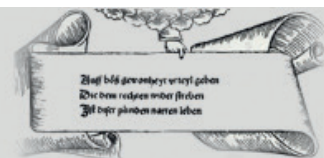




# Jurisdictio



Storia e prospettive della Giustizia

N. 2-2021 - CONTRIBUTI 1

ISSN 2724-2161

**Orazio Abbamonte**

## GIURISPRUDENZA E STORICITÀ DEL DIRITTO

CONTRIBUTO AD UN POSSIBILE  
RINNOVAMENTO DELLA STORIOGRAFIA  
GIURIDICA ED AL COMPITO DELL'ATTIVITÀ  
GIURISPRUDENZIALE NELLA FORMAZIONE  
DEL DIRITTO E DEL GIURISTA

Editoriale Scientifica

*Orazio Abbamonte*

GIURISPRUDENZA E STORICITÀ DEL DIRITTO  
CONTRIBUTO AD UN POSSIBILE RINNOVAMENTO DELLA STORIOGRAFIA  
GIURIDICA ED AL COMPITO DELL'ATTIVITÀ GIURISPRUDENZIALE  
NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO E DEL GIURISTA

*...fare ricerca, raschiare, togliere la polvere  
accumulatasi sopra tante cose, avere delle idee.*  
Michel Foucault

1. *Le ragioni di una Rivista*

La nascita d'una rivista, in questo caso è al suo secondo fascicolo se si omette il numero zero, è impresa che richiede un certo coraggio – l'ha già lasciato intendere Francesco Eriberto D'Ippolito<sup>1</sup> – ma soprattutto esige motivazioni. Il panorama dei periodici non può dirsi certo spopolato, ed anche quello d'interesse storico giuridico annovera un buon numero di vivaci e qualificate testate. Sicché, si direbbe, perché aggiungerne d'altre, quando già c'è tanto cui potersi approvvigionare? In un felice libretto, di recente dato alle stampe per i tipi della casa editrice da lui stesso creata, lungamente curata e portata a livelli elevati di raffinatezza, un autore che con la storiografia giuridica ha avuto rapporti di sangue offre ad un certo punto un sugoso resoconto della prima di due serate del gennaio 1928 trascorse fra gli esponenti di maggior spicco del movimento surrealista parigino ad interrogarsi sul tema della sessualità. Non difficile immaginare quanto originali, spregiudicate, irriguardose dovessero farsi le osservazioni, che nell'incrociarsi denso e provocatorio del confronto presero forma in quell'ambiente d'autentici irregolari. Il tutto sarebbe stato destinato ad occupare le colonne della *Révolution surréaliste*, la rivista alla quale il

\* Molte delle riflessioni presenti in queste pagine sono nate dall'esperienza di docenza, che da anni svolgo in comunione con il collega Massimo Tita, alle cui sagaci lezioni non pochi spunti si devono. Ringrazio la collega Daniela Bifulco per l'intelligente e paziente lettura che ha dato alle bozze di questo lavoro, contribuendo a renderlo un po' meno difettoso.

<sup>1</sup> In questa Rivista, 1 (2020), p. 31.

Movimento aveva affidato l'elaborazione e la diffusione delle proprie idee. «Tutto questo – annota un ammirato Roberto Calasso – e altro, nella prima serata. Si potrebbe facilmente continuare con la seconda, che seguì quattro giorni dopo. Ma il punto rimarrebbe lo stesso: *certe cose si scoprono soltanto se si fa una rivista*»<sup>2</sup>.

Ecco, qui il punto: certe cose si scoprono solo se si fa una rivista. Quella dei surrealisti ebbe vita assai breve, per vero, e forse non avrebbe dovuto essere evocata, almeno per un indirizzo beneaugurante. Ma, nonostante le mie origini, credo poco alla superstizione, molto più agli stimoli che vengono dall'esempio di chi è uso a pensare. Una rivista è un *luogo* che richiama il dibattito, che induce al confronto, che ingiunge la riflessione. Non a caso, compulsate in una differente prospettiva d'interesse, le riviste costituiscono una testimonianza importante degli interessi spirituali e culturali del momento storico in cui appaiono e si sviluppano. Quando non amorfe, sono 'progetto in azione'<sup>3</sup>, lavorano intorno a nuclei tematici ampi, ma accomunati da domande che orientano e dunque producono. Si prefiggono il compito della conoscenza, in ambiti ritenuti non esplorati con la cura che meritano, quando non anche del tutto obliati. Ed in effetti è un po' qui la ragione che ha spinto i promotori di questa Rivista ad adunarsi intorno ad un obiettivo: valorizzare l'attività svolta dalla giurisdizione, nella ricerca storica – e non solo storica – che si conduce intorno al fenomeno giuridico.

## 2. *L'ambito giurisprudenziale nelle dinamiche formative del diritto ed i doveri della ricerca*

Si era all'indomani del disastro bellico, quando si trattava seriamente di *ricostruire*. Benedetto Croce, intervistato per preziosissime pagine dell'*Almanacco Mondadori 1945* da un giornalista napoletano di lignaggio, il suo amico Mario Vinciguerra, fu sollecitato ad esprimersi

<sup>2</sup> R. CALASSO, *Come ordinare una biblioteca*, Adelphi, Milano 2020, p. 80 (corsivo dell'A.). Affiorano qua e là nelle pagine dell'autore, le suggestioni a lui trasmesse dall'ambiente familiare: in questo godibilissimo libretto, cfr. pp. 59-61.

<sup>3</sup> Espressione definitoria usata più d'un trentennio fa da P. GROSSI nella *Pagina introduttiva* allo storico numero monografico dei *Quaderni Fiorentini*, 16 (1987) dedicato alle riviste giuridiche italiane del primo ottantennio unitario, nel dichiarato intento di leggere attraverso di esse gli interessi prevalenti della scienza giuridica italiana.

su niente di meno di quale dovesse essere il compito della cultura, direi la responsabilità della cultura in quella assai critica fase della vicenda nazionale:

Vi servo subito – rispose con i modi spicci che di consueto adottava quando voleva sorprendere – nell'accordo tra il pensiero e la vita, nella collaborazione e anzi nella fusione tra i due [...]. Cultura, scienza filosofia, storia non hanno serietà se non sono generate e rigenerate e di continuo frenate e governate dai bisogni e sentimenti della vita personale e sociale<sup>4</sup>.

Questo monito alla concretezza e, ancor più, a mantenere stretti i legami tra la realtà della vita e l'impegno investigativo della cultura m'è parso oltremodo attuale – *attualità*, altra categoria crociana<sup>5</sup> – in una fase storica in cui ha dell'asociale non investire ogni pur minima energia nell'impresa collettiva di rigenerazione o quanto meno di manutenzione delle condizioni per un dignitoso svolgimento dell'esistenza comune. Va da sé che ritengo noi essere in un simile momento epocale, ma non è questa l'occasione per approfondire.

È piuttosto un dato constatativo che la ricerca storico-giuridica abbia dedicato sinora all'attività dei tribunali, antonomasticamente intesi, un numero di studi che possono ancor oggi accomodarsi nello spazio d'una nota a piè di pagina<sup>6</sup>. Ed è un fatto questo che andrebbe

<sup>4</sup> B. CROCE, *Indirizzi di una nuova cultura. Intervista*, ora in ID., *Pensiero politico e politica attuale. Scritti e discorsi*, Laterza, Bari 1946, p. 76.

<sup>5</sup> Crociana e dell'intero pensiero idealistico, che la dialettica tra particolare ed universale erge a proprio asse costitutivo. Negli stessi anni in cui Croce andava riflettendo sulla necessità che l'attività storiografica nascesse da esigenze e domande del presente, perché non finisse col confinarsi nella mera storia filologica ed erudita, sull'altra sponda dell'oceano, la storiografia nordamericana d'ispirazione pragmatista (tra pragmatismo ed idealismo corrono rapporti migliori di quanto a prima vista non si sarebbe indotti ad ammettere), in maniera ancor più concreta – com'è dello spirito di quella nazione – si mostrava animata dall'aspirazione a «spiegare i fatti del presente»: cfr. M. WHITE, *La rivolta contro il formalismo*, Il Mulino, Bologna 1956 (1952), pp. 71-85.

<sup>6</sup> Letteralmente: cfr. M. MASTROBERTI, *Il culto della sentenza tra Ottocento e Novecento: dalle raccolte di giurisprudenza alla nota a sentenza*, in *Historia et ius*, 14 (2018), p. 3, nt. 1. Mastroberti è, tra gli storici del diritto, uno tra i non molti impegnati a spostare, con studi suoi e dei propri allievi, l'attenzione della ricerca verso l'attività giurisprudenziale.

anch'esso storicamente spiegato<sup>7</sup>. Qualcosa se ne dirà. Difficile non notare all'impronta la singolarità d'una tale mancanza d'interesse, per una storiografia specialistica che ha impressa nelle sue tavole statutarie la tematizzazione storica della vicenda del diritto, del farsi del giuridico, dei percorsi molto tortuosi traverso cui si trapassa dalla grezza esigenza sociale, dapprima amorfa e via via più in grado di darsi forma d'istanza compiuta e visibile, all'ambiente del giuridico, pretenziosamente distinto per formalizzazione e delimitazione; per poi da quest'ultimo ripresentarsi in nuova guisa nel mondo dei rapporti sociali con il compito di regolarli e, nel regolarli, riprodursi, puntualizzarsi, articolarsi in regole ognora più sofisticate.

Al compimento di questo inesausto circuito nel quale si svolge la vita del diritto<sup>8</sup>, la giurisprudenza contribuisce in modo decisivo, offrendo un apporto dai contenuti innovativi ben noto ed indubbiamente spiccato, un apporto che ormai da vari anni è posto a tema in una gran varietà di scritti, che hanno evidenziato quale sia l'ampiezza del materiale offerto dai giudici nella formazione delle discipline giuridiche<sup>9</sup>. Quello della giurisdizione che si pronuncia è, può dirsi, momento

<sup>7</sup> Còlto da ultimo sulle pagine di questa Rivista, 1 (2020), dal compianto G. S. PENE VIDARI, *Contributo sui periodici italiani del primo Ottocento in tema di 'Iurisdictio'*, pp. 78-91.

<sup>8</sup> Benché movendo da posizioni spiritualistiche non si sia mai occupato concretamente della funzione della giurisprudenza (in senso stretto), fu dell'opera di Giuseppe Capograssi – in cui più d'una volta c'imbattemo – l'esortazione a cogliere «l'esperienza [giuridica] nel suo formarsi», in quanto «il problema sarà sempre di spiegare il nascere di queste norme, e quel fondersi di queste norme nell'azione, o almeno, se le norme non si realizzano nell'azione, di spiegarsi questa duplice posizione, e la relazione interna a questa duplicità. Occorre dunque considerare questa esperienza là dove essa è veramente sé stessa cioè l'attività concreta del soggetto». Cfr. G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, in ID., *Opere*, II, cit., p. 158: un vigoroso richiamo alla decisività del momento dell'inveramento del diritto, che si coglie quando la norma da comando astratto si fa atto concreto, un momento che sul piano fenomenologico assume peculiarissima valenza proprio nel provvedimento del giudice, perché esso è manifestazione puntuale dell'ordinamento che s'inscrive autoritativamente nella vita dei consociati, trasfigurandosi in tangibile realtà. Tesi, questa, che Capograssi, come vedremo, non mancherà di esplicitare a livello teoretico.

<sup>9</sup> Sarebbe qui fuor di luogo richiamare una messe ampia di lavori, frutto di ricerche compiute prevalentemente da giuristi positivi e da teorici del diritto. Peraltro, nel corso dello scritto vari lavori verranno rievocati. Solo per offrire sinora un'esemplificazione di quanto fecondo possa essere il lavoro sul formante giurisprudenziale, si rinvia ad una meritoria collettanea che ormai già un ventennio fa offerse il risultato d'un ampio sondaggio sulla creatività giurisprudenziale in ambito civilistico:

unico per stimare la storicità del diritto, concetto che verrà, per quel che si può, affrontato in queste pagine in un gioco di sponda tra indagine teoretica e concretezza episodica: è in quel momento che il diritto esemplarmente s'impone non per scelta dei soggetti che decidono di prestarvi ossequio, ma per fatto dell'autorità che, anche sovrapponendosi agli individui, ne esige il rispetto e lo rende regola effettiva del rapporto conflittuale.

Le osservazioni che seguono, informate a metodo storico, si riferiranno prevalentemente all'esperienza del nostro Paese; senza che questo impedisca loro, per molti aspetti e per taluni riferimenti, di prendere un tono generalizzante e quindi affacciarsi ad un livello di ricerca metodica sulla giurisprudenza come fonte del diritto. È sembrato questo il modo per dar prova precisa di quanto avviene nel farsi del giuridico, evitando di confinarsi in discorsi astratti – ottimi ad affermare, ed a teorizzare, ma poco efficaci quando si tratti di vincere radicati pregiudizi che scorrono indisturbati nella prassi – bensì aspirando a rendere visibili sia le condizioni di possibilità del divenire del diritto, sia il suo storico – idiografico – presentarsi nell'incrocio di conflitti occasionali, candidati però a trasformarsi in stringenti paradigmi normativi per future evenienze.

3. *L'emarginazione della giurisprudenza dagli interessi storiografici: a) Francesco Calasso*

Presumere d'individuare le cause d'atteggiamenti radicati in una corale impresa culturale che ha ormai attraversato l'itinerario di molte generazioni di studiosi come per la storiografia giuridica è stato, per di più in un saggio, se non d'occasione, certamente delimitato da finalità precise che non sono la storia di una disciplina scientifica, sarebbe ingenuo oltre che, appunto, segno non rassicurante di presunzione. È però comunque utile per meglio intendere il problema qui posto, creare uno sfondo non arbitrario, riferendosi a qualcuno di quei non molti storici del diritto che – superato il prevalente filologismo della prima fase della disciplina – si sono cimentati in una riflessione esplicita su questi aspetti e che, anche in ragione dell'indiscussa influenza accademica dispiegata, hanno non poco orientato le preferenze di chi li ha

cf. cur. G. Alpa, *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, Utet, Torino 2000.

seguiti nell'avvincente arte di Euterpe. Anche perché questo sfondo non riguarda solo i seguaci della musa della storia, ma rappresenta un indirizzo che ha investito a pieno il complesso della cultura giuridica italiana, inevitabilmente riproducendosi nell'opera di chi per mestiere avrebbe dovuto storicizzarla.

Un testimone particolarmente eloquente lungo questo percorso è stato indubbiamente Francesco Calasso, autore prolifico e fondatore d'una Scuola dalla grande irradiazione. Movendo da posizioni evidentemente ispirate all'idealismo individualistico e spiritualistico – in sostanza all'hegelismo di destra, mediato dalla lezione crociana – il grande storico romano era indotto a porre in secondo piano le condizioni sociali di possibilità nel farsi giuridico. Come spesso accade nelle dialettiche del pensiero umano, rifiutando gli estremismi di certe costruzioni filosofiche – in questo caso, il determinismo positivistico e le sue declinazioni materialistiche – si finisce coll'incorrere in opposti estremismi.

Respingere questa concezione – scriveva un ispirato Calasso<sup>10</sup> – significa invece credere nell'attività creatrice dello spirito umano, che è libera appunto perché creatrice; significa vedere nel fatto umano prima di tutto e soprattutto l'attuazione di questo spirito libero. [...] Ciò che, dunque, in questa concezione cade e si spezza, è appunto la catena, con la quale il determinismo causalistico imbavagliava l'azione umana; ed è qui il passo innanzi che la storiografia moderna ha compiuto una volta per tutte rispetto al positivismo, celebrando la libertà dello spirito umano, dando consapevolezza, dopo due secoli, alla grande intuizione vichiana, che il mondo è fatto dall'uomo.

Questo non vuol dire di sicuro che a Calasso sfuggisse la presenza delle condizioni materiali nelle quali l'esistenza umana si compone e strenuamente ricompono. Vuol dire, con minor pretesa, che queste condizioni materiali non sono quanto più qualifica l'andamento della storia umana: un andamento in cui è la creatività dello spirito, la libera iniziativa dell'uomo estrinsecantesi attraverso le sue opere, a fare la differenza. La storicità è dunque data dallo spirito e dalla sua operosità, che abilmente conforma la duttile realtà ai propri programmi (o almeno lo fa quale strumento della Storia); non è il contesto a far premio

<sup>10</sup> F. CALASSO, *Elogio della polemica*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1-4 (1950), ora in ID., *Storicità del diritto*, Giuffrè, Milano 1966, p. 104.

sull'individuo, bensì l'individuo a lasciare la sua impronta plasmando la storia secondo disegni che ha più o meno ben chiari nella mente. È una dialettica eterna nell'epistemologia umana: idea *versus* materia, individuo verso organizzazione<sup>11</sup>. Quando a prevalere negli equilibri è la prima, per forza di cose la dimensione teorica fa premio su quella pratica, perché considerata – da Platone in giù – più nobile, più elevata, più intima espressione della specificità dell'uomo rispetto al resto del mondo in cui vive ed opera, o fors'anche è malauguratamente precipitato. Quali siano le ricadute pratiche di queste premesse nella costruzione del giuridico, già si sa e più si cercherà di vedere nelle pagine che seguono.

In un altro suo intervento dedicato *ex professo* alla storicità del diritto, non per un attimo Francesco Calasso si pone il problema della dimensione giurisprudenziale: a far da incontestata monopolista è la scienza del diritto, una scienza del diritto, quella del Novecento, che egli giudica sempre più ammalata d'un isterilente dommatismo. E della scienza del diritto, quasi personificata, egli analizza, peraltro con gran perspicacia, l'interiorità:

questa interiorità non è che la coscienza riflessa della fenomenologia del diritto [...]: descrizione cioè di un'esperienza come processo conoscitivo che dalle forme più elementari porta alle più alte esperienze mentali. Ogni giurista vive o rivive questo processo di escavazione nel suo mondo interiore, ne abbia o non ne abbia consapevolezza critica, che lo solleciti cioè a un giudizio: e noi, questo processo, chiamiamo esperienza, educazione, forma mentale, senso giuridico, e con queste parole usuali e generi-

<sup>11</sup> Ed è ravvisabile una generale tendenza – naturalmente non priva d'eccezioni – che induce a valorizzare la dimensione ideale su quella empirica, quanto più lo studioso manifesti sensibilità filosofiche: «la filosofia non è uno studio empirico: non è l'analisi critica di ciò che esiste o che è esistito o esisterà, ossia ciò con cui hanno a che fare il sapere e le credenze di senso comune, nonché i metodi delle scienze naturali. E neppure è una sorta di deduzione formale come lo sono la matematica e la logica. Il suo oggetto consiste in larga misura non nei contenuti dell'esperienza ma nei modi a cui a questa si guarda, nelle categorie permanenti o semipermanenti nei cui termini l'esperienza è concepita e classificata. La finalità di contro la causalità meccanica; l'organismo contro al mero amalgama; il sistema di contro alla semplice combinazione degli elementi; l'ordine spaziotemporale di contro all'essere temporale; il dovere di contro all'appetito; il valore di contro al fatto; ecco una serie di categorie, di modelli, di occhiali». Cfr. I. BERLIN, *Lo scopo della filosofia*, in ID., *Il potere delle idee*, Adelphi, Milano 2003 (1962), pp. 66-7.



che, spese come moneta spicciola di cui non si misura il valore intrinseco nel momento in cui la si sospende, noi alludiamo a nient'altro che a un precipitato di secoli, depositato nella nostra coscienza, e che va oltre la nostra coscienza<sup>12</sup>.

L'autore non avrebbe potuto più icasticamente rappresentare la propria concezione spiritualistica del diritto, quale tradizione che nutre, si dà forma e si realizza nella coscienza del giurista, del giurista teorico, *ça va sans dire*. Del resto, se il diritto appare il frutto d'una dimensione coscienziale, interiorizzante dell'esperienza regolativa, non altrove che nella scienza è possibile ricercarlo, competendo alla scienza questa appercezione, quella in cui il giuridico riesce a collegarsi con le sue più elevate premesse, le stesse che ne fanno la vita spirituale, e perciò lontana dalla realtà *immediata* delle cose.

Cosa potrebbe dire la giurisprudenza alla ricerca storico-giuridica impiantata su tali solide basi teoriche? Poco o nulla, s'intende. Perché la giurisprudenza è al più il *representamen* sviluppato dal momento fenomenologico: anche se per vero, nemmeno in questa forma è stata utilizzata dall'ampiamente prevalente storiografia giuridica. Ma la fenomenologia non è che un rapido transito perché, come ci ha ricordato ora lo storico romano, questo segue un *processo conoscitivo che dalle forme più elementari porta alle più alte esperienze mentali*: e sono queste ultime, non le prime, quelle sulle quali è preferibile intrattenere l'attenzione. Ben inteso, il metodo fenomenologico è tutt'altro che estraneo all'analisi storica della giurisprudenza: anzi è straordinariamente fecondo. Il problema è che, come si osservava, muovendo da queste coordinate la storiografia giuridica è stata, anche senza eccesso d'autoriflessione, indotta a svalutare la dimensione giurisprudenziale, come quella meno significativa, caratterizzata dall'occasionalità, della quale tutto sommato si poteva far liberamente a meno. Così emarginando anche la dimensione dell'occasionale, che nella vicenda giuridica è forse il segmento più fecondo e produttivo, perché costringe all'incontro degli schemi normativi con l'irregolarità dei fatti, in una originante dialettica, della quale non si mancherà di dire.

<sup>12</sup> CALASSO, *Storicità del diritto e scienza del diritto*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, IV, 1963, in ID., *Storicità*, cit., p. 179.

#### 4. b) Bruno Paradisi

Nella medesima generazione di studiosi ai quali va il merito d'aver spostato – dettando nuove coordinate metodologiche – gli interessi della storiografia giuridica dallo studio positivistico degli istituti verso una più ampia considerazione storicistica del fenomeno giuridico perseguita con la valorizzazione del contributo creativo della *scientia iuris*, è certamente Bruno Paradisi, lo storico che ha espresso i più vigorosi richiami alla complessità del diritto. La sua aspirazione all'ampliamento degli spazi della storiografia giuridica si coglie già nell'allargamento dell'indagine alla poco frequentata storia del diritto internazionale, dove la dimensione politica fa per varie ragioni gioco su quella giuridica<sup>13</sup>. Le stesse espressioni utilizzate nella sua partecipata pagina, la ripetuta invocazione della *realtà effettuale* come vero alimento delle astrazioni dogmatiche, continuamente lascian capire d'una mente aperta alla varietà della dimensione giuridica, convinta dell'esigenza di collocarla in un ampio panorama di socialità.

La norma giuridica non è dunque soltanto un'astrazione, ma il risultato e l'interpretazione di un'esperienza; di un'esperienza concreta alla quale attribuiamo la qualificazione giuridica. La norma giuridica o, se si preferisce, la legge, è quindi la proiezione della realtà sull'ordinamento giuridico, poiché la validità intrinseca o storica della legge consiste nell'essere essa la traduzione legislativa di un costume o l'interpretazione di una situazione sociale<sup>14</sup>.

Affermazioni così nette circa l'emersione del diritto dall'intreccio delle relazioni sociali – sorta di traduzione formale d'esperienze che esigono una trasposizione a livello paradigmatico per potersi svolgere al meglio e chiarirsi perdendo della loro congiunturalità per collocarsi su d'un piano razionale<sup>15</sup> – legittimamente avrebbero lasciato intende-

<sup>13</sup> E però a proposito degli sudi internazionalistici del Paradisi (in particolare della *Storia del diritto internazionale nel Medio Evo*, Giuffrè, Milano 1940), già C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano 1991, 1974, p. 43, nt. 2, ebbe a notare come «i giuristi italiani considerano perlopiù solo una continuità di norme e di idee».

<sup>14</sup> B. PARADISI, *Questioni fondamentali per una moderna storia del diritto*, in *Quaderni Fiorentini*, 1/1 (1972), ora in ID., *Apologia della storia giuridica*, Il Mulino, Bologna 1973, p. 484.

<sup>15</sup> Non mi sembra di forzare il pensiero del Maestro romano. Pur essendo pienamente convinto dell'intima relazione tra vita sociale e sistema giuridico, tiene a ribadire

re una perdita di centralità della dimensione dottrinale, della scienza del diritto. E non mancano spunti critici, in cui il Paradisi ha apertamente contestato la validità della scelta d'eleggere a fonte esclusiva dell'indagine giuridica la dottrina e cioè l'opera di giuristi teorici, professionalmente impegnati nell'edificazione dei concetti e delle teorie giuridiche<sup>16</sup>. Si tratta dunque d'uno scrittore particolarmente sollecito ai problemi della complessità del diritto e dell'irriducibilità di essa a questione puramente interna ad articolazioni argomentative più o meno sofisticate. Un fenomeno che richiede d'essere investigato poliedricamente, ricorrendo ad ogni spunto che possa concorrere a chiarirne la fitta orditura e le non evidenti implicazioni che l'intrinseca sua storicità inevitabilmente produce. Da un autore così tanto provveduto sul piano della metodologia e dell'epistemologia storica, sarebbe stato lecito aspettarsi una messa a tema del problema della giurisprudenza come fonte di quel diritto, mediatrice, privilegiata, come si cercherà di dire, della sua storicità, ineludibile strumento per ricostruirne, soprattutto in determinate sue epoche, la vicenda diacronica.

re – in parallelo all'esigenza che più volte ha affermato della necessità di mantenere distinte storia e sociologia del diritto – che «una profonda diversità sussiste tra questo e quel sistema di relazioni, una differenza essenziale che, appunto per questo, non esclude ma implica un rapporto tra loro. Questa differenza è che il sistema del diritto, se si voglia considerarlo quasi fosse una realtà fenomenica, nulla concede all'ineffabile e tutto consiste in un rapporto razionale, nel modo con il quale i dogmatici concepiscono questa razionalità. Al contrario i rapporti tra gli eventi sono insondabili nella loro ultima ragione, nutriti di un irrazionale che si chiarisce soltanto *a posteriori* nella nostra mente». PARADISI, *I nuovi orizzonti della storia giuridica*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 6 (1952-1953), ora in Id., *Apologia*, cit., pp. 90-1.

<sup>16</sup> Garbatamente polemizzando con un allora ancor giovane ma già distinto storico del diritto – probabilmente quello che più marcatamente avrebbe poi impresso connotazione ad una solida scuola storico-giuridica – Paradisi si chiedeva come fosse condivisibile l'affermazione da questi compiuta, secondo cui «in via di principio si giustifichi un'indagine costruita sull'unica fonte della dottrina, dopo che si è esplicitamente riconosciuto che quella dottrina non è soltanto promossa da una logica interna, avulsa dalla vita, ma dalla necessità di offrire soluzioni entro un ambiente storico, cioè sociale e politico, determinato [...]». Una storia della dottrina [...] non deve rispondere soltanto alla curiosità del sapere *come* ragionassero i giuristi di una certa epoca, ma anche *perché*. Un perché che non è un fuor d'opera, per la semplicissima ragione che le dottrine giuridiche non sono sede di verità rivelate, valide sempre per ogni dove, ma uno specchio di realtà, un adattamento continuo di un pensiero consolidato ad una situazione nuova». PARADISI, *Indirizzi e problemi della più recente storiografia giuridica italiana*, in Aa. Vv., *La storiografia Italiana negli ultimi vent'anni*, 1-2, 1971, ora in Id., *Apologia*, cit., p. 253.

Ed invece, se qualcosa non m'è sfuggito, mai nella pagina del Maestro romano affiora la gravidanza della giurisprudenza quale fonte di conoscenza storica del diritto. Certamente, i prevalenti interessi storici del Paradisi hanno abbracciato un arco temporale nel corso del quale la voce giurisprudenziale poteva assai meno contribuire alla ricostruzione storica dei percorsi attraverso i quali il giuridico si edifica (si tornerà a breve su ciò). Ma per uno scrittore che aveva dimostrato grande interesse per la prospettiva metodologica ed epistemologica in ogni ambito della ricerca storico-giuridica, è particolarmente significativo d'una temperie, d'un ambiente culturale, che mai ci si ponga nemmeno incidentalmente, il problema della collocazione della giurisprudenza all'interno dei formanti del diritto. Egli aveva sì una posizione equilibrata – molto più d'altri – circa il rapporto tra materia e spirito nel determinare l'evoluzione del giuridico:

il diritto è un prodotto del pensiero umano – scrive con evidente intento definitorio – della coscienza e della volontà degli uomini; pensiero, coscienza e volontà determinate dalle condizioni nelle quali gli uomini di volta in volta concretamente vivono, non meno di quanto ne siano a loro volta elementi determinanti.

Ma, in questo pienamente allineato con la concezione dominante nel circolo degli storici del diritto (e dei giuristi), egli disconosceva del tutto una presenza della dimensione giurisprudenziale alle pur riccamente intese vicende del diritto:

il valore che si deve attribuire alle dottrine giuridiche del passato, che sono, accanto alla legislazione ed al comportamento sociale, la qualificazione e l'articolazione giuridica del reale si può stabilire soltanto in rapporto alla storia. Senza la storia, quelle dottrine perdono il loro significato. E qui per storia s'intenda non la loro interna evoluzione, ma il complesso degli eventi e delle condizioni di cui sono effettivamente il prodotto<sup>17</sup>.

In altri termini, tale è stata, ed ancor perdura, la resistenza nel riconoscere un compito di rilievo alla giurisprudenza nella ricostruzione storica del fenomeno giuridico, che nemmeno la piena consapevolezza

<sup>17</sup> PARADISI, *Apologia*, cit., p. 9.. A p. 8 è la precedente citazione.

della non riducibilità del fenomeno giuridico al lavoro della scienza ha costituito ragion sufficiente per indurre gli studiosi ad una piena valorizzazione della fonte che più d'ogn'altra è calata in ciò che Paradisi intende per storicità del diritto. Un rilievo, questo, che avrebbe dovuto indurre a riflettere.

##### 5. c) *Paolo Grossi*

C'è almeno un altro autore che va convocato a testimoniare il livello alto di teorizzazione sul quale si pone il convincimento della sostanziale identificazione tra storia del diritto e storia della scienza giuridica. Si tratta, forse, dello studioso che maggiore influenza ha spiegato sull'andamento della ricerca storico-giuridica dell'ultimo quarantennio – oltre che sulla sua rappresentazione nel mondo dei giuristi – al quale io stesso devo una parte non trascurabile della mia formazione. Maestro come pochi altri inteso all'educazione di generazioni di studiosi, consapevole progettatore d'un coeso disegno culturale che nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico* ha avuto il suo luogo elettivo di progressiva definizione ed affinamento, Paolo Grossi è autore d'una copiosissima mole di scritti, meritoriamente non interrotta nemmeno nel periodo in cui ha avuto alti ed impegnativi compiti di giudicante; la sua opera, oltre ad aver dato luogo alla creazione d'una solidissima Scuola, ha dispiegato un'influenza molto ampia tra gli storici del diritto ed ha ottenuto importanti riscontri nel mondo dei giuristi positivi. E qui, ovviamente, non si ha la presunzione di sintetizzarne la complessa visione. La prospettiva resta più semplicemente di dar sentore dello sfondo sul quale aleggia l'assenza – pressoché totale sino a pochi anni or sono, finora comunque largamente minoritaria – di studi che abbiano posto a tema l'opera edificatrice della giurisprudenza. C'è forse un libro da cui più che da ogn'altro traspare la concezione che lo studioso fiorentino ha propugnato per la ricerca storica sul diritto. Si tratta d'un volume di saggi scritti lungo oltre un quarto di secolo – dunque molto rappresentativi delle sue convinzioni – e da lui raccolti ed editi più d'un decennio fa; un volume che ha impresso nel titolo la sua visione della *scientia iuris: Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*<sup>18</sup>. Questa epigrafe, evocatrice non per avventura del Thomas

<sup>18</sup> P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Giuffrè, Milano 2008. Il tomo verrà poi seguito da un secondo (2014), quando l'autore sarà stato nel frattempo

Mann della *Nobiltà dello spirito*<sup>19</sup>, con immediatezza lascia intendere cosa per Grossi sia l'esperienza giuridica, quella che conta, che dà e ha dato la forma al diritto dell'Europa continentale, di cui lo studioso s'è in prevalenza occupato. Ma forse meglio lasciarlo chiarire a lui medesimo, com'è giusto che sia, anche per dar prova della schiettezza con la quale il suo pensiero è uso proporsi:

raccogliendo questi profili, l'autore non ha ceduto a un desiderio esibizionistico; gli ha, al contrario, sorriso la speranza di aver contribuito a smentire l'immagine del giurista inteso a tessere la tela di ragno fatta di astruse tecniche e di artificiosi formalismi. L'autore si augura davvero che anche il comune lettore, superata la fatica di inoltrarsi nel non facile possesso del vocabolario e dell'ideario dei giuristi, possa rendersi conto di essere di fronte a dei costruttori di pensiero e, in quanto tali, a degli autentici costruttori di storia; di essere di fronte a dei personaggi che hanno conquistato e meritato il titolo di nobiltà segnato con persuasione nel frontespizio del volume<sup>20</sup>.

Ciò che costituisce la cifra determinante del diritto – ciò in cui il diritto in fin dei conti culmina – è la riflessione scientifica, che trasforma l'impasto disordinato dei rapporti sociali, in unificanti ed ordinanti categorie giuridiche, grazie alle quali l'inarrestabile scorrere degli eventi bisognosi di regole acquista la sua salvifica orditura (altra espressione che ricorre a più riprese nei suoi scritti). L'equazione è tra i *costruttori di pensiero* ed i *costruttori di storia*, chiarissime le ascendenze filosofiche. È una visione che si trova per ogni ove in quella raccolta di penetranti saggi. Uno tra gli scrittori con i quali il Nostro raggiunge autentica affinità elettiva è indubbiamente Riccardo Orestano, maestro anche lui dalla straordinaria influenza nel mondo della ricerca storica sul diritto e dal quale s'impara tuttora. Qui la condivisione di metodo è esplicita e quanto mai illuminante della solida piattaforma teoretica su cui fonda la sua pagina:

chiamato dal Presidente della Repubblica all'ufficio di giudice costituzionale: i criteri selettivi, di cui oltre nel testo, resteranno immutati.

<sup>19</sup> Mi riferisco com'è ovvio alla raccolta pubblicata da Thomas Mann nel 1945 per accogliervi saggi nel tempo scritti su 'grandi artisti' e 'grandi tedeschi', eletti a rappresentanti di quella superiorità spirituale, che fu anche il suo esempio creativo. La raccolta è stata edita in italiano nel 1997 insieme ad altri saggi in un 'Meridiano'.

<sup>20</sup> GROSSI, Ivi, p. XI.

grazie ad una così precisata nozione capograssiana [di esperienza giuridica], Orestano conseguiva i due risultati che più gli premevano: l'esaltazione della storicità come natura imprescindibile del giuridico, la storicità come mistero e essenza autentica del giuridico; la scienza come coscienza riflessa dell'esperienza, come la più rappresentativa delle forze che concorrono a formarla. La sua storia del diritto è, e dunque non può non essere, una storia delle esperienze giuridiche percorsa sulla scorta non esclusiva ma prevalente della riflessione scientifica.

