ma anche della elaborazione dottrinale e della prassi forense⁶).

Nel modello *intersistemico*, l'insieme delle disposizioni normative poste in essere dal legislatore non appare quindi di per sé sufficiente ad operare una regolamentazione giuridica, non essendo, all'interno di questa prospettiva, ipotizzabile un'idea di diritto riconducibile al solo dettato legislativo. L'insieme delle disposizioni legislative deve entrare in con-

6 Cfr. in proposito lo studio di A. Baratta, *Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XX (1990), n. 1.

tatto e fondersi con altri sistemi normativi informanti il contesto sociale da ordinare. L'interprete pone quindi 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. Oltre a ciò l'interprete dovrà organizzare gli elementi dell'insieme in un sistema coordinato, capace cioè di rispondere alle complesse esigenze sociali di ordine. L'interprete, nel porre la singola norma giuridica, partecipa da protagonista alla determinazione del sistema, il quale non può essere in alcun caso presupposto come antecedente all'opera di interpretazione; il sistema appare quale conseguenza di questa attività e si manifesta come processo di ordinamento giuridico per mezzo di norme di *diritto sociale*⁷. Il diritto vigente in un dato contesto sociale ritrova la propria fonte ultima nell'attività giurisprudenziale, la quale provvede a porre in essere norme giuridiche atte, in quanto *adeguate*, alla regolamentazione del contesto sociale ove sono chiamate ad operare.

§ 4. PER UN DIRITTO SOCIALE ADEGUATO ALL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELLA COMUNITÀ POLITICA

Lo sforzo argomentativo qui dispiegato è volto pertanto alla fondazione di un *diritto sociale*, il quale ritrovi la propria fonte in un'attività interpretativa *intersistemica*.

Risulta assodato sia dalle pronunce delle Corti europee, che da quella delle Corti interne, il riconoscimento della natura *determinativa* dell'attività giurisprudenziale nel momento in cui è chiamata a dirimere controversie, tanto da poter affermare che il diritto si formi all'interno del processo e non sia cioè, come certa tradizione dottrinale sostiene, pre-posto allo stesso.

Siché la soggezione del giudice alla legge, sancita inequivocabilmente dal secondo comma dell'articolo 101 del nostro dettato costituzionale, assume sempre di più la veste di una *soggezione al diritto*⁸ variamente

7 Per uno sviluppo più ampio del tema nonché per i riferimenti bibliografici mi permetto di rimandare ai miei *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'attività interpretativa: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Trieste, 2011, in particolare pp. 161 e segg. e *Una declinazione del sintagma /diritto sociale/: appunti per una ridiscussione della categoria della positività del diritto*, in M. Cossutta (a cura di), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, Trieste, 2012 (con contributi di L. Bacelli, P. Di Lucia, G. Feis, F. Foschini, B. Malvestiti, I. Possenti, V. Rapone, C. Valentini e L. Vecchioli).

8 Cfr. in proposito R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2006, *sub voce art. 101*.

formatosi all'interno di un complesso organismo giuridico-politico, caratterizzato da una particolare declinazione del principio della divisione dei poteri frutto di una *non specializzazione* degli organi (dato che alla funzione di produzione del diritto non partecipa solo il potere legislativo e, in subordine, quello esecutivo, ma di tale funzione viene investito anche – e soprattutto – il potere giudiziario).

Al fine di non scivolare verso la visione dell'attività interpretativa oramai comunemente denominata quale *giusrealismo radicale*⁹, pare d'uopo interrogarsi sui possibili limiti posti all'interprete al fine di non far palesare come arbitrario il prodotto della sua attività. Lungi dal ricercare tali limiti in ipotetiche cornici semantiche poste dal legislatore¹⁰, entro le quali l'interprete dovrebbe scegliere il possibile significato da attribuire alla disposizione normativa, si ritiene che l'interprete possa ritrovare la

9 Cfr. in proposito M. Troper, *Una teoria realista dell'interpretazione*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XXIX (1999), ove possiamo leggere: "il testo interpretato non ha né può avere altro significato che quello conferitogli dall'autorità competente, anche se in contrasto con tutte le interpretazioni altrui, anche se irragionevole, anche se in contrasto con tutto ciò che si può sapere dell'intenzione dell'autore del testo", così a p. 476. Nel passo richiamato pare si possano cogliere distinti echi kelseniani, se il pensatore praghese ebbe a rilevare nel § 48. nella sua *Reine Rechtslehre* del 1960: "l'interpretazione da parte dell'organo che applica il diritto è sempre autentica. Essa crea diritto. [...] Si noti però che, con l'interpretazione autentica (cioè di una norma da parte dell'organo giuridico che deve applicarla), si può realizzare non soltanto una delle possibilità rivelate dalla interpretazione teorica della norma da applicare, ma si può anche produrre una norma totalmente fuori dallo schema costituito dalla norma da applicare", la citazione è tratta dalla trad. it. a cura di M. G. Losano, cit., p. 387-388.

10 Un esempio di scuola e, pertanto, macroscopico dell'inconsistenza delle cornici semantiche poste dal legislatore può venire offerto per tramite delle disposizioni contenute negli articoli 527 (Atti osceni) e 528 (Pubblicazioni e spettacoli osceni) del Codice penale, le quali vanno, come noto, lette alla luce del successivo articolo 529 (Atti e oggetti osceni: nozione), il quale recita, al suo comma prima: "agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore". Sicché il giurisperito, impegnato a dirimere una controversia, al fine di poter cogliere l'oscenità di un atto o di un oggetto non potrà fare riferimento ad indicazioni provenienti dal legislatore, piuttosto dovrà indagare quelli che sono i costumi sociali vigenti (indipendentemente dalla volontà dell'autorità competente); dovrà, pertanto, operare in modo intersistemico, ponendo a confronto sistemi normativi diversi, come norme sociali vigenti e disposizioni legislative. L'esemplificazione può venire estesa con il richiamo alle cosiddette clausole generali, che ritrovano specificazione attraverso il ricorso ai valori sociali vigenti nel momento in cui l'interprete è chiamato a formulare la norma regolatrice del caso controverso.

propria *regolarità* proprio nell'aprirsi ad altri sistemi normativi vigenti in campo sociale, tanto da legare la produzione normativa non al solo testo (e, in subordine, alla cornice dei significati offerti dal legislatore), bensì alle norme sociali radicate e connotanti un dato contesto. Operando in modo *intersistemico* l'autorità giuridica àncora la norma prodotta non esclusivamente ad un atto di volontà, ma al tessuto sociale nel quale opera e per il quale la norma è prodotta; si fa cioè interprete della *legalità sociale*.

La giurisprudenza, ancora una volta intesa in senso ampio e non soltanto come una delle tre tradizionali articolazioni dei poteri dello stato, ritrova il materiale con cui forgiare la norma giuridica nei sistemi regolamentativi operanti nella realtà sociale ed è chiamata ad un compito di mediazione tra gli stessi al fine di riconoscere la regola giuridica adeguata ad intervenire su tale realtà sociale. In questa prospettiva, che comporta la ridiscussione della categoria moderna della positività del diritto, va evidenziato come l'ordine prodotto non possa più ritrovare (o perlomeno in modo esclusivo) la propria legittimità nella volontà del potere competente, esplicantesi o nella posizione di disposizioni legislative oppure di precedenti giudiziali, piuttosto, come più volte ricordato, nella adeguatezza della norma giuridica alle esigenze (valori e interessi) presenti nel contesto sociale che è chiamata a regolamentare.

Se, come già osservato, la comparsa all'orizzonte politico-giuridico dei diritti sociali ha determinato un profondo mutamento sia dei rapporti fra l'ente statale ed i cittadini, che dei rapporti fra gli stessi organi dello stato, tanto da ridisegnare l'assetto della compagine statale, a maggior ragione il collocamento del sistema giuridico nazionale all'interno di un più ampio contesto ordinamentale (dall'internazionale *tout court* a quello specificatamente comunitario), provoca ulteriori ripercussioni sull'assetto istituzionale, in generale, e sulle forme di produzione del diritto, in particolare. In questo quadro socio-politico, profondamente mutato rispetto alle raffigurazioni di stampo ottocentesco, trascinate oltre i confini temporali del secondo millennio, si scorge pertanto l'opportunità di indugiare anche sull'analisi di *nuove* forme di produzione giuridica, tali da scindere il tradizionale binomio diritto-potere, per ricercare fonti non tanto espressive della rappresentazione del potere politico in chiave legislativa, quanto della regolarità sociale intesa quale fondamento, questo sì ultimo ed imprescindibile, per una comunità politica; un diritto sociale di fonte giurisprudenziale potrebbe risultare centrale all'intero di tale prospettiva.

Il *diritto sociale* si ricollega all'idea di un diritto *fluidido*, la cui presenza implica una diversa concezione della certezza del diritto, che ritrova la propria categoria nella sua adeguatezza alla propensione alla regolarità che caratterizza una data comunità politica.

Ecco allora che l'edificio comune si progetta e si costruisce utilizzando sapientemente, come leggiamo nel Libro quinto, capitolo decimo dell'*Etica Nicomachea*, *il regolo di piombo che si usa nell'edilizia di Lesbo: esso infatti si piega alla forma della pietra e non rimane rigido, e altrettanto è del decreto rispetto ai fatti*¹¹.

11 Per Aristotele “ogni legge è universale, mentre non è possibile in universale prescrivere rettamente intorno a cose particolari. [...] Quando dunque la legge parli in generale, ma in concreto avvenga qualcosa che non rientri nell'universale, allora è cosa retta il correggere la lacuna là dove il legislatore ha ommesso o errato, parlando in generale. [...] In ciò che è indeterminato, anche la norma deve essere indeterminata, come è il regolo di piombo che si usa nell'edilizia a Lesbo: esso infatti si piega alla forma della pietra e non rimane rigido, e altrettanto è del decreto rispetto ai fatti”, *Etica Nicomachea*, V, 10, 1137b (a p. 135 della trad. it. cit.).

Collana *in/Tigor*
Dipartimento di Studi Umanistici
Università degli Studi di Trieste

<http://www.openstarts.units.it/handle/10077/3869>

in/Tigor 1

ANNUARIO 2008-2009 del Corso di Master di primo livello in *Analisi e gestione della comunicazione* a cura di A. TAFURI

in/Tigor 2

EDUCAZIONE FORENSE *Sul metodo della didattica giuridica*
a cura di P. MORO

in/Tigor 3

INTERPRETAZIONE ED ESPERIENZA GIURIDICA *Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa* di M. COSSUTTA

in/Tigor 4

INTERPRETAZIONE ED ESPERIENZA GIURIDICA *Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*
di M. COSSUTTA

in/Tigor 5

ANNUARIO 2009-2010 del Corso di Master di primo livello in *Analisi e gestione della comunicazione* a cura di A. TAFURI

in/Tigor 6

INTERPRETAZIONE ED ESPERIENZA GIURIDICA *Sull'interpretazione creativa nella società pluralista* di M. COSSUTTA

in/Tigor 7

VOCI E PAROLE FRA REALTÀ E MITO di G. STECCHINA

in/Tigor 8

DIRITTI FONDAMENTALI E DIRITTI SOCIALI a cura di M. COSSUTTA

in/Tigor 9

LA FILOSOFIA DI MAX ADLER: DALLA DISPUTA SULLE SCIENZE
ALLA FEDE NELLA REDENZIONE di G. RIDOLFI

in/Tigor 10

SALVATORE PUGLIATTI GIURISTA: PER UN DIRITTO TRA SISTEMA
E STORIA di S. FAVARO

in/Tigor 11

FACEBOOK GENERATION I “*nativi digitali*” tra linguaggi del consumo,
mondi di marca e nuovi media di G. QUALIZZA

in/Tigor 12

TRA *ANALOGICO E DIGITALE*. RICORDANDO FRANCO FILENI
a cura di M. COSSUTTA

in/Tigor 13

ERRICO MALATESTA. NOTE PER UN DIRITTO ANARCHICO
di M. COSSUTTA

in/Tigor 14

LE NUOVE FRONTIERE DELLE FONTI DEL DIRITTO Oltre il Positi-
vismo Giuridico di S. FANARI

in/Tigor 15

DALENINA LENNON. COME JAZZ, ROCK, BEAT & POP CONTRIBUIRO-
NO ALLA CADUTA DELLA CORTINA DI FERRO di E. AMBROSI

in/Tigor 16

RIFLESSIONI SULLA GIURISPRUDENZA COME SCIENZA. DAL
MORE GEOMETRICO ALLA *GEOMETRIE DER TOTALEN RECHTS-
ERSCHEINUNG* di M. COSSUTTA

in/Tigor 17

HERZEN E LA DEMOCRAZIA RUSSA DEL XIX SECOLO di M. MILLI