

L'avvenire del diritto e la sua prospettiva processuale

Marco Cossutta

ABSTRACT

Brevi spunti intorno alla prospettiva processuale del diritto inaugurata da Capograssi che ritorna implicita conferma in recenti pronunce giurisprudenziali comunitarie ed italiane; alla luce di ciò si riconosce nella giurisprudenza una fonte del diritto.

Brief review of the procedural perspective of the law inaugurated by Capograssi, which returns implicitly confirmed in recent communitarian and Italian judicial decisions; therefore it is recognized in the jurisprudence a source of law.

SOMMARIO: § 1. SULLA PROSPETTIVA DELL'ESPERIENZA GIURIDICA; § 2. SULLA COMPLESSITÀ DELLA GIURISPRUDENZA; § 3. SULLA GIURISPRUDENZA QUALE FONTE DEL DIRITTO.

§ 1. SULLA PROSPETTIVA DELL'ESPERIENZA GIURIDICA

Il diritto è inseparabile, nel suo concetto e nella sua struttura, dalla possibilità del processo [...]. Affermare la processualità del diritto (perché di questo esattamente si tratta) significa [...] riconoscere che il diritto è in funzione della possibilità di controversie che debbono essere definite da un giudizio¹.

Così Enrico Opocher sulla scorta del Suo Maestro, Giuseppe Capograssi ed in parallelo con giuristi quali Flavio Lopez de Oñate,

1 E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983, p. 293 (cfr. anche p. 296).

PAROLE CHIAVE

FONTI DEL DIRITTO;
GIURISPRUDENZA;
RAPPORTO FRA DIRITTO E REGOLE SOCIALI.

KEYWORDS

SOURCE OF LAW;
JURISPRUDENCE;
RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND SOCIAL RULES.

Salvatore Satta, Pietro Piovani e Luigi Caiani, tratteggia l'indissolubilità tra diritto e processo.

Un fondersi che inizia, come ebbe a rilevare il Suo Maestro, quando "c'è qualcuno che chiede aiuto! [...] Ma l'ordinamento dimostra proprio in questi casi la sua sconcertante insufficienza: tutto l'ordine normativo, tutto il sistema delle norme esiste, ma se qualcuno chiede aiuto e lo invoca, la norma fin tanto che sta generale ed alta sopra di lui, non gli giova"².

Quella norma *generale ed alta* nel processo si tramuta in diritto, "in norma particolare adeguata al caso particolare"³.

2 G. Capograssi, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, ora in *Opere*, vol. IV, Milano, 1959 (ma 1938), p. 134.

3 *Id.*, *Il problema della scienza del diritto*, ora in *Opere*, vol. II, Milano, 1959, p. 381 (ma 1937).

In tale prospettiva⁴, il diritto si esplicita definendosi nel processo; è pertanto l'attività giurisprudenziale a determinare ed a far valere il diritto, nel senso che "i rapporti che costituiscono l'esperienza meta-giuridica [le volontà, i fini, le azioni], vengono, attraverso il diritto, fatti valere per quello che sono effettivamente stati"⁵.

Il processo è dunque il luogo ed il momento in cui il diritto si sostanzia, luogo e momento ove anche le somme enunciazioni di principio, quei Diritti umani che stanno *generalis ed alti* sull'essere umano – sull'uomo comune, direbbe Capograssi – ritrovano concretezza nei piccoli quotidiani accadimenti – illuminandoli. È la giurisprudenza che fa sì che il diritto abbia vigenza; al di fuori dell'attività giurisprudenziale il diritto *dorme* nei Codici⁶, sonnecchia nei Trattati e nelle Dichiarazioni.

A maggior ragione nel caso dei diritti racchiusi nelle Dichiarazioni, questi ritrovano nel processo, quindi nella giurisprudenza, la loro esplicitazione ed esplicitazione e ciò non tanto perché qui divengono giustiziabili, quanto per la ragione che qui si attua quel bilanciamento/mediazione dei dati dell'esperienza meta-giur-

4 Per un primo approccio alla prospettiva processuale del diritto e segnatamente alla speculazione di Giuseppe Capograssi, cfr., oltre al volume curato da F. Mercadante, *Due Congressi su Giuseppe Capograssi. L'individuo, lo stato, la storia. G. Capograssi nella storia religiosa e letteraria del novecento*, Milano, 1990, i lavori di G. Zaccaria, *Esperienza giuridica, dialettica e storia nel pensiero di Giuseppe Capograssi*, Padova, 1976, e di U. Pagallo, *Ambiguità dello stato sociale*, Padova, 1990. Più in generale sulla prospettiva dell'esperienza giuridica si rimanda a Enrico Opocher, *sub voce Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*; *Id.*, *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, *Id.*, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 231-237, *Id.*, *Riflessioni su diritto e processo nella filosofia dell'esperienza giuridica di G. Capograssi*, in *Studi in onore di Angelo Falzea. I*, Milano, 1991 nonché a R. Meneghelli, *Riflessioni sul significato metafisico dell'esperienza giuridica*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XXIX (1952), n. 4, pp. 425-444. Cfr. altresì il volume collettaneo *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli, 1976.

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

6 La suggestione è indotta dalla riflessione crociana sulla natura del diritto; cfr. B. Croce, *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, Bari, 1963⁸ (ma 1908).

ridica, a cui alludeva Opocher richiamando volontà, fini azioni⁷; bilanciamento/mediazione che avviene per tramite la giurisprudenza.

Ciò a maggior ragione in un contesto socio-politico – quale è quello attuale – informato da uno stato pluriclasse⁸ o democratico-pluralista⁹ che dir si voglia, ove vige "un ordinamento giuridico fondato sul bilanciamento del principio di libertà positiva e quello di eguaglianza [che] porta inevitabilmente ad accrescere l'importanza della giustizia politica ed a riconoscere in via di principio un'interpretazione attivistica del ruolo del giudice"¹⁰.

In tal modo, sia pur implicitamente, Baldassarre riprende le osservazioni di Satta¹¹, per il quale la giurisprudenza (intesa in senso stretto) non può venire correttamente intesa come mera attuazione delle legge, piuttosto quale ricerca della giustizia. La giurisprudenza si muove perciò in un'area, quella della giustizia, ben più vasta di quella della legge perché "la giustizia ricomprende in sé la legge, che ne è un elemento o se si vuole un momento, ma lungi dall'esaurirla, sta rispetto ad essa come la parte sta al tutto"¹².

Ricollegandosi a Capograssi, Satta annota: "essendo la legge astratta, è assolutamente impossibile (sul piano giuridico) parlare di giustizia per la legge, in quanto la giustizia si realizza nel concreto, e ha un senso solo nel concreto"¹³. Una giustizia che si qualifica sì come riconoscimento della verità, ma "il diritto, in ciò umanissimo fra i valori, non ha pro-

7 Cfr. E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 297-299.

8 Cfr. in proposito gli studi in argomento di Massimo Severo Giannini, da ultimo la monografia *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986. Cfr. lo studio di Sabino Cassese, *Lo «Stato pluriclasse» in Massimo Severo Giannini*, in S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti, A. Bixia (a cura di), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994.

9 Così A. Baldassarre, *sub voce Diritti sociali in Enciclopedia giuridica Treccani*.

10 *Ibidem*, p. 10.

11 S. Satta, *sub voce Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*.

12 S. Satta, *sub voce Giurisdizione*, cit., pp. 220-221.

13 *Ibidem*.

prio alcuna verità metafisica da scoprire”¹⁴.

Come sottolinea Opocher, che rifiuta una concezione trascendente della giustizia, si tratta delle piccole, quotidiane verità degli accadimenti, legate alle vicende degli esseri umani, alle loro storie, in qualche modo a quell’esperienza meta-giuridica che attraverso il processo informa il diritto. In tal modo il diritto si manifesta “in tutte le sue impurità”¹⁵.

È all’interno di questo quadro concettuale che possiamo comprendere l’affermazione opocheriana che specifica il carattere del diritto all’interno della prospettiva processuale: questi “ha un carattere strumentale: ciò che fa valere non appartiene alla sfera giuridica”¹⁶.

§ 2. SULLA COMPLESSITÀ DELLA GIURISPRUDENZA

Posta la questione in tali termini possiamo riconoscere come l’attività giurisprudenziale appare – ai tempi nostri – quale attività *complessa*.

Una complessità che – con prudenza – deve essere districata per far emergere il diritto sulla cosa controversa. Al di là dell’*intricato ginepraio* richiamato dalla (orami lontana) sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, il garbuglio ben si evidenzia nel processo che, per la prospettiva sopra richiamata, non si fonda su nulla di certo (né l’azione da giudicare, né la regola con cui valutarla¹⁷).

Il tutto, infatti, si determina attraverso il dire ed il contraddire di coloro i quali sono partecipi al processo di risoluzione giuridica. Per inciso, l’essere partecipi non implica di per sé la potestà di partecipare all’evento, che è propria ai soli attore, convento e giudice, ma si estende anche alla giurisprudenza in senso lato e, quindi, più in generale, alla pubblica opinione;

14 E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 311. Cfr. dello stesso autore anche la voce *Giustizia*, in *Enciclopedia del diritto*

15 E. Opocher, *sub voce Giustizia*, cit., p. 742.

16 E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 293. Cfr. anche *ibidem*, pp. 297-298. Cfr. in argomento anche L. Caiani, *I giudizi di valore nell’interpretazione giuridica*, Padova, 1954.

17 Cfr. G. Capograssi, *Giudizio processo scienza verità, ora in Opere*, vol. V, Milano, 1959 (ma 1950), p. 59.

presenti, questi ultimi, attraverso i *luoghi comuni*¹⁸ che permettono il dispiegarsi dialettico del processo di risoluzione giuridica¹⁹.

Il processo non può svolgersi senza che la giurisprudenza intrecci (ecco il *plexum*, da cui al complesso) sistemi normativi fra loro differenti sia per fonte, che per contenuto: disposizioni legislative e regole morali (nel senso di *mores/costumi*) in modo da tramutare la *generale ed alta* disposizione in una norma atta a rendere giustizia nel caso controverso²⁰.

Il processo di ordinamento non si attua attraverso l’applicazione di una regola pre-posta al caso controverso, ma, all’incontrario, ricercando – con prudenza – proprio a partire dal

18 I *luoghi comuni* (*éndoxa*), per riprendere le parole di Enrico Berti, controllano la corrispondenza delle asserzioni “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, 369-370. Per una utile ricognizione delle traduzioni del sostantivo *éndoxon* si rimanda a G. M. Azzoni, *Éndoxa e fonti del diritto*, in F. A. Ferrari – M. Manzin (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004. Nel richiamare i luoghi comuni quale polo su cui ruota l’attività argomentativa delle parti non va sottaciuto il fatto che gli stessi possono a-problematicamente venire assunti in un contesto culturale omogeneo; ben più problematico appare invece il loro utilizzo in ambiti societari pluralisti, ove convivono sistemi culturali e valoriali non omogenei e non (facilmente) mediabili attraverso *minimi comuni determinatori*. In questi ambiti ancor più ardua e complessa appare l’opera di una giurisprudenza che non voglia ammantarsi di relativismo.

19 Cfr. in tema, sempre all’interno d’una prospettiva processuale del diritto, 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, *Il controllo razionale tra logica, dialettica e retorica*, in M. Basciu (a cura di), *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino. Atti del XX Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, Padova, 1998.

20 Sia pur all’interno di una differente prospettiva si veda la distinzione fra *disposizione* e *norma*; cfr. in argomento Massimo Severo Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in “Giurisprudenza costituzionale”, I (1956), n. 4-5, il contributo di Vezio Crisafulli, *Questioni in tema di interpretazione della Corte Costituzionale nei rapporti con l’interpretazione giudiziaria*, in *ibidem*; si rimanda altresì alla voce *Disposizione (e norma)* redatta da Crisafulli ed apparsa nel 1964 sulla *Enciclopedia del diritto*, nonché alle sue *Lezioni di diritto costituzionale. II. L’ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984.

caso concreto la regola che può dirimere la controversia.

L'attività giurisprudenziale non risulta pertanto attività complicata (da *cum-plicum*), perché se così fosse basterebbe allora s-piegare tale operazione attraverso una legge che ne sveli le dinamiche, fondando in tal modo una scienza giuridica (costruita sul modello delle scienze fisico-matematiche), che una volta in possesso della *chiave* che regola le dinamiche del reale, riesca con questa a dominarlo²¹.

L'attività giurisprudenziale non si riduce pertanto all'applicazione delle leggi; se così fosse il giurista si paleserebbe quale il *razionale* del legislatore²². La giurisprudenza si manifesta, all'incontrario, attraverso il costante esperire

21 Va in proposito richiamata la caustica osservazione proposta da Paolo Grossi: "temiamo [...] l'inquinamento - chè sarebbe tale - di una nozione della interpretazione come attività puramente logica e dell'interprete come un automa senza volontà e libertà proprie, che constatiamo ancora dominate preso tanti giuristi beatamente e beatamente paghi ancor oggi di riaffermare entusiasti e inconsapevoli il principio di strettissima legalità e l'immagine dello *iudex* come *servus legis*, che la propaganda giuridica borghese da due secoli ha loro instillato nel cervello", così ne *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006², p. 163.

22 Cfr. in proposito la serrata *polemica* di Guido Calogero nei confronti dell'Alfredo Rocco de *La sentenza civile*. Studi, Torino, 1906 (ristampa Milano, 1962), ove il futuro Guardia sigilli perora al causa del sillogismo giudiziario. Scrive Calogero, "chi non potrebbe fare quello che il giudice dovrebbe fare? Non solo il più candido dei professori di logica scolastica quale continuava ad insegnarsi anche in Italia prima della riforma Gentile, ma addirittura l'ultimo dei mortali, e magari una scimmia e un cane con cui si riuscisse a intendersi (cioè a parlare, cioè a entrare in un qualsiasi rapporto semantico: e non è forse un perfetto sillogismo quello per cui l'asino, avendo appreso, come verità generale o universale che dir si voglia, che a un certo movimento del braccio del padrone segue il dolore della frustata, affretta il passo appena si profila l'inizio del movimento?), saprebbe dire quale conclusione discende da quelle premesse. Occorrerebbe mantenere tanti organi giurisdizionali, e amministrare la giustizia in nome della suprema autorità dello stato, se la funzione essenziale e centrale della giurisdizione consistesse veramente nel trovare quale conclusione sillogistica deriva da due premesse già note, come «i debitori sono tenuti a pagare» e «Tizio è debitore»? Le cause potrebbero decidersi per le strade, e non ci sarebbe bisogno né di magistrati né di avvocati, ma solo di uscieri e di carabinieri", *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, p. 50.

regole atte ad ordinare la realtà sociale, regole che affondano le proprie radici in quella stessa realtà che va ordinata e che, intrecciandosi con le disposizioni e rendendole cosa viva e in quanto tale sempre mutevole, ritornano alla stessa sotto forma di norme giuridiche, di diritto.

Va pertanto abbandonato quel *letteralismo* giuridico ancorato a fondamenti intangibili, quale appare il testo della disposizione, e che dà vita al feticismo della legge, la cui applicazione, per quanto complicata, offrirebbe ordine sociale. Qui l'ordinamento è un alcunché di statico in quanto legato alla volontà del legislatore, là invece è un processo dinamico il cui motore è nella vita quotidiana: per dirla con Opocher, volontà, fini, azioni.

In questo senso, il processo di ordinamento giuridico fa valere un alcunché il quale né formalisticamente, né contenutisticamente gli appartiene; il diritto infatti appare legato e radicato nella quotidianità non in un astratto ordine giuridico; interessi, valori, sentimenti, aspirazioni che si mettono in movimento non per il gusto di *giuridicizzarsi*, tutt'al più per richiedere all'opera della giurisprudenza mediazione ed istituzionalizzazione. In ultima analisi giustizia.

Il compito della giurisprudenza è, per dirla con Luigi Caiani, quello di dar vita ad "un processo sempre più approssimato e determinato di traduzione dei giudizi di valore operanti socialmente in giudizi di valore operanti giuridicamente"²³.

§ 3. SULLA GIURISPRUDENZA QUALE FONTE DEL DIRITTO

Il discorso fin'ora svolto pare ritrovare conferma in una profonda rivisitazione della concezione rigida della divisione dei poteri fondata sull'idea della loro specializzazione²⁴

La oramai acclarata partecipazione della giurisprudenza alla determinazione del di-

23 *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit., p. 209.

24 Cfr. in merito la già richiamata voce redatta da Antonio Baldassarre nonché M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. Comanducci-R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, Torino, 2005.

ritto, che fa sì che questo potere si affianchi in tale opera al tradizionale monopolista rappresentato dal legislatore, implica pertanto un profondo ripensamento delle fonti del diritto.

La giurisprudenza europea – in questo pienamente recepita dall’ordinamento nazionale – riconosce come la nozione di diritto, che corrisponde a quella di legge, “comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale [...] per quanto possa essere chiaro il testo di una disposizione di legge [...] esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisogna sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione [...]. Il diritto deve sapersi adattare [...]. La giurisprudenza, in quanto fonte del diritto, contribuisce necessariamente all’evoluzione progressiva del diritto” (Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sentenza *Scoppola vs. Italia*, 17 settembre 2009).

Come sopra accennato, lo stesso ordinamento italiano, per tramite le Sezioni Unite della Cassazione penale, con sentenza 18288 del 21 gennaio 2010, fa proprie le indicazioni della Corte europea affermando la necessità di ricomprendere “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 [...], il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo”.

È pertanto il diritto vivente (non quello asopito nei Codici e nelle Gazzette ufficiali) a rappresentare la regola giuridica intorno alla quale ruota il processo di ordinamento giuridico, *in primis*, come più volte ribadito dalla Corte costituzionale, l’opera di sindacato di costituzionalità della legge *ex* articolo 134, comma primo del Dettato. Ecco allora come il secondo comma dell’articolo 101 della Costituzione assume il significato di soggezione del giudice al diritto (vivente) e non ad una legge *generale ed alta*. Il che implica la necessità di rileggere completamente l’articolo primo delle *Disposizioni sulla legge in generale* in merito alle fonti del diritti e nell’atto della lettura inserirvi le fonti giurisprudenziali (la cui gerarchia è stata tratteggiata, sia pur in termini generali dalla Cassazione sopra richiamata).

Oltre a questi brevi riferimenti in ambito teorico-generale, prima di concludere questo intervento va quanto meno accennata una questione di natura più squisitamente filosofico-giuridica. Pare infatti che all’inizio di questo millennio occorra ripensare radicalmente uno degli assiomi fondanti la modernità giuridico-politica: il dogma della separazione fra diritto e morale, (*l’etsi Deus non daretur* del 1625 che affonda le proprie radici nel *Defensor pacis* del 1324)²⁵. Dogma che, nello specifico del nostro discorso, fa sì che l’attività interpretativa sia rappresentata come qualcosa di tecnico e non di politico²⁶.

Tale superamento non è volto certamente a subordinare l’ordine giuridico ad un trascendente ordine morale – da cui al giusnaturalismo classico – quanto per pienamente cogliere il diritto nella sua essenza di luogo di istituzionalizzazione d’una regolarità socia-

25 Sul tema si vedano, fra le innumerevoli, le pagine dedicategli da E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 285 e segg.

26 Scrive in proposito Renato Treves: “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”. *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XXIX (1952), n. 1, p. 182. Le osservazioni di Treves ritrovano lampante conferma nella lettura di un passo di Vittorio Scalaja apparso nel 1898; 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 forse 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. Cfr. in argomento anche il saggio di Natalino Irti, *L’età della decodificazione*, Milano, 1979 (ma 1978).

le che ritrova, come sopra argomentato, nella giurisprudenza il suo momento di determinazione²⁷ (non chiaramente, in questa prospettiva, di creazione²⁸).

Tutto ciò implica un netto distanziarsi dalle teorie positivistiche (e giusnaturalistiche), ben ancorate nel passato millennio ed oramai in gran parte inutilizzabili per comprendere il fenomeno giuridico e, come richiamato nella titolazione di questo Simposio, traghettarlo verso “l’avvenire”.

In questo senso va richiamata l’attenzione del paziente lettore sulla titolazione di questo breve intervento che lega l’avvenire del diritto alla prospettiva processuale attraverso la congiunzione “e”; ebbene, qualora si voglia offrire una lettura del testo in chiave non solo descrittiva ma anche prescrittiva allora tale congiunzione potrebbe tramutarsi in una copula facendo sì che l’avvenire del diritto stia proprio, come indicato dai Maestri sopra richiamati, nel riconoscimento della sua propensione processuale.

Marco Cossutta – professore associato di Filosofia del diritto nell’Università degli Studi di Trieste – Dipartimento di Studi umanistici.

cossumar@units.it

27 Cfr. in tema, fra le molte, le argomentazioni proposte da G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte del diritto. un’evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007. Si veda anche F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2000.

28 Va attratta l’attenzione sul termine *fonte* comunemente utilizzato per indicare il luogo e il modo di produzione del diritto. L’utilizzo di tale sostantivo implica una metafora; va tenuto infatti presente come la fonte, nel parlar comune, indica il luogo da cui sgorga la vena d’acqua, ma la fonte è soltanto il punto in cui l’acqua si manifesta passando dal sottosuolo alla superficie, dove diviene utilizzabile. Sarebbe assurdo ritenere che la fonte crei l’acqua, questa permette soltanto che l’acqua si manifesti e possa venire utilizzata. In questo passaggio l’acqua muta, per così dire, la sua funzione, da fenomeno meramente geo-fisico, non dominato ed invisibile dalla superficie terrestre, diviene, per lo meno potenzialmente, fenomeno economico, elemento controllabile ed utilizzabile. L’attività interpretativa è pertanto solo la fonte, nel senso sopra indicato, del diritto, è, per così dire, il luogo in cui il diritto scorga; in quanto fonte, ovvero sorgente, non può venire concepita come luogo di produzione o creazione del diritto questo sussiste, sia pure in altro modo e forma (vedi la questione della regolarità sociale) prima del suo determinarsi attraverso la sua istituzionalizzazione. Cfr. in tema le riflessioni di Enrico Paresce, *Fonti del diritto (Filosofia del diritto)*, in *Enciclopedia del diritto*.