È questa, a mio avviso l'unica strada metodologicamente corretta grazie alla quale lo storico del diritto può organizzare in modo non artificioso il proprio materiale. [...] Se la storia è sempre meno anche per lo storico generale una storia di accadimenti o una consecuzione cronologica, ciò è tanto più vero per lo storico del diritto, che non è mai osservatore dell'effimero ma individuatore di radici e percettore di valori, che è storico delle immobilità relative più che calcolatore continuo e rapido, che è più attento alle sincronie di grandi momenti autenticamente autonomi che non alla diacronia ininterrotta del prima e del poi<sup>21</sup>.

È chiaro che in tale panorama la dimensione giurisprudenziale e pratica del diritto non possano essere prese in considerazione con costrutto, appartengono all'effimero<sup>22</sup>. Identificandosi il compito dello storico del diritto nel ricercatore di valori, che sono per loro natura se non astratti quanto meno astraenti, e d'immobilità relative, vale a dire

<sup>21</sup> GROSSI, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva «Introduzione allo studio storico del diritto romano» di Riccardo Orestano)*, in *Quaderni Fiorentini*, 17/1, 1988, pp. 93-4.

<sup>22</sup> Va detto che al Maestro fiorentino non è sfuggita l'importanza della formazione forense. Lo riconosce in uno scritto – per vero, d'occasione – in cui ricorda i suoi trascorsi da giovane avvocato. Ma anche qui alla dimensione forense viene riconosciuto 'naso giuridico' (espressione forse d'ascendenza longanesiana), capacità di riconoscersi in 'intelaiature teoriche', ma non certo la dignità del concorso autentico alla costruzione del giuridico. Cfr. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, contributo introduttivo al volume *Piero Calamandrei. Garanzie e limiti del potere giudiziario. Relazioni e interventi all'Assemblea costituente*, Marietti, Genova 2016; si veda anche ID., *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quaderni Fiorentini*, 30/1 (2001), 493-507. Inoltre, probabilmente anche grazie all'esperienza venutagli dal mestiere di giudice – sia pur costituzionale – in anni più recenti la testimonianza giurisprudenziale ha cominciato ad affiorare dalle sue pagine, restandone comunque presenza occasionale: si confronti la sua raccolta di saggi che va sotto il titolo di *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari – Roma 2017, ed, in particolare, il saggio *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, pp. 114-129)

le costruzioni teoriche e sistematizzanti del giurista colto, fattore di commisuranti paradigmi ideali, ne discende, quasi come non detto, che il contributo della giurisprudenza resti marginale se non anche del tutto ignorato. La giurisprudenza è difatti costitutivamente occasionale, non ha (in apparenza) l'incarico dell'edificazione del sistema, risponde a domande dirette ed immediate, cangianti, congiunturali: nulla da vedere con il mondo delle idee. Insomma, il contrario di quel che fa il giurista nel suo lavoro di riflessione e, quando c'è, autoriflessione. Del resto, anche nell'ampia e problematicissima ricerca teorica e storiografica sul fenomeno giuridico del grande romanista, la dimensione giurisprudenziale (in senso stretto) è sostanzialmente esclusa dalle dinamiche evolutive. In un acuto saggio rievocativo, destinato ad una chiarificazione del sintagma capograssiano di *esperienza giuridica*, questa estraneità è posta con nettezza, rivelatrice d'una concezione che non assegna al lavoro dei giudici un significato di particolare rilievo in quella che proprio l'Orestano definisce, con appropriatissima espressione, l'edificazione del giuridico<sup>23</sup>. Anzi, può dirsi che per lo storico

<sup>23</sup> Egli ritiene debba restituirsi unità all'esperienza giuridica, tradizionalmente, a suo avviso, suddivisa in tre plessi, pena l'incomprensione storica di quel fenomeno: «Questi tre mondi penso si possano così sommariamente indicare. Il primo, il mondo dei comportamenti umani e con essi delle relazioni, delle strutture, delle istituzioni cui danno vita. Il secondo, il mondo delle norme di ogni genere e produzione che seguono o precedendo i comportamenti sono rivolte a disciplinarli, a riplasmarli e convogliarli entro canali formalizzati e canonizzati a determinarne e stimolarne di nuovi. Il terzo, il mondo delle attività di riflessione, di analisi di elaborazione e sui comportamenti e sulle norme, nonché sulle stesse attività di riflessione sulla riflessione, cioè – nell'insieme – le attività che è uso ricomprendere sotto la denominazione di scienza del diritto». Cfr. R. ORESTANO, *Della esperienza giuridica vista da un giurista*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, XXXIV (1980), in ID., *Diritto. Incontri e scontri*, Il Mulino, Bologna 1981, pp. 505-6. Chiara mi sembra l'assenza, in questa sintesi della topografia giuridica, della dimensione giurisdizionale: ché, come tiene a spiegare l'A. in nota, nemmeno in quel riferimento alle *norme di ogni genere* è possibile incrociare l'opera dei giudici, riferendosi piuttosto l'Orestano ai positivismi giuridici di varia provenienza ed alle teorie generali del diritto d'ispirazione kelseniana. Posizione quanto mai rivelatrice, reputo, se si considera che in altro luogo, dimostrando una piena coscienza dell'ampiezza del fenomeno giuridico, l'Orestano scriveva «che il primo passo per un adeguamento dello studio storico del diritto ai suoi reali compiti di scienza del diritto sia l'assumere come punto di partenza una concezione che sia la più ampia possibile della fenomenologia giuridica e che perciò consenta di “pensare” il “diritto” nella molteplicità delle sue concrete manifestazioni storiche, senza esclusioni; - di “pensare” queste concrete manifestazioni nella totalità dei loro aspetti, poiché tutti, nel loro insieme, formano il “materiale giuridico” da mettere a contributo per la conoscenza del



palermitano, scienza del diritto e studio storico del diritto abbiano convintamente vissuto in un simbiotico rapporto:

che lo studio storico del diritto e la scienza del diritto non siano entità dissociabili e contrapponibili – scrive nella sua magistrale *Introduzione* – è circostanza che sempre più si viene chiarendo ed imponendo, perché, in definitiva, il primo si risolve nella seconda e viene ad integrarla e sostanziarla di continuo<sup>24</sup>.

È del resto un atteggiamento metodologico, non solo largamente prevalente, bensì anche molto coerente. Condividendo nel saggio dedicato al ricordo del notevole storico milanese Adriano Cavanna il percorso da questi calcolato nella costruzione del suo riuscito manuale di storia del diritto, così ne sintetizza il fine: «ritrovare grazie alla dimensione scientifica del diritto armonie, congiunzioni, comunioni perdute nel divenire della vicenda storica»<sup>25</sup>. Insomma, quel che conta sul piano storico in quest'ottica, è l'opera tessitrice, sistematrice e sedimentatrice della scienza del diritto; è essa a far stabilmente la storicità del diritto, nel mentre il contingente accadere assume rilievo solo come materiale letto con la mediazione della riflessione della scienza che vi attribuisce la carica ideale, e dunque vitale.

Un ulteriore, limpido riscontro di tale concezione della dimensione giuridica si ha proprio in questa importante raccolta di saggi. C'è un unico 'pratico' del diritto che vi trova ospitalità, nel senso d'aver attratto l'attenzione dello storico fiorentino, autorizzandone l'ammissione tra l'aristocrazia del diritto. Si tratta di Guido Cervati; ma la scelta si

singolo "diritto storico" che si intende studiare». ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino 1963, pp. 357-8.

<sup>24</sup> ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 483. È una concezione polisensa, questa, nell'Orestano: oltre ad indicare, come or ora s'è detto, indiscussa prevalenza nel suo pensiero della scienza nell'edificazione del giuridico – al punto da considerarla vero e proprio guardiano delle porte d'accesso a ciò che può legittimamente considerarsi diritto (ivi, p. 496) – con essa è designata anche un'identità di compiti, intendendosi che lo studio storico è anch'esso scienza del diritto, contribuendo a determinarne l'oggetto.

<sup>25</sup> GROSSI, *Ricordo di Adriano Cavanna*, in *Quaderni Fiorentini*, XXXII [2003], p. 564. E nel paragrafo 3 di quel saggio è anche espressa la concezione ontica del diritto cui il Grossi aderisce convintamente, intendendolo come espressione fisiologica della società, storicamente forgiata, contraltare alla arbitraria mutevolezza della dimensione legislativa.

spiega perché «egli apparteneva [...] a quel ristretto nòvero di pratici, che sono stati autentici fautori di pensiero»: in altri termini, pur non essendo giurista accademico, era «*pleno iure*» uomo di scienza, perché in grado di ricavare dalle istanze della pratica, sollecitazioni per l'elaborazione di nuove soluzioni teoriche<sup>26</sup>.

#### 6. *Un giudizio di sintesi*

Procedere all'esame di altre figure della storiografia giuridica muterebbe il senso delle considerazioni sin qui sviluppate, che non hanno affatto la pretesa d'esprimere un giudizio generalizzato su d'una messe di studi tanto ampia da richiedere – e sarebbe credo opportuno lo si facesse – una riflessione ad essa propriamente dedicata. Quanto s'è inteso far notare è che, pur nella diversa articolazione di ragioni, di formazioni, di provenienze accademiche, dopo la svolta antipositivistica nella ricerca storica del diritto<sup>27</sup>, ed in parte proprio per questo, a far da primattore e se non proprio da monologante è stata la dottrina. È attraverso la riflessione scientifica che sono stati investigati temi, problemi concetti ed istituti giuridici i quali, in assoluta prevalenza, hanno per così dire potuto esprimersi solo passando per la validazione della *scientia iuris*<sup>28</sup>. Le ragioni d'una simile opzione sono molteplici e, come

<sup>26</sup> GROSSI, *Gli assetti collettivi nella riflessione di Guido Cervati*, in ID., *Nobiltà*, cit., pp. 586-7.

<sup>27</sup> Su di essa e sulle conseguenze che ne sarebbero derivate, molto stimolante l'interpretazione di R. AJELLO, *Il collasso di Astrea. Ambiguità della storiografia giuridica italiana medievale e moderna*, Jovene, Napoli 2002, pp. 118-34.

<sup>28</sup> Ad ulteriore, emblematica testimonianza, può chiamarsi il già ricordato Adriano Cavanna, autore certamente di alcune tra le più consapevoli riflessioni circa il difficile concetto di storicità del diritto – secondo lui rappresentabile «nella rigorosa sistemazione formale e nella riduzione ad unità della varia, molteplice e dinamica fenomenologia sociale» – e redattore di un coeso *manuale* di storia del diritto modernamente costruito. Questi, ispirandosi significativamente alla pagina orestaniana, non esitava a scrivere che «lo studio storico [...] come riflessione sull'esperienza giuridica e quindi come conoscenza giuridica, non è altro che 'partecipazione ai motivi fondamentali che si agitano nella scienza del diritto di ciascun tempo'». A. CAVANNA, *Storia del diritto in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Giuffrè, Milano 1979, p. 11; di qualche pagina precedente è il giudizio sulla storicità del diritto. Un giudizio che non avrebbe mancato di rimarcare nel suo intervento al convegno fiorentino del novembre 1992 dedicato all'insegnamento della materia. CAVANNA, *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*, Giuffrè, Milano 1993,

si diceva, richiederebbero un'indagine *ex professo*, dato che servirebbe a sollecitare l'autocoscienza della disciplina, indirizzandola verso settori sinora rimasti troppo sguarniti<sup>29</sup>.

Quel che però sembra certo è che sullo scarsissimo interesse tutto dimostrato dalla storiografia giuridica per l'esperienza giurisprudenziale in età moderna e contemporanea ha influito il contesto che potremmo definire 'ambientale'. È cosa nota che il contesto accademico ha una forte valenza condizionante circa gli indirizzi metodologici e di contenuti verso i quali le generazioni che si succedono nella ricerca e nell'insegnamento sono orientate. E non si tratta necessariamente d'un condizionamento proveniente da solide convinzioni scientifiche, peraltro normalmente assente nelle giovani leve che si affacciano agli studi. Si tratta di orientamenti, indirizzi, percorsi d'indagine verso i quali si viene instradati impercettibilmente da tutto il sistema di aspettative che si matura nel *cursus* accademico. Aprendo il corso tenuto nel 1990 al *Collège de France* di recente tradotto, Pierre Bourdieu segnalò il problema con i suoi toni franchi, talora volutamente provocatori:

p. 40-1, un volume questo, testimonianza forte degli interessi largamente prevalenti all'interno di quel settore scientifico. Del resto, se si osserva lo spazio riservato dallo storico milanese alla dimensione giurisprudenziale (in senso stretto) del diritto – fatta salva, per ovvie ragioni, l'esperienza inglese – essa non va al di là della quindicina di pagine (156-171), pur riconoscendosi che (indice ulteriore della forza condizionante della tradizione storiografica giuridica) «l'incidenza della giurisprudenza giudiziale [...] è assai forte [...] anzi costituisce ora la principale cinghia di trasmissione di quel diritto» (p. 163).

<sup>29</sup> Una carenza peraltro già da tempo notata e segnalata. Nel fornire il proprio contributo sulla *Storiografia giuridica* nei volumi collettanei curati da L. De Rosa su *La storiografia italiana negli ultimi venti anni*, II, *L'età moderna*, Laterza, Bari 1989, pp. 447-90, C. GHISALBERTI osservava: «si sente, infatti, sempre più viva la necessità del concreto, della verifica cioè della realtà istituzionale e sociale dell'incidenza di una cultura del diritto e dell'amministrazione, troppo spesso esaltata in astratto, anche per reazione al positivismo statalistico e normativistico del mondo contemporaneo, per la capacità d'integrazione di un sistema giuridico che rivelava col suo operato. [...] Si tratta di muovere dalla ampia letteratura costituita dalla raccolta di decisioni e sentenze, le fonti di cognizione prodotte dalla prassi giudiziaria, sulla quale l'Ascheri ha richiamato l'attenzione degli studiosi, per individuare il concreto funzionamento delle amministrazioni giudiziarie dei secoli sedicesimo e diciassettesimo e per verificare quanto fondato fosse il giudizio settecentesco di condanna contro la giurisprudenza della fase finale del diritto comune e contro i suoi seguaci» (pp. 472-3). A parte il forse troppo riduttivo scopo dell'indagine sulla produzione giurisprudenziale in età moderna, appare molto chiara la coscienza d'un vuoto storiografico, che però continua a restare largamente ignorato.

la cosa peggiore, per uno studioso, è il senso comune scientifico, ossia il complesso di problemi obbligatori considerati costitutivi per la professione e dunque della professionalità. Si tratta di problemi che si devono per forza porre al fine di essere legittimati come studiosi. È molto difficile rompere con questi, con questo senso comune. Più si è giovani, più si è agli inizi della carriera, più si è succubi dei grandi problemi del tempo, più si è costretti a rendere loro omaggio. Ma non si tratta di un ossequio cinico. [...] Il loro omaggio è sincero e dovuto. Un grande problema esige una grande reverenza e dunque tesi voluminose, grandi ricerche e concetti altisonanti<sup>30</sup>.

Vivendo immersi in un ambiente che ha solidi riferimenti scientifici e molti mezzi impliciti per favorire adesioni – primo tra i quali, la carriera – è difficile uscir fuori dalle prevalenti coordinate metodologiche e dalle gerarchie d’interessi che si sono nel tempo sedimentate,

<sup>30</sup> P. BOURDIEU, *Sullo Stato. Corso al Collège de France, II (1990-1992)*, Feltrinelli, Milano 2021, p. 20. In un libro che ha descritto senza infingimenti i meccanismi che presiedono alla vita del mondo universitario, egli aveva già così descritto i principali canali del condizionamento esercitato nei confronti dei giovani che si affacciano a quella vita: «*l’instauration del relations d’autorité et de dépendance durable repose sur l’attente comme visée intéressée d’un chose à venir qui modifie durablement c’est-à-dire pendant tout le temps que dure l’expectative – la conduite de celui qui compte sur la chose attendue; et aussi sur l’art de faire attendre, au double sense de susciter, d’encourager ou d’entretenir l’espérance, par de promesses ou par l’habileté à ne pas decevoir, démentir ou désespérer les anticipations en même temps que par la capacité de freiner et de contenir l’impatience, de faire supporter et accepter le délai, la frustration continue des espérances, de satisfactions anticipées, inscrites comme quasi présentes dans le promesses ou le propos encourageantes des garants, et indéfiniment reculées, différées, suspendues*». Cfr. BOURDIEU, *Homo academicus*, Minuit, Paris 1984, pp. 118-9. Un’altra forma accademica che induce impercettibilmente all’adesione verso scelte metodologiche e tematiche prevalenti nella disciplina di riferimento è la nota a piè di pagina. Chiunque abbia scalato il *cursus honorum* universitario italiano nelle scienze sociali (ma nella storiografia per intuitive ragioni, la situazione è accentuata), ha dovuto cimentarsi nella compilazione di pedanti resoconti della preesistente letteratura, molto spesso infarcendo le pagine di monografie e di articoli mai sfiorati nemmeno per caso, riferiti insomma di seconda e terza mano (talora dando luogo ad esilaranti incidenti). Lo scopo di questa forma retorica è nella sostanza quella di far acquisire autorità e legittimazione al novizio, mediante il riconoscimento dei suoi maggiori, che a loro volta in tal modo lo riconoscono: in argomento utili spunti in A. GRAFTON, *La nota a piè di pagina*, Edizioni Silvestre Bonnard, Milano 2000, pp. 13-38. Una riprova se ne ha, osservando come al maturarsi della competenza scientifica con il decorrere degli anni e l’avanzare degli studi, gli autori riducono proporzionalmente le proprie elencazioni di titoli *ad pompam*.

imponendosi così alle nuove leve scelte che finiscono con l'esser date per scontate. Ed il tutto si risolve inesorabilmente nel perpetuarsi o per lo meno per durare ben oltre quanto la natura degli interessi in gioco non richiederebbe<sup>31</sup>.

Sarebbe possibile indagare sulle ragioni che hanno per circa un secolo e mezzo di vita indotto la storiografia giuridica praticamente a bandire la dimensione giurisprudenziale in senso stretto dal raggio dei propri più vivi interessi ed a confinarla ancor oggi in un novero di studi estremamente limitato ed ancor privo d'un solido metodo d'indagine. E non sarebbe difficile almeno indicarne alcune che sarebbe arduo rinnegare: come gli originari e fondativi (anche sul piano del metodo) interessi per la storia medievale del diritto, nei cui confini il materiale giurisprudenziale è assai più scarso, ma non per questo inesistente<sup>32</sup>, o comunque solo indirettamente ricostruibile<sup>33</sup>, interessi che

<sup>31</sup> È una dinamica che potrei testimoniare con la personale formazione di ricercatore. La scelta del mio primo impegno monografico – uno studio su d'un amministrativista napoletano della prima età dell'Ottocento – fu il frutto poco consapevole dell'incontro tra personali interessi per quel settore del diritto e la 'scontata' opzione d'avvicinarmi alla materia lungo il canale della scienza del diritto, nemmeno prendendo in considerazione la possibilità d'attingere alla fonte giurisprudenziale, praticamente assente da quella ricerca. La virata verso la giurisprudenza, che si manifestò in una monografia sull'attività della giurisdizione amministrativa nel Regno di Napoli fu – devo oggi ritenere – un'esigenza di conoscenza scaturita assai più da istanze maturate in ragione del significativo impegno professionale, in quegli anni ed oggi, sempre affiancato dal mio lavoro scientifico, che non da sollecitazioni provenienti dall'ambiente accademico, in quella direzione all'epoca del tutto sordo ed oggi solo sporadicamente sensibile.

<sup>32</sup> Interessante per comprendere il senso della distanza dagli interessi giurisprudenziali da parte della storiografia giuridica italiana, è il riferimento a quanto scrive C. WICKHAM, *Legge, pratiche e conflitti. Tribunali e risoluzione delle dispute nella Toscana del XII secolo*, Viella, Roma 2000, tra i più pregnanti studi medievistici su documentazione proveniente da dispute giudiziarie, un libro non per caso concepito da uno storico generale: «È per questo che all'inizio del capitolo ho accennato al problema del diritto: non solo per inquadrarne il problema, ma anche per potermene in seguito distaccare. La teoria giuridica ebbe un certo peso, lo vedremo, ma se osserviamo le modalità di disputa del XII secolo dal punto di vista delle parti, allora il modo in cui l'intero campo d'indagini può essere illustrato comincia ad apparire piuttosto diverso. Si potrebbe dirlo così. Proprio in virtù della complessità giuridica e dell'incoerenza istituzionale cui si è già accennato, nell'Italia centro-settentrionale del XII secolo le parti in conflitto potevano scegliere, almeno in linea di principio, tra una varietà senza paragoni di modi alternativi con i quali raggiungere il proprio obiettivo» (p. 26). In sostanza, la realtà giuridica medievale, riguardata attraverso la specola dell'esperienza giudiziaria, restituisce una realtà molto variegata e significativamente differente da

hanno proiettato, – naturale attenderselo – i propri raggi anche su periodi successivi della vicenda giuridica; o come la convinzione diffusamente presente tra gli storici del diritto – ed affacciatasi anche nelle poche ma significative testimonianze che si sono già recate – dell’indiscutibile superiorità della costruzione concettuale sulla ricerca di concrete soluzioni (la cui ascendenza platonica è sin troppo evidente) e quindi dell’elaborazione scientifica su quella giudiziale, essa occasionale, poco affinata e (all’apparenza) meno ancora frutto di strategie ordinanti: una convinzione in grazia della quale l’intero materiale riconducibile al genere della *decisionistica* è stato di fatto tralasciato, privandosi fino ad oggi del confronto con una messe d’esperienza di straordinario rilievo ed in diretto e costante colloquio con la scienza del diritto in età moderna<sup>34</sup>. Non estranea alla formazione d’un tale

quella elaborata nella riflessione classificante della *scientia iuris* e della storiografia giuridica che unicamente su essa ha puntato: una realtà che dunque merita certamente d’essere riportata in luce nei limiti del possibile, non solo in quanto reale, bensì anche per verificarne i riflessi sulla stessa elaborazione della teoria. E non è senza rilievo osservare a quali limitazioni possa condurre il disinteresse della storiografia giuridica per l’esperienza giurisprudenziale: in questa pagina lo storico generale ritiene di allontanarsi dal diritto, quando s’allontana solo dalla sua manifestazione scientifica.

<sup>33</sup> Diverso sarebbe il discorso se si guardasse alle discipline processuali, per le quali non mancano numerose fonti: cfr. ad esempio AA. VV., *L’educazione giuridica*, VI, *Modelli storici della procedura continentale*, II, *Dall’ordo iudiciarius al codice di procedura continentale*, ESI, Napoli 1994. Ma si confonderebbe così il problema, dato che altro sono la dottrina e le norme sul processo – lo studio dei quali non si discosta dagli interessi tradizionali – altro è il materiale giurisprudenziale, che per il medioevo, e per motivi oggettivi, può contare come si è detto su fonti meno cospicue ma non perciò assenti.

<sup>34</sup> È questa anche l’opinione di M. MILETTI, *Stylus iudicandi. Le raccolte di «Decisiones» nel Regno di Napoli in età moderna*, Jovene, Napoli 1998, secondo il quale «l’ammirazione (se non il rimpianto) per lo spessore dommatico della *scientia iuris* medievale ha indotto a svalutare un genere che riassumeva in sé le degradazioni del tardo diritto comune: disorganicità, rifiuto programmatico di ogni “sistema”, fuga nella dimensione casistica» (p. 3). È questo un pionieristico studio generale di quel materiale giurisprudenziale – nel senso d’essere frutto di esperienze consumatesi nei contenziosi presso le corti d’antico regime – che offre una prima visione d’insieme, di metodi, strategie, mentalità pratiche e praticistiche, un quadro di notevole interesse per la conoscenza della vita giuridica d’antico regime, sia pure con il limite d’essere mediata da una forma espositiva che tendeva ad assomigliare a quella dottrinale, ma comunque idonea a presentare i mezzi e gli obiettivi del ceto magistratuale. Altro rilevante contributo alla conoscenza degli interessi e della mentalità magistratuale proviene dalla medesima scuola accademica ed è di M. TITA, *Sentenze senza motivi. Documenti sull’opposizione delle magistrature napoletane ai dispacci del 1774*, Jovene, Napoli 2000. Una carenza da tempo avvertita dalla ricerca teorica, che non ha mancato di lamentare

scenario, deve certamente esser stata anche l'estrazione culturale e sociale di chi alla storia del diritto si è dedicato: nella gran parte giuristi della cattedra, lontani dalla realtà professionale, anzi generalmente da essi mal veduta, perché tendenzialmente distraente dalla piena dedizione agli studi (e questo è vero). Il tutto nel contesto sociale d'una risalente gerarchia degli onori, per la quale la cattedra universitaria valeva più di quella dei tribunali, differentemente da quanto, con senso preciso, accadeva in contesti di *common law*<sup>35</sup>.

Come sempre, i fenomeni culturali consolidati sono il riflesso di molti intrecci e di lente sedimentazioni storiche; essi producono resistenze talora molto forti al riconoscimento del mutamento, pure quando questo si presenti difficilmente occultabile<sup>36</sup>. Ma, ripeto, non è questa la sede per ricercare troppo complesse ragioni. Qui interessa più il dato – radicato, obiettivo, perdurante – della marginalità dell'esperienza giurisprudenziale in senso stretto nel novero degli interessi della ricerca storico-giuridica, dato formatosi sia su consapevoli scelte sia su spinte di varia provenienza<sup>37</sup>.

l'assenza di contributi sull'esperienza più squisitamente giurisprudenziale del diritto (peraltro significativamente riferendosi alla sola giurisprudenza consiliare): A. PLACHY, *La teoria dell'interpretazione. Genesi e storia dell'ermeneutica moderna*, Giuffrè, Milano 1974, p. 3, un vuoto, peraltro, a tutt'oggi e dopo decenni tutt'altro che prossimo ad esser colmato.

<sup>35</sup> Questa gerarchia è una realtà che si potrebbe anche testimoniare attraverso parole di giudici; ma la miglior prova è costituita dai numerosissimi passaggi dalla Magistratura alla Cattedra, soprattutto in anni passati, motivati dal prestigio da quest'ultima conferito (oggi, più dalla possibilità d'affiancare la professione all'insegnamento o, molto peggio, d'esibir quest'ultimo ad orpello (e vantaggio) della prima). Molto diversa la situazione in ambiente anglosassone, dove la priorità è stata di gran lunga dalla parte del ceto dei giudici: cfr. J. Ph. DAWSON, *Gli oracoli del diritto*, Istituto italiano per gli studi filosofici, Napoli 2014 (1968), pp. 120-25 e *passim*. Registra un riequilibrio recente nel rapporto di scambio tra giudici e magistrati, A. BRAUN, *Giudici ed Accademia nell'esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Il Mulino, Bologna 2006, pp. 462 ss.

<sup>36</sup> Molto utile in proposito, per l'acribia analitica piena di coinvolgente interesse, F. JACOB, *La logica del vivente*, Einaudi, Torino 1971 (1970), che pone in evidenza la difficoltà causata dal peso delle conoscenze accumulate ad una data epoca sulla possibilità stessa di cogliere nuove e significative evidenze, anche quando abbiano una rilevanza epistemologica capace di produrre conseguenze di grande portata; per una conoscenza del dibattito, utile anche il volume cur. G. Petracchi, *La ricerca scientifica*, Casa Editrice G. D'Anna, Messina-Firenze, 1973, che propone la traduzione dell'omonimo lavoro del fisico russo naturalizzato francese J. C. Kourganoff [1965], seguito da una stimolante scelta antologica.

<sup>37</sup> Come insegna però l'autore che per primo e con maggiore approfondimento ha

7. *La crisi degli assolutismi spirituali e l'irrompere delle situazioni stringenti*

Tempo sembrerebbe però venuto d'ampliare seriamente i temi ai quali rivolgere l'indagine dello storico del diritto. Il mondo in cui la scienza giuridica occupava un posto d'assoluto prestigio nelle dinamiche evolutive del diritto, il mondo in cui una nota a sentenza d'un autorevole cattedratico rischiava di guastare la carriera del giudice e certamente di comprometterne l'umore<sup>38</sup>, è un mondo che da tempo ormai non è più. Per una serie molto ampia di ragioni, non è più la dottrina ad attrarre l'interesse del giurista e a costituire da perno per gli indirizzi verso i quali il sistema giuridico procede; se mai questo è effettivamente avvenuto, di certo quella fase è da molto nel trascorso. Si tratta di ragioni già da tempo conosciute e che, naturalmente, travalicano l'ambito del diritto e dei suoi studiosi, per discendere da evoluzioni di carattere epocale. Quella che è stata definita la condizione postmoderna e che si presenta anche strettamente connessa all'irruzione degli strumenti tecnologici per il trattamento delle informazioni – in altri termini dell'informatica – ha recato seco conseguenze tutt'altro che di superficie:

posto a tema la questione delle resistenze presenti nella ricerca scientifica a modificare i propri ambiti, quando «la professione non può più trascurare anomalie che sovvertono l'esistente tradizione della pratica scientifica – allora iniziano quelle indagini straordinarie che finiscono col condurre la professione ad abbracciare un nuovo insieme d'impegni, i quali verranno a costituire la nuova base della pratica scientifica» T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino 1999, 1962, p. 24. A me pare – *si parva licet* – che questa sia la fase in cui la storiografia giuridica, per le ragioni che si sono sottolineate e che si andranno ulteriormente focalizzando nel prosieguo, debba assumere su di sé il non lieve fardello di concorrere ad una seria storizzazione del fenomeno giurisprudenziale.

<sup>38</sup> È forse proficuo non disperdere un dato di conoscenza personale che posso solo testimoniare. Più volte, nel corso dei nostri frequenti incontri, in particolare molisani – colà io insegnavo storia del diritto, lui presiedeva la locale Corte d'Appello – un mio zio paterno, il presidente Ugo Abbamonte, mi mise a parte della seguente, istruttiva storia. Quando era giovane magistrato a Milano, addetto per un certo periodo alla molto importante sezione fallimentare, il presidente del Tribunale esortava i più giovani colleghi ad aver cura di redigere con accortezza le motivazioni delle sentenze, per evitare d'incorrere nelle critiche dell'autorevole e vigile dottrina. Con le quali, ove fossero intervenute, ci sarebbe stato il dovere di confrontarsi, eventualmente anche replicando. Questo insegnamento gli era rimasto impresso nella memoria.



questa trasformazione generale non lascia immutata la natura del sapere. Esso può circolare nei nuovi canali, e divenire operativo, solo se si tratta di conoscenza traducibile in quanto informazione. Se ne può trarre la previsione che tutto ciò che nell'ambito del sapere costituito non soddisfa tale condizione sarà abbandonato, e che l'orientamento delle nuove ricerche sarà condizionato dalla traducibilità in linguaggio-macchina degli eventuali risultati. [...]

Da tutto ciò è possibile aspettarsi una radicale esteriorizzazione del sapere rispetto al sapiente, qualunque sia la posizione occupata da quest'ultimo nel processo della conoscenza. L'antico principio secondo cui l'acquisizione del sapere è inscindibile dalla formazione dello spirito, e anche della personalità cade e cadrà sempre più in disuso. Questo rapporto tra la conoscenza ed i suoi fornitori ed utenti, tenderà a rivestire la forma di quello che intercorre fra la merce ed i suoi produttori e consumatori, vale a dire la forma di valore. Il sapere [...] cessa di essere fine a se stesso, perde il proprio 'valore d'uso'<sup>39</sup>.

Le parole di Lyotard, più che profetizzare – e questo si dice non per sminuirne l'acutezza – sapevano lucidamente distinguere un fenomeno appena avviato, quello per il quale, a seguito della caduta delle 'grandi narrazioni', si stava affermando sempre più la situazionalità, la relatività, la congiunturalità d'ogni esperienza umana, non più leggibile secondo chiavi interpretative universali, ma da valorizzarsi secondo specificità e regionali finalizzazioni<sup>40</sup>. In questo contesto, «la frammentazione, l'indeterminatezza e la profonda sfiducia in tutti i linguaggi

<sup>39</sup> Cfr. J. F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Fentrinelli, Milano 1985 (1979), pp. 12-3.

<sup>40</sup> Riecheggiando suggestioni provenienti anche dalla teoria dei giochi linguistici wittgensteiniana, G. VATTIMO, *Dialettica, differenza, pensiero debole*, in G. Vattimo e P. A. Rovati (a cura di), *Il pensiero debole*, Fentrinelli, Milano 1983, p. 13, così sintetizza la profonda trasformazione culturale allora in atto ed oggi ormai portata a maturazione: «L'esperienza da cui possiamo muovere, e a cui dobbiamo essere fedeli, è quella dell'innanzitutto e per lo più quotidiano, che è anche sempre storicamente qualificata, culturalmente densa. Non ci sono condizioni trascendentali di possibilità dell'esperienza, che sia possibile raggiungere mediante una qualche risoluzione o epochè che sospenda la nostra adesione a orizzonti storico-culturali, linguistici, categoriali. Le condizioni di possibilità dell'esperienza sono sempre qualificate; come dice Heidegger, l'Esserci è progetto gettato, *di volta in volta* gettato. Anche la logica con cui il discorso procede [...] è una logica iscritta nella situazione, fatta di procedure di controllo che sono date di volta in volta, nello stesso modo *non-puro* in cui sono date le condizioni storico-culturali dell'esperienza».

universali o “totalizzanti” (per usare l’espressione preferita) sono il contrassegno del pensiero postmodernista»<sup>41</sup>. Un così profondo mutamento nella ‘struttura del sentire’, volendo servirsi dell’espressione dell’ora citato Harvey, non avrebbe potuto non coinvolgere l’esperienza giuridica, modificando nel fondo il rapporto tra le sue componenti. La giurisprudenza, lo si dirà a breve, è lo squisito prodotto delle *situazioni*, del determinarsi non nell’aere delle idee, ma nello stringente scontro tra uomini che si battono per l’affermazione del proprio.

Crisi delle metanarrazioni significa in primo luogo crisi delle grandi architetture teoriche, interpretazioni che tendono all’assoluto. Perché anche nel giuridico queste potessero reggere – potessero cioè realmente costituire fondamento per le realizzazioni del diritto – sarebbe stato necessario un contesto disponibile a credere nell’universalità dei valori scientifici. Ma ciò ormai da tempo non è più ed anche le dinamiche della legalità ne fanno le spese, fino ad indurre qualcuno a parlare di *politeismo* giuridico, proprio a segnalare l’impossibilità di soluzioni teoriche capaci di legittimarsi uniformemente<sup>42</sup>.

#### 8. *La situazionalità del diritto ed i doveri d’aggiornamento della ricerca*

Dunque, non è difficile comprendere quanto la dimensione spirituale del diritto stia velocemente facendo spazio a quella della produttività, dell’efficacia rigorosamente misurata su base pratica, dell’agevole ‘utilizzabilità’ nel concreto dei rapporti di conflitto. In un quadro dalle tali sembianze, ovviamente l’esperienza giurisprudenziale in senso stretto è certamente quella che ha maggiori possibilità di farsi valere: direi di rappresentare realisticamente *come* le cose vadano nel

<sup>41</sup> D. HARVEY, *La crisi della modernità. Alle origini dei mutamenti culturali*, EST, Milano 1997 (1990), p. 21, che dopo essersi riferito alle principali evoluzioni del pensiero filosofico, epistemologico, etico, scientifico, così conclude: «tutto indica un profondo cambiamento nella “struttura del sentire”. Tutti questi esempi hanno in comune il rifiuto delle “metanarrazioni” (interpretazioni teoriche su vasta scala presumibilmente suscettibili di applicazione universale)».

<sup>42</sup> N. IRTI, *Destino di nomos*, in M. CACCIARI – N. IRTI, *Elogio del diritto*, La nave di Teseo, Milano 2019, p. 143. Sul pensiero di questo illustre autore si verrà oltre, eleggendolo a paladino d’un certo modo d’intendere il diritto, diffusamente praticato anche se non necessariamente teorizzato.

mondo delle regole e *perché* i rapporti evolvano in certe direzioni piuttosto che in altre: in sintesi, di come le regole si formino al cospetto della realtà. Il suo essere squisitamente situazionale – una situazionalità da sempre stata centrale ma solo di rado colta nella sua costitutività<sup>43</sup> – fa della giurisprudenza una forma di produzione del giuridico certamente più adatta alla struttura del sentire contemporaneo, che rifugge dalle generalizzazioni, crede poco nei principi, forse anche perché – come scriveva quel lucidissimo antesignano del disincanto attuale che fu Leo Longanesi – questi ultimi prima o poi tendono a piegarsi. I giudici preferiscono soluzioni poco impegnative perché misurate sulla specifica congiuntura e, almeno all'apparenza, meno esigenti, perché non implicano una visione del mondo sulla quale nessuno fa più conto. Anche se, ovviamente, pure questa è una visione del mondo, ma di diversa natura e sarebbe qui un fuor d'opera approfondire ora il tema.

Che la giurisprudenza sia la cinghia di trasmissione delle dinamiche reali dell'ordinamento, è stato da tempo e con forza provocatoria proclamato da un grande giurista italiano, tra i più attenti nell'osservazione dell'evoluzione nelle attività dei giudici, al punto da ispirare al tema l'impostazione della rivista *Contratto e Impresa* da lui meritoriamente fondata.

continuiamo a proclamarci interpreti della legge e ad elaborare teorie sulla sua interpretazione; ma ci troviamo di fatto ad operare, sempre più frequentemente, come interpreti della sentenza (e del contratto). La legge, nel senso pieno dell'espressione, è una merce alquanto rara, e la funzione di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà è sempre più largamente svolta dal giudice. [...]

<sup>43</sup> Uno scrittore che ha posto seriamente a tema la costitutività dell'elemento situazionale nel diritto, ed il suo darsi quale condizione di possibilità delle componenti normative e teleologiche della giuridicità, è stato D. PASINI, *Vita e forma nella realtà del diritto*, Giuffrè, Milano 1964, il quale richiamò a suo tempo l'attenzione sull'illusorietà dell'onnipotenza normativistica del legislatore, considerandolo al contrario interprete obbligato della realtà, secondo una visione concreta e realistica, su cui tornerò più avanti anche sulla scorta dell'Ascoli, nell'analisi in chiave antiformalistica dei processi di produzione del giuridico. «Ogni qualvolta l'attività legislativa prescinde dal riferimento alla situazione di fatto – scrive Pasini – cioè dal momento condizionante o situazionale, allora il diritto diventa inoperante, cioè inefficace. È questa, si può dire, la vendetta operata dalla concreta realtà economico-sociale, dalla storia contro ogni forma di astrazione e, nel caso specifico, dalla storia contro ogni forma di astrazione giuridica», p. 65, ma cfr. anche pp. 22-30 e 126-128.

Piaccia o non piaccia è con le massime della giurisprudenza che dobbiamo fare i conti, quali noi attingiamo – o quali altri attingono, per contrastare i nostri assunti – dai terminali elettronici della Cassazione, dai massimari e dai repertori dai codici annotati con la giurisprudenza e così via<sup>44</sup>.

Alle orecchie di qualcuno, queste espressioni possono suonare come espressione d'una concezione eccessivamente praticistica dell'esperienza giuridica, frutto contingente delle conoscenze d'un operatore del diritto – sia pure del calibro di Francesco Galgano – condizionato dal proprio, quotidiano lavoro forense, di cui quelle affermazioni or ora riferite furono dichiarata testimonianza. Il problema, però, è che il diritto è pacificamente una forma dello spirito, a voler usare espressioni elevate, dalle finalità pratiche, un tema che qui spesso ricorrerà. Il diritto si propone di regolare le multiformi espressioni dell'umana fattività, in modo da permettere la convivenza cooperativa e da garantire che gli egoismi individuali non sopravanzino le esigenze organizzative del collettivo. Il fatto che dal circuito pratico, quello dunque qualificante e storicamente più significativo, la scienza giuridica, se non proprio tagliata fuori, resti ai suoi margini – per molto tempo ha tenuto a distinguersene, quasi eleggendo in ciò un proprio tratto identitario – e la circostanza che sia la giurisprudenza ad occupare lo spazio principale nella conformazione delle norme disciplinanti azioni e relazioni, è un dato da non tener più in non cale nell'ambito della riflessione storiografica, pena il confinamento in un'area, foss'anche di raffinata ricerca, ma di certo poco rilevante su quello dell'effettività e dunque inidonea a fornire quel contributo alle conoscenze senza di cui la ricerca stessa perderebbe il proprio suo senso, ed il pensiero storico non assolverebbe al suo compito d'identificare, nel fluire occasionale delle esperienze, quei nessi e quei significati che, pur se nascosti nel contingente, non possono sicuramente mancare, come in ogni attività intenzionale dell'uomo<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, I (1985), pp. 701-2.

<sup>45</sup> Una definizione da ricordare in ordine al compito dello storico avvertito delle implicazioni filosofiche del proprio lavoro, è nelle prime pagine degli *Sudi per la fondazione delle scienze dello spirito*, elaborati da Wilhelm Dilthey tra il 1905 ed il 1910 e poi successivamente raccolti dagli allievi dopo la morte del Maestro: «la vita nel suo quieto fluire produce delle realtà di ogni tipo, e il dato molteplice viene da essa accostato all'ambito del nostro piccolo io. Lo stesso mutamento consente di godere nella

Questo, superfluo anche dirlo, non significa affatto che ogni altra dimensione del diritto non incentrata nell'analisi della produzione giurisdizionale perda di senso. Tutt'altro. È chiaro che l'esperienza giuridica resti in tutte le sue articolazioni e solo così prenda senso, espressione com'è del concorso d'una pluralità di componenti, residenti dentro e fuori del mondo giuridico, e sarebbe sciocco volerne limitare la consistenza, confinandola in una sola di esse. Quel che si vorrebbe dire, è che la realtà giurisprudenziale in senso stretto custodisce una parte sempre più rilevante di quanto avviene nell'attivo operare delle regole, per cui privarsi d'una dedicata ricostruzione storica sul modo di funzionare del diritto nelle aule dei tribunali non significa soltanto amputare un organo importante del metabolismo giuridico, ma pure sottrarre all'indagine quella che ne costituisce la sua dimensione più vicina alla storicità e massimamente di essa espressiva.

Il problema non è soltanto che l'odierna tendenza culturale a svalutare le esperienze più propriamente spirituali ed a valorizzare tutto quanto sia riducibile ad informazione non può che avvantaggiare le sentenze e la loro circolazione in maneggevoli massime, rispetto alla dottrina, quest'ultima (almeno quella vera e problematica) di ben più complesso inserimento in banche dati. È ormai in atto un evidente fenomeno d'informatizzazione ad ogni livello della giurisprudenza, che ne facilita – se vogliamo banalizza anche – l'impiego, consentendo rapidi richiami, accessi estremamente pratici al *thesaurus* d'esperienze di cui essa è espressione: pratica che porta anche a tagliare, per l'inesorabile legge dell'economia delle forze, quasi ogn'altro apporto al processo di costruzione del giuridico nella sede, quella dei tribunali, in

nostra vita affettiva e impulsiva, valori di ogni tipo – valori vitali sensibili, valori religiosi, valori artistici. E nei mutevoli rapporti tra i bisogni e i mezzi di soddisfazione sorge il processo di posizione degli scopi, e si formano le connessioni finali che attraversano l'intera società, comprendendo e determinando ogni membro: leggi, ordinamento, prescrizioni religiose operano come forze costrittive e condizionano l'individuo. E spetta sempre al pensiero di abbracciare le relazioni che nella coscienza vi sono in e tra queste realtà della vita, producendo del singolare, del casuale, del momentaneo, pervenuto in tal modo a coscienza chiara e distinta, fino alla connessione necessaria e universale che vi è contenuta» (in W. DILTHEY, *Critica della ragione storica*, Einaudi, Torino 1982, p. 52). Richiamo, questo al pensiero storicistico, che non suoni in contraddizione con quanto sin qui nel testo s'è notato sulla frammentazione postmoderna: perché la ricerca di significato può e deve condursi anche quando sia necessario concludere che un significato non c'è o che, se c'è, è il frutto d'un atteggiamento ispirato alla congiunturalità ed alla precarietà dell'essere contemporaneo. L'importante resta cercar di capire.

cui esso s'afferma con maggior forza performativa. La nascita e progressiva auto-imposizione dell'informatica giuridica, sino al suo insegnamento nelle stesse aule universitarie, offre una testimonianza inconfutabile di questa tendenza storica indotta dallo sviluppo tecnologico<sup>46</sup>.

Ma, ripeto, il problema non è solo di *attualità* delle domande storiche, per cui la centralità del diritto dei giudici dovrebbe indurre gli storici ad accostarsi con maggior lena alla ricerca sulla giurisprudenza. Certo, gli ineludibili impegni morali nascenti dall'*attualità* delle domande storiche costituiscono uno sprone al quale non può mancare di dar risposta, aggiornando gli interessi della ricerca alle necessità del momento: sarebbe quasi un dovere di solidarietà sociale per chi fa professione di ricercatore. Uno tra gli studiosi che nel secolo scorso ha più ampiamente riflettuto sul senso e significato della ricerca storiografica osservò come sia inevitabile «che le scienze sociali si trasform[i]no non solo per l'accumularsi del sapere relativo al mondo le cui leggi sono fisse, ma anche grazie alla scoperta delle novità d'un mondo in trasformazione», un tratto, questo eretto ad elemento di distinzione non minimale rispetto alle scienze della natura ed ai loro relativi compiti<sup>47</sup>. In altri termini, la ricerca sociale rischia di venire meno al proprio dovere di contribuire all'arricchimento della coscienza collettiva, respingendo all'esterno dei propri più significativi interessi<sup>48</sup> segmenti della

<sup>46</sup> Un'esposizione di questa evoluzione è ad opera del giurista che tra i primi s'è occupato di quella che inizialmente aveva preso il nome di cibernetica giuridica, sul quale ha poi prevalso il sintagma 'informatica giuridica': M. G. LOSANO, *Struttura e sistema nel diritto*, III, *Dal Novecento alla postmodernità*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 1-115.

<sup>47</sup> R. ARON, *Lezioni sulla storia* [1989], Il Mulino, Bologna 1997, p. 314.

<sup>48</sup> Poiché su questi temi non è difficile il fraintendimento, preferisco chiarire che non intendo con ciò confinare in una visione etico-utilitarista le domande e le ragioni della ricerca storica. Sono al contrario convinto che ci sono ragioni ancor più fondative perché la ricerca storiografica vada comunque coltivata. Ne lascio indicare quella che reputo la principale al grande storico economico polacco Witold Kula: «anche se non si ritiene utile coltivare la storia, bisognerebbe comunque considerare nociva la sua scomparsa. Nello studio della storia è insita l'applicazione costante del metodo critico, l'esercizio della critica nei confronti delle fonti che danno testimonianza sulle azioni degli uomini, una particolare logica nell'interpretazione dei problemi umani, ed infine il contatto continuo con il patrimonio culturale di un paio di millenni» (cfr. *Riflessioni sulla storia*, a cura di M. Herling [1958], Marsilio 1990, p. 94): una riflessione, quella storica, che dunque valorizza sensibilità, rispetto, attenzione per il diverso formarsi e manifestarsi dell'esperienza umana, posto dall'insegnamento di Montaigne alle radici della cultura moderna, un insegnamento sul quale si chiuderanno queste pagine.

realtà che nel tempo si sono andati affermando come decisivi per il formarsi dei paradigmi cognitivi e dei valori etici a mezzo dei quali la comunità compie i propri faticosi avanzamenti e supera i continui ostacoli che si frappongono all'attuazione degli obiettivi che quegli stessi riferimenti insistentemente le propongono.

9. *La riflessione concettuale della scienza e la plastica creatività della giurisprudenza nel 'ristretto' del processo*

Il problema, come s'anticipava, non è però solo nell'esigenza che la ricerca storica non rifugga dalle proprie responsabilità e dalla propria presa sull'attualità; lo sprone forse ancor più decisivo sta nel non continuare a differire il confronto con l'attività della giurisdizione, proprio al fine, e questo vale per l'oggi o per l'ieri e per l'ieri l'altro, di far emergere a pieno la *storicità* del diritto in una delle sue più avvincenti espressioni.

Avvicinarsi al diritto attraverso l'indagine sulla sua formazione nel lavoro della giurisprudenza dei tribunali comporta, e questo non può esser dubbio, guardare all'edificazione del giuridico ad un suo livello più pratico, più concreto, in meno mediato rapporto con gl'interessi. Compito della scienza del diritto, ci è stato da tempo insegnato, è l'investimento dell'«intelletto astratto e analitico che prende possesso per così dire dell'esperienza giuridica e la scompone nei suoi elementi e la ricompone nel suo sistema»; lavoro di «scomposizione e ricomposizione» della realtà, lavoro di «analisi e di esplicazione», compito di «traduzione della realtà in concetti»; attività che ha il precipuo onere – se vuol stare al proprio impegno – di dare consapevolezza alla «esperienza nel suo corso fluviale», all'esperienza giuridica, ben inteso, della propria 'specificità' ed 'autonomia', «traverso la determinazione puntuale delle situazioni nelle quali l'esperienza si concreta e si caratterizza e del sistema di connessioni nelle quali le situazioni stesse si trovano e vivono»<sup>49</sup>. Capograssi ci chiarisce molto bene, dal suo punto di vista, quale sia lo spazio spirituale dove scorgere al lavoro la (alta) scienza del diritto: non far perdere la coscienza della specificità dell'esperienza giuridica confondendola tra le altre forme dello spirito umano. Per far questo, la scienza svolge opera d'astrazione, d'elevazione, mediante

<sup>49</sup> CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, in ID., *Opere*, cit., II, pp. 554 e 557.

l'analisi delle *situazioni nelle quali l'esperienza si concreta*, indicando momenti di sintesi concettuale per l'interminata conflittualità che è alla base di ogni avanzamento (o arretramento) nel diritto. Forse soprattutto così si sviluppa una più profonda coscienza di quel che il giurista fa quando opera con gli strumenti del proprio mestiere, affinando le potenzialità del suo intervento nel contesto sociale.

La storia del diritto è indubbiamente una storia di conflitti, di conflitti cui è necessario dare una composizione per consentire la convivenza comune:

*Forces conservatrices et forces réformatrices s'affrontent s'il s'agit de créer la règle de droit. Il est rare que l'une d'elle puisse l'emporter d'une façon complète. Le plus souvent il faut composer avec les forces concurrentes*<sup>50</sup>.

Con concisione ed efficacia – endiadi raramente dissociabile – Georges Ripert sintetizza la dinamica storica del diritto di cui la scienza giuridica cerca d'accrescere consapevolezza e dunque efficienza nell'azione sistematizzatrice. Ma se indubbiamente quello della *scientia iuris* è un compito di coscienza giuridica che riflette su sé stessa, cimentandosi nella chiarificazione, le vicende che si presentano dinanzi ai giudici hanno ben diversa plasticità. Sono il frutto di scontri virulenti, dove si dibatte del mio e del tuo accanitamente, si lotta per la libertà, ci si difende da accuse che possono produrre conseguenze deplorabili. Nel processo e non nella riflessione scientifica, si ha il diritto che si forma *in situazione*, nello scontro diretto e (quasi) immediato di 'interessi' che normalmente non hanno alcuna voglia di riconoscersi vicendevolmente, non si fanno notare per mansuetudine. È nel processo che si azionano le *ragioni*, si contendono pretese molto motivanti, ammantate in forma d'argomenti giuridici. S'invocano cioè le norme dell'ordine vigente, ed i valori ad essi sottesi, perché vadano incontro alle brame (il sostantivo non suoni forte) delle parti che si contrastano e svolgano la funzione ordinante che è quanto di più tipicamente loro proprio<sup>51</sup>. E ciascuno cerca di tirare dalla propria parte il *diritto*, con il

<sup>50</sup> G. RIPERT, *Evolution e progrès du droit*, in AA. VV., *La crisi del diritto*, Cedam, Padova 1953, p. 6.

<sup>51</sup> È ancora CAPOGRASSI, Ivi, p. 533, che con le sue suadenti parole – suadenti non perché retoriche, bensì perché ad un tempo felicemente alte e plastiche – definisce il culmine della giuridicità nella controversia: «la controversia cioè quell'ingorgo e



giudice a far da arbitro – rivestito, ma solo rivestito, d'imparzialità – per trovar la *soluzione*. Insomma, nel processo l'uomo è *in situazione* molto più di quando opera da scienziato del diritto, avvalendosi d'un livello di distanziante mediazione concettuale, sottilmente filtrante e dunque libero dalle più asfissianti pressioni del conflitto. È proprio di ciò che si forma nello scontro e nel contrasto verace tra le pretese, l'essere intrinsecamente storico, congiunturalmente determinato:

non è possibile alcun giudizio definitivo sulla lotta, né l'affermazione né la negazione; ma poiché l'esserci è anche lotta l'unico problema è quello di sapere quando si deve prendere e utilizzare una posizione di potere, quando si deve cedere e sopportare, quando si deve lottare e rischiare. Qui la decisione non scaturisce da principi generali, ma, sia pure col loro contributo, *dall'esistenza della storicità nella sua situazione*<sup>52</sup>.

Non tutti converranno con la riflessione esistenzialista secondo cui «l'essere in situazione definisce la realtà umana, rendendo contemporaneamente conto del suo *esser-ci* e del suo *essere-al-di-la*»<sup>53</sup>. Non tutti converranno con la riduzione dell'essere alla sua situazione, richiede questo una visione molto laica della vita ed una certa inclinazione a valorizzare le congiunture ed i momenti pratici<sup>54</sup>. Ma sarebbe ardito ne-

quella crisi che nell'azione era nata perché l'esperienza giuridica non riusciva a realizzarsi, si risolve perché l'esperienza giuridica si forma e cioè si risolve il problema della sintesi tra l'azione e la sua legge fra la volontà obiettiva e la volontà subiettiva». Il vero nodo della controversia, continua l'A., è «risolvere il problema di verità che il contrasto di interessi ha sollevato, trovare la soluzione per cui sia assicurata razionalità profonda dell'azione per cui la crisi sia risolta nel senso della razionalità concreta dell'esperienza, ritrovare la verità come legge dell'azione» (da leggere anche la nt. 2 a questo testo).

<sup>52</sup> K. JASPERS, *Filosofia*, Utet, Torino 1978 (1956), p. 719 (sono intervenuto sui corsivi dell'A.). Chiarisce ulteriormente, quanto poco dopo aggiunge l'A.: «ci sono delle rappresentazioni-limite astratte, come la lotta eroica, la rovina di se stessi, la compartecipazione delle anime nell'illimitata armonia della pace. Ma contro queste possibilità astratte c'è il fatto che noi siamo degli esseri che hanno il loro essere e il loro contenuto in determinate situazioni di lotta che si svolge nel corso del tempo. La nostra realtà non è una totalità compiuta, né qualcosa di atemporale».

<sup>53</sup> J-P. SARTRE, *L'essere e il nulla. Saggio di ontologia fenomenologica*, Est, Milano 1997 (1943), p. 610.

<sup>54</sup> Anche se solo fino ad un certo punto: la valorizzazione della *situazione* come cifra costitutiva dell'umana storicità, è riconosciuta anche da filosofi di matrice esistenzialista, che però accentuano il valore della trascendenza nella dimensione della storicità. Scrive ad esempio N. ABBAGNANO, *Introduzione all'esistenzialismo*, Utet, Torino

gare che la riflessione esistenzialista sia stata di non poco aiuto alla definizione della storicità umana come realtà che si produce nel ristretto, spesso asfissiante, di situazioni momentanee, tra stringenti necessità quando esse impongono di prender partito, di decidere o, come ci suggerisce Jaspers, di stabilire quando cedere, quando sopportare, quando invece virilmente rivendicare.

Ora, il processo è per sua natura una situazione<sup>55</sup>; anzi un concatenato succedersi di situazioni che la legge ha creato in forme particolarmente stringenti, tra le quali il diritto si forgia nello stridore di ragioni che le parti rivendicano nel fronteggiarsi delle loro più immediate aspirazioni, quelle stesse che le motivano all'azione, conferendo contenuti all'ambiente del giudizio, fornendo gli elementi principali da cui scaturisce la regola concreta e quindi poi l'orientamento giurisprudenziale: in una parola, il diritto. Se, come sembrerebbe esatto, il fine del processo contenzioso è «la composizione della lite»<sup>56</sup>, questa attività è tutt'altro che pacifico ed armonico risultato dell'asettica valutazione del giudice. È vero:

quanti espedienti nell'ordinamento giudiziario e nella procedura, e

1988 (1942), p. 337: «La storia è l'atto della storicità che si realizza come tale. E poiché la storicità è la trascendenza verso un ordine eterno, la ricerca storica è il riconoscimento di questa trascendenza, riconoscimento per il quale la trascendenza stessa è realizzata nella sua natura originaria e ricondotta al suo principio». Ne *La struttura dell'esistenza* (1939), ivi, p. 172, precisa anche che «l'ente si trova dunque necessariamente in una situazione esistenziale nell'atto stesso di costituirsi nella sua finitudine mercé la sua vita temporale. È il costituirsi dell'ente nella situazione che lo individua nella sua finitudine e l'accadere dell'ente la sua storicità fondamentale».

<sup>55</sup> In una delle sue tante, efficaci trasformazioni immaginifiche, Francesco Carnelutti – tra i teorici italiani più solleciti alle istanze della pratica, le cui intuizioni ci accompagneranno sino alle ultime pagine di questo scritto – dice che «la situazione sta al fatto come un fotogramma alla serie, in cui consiste un film». F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Foro Italiano, 1946, p. 109. La *situazione* ha la caratteristica di tendere a costringere la realtà in forme prefissate, in modo da consentire a chi deve, d'analizzarla come in laboratorio. I fatti offrono resistenza alla coercizione in *situazioni* diverse da quella in cui si sono costituiti; e sono portati ad opporsi alla formalizzazione che viene loro imposta dal diritto, riluttando con tutte le asperità – più tecnicamente, peculiarità – di cui sono formati: che sono poi i tratti della loro storicità, la quale si manifesta ricercando mezzi giuridici che più plasticamente siano in grado di dar agio all'espressione. Ed attraverso questa dialettica, il diritto è portato lentamente ad evolvere in nuove e più aggiornate rappresentazioni. Una dialettica che troveremo a breve illustrata in una riflessione più generale da Pietro Piovani.

<sup>56</sup> F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Morano, Napoli 1958, p. 67.

forse nello stesso sistema della legalità, per togliere al giudice il senso della sua responsabilità, e per far apparir la sentenza come un responso anonimo, calato dal cielo e non riferibile alla volontà dell'uomo<sup>57</sup>.

Ma la realtà è ben diversa dall'aspirazione a questo bucolico scenario. Processo, ci riferisce Salvatore Satta nel descriverne la vicenda dottrinale tra XIX e XX secolo,

era in sostanza il termine in cui confluivano alcune idee madri, quella dello Stato, della legge, del diritto pubblico, del giudice, quindi della risoluzione del diritto soggettivo nel diritto oggettivo, del distacco dell'azione dal diritto<sup>58</sup>.

Il processo inteso chiovendianamente come impresa, continua Satta, in cui parti e giudice si confrontano e scontrano all'interno d'una stringente organizzazione di regole, pensata per farne sgorgare una decisione risolutiva. Una situazione, dunque, storicamente prescritta dall'essere frutto di scelte ineludibili, all'esito di scontri tra uomini, ciascuno portatore delle proprie per lui irrinunciabili istanze; uomini che devono confrontarsi anche con l'istanza dell'ordine al quale son costretti a chiedere una risposta che aspirano conforme ai propri interessi. Insomma, un'arena nella quale convergono esigenze di varia provenienza, animate da obiettivi tutt'altro che coincidenti, operanti, ad usare l'espressione del Satta, per realizzare la nient'affatto scontata 'risoluzione del diritto soggettivo nel diritto oggettivo'. Lasciare in ombra, nell'analisi storica del divenire giuridico – direi, nel divenire giuridico *tout court* – quello che si *realizza* nel crocevia processuale, significa porre in non cale una parte decisiva dell'esperienza giuridica, quell'esperienza pur tanto, e ripetutamente, ed a ragione invocata. Un maestro del diritto, spesso a torto criticato per la nettezza delle sue espressioni, ma al quale non può dirsi certo abbia fatto difetto il senso del giure, in ordine alle dinamiche su cui si va richiamando l'attenzione – il rapporto tra l'astratta affermazione e la concreta realizzazione, in sostanza l'economia del diritto – ebbe a lasciarci questa saliente considerazione:

<sup>57</sup> P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte Alle Grazie, Milano 1999 (1959), p. 252.

<sup>58</sup> Cfr. S. SATTA, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, Padova 1968, p. 102.

un diritto concreto esiste solo laddove concorrono le condizioni dalle quali la regola giuridica astratta fa dipendere l'esistenza dello stesso. E ciò, stando alla dottrina dominante, basterebbe ad esaudire la natura e il contenuto della relazione reciproca de' due aspetti del diritto.

Ma questa è rappresentazione assolutamente unilaterale. Essa si limita a proclamare in modo esclusivo la dipendenza del diritto concreto dall'astratto. E non s'accorge che codesta relazione di dipendenza non esiste meno nell'opposta direzione. Il diritto concreto non riceve semplicemente vita e forza dall'astratto; ma a sua volta rende a questo ciò che ne ricava. L'essenza del Diritto è nella sua attuazione pratica.<sup>59</sup>

Ecco, il diritto si costituisce ed interagisce nella società in questa indefessa dialettica tra il concreto e l'astratto, in quello che potrebbe definirsi il 'circolo ermeneutico' della realtà giuridica, dove la dimensione astratta offre coordinate per l'orientamento del concreto ed il concreto con la sua sterminata capacità di meravigliare e mettere in crisi la regola, le offre continue occasioni per reinterpretarsi, aggiornarsi, in ultima analisi per svolgere il proprio compito di regola. Tappare la dinamica giuridica di tanta e così qualificante sua parte, fa correre il rischio d'avere una proiezione ideale ed inattuale del giuridico, fiera di fraintendimenti: che, sul piano storico, è rischio affatto grave.

10. *La storicità del diritto come attività nella giurisprudenza. Prime osservazioni sulla Legge di Hume*

Cosa intendo dunque per la *storicità* del diritto che nasce all'interno del cosmo processuale? Perché mi sembra di dover dire che in quel luogo artificiale esso si presenti immerso nella storicità, più che in altre forme con le quali il diritto si fa realtà nell'ambiente sociale? Ecco, io credo ciò derivi dal suo essere *in situazione* in misura più intensa di quanto non accada quando si guardi alla scienza del diritto o anche alla stessa attività di produzione delle norme positive. Provo ad esser più chiaro.

<sup>59</sup> R. JHERING, *La lotta per il diritto*, cur. P. Piovani, Laterza, Bari 1960 (1872), pp. 98-9. Questo "volumetto" dalla 'intramontabile importanza', come lo definiva il curatore nel presentarlo, costituisce uno scritto che andrebbe proposto, a mio modesto avviso, tra i libri di testo della sempre sbandierata, e mai impartita, 'educazione civica' italiana.

L'ambiente processuale è anzitutto un ambiente formale, una pura creazione del diritto, una realtà completamente artificiale con ben delimitate finalità. C'è poco o nulla di spontaneo in esso, direi giusto la necessità che impone alle parti di ricorrere – *obtorto collo* – al tribunale, se di spontaneo in ciò può predicarsi. Nel processo non ci si muove liberamente, perché esso ha scopo ben preciso: consentire l'emissione d'un verdetto, corredato da coattività, componente decisiva del giuridico. E per emettere un verdetto è d'uopo la realtà sia fermata in modo definitivo, definitivo e formalizzato ovviamente per il processo, perché la realtà nel frattempo avanza ed è quasi sempre tutt'altro quando la sentenza sopraggiunge. Ma tant'è, ci si può far poco. E questo sospendere il corso del tempo è già una prima, serissima costrizione, direi una *traduzione*. Gli stessi contendenti perdono i loro tratti anagrafici ed assumono il ruolo di 'parti', ognuna con una nuova artificiale denominazione, assegnata a seconda del posto occupato sulla scena processuale: talora, se gli individui che contendono sono numerosi, perdendo del tutto la propria identità, nell'indistinto dei ruoli processuali. La realtà che viene dal di fuori del giudizio è tutt'altra cosa da come essa si presenta in tribunale per esservi giudicata; qui, dinanzi al giudice, assume 'vesti giuridiche' e vi perviene attraverso stringenti canali procedurali, quelli mediante cui si *acquisisce la prova*. Questo primo percorso avvia la *trasfigurazione* dei fatti – che già di loro sono nulla d'oggettivo, bensì frutto d'intenzioni umane storicamente situate, da interpretare, da ricostruire – in entità diverse dal loro essere: ed è un passaggio d'impoverimento che il diritto esige inesorabilmente, per avviare quel trattamento di tipizzazione grazie al quale si verifica l'operazione tutt'altro che innocua della 'risoluzione del diritto soggettivo nel diritto oggettivo': in altri termini, del collocare l'aspirazione della vita in una casella preconstituita in un precedente momento storico; un'operazione non priva per sua natura intima d'un certo tasso di violenza, come finemente insegnato, tra gli altri, dal Cassirer<sup>60</sup>. Questa iniziale trasformazione – questa riduzione del fatto in

<sup>60</sup> È la violenza propria di ogni forma spirituale, come in modo eccelso ha dimostrato Cassirer, nella sua monumentale opera dedicata alle forme simboliche: «ogni vita spirituale ed ogni sviluppo spirituale si può realizzare soltanto in queste trasformazioni, in siffatte metamorfosi intellettuali. Da una tale metamorfosi furono già condizionati il cominciamento e la possibilità del linguaggio: anche il linguaggio infatti non può indicare semplicemente impressioni e rappresentazioni, ma l'atto della semplice denominazione implica sempre al tempo stesso un cambiamento di forma, una trasformazione spirituale. Il fermarsi al dato e il "sommigliare" ad esso si perdono sem-

fattispecie – è già percorso di storicità: perché produce attrito tra l'umana, irripetibile individualità e la preconfezione rigida della fattispecie 'astratta'. È un primo scontro tra quel che Ripert ci ha sopra indicato come dialettica tra forze conservatrici e forze progressiste: e questo, però, in un senso più originario, forse, di quello inteso dal civilista francese. Questo primo scontro è quello tra il *nuovo*, sempre recato dalla vitalità dei rapporti che si presenta con tratti suoi propri e carico di giuridicità, ed il tradizionale, costituito dalle forme normative, frutto d'esperienze passate, erette a modello e consolidate in espressioni linguistiche, che tendono a sovrapporre il proprio orizzonte valoriale in virtù della forza di legge che dispone di molti strumenti per 'ingiungere'. Come tutto nella vicenda umana, nulla però avviene unilateralmente: il presentarsi del fatto nel processo porta con sé la sua normatività, il suo spessore, che tende a spingere sugli assetti d'interessi precariamente acconciati nelle concettualizzazioni normative, per far sì che questi si mettano nella condizione di riconoscere le peculiarità del caso e non si sovrappongano crudamente ad esso, cancellandone la specificità. Per usare le parole dell'appena ricordato Cassirer, «concetto ed esperienza sviluppano le facoltà che possiedono solo in quanto vengono a confronto fra loro». Insomma, nel processo si confrontano materiali ricchi, variegati e ben più vasti di quello normativo, con capacità di reazione impari, espressioni d'esperienze tante volte maturatesi apparentemente al di fuori del diritto, ma in un ambiente, quello sociale, carico di giuridicità spesso inavvertita<sup>61</sup>.

pre di più: dalla fase dell'espressione "mimica" e "analogica" il linguaggio procede verso la pura formazione simbolica». E. CASSIRER, *Filosofia delle forme simboliche*, III, 2, *Fenomenologia della conoscenza*, Pgreco, Milano 2015 (1929), p. 181, a p. 182 la citazione subito oltre nel testo. Un problema, quello della violenza insita nel trapasso da una forma all'altra dell'attività spirituale, che nel passaggio dal fatto al diritto si specifica pure nell'esigenza intima del giuridico di *regolare* e dunque di raccordare il dato della vita con un paradigma preconstituito che ha lo scopo d'ordinarlo. È un tema che continuerà ad incombere nel presente lavoro.

<sup>61</sup> Quella della ricchezza del paesaggio giuridico, presente agli storici più avvertiti, è stata colta anche dai giuristi più sensibili alla dimensione realistica ed umana del giuridico. «Le regole giuridiche – annota Francesco Carnelutti – pertanto, non sono il dato da osservare, ma già un risultato della elaborazione di un dato diverso. Ciò che cade o, meglio, può cadere sotto i sensi del giurista sono gli *atti*, dai quali si argomentano le regole: atti di chi comanda, di chi obbedisce o di chi disobbedisce. [...] *Immenso* materiale. Naturalmente i confronti sono azzardati; ma non direi che alcun'altra scienza abbia un campo di osservazione così ampio». CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, ed. an., Cedam, Padova 1990 (1939), risp. pp. 35 e 38.

Dunque, uno spiccato elemento di storicità è già nei tentativi che i fatti – gli uomini che li hanno posti in essere – compiono, attraverso l'opera dei difensori tecnici, per presentarsi dinanzi al giudice nel migliore dei modi: cioè a dire nei modi che riescano a renderli pregni della loro valorialità, delle loro ragioni, perché queste siano riconosciute da chi deve giudicarli nella loro densa fondatezza storica: manifestazioni di genuini interessi, d'intenzioni che anelano a risultare meritevoli agli occhi del diritto o meglio a quelli del giudice chiamato a farlo parlare. Quanto più il fatto viene sviscerato nella propria singolarità in vista del trattamento giuridico che l'attende, tanti più spunti per aggregarsi ad una previsione normativa sarà in grado d'offrire – sarebbe meglio dire, d'imporre (oltre lo si testimonierà in concreto) – a chi dovrà valutarlo: nella consapevolezza che molte delle fondamentali categorie giuridiche – diritto oggettivo, certezza, predicibilità delle decisioni – cospirano in senso opposto alla sua piena espressione<sup>62</sup>.

Naturalmente, nel processo è presente anche la *controparte*: è costitutivo del processo l'*audietur et altera pars*, ne fa la sua 'storicità' specifica. Una controparte che, per sua costituzione, è portatrice di *interessi contrapposti*, che dunque opporrà a quelli di chi avanza domande contrarie ai suoi fini. Ed in questo conflitto nasce ulteriore giuridicità, ulteriore esigenza di forgiare regole compositive, ricercare, nei limiti del

<sup>62</sup> E di fatti una delle caratteristiche della dialettica processuale è questa sottesa lotta tra il fatto ed il diritto, il fatto che vorrebbe affermarsi con forza ed il diritto che ha necessità di semplificarlo per poterlo meglio giudicare, cioè a dire inserirlo in una delle sue preconfezionate e per forza di cose semplificatrici fattispecie. È ancora una volta Carnelutti, tra i giuristi teorici che più hanno formato le loro categorie in stretta correlazione alle esperienze della pratica, a chiarire molto bene questa dinamica, propria del processo: «risolvendosi la pronuncia di un comando nella formulazione di un concetto, la realtà ne riesce inevitabilmente semplificata e impoverita, la qual semplificazione e impoverimento, sempre maggiore in ragione dell'astrattezza e della generalità del comando, contiene in sé il germe dell'ingiustizia. Così avviene che il valutatore [...] sia tratto a dubitare della sua giustizia: può sempre darsi che alcuni dei caratteri del fatto, indifferenti secondo il comando preesistente, abbia ai suoi occhi tale valore da doverlo ritenere rilevante e perciò da determinare un trattamento diverso da quello che il diritto gli assegna». CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 362. Un tema questo sempre presente nella riflessione del grande giurista friulano: illuminante, ad esempio, il breve ma denso ed ironico articolo, scritto in garbata polemica con il Lopez de Onate e con il Calamandrei, in cui testimonia la sua personale vicenda umana: «a cui l'esperienza del diritto nel processo ha mostrato, in tanti anni, nell'irriducibile contrasto tra la giustizia e la certezza il suo dramma». CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, *Riv. dir. proc. civ.*, XX (1943), p. 81.

consentito, punti d'incontro: nasce soprattutto la necessità spiccatamente storica di fare avanzare l'ordine del diritto verso sempre nuove realtà, essendo esso costretto ad inseguire – per governare – una vitalità indomita e costantemente carica di nuove domande, di nuove pretese. Insomma, il mondo del processo è una fucina di storicità, un'attività continuamente alle prese con vario materiale, impegnata nella formazione del diritto: perché il giudizio crea una situazione che costringe la realtà a sprigionarsi<sup>63</sup> in tutte le sue tensioni – o almeno in quelle che le regole processuali le consentono di porre in decisione, e non son poche – creando nuove forme – o, se si vuole, nuove soluzioni – indispensabili a far sì che il diritto assolva al proprio compito di riconoscimento e composizione.

In effetti, la palestra dove il diritto è chiamato a compiere gli esercizi più spericolati per assolvere al suo compito regolatore, è proprio l'aula del tribunale. È qui che le norme, e gli imperativi ipotetici da cui traggono la propria struttura, hanno ontologica necessità di continuo adeguamento; se non fosse, si finirebbe entro un tempo relativamente breve per creare un incolmabile iato tra l'ordinamento giuridico formalmente in vigore e la realtà effettuale delle cose, che progredisce per suo conto, come in una società primitiva. Anche il più formalista dei giuristi, non potrebbe negare la necessità che il diritto sia in grado di *riconoscere* il reale, perché se ciò non accadesse più, semplicemente non sarebbe nemmeno più diritto, almeno nell'accezione comunemente accettata del termine: sistema con lo scopo d'ordinare efficacemente i fenomeni sociali<sup>64</sup>. Dinanzi ai giudici, spesso e volentieri si presentano

<sup>63</sup> Termine che viene qui usato in un'accezione molto originaria: i fatti nel giudizio tendono ad essere imprigionati – non solo nel senso che il processo può porre capo alla prigione – e cioè ad essere passati al setaccio dei mezzi processuali, soprattutto quelli probatori; quindi essi devono esercitarsi in un compito di manifestazione estremamente faticoso, l'unico però che può ad essi consentire di farsi valere al cospetto di forme giuridiche tutte cospiranti a ridurle in quel sizio dal quale difficilmente possano farsi valere nella loro pienezza.

<sup>64</sup> Si verificherebbe quel fenomeno d'invalidazione del diritto, così descritto da R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997 (1992), p. 91: «la validità delle norme di un sistema giuridico evoluto riposa su una costituzione scritta o non scritta che dice a quali condizioni una norma appartiene al sistema giuridico e perciò vale giuridicamente. Che singole norme giuridicamente valide sulla base dei criteri costituzionali di validità perdano la loro validità sociale non significa ancora che la costituzione e con ciò l'intero sistema normativo che vi si fonda perdano la loro validità giuridica. Tale soglia è superata solo se le norme che appartengono al sistema normativo non sono più efficaci nelle loro grandi linee, né vengono osservate né viene sanzio-



ragioni dotate tutte di notevole robustezza: esse esprimono aspirazioni atte a legarsi, quale più quale meno, ed a seconda dei modi di vedere, alle regole preesistenti, sempre che queste si adattino a riconoscere le nuove e vecchie istanze, quelle che con vario grado di legittimità prendono piede nella società, articolandosi in modo via via più sofisticato e, coordinate economiche consentendo, più esigente di tutele.

Insomma, nel processo si vede all'opera intensamente, e spesso inavvertitamente, quel plesso problematico che prende il nome di *normatività dei fatti*. Un plesso attiguo al tema della *storicità*, dato che in essa si manifesta la tipica 'energia' delle cose create dall'uomo: attitudine a determinare relazioni tra valori da cui discendono, coalescenti, regole ordinatrici e finalità condivise. La quasi quasi magica relazione che permette il verificarsi dell'incontro tra fatto e diritto, entità per più rispetti lontane tra loro: il primo, uno stato di cose prodotto dell'intenzionalità umana, e però già carico di valore; il secondo, un sistema di schemi astrattamente prescrittivi, bensì rappresentativi anch'essi dell'intenzionalità umana, un'intenzionalità che ha l'obiettivo di fissare gerarchie d'interessi, o quanto meno relazioni tra di essi, e dunque rapporti valoriali ai quali adeguare le future condotte consociative. È su questa comune natura intenzionale che i due momenti possono trovare il punto d'incontro. Scrisse Pietro Piovani in una risalente pagina, ma non per questo tramontata, non accade l'oblio quando si raggiunge l'entità delle cose:

il fatto, nella sua natura compiuta e autentica, non è un *quid* estraneo al diritto. [...] Il fatto, nella sua essenza profonda, non solo sta già nel cosmo giuridico, ma con la pressione che esercita, contribuisce a plasmarlo. O, meglio: in tanto vi sta, riesce a starvi, in quanto contribuisce a modelarlo. Il merito della dottrina [della *natura dei fatti*] è proprio questo: l'accorciamento della distanza tra fatto e diritto, ovvero la critica, implici-

nata la loro inosservanza». Si tratta, del resto, della stessa base sulla quale è elaborato uno dei fondamentali canoni ermeneutici identificati dal Betti, quello della fedeltà al testo, nel suo rinnovamento adeguatore. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano 1971, p. 37: «affiora nella coscienza degli interpreti l'antinomia fra l'esigenza di fedeltà al pensiero originale e l'esigenza di spontaneità e di rinnovamento che promana dall'attualità dell'intendere». Sono espressioni tutte di quella fondamentale storicità (non solo) del diritto, ontologica componente di questa umana forma organizzatrice, trascurando la quale, non considerando a pieno la quale, possono prodursi malestri nell'attuazione delle regole, favorendosi l'arbitrio a base volontaristica del giudice e la disumanità delle decisioni.

ta o esplicita, del concetto di fatto come entità oggettiva a sé stante, posta di fronte ad una norma capace da sola d'infondergli le caratteristiche volute, in base ad un'astratta concezione del dover essere. [...] Nessun precetto riesce a regolare i fatti, ad inserirli in un dato ordinamento, se non si adegua ad essi come sono o, almeno, possono essere, riescono ad essere. [E però] perfino la più completa valutazione del fatto come autonoma sorgente di giuridicità, quando sia attentamente esaminata può dare una nozione del *fatto* e della sua natura solamente grazie al riferimento ad una coscienza collettiva, ad una collettività organicamente, storicamente determinata: da questa collettiva determinazione, non dal fatto in sé sorge la giuridicità<sup>65</sup>.

Affiora in queste illuminanti espressioni l'antica questione della possibilità di derivare il valore (anche giuridico) dal fatto, cioè a dire della possibilità che il fatto ha o meno di recare in sé impresso il valore che lo costituisce in un determinato contesto storico, e con ciò di prescrivere coerenti conseguenze comportamentali; da Piovani è affrontata e risolta in termini meno rigidi, più realistici e storici di quelli classicamente ripresi nel noto pensiero di Norberto Bobbio. Più realistici e storici, perché affermare che dai fatti non possano ricavarsi valori e che questi ultimi siano sempre una sovrapposizione ad un giudizio di fatto di un preconstituito giudizio di valore<sup>66</sup>, significa non solo porre su d'un'artificiosa astrattezza i giudizi di valore che non si saprebbe più di dove far discendere, quando privi d'ogni base empirico-storica; ma

<sup>65</sup> P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Giuffrè, Milano 1953, pp. 123-5.

<sup>66</sup> In una delle ripetute sue polemiche antigiusnaturalistiche, Norberto Bobbio ad esempio scriveva: «quando il giusnaturalista pretende di dedurre il valore dal fatto, ciò che deve accadere da ciò che accade, si illude: in realtà egli deduce un valore da un altro valore, o, se si vuole, ricava ciò che deve accadere da ciò che accade, unicamente perché ha già attribuito a ciò che accade un valore negativo o positivo, trasformando un giudizio di fatto quale: "il pesce grosso mangia il pesce piccolo", in un giudizio di valore quale: "È male, oppure è bene che il pesce grosso mangi il pesce piccolo". Ma per affermare che un certo evento è bene o è male egli non fa più appello alla natura, ma a un sistema di valori presupposto alla natura». N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1972 (1965), p. 173. Ovviamente, non è questione che ha posto Bobbio, ma risale, si può dire, almeno alla nota legge di Hume, secondo la quale dai fatti non è possibile trarre valori, posizione poi assunta come propria dalla filosofia morale d'orientamento analitico. È questione qui impossibile da approfondire nel modo dovuto, anche se su di essa nel testo, si tornerà al cospetto di situazioni concrete per misurarne più realisticamente la pregnanza.

porta, a mio avviso, anche a perdere lungo la via quella che è la reale dialettica tra i primi ed i secondi, egregiamente lumeggiata invece dal filosofo del diritto napoletano. Non ci sono da una parte i fatti e dall'altra i valori dell'ordinamento: c'è il punto d'incontro – la scena della storia – dove i fatti umani, carichi ontologicamente d'intenzionalità e dunque di valorialità costituita nelle situazioni, s'incrociano con il diritto, sistema di forme valoriali per eccellenza, adattandosi ed adattandolo, e certamente, come vuole Piovani, anche assoggettandosi alla coscienza collettiva, che è un altro modo di dire storicità. Potremmo altrimenti affermare: i fatti si articolano nella storicità, portatrice dell'orizzonte d'aspettative in cui la comunità si muove e di cui il suo diritto, se valido ed efficace, è primaria espressione nonché strumento di manutenzione e custodia<sup>67</sup>. Su ciò dovrà tornarsi tra non molto.

Ed è anche per questo – se non soprattutto per questo – che la storicità del diritto si manifesta in modo credo del tutto distinto nel mondo della giurisdizione: perché qui non è mascherabile – o lo è assai più difficilmente – lo scontro tra aspirazioni, interessi e valori che sospingono gli individui in competizione e potenziale conflitto: una risposta deve necessariamente esser data, *hic et nunc*, nell'incrociarsi delle contrapposte domande avanzate dalle parti, che si colpiscono reciprocamente con pochi riguardi dinanzi al loro arbitro. Non è consentito sottrarsi, non è permesso divagare, non c'è l'ausilio dell'idealizzazione e dell'astrazione di cui può valersi la scienza del diritto<sup>68</sup>, se non quello

<sup>67</sup> Un ulteriore profilo della normatività dei fatti fu molto ben visto da G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1953, pp. 86-88, quando considerò che «i fatti sono normativi per chi li vuole [...] perché il fatto diviene norma solo che un impulso all'azione, diretto ad esso, faccia sì che la sua legge – ossia esso stesso – venga assunta come regola dell'agire trasformando l'impulso originario in volontà razionale»: in sostanza, l'uomo muove da sue motivazioni ed aspira a creare situazioni; ma sono poi le situazioni volute a dettare le regole per l'azione dell'uomo che verso la loro costituzione s'impegna. Posizione, questa, che mi pare di peculiare equilibrio, consentendo di riconoscere alla fattualità le proprie leggi, senza però porle come qualcosa «di estraneo all'uomo ma [intendendole come] il modo in cui l'uomo vede e quindi in un certo senso crea quel fatto»: un rapporto, in altri termini, costitutivamente dialettico tra soggettività ed oggettività.

<sup>68</sup> È piena la consapevolezza che i più attenti giuristi positivi hanno dello strumento astratto, quale mezzo a disposizione della dogmatica per i propri fini: «il momento ideale, comunque presente nella scienza giuridica, si fa più forte man mano che progredisce la sua componente teorica, anche sotto la spinta dell'esigenza pratica di far guadagnare ai concetti giuridici un livello di sempre maggiore generalità e così di ag-

minimo, dovuto al dato che nel processo le forze materiali si traducono in parole e non vengono (salvi casi sporadici) direttamente alle mani. Le parole che si usano in giudizio devono aderire ai fatti, culminano in un dispositivo che ha carattere performativo; un dispositivo che, a differenza della pagina della dottrina, produce immediati ed avvertiti effetti negli altrui patrimoni, negli altrui affetti, nelle altrui vite. E non limita le sue conseguenze al caso che ne è stato l'occasionale ragion d'essere. In ciò sta un altro tratto di storicità, che la dottrina non conosce per se stessa. La decisione del giudice muta il mondo, non solo quello giuridico, ma anche quello sociale. Quando il giudice si pronuncia, crea una regola, la sua parola trasforma la realtà antecedente, spostando patrimoni, modificando legami, creando obblighi, privando della libertà o restituendola. Il giudice crea soddisfazioni, ma può anche produrre, anzi più spesso produce delusioni perché la sua decisione presenta sempre un che di sovrapposto alla libera coniugazione degli interessi da parte dei rispettivi titolari. Ma il suo intervenire è una necessità, quando il conflitto non abbia posto capo a soluzioni convenute; ed è quella necessità, che crea inarrestabilmente nuovo diritto, un diritto sgorgante dalla sua più torbida e verace fonte: il conflitto appunto tra gli interessi. Una continua creazione di forme prescrittive costituisce il *proprium* della giurisprudenza, imperiosamente imposto dalla necessità del decidere. La *storicità*, è stato molto ben detto,

consiste non nella deformabilità o trasformabilità temporale di un oggetto, ma nel suo carattere di prodotto temporalmente contingente, na-

giornare la disciplina giuridica alla complessità crescente della vita sociale». A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, XXXVI (1990), p. 751-2. In sostanza, quella della scienza è una strategia d'astrazione che rendendo i concetti più capaci di apprendere la varia realtà, offrono un contributo all'edificazione del giuridico di più elevata valenza epistemica ma di minore aderenza alla prassi che vi rischia seriamente l'indifferenziazione. Quel che nell'arena del processo preme alle porte, nella dimensione scientifica costituisce nemmeno un retroscena, bensì uno sfondo lontano, da tener lontano perché la sintesi concettuale possa compiersi: questo, ovviamente, solo nel caso in cui ci si trovi dinanzi a provveduta e responsabile dottrina, perché quando essa diventa mero esercizio accademico o peggio, lo sfondo storico perde contatto e la 'scienza' si trasforma in qualcosa d'inutile o di utile soltanto all'autoriferimento accademico.

Sul «modo in cui, in un certo presente, le dimensioni temporali del passato e del futuro siano state rapportate l'una all'altra» in un determinato orizzonte di aspettative, il riferimento obbligato è a R. KOSELLECK, *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici*, Bologna, Clueb 2007 (1979), in particolare, pp. 300-322.

turalisticamente o logicamente non necessario, e [...] si ritiene storico non un discorso diacronico, ma un discorso che dia evidenza alla storicità di un oggetto nel senso sopra inteso<sup>69</sup>.

Si tratta dell'acuta definizione proveniente dalla pagina di un autorevole linguista, dunque da un ambito di saperi per molti e noti aspetti contiguo a quello dei giuristi e che anche qui verrà a breve provocato<sup>70</sup>. Accanto alla ricostruzione dell'evoluzione delle regole giuridiche nel tempo, assume grande rilievo nella definizione del concetto di storicità del diritto l'esame del suo carattere contingente, della sua scaturigine nel senso d'essere la risultante di ricostruibili tensioni, che concorrono nel porre capo a soluzioni. Il diritto è istituzione sociale che reagisce a sollecitazioni identificabili, ed identificarle significa ripercorrerne la storicità, quindi le dinamiche attraverso le quali si oggettiva in una data comunità.

#### 11. *La persona del giudice nel circuito giuridico*

Tutto quanto s'è andato annotando si giustifica, o vorrebbe giustificarsi, nell'intento di porre a tema la centralità della giurisprudenza lungo il percorso che conduce ad una più completa coscienza dei molteplici rivoli traverso cui si fa presenza la storicità del diritto. Nella giurisprudenza dei tribunali, centrale è il giudice, non lo scienziato del diritto; a far da ordinatore è un pratico, che tendenzialmente guarda alle conseguenze concrete del suo agire, perché sa che la sua decisione non opera come un costrutto dottrinale rivolto ad un ristretto circolo d'esperti, magari in vista d'essere impiegato, valutato e trasformato poi

<sup>69</sup> T. DE MAURO, *Alcuni caratteri tipici delle scienze linguistiche contemporanee*, in appendice a M. LEROY, *Profilo storico della linguistica moderna*, Laterza, Bari 1988 (1963), p. 226.

<sup>70</sup> È cosa ben nota che, valorizzando la definizione del linguaggio come istituzione sociale, posta nelle prime pagine del *Corso* postumo di Saussure, molti studiosi hanno tratto suggestioni ed ampliato conoscenze lavorando sulle affinità tra vita del diritto e vita della lingua ed indagando sulla natura del ragionamento giuridico: qui mi limito a ricordare quello che potrebbe essere indicato come l'iniziatore della prospettiva che avrebbe avuto in prosieguo una discreta fortuna: G. NENCIONI, *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, La Nuova Italia, Firenze 1946, cui sarebbero seguiti studi e suggestioni di varia impostazione dovuti a Piovani, Devoto, Bobbio, Scarpelli, Pugliatti, Grossi, Irti, Caretti e non molti altri. Su ciò tornerò tra poco.

in un dispositivo da un giudice. La decisione pratica invece s'immette nel circuito sociale con relativa immediatezza, senz'altra mediazione cioè, e solo se necessario, di quella dell'ufficiale giudiziario o del gendarme, almeno sino a quando l'autorità dello Stato non manifesti segni gravi di cedimento. La giurisprudenza inclina rapidamente a formare o consolidare – il che è ancora un formare in uno stadio più avanzato – valori culturali e ad indirizzare condotte. Il giudice è perciò anche un uomo dotato di visibile e generalmente ossequiato potere: e non solo nei casi, peraltro diffusi, in cui la sua immagine irrompe nella dimensione mediatica<sup>71</sup>. Non mi riferisco al potere idealizzato, e probabilmente mai esistito, di un terzo rispetto alle parti, indifferente agli interessi in gioco, sordo ai richiami della realtà ed unicamente inteso a rendersi organo del diritto oggettivo. C'è tra le altre componenti – e certamente nella retorica di quel ceto – anche questo valore tendenziale, indubbio. Ma il suo contributo al farsi della giuridicità è all'esito di molteplici implicazioni, risponde nel lavoro del magistrato a specifiche condizioni di possibilità, che non possono idealisticamente esaurirsi nella formale ascrizione di terzietà. Chi ha il compito di decidere è al contrario portatore d'una realtà ben più complessa, che incide molto sui processi mediante i quali la giurisprudenza si forma, si mantiene e si trasforma. Una realtà che ne fa anche la specifica sua forma di storicità.

C'è anzitutto un meccanismo psicologico del quale credo sia necessario dar conto quando si valuti l'attività del giudicare ed il contributo che essa dà alla formazione della giuridicità. Con toni marcatamente drammatici, ma idonei a scolpire un dato di fondo difficilmente estirpabile, esso è indicato da uno tra gli intellettuali che con il più crudo realismo ed il minor pudore ha saputo cogliere gli ineffabili percorsi della dimensione politica. Nel giudicare

<sup>71</sup> In proposito, con suggestive riflessioni è D. SOULEZ LARIVIÈRE, *Il circo mediatico giudiziario*, Liberilibri, Macerata 1994, d'interesse per il pubblico italiano, soprattutto perché concepito su esperienze francesi ed americane, e non ancora influenzato dalla nostra Tangentopoli, chiaramente fuori norma per motivi molteplici (non certo tutti imputabili ai giudici) e dunque meno significativa per una comprensione più generale del problema. Connesso a questo problema è quello del diretto coinvolgimento del giudice nell'attività politica, inevitabile conseguenza della sua sovraesposizione mediatica: su ciò spunti, R. MANFRELOTTO, *La moglie di Cesare e l'Uomo Ragno. Brevi note sulla partecipazione dei magistrati alla politica*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La disegualianza nello Stato costituzionale*, Edizioni Scientifiche, Napoli 2016, pp. 305-13. Si tratta però di profili che non possono essere toccati in questa occasione, per evidenti limiti tematici.

si spinge via da sé qualcosa, si relega qualcuno in un gruppo di inferiori, e ciò presuppone che il sentenziante appartenga a un gruppo di migliori. Ci si eleva svilendo gli altri. La contrapposizione di valori che si esprime nella contrapposta condizione degli inferiori e dei migliori viene considerata naturale e necessaria. Ciò che è buono esiste per distinguersi da ciò che è cattivo. L'uomo stesso stabilisce ciò che pertiene all'uno o all'altro ambito.

Ci si arroga in tal modo il potere di *giudice*. Ma solo apparentemente il giudice sta *nel mezzo*, sul confine che separa il bene dal male. In ogni caso, infatti, egli si annovera tra i buoni. La legittimazione del suo ufficio si fonda soprattutto sul fatto che egli appartiene inalterabilmente al regno del bene, come se vi fosse nato. Egli sentenzia in continuazione. La sentenza è vincolante. Ci sono soggetti ben determinati sui quali è chiamato a giudicare; la sua vasta conoscenza del bene e del male deriva da una lunga esperienza<sup>72</sup>.

Si legge forse in queste espressioni un'accentuazione struttural-funzionalista: la funzione crea l'organo e l'organo rafforza la funzione. Ma appare molto convincente che l'atto del giudicare, con tutto il proprio retaggio simbolico, con la collocazione elevata e distanziata che indiscutibilmente conferisce a chi lo esercita all'interno di una consociazione – il giudicare i propri simili pone in posizione di spicco – induce il giudice, nel suo quotidiano stabilire *per gli altri* cosa sia lecito e cosa no, ad assumere un abito mentale che, nei grandi numeri, produce molti di quegli atteggiamenti descritti nella pagina di Canetti. Il giudice si sente dalla parte della ragione, egli non è davvero terzo, è al di sopra, in una regione in cui non può essere messo in discussione e nella quale può attingere alla verità, foss'anche solo quella processuale, che pur sempre tende a trasformarsi in verità sociale e conferma l'autorità di chi l'ha imposta. Ci sono degli enunciati di stilizzata retorica giudiziaria in cui nella lettura delle sentenze di frequente ci s'imbatte (ed anche in queste pagine ci s'imbatte): *a giudizio del Collegio, ritiene il Giudicante, reputa la Sezione*, e così via, che traducono in forma linguistica questa base d'autoreferenzialità di chi è chiamato a risolvere le liti, autoreferenzialità forse inevitabile, dato che tutto è opinabile, ma non per questo meno attivamente operante, anche nelle strutture di pensiero. Deriva in larga parte dal fatto che il giudice è nel giusto per ruolo e definizione.

<sup>72</sup> E. CANETTI, *Massa e potere*, Rizzoli, Milano 1972 (1960), p. 325.

E non s'immagini che siano percezioni di letterato, nei confronti delle quali – a mio giudizio a torto – il giurista e lo scienziato del diritto sono soliti storcere il naso, chissà se per scacciar cattiva coscienza. Ove si voglia una testimonianza proveniente dal mondo della *scientia iuris*, quella alta e franca, possiamo rivolgerci ad un'altra pagina ed un'altra opera del già incrociato von Jhering, una pagina, sia detto per chiarezza, che, a differenza di quella dell'irregolarissimo Canetti, all'analogo e crudo realismo, non accompagna alcun giudizio di riprovazione, al contrario:

l'esercizio del giudicare è la scuola della giustizia. Ciò che caratterizza il giudice deve soprattutto essere appreso: la rigida obbedienza alla legge, il non considerare l'importanza della persona (la stessa misura vale per il malvagio e per il rispettabile, per il gaglioffo e per il galantuomo, per il ricco usuraio e per la povera vedova), il non prestare attenzione ai lamenti dei poveri e dei miserabili ed al pianto dei parenti, la cui sentenza sottrarrà lo sposo ed il padre. Si tratta di far tacere non il lato cattivo, ma il lato buono dell'uomo; è questa la prova più dura che deve essere superata da chi serve il valore della giustizia; prova simile a quella cui è sottoposto il soldato che deve fucilare il compagno.<sup>73</sup>

Potranno anche apparire toni che indulgono al dramma e forse più adatti al giudice tedesco dell'Ottocento che agli attuali; possibile che il giudice sia talora portato a tener conto della dimensione umana, più di quanto Jhering non ammetta, talvolta avvantaggiando la povera vedova, talaltra l'usuraio, seconda d'inclinazioni e sentimenti. Ma pare indubbio che la scuola della giurisdizione sia quella della durezza, quella della giustizia algida e '*super partes*', assai meno di quella del diritto mite e comprensivo. Il giudice deve adusare il proprio animo alla 'imperturbabilità', deve giudicare suoi pari ponendovisi al di sopra, tentando di non partecipare dei sentimenti che il suo lavoro sviluppa negli altri. Il suo non è un mestiere per cuori sensibili ed immacolati.

<sup>73</sup> R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cur. M. Losano, Einaudi, Torino 1972 (1877), p. 292. Sono considerazioni che si ritrovano nelle pagine degli autori che in ogni tempo hanno esaminato con distaccato realismo la funzione del giudicare: questo lavoro terminerà ricordando affermazioni sostanzialmente analoghe che possono leggersi nella riflessione del vecchio magistrato di Bordeaux, Michel de Montaigne.



## 12. *Il contributo del linguaggio performativo al conservatorismo della giurisdizione*

A questo s'associa un'altra, concorrente componente. Il giudice rappresenta lo Stato giudicante, non deve rendere più di tanto ragione di quel che fa, perché lo fa in quanto investito dell'autorità per farlo. Il suo è un potere che gli deriva dall'alto, non gli giunge dal basso. Anche quando pronuncia in nome del popolo, il popolo può davvero poco per controllarne l'operato. In una *circolare* redatta dal Primo Presidente della Corte di cassazione italiana verso la fine degli anni '80 del secolo scorso, le caratteristiche idealmente richieste per a motivazione della sentenza erano così recisamente esposte:

la concisione è attributo degli atti autoritativi, che sono tali in quanto statuiscono, ossia esprimono una volontà legittimata ad imporsi indipendentemente dalla propria forza di persuasione. E se la sentenza, a differenza della legge, abbisogna di motivazione, ciò non significa che essa debba necessariamente convincere le parti della bontà della soluzione prescelta, ma solo che debba esternare le ragioni di tale scelta, affinché questa non appaia frutto d'arbitrio. Certamente è bene che la sentenza sia persuasiva e che in special modo lo sia quella di cassazione, deputata dall'ordinamento ad orientare le magistrature di merito. Ma non si può e non si deve considerare questo, che può essere un pregio della motivazione, come un requisito essenziale e tramutare la sentenza in un articolo di dottrina, infarcito di copiose e non strettamente necessarie argomentazioni *'ad adiuvandum'*<sup>74</sup>.

La *circolare* sta anche a testimoniare come molto spesso i giudici deviino da queste regole di buona condotta giudiziaria; ma è altro aspetto, non di rado legato al puro sfoggio di conoscenze<sup>75</sup>. Di norma,

<sup>74</sup> *Circolari e note di servizio emanate sotto la Prima Presidenza del dr. Antonio Brancaccio*, Servizio Stampa e pubblicazioni del Centro Elettronico di Documentazione, Roma 1991, p. 41-1.

<sup>75</sup> Espressione di questa fenomenologia cui qui si può solo cennare incidentalmente, sono le cosiddette 'sentenze trattato', in cui il giudice fa ricorso a gran copia d'argomenti, quasi sempre affatto superflui rispetto al percorso decisionale. C'è poi anche il tema d'una certa barocca prolissità della sentenza italiana, che ne costituisce da sempre un tratto caratterizzante: su questi argomenti di natura comparatistica, contributi di carattere generale in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Università degli studi di Ferrara, Facoltà di Giurisprudenza, *Atti del convegno internazionale di*

il giudice avverte e deve avvertire come condizionante la propria autorità, un'autorità che concorre a costituire le convinzioni che il ruolo ed il suo incardinamento all'interno della giurisdizione, luogo del *dicere ius*, finiscono necessariamente per trasferirgli. Il primo ostacolo che incontra la domanda della parte, sospinta da una nuova esigenza bisognevole di tutela, è la posizione del giudice. Tutore dell'autorità, guarda con diffidenza chi chieda qualcosa che l'ordinamento non conosce già.

Sono molte le ragioni per le quali l'attività giurisprudenziale tende ad essere conservatrice, rendendosi così specchio estremamente riflettente della storicità del diritto: sia quando, mai con leggerezza, produce avanzamenti, sia quando, nonostante molte cose nel contesto sociale cospirino in direzione del cambiamento, continua ad attestarsi, ricorrendo di frequente ad alchimie linguistiche, su posizioni che noi si definirebbe antistoriche, ma che in realtà sono molto più cariche del peso della storia di quanto senza riflettere non si direbbe, perché stanno lì a documentare il confermato appoggio ad interessi di uomini che dall'esistente diritto si vedono confermare la protezione, nonostante l'avanzare delle cose. Modificando un po' l'ordine delle parole, della storia i giudici avvertono il peso, la resistenza al cambiamento (soprattutto) o la spinta all'avanzamento (meno), il tutto assai più di quanto non accada nella meditativa pagina della dottrina. In essa, là dove sia consapevole del contesto, l'elaborazione può da quest'ultimo allontanarsi – astrarsi con levità – innalzandosi per vedervi meglio ed elaborare categorie classificanti: ma con effetti e ricadute certamente minori, almeno nel breve periodo, sulla situazione di vita. Senza voler star qui a pretendere di stendere un completo elenco delle marcature che inducono, di norma, il giudice al conservatorismo, è però utile, ai limitati fini di questo contributo, indicarne almeno qualcuna, perché molto utile ad un esame della giurisprudenza sotto il riguardo storico.

Sul carattere performativo quant'altri mai del linguaggio giuridico – in modo particolare, di quello usato dal giudice, traverso le cui parole esso assume i tratti più segnatamente autoritari, e non poche sono le assonanze con il sacerdote ed il linguaggio del sacro – l'attenzione è stata richiamata in tempi remoti già dal Lessius, a testimonianza della centra-

*studi per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà*, Cedam, Padova 1988; nonché, *Juges e jugements: l'Europe plurielle. L'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Istitute de droit comparé del Paris, Société de législation comparée, Paris 1998.

lità del fenomeno nelle dinamiche della creazione giuridica; una messa a tema scientificamente compiuta si è avuta però, com'è noto, solo con l'Austin, all'inizio degli anni sessanta del secolo passato, all'interno di quella straordinaria fioritura d'interesse per il linguaggio ed i suoi impieghi, rappresentata dalla filosofia analitica<sup>76</sup>. Nelle decisioni del giudice «l'enunciato significa l'atto; l'atto consiste nell'enunciazione dell'enunciato»<sup>77</sup>, in altri termini non c'è una differenza tra l'emissione della frase giudiziaria e l'atto produttivo di conseguenze che attraverso di essa si compie. Sentenziare che qualcuno è proprietario di qualcosa, significa averlo reso tale, come la condanna rende *tout court* colpevoli, l'assoluzione innocenti, l'assoluzione del prete salva dal peccato. Non è il caso d'inoltrarsi in un territorio che è stato già ampiamente arato e che richiede competenze diverse da quelle vaghe di chi scrive. Qui mette solo conto d'osservare che il giudice ha presente, con gradi diversi di consapevolezza a seconda dei casi, che le forme linguistiche da lui create formano a loro volta realtà, spostano equilibri nella micro e macro-dimensione, e devono quindi essere amministrate con moderazione, prudenza, ingiungono di regola di seguire percorsi già solcati dalla tradizione. La lingua giuridica, che è lingua non spontanea nei suoi svolgimenti ma amministrata da un ceto selezionato, è anche lingua relativamente chiusa, che trattiene, non favorisce, pur se del tutto non impedisce, il riconoscimento della novità; è una lingua in cui le forme giuridiche costituiscono il materiale di cui s'avvale per esprimersi nei rapporti in cui entra in contatto ad un tempo sono l'oggetto prevalente di cui essa predica quando va imponendosi nei contesti in cui non è possibile farne a meno: in buona parte, si autogenera ed è autoriferita, non descrive, prescrive diritto<sup>78</sup>. Osservando l'azione della lingua in contesti autoritari – o, meglio, osservando la lingua dell'autorità – Claude Hagè-

<sup>76</sup> Il libro di J. L. AUSTIN è il notissimo *Come fare le cose con le parole*, Marietti, Genova 1987 (1962); per un chiaro inquadramento del contributo storico della filosofia analitica, è ancora utile D. ANTISERI, *Dopo Wittgenstein dove va la filosofia analitica*, Edizioni Abete Roma, Roma 1967.

<sup>77</sup> A. G. CONTE, *Performativo vs. normativo*, ora in ID., *Filosofia del linguaggio normativo*, II, Giappichelli, Torino 1995, p. 595; in questo lavoro possono leggersi anche i passi di L. Lessius, già segnalati negli anni cinquanta del Novecento, in cui l'osservazione del fenomeno parrebbe esser stata compiuta per la prima volta.

<sup>78</sup> Per un'indagine ampia sulla lingua giuridica, intesa come lingua del legislatore, dei giudici e dei giuristi, peraltro ispirata da un ridimensionamento del suo carattere di lingua specialistica, molto importanti i lavori di G. CORNU, del quale va vista almeno la *Linguistique juridique*, Montchrestien, Paris 2005.

ge parlò di ‘logocrazia’: ‘lingua di legno’, «uno stile grazie al quale ci si assicura il controllo di qualsiasi cosa, mascherando il reale sotto le parole»<sup>79</sup>. Dopo decenni d’osservazione del fenomeno attraverso la specola del tribunale – nel passato, come nel presente – mi riuscirebbe difficile nascondermi che il diritto, nel percorso per esso fondativo della *qualificazione*, s’impone alla realtà, *adeguandola* ai suoi termini poveri di presa ma ottimi per la sovrapposizione, e dunque l’assoggetta senza eccessivi riguardi alla sua signoria. Del resto, ‘ordinare’ non può significare altro dal far passare quello che per un certo criterio appare ribelle, attraverso la griglia che quello stesso criterio d’ordine suppone essere adeguata al fine. Molto deve necessariamente rimanere intrappolato nel filtraggio, sì che la cosa perderà la sua piena identità quando si troverà dall’altro lato, dal lato del diritto.

Queste osservazioni non significano naturalmente che tutto nel diritto sia conservazione e che il giudice, sua antonomastica realizzazione, sia un ottuso conservatore; nella vicenda umana, la dialettica tra gli elementi gioca gran ruolo, e come già osservato il diritto non sarebbe più tale qualora si limitasse a prendere soltanto atto del passato. S’intende, più sommessamente, che il linguaggio formalizzato di cui si serve il magistrato – un linguaggio formalizzato e, grazie anche alle sue formule, performativo – tende a trattenere il cambiamento, inclina verso l’autorità, che come tutte le autorità, ottenuta legittimazione da ciò che è già avvenuto e che le ha costituite per tali, resistono istintivamente, e con una certa ragion d’essere, al mutamento. Il linguaggio, a questo processo dà un contributo di tutto rispetto, un contributo significativo, poiché dal linguaggio di cui ci si serve è difficile uscire – «i limiti del mio linguaggio sono anche i limiti del mio mondo», secondo il primo Wittgenstein<sup>80</sup> – e quindi solidifica abiti mentali che dinamizza-

<sup>79</sup> C. HAGÈGE, *L'uomo di parole. Linguaggio e scienze umane*, Einaudi, Torino 1989 (1985), p. 197; e la contrappone all’evoluzione del linguaggio naturale: «nella maggioranza dei casi, i prodotti dell’evoluzione – qui le frasi che le lingue consentono di costruire – si costituiscono a partire da elementi che sono, o a loro volta derivano, da elementi che hanno cominciato ad essere unità libere, capaci di formare autonomamente messaggi. L’evoluzione verso la complessità [...] risulta dunque del tutto naturale: le unità libere vengono associate per formare frasi e strutture incassate perché questo è il loro modo di rispondere alle esigenze di una comunicazione che, con l’evoluzione dei rapporti sociali, crea bisogni espressivi sempre più complessi» (p. 18).

<sup>80</sup> L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Torino 1998 (1921), tr. A.G. CONTE, par. 5.6. Intorno al misterioso tema della gabbia del linguaggio, si tornerà oltre in virtù di spunti offerti dall’intelligenza del Nencioni.

no la realtà in modo prescrittivo, interiorizza giustificazioni per l'agire difficilmente scalfibili, sviluppa adesioni che appaiono 'naturali', universalizza ciò che è visione parziale, mentre nella dimensione culturale in realtà esiste solo l'abitudine che s'insinua insospettata e non vista per poi far lì da padrona. È un processo dialettico che può esprimersi anche in maniera più formale:

la lingua è un complesso di saperi distinti [...] essa è la condizione che si pone oggettivamente al parlare, cioè al momento soggettivo; la legge che il sistema pone come propria al parlante. Ma nell'atto stesso che questi assume il segno e lo fa proprio, trasferisce in esso intenzioni e atteggiamenti, sì che la forma risulta più o meno penalizzata. [...]

La soggettività e l'oggettività si incontrano nell'alterità della 'forma', che è in ognuno e fuori di ognuno. La parola è un atto libero, in costante riferimento a una forma, e, poiché la forma è la forma di quell'atto, è inevitabile che essa partecipi alla libertà che è propria di quell'atto e accolga in sé, filtrati attraverso l'interazione che condiziona la funzione del comunicare, gli effetti di tale partecipazione. [...] Il senso risulta dall'incontro di un contenuto di coscienza da obiettivare e la struttura formale che serve alla obiettivazione<sup>81</sup>.

Ovviamente, questa dialettica tra soggettività individuale ed oggettività della lingua che hanno come punto d'incontro la forma linguistica volta per volta plasmata dalle esigenze dell'enunciante nei limiti dei mezzi espressivi a sua disposizione, è tanto più ridotta quanto più ci si allontani dal linguaggio naturale e ci si sposti su linguaggi tecnici. Quello giuridico, prescrittivo e povero volutamente di lemmi, lascia a chi lo utilizza modeste alternative, poca discrezionalità nell'elaborazione dei contenuti fondamentali, ancorando l'interprete alla tradizione da cui proviene, censurando rigorosamente, per così dire, i pensieri cui è lecito dare forma, vincolandolo tendenzialmente a giochi verbali e classificatori, sempre all'interno di forme già date. Se si vuole azzardare un paragone forse eccessivo ma non del tutto infondato, si può pensare all'evoluzione delle forme espressive nell'arte e nel diritto. Nell'arte, che pure è essenzialmente forme, queste sono nella libera disposizione della creatività dell'artista: basterebbe, per intenderlo, mettere un dipinto del Parmigianino al cospetto di una creazio-

<sup>81</sup> A. PAGLIARO, *La forma linguistica*, in A. PAGLIARO – U. ECO, *La forma linguistica*, Rizzoli, Milano 1973, risp. pp. 85 e 103.

ne del Mondrian, giusto per dire, per apprezzare quanta strada si è potuta percorrere; nel diritto, se si paragona un argomentare per *distinctiones* del XVI secolo ed uno attuale, si vede che i passi consumati sono ben più scarsi<sup>82</sup>. Qui, la prescrittività delle forme ha una forza impareggiabilmente maggiore, perché sono forme che servono soprattutto a prescrivere, anche quando descrivono, quando ad esempio descrivono la fattispecie. È una descrizione già mirante alla prescrizione e per questo non incline al particolare – che impone al linguaggio di piegarsi su di esso per conoscerne i tratti peculiari – bensì orientata verso il modello ideale, com'è noto schematico, astratto e mai reale. Ed il modello si raggiunge solo semplificando, formalizzando: cosicché la forma diventa prevalente, riottosa a piegarsi, espressione dell'autorità alla quale i particolari non sono mai andati a genio, perché disturbano la purezza del disegno. Una purezza, naturalmente, da intendere in un senso nient'affatto morale, ma secondo il registro del potere, che purifica ed epura per dominare i fenomeni, annulla ciò che vi si oppone per 'realizzare' i suoi piani. Se l'elemento che più generalmente qualifica il potere è la capacità di produrre effetti e di condizionare le altrui condotte ricorrendo eventualmente a sanzioni anche gravi<sup>83</sup>, il diritto – che nella produzione degli effetti in presenza di condotte ha la propria ragion d'essere – realizza questi scopi essenzialmente attraverso le sue forme linguistiche (assistite dalla forza) e dunque le sue forme linguistiche non possono essere disposte alla cedevolezza ed all'apertura, al

<sup>82</sup> La sostanziale staticità dell'argomentare giuridico è stata criticamente elucidata da uno dei grandi storici del diritto italiani, tra i più sensibili a cogliere i riflessi linguistici sulla *mens* giuridica. Nota R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico*, cit., p. 400: «mentre in gran parte degli altri campi il pensiero scientifico è venuto gradualmente prendendo coscienza del pericolo verbalista e delle limitazioni di attività, meramente classificatoria, la tradizione ha continuato a mantenere [...] una delle sue roccaforti nella scienza giuridica europea continentale. Questi atteggiamenti, già presenti in alcune manifestazioni del pensiero giuridico romano, divenuti tipici della scienza giuridica medievale, sono un pesantissimo retaggio che grava tuttora sulla scienza giuridica moderna, perché questa continua ad operare più o meno con gli stessi procedimenti attraverso i quali si è venuta tradizionalmente costituendo».

<sup>83</sup> In una classica trattazione del tema, H. D. LASSWELL – A. KAPLAN, *Potere e società*, Il Mulino, Bologna 1997 (1950), p. 126, così si caratterizza il potere: «una *forma d'influenza* è un tipo di relazione d'influenza determinato con riguardo al valore di base [risorsa che consente l'esercizio dell'influenza] ed alla sfera. Una *forma di potere* è una forma d'influenza nella quale l'effetto esercitato sulla linea di condotta viene fatto rispettare, o ci si aspetta che venga fatto rispettare, per mezzo di sanzioni relativamente gravi».

mutamento, almeno elettivamente, perché la loro forza è propriamente nella resistenza al cambiamento, che è invece dovrebbe essere il compito più elevato della sfera politica in democrazia.

Del resto, è questa la dinamica di ogni rappresentazione simbolica, che nel diritto – sede per eccellenza dell'uso autoritario del linguaggio – si manifesta in tratti particolarmente vistosi, condizionando significativamente l'abito mentale in chi di esso fa uso professionale per conto dello Stato, nell'affermarne il compito regolatore. Com'è stato genialmente affermato:

L'analisi del linguaggio mostra – in particolare se si parte non dalla parola singola, ma dall'unità della proposizione – che ogni espressione linguistica, lungi dall'essere una mera copia del mondo della sensazione o dell'intuizione che ci è dato, racchiude, invece, in sé un carattere determinato di “significazione”. E la stessa cosa accade nei simboli delle specie e origine più diverse. Di tutti questi si può dire in un certo senso che il loro valore risiede non tanto in ciò che essi mantengono del singolo contenuto concretamente sensibile, e dei suoi dati immediati, *quanto in ciò che questi dati sopprimono e lasciano cadere*. [...] Ciò che qui, come in altri campi, costituisce la forza peculiare del simbolo, è quindi appunto il fatto che nella misura in cui le immediate determinazioni contenutistiche passano in secondo piano, gli elementi generali di forma e di relazione acquistano un'impronta sempre più netta e più pura. [...] La parola, secondo la sua sostanza fisica, è un semplice *flatus vocis*; ma in questo *flatus vocis* domina una forza straordinaria per la dinamica della rappresentazione e del pensiero<sup>84</sup>.

Nella straordinaria riflessione sulle *forme simboliche* del Cassirer, l'attenzione alla funzione di mediazione del simbolo, visto nella dinamica costitutiva della spiritualità, è un richiamo costante, talora forse eccessivo, lo si vedrà anche oltre. Per il giurista che si disponga alla ricerca analitica dei modi attraverso cui la giuridicità si costruisce, queste indicazioni rappresentano spunti teoretici di peculiare interesse. Perché l'energia filtrante di quel *flatus vocis*, se è una costante del linguaggio – e della vita simbolica in generale – nel diritto si pone prepotentemente, quale *flatus*, che poi è assai poco *flatus*, dell'autorità. E dunque tende ad identificare l'atto nella sua forma e la forma nel suo

<sup>84</sup> E. CASSIRER, *Filosofia delle forme simboliche*, I, *Il linguaggio*, La Nuova Italia, Firenze 1961 (1923), p. 51 e p. 53 (per l'ultimo periodo, corsivo mio).

atto, come si è sopra ricordato. Con un naturale effetto conservativo, probabilmente principale corollario della sua costituzione ordinante, dato che in questa dialettica le forme tendono a costruire i contenuti e non i contenuti a crearsi le loro forme espressive.

Un effetto conservativo che ha anche un'altra ragione, della quale si deve tener conto quando si esaminino arresti giurisprudenziali: il diritto «è un gioco in cui è possibile barare» e dunque ha bisogno di vigilanti a garantirne l'impiego corretto, non basta la naturale e funzionale propensione a servirsi del linguaggio in modo conformista o conforme ai suoi obiettivi, perché v'è l'interesse di ciascuno a portare le parole della legge dalla propria parte<sup>85</sup>. Ma dove c'è vigilanza serrata, v'è per forza di cose autorità, dunque potere, dunque tendenza alla conservazione, che nell'opera della giurisprudenza si avverte con particolari marcature.

Tutto questo, come si dirà, non vuol significare che il linguaggio giuridico sia davvero in grado di vincolare il giudice attraverso le parole della legge, tutt'altro; permette però d'intercettare un potente fattore di tendenza, quello del conservatorismo, che costituisce la sicura stella polare alla quale la giurisprudenza sempre ispira il proprio operato, anche quando è costretta a (con)cedere al nuovo.

### 13. *Interpretazione dell'avvocato, interpretazione del giudice e le resistenze degli atti linguistici*

A vigilare sul linguaggio giuridico è soprattutto il giudice nella sfe-

<sup>85</sup> Sono osservazioni compiute in studi monografici da Mario Jori, poi sintetizzati e chiarificati in M. JORI - A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1995, dove a p. 338 si leggono queste efficaci espressioni: «All'occhio della pragmatica semeiotica, il diritto moderno appare chiaramente come un caso intermedio tra i due delineati sopra [del linguaggio naturale e del linguaggio strumentale-artificiale]: parla un linguaggio artificiale/strumentale che funziona come strumento solo nella misura in cui è anche un fatto sociale, ma la relativa concordia del suo uso, nella produzione, nella sua interpretazione nella definizione dei suoi termini, non viene affatto garantita *spontaneamente* dall'interesse conformistico della stragrande maggioranza dei suoi utenti a farsi capire e quindi a parlare la stessa lingua, usando le parole nello stesso senso, come avviene nelle lingue naturali, ovvero dal concorde interesse a usare certi efficaci strumenti tecnici, come avviene nei linguaggi naturali [...] È questo a rendere necessaria la presenza di autorità giuridiche, che a noi qui interessano in quanto hanno anche autorità nella 'amministrazione' del linguaggio giuridico».



ra dell'organizzazione sociale. Egli è lì a vagliare le domande che le parti propongono, gli argomenti che articolano per far sì che le loro ragioni possano trovare percorsi, magari impervi, per varcare la soglia della legge. V'è una posizione strutturalmente diversa nelle dinamiche interpretative delle parti e dei loro difensori tecnici, ed in quelle del giudicante. Spesso si tende a semplificare il rapporto tra l'interpretazione che della legge propone l'avvocato e quella che stabilisce il giudice. Ad esempio, è stato di recente così sinteticamente contrapposto il diverso distendersi delle rispettive 'letture', tenendo sullo sfondo quella scientifica:

L'interpretazione dell'avvocato è molto diversa da quella dello studioso (anche se l'avvocato può essere ovviamente uno studioso) perché è un'interpretazione di parte: l'avvocato cerca d'interpretare la legge nel senso più favorevole al proprio cliente.

L'interpretazione del giudice è ovviamente un'interpretazione neutrale e pertanto si differenzia da quella dell'avvocato, ma nel contempo è, o forse dovrebbe essere, un'interpretazione che si limita al caso concreto. Il giudice è chiamato a risolvere una controversia non a dettare norme per il futuro: pure quando la sua decisione assume rilievo di «precedente» essa ha ad oggetto un caso e a questo dovrebbe limitarsi il regolamento del giudice.<sup>86</sup>

Queste definizioni certamente colgono alcuni aspetti della questione, e possono dirsi comunemente ricevute; però ne trascurano altri che meriterebbero forse maggiore approfondimento. Quando si dice che l'avvocato presenta un'interpretazione di parte, si dice qualcosa d'indubbiamente esatto, ma non si dice tutto. Interpretazione di parte significa interpretazione del dato normativo resa in immediato contatto con l'interesse che la norma è chiamata a regolare o che si vorrebbe da essa regolato. Si tratta, dunque, dell'interpretazione in cui il diritto

<sup>86</sup> S. PATTI, *Dall'accertamento del fatto all'individuazione della norma*, in P. RE-SCIGNO - S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Il Mulino, Bologna 2016, p. 78 (ma si vedano pure pp. 162-3). Quanto all'interpretazione del "sapiente", alla pagina precedente si precisa che essa «rappresenta [...] quella più vicina allo spirito della legge perché lo studioso analizza la norma prescindendo dal caso concreto, cercando di comprendere qual è il suo significato prescindendo da esigenze specifiche». Un'analisi realistica ed articolata, maturata su dati empirici e diretti, circa i differenti registri interpretativi di giudici, avvocati ed altri operatori del diritto, può leggersi nella pagina d'un docente alquanto eccentrico: cfr. V. PANUCCIO, *Saggi di metodologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1995, pp. 229 ss.

viene fatto agire nella più diretta attuazione della sua funzione pratica, che è funzione di regolazione; esso opera qui a quel livello di reattività estrema, in cui la norma generale e portatrice di valori è obbligata ad esprimersi sotto la pressione di altri valori, quelli contenuti nel fatto intenzionale dell'uomo, che si trova, volendolo o non, in contatto con la legge. È in questa dimensione che s'esprime nella sua tensione più densa, quella dinamica del diritto, quella vita del diritto, che scaturisce soltanto in coalescenza con la realtà nella sua condizionante concretezza, perché soltanto in questo caso la norma è *costretta* a misurarsi, slargandosi o restringendosi, a seconda delle situazioni in cui è chiamata. E qui, insomma, che la storia forza o tenta di forzare le cerniere del diritto, rimanendone certo deformata, ma a sua volta deformando la norma, che dopo la nuova applicazione non sarà più quella di prima, avrà avuto modificato, anche non del tutto percettibilmente, il suo ambito semantico, chiamato istantaneamente ad accogliere nuovo 'reale', ponendo ad un tempo premesse per il futuro. Certo, è possibile di questa peculiare vicenda interpretativa sottolineare solo l'aspetto dell'esser 'di parte', che è indubbio ed anzi ne costituisce la sua più connotante componente; ma così facendo ci si priverebbe di una specialissima via per la conoscenza del farsi del giuridico, una via da sempre del tutto obliterata, anche per le notevoli difficoltà che l'accesso alle fonti comporta, seppellendo un fecondo momento dell'evoluzione giuridica, di rilevanza estrema, oltre che sul piano storico, anche su quello sociologico.

Diversa la posizione del giudice. Lui, – si è detto – è l'amministratore della legge e dunque del significato delle parole per il cui tramite il diritto si presenta in società. Il giudice non è 'neutrale': in senso storico, ovviamente, non con riferimento al singolo giudizio ed ai rapporti con le parti, dove l'eventuale partigianeria, pur talvolta disgraziatamente presente, costituisce una deviazione dalla sua funzione. Il giudice è da una parte, dalla parte della legge, non dalla parte del fatto che gli viene sottoposto. Egli ascolta le richieste, soppesa gli argomenti e poi riconduce tutto *al già voluto* (si lasci qui passare, per dare il senso d'una tendenzialità, una formula il cui fondamento questo intero lavoro rinnega), a quegli assetti che nella legge hanno trovato la loro soddisfatta composizione. Questo significa che è compito dell'interpretazione giudiziale frenare le pretese, spegnere le aspirazioni giudicate eccessive, e giudicate eccessive da chi per costume professionale tale compito assume, il compito della conservazione.

Tutto questo si può dire e verificare anche sotto un altro riguardo. Ancora una volta, quello linguistico. Ce ne offre l'occasione una molto acuta osservazione del già ricordato Giovanni Nencioni, computa a proposito dei ruoli nel discorso:

L'atto linguistico comune – e con ciò stesso diciamo l'atto linguistico nella sua destinazione naturale *ergo* essenziale – risulta infatti tanto del parlare che dell'ascoltare: bilateralità che è conseguenza diretta della sua socialità. L'uno e l'altro aspetto sono inseparabili perché si condizionano reciprocamente, nel senso che il parlare nel caso concreto si plasma in vista di un certo ascoltare, e questo è per definizione subordinato a quello. Si può affermare che il processo stesso dell'innovazione, e cioè la vita stessa della lingua sfugge a chi non tenga nel debito conto la parte ricettiva dell'atto linguistico, la quale di fronte al parlante, alfiere della rivoluzione, rappresenta di solito la tradizione conservatrice, il costume, la norma sociale, ma può anche assumere funzione opposta quando adempia imperfettamente al suo compito recettivo<sup>87</sup>.

Si tratta di notazioni di grande rilievo euristico<sup>88</sup>, se declinate

<sup>87</sup> G. NENCIONI, *Idealismo e realismo*, cit., p. 104.

<sup>88</sup> Del resto, esse si riannodano alla *summa divisio* introdotta dal de Saussure agli inizi del secolo scorso, tra lingua e parola, dove «è la parola che fa evolvere la lingua» (*Corso di linguistica generale*, Laterza, Bari 1967, a cura di T. DE MAURO, p. 29), mentre l'ascolto (e la comprensione) si realizza nella lingua, che è la dimensione istituzionale, relativamente stabile del linguaggio. Deve dirsi che questa è una dialettica ancor più generale ed ampia, quella tra l'elemento individuale e quello sociale nella vicenda umana, messa spesso in evidenza, non senza uno sfondo di snobismo, dai pensatori d'estrazione più elitaria. Lo scrive con la sua abituale suggestione l'Ortega: «questo è curioso della società: non è mai originale e creativa. Né in essa si producono necessità originali. È sempre l'individuo che percepisce per primo. Appena le avverte, crea l'opera che lo soddisfa e allora, solo allora, la stessa opera viene esperita come necessità e dedicarsi ad essa diviene un mestiere, una professione o un ufficio. [...] Un esempio assai chiaro di questa indipendenza e sussistenza raggiunta dall'agire disindividualizzato e oggettivizzato è lo Stato. Esso originariamente è stato il comando che un individuo – per la sua forza, per la sua astuzia, la sua autorità morale o qualche altro attributo della propria persona – ha esercitato sugli uomini. Successivamente, la funzione di comando si è disindividualizzata ed è divenuta una necessità sociale»: cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *Sulle professioni* [1934], in ID., *L'uomo e la gente*, Armando, Roma 2005, p. 231. Durkheim, naturalmente, non sarebbe stato d'accordo con lui: sul tema del rapporto tra l'elemento individuale e quello sociale cfr. le importanti pagine di V. PETRUCCI, *Gabriel Tarde. Filosofie penali tra Otto e Novecento*, ESI, Napoli 1988, pp. 73-98.

nell'ambiente dialogico di un processo. Qui il carattere conservatore dell'ascolto – del ruolo del giudice, quindi – si connota di particolari contrassegni. Ascoltando, traducendo nel linguaggio della legge e dunque nel linguaggio del passato, il giudice è posto naturalmente al riparo dall'*alfiere della rivoluzione* o, in termini meno immaginifici, dai fatti d'innovazione che attraverso la richiesta delle parti intendono ottenere udienza nell'udienza. A parte che il giudice ha, nel concreto, anche la possibilità di *non dare ascolto*, cosa che può fare in mille modi – ritardando la decisione della causa, assorbendo motivi, fraintendendone altri, ricorrendo ad *inammissibilità* di varia specie (qualcosa si dirà oltre in proposito), talvolta riducendo la sentenza a mero atto d'arbitrio – a parte ciò, è dalla posizione d'ascolto, d'ascolto attraverso le parole della tradizione, che deriva in parte non trascurabile l'abito mentale del giudicante. Nella lingua del diritto – quella per il cui tramite è filtrato il linguaggio ben più incandescente delle parti – tutto tende a smorzarsi, a risolversi in qualcosa d'altro, ad assumere, com'è logico che sia, toni meno aggressivi, potenzialità meno capaci di farsi atto.

È forse utile chiedere un ulteriore spunto al contributo offerto ai nostri studi dai linguisti d'un tempo trascorso, quando ancora la loro ricerca non aveva assunto quei tratti di spiccata formalizzazione che, con lo specializzarla ed il tecnicizzarla, hanno anche inevitabilmente ridotto, ma non escluso, le occasioni di scambio umanistico<sup>89</sup>. E non si tratta qui d'un indugiare civettuolo, d'un insistere oltre all'uopo su indicazioni che provengono dagli studiosi della lingua. È al contrario impegno che si spera fecondo, in primo luogo perché, allontanandoci dai ragionamenti stratificatisi all'interno della cultura giuridica, aiuta a cogliere i limiti tipici di qualsiasi maturazione autoreferenziale: con l'aggravante che il 'mondo del diritto', avendo la propensione a sviluppare un circuito a sé stante, tende a dar luogo a fenomeni d'autoreferenzialità talora patologici, come qui di seguito mi provo a dimostrare: e dunque rende le diagnosi scientifiche meno chiare, oscure da una cortina argomentativa, spesso intrinsecamente contraddittoria, ma non visibile perché esito di tramandato e non verificato argomentare. Inoltre, attardarsi sui materiali dell'espressione giuridica,

<sup>89</sup> Significativo in proposito quanto ad esempio R. H. ROBINS scrive nel suo *Manuale di linguistica generale* [1968], ed. a cura di T. DE MAURO, Laterza, Bari 1969, p. 22, per fugare il dubbio che «la linguistica, essendo [divenuta] una scienza non è per forza di cose una disciplina umanistica». Sull'evoluzione formalizzante della linguistica più recente si veda anche la densissima *Introduzione* del De Mauro all'op. cit..

significa soffermarsi su qualcosa di costitutivo del diritto, che quindi contribuisce decisamente alla *forma mentis* del giudice, il quale attraverso il linguaggio giuridico matura le proprie categorie cognitive e dunque si atteggia allorché sia chiamato alla decisione. È un altro aspetto di quel ricorrente circolo ermeneutico, tendente alla simbiosi tra interpretante ed interpretato, l'uno all'altro cedendo reciprocamente qualcosa di sé sino al verificarsi dell'evento interpretativo. Prendere a piena contezza dei vincoli della lingua significa anche munirsi per comprendere i percorsi del giudice, le opzioni sottese al suo decidere, le vie che la giurisprudenza finisce sempre col calcare. E forse alla cosa – ma andrebbe ben diversamente indagata – non è del tutto estraneo il fatto che nei programmi educativi del giurista (universitari e post) ci si guardi accuratamente dal dar spazio adeguato (direi: anche semplicemente spazio) alla competenza linguistica, vale a dire alla funzione indispensabile a servirsi dello strumentario affatto prevalente di cui il giurista fa uso nel suo quotidiano operare. Mentre spazio spropositato viene riservato a specialismi d'ogni sorta, essenzialmente informativi e caduchi, come ogni trasmissione di sapere puramente quantitativo e povero in metodo e consapevolezza. Meglio tornare al linguista. Molto schietto Giacomo Devoto, che con il Nencioni ebbe garbatamente polemici scambi di vedute, nell'esprimere il grado di condizionamento creato dalle strutture del linguaggio sulle potenzialità dell'espressione e come questo fenomeno trovi tra lingua e diritto limpide analogie, anzi, aggiungerei, nel linguaggio del diritto la palestra più appropriata per mettersi in mostra:

il rapporto di violenza e nello stesso tempo d'indispensabilità che lega lo strumento esteriore alla sua realtà fluente e inafferrabile, non è una caratteristica della lingua grammaticalmente intesa. Essa riappare negli altri linguaggi, artistici, di musicisti, di pittori. Non solo: è lo stesso rapporto che rende intellegibile, e insieme violenta la natura, attraverso le formule generali e schematiche della matematica, della geometria, della logica formale; che rende intellegibili e insieme schematizza gli impulsi umani attraverso le cosiddette leggi economiche, che cataloga, inalvea o reprime gli atti degli uomini nelle collettività attraverso le leggi giuridiche, viventi non già nelle astrattezze e genericità dei codici, ma nella realtà concreta delle decisioni dei giudici e nell'ossequio dei cittadini alle consuetudini.<sup>90</sup>

<sup>90</sup> G. Devoto, *Studi di stilistica*, Le Monnier, Firenze 1950, p. 6.

Insomma, senza voler giungere alla barthesiana ‘lingua fascista’<sup>91</sup>, non c’è dubbio che se lo strumento linguistico prescrive, ancor di più lo fa il linguaggio del diritto, geneticamente e funzionalmente prescrittivo. Dunque, tendenzialmente, l’ascoltare del giudice – questi, non a caso identificato dal nostro linguista aduso ai processi reali della comunicazione, come il vero prescrittore – sarà un ascoltare restio quando le parti si presentino con *parole nuove*, o tentando d’assegnare a parole vecchie significati nuovi, quelli che nel frattempo hanno magari acquisito senso in altri contesti del vivere civile. E lo sarà, sino a quando la sua formazione culturale non gli farà intendere che è il caso di avanzare, non perché glielo segnali la legge (che può rimanere la stessa), ma perché egli l’avverte come doveroso o quanto meno opportuno. Il giudice sa di poter spostare dalla sua cattedra assetti dell’ordinamento, ed indubbiamente anche evoluzioni interne a questo possono spingerlo a forzare norme rimaste attardate, ma deve deciderlo lui, solo lui. Può farlo avanzare, può trattenerlo può, talora, finanche farlo indietro<sup>92</sup> e talaltra può anche danneggiare novità normative in maniera seria; cosicché prima di ‘accogliere’ aspirazioni sarà per vocazione professionale molto attento alle conseguenze del suo dire<sup>93</sup>. Ed è anche per questo che non può parlarsi, almeno sul piano sto-

<sup>91</sup> Il cui esatto senso dell’espressione forse cade qui acconcio ricordare: «la lingua non è né reazionaria né progressista; essa è semplicemente fascista; il fascismo, infatti, non è impedire di dire, ma obbligare a dire»: R. BARTHES, *Lezione. Lezione inaugurale di Semiologia letteraria del Collège de France pronunciata il 7 gennaio 1977*, Einaudi, Torino 1981, p. 9.

<sup>92</sup> Come accaduto, ad esempio, nell’importante materia del danno non patrimoniale, quando la Corte di Cassazione, all’epoca diretta dall’interventista Primo Presidente Vincenzo Carbone, a Sez. Un. emanò la sentenza 26972/08, procedendo ad una restrittiva tipizzazione dell’istituto ed escludendo la risarcibilità del danno esistenziale, incerta categoria nella quale confluivano le più varie pretese risarcitorie. Lo si vedrà più nel dettaglio oltre.

<sup>93</sup> Questo *habitus* è presente costantemente nella cultura della giurisdizione – anche dopo che in epoche più recenti ci sono state, in alcune parentesi non a caso definite “eroiche”, aperture (all’epoca malviste) di taluni ambienti della magistratura più disponibili verso istanze della base, accolte nell’ordinamento attraverso un uso forte dei valori costituzionali. Nei giudici dell’Ottocento – espressione di società assai meno concessive, le cui *élites* ben più intensamente si riconoscevano intorno alla tradizione di valori comuni – il conservatorismo veniva dichiarato senza infingimenti, perché sicuro d’incontrare diffuso consenso in chi contava: «tutti questi desiderati del progredire novatore – si scrive in un saggio dei primi anni del secolo trascorso, dovuto alla penna di un magistrato in carriera – che è connaturale dell’uomo e della società civile debbono schiudersi altra via [rispetto a quella giudiziaria] per raggiungere la forza che

rico, di *neutralità* per l'opera del giudice, come del resto per nessuna opera umana. È una neutralità convenzionale, stipulata nel mondo dell'ideologia giuridica, particolarmente utile da tener presente quando si guardi in prospettiva storica al materiale giurisprudenziale – e dunque avendo d'occhio il complesso delle ragioni che producono colà il diritto, non solo quelle immediatamente percepibili dall'interno dei suoi strumenti argomentativi, meno che mai da quelli puramente formali, che sono disponibili, sempre, a tutto. Insomma, una realtà da tener presente quando si guardi a questa fenomenologia variamente condizionata, animati dall'interesse a ricostruire in pretenziosa compiutezza il contributo della giurisprudenza allo svolgersi del diritto ed alla circolazione delle regole all'interno di una comunità data. Il che poi significa anche provarsi a dare una realistica collocazione alle dinamiche della 'politica' dei giudici, intesi non come singoli impegnati nella politica in senso stretto, o attratti dalle sirene del potere, bensì della giurisprudenza come fenomeno istituzionale all'interno dei nessi propri di questa dimensione in un'organizzata comunità sociale. In

prima da pochi, poi da una schiera crescente loro s'invoca, ma che solo acquistar possono allorché diventano legge». Ovviamente, l'attuale situazione è per tanti versi differente e la giurisprudenza per un vario ordine di ragioni ha un carico di scelte assai più vasto, che esercita occasionalmente con piglio pretorio. Resta, però, un funzionale conservatorismo, come criterio nella selezione dei valori. Si legge ad esempio nella testimonianza d'un giudice dei nostri giorni: «è che i giudici non esistono per dare il buon esempio, bensì devono semplicemente *decidere*, applicando quelle regole che al momento devono essere applicate, che altri (e non lui) ha stabilito, spesso nell'interesse di pochi, qualche volta per reprimere un'idea [...]. Non sa quel vecchio avvocato che mi ha sollecitato di decidere una causa "mettendomi una mano sulla coscienza" che il giorno prima, lungi dal farlo, avevo trascorso qualche ora sui repertori per fare la mia diligente ricerca di precedenti ed avevo faticato ad individuare una motivazione che fosse quella più vicina alla norma che dovevo applicare e che potesse "reggere" al vaglio dei gradi superiori? E allora cosa c'entra la mia coscienza in tutto questo?». F. NISTICÒ, *Giudicando giudicando*, Giuffrè, Milano 1994, p. 43. Dove pare abbastanza chiaro quanto lo scacciar via la coscienza dalla decisione – a parte l'anelito, sin troppo umano, ad un discarico di responsabilità in chi deve continuamente decidere delle altrui vicende di vita – stia lì a segnalare che il giudice sente il dovere del conformarsi al 'precedente', di non lasciare libero spazio alle aspirazioni che vengono dinanzi a lui presentate a larghe mani, magari anche da avvocati che invocano, spesso non privi di personale interesse, l'ontologico legame dell'umanità. Per il brano subito sopra citato dell'ottocentesco giudice Giovanni Pacifico, rinvio a cur. O. Abbamonte, *Il potere dei conflitti. Testimonianze sulla storia della Magistratura italiana*, Giappichelli, Torino 2017, p. 44, ed al saggio a mia firma, *Ideologia della Magistratura tra Otto e Novecento*, che introduce la sezione in cui il documento si trova selezionato.

questo resistere, arretrare, avanzare con prudenza – una fenomenologia che l’occhio esperto può scorgere in condizioni relativamente agevoli – possono leggersi molto bene processi storici in atto, nemmeno ancora venuti chiaramente a luce nelle loro generali coordinate, ma già fluenti in modo anonimo e poco consaputo, quindi indotti a bussare alle porte della legge, perché scaturenti da necessità che hanno raggiunto uno stato di formazione strutturato quanto necessario a trarli dall’indistinto del molteplice sociale.

14. *‘Forza di legge’ e ‘forza di giurisdizione’: alcune tematizzazioni per un’indagine realistica sull’opera della giurisprudenza*

Scontato ricordare che il carattere conservatore del diritto – peculiarmente esaltato nella funzione giurisdizionale – non è solo una questione di forme espressive. Queste concorrono non poco a creare quella disposizione spirituale del giudice – quella disposizione d’*habitus* – che ne forgia le scelte in modo per così dire naturale, in realtà inavvertitamente culturale: «l’*habitus* – come ha insegnato il Maestro della sociologia Pierre Bourdieu – «*détermine ce qui, dans la situation, le détermine*»<sup>94</sup>. Più estesamente: l’*habitus* concettualizza le ‘ragioni’ del comportamento dell’agente, il quale opera in condizioni cognitive imposte ai ruoli dalla società in cui vive e da lui progressivamente interiorizzate: così che esse lo inducono (con relativa consapevolezza) a condotte conformi alla consolidata situazione che quelle stesse condizioni hanno in lui inoculato, istituendo un circuito di reciprocità in cui ciascuna componente contribuisce al rafforzamento dell’altra. Il contesto giuridico vive certamente anche di questo, perché il linguaggio ne è componente portante. Ma non solo di questo, va tenuto ben chiaro, ad evitare gravi fraintendimenti indotti dal riduzionismo formalistico.

Il compito ordinante che il diritto svolge nell’organizzazione sociale procura di necessità una relativa resistenza al cambiamento. E la giurisprudenza, che ha la responsabilità prima nell’amministrazione (pratica, perché forse ce n’è una anche teorica) delle norme, interpreta in modo peculiarmente marcato questa esigenza. È esso un dato tal-

<sup>94</sup> Per una chiara esposizione della fondamentale categoria psico-sociologica dell’*habitus* definita da Pierre Bourdieu, attraverso una lunga riflessione che risale sino al pensiero di Pascal, cfr. la sua postuma *Sociologie générale*, II, *Éditions Raison d’agir/Seuil*, Paris 2016, pp. 897 ss..



mente acquisito nella riflessione sulla funzione giurisdizionale, che ne è ormai divenuto l'elemento cardine nella relativa definizione concettuale. Distinguendo tra 'giustizia', come mondo dei giudici, e giurisprudenza, come frutto del loro lavoro collettivo, in un noto dizionario collettaneo sulla giustizia pubblicato in Francia non molti anni or sono, si leggeva:

*il faut considérer quel la jurisprudence ne décrit pas l'action de juger, mais une autre catégorie d'action, celle qui permette l'extension de l'interprétation retenue par un juge dans un cas donné, à un cas similaire traité par un autre juge. La jurisprudence peut alors être définie comme l'ensemble des processus qui contribuent à garantir l'unification de l'interprétation du droit donnée par les tribunaux. Cette définition conduit à rechercher la jurisprudence, non devant les tribunaux «en général», mai devant ceux qui disposent du pouvoir d'imposer leur interprétation aux juridictions inférieures. En bref la jurisprudence apparaît attachée à la production juridictionnelle des cours qui disposent du «dernier mot interprétatif».<sup>95</sup>*

Dalla definizione enciclopedica – orientata per suo compito alla sintesi – si conferma in particolare nitore il tratto spiccatamente autoritario che si congiunge alla funzione giurisprudenziale. Il suo più specifico spazio, all'intero del mondo giuridico, non va rinvenuto nel mero giudicare, bensì con quel verbo si designa un'entità più ricca, differente, una sostanza di diversa consistenza, che non riguarda il *decisum* in sé considerato; non riguarda nemmeno la legge in senso stretto, attiene ad un qualcosa di essenzialmente diverso – peculiare della giurisdizione. Scaturisce da quell'affermazione del diritto, da quel *ius dicere* con connotazione di definitività – una definitività che, come per ogni concetto giuridico, inclina molto più verso il relativo che verso l'assoluto; in quella 'statuizione' che non consente – non vorrebbe consentire – opinioni e che è il tratto più identitario dell'opera corale qual si presenta la giurisprudenza, è lì che troviamo l'origine del suo effettivo, attivo contribuire alla vita del diritto. Tratto identitario al punto, che nella definizione enciclopedica ora riferita, a rigore, si dice giurisprudenza possa considerarsi solo quella delle corti di giustizia d'ultimo grado, il cui verdetto non è suscettibile d'ulteriori contestazioni. Eccessivo, forse, questo così rigoroso delimitare: le dialettiche giurispru-

<sup>95</sup> E. SERVERIN, *Jurisprudence*, in *Dictionnaire de la justice*, cur. L. Cadiet, Presses Universitaires de France, Paris 2004, p. 712.

denziali molto si avvalgono del contributo dei giudici ‘inferiori’; bensì significativo d’un modo non solo teoretico d’intendere, ma anche tendenziale d’essere.

Non richiede troppo, scorgere il senso ‘ultimo’ di tutto ciò. Il giudice, certo, ha come compito – e s’è pocanzi incontrata una tipica teorizzazione di tal guisa – il pronunciarsi su d’una specifica lite per portarla a soluzione, disciogliendola negli alchimismi della legge: talora, e non di rado, alla fine del processo ci si troverà dentro poco di ciò che l’aveva originata, ma questo è il *modo* della Legge, non le si può chiedere di far diversamente. Essa bada generalmente ad altro che alla giustizia della singola soluzione giudiziaria. Mira a decidere e a quel che tra un attimo si dirà. Il giudice, quando crea diritto *nel* processo, lo crea in forma di norma individuale, secondo la nota costruzione formalistica di Hans Kelsen<sup>96</sup>: il problema è che non fa solo quello. Il suo germinale compito è indubbiamente d’emettere una sentenza perché

<sup>96</sup> Un’ottima descrizione della dinamica giuridica nel pensiero kelseniano e delle sue interne contraddizioni è di F. VIOLA, *H. Kelsen e l’interpretazione delle norme*, in F. VIOLA, M. URSO, V. VILLA, *Interpretazione del diritto tra scienza e politica*, Celup, Palermo 1974, pp. 74-84. Se, per quanto si osserverà nel testo, la definizione della sentenza come norma individuale non ha particolare pregnanza sul piano della concreta incidenza storica della giurisprudenza, un altro aspetto del pensiero kelseniano in proposito della sentenza assume sotto tale riguardo più contrassegnante rilievo: il considerarla come atto di volontà – dunque storicamente connotabile – e non quale deduzione astrattamente logica dal ‘volutò’ legislativo. Scrive molto chiaramente lo studioso praghese sul punto: «La norma individuale [...] “il ladro Schulze deve essere punito, cioè messo in prigione”, può valere come norma positiva [individuale] solo se è stata posta come un atto di volontà individuale del giudice competente. [...] Ora, è senza dubbio possibile che la norma generale “tutti i ladri debbono essere puniti, cioè messi in prigione”, in quanto prodotta per via legislativa, sia valida, e che l’asserzione “Schulze è un ladro” sia vera, e che sia fatta dal tribunale competente, ma che tuttavia la norma individuale “Schulze deve essere messo in prigione” non valga perché il tribunale competente – per qualunque motivo – non ha posto questa norma individuale: o perché il caso di un furto compiuto da Schulze, e anche accertato da un tribunale, non è stato ancora deciso; o perché – per un motivo qualsiasi – il ladro Schulze è stato assolto. E ciò significa precisamente che il tribunale ha posto la norma individuale per cui Schulze, sebbene abbia rubato, non deve essere punito [...] e questa decisione ha acquisito la forza del diritto. La norma individuale [...] può solo essere il senso di un atto di volontà e tale *atto di volontà* non può ottenersi per via d’inferenza logica», come accade nel normale sillogismo: cfr. H. KELSEN, *Recht und logik*, «*Neus Forum*», XII, trad. it. di R. Guastini, in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI, *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Giappichelli, Torino 1989, pp. 83-84.

un conflitto tra parti possa aver fine, attraverso la mediazione del giudizio, conformemente all'ordinamento giuridico (per come il giudice storicamente lo porta a maturazione). Ma in ciò non è certamente il risultato più ragguardevole sul piano dell'effettività e, quindi, su quello della storia *tout court* – che è il luogo per eccellenza della realtà effettuale – non è il compito principale che l'ordinamento giuridico assegna al giudice e che, nella sostanza, ne qualifica le decisioni. Questo è solo il compito germinale del giudizio, la soluzione della lite. Riguarda il passato, un conflitto già avvenuto, tocca solo marginalmente il futuro – che è quanto più conta nell'organizzazione delle società – se non per prevenire reazioni tra le parti in contesa incompatibili con la civile convivenza. Comunque, questa funzione del giudizio s'esaurisce sostanzialmente tra i contendenti, i loro eredi ed aventi causa, come recita – rigorosamente confinante – la norma *formale*: in sintesi, la sentenza come regola individuale non va oltre la singola lite. Guardato sui grandi numeri, per vero e va tenuto in conto, anche il solo compito di risolvere la lite assume una rilevanza di natura sociale, sovraindividuale: perché, appunto, costituisce una forma d'integrazione tra *cives*, che non sarà la più auspicabile possibile – comunque è sovrapposizione – ma è certamente indispensabile, quando altro modo sia risultato inetto.

Tutto questo, però, s'aggira intorno al lavoro nucleare della giurisdizione, al suo *minimum*, difettando il quale non c'è il fenomeno della giurisdizione in senso proprio. E se anche come s'è ora notato v'è l'ulteriore effetto – *ne cives ad arma veniant*, s'insegnava un tempo – è sempre una diretta conseguenza della decisione sulla controversia individuale. C'è invece molto di più, nell'attività della giurisdizione, pur se ancor oggi, quando risulterebbe umoristico negare la creatività della giurisprudenza, si tende a minimizzare la funzione normativa delle sentenze, delle sentenze intese nel senso indicato dal *Dictionnaire de la justice* sopra citato. La giurisprudenza, pronunciandosi su casi, crea autentico diritto e nel ripetere le proprie formule assicura ineludibilmente lo sviluppo di massime – regole generali, estratte dalle decisioni – che non hanno minor forza di quanta non ne abbia la legge in riferimento alla quale quelle decisioni pretendono d'essersi formate: anzi, come azzarderò a breve, quelle massime del giudice hanno una forza ed una vincolatività maggiore della stessa legge alla quale spesso solo molto vagamente si riferiscono, quando non anche la travisino in nome di valori diversi da quelli propugnati dal legislatore. E ciò per una semplice ma a mio avviso decisiva ragione: esse hanno la virtù della

concretezza, scaturiscono da ben delineati casi della vita – anzi da casi della vita ‘ben delineati’ anch’essi dal giudice – e dunque hanno dalla loro la forza incrollabile delle cose visibili, palpabili, visibili e palpabili sia pure, come sempre, attraverso la mediazione del linguaggio. Sono il frutto dell’incontro dello schema concettuale depositato nella norma con l’esperienza prodotta dalla vita: un frutto che, secondo il già ricordato insegnamento del Cassirer, costituisce la sintesi traverso cui l’uno e l’altro – l’uno cedendo qualcosa di sé all’altro – acquistano la loro massima realizzazione. Sono, a dirlo con parole diverse, piena socialità.

Questa realtà si stenta ancor oggi a riconoscere nella sua più piena consistenza e nelle sue complete implicazioni: perché essa si scontra con una tra le più persistenti simbolizzazioni della concezione giuridica continentale. Ad esempio, in un recente saggio che si connota per un molto elevato contenuto di problematicità, la visione realistica si dimostra fortemente condizionata da quella deontica:

il giudice non è soggetto ad altro potere e non può agire *contra legem*, ma deve attuare diritto e principi. Se alcuni diritti e principi sono inviolabili e sottratti alla discrezionalità del legislatore, significa che legge e giudice devono svolgere la loro attività in modo complementare attraverso un serio confronto con i testi legislativi, senza il quale “non si fa diritto ma ideologia” (cosa ancor più nobile, forse, ma diversa).

La legge ha un compito fondamentale nell’assicurare certezza e prevedibilità delle decisioni. Le ultime novità sul processo civile vanno in questa direzione (art. 374 3° co. Cpc), grazie anche all’attività della Corte di Cassazione (nell’applicazione dell’art. 360 bis cpc) e della dottrina nel riflettere su nuove forme di certezza e sul corretto uso dei principi.<sup>97</sup>

È evidente che, espressi in questi termini, i principi affermati costituiscono valori dai quali è difficile dissentire, almeno nell’attuale assetto ordinamentale italiano. Il problema è che, nell’indagine storica, quel che ci occupa – o che almeno dovrebbe occuparci – non è tanto la dimensione deontica, del dover essere o di quel che si vorrebbe fosse, bensì di ciò che concretamente accade nelle vicende della vita individuale e collettiva. Con riferimento al tema qui in esame – la storicità della giurisprudenza e la sua collocazione tra le fonti del diritto – ad interessare non è tanto la teorizzazione del ruolo del giudice, il distin-

<sup>97</sup> G. VETTORI, *La giurisprudenza come fonte di diritto privato*, in *Persona e mercato*, 4/2016, p. 145.

guerne i compiti da quelli del legislatore (su cui comunque tra breve si dirà, per dare un'impostazione più completa all'indagine), il vederlo doverosamente collocato in una condizione di subordinazione rispetto al fattore sovrano delle norme. Sul piano squisitamente storico – che è poi il meno delimitato e delimitabile possibile tra le scienze sociali – mette piuttosto conto verificare come effettivamente si presentino le cose, quanta parte nella formazione delle regole concrete, quelle che governano il quotidiano dei rapporti umani, è posta in atto dal legislatore e quanta dal giudice, nonché le possibili dialettiche tra le due fonti; interessa accertare in che modo e ricorrendo a quali mezzi argomentativi il giudice elabori le norme che sono di sua propria facitura, perché mezzi e modi non sono estranei ai risultati ed ai fini che loro tramite si perseguono; interessa provarsi, se non a stabilire, quanto meno a fondatamente ipotizzare quali siano gl'interessi che la giurisprudenza tende in diverse epoche a proteggere e perché mai poi lo faccia; interessa intendere quale sia l'autoconsiderazione che il giudice matura e come cangi nel tempo, ed in relazione a quali sollecitazioni, coordinate, mutamenti di contesto; interessa acclarare quali spazi i tribunali riservino all'eloquenza normativa dei fatti e quanta parte d'essi tendano a sopprimere ed anche come si trasformino nelle epoche la natura dei fatti che sono indotti a valorizzare o a svilire, in sostanza il loro atteggiamento nei confronti di essi; interessa, ancora, accertare il modificarsi degli stili decisionali – densità delle motivazioni, rapporto fatto/diritto, ecc. – a seconda dei gradi e della tipologia delle giurisdizioni, della loro più o meno reale distanza da altri luoghi di potere; interessa, ancora, quanto conti l'uomo nel decidere, la sua formazione, gli ambienti da cui proviene ed in cui si sono strutturate le sue categorie cognitive; interessa capire cosa possa fare l'organizzazione istituzionale per governare le individualità che, vestite da giudice, decidono imputando ad essa quanto spesso è il frutto di opzioni personali; interessa rinvenire i modi del mascheramento giuridico in abito di sentenza, l'uso che si fa dei *luoghi* della retorica più propriamente giurisprudenziale e quanto esso giovi a far passare per scontato ciò che invece è un puro apporto del decisore; interessa, in sintesi, potersi orientare, secondo un principio di realtà effettuale, e superando approcci formali, sul come si dipani la forza della giurisdizione nel tortuoso labirinto dove ha sede la fucina delle regole della civile convivenza. Ed interessa anche far emergere le strategie che sono al fondo dell'operare della giurisdizione. Un compito tutt'altro che agevole, sol che si consideri

che l'intero mondo della giurisdizione nei paesi di diritto codificato è aduso per educazione a mascherare dietro rigidi formalismi le ragioni vere del decidere.

Sono problemi, questi ed anche tanti altri che non sarebbe difficile aggiungere, di carattere non solo molto concreto – nel senso che non possono sperimentarsi se non calandosi con occhio storico e dunque relativizzante, inteso a ricercare le coordinate volta per volta di riferimento e complessivamente orientanti l'attività giurisprudenziale; ma sono problemi anche implicant un impegno di responsabilità, perché dimostrare in qual modo entrino in una comunità le regole delle quali essa si serve – ovvero, e non di rado, che di essa finiscono col servirsi – sindacarne realisticamente i percorsi, misurarne poi le conseguenze nella fase del loro ricadere sui rapporti sociali, costituisce un'opera di chiarificazione non solo benefica – poiché tra noi uomini parrebbe assodato che il capire sia da preferirsi al non farlo<sup>98</sup> – ma anche doverosa per chi, in ragione del compito scientifico che (retribuito) svolge, ha il dovere di concorrere a che la realtà riesca giudicabile ed auspicabilmente anche emendabile. E già la semplice consapevolezza delle cose, nelle vicende sociali fa la differenza: «*quand il s'agit du monde social, – scrive ancora Bourdieu – le mots peuvent faire les choses*»<sup>99</sup>.

Peraltro, non solo sul piano della concreta verifica, molteplici sono i modi per comprendere quanto la giurisprudenza crei, ma sullo stesso versante teorico non sembra reggere ad un più attento vaglio critico il ripetersi d'affermazioni come quella della soggezione del giudice alla legge, dell'obbligo che egli ha di sottostare ai principi da essa fissati, ma soprattutto della possibilità di costringervelo efficacemente. Già nella pagina sulla soggezione del giudice alla legge appena citata, la conclusione porta l'autore ad invocare l'autorità della Cassazione per puntualizzare il generale obbligo del giudice di sottostare alle norme positive: ma, vien fatto domandarsi, allora il giudice sottostà alla legge

<sup>98</sup> Aprendo il suo denso ed ispirato corso, Guido CALOGERO, *Logica*, Einaudi, Torino 1960, ritenne di poter sintetizzare l'impresa conoscitiva occidentale come «tenace volontà di capire», aggiungendo che «la volontà di sapere è quella che meno sa ciò che vuole, appunto pel fatto che ancora non sa cosa saprà» (p. 10); espressioni che m'è parso oggi e qui utile rievocare, anche in omaggio ad un pensatore assiduo che all'analisi realistica della giurisprudenza ebbe ad offrire un contributo antesignano e perspicuo.

<sup>99</sup> P. BOURDIEU, *Langage et pouvoir symbolique*, Fayard, Paris 2003, p. 329; si tratta peraltro di un'affermazione che esprime una parte importante della riflessione sociologica di Bourdieu.

o alle pronunce della Corte di Cassazione? È la legge ad imporgli la sua autorità o non è piuttosto vero che è ancora un giudice a parlare, con la sua giurisprudenza, le sue strategie, i suoi obiettivi concreti ed accertabili, sol che ci si presti ad un esame un po' più spregiudicato di quei verdetti? L'articolo 101 della Costituzione dichiara, lo sappiamo, che il giudice è sottoposto solo alla legge; ma chi è che dice cosa la legge dice? Sempre il giudice, a quel che sembra.

### 15. *Sui pretesi vincoli della legge e libertà dal precedente*

L'argomento è di troppo rilievo quando ci si muova sul piano della storicità della giurisprudenza, per poterlo lasciare appeso a pur suggestivi – ma, appunto, suggestivi – interrogativi. L'interrogativo affaccia sul vuoto, lascia perplessi o incuriositi, o l'uno e l'altro; insomma, non appaga, sempre che una ricerca di conoscenza possa mai risultare appagante. Merita d'essere riempito, almeno un po', tale sarebbe il compito di chi vuol capire, porsi domande ed offrire risposte plausibili. Certo, non è questa la sede per affrontare in termini teorici compiuti un tema – quello della creatività della giurisprudenza e, quel che più conta, dell'estensione e modi della sua creatività – che affanna le menti almeno dalla fine dell'Ottocento, quando cominciò ad avvertirsi, da parte di alcuni, l'insoddisfazione che lasciavano le teoriche sulla completezza dell'ordinamento giuridico<sup>100</sup>. Ma è questa l'occasione per

<sup>100</sup> Una testimonianza su quel risalente dibattito e soprattutto un saggio delle contorsioni in cui il giurista – allevato alla scuola del positivismo giuridico e dell'esegesi – doveva cimentarsi per ammettere spazi di formatività alla giurisprudenza, può leggersi in V. RAGUSA, *La giurisprudenza come fonte del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV (1924), pp. 418-427. Esemplare di questi spinti equilibrismi, quanto l'autore, pur appartenente alla schiera dei 'possibilisti', scrive a proposito della giurisprudenza che interpreta i principi generali del diritto: «qui la funzione dell'interprete si avvicina e quasi confonde con la funzione stessa del legislatore, qui la giurisprudenza, sebbene non possa riconoscersi come vero e proprio organo creatore del diritto, si manifesta tuttavia come *fonte produttrice del diritto*, perché essa esprime dal suo seno una norma che non esiste nel corpo legislativo, e qui la innesta e qui la inserisce, colmando la preesistente lacuna e completando il sistema giuridico» (p. 426, corsivi miei). Attraverso distinguo meramente nominalistici – peraltro cari alla cultura della scolastica giuridica – si legge il tentativo dell'autore di mantenere sia pur languidi confini, incapacitato a superare i dogmi costitutivi della propria formazione, pur rilevandone le palesi incongruità; una difficoltà che, ovviamente con un grado ben diverso di consapevolezza, continua ancor oggi ad incontrarsi, e si coglie nella raffinatezza del-

domandarsi almeno quanto gli argomenti addotti per distinguere la produttività del legislatore da quella della giurisprudenza abbia concreta possibilità. Va detto che qui non interessa tanto il profilo della distinzione formale tra gli organi deputati allo *ius dicere* e quelli chiamati a legiferare, come non è il tema quello della distinzione tra giurisdizione ed amministrazione. Va dato per scontato che nell'attuale stadio della civiltà giuridica occidentale tra giudici e legislatori ci siano ben precise distinzioni istituzionali; un po' meno, ed a seconda dei luoghi, tra amministrazioni e giudici, stante la tendenza ad affidare alle prime in varia forma l'esercizio d'un certo grado di giurisdizione, recuperando modelli largamente presenti nella realtà d'antico regime.

Qui soprattutto interessa verificare se nella materialità dell'esercizio dei rispettivi compiti – soprattutto in termini di produzione delle norme – l'attività del legislatore possa distintamente separarsi da quella della giurisdizione, con riguardo agli effetti prodotti da entrambi i plessi di poteri nella formazione delle regole di diritto. È scontata ormai la questione della creatività della giurisprudenza. «Oggi gran parte degli autori (interpreti) ne sono consapevoli e, spesso, fautori, – ha scritto un notevole studioso di questi problemi – tuttavia, si continua a ragionare e a scrivere come se solo la legge e la consuetudine fossero le fonti uniche del diritto»<sup>101</sup>. È un po' (fatte le debite proporzioni) come quando s'insiste a dire che il sole sorge al mattino, nonostante le formidabili scoperte di Copernico. Tutto ciò ha (almeno) una ragione: è sta nel forte condizionamento che la cultura del formalismo giuridico, inculcata sin dagli studi sui banchi universitari, continua ad esercitare sulle menti di tutti noi, velando l'effettiva consistenza d'una realtà, della quale pur si ha la contezza. E basta consultare un qualsiasi trattato di diritto costituzionale nella parte dedicata all'illustrazione delle fonti del diritto, per intendere quanto la questione sia ignorata o posta in termini affatto marginali, a dispetto della centralità che la giurisdizione ha nelle dinamiche progressive e regressive del diritto. In realtà, si coglie un marcato iato tra una notevole consapevolezza al livello dell'analisi teorica del problema della creatività giurisprudenziale e l'assegnarle poi coerente spazio nel momento

le teorizzazioni, tutte finalizzate a salvare, nei limiti in cui è ancor oggi possibile, una certa nettezza di distinzioni tra l'attività del giudice e quella del legislatore. Ma sono costruzioni che si collocano ancora sul piano del dover essere, non invece su quello dell'osservazione spregiudicata dell'essere.

<sup>101</sup> G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Laterza, Bari 1996, p. 218.



dell'analisi positiva del diritto<sup>102</sup>, dove la questione tende invece ad essere messa da parte, o almeno fortemente ridimensionata dal giurista: come fosse destinata a rimanere all'ormeggio nel pianeta delle idee. In sostanza, mi sembra di poter dire che il pregiudizio formalistico impedisca di collocare tra le fonti del diritto la giurisprudenza, perché non è la legge a prevederlo<sup>103</sup>. E questa posizione – che ha di certo il proprio fondamento nell'ottica giuridico-formale, per tanti ancora in effetti soddisfacente – nella sua duratura influenza non consente d'assegnare alle sentenze dei giudici lo spazio che esse effettivamente occupano, con esiti, anche di trasparenza costituzionale oltre che ovviamente politica, di non insignificante portata.

<sup>102</sup> Esemplare sotto questo riguardo, a parte quanto si documenterà anche alla nota che segue, l'impostazione di un importante lavoro, quello di L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna 1996. Il volume si divide in due distinte parti: 'Problematiche generali' e 'Analisi delle fonti del diritto italiano'. Nella prima parte, l'A. dedicò uno spazio notevole all'interpretazione giudiziale (pp. 96-120), notevole, almeno rispetto a quanto accade in analoghi lavori, riconoscendo con franchezza che «qualunque operazione esegetica degli enunciati normativi [...] comporta – per definizione – un conferimento di significato, potenzialmente effettuabile in modi alternativi e divergenti» (ivi, p. 103). Compiuto questo riconoscimento sul piano dell'impostazione teorico-generale, ci si sarebbe attesi, in coerenza, che nell'analisi delle fonti del diritto italiano, svolta nella seconda parte del volume, spazio adeguato fosse stato assegnato alla ricerca sui modi, sulle tecniche, sugli interessi e sugli apporti che presiedono al creare diritto da parte dei giudici. Invece, semplicemente il tema è cancellato e l'esame è interamente riservato a quelle che potremmo definire le fonti *formali* della produzione giuridica. Si tratta di un *fatto* che storicamente mi pare rivelatore, come altri, della persistenza di precludenti categorie, estremamente solide nella cultura giuridica, le quali impediscono di riservare appropriato spazio alla fonte giurisprudenziale nel campo conflittuale della produzione giuridica, con l'esito abbastanza contraddittorio di riconoscere il fenomeno e ad un tempo celarne la decisività nell'economia complessiva del diritto.

<sup>103</sup> Non avrebbe granché senso passare ora a dare testimonianza compiuta di un fenomeno limpidamente presente, anche se ovviamente non privo di talune eccezioni. È però illuminante il volume del *Trattato Cicu – Messineo – Mengoni* affidato a G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Giuffrè, Milano 2012. Il lavoro, si auto-presenta quale 'aggiornamento' «ai precedenti volumi del Trattato dedicati alle fonti del diritto, dei quali è autore Riccardo Guastini», volumi di taglio teorico più astratto nei quali la questione della giurisprudenza come fonte del diritto è ampiamente teoreticamente trattata (e su esso si tornerà); ciò nonostante, assumendo un'impostazione di metodo schiettamente giuridico-positivo, volutamente ignora la giurisprudenza, non collocandola nemmeno tra le 'fonti fatto' (tra le quali talora è annoverata), cosicché di giurisprudenza si parla solo a proposito delle sentenze della Corte Costituzionale, per le quali è evidentemente innegabile la natura di fonte anche sul piano squisitamente formale.

Per mantenere l'esame di questo problema teorico negli spazi che merita nell'economia del presente lavoro, m'è sembrato utile ricorrere ad un'elencazione sintetica dei tratti distintivi tra le due funzioni – giurisdizionale e legislativa – redatta dalla penna d'un analista della giurisprudenza tra i più acuti che abbia lavorato a questi argomenti nel nostro Paese, Riccardo Guastini. Facendo uso d'una schematizzazione ampiamente ricevuta, l'illustre autore così delinea gli elementi che dovrebbero servire da criteri per discernere il giudice dal legislatore, quanto all'attività rispettivamente svolta:

1. In primo luogo: la legge ha tipicamente un contenuto “normativo”, ossia generale ed astratto; la sentenza, per contro, ha necessariamente un contenuto individuale e concreto.

2. In secondo luogo: la legge è un risultato di un atto di volontà; la sentenza è il frutto di un duplice atto di conoscenza o accertamento: per un verso, l'accertamento (tramite interpretazione) della legge; per un altro verso, l'accertamento della fattispecie concreta sottoposta al giudice;

3. In terzo luogo: la legislazione è attività libera nel fine, cioè non rivolta al perseguimento di scopi predeterminati (e per questa ragione che la legge è un atto privo di motivazione); la giurisdizione, per contro, è un'attività necessariamente diretta ad “applicare la legge” (ed è per questa ragione che la motivazione sulla base della legge è parte costitutiva della sentenza).

4. In quarto luogo, e per conseguenza: mentre la legislazione è un'attività “originaria”, “primaria”, indipendente da ogni altra, la giurisdizione è un'attività strutturalmente “subordinata” alla legge, logicamente dipendente dalla legislazione (poiché la giurisdizione è applicazione della legge, non si dà giurisdizione senza leggi preesistenti [...]).

In sintesi: la legislazione è creazione di norme nuove, la giurisdizione è applicazione e conoscenza di norme preesistenti.<sup>104</sup>

Nel focalizzare ulteriormente il tema alla stregua del diritto positivo italiano, Guastini aggiunge poi anche un ulteriore, caratterizzante elemento: «i giudici sono soggetti soltanto alla legge, nel senso che non sono vincolati dai precedenti»<sup>105</sup>. Va detto, perché è vero, che lo stesso Guastini pone subito dopo in dubbio l'attendibilità di tali criteri di-

<sup>104</sup> R. GUASTINI, *Giurisdizione e interpretazione*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino 1996, p. 2.

<sup>105</sup> Ivi, p. 18.

stintivi; ma, come quasi sempre accade, il rilievo non viene condotto alle sue piene conseguenze e l'analisi vien dirottata sulla disciplina formale, positiva, raccogliendo in essa elementi di conferma, tali da non scuotere dalle fondamenta le certezze tradizionalmente assunte. Così lasciando, almeno mi sembra poter dire, ancora una volta troppo sullo sfondo il problema dei suoi termini più realistici.

È forse opportuno muovere proprio dall'ultimo degli elementi offerti dalla ricostruzione sopra riportata: 'i giudici sono soggetti soltanto alla legge, non anche ai loro precedenti'. Si tratta infatti di un'affermazione che costituisce pacificamente un caposaldo d'ogni teorizzazione (formale) della distinzione tra legislazione e giurisdizione in paesi di *civil law* e che li differenzerebbe da quelli di *common law*, anche per coloro che ammettono un certo peso vincolante ai precedenti giudiziari nei paesi che si rifanno al primo modello. Ed è affermazione esemplare, perché affatto centrale rispetto al tema qui trattato, in quanto al cuore del potere di legiferare in modo vincolante. Ora, quando si sospendano criteri di valutazione formali o ideologicamente precostituiti collocandoli in una sorta d'*epochè* husserliana, e ci si cali direttamente ad osservare il fenomeno per quel che è nella vita del diritto e nella vita più in generale delle società, a me pare che l'asserto non possa sfuggire ad una invalidante, molto grave aporia. Il giudice, si dice, applica la legge, ad essa è vincolato, non può discostarsene perché ove lo facesse la violerebbe; al contempo s'afferma senza esitazione che, però, egli non è allo stesso modo vincolato – almeno nei sistemi a diritto codificato – alle decisioni prese in precedenza dai colleghi che l'hanno preceduto, fossero anche quelli assisi nelle alte corti. Su questo, in astratto – a livello teorico, volendo essere rispettosi dei principi formali dettati per il sistema delle fonti del diritto in Italia, come in tanti altri paesi – può senza meno convenirsi. Ma come fare a non notare che la legge ha la medesima resistenza dei precedenti giurisprudenziali? Come fare a non osservare, nella considerazione storica del fenomeno, nella sua effettualità, che ogni qual volta il giudice faccia *overruling* – o, meno pomposamente, vada in contrario avviso rispetto a pronunce del passato o, ancor più banalmente, le ignori – nello stesso esatto istante in cui fa questo sta anche, e del tutto inscindibilmente, modificando la sua lettura della legge: si sta quindi semplicemente affiancando dalle parole della medesima, almeno per come erano state sino a quel momento interpretate? E non s'opponga – perché sarebbe obiezione del più puro formalismo, irrilevante sull'effettività dei pro-

cessi storici qui osservati – che così facendo il giudice sta ristabilendo la legge nella sua più vera autorità. Perché questo significherebbe non accorgersi della tautologia sul piano logico – il giudice sta ora rispettando la legge, perché egli, non altri, ritiene che così vada letta – e della realtà delle cose sul piano storico: che cioè la legge non è più vincolante del precedente che ad essa si riferisce, dato che modificandosi l'orientamento precedente si modifica nell'identica misura – né più né meno, identicamente – il significato ed il perimetro della prescrittività della norma che si pretende interpretata. E quando quel nuovo precedente non dovesse essere poi a sua volta rispettato – per contrasti di giurisprudenza o per altre meno nobili ragioni – allo stesso modo sarebbe per la legge, che muterebbe nuovamente di portata e significato, manifestando una capacità di resistenza al cambiamento – o, se si vuole, una forza vincolante – esattamente della medesima intensità del precedente che antecedentemente le assegnava un certo campo semantico.

Né mi parrebbe una valida obiezione, pur talvolta sollevata per negare corrispondenza creativa tra legislatore e giurisprudenza, quella secondo cui «è falsa l'assunzione che tutti i testi normativi siano soggetti ad interpretazione giudiziale e che, pertanto, tutto il diritto sia il prodotto dell'interpretazione giudiziale»<sup>106</sup>. A parte la considerazione che sono davvero pochi, nel momento attuale quantomeno, gli spazi giuridici che non possano essere raggiunti, direttamente o indirettamente, dalla parola della giurisdizione, il problema non è se *tutto* il diritto sia di provenienza giudiziale; bensì, così mi sembra, è se il giudice crei diritto con pari forza del legislatore allorquando emetta le sue pronunce o almeno in una gran parte di questi casi: perché, sul piano concreto, è questo che ne fa la presenza nel contesto istituzionale, con tutto quanto da tal situazione ne viene.

Ora, reputo che tali siano osservazioni molto elementari, fondate, verrebbe da dire, sul principio d'identità: se le leggi parlano attraverso la giurisprudenza, esse non offrono maggior resistenza al cambiamento di quanto non ne mostri la loro *bouche*: bocca in un senso frontalmente opposto a quello del barone di Montesquieu. Si potrebbe forse dire che la legge eserciti una forza vincolante sul giudice, più di quanto non faccia il precedente. Ma, a tacere della difficoltà di compiere consimili

<sup>106</sup> R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirr. A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, Giuffrè, Milano 2004, p. 261-262.

misurazioni qualitative, ciò negherebbe la realtà delle cose: prima tra tutte che i giudici si confrontano, motivano e rimettono alle Sezioni Unite, alle Adunanze Plenarie ed in generale ai loro consessi più valorosi, non i casi che ritengono dubbi in sé, bensì quasi esclusivamente quelli che ritengono tali perché su di essi si sono formate giurisprudenze contrastanti. E basta scorrere le sentenze dell'ultimo secolo compiuto (un po' diversamente andavano le cose prima, ma questo è il segno dell'evoluzione storica, sempre carica di significati) per leggervi quanto siano citate le leggi e quanto le sentenze e quanto quindi il confronto si faccia più serrato tra le seconde che non con le prime.

Del resto, non potrebbe essere molto diverso da così: le sentenze sono ben più vincolanti delle astratte parole del codice, poiché in queste ultime inscrivono casistica concreta, intessuta d'identificabili casi pratici, dunque più confrontabili con casi successivi di analoga fattura di quel che non lo siano le parole generali della legge, confezionate con simboli più comprensivi ma perciò stesso meno definitivi e soprattutto meno pregnanti dell'esempio dalle palpabili sembianze. Altro è dire che sottrarre in certe condizioni e nel perseguimento di talune finalità la cosa mobile altrui è punito come il più classico dei reati, altro è dire che lo è anche – magari con l'aggravante della cosa esposta alla pubblica fede – la condotta del povero in canna che al supermercato s'appropri furtivamente di due misere uova sospinto dal bisogno. Fa una certa qual differenza per chi dovrà giudicare in futuro.

Se si guarda alla realtà, dunque, difficile è seriamente scindere la vita della legge dalla vita delle sentenze che le danno azione, plasmandola con una libertà spesso sconfinante nell'arbitrio, non per malizia di chi giudica (è attestato ovviamente anche quello) ma per l'intrinseca natura dell'attività interpretativa, sostanzialmente rimessa alla correttezza ed all'autocontrollo dell'interprete<sup>107</sup>. Se ciò appare davvero dif-

<sup>107</sup> I giuristi sono assai restii a riconoscerlo, per ragioni molto varie, alle quali non sono alieni interessi cetuali e personali, esigenze coscienziali e molto altro. Qualcuno, però, talora s'esprime con maggior franchezza e, soprattutto realismo. Ammettendo l'estremo relativismo d'ogni interpretazione e soprattutto la scarsa oggettività dei criteri interpretativi – aggiungerei, il sostanziale arbitrio nella scelta tra di essi e dunque la possibilità di validare ogni possibile esito ermeneutico tra i vari resi oggettivamente possibili dalle parole della legge – Guido Alpa, ha osservato in un incontro di riflessione interdisciplinare sul tema, particolarmente fecondo in virtù proprio dell'interdisciplinarietà: «Un po' di sano realismo consente di dissacrare i dogmi dell'interpretazione, o, meglio, di strappare il velo di omertà sui dogmi interpretativi. Questi dogmi tacitano le coscienze, restituiscono tranquillità al giudice, danno confor-

ficile da contestare quando ci si ponga sul versante empirico dell'osservazione fenomenologico-giuridica, allora assume un rilievo di straordinario interesse anche nell'indagine storica e storiografica sulla giurisprudenza: perché – questo sì un tratto distintivo dall'attività del legislatore su cui tra un momento si tornerà – le sentenze, come s'è già ricordato, nascono in situazioni stringenti e come tali, sollecitate dal morso del bisogno<sup>108</sup>, leggono meglio nella realtà, per lo meno nei limiti in cui la specola giuridica permette di giungere attraverso la propria mediazione simbolica ad un buon grado di approssimazione al 'vero'. Perciò, la giurisprudenza si confessa buon testimone di stasi, insofferenze che affiorano, resistenze che durano a farsi da parte, slanci in avanti che tornano sui propri passi, magari per ripresentarsi altrove: insomma, testimone di tutte le dinamiche che il mondo circostante sviluppa nelle sue relazioni con il diritto, e che la giurisprudenza conosce nell'espressiva forma dei conflitti, prendendone spunto per contaminarsi di nuovi valori: valori che il medesimo diritto, se del caso, traduce in aggiornate forme prescrittive, forgiate in condizioni che hanno costantemente sott'occhio la compatibilità con quanto nel passato ha già conseguito la sua protezione.

16. *'Particolare' ed 'universale': il potere dei giudici tra forma e storia*

Ma anche affermare che 'la legge ha tipicamente un contenuto

to al "dottore". Tutti questi schemi o espedienti possono essere considerati appunto schemi o espedienti da parte degli altri interpreti, e quindi la linea del lecito e dell'arbitrario tende a spostarsi o a non riconoscersi. Nella più parte dei casi essa coinciderà con la linea che la maggioranza degli interpreti dirà essere collocata nella posizione "corretta". [...] L'unico limite all'arbitrio è il *self-restraint* dell'interprete. È un limite soggettivo, aleatorio, inconfessato che poggia su valore e regole deontologici. È un limite dettato dallo stile e dalle mode. È un limite confortato dalla storia e da valori metagiuridici. È un limite che vale, (per chi dice che vale) per quel che vale». Si veda, G. ALPA, *Interpretare il diritto: dal realismo alle regole deontologiche*, in curr. J. Derrida – G. Vattimo, *Diritto Giustizia interpretazione*, Laterza, Bari 1998, pp. 210-211. È un concetto, questo che Alpa ribadisce, avendolo peraltro già espresso, nel chiudere con analoghe parole la sua già ricordato *Arte di giudicare*, cit..

<sup>108</sup> Nel già ricordato contributo del Pasini, questa dialettica è così schematizzata: «il momento condizionante o situazionale [...] è [...] una data situazione di fatto, caratterizzata da un determinato contrasto di interessi, di forze politico-sociali, di gruppi di pressione, di ideologie e da una altrettanto determinate specifica struttura economico-sociale-politica di una data società in un dato momento storico». PASINI, Ivi, p. 26.

normativo, ossia generale ed astratto; la sentenza, per contro, ha necessariamente un contenuto individuale e concreto', sul piano dell'osservazione storica risente del limite prospettico in cui si costringe chi adotti un'angolazione prevalentemente formale. Non v'è dubbio che la giurisprudenza si pronunzi nel fuoco d'un genuino conflitto tra parti alle quali impone soluzioni: sin dal principiare della sua attività risoltrice del fatto nel diritto, essa estrae dall'incomposto contrasto (la cosiddetta fattispecie reale) una più affinata fattispecie 'concreta', in pratica opera una (approssimativa) ricostruzione del fatto al fine di ricondurlo al di sotto di una norma (fattispecie astratta) che già intravede – qualcosa di più d'un sentore, che da subito condiziona la sua angolazione – e poi giunge in modo relativamente spedito alla conclusione<sup>109</sup>. Per quanto qui interessa in questa specifica prospettiva definitoria, non serve affatto stabilire se prevalga un percorso induttivo – e dunque più largamente discrezionale perché tendente a valorizzare le peculiarità – che estrae dal fatto (ed orientato da esso) la regola del rapporto (né se ciò sia in teoria pienamente possibile); o se a guidare il giudice sia un percorso più rigidamente deduttivo, che muova dalla norma per giungere al fatto; o, infine, se s'impongano situazioni intermedie e ciò accada a seconda di casi o contesti: anche perché si tratta di sfondi teorici e pratici variabili nel tempo ed optare per l'uno o per l'altro, in prospettiva storica non avrebbe granché senso<sup>110</sup>. In breve, rispetto alla distin-

<sup>109</sup> Per questa utile tripartizione delle fattispecie, che meglio pone in evidenza l'attività schematizzante compiuta dal giudice sin dalla ricostruzione della fattispecie concreta dal caso reale lui sottoposto – sottolineandone *in nuce* il compito astrante della sua attività, che si attua a partire dalla conformazione del fatto – m'ispiro alle pagine con cui si apre il lavoro di alta elaborazione dogmatica e grande capacità investigativa sulle strutture di funzionamento del diritto di D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano 1939, pp. 3-4.

<sup>110</sup> Un grande teorico del diritto statunitense, ispirato ai principi del più forte pragmatismo, ha dedicato un capitolo al problema dell'applicazione del diritto, tra i più impregnati di senso storico e disciplina per l'osservazione spregiudicata: «quasi tutti i problemi della teoria giuridica si riducono al problema fondamentale dell'alternativa tra regolarità e discrezionalità, tra giustizia secondo regole di diritto e giustizia attuata mediante la più o meno esercitata intuizione di magistrati di larga esperienza». Ha poi anche sottolineato un aspetto molto importante nella concretezza del processo interpretativo: «i fatti vengono accertati tenendo conto del risultato cui si vuole pervenire, avendo riguardo alla norma giuridica, o ad una norma scelta tra norme contrastanti, che in effetti riguardano lo stesso campo, per quanto si riferiscano a situazioni diverse. In altre parole, una più sottile finzione adempie nel periodo della

zione tra sentenza e legge innestata sulla pretesa individualità dell'una e generalità dell'altra, a prevalere secondo più genuino criterio storico, è piuttosto la molto precoce attività astratta che si pratica dinanzi al giudice e – soprattutto – l'uso che di essa, da una parte, e della legge dall'altra, si fa nella vita ordinamento giuridico.

C'è un dato affatto innegabile, quale che sia l'opzione teorica verso la quale s'inclini: la sentenza, per legare un fatto ad una norma, deve ricercare un terreno d'incontro tra il generale ed il particolare. Così non fosse, questi due momenti della fenomenologia umana in prospettiva giuridica non avrebbero di come riconoscersi. Se il caso fosse soltanto caso e la norma soltanto norma statuyente un astratto criterio, ciascuno dei due fattori della sintesi decisionale andrebbe per la propria via senza darsi reciprocamente d'impaccio: come peraltro negli ordinamenti giuridici poco efficaci, realmente accade, perché, usa dire, scollati dalla realtà, formalmente validi ma praticamente inefficienti<sup>111</sup>. Al contrario, nient'affatto eterogeneo rispetto alla norma, il caso di specie, in quanto espressione dell'intenzionalità umana mirante immancabilmente a fini e valori (sempre non ci si trovi dinanzi alla pura follia) storicamente determinati<sup>112</sup>, come quelli

maturità del diritto a quel compito che nel periodo del diritto rigido veniva assolto dalle sue funzioni procedurali relativamente grezze». Osservazioni che intendono trasmettere quanto il potere discrezionale del giudice nel formare la decisione abbia a disposizione risorse praticamente illimitate, adattative quant'altre mai ed anche in un regime di formalismo giuridico, attraverso un'appropriata manipolazione del fatto, è possibile far prevalere la visione prescelta. Per i luoghi citati, R. POUND, *Introduzione alla filosofia del diritto*, con introduzione di W. Cesarini Sforza, Sansoni, Firenze 1963 (1954), pp. 83-84 e 86-97, ma da leggere pp. 85-109 per il tema relativo al momento attuativo del diritto.

<sup>111</sup> Nella questione dell'efficacia ci s'è già imbattuti; per i molti profili in cui essa può venire in evidenza ed i vari modi d'affrontarla a seconda degli indirizzi teorici, aspetti qui maggiormente in rilievo, si veda E. PATTARO, *Lineamenti per una teoria del diritto*, Clueb, Bologna 1990, un lavoro che sostanzialmente ruota intorno a queste tematiche.

<sup>112</sup> Dialogando idealmente con il suo maestro Masullo, ed in realtà dando voce al pensiero fenomenologico esistenzialista, molto efficacemente G. CANTILLO, *Natura umana e senso della storia*, Luciano, Napoli 2015, p. 108, scrive: «formalmente apriori, trascendentale come condizione di possibilità dell'esperienza umana è il carattere di senso e di valore che ha l'atto di vita umano, la sua originaria "sensatezza". La consapevolezza di questa trascendentalità del senso e del valore rinvia alla consapevolezza della storicità dei sensi e dei valori, rinvia alla "coscienza storica" che riconosce il "pari diritto di tutti i sensi, tutti parimenti assoluti, tutti nell'irriducibile diversità di ciascuno perimenti espressioni della vita"».



del diritto del resto, contiene proprio nelle *scelte* che gli hanno dato vita con i suoi specifici caratteri, l'elemento che fa da connettivo con i valori o beni giuridici, se si preferisce, presenti a loro volta nei fini che la norma si prefigge ed attraverso i quali il giudice svolge (o dovrebbe svolgere) la sua attività valutatrice. È questo il terreno d'incontro tra l'individuale e l'universale, mediato dal caso reale trasformato in fattispecie concreta; ed è nella costruzione di codesto luogo di (inter)scambio – affidata alla sensibilità ed alle categorie d'intermediazione cognitiva di chi deve realizzare il momento di sintesi a fini regolativi – che il giudice dispiega la sua massima potenzialità creativa di diritto. Nel colmare lo spazio tra 'particolare' del caso ed 'universale' della regola, il giudice ci mette del suo, e non poco di suo. Perché nulla è scontato in quel procedimento che il giurista chiama 'qualificazione giuridica', erezione a caso giuridico del fatto concreto per permetterne il risoluto trattamento da parte del diritto: assegnazione al fatto di uno o più significati valoriali all'incirca presenti nell'ordine giuridico, in tal modo sottoponendolo agli effetti che per quei valori l'ordine medesimo ha predisposto.

Ma se queste affermazioni possono essere condivisibili, ne segue che il risultato dell'operazione del giudice contiene necessariamente una regola di carattere generale o, se lo si dovesse ritenere più appropriato, quanto meno potenzialmente generalizzabile: e la contiene nel momento in cui giunge al culmine della sua concretizzazione: si fa diritto in azione, come disciplina di uno specifico rapporto e dunque forza produttiva d'effetti, capace di dispensarsi anche nel futuro con, se non pari vigore, almeno analogo, in grazia della capacità espansiva che nel diritto, come anche nella biologia e forse in ogni cosa umana, ha tutto ciò che è analogo<sup>113</sup>. Per il fatto del concretizzarsi, quella regola generale non lascia cadere il proprio contenuto di generalità, bensì lo rafforza, perché all'elemento di universalità aggiunge – grazie agli uomini che la manipolano con verbalizzazioni appropriate all'esigenza concreta occorrente – quello dell'attualizzazione, del pensiero che si fa atto pensandosi nello scontro-incontro con la concretezza: un fenome-

<sup>113</sup> Il tema dell'onnipresenza dei processi formativi a base analogica è di estrema complessità, date le varie forme e significati che questa forza produttiva straordinaria assume a seconda dei contesti in cui viene ricercata e vista all'opera. Si veda comunque E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Quodlibet, Macerata 2004, pp. 34-37, ma in realtà l'intero, ostico lavoro andrebbe letto per una più critica presa di coscienza della questione.

no che, secondo note suggestioni gentiliane, sarebbe l'unico modo in cui le categorie dello spirito realmente vivono<sup>114</sup>.

Dunque, questo mi sembra il punto: è senz'altro esatto che la decisione del giudice si formi sotto la sollecitazione di premesse ben concrete, individuali, dal fatto della vita di relazione che avanza pretese alla tutela, ed è proprio questo a specificarla nella sua storicità; ma non è altrettanto vero che della sentenza – meglio, degli orientamenti giurisprudenziali frutto dell'opera attiva della giurisdizione – non possa aversi un uso normativo, non meno normativo della legge, e che – soprattutto – tale uso effettivamente non si riscontri nel prismatico edificarsi del giuridico. La contraria asserzione è tanto l'esito d'una prospettiva squisitamente formalistica – precisamente, d'una valutazione che considera solo l'aspetto formale della sentenza, il suo presentarsi in forma di *determinato* dispositivo giudiziale – che contrasta con un fatto evidente, la cui rilevanza è difficilmente negabile: dalle sentenze si estraggono ininterrottamente *massime* – cioè regole astratte di diritto – ci sono intere redazioni di riviste e banche dati a questo dedicate e, per le corti d'ultimo grado, operano istituzioni con tale molto seria incombenza *ad hoc* organizzate.

<sup>114</sup> È chiaro che quando dalla speculazione filosofica si passi all'ermeneutica del reale, molte concessioni devono farsi, del genere di quella che io ho compiuto nel testo accomunando le regole della legge al pensiero astratto, e la decisione del giudice al pensiero che si attualizza; ma non m'è parso veramente arbitrario. Si confronti il seguente testo gentiliano: «la sola realtà solida che mi è dato affermare, e con la quale deve perciò legarsi ogni realtà che io possa pensare, è quella stessa che pensa; la quale si realizza ed è così una realtà, soltanto nell'atto che pensa. Quindi, l'immanenza di tutto il pensabile all'atto del pensare; o, *tout court* all'atto; poiché di attuale, per quel che si è detto, c'è se non il pensare in atto; e tutto quello che si può pensare come diverso da questo atto, si attua in concreto, in quanto è immanente all'atto stesso». Leggo dalla bella antologia composta da Eugenio Garin, al Gentile spiritualmente molto legato: G. GENTILE, *Opere filosofiche*, Garzanti, Milano 1991, p. 759. Direi la forza dell'intuizione gentiliana, secondo la quale il pensiero è davvero tale nel momento in cui pensa qualcosa e dunque si lega al concreto, costituisca una chiave di lettura tra legge e sentenza tutt'altro che trascurabile, benché, è scontato, sia necessario accordare alcune concessioni transitive tra categorie concettuali. Ma non credo possa esservi modo più efficace di beneficiare del fertile contributo offerto dalla riflessione filosofica, quando si svolga indagine storica coscienti dell'impossibilità di scindere storia e filosofia nel mentre dell'uomo e delle sue realizzazioni ci s'azzardi a disegnare la vicenda. Su d'un riferirsi in chiave diametralmente opposta al pensiero del filosofo siciliano, avrò modo a breve di tornare. Comunque, anche non voler condividere le non sempre limpide volute gentiliane, va ricordato qui ancora una volta il pensiero del Cassirer, circa l'incontro tra lo schema formale concettuale e l'esperienza concreta, quale massima manifestazione di forza della stessa concettualizzazione.

Se si guarda alla vita dell'ordinamento giuridico nel suo storico farsi – che è la prospettiva in cui qui ci si sta ponendo – e senza lasciarsi prescrivere dai criteri rigidamente formali ai quali è improntata la disciplina delle fonti del diritto negli ordinamenti di *civil law* – non c'è dubbio che legge e sentenze abbiano una circolazione di pari natura generale e normativa. Ma, ancora una volta, con un tasso di effettività – come ci riferiva il linguista Giacomo Devoto sopra ricordato – che inclina assai più per la sentenza (per le sentenze stabilmente ripetute) che non per la legge, meno capace di ghermire il nuovo fatto della vita, di quanto non possa farlo la decisione giudiziale che ne abbia esaminato uno simile (naturalmente, mai identico) già verificatosi. O, se si vuol tornare a quanto già prima osservato, capace, la legge, d'intercettare il fatto reale, nella stessa speculare misura in cui può farlo la sentenza, vuoi che ribadisca un consolidato orientamento, vuoi che ne inauguri uno proprio di bel nuovo.

Anche gli ulteriori tre tratti, ai quali nello schema sopra ricordato è affidata la distinzione tra legge e sentenza, paiono poco convincenti, sotto il criterio dell'osservazione storica, delle reali dinamiche di edificazione della giuridicità. In realtà quei residui tre criteri, potrebbero ridursi ad uno, giustificato dai rimanenti due: *la legge è atto di volontà, la sentenza di conoscenza o accertamento* (criterio 2): perché la prima è libera nei fini (c. 3) ed originaria (c. 4), la seconda applicativa (c. 3) e subordinata alla legge (c. 4).

Dopo tutto quanto s'è osservato, si finirebbe con l'indugiare soverchiamamente in giochi logici nel processare analiticamente ciascuno di questi rilievi – almeno nell'ambito d'uno studio con pretesa di metodo storico, dove l'uso che si fa della logica ha la sua importanza in quanto si costituisca attore dei processi di trasformazione della realtà. Perché tutti hanno origine nel presupposto da reputarsi irrealistico, che la decisione si limiti a replicare, a riprodurre in forma di dettaglio il volere della legge. A parte la critica analitica di Kelsen (e di tanti altri) già sopra richiamata alla concezione della sentenza come atto di mera deduzione logica, ed a parte tutto quel che sin qui s'è detto, è soprattutto l'osservazione della realtà giurisprudenziale, del suo dire e contraddire, del suo avanzare ed indietreggiare, del suo confermare e smentire, a destituire d'ogni fondamento queste basi argomentative, che peraltro sul piano squisitamente razionale hanno il loro valore e non sono

nemmeno prive d'una qualche incidenza pratica<sup>115</sup>. Ma non è tutto. Perché, affermare che il legislatore è libero nei fini ed originario è anche questa asserzione, forse valida sul piano giuridico formale – e claudicante puranche colà<sup>116</sup> – ma difficilmente riscontrabile nella realtà storica. Uno tra i pochi manuali recenti di diritto costituzionale che, commendevolmente, lascia più spazio alla giurisprudenza come fonte del diritto – ma tenendola ben distinta da quelle *formali* – non esita però a dettare una netta distinzione tra essa e la legislazione:

uno dei profili da cui può essere percepita la divisione dei poteri è proprio questo: la netta separazione di compiti tra chi ha il potere di “disporre”; e chi ha invece il potere d'interpretare quegli enunciati, ricostruirne il significato normativo, applicarne le “norme”. [...] Il legislatore può volere ciò che vuole, può volere cose incongrue e incoerenti: ma chi

<sup>115</sup> È chiaro, infatti, che l'ideologia della sentenza come mera attuazione del volere della legge non resta – come ogni rispettabile ideologia – priva di conseguenze sull'operare pratico dei giudici, i quali si sentono certamente tenuti a mantenere un contatto, almeno credibile, con il testo normativo (pur se di frequente questo non si verifica: sarebbe veramente facile provarlo, ma non sarà qui possibile andare oltre minimi cenni, trasformandosi altrimenti questo lavoro in un'enciclopedia giudiziaria). Codesta ideologia – vale per tutte le ideologie – non può davvero (né lo vuole) adeguare ai suoi assunti la realtà; quanto piuttosto essa esprime l'aspirazione, e (sempre meno, invecchiando) l'attitudine a mascherarla, di alterare la visione dei fatti nell'operato di chi in base a lei si orienta. Di qui una delle fonti, a mia opinione, che alimentano un sovrappiù di formalismo negli ordinamenti giuridici a diritto codificato, ordinamenti che avanzano la pretesa di monopolizzare interamente il 'voluta' giuridico prima che si verifichino le condizioni perché esso s'inverni nella realtà delle fattispecie concrete: unica, autentica forma, quest'ultima, in cui il diritto manifesta tutti i caratteri che sono di esso propri ontologicamente (se la parola non risulti troppo ambiziosa per la dimensione giuridica).

<sup>116</sup> Come affermano anche i giuristi più convinti della base essenzialmente formale del diritto, quando osservano che nei sistemi giuridici a costituzione rigida il legislatore è vincolato dall'attuazione delle scelte in quella sede massima compiute, e che dunque anche lui è interprete del diritto. Una tesi, ovviamente, che ha il valore e la persuasività di tutte le asserzioni compiute su base formale: poco scalfibili, se ci si pone all'interno del sistema di riferimenti che le produce, difficilmente verificabili se la critica viene compiuta su base empirica. Si tratta di scelte tra le quali è difficile districarsi, perché evocano il problema dell'assenza del criterio dei criteri, del sommo decisore. Per chi operi non nel circolo dei giochi logici ma in quello più greve terrestre, tutto quanto può sostenersi è che il meglio si ottiene dal confronto tra le posizioni, scrutinato secondo convincimenti di metodo che ciascuno ha seriamente costruito, purché abbia maturato adeguata consapevolezza dei limiti in cui le proprie idee inevitabilmente si muovono.

applica la legge ha bisogno invece di norme, non contraddittorie, di trarre dalle diverse disposizioni significati univoci e coerenti.<sup>117</sup>

Ovviamente, il legislatore può compiere scelte arbitrarie, oggi più che nel passato, ma questo può fare in settori del diritto che hanno natura provvedimentale più che normativa. In una ‘legge di stabilità’ – ai nostri giorni – come in un *rescritto* dei tempi passati si possono o potevano inserire le più varie materie e seguire le ubbie governative o parlamentari, secondo logiche che sfuggono al senso comune, non peraltro a quello dell’*élite* politica: e dunque anche lì finiscono con l’essere tutt’altro che scelte libere, perché quasi sempre non sono altro che traduzione in regole di precise istanze esterne alla fabbrica delle leggi, senza nemmeno vere mediazioni ‘interpretative’. Ma questo è comunque diritto in senso soltanto formale. Il diritto sostanziale e sostanzioso – quello di cui si discorre nelle pagine della scienza giuridica e che prevalentemente s’incontra nelle colonne della giurisprudenza – il diritto che fa l’ossatura dell’organizzazione sociale garantendole la custodia degli stabili valori unificanti, esso non può mai crearsi di mero libito. Al contrario, il legislatore deve centellinarlo, anzi, normalmente lo sperimenta proprio nell’esperienza giurisprudenziale adattata alla realtà dei rapporti concreti, intervenendo soltanto dopo che ripetute decisioni abbiano rodato ed affinato nuove regole puntuali, elevandole ad un’apparente generalità, in esse già insita nell’elaborazione casistica. Insomma, il legislatore è quasi sempre interprete della realtà non meno di quanto lo sia il giudice, ed anzi si presenta molto spesso, se non proprio come notaio di percorsi giurisprudenziali, senz’altro quale spregiudicato utilizzatore d’esperienze che in quei tortuosi ambulacri sono stati in lunga e sofferta gestazione, oltre che come mediatore attento tra le pretese avanzate dai titolari degli interessi volta per volta in gioco<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 339-340. A parte quanto si dirà nel testo, se si considera la giurisprudenza realisticamente, come fonte del diritto a pieno titolo, non si avrà difficoltà a scorgere quanto anch’essa sia piena d’infinite contraddizioni, costituendo i contrasti giurisprudenziali e le inevitabili sfumature motivazionali nei singoli orientamenti, altrettante ragioni di incertezza per le decisioni che seguiranno su analoghe fattispecie.

<sup>118</sup> Questo carattere interpretativo della legge, nel quale qui ci siamo già imbattuti, non è una novità, ma è stato da tempo distintamente rilevato e teorizzato. Molto efficaci in proposito le parole scritte nel terzo decennio del secolo scorso da M. ASCOLI, *L’interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto* [1928], a cura di F. RICCO-

Del resto, quegli stessi autori che si sono cimentati nello stabilire una differenza su questa base tra legislazione e giurisprudenza, hanno nel loro argomentare lasciato evidentemente trasparire le difficoltà in cui si dibattono i tentativi d'istituire nette differenziazioni, finendo col mostrare al contrario la presenza di un *continuum* nell'opera di giudici e poteri legiferanti. Le loro espressioni si fanno incerte, evocano categorie poco circoscritte, categorie poco categoriche, scarsamente tecniche, quelle che sono indispensabili ad intercettare fenomeni fluidi. Contrastando la tesi secondo la quale 'tutto il diritto è creato da giudici', in un altro importante impegno per costruire una compiuta teoria delle fonti, ancora Riccardo Guastini osserva:

si può senz'altro convenire che l'interpretazione sia, in un certo senso, produzione di norme. Nondimeno, altro è «produrre una norma» nel senso di interpretare – cioè decidere il significato di – un testo normativo preesistente, altro è «produrre una norma» nel senso di formare un testo *ex novo*. Forse non c'è una differenza netta, ma certo c'è una differenza di grado. Entrambe comportano un certo grado di discrezionalità politica, è vero. Ma per l'appunto si tratta di due gradi diversi di discrezionalità. Il legislatore non è vincolato da testi preesistenti, il giudice sì. È pur vero che i testi legislativi non hanno mai un significato univoco, che si prestano

BONO, Giuffrè, Milano 1991, p. 72: «le leggi, oltre che uno schema di esperienze future, sono una interpretazione di un'esperienza passata; la più autentica interpretazione anzi: un ordine di fatti tende a porre la propria norma uniforme e di fronte ad essi l'attività legislativa compie un'opera che è perfettamente identica a quella giudicante o interpretativa: li valuta, ponendoli sotto il controllo di una norma superiore. Il giudizio di una volizione passata si muta in schema per una volizione futura: questo è il procedimento con cui si forma il diritto. Se alcuni dicono che, o in modo totale o ristretto a un certo ambito, la interpretazione è creazione, ci pare lecito ora affermare che la creazione di diritto è interpretazione». Ciò si dice in una visione idealistica dei processi istituzionali; ma la sostanza non cambia, pur assumendo maggior concretezza l'individuazione degli attori in gioco, se si passi ad una visione socio-economica dei processi legislativi, dalla quale essi vengono delineati come non meno prescritti e vincolati dall'esigenza di mediare tra gli interessi in gioco, che è altro modo di parlare del legislatore (o delle camere legislative) come interpreti della realtà: «le esplicazioni sociologiche del diritto, perciò, assumono che vi siano *interessi* i quali vengono tradotti in *pretese* che, a loro volta, producono *risposte* da parte del sistema giuridico. Alla conversione degli interessi in pretese presiede la *cultura giuridica*. La risposta del sistema giuridico dipende dalla struttura del sistema stesso (che chiameremo *variabile strutturale*) e dalla struttura della *società esterna*, cioè dalla distribuzione del potere e dell'influenza nella società». L. M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna 1987 (1975), p. 260.

a diverse e confliggenti interpretazioni, talché costituiscono, per il giudice, un vincolo piuttosto debole. Ma un vincolo debole è pur sempre un vincolo, un limite: di fatto è impossibile per un giudice attribuire ad un testo – letteralmente – «qualsiasi» significato, a suo piacimento. L'attività legislativa è libera da vincoli di questo tipo.<sup>119</sup>

Già sul piano dell'esame puramente dogmatico dei criteri ai quali l'Autore affida la distinzione tra creazione legislativa e giurisprudenziale, le difficoltà di precisare il discrimine appaiono in tutta la loro forza ed ineludibilità. Parlare di differenza di grado, senza poter obiettivamente essere più precisi, ma essendo costretti a lasciare all'immaginazione del lettore, magari incline a condividere per *habitus* queste tesi, il completamento della misurazione; parlare di vincolo 'piuttosto debole' per dar struttura alla relazione tra legge e sentenza, significa aiutare poco a comprendere in che modo questo debole vincolo si presenti nella realtà delle cose.

L'unico dato sul quale credo sia possibile convenire è che il giudice non possa *attribuire ad un testo – letteralmente – qualsiasi significato*<sup>120</sup>.

<sup>119</sup> R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano 1998, p. 103.

<sup>120</sup> Anche quest'affermazione, peraltro, ha una validità che va relativizzata e molto dimensionata, osservando l'effettivo svolgersi dei costrutti giurisprudenziali, come in mille modi sarebbe possibile per ogni epoca comprovare. Qui mi limito a ricordare un caso per la sua esemplarità, ma oltre si guarderà alla cosa, analizzando esemplificativamente una sentenza degli anni Trenta del secolo scorso. Nel 2008 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza n. 24883) procedettero ad un'interpretazione forte dell'art. 37 del codice del rito civile italiano. La norma prevedeva testualmente che il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o nei confronti dei giudici speciali potesse essere rilevato, anche di ufficio, in ogni stato e grado del processo. Dinanzi ad una pur sì chiara disposizione, la Corte stabilì – e la cosa ormai è *ius receptum* – che la sentenza d'appello non potesse essere impugnata per cassazione, se nel corso del giudizio di secondo grado la parte non avesse espressamente contestato la sentenza di primo grado in punto di giurisdizione, perché in questo caso avrebbe dovuto considerarsi formato il giudicato inoppugnabile sulla giurisdizione. Giudicato che, si badi, si si formerebbe, secondo questo ormai fermo indirizzo, anche qualora il giudice di primo grado non abbia emesso alcuna pronuncia sulla giurisdizione: ciò perché si *deve ritenere* che egli l'abbia implicitamente deliberata (si suppone, nel suo animo, secondo l'antica teorica del diritto comune, per la quale la sentenza è un inesprimibile *motus animi* del giudice), prima di passare al merito della causa. Come ognuno vede, l'arresto della Cassazione è passato attraverso un doppio illusionismo giuridico (le magie bourdieusiane del diritto): dapprima la giurisprudenza impone di leggere nell'articolo 37 un'espressione che in esso non esiste (vale a dire qualcosa come: 'sempre che in sede d'impugnazione della sentenza di pri-

Ma può dirsi che – realisticamente – quest'affermazione, nelle dinamiche del diritto, possa servire davvero a differenziare la creatività del giudice da quella del legislatore? Io non lo penso. Il problema non è stato mai quello del giudice folle che, come un ipotetico Presidente Schreber, guidato dal 'linguaggio dei nervi' ed in stato di 'confusione disastrosa'<sup>121</sup>, alteri il senso razionale delle parole e giudichi leggendo lettere diverse da quelle che si vedono scritte. Non solo questo non accade, perché esistono rimedi sanitari preventivi per evitarlo, ma non è nemmeno il punto, posto che si sia il problema in luce storica e non in quella del dover essere o dell'astratta ideazione<sup>122</sup>. In questa luce, a

mo grado la giurisdizione sia stata contestata'), anzi che con la lettera della legge contrasta fortemente, dato che lì si consente di sollevare la questione in ogni stato e grado, anche d'ufficio; di poi, impone di leggere nella sentenza di primo grado un'articolata motivazione di delibazione della giurisdizione nella pronuncia di primo grado, anche se in essa il giudice s'è ben guardato dall'esprimerla (e con ogni probabilità anche dal compierla nel proprio *animus*). Insomma, una doppia alchimia, si direbbe alquanto ardata. Che la Corte, in quell'occasione, significativamente così giustificò: «l'evoluzione del quadro legislativo, ordinario e costituzionale, mostra l'affievolimento della centralità del principio di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, accompagnata dalla simmetrica emersione dell'esigenza di sburocratizzare la giustizia, non più espressione esclusiva del potere statale, ma servizio per la collettività, che abbia come parametro di riferimento l'efficienza delle soluzioni e la tempestività del prodotto-sentenza, in un mutato contesto globale in cui anche la giustizia debba adeguarsi alle regole della concorrenza». Come si vede, quando l'esame sia compiuto con metodo storico-analitico sul materiale giurisprudenziale, molte sistemazioni teoriche e molti limiti astratti circa natura, funzioni e concreto operare della giurisprudenza oscillano pericolosamente di fronte ad una raffinata rivendicazione di ruolo creativo, che si assume adeguatamente legittimato dall'evoluzione storico-politica. L'azzardato principio costituisce ormai vera e propria integrazione del codice di procedura ed è senza esitazione rispettato (da chi lo conosce, perché nella norma di legge continua a non leggersi un bel niente), e lo sarà ovviamente fin quando la giurisprudenza non dovesse tornarci sopra o, più improbabilmente, non lo facesse il legislatore.

<sup>121</sup> D. P. SCHREBER, *Memoria di un malato di nervi*, Adelphi, Milano 1974, pp. 67-71.

<sup>122</sup> Come fa ad esempio in un bel *pamphlet* L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, Torino 2009, p. 60, nel delineare quella che a suo avviso dovrebbe essere la costituzione della magistratura: «il rapporto tra magistratura e consenso dei cittadini è pericoloso. Il consenso popolare è il fondamento della legittimazione politica. La legittimazione della magistratura si fonda invece sull'osservanza delle regole sostanziali e procedurali e sull'autonomia, nell'interpretazione della legge, dai desiderata delle parti politiche e dai sentimenti dell'opinione pubblica». Una visione illuministicamente ineccepibile, ma storicamente difficilmente attuabile ed ormai nemmeno più accettata dalle magistrature superiori, quelle più conservatrici, come si evince, ad esempio, *supra*, nt. 120.



contare è piuttosto quanto della creatività giuridica sia ascrivibile al giudice e quanto al legislatore nelle effettive vicende della giuridicità all'opera tra veri rapporti sociali. E se si osservano con attenzione le cose, si rileva che passi avanti decisivi – oltre che quotidiani più modesti avanzamenti – sono all'opera tanto col giudice, quanto col legislatore. E si apprende pure che non poche volte, il legislatore lascia al giudice di compiere scelte imbarazzanti quando non sia in condizioni d'imputarsele<sup>123</sup>, dando luogo a quel fenomeno in passato definito di *supplenza* giudiziaria e molto dibattuto in una certa fase della storia italiana<sup>124</sup>, ma che in realtà è nella natura propria delle dialettiche correnti tra giudice e legislatore da quando s'è affermato il principio della divisione dei poteri, con intensità ovviamente diverse nel tempo. Allora, sembra più realistico riconoscere che giudice e legislatore contribuiscano, a seconda dei momenti storici e delle contingenze, più l'uno o più l'altro al rinnovamento ed alla manutenzione del sistema, senza che sia possibile ascrivere differenze qualitative – e come tali imprevedibili ed immisurabili – tali da differenziarne in linea di principio l'apporto. L'uno e gli altri rispondono a sollecitazioni provenienti dall'ambiente, cui devono dare risposte appropriate e non arbitrarie, conciliando i traguardi normativi già raggiunti con le aspettative ancora da appagare ed ininterrottamente all'opera per darsi forme accettabili e suscettibili d'essere riconosciute nella sede legislativa, così come in quella dove la norma è elaborata dalla giurisprudenza.

### 17. *Il riduttivismo formalistico: l'esemplare testimonianza di N. Irti*

Le esposte considerazioni acclarano, se mal non ho veduto, una segnalata resistenza a riconoscere l'effettività del fenomeno giurispru-

<sup>123</sup> Anche qui le possibilità di testimoniare sono un'infinità. Nell'esperienza giurisprudenziale italiana, la cosa è formalmente presentata al meglio, dalle cosiddette 'sentenze-monito' della Corte Costituzionale, che si trasformano in 'doppie pronunce' quando, nonostante il monito, il legislatore abbia fatto orecchio da mercante non essendo stato in grado di decidere in nessuna direzione, astretto da vincoli politici, culturali e da pressioni d'ogni sorta. Di recente, il problema si è manifestato con forza in vicende di ampia risonanza, connesse alla fine della vita.

<sup>124</sup> Il materiale sul tema – che si cominciò ad oggettivare agli inizi degli anni Settanta – è molto ampio. Per un esame di sintesi con diversi rinvii bibliografici, e per le forti dialettiche che si svilupparono all'interno delle gerarchie della giurisdizione, A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bologna 2012, pp. 333-341.

denziale, con la sua fattiva presenza nei processi che conducono il diritto ad immettersi nei circuiti sociali, in tal modo assumendovi i suoi più schietti e più conformanti connotati. Risulta, o dovrebbe risultare anche ovvio da quanto si va dicendo, che quando s'imprima un'impostazione storica all'esame del fenomeno giuridico si tende, per intrinseche esigenze della postura assunta, ad allontanarsi da concezioni di esso squisitamente teoriche e men che mai formalistiche, pena il rischio di vanificare le potenzialità di questa specifica prospettiva di ricerca per la completa incomprensione di quel che ad essa più pertiene: la ricostruzione di dinamiche e processi per come effettivamente si presentano ad una vista il meno possibile deformata da premesse teoriche che provengono dal materiale spirituale – in questo caso il diritto – oggetto di ricerca, nella consapevolezza che nulla è disponibile a manifestarsi immediatamente per quel che è (o per quel che vi può essere scorto, suo malgrado), vale a dire senza che sia sottoposto ad un giudizio critico, libero dalle condizioni che la materia sottoposta ad esame vorrebbe imporre nell'affermazione della propria autonomia. Storicizzare un fenomeno, lo si accennava, è aspirazione a renderne visibili le molteplici implicazioni, sia nella direzione che va dal contesto al fenomeno, lasciando in quest'ultimo parte di sé; sia in quella, inversa, che va dal fenomeno al contesto, in termini d'influenze che vi dispiega, arricchendolo d'originali novità e riaprendo dialetticamente nuovo circolo. La storicizzazione necessariamente relativizza, ponendo in luce appartenenze, familiarità, singolarità e svolgimenti, condizionati/condizionanti; in sostanza, ridimensiona nel fenomeno quell'assolutezza che lo caratterizza nel suo immediato presentarsi (a mio avviso deformandolo *per sottrazione*), allorquando lo si analizza senza il vigilante impegno ad uscir dal gorgo del suo essere: un costrutto storico, perde inevitabilmente d'autenticità quando viene privato del suo più ampio mondo, quello solo in cui assume il suo ispirato significato. Il problema, dunque, si presenta composito. La posizione metodologica che si è andata esprimendo, non si vuole come sorta d'apparecchiatura per radiografare il diritto, scomponendolo mediante le indubbe virtù delle radiazioni elettromagnetiche. Il metodo storico non è qui visto come mezzo esterno per l'indagine *sul* diritto, mezzo del quale è possibile avvalersi per meglio osservare un composto che in realtà sarebbe dotato di caratteristiche squisitamente formali. L'assunto a base dell'indagine è, ben diversamente, che il diritto sia un prodotto essenzialmente ed intrinsecamente storico; non solo non è

possibile esaurirlo nelle forme giuridiche che costituiscono soltanto il modo suo di manifestare la storicità che gli è propria; ma non sono queste forme le sole né le principali ragioni del decidere e dunque la genuina dinamica alla quale s'alimenta la produzione delle regole, specie nella sede giurisprudenziale, quella di maggiore interesse in una visione realistica e storica del giuridico<sup>125</sup>: del giuridico, in altri termini, per come propriamente s'affaccia alla quotidianità degli uomini allorché essi, entrando in conflitto, lo vedono apparire e l'avvertono come entità tastabile e tastante, di cui prima, al più, e solo i più provveduti, potevano intuire l'aleggiare.

In sostanza, il pieno apprezzamento del contributo giurisprudenziale alla vita del diritto è possibile in quanto si prenda sul serio la decisione d'affrancarsi dai vincoli metodologici che discendono da una visione formalistica ed astratta del fenomeno giuridico, una visione che ritiene di poter rimettere ogni valida dialettica nel formarsi delle decisioni, ad una questione di forme e, in ultima analisi, di linguisticità del giure. È un problema di notevole gravità, ovviamente nei limiti in cui grave può essere ciò che ruota intorno al mondo giuridico. E dunque dal confronto con questo tema non è possibile del tutto esentarsi, sia pure per quanto possa permetterlo un esame molto finalizzato alla ricerca qui svolta ed animata da quella concretezza dell'assunzione dei problemi, indispensabile allo storico che si presuma a portare in chiaro l'oggetto del suo lavoro.

C'è uno scrittore che, forse più d'ogn'altro, ha all'attualità affrontato attraverso un lungo percorso – e con sempre più squisita raffinatezza di costruito – una visione convintamente formalistica del diritto. E penso lo si possa perciò assumere – nella limitata prospettiva di questo

<sup>125</sup> È questa a mio giudizio un'endiadi quando si voglia valorizzare a pieno lo studio storico del diritto. La si trova chiaramente espressa nel pensiero di un patriarca del realismo giuridico, il giudice Holmes, per il quale essa consisteva «nel rifiuto a considerare il diritto come entità astratta data come il senso riposto in una certa regola che aspetti di essere scoperto dal giudice. Al contrario esso, in grande misura, è fatto *dal giudice*». E coerentemente per questo autore, come per altri aderenti al suo insegnamento, «lo studio razionale del diritto è in gran parte studio della storia. La storia deve essere una parte degli studi giuridici perché, senza di essa non possiamo conoscere la precisa portata delle norme che in realtà ci interessa di conoscere. La storia è parte di uno studio razionale perché ci fa comprendere il primo passo verso uno scetticismo avvertito, cioè verso la riconsiderazione ponderata del valore di quelle norme». WHITE, *La rivolta*, cit., risp. pp. 15 e 92, la prima una sintesi del pensiero di Holmes, la seconda una citazione dal suo *The path of the law*.

saggio – a campione d'un certo modo di pensare la giuridicità ed i suoi meccanismi di funzionamento, proprio in quanto esemplare messa a punto d'una diffusa concezione formale, recepita in genere senza adeguata discussione critica, siccome data in fondo per scontata. Mi riferisco, come si sarà ormai inteso, al teorico del diritto, l'italiano Natalino Irti, il cui itinerario verso un convinto approdo nel formalismo nichilista ha avuto una lunga ed articolata gestazione, compiutasi anche mediante un serio lavoro di riflessione filosofica<sup>126</sup>. Di recente, lo studioso abruzzese ha fornito la, al momento, più compiuta esposizione e messa a punto del proprio pensiero in un volume pubblicato nel 2020 per la collana *Lezioni* dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici, del quale è da tempo autorevole presidente<sup>127</sup>. Ed è a questo lavoro, distinto per chiarezza d'assunti e vigore nell'affermazione delle idee, che può farsi senz'altro riferimento per avere, nella più coesa formulazione, la voce attualmente meglio affinata del formalismo giuridico.

In realtà, non è difficile raccogliere la base esistenziale sulla quale matura l'aggiornata concezione del formalismo giuridico, che è la teorizzazione di Irti:

le forme durano e resistono, si stringono in sé stesse, in parole arcane e riti secolari, si svolgono in 'processi', si concludono e placano nell'intangibilità del 'giudicato'. Il diritto appresta le armi di difesa contro la vita, perché soltanto così può chiuderla in una *ordinatio* e convertire i fatti in casi giuridici. Il fatto gode la 'forza' e soffre la pena della forma, dello «esser così e di non poter essere altrimenti»: è forza l'uscire dal caos in-forme degli eventi, prendere nome, ritrovarsi e riconoscersi in una figura generale e tipica; è pena la fissazione schematica e definitoria, che

<sup>126</sup> La produzione irtiana è molto vasta. Il suo percorso all'interno del formalismo giuridico è risalente e seriamente strutturato nel tempo. Già molto si legge nei lavori più tecnici contenuti in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano 1984 e *Testo e contesto*, Cedam, Padova 1996, nonché negli *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova 1997. Il suo pensiero in questa direzione è poi andato svolgendosi e consolidandosi su di una base teorica e filosofica sempre più ampia in volumi come *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2005; *Il salvagente della forma*, Laterza, Bari 2007; *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari 2011; *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Giuffrè, Milano 2011; *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino 2016; nel dialogo avviato con E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari 2001 è un'analisi penetrante sul tema della neutralità o politicità delle tecniche e quindi anche delle forme giuridiche.

<sup>127</sup> IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Il Mulino, Bologna 2020.

sopprime e trascura particolarità, soffoca sfumature, e tutto rende producibile e calcolabile. La pena è il costo necessario di quella forza.<sup>128</sup>

Lasciando per un momento in disparte il tema della praticabilità di questa dinamica nell'effettività dei processi giuridici, chiara, sin da queste parole gravide di significati, è la prospettiva ideal-formalistica. Il fatto è qualcosa di confuso, privo d'interiore costruttività, è *caos informe*, o *densa caligine di particolarità*, come altrove lo nomina<sup>129</sup>; è, insomma, l'informe ed incomprensibile molteplice che abbisogna dell'unilateralità del trattamento giuridico perché la sua turbolenta brutalità possa essere sospinta entro margini di civiltà. È una dialettica che può creare pena e sconforto – che vuol dire sofferenze di uomini ed anche di comunità – ma in fin dei conti inevitabile, se si vuol uscire dal caotico insondabile della storia. E c'è da credere anche che si tratta d'una dura lotta – quella tra fatto e diritto – non d'una reciproca, rispettosa integrazione, se è vero che *il diritto appresta armi contro la vita*, altrimenti incapace di darsi ed esprimersi degnamente, perché relegata nell'irrazionale e nell'inconsulto.

Non è certo difficile comprendere che – sullo sfondo di questi pesimistici presupposti esistenziali – categorie, come quella da noi già incontrata, di *esperienza giuridica*, o visioni miranti a sottolineare l'intrinseca valorialità dei fatti, non possano che incontrare il vivo disfavore dell'Autore, il quale invero non fa alcuno sforzo per nascondere o per attenuarne i toni polemici:

gli 'auguri' o 'rabbdomanti' della fatticità, immaginano di cogliere la 'esperienza giuridica' in uno stato originario e nativo, in un *prius* temporale e logico anteriore all'intervento di ogni schematismo normativo, e non si avvedono che quella 'esperienza', se è 'giuridica', è già normativa, e, se non è normativa, non è neppure giuridica [...] <sup>130</sup>.

<sup>128</sup> IRTI, Ivi, p. 194.

<sup>129</sup> IRTI, Ivi, p. 242.

<sup>130</sup> IRTI, Ivi, p. 43. È questo un leitmotiv della pagina irtiana, che ricorre in molte forme, anche senza risparmiare sarcasmo. Alla sua concezione, egli scrive «si contrappone l'*informe*, dove l'esistenzialismo interpretativo di professori ammodini e l'intuizionismo giudiziario dei valori gettano gli individui in un diritto vagolante e incalcolabile. Il diritto – se è regola che si reitera di volta in volta, e di tempo in tempo, per casi identici – è regno della forma, cioè di schemi predisposti, in cui si trovano fatti innumerevoli e successivi». (Ivi, p. 168)

Se i fatti sono privi d'espressività, o per lo meno d'espressività giuridica, ne discende con stretta sequenzialità logica, che la ricerca di valori, quali guide nell'interpretazione degli istituti normativi, costituisce una chimera. Anzi, forse di peggio, perché finirebbe col produrre effetti illusori, magari nel perseguimento di finalità 'orientate' verso quei valori 'interpreta'. Osservazione senz'altro plausibile, anche se il problema, come si dirà, non mi sembra essere in questo rischio. Sentiamo come la sferzante parola di Irti accatasti sotto un unico giudizio negativo ogni possibile teoresi alternativa a quella puramente formale:

a quegli indirizzi – come che si chiamino: meta-positivi, meta-normativi, realistici, fattuali, valoristici – va rivolta una critica di principio. Chi legge e interpreta ciò che sta dietro la norma? Come si raggiunge la realtà sociale? Quale è il metodo per cogliere e accettare 'valori'? Esistono forse individui dotati di peculiare sensibilità, o sette di iniziati, che siano in grado di scendere nel sottosuolo o di aggirarsi tra le nuvole del cielo?<sup>131</sup>

Nonostante l'uso alquanto beffardo del fraseggiare, di certo non può credersi che Irti sostenga l'inattingibilità della sfera valoriale per l'uomo, quanto meno nel senso filosofico e sociologico del termine, senza così negare ad un tempo traguardi ormai pacificamente acquisiti per lo spirito umano<sup>132</sup>. La realtà è che per il cattedratico romano valori, fattualità, realismo sociologico, e tanto altro, devono essere tenuti lontani dal *mondo del diritto*, che è tutto da rintracciare altrove. Altrove, ma dove? Giunti a questo punto, non è difficile stabilire l'areale adatto alla fioritura del diritto nella sua più pura essenzialità. Se il diritto è sistema che tende ad assicurare certezze, per porre l'uomo al riparo dalla vita, esso deve necessariamente costituirsi in termini d'autoriferimento, deve *far parte per se stesso*; e siccome il diritto si presenta in società essenzialmente attraverso le parole, saranno queste a costituire la sua sede esclusiva, ponendolo al riparo – lui e l'uomo che lo produce – dalle ingiurie dei fatti: «applicazione [della legge] non è immersione nel fatto, vitalistico entrarvi e travagliarsi in esso, ma

<sup>131</sup> IRTI, Ivi, p. 117.

<sup>132</sup> Tra l'altro lo studioso abruzzese è stato tra i giuristi più sensibili alla dimensione sociale del diritto ed all'interazione tra l'una e l'altro: cfr. i suoi *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1976, che inaugurò un vasto dibattito pubblico, scorgendo precocemente un importante processo storico, e *Società civile*, Giuffrè, Milano 1992.

*esercizio di astrazione*, che è poi il dar senso e forma giuridica»<sup>133</sup>. Vediamo dunque in cosa consiste il diritto per il Nostro. «Poco o nulla si comprende del *formalismo giuridico*, contro cui si leva la volgare arroganza del ‘concreto’ se non avvertendo l’estrema necessità della forma»<sup>134</sup>. Ed ecco la forma nelle cui mani è necessario rimettersi confidenti, per acquisire tranquillante predicibilità delle regole o quanto meno tutta la loro possibile predicibilità:

la parola sta al centro del diritto; anzi, il diritto è parola, e nulla può uscire fuori dalla parola. Parola è la legge; parola, i patti conclusi tra gli uomini; parola la sentenza del giudice. La parola è il varco inesorabile ed esclusivo, onde si entra nel diritto o si esce dal diritto.<sup>135</sup>

Se si ricorderanno le osservazioni in precedenza svolte con riguardo alla matrice linguistica del formalismo dei giudici e più in generale del formalismo nel diritto, s’intenderà ancor meglio cosa si vorrebbe con una concezione che vede nel linguaggio (giuridico) il recinto della produzione del diritto, nel senso che nulla di quanto non sia già nelle parole del diritto possa dare luogo a germinazioni di giuridicità: lingua giuridica, *varco inesorabile*<sup>136</sup>. Anche perché, se ulteriormente si analizza il punto, si vede che la *parola* alla quale Irti sta pensando, se non vado errato, ma non credo, è in sostanza una soltanto:

quali discorsi prescrittivi possono contare sull’esercizio della forza? La risposta dipende dalla dislocazione del *potere normativo*: se esso si trovi negli organi parlamentari, o nelle sentenze dei giudici, o nei decreti delle autorità di governo. La Costituzione italiana – affidando la funzione legislativa alle due Camere (art. 70), e volendo la «giustizia amministrata in nome del popolo» e i «giudici soggetti soltanto alla legge» – designa *la legge come fonte del diritto*. In Italia lo Stato di diritto è stato della legge:

<sup>133</sup> IRTI, *Riconoscersi nella parola*, cit., p. 138.

<sup>134</sup> IRTI, Ivi, p. 132.

<sup>135</sup> IRTI, Ivi, p. 199.

<sup>136</sup> Sono pensieri “forti” e tutt’altro che improvvisati, come si accennava, che attribuiscono alla dimensione linguistica del diritto un vero e proprio compito di guardiano della spontaneità umana. In *Testo e contesto*, cit. p. 166, si leggono ad esempio, espressioni non meno radicali: «Nell’esprimersi, il singolo assume *il rischio della parola*, il rischio che essa circoli carica di significati oggettivi, non più manovrabili né correggibili dal dichiarante. Il diritto esige il *sacrificio di sé*, della sua propria unicità espressiva». (Mette conto sottolineare che i corsivi sono dell’A.).

al servizio della legge lo Stato italiano organizza l'apparato di coercizione<sup>137</sup>.

Una concezione, come si vede, di rigorosissimo formalismo normativistico<sup>138</sup>, dove la costruzione teorica della dinamica giuridica è compiuta, anche a questo più alto livello, in costante dipendenza dalla formale definizione ordinamentale della fonte del diritto: un modo di porre che abbiamo già incontrato e che si caratterizza per l'esclusivo fondamento formale del giuridico, come mostra in modo illuminante anche l'improvviso *décalage* del discorso teorico al livello di un singolo ordinamento positivo, per rinvenirvi la base legislativa legittimante. L'esclusiva nella produzione del diritto è, al termine, nelle mani onniprensili del legislatore, mentre al giudice non resta alcun ruolo attivo – almeno 'lecitamente'. Del resto, per Irti, la storicità del diritto è nel «suo *ponere* sempre precario», perché minacciato da altri senza sosta pronti a porre altre norme: «la posizione del diritto (o meglio di *un* diritto) non segna pace, ma piuttosto la tregua, breve o lunga che sia, una sosta nell'urto delle forze storiche»<sup>139</sup>. Una storia del diritto del genere o, meglio, una storicità del diritto del genere, è evidentemente il rispecchio del normativismo assoluto e forse anche sul suo piano eccessivamente riduttiva. Perché qui il diritto viene veduto come un complesso di norme, stabili per un certo periodo, imposte dal potere sovrano, ed immobili sino a quando qualche altro potente non spodesti chi trova sul sempre pericolante trono. E di fatti, al giudice resta ben poco da fare. Se la storicità è nella funzione *positrice delle norme*<sup>140</sup>

<sup>137</sup> IRTI, *Riconoscersi nella parola*, cit., p. 141 (è il caso di chiarire che tutti i corsivi di questa, come delle altre citazioni, sono dell'Autore).

<sup>138</sup> Un normativismo, credo di poter dire, che riconduce il fenomeno della giuridicità all'esclusiva dinamica dell'imputazione formale, mediante il meccanismo della competenza a legiferare: «esistono norme perché esistono ordinamenti giuridici che si distinguono da ordinamenti non giuridici», ed essi hanno i loro procedimenti formali di produzione delle norme: la citazione è da N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1960, p. 18.

<sup>139</sup> IRTI, *Riconoscersi nella parola*, cit., p. 130.

<sup>140</sup> IRTI, Ivi, p. 47. La visione riduttiva della storia del diritto, rigorosamente limitata al dato normativo in coerenza con l'impostazione teorica, si legge poco oltre (p. 49): «lo schematismo normativo e l'assoluto formalismo non sono esercizi di logica, ma *traducono il risultato di vicende storiche*, di lotte tra forze, da cui una o talune escono vittoriose, e dunque capaci di imprimere alla realtà una diversa forma o difendere l'antica. La storia del diritto, nel suo succedersi di norme deliberate da parlamenti o imposte da dittature, o come che sia, è *storia di forme*, cioè di *configurazioni degli even-*



ed il diritto si rassoda nella lettera della legge che va preservata da ogni possibile interferenza ‘esterna’,

le arditezze interpretative rompono la legalità linguistica e il circolo ‘democratico’ dei significati, deludendo le *attese semantiche* dei destinatari e sconvolgendo la razionalità delle scelte compiute. Il giudice deve essere custode della legalità linguistica.<sup>141</sup>

È naturale che in un simile, stringente circuito interpretativo – ovviamente Irti rifiuta decisamente il *circolo ermeneutico*<sup>142</sup> – non è lasciato alcunché al fatto ed alla possibilità che esso esprima il vivido tessuto valoriale di cui si nutre attraverso l’interprete che l’intende e si facendo nutre e rinnova continuamente il diritto. Quella che altri considerano la ricchezza dell’*esperienza giuridica*, per Irti «si risolve in *esperienza sussuntiva dei fatti sotto norme*, le quali non vengono ricavate o trovate nei fatti, ma a essi imprimono le forme del diritto»<sup>143</sup>. Che ciò costituisca davvero il ‘circolo democratico’ dell’interpretazione, è da dubitare seriamente: non credo che il bipede implume – ché poi è di lui con il suo agire che ne va quando si discetta del *fatto* da giudicare – ne esca molto bene da questo unilaterale trattamento sussuntivo dove è il diritto che, dall’alto e con autorità assoluta non temperata dall’eloquenza delle azioni, *imprime le sue forme*. In genere, operazioni così determinate di forgiatura è difficile procurino spazi per la democrazia, che si dice in primo luogo essere intessuta di pluralismo.

È questo però il pensiero di chi pratici coerentemente il formalismo giuridico e, salpando dalle sue sponde, lasci alle sue spalle la fecondità terragna – inevitabilmente corruttrice, ed è vero ma è anche umano – e costruisce la giuridicità in una linea diretta e priva di deviazioni, si direbbe una giuridicità invece poco umana: ma questa è mia opinione. Quanto sia una giuridicità storicamente riscontrabile e riscontrata, proverò a dire. Sintetizziamo con le parole di Irti che forni-

*ti* (onde un atto già considerato lecito, può diventare illecito; e un rapporto già permesso, vietato e proibito». Il problema, come io la vedo, è che la storia non si bacia mai con la teoria, ma va sempre per strade sue, di cui ardua, se non impossibile, è la piena ricostruzione. Ma di certo, quella teorica ne è una sicura componente, senza che mai però sia possibile riconoscere l’una nell’altra, ma solo dialettico rapporto, reciprocamente formativo.

<sup>141</sup> IRTI, Ivi, p. 127.

<sup>142</sup> IRTI, *Riconoscersi nella parola*, cit., pp. 119-122.

<sup>143</sup> IRTI, Ivi, p. 36.

scono da par suo la posizione teoretica, esito d'uno studio frutto di meditazione, coerente, rigoroso e ad un tempo discorsivo e ricco di stimolanti suggestioni, non peraltro qui eletto a testimone d'una precisa teorica giuridica:

attribuire un diverso significato è rompere l'affidamento, alterare i contenuti della comunicazione, sovvertire la forma stessa della convivenza. La legalità linguistica – ossia la lealtà morale nell'ordine della convivenza – non è un qualsiasi profilo, ancorché affascinante e prezioso del parallelismo tra lingua e diritto, ma designa l'essenza propria del *formalismo assoluto, che risolve il diritto in artificiale posizione di forme e le forme in sistemi espressivi di azioni*.<sup>144</sup>

Che il diritto sia un sistema di forme – schemi di condotte cui si connettono effetti giuridici – nessuno potrebbe ragionevolmente negarlo; così però significando che il modo di presentarsi del diritto è nel porre schemi d'azione quali prescrittive categorie cognitive per giudicare e decidere. Il problema è nel *come* questi schemi siano posti e dove essi si ritrovino, producano e riproducano, e per quali vie: se siano tutti nella legge – nelle parole testuali della legge – ovvero siano per necessità ontologica anche altrove, soprattutto altrove, come qui ritengo poter sostenere. Per vero, lo stesso Irti non può negare a sé stesso la ben più ricca fenomenologia del farsi giuridico. Ma, pur vedendola, cerca di trattenerla, d'attrarla al magnete della letteralità normativa: ancora una volta, una strategia già incontrata nell'opzione formalistica. Si tratta a me sembra, d'una scelta che presenta un forte connotato ideologico, o quanto meno che si colloca nella sfera di quel che si ritiene debba essere il *dover essere* nel modo del diritto:

il senso letterale ha il carattere e l'efficacia di un *vincolo interpretativo* [...]. Ed è vincolo legato alla storicità, *che non è l'oscura storicità del soggetto*, ma la stessa storicità del senso letterale. Il quale non sta fermo e immobile, ma accompagna la storia della lingua. E così, se le parole assumono nel corso del tempo nuovi sensi (sensi condivisi e praticati nell'uso di una data comunità) allora cambiano anche il senso letterale e gli altri sensi che esso porta dentro di sé.<sup>145</sup>

<sup>144</sup> IRTI, Ivi, p. 22, il corsivo di 'formalismo assoluto' è mio.

<sup>145</sup> IRTI, Ivi, p. 105.

Un'affermazione come questa parrebbe mettere in crisi l'intero quadro argomentativo nel cui ambito si è venuta a trovare. Perché essa chiama in causa la storicità del linguaggio e, sotto questa forma, nient'altro che la storicità del diritto, la quale anche nel mutare dei significati linguistici ha il suo modo di manifestarsi. Allora diverrebbe difficile distinguere le arditezze interpretative – interdette – dalle semplici prese d'atto di trasformazioni che, peraltro, sempre nella giuridicità si sarebbero dovute presentare – dunque nei concreti (ed invisibili) rapporti giuridici – per poi prendere forme linguistiche o, anche, per prendere ad un tempo forme linguistiche. Ma il vero è che questa affermazione, pur colà posta, rimanendo interamente attratta nella sfera dell'astratta e collettiva linguisticità, non vale a modificare l'impianto del 'formalismo assoluto', cui s'ispira come s'è documentato, l'intera pagina irrtiana su ascendenza, mi par chiaro, attualistica: un'ascendenza qui ben leggibile e che dunque rimette al solo pensiero che si attualizza il compito di creare il proprio mondo, che infine è *tutto il mondo*<sup>146</sup>. Anzi, per certi versi, questa concezione su base idealistica estrema dei processi linguistici, – collocando nel mezzo linguistico, non lo strumento per l'affermazione delle evoluzioni del diritto nel tempo, bensì il serrato filtro, la porta appena dischiusa al loro passaggio – pone nella sua massima espressione la dimensione formale quale esclusivo fattore di produzione autoreferenziale della giuridicità vista tutta all'interno di un linguaggio, giudice assoluto dei processi. Il che coglie degli aspetti di realtà, se si guarda al contributo che il canale linguistico è incline da

<sup>146</sup> Il recupero da parte di Irti degli aspetti più estremi del pensiero di Giovanni Gentile – peraltro da lui frequentemente citato – è più che evidente. È il filosofo di Castelvetrano che fa culminare la propria costruzione filosofica nel 'formalismo assoluto', in un'accezione che ben si coordina con la pagina del giurista abruzzese, degradando a poca cosa la materia – i fatti, gli uomini con i loro rapporti, gli interessi, le aspirazioni di cui vivono e li motivano all'azione. Scrive nella *Teoria generale dello spirito come atto puro*, in G. GENTILE, *L'attualismo*, cur E. Severino, Bompiani, Milano 2015 (1916), p. 294: «la materia è posta e risolta dalla forma. Sicché la sola materia che nell'atto spirituale ci sia, è la stessa forma, come attività. Non il positivo in quanto posto, come dicemmo, ma il positivo in quanto si pone; la forma stessa». Ed a maggior chiarimento, qualche pagina prima: «noi non sappiamo concepire la conoscenza se non come creazione della realtà che è la stessa conoscenza, fuori della quale non è pensabile altra realtà» (pp. 289-290). A queste assonanze con il pensiero di Gentile non è rimasto certo estraneo il lungo e dialettico dibattito tra Irti e Severino, che rispetto a Gentile si è posto, com'è noto, a sua volta in dialettico confronto: su ciò, cfr. B. DE GIOVANNI, *Disputa sul divenire. Gentile e Severino*, Edizioni Scientifiche, Napoli 2013.

sé a dare, lo si è osservato anche sopra. Solo che il diritto non avanza davvero grazie alla lingua – per meglio dire, la lingua non né è affatto l'unico mezzo – ma ci sono gli interessi, i fatti, che si danno forma e forza, anche linguisticamente suadente, sgranando il retaggio del passato<sup>147</sup>.

#### 18. *L'illusione di 'frenare le iniquità con le parole'*

Se ci si arrestasse all'ottica formalistica qui esaminata, sarebbe quasi certamente impossibile intendere quel che molto la giurisprudenza liberamente fa nei percorsi formativi del diritto. E difatti, quell'ottica ama escludere che i giudici possano contribuire all'avanzamento dei contenuti delle norme – o almeno lavora a *minimizzarne* il contributo. Essi sono i *custodi della legalità linguistica*, si è letto poco sopra in un testo che, almeno a me, ricorda kafkiane ed imperscrutabili porte della legge. Quel che forse sarebbe possibile distinguere all'interno della galassia metodologica riconducibile al formalismo giuridico, è tra la posizione di coloro che vi aderiscono incondizionatamente e quella di chi più criticamente ritiene sia un obiettivo da perseguire. In termini d'immagine che del diritto si lascia però consolidare, questa distinzione non è particolarmente feconda di conseguenze, perché all'esito finisce col trasmettere una concezione quanto meno deontologica e, dunque, capace di grande presa sulle coscienze di una categoria

<sup>147</sup> La confidenza 'assoluta' nelle forme, ricorda le conclusioni venute da profonda tristezza e pessimismo, della conferenza che a Davos nel 1929 vide contrapposti Cassirer a Heidegger, a quel che se ne dice con il trionfo di quest'ultimo, per quanto trionfi in consimili contesti possano aversene. Le conclusioni del primo, leggo dal resoconto riportato in W. EILENBERGER, *Il tempo degli stregoni. 1919-1929. Le vite straordinarie di quattro filosofi e l'ultima rivoluzione del pensiero*, Feltrinelli, Milano 2020, p. 333: «non c'è altra via se non il medium della forma. È questa la funzione della forma: che l'uomo trasformi il proprio esserci in una forma, convertendo tutto ciò che in lui è esperienza vissuta in una forma oggettiva. E in questa forma oggettiva se stesso: non in modo tale da liberarsi della finitezza del suo punto di partenza (perché questo è pur sempre vincolato alla propria finitezza), ma in modo tale che, muovendo dalla finitezza iniziale, la fa diventare qualcosa di nuovo. È una immanente infinitezza».

Una convincente critica delle posizioni formalistiche tendenti alla svalutazione della fattualità, che però prende avvio da una concezione della creatività giurisprudenziale distante da quella qui proposta, è di D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana, Jovene, Napoli 2008, pp. 201-210.

d'intellettuali pratici, già di proprio tentata a far valere e *prevalere* il dover essere sull'essere, quanto meno nel *mondo del diritto* in cui è particolarmente a proprio agio. Ogni affermazione della giurisprudenza, formalisticamente è lasciata passare quale mero svolgimento della legge nell'atto in cui assiste alla metamorfosi del generale nella regola individuale. E quindi l'intero portato di storicità – in grazia del formalismo normativistico – scema, nei fatti precludendo la comprensione delle ragioni di *scelte* che tali evidentemente sono. Un esito, anch'esso – e qui davvero non sono necessarie citazioni – gravido di significati politici ed ideologici.

Ora, sul piano stretto della teoria, il formalismo normativistico – come ogni coerente e seria presa di posizione dogmatica – potrebbe certamente accettarsi, perché logico svolgimento dalle proprie premesse. Ma quando si passi all'analisi storica, questo proprio non è più possibile perché non è così che funziona la forma-diritto quand'è all'opera, cioè quando è insediata tra i rapporti umani, quel per cui deve ritenersi sia stata in fin dei conti concepita. Approssimando ma non troppo, può dirsi che in tal maniera di concepire vengano meno le premesse fattuali, non proprio una cosa da nulla. Ed è rivelatrice la 'riduzione' della storia del diritto a *posizione* di norme da parte del legislatore, che abbiamo incontrato nella pagina di Irti, tra i giuristi positivi più qualificati del Paese. Mai però è andata così né mai potrà aversi in questo coscritto modo la vicenda del diritto in società. Ciò, per le ontologiche basi di quell'ostico prodotto dello spirito che il diritto è: esso, lo si gradisca o meno, è chiamato all'impossibile e conflittuale compito di stringere la vita nelle proprie potenti e sempre ingombranti forme. Ridurre i percorsi giuridici a meri processi linguistici – processi linguistici della *legge* – significa, penso, coprirsi gli occhi rispetto alla pressione degli interessi e dei fatti che ne sono conformazione organizzata. Una soluzione, il non guardare, che può essere egoisticamente consigliabile, ma che non riflette, per quel che posso capirne, la realtà delle cose. Perché si sta parlando d'una *pressione* che, spinta dalla forza delle motivazioni umane, è invece sempre lì a gravitare intorno alla tendenziale staticità delle norme ed all'inanità della sola giuntura linguistica rispetto al compito di raccogliere intera la realtà – insomma, in apparente paradosso, a fare troppo a lungo da argine ad essa. È un'esperienza registrata da lunghissima data. Narra Plutarco nella *Vita di Solone* – l'episodio sarebbe confermato da più fonti – che all'aprirsi del V secolo a. C., mentre il biografato già era impegnato nel compito

che l'ha tramandato alla Storia, si recò in Atene Anacarsi, fratello del re degli Sciti, annoverato tra uno dei Sette Savi:

così Solone, ammirato della sua prontezza di spirito, lo accolse amichevolmente e lo trattene per qualche tempo presso di sé, quando già si occupava degli affari pubblici e attendeva a redigere le leggi. Anacarsi dunque, come lo seppe, derideva l'opera di Solone, che pensava di frenare le iniquità e le cupidigie dei concittadini con parole scritte (*gràmmasin ephèxein tàs adikias kai pleonexias tòn politòn*), le quali, diceva, non differiscono affatto dalle ragnatele, ma come queste trattengono le prede deboli e piccole, mentre saranno spezzate dai potenti e ricchi. A queste sue parole, si racconta, Solone rispose che gli uomini rispettano anche i contratti che a nessuno dei due contraenti giova trasgredire: così anch'egli additava le sue leggi ai suoi concittadini in modo tale da rendere a tutti evidente che è preferibile agire giustamente che violare le leggi. Ma le cose andarono come supponeva Anacarsi piuttosto che secondo la speranza di Solone. Anche di questo si disse stupito Anacarsi, dopo aver assistito ad una seduta dell'assemblea, che presso i greci parlassero i sapienti ma decidessero gli ignoranti.<sup>148</sup>

Si tratta di una delle prime, icastiche testimonianze di come da sempre siano andate le cose con il diritto; testimonianze tante volte iterate nella sua storia, ricorrendo vario ordine di metafore: deboli ragnatele, cedevoli reti, nasi di cera e via dicendo<sup>149</sup>. Solone, illuminista *ante literam*, credeva di poter vincere le resistenze degli uomini e dei loro inestirpabili egoismi, convincendoli di quanto sarebbe assai meglio

<sup>148</sup> PLUTARCO, *Vita di Solone*, 5, 4-6, Fondazione Valla, Mondadori, Milano 1977, trad. M. Manfredini.

<sup>149</sup> Circa sedici secoli dopo, ad esempio, Alano di Lilla, riferendosi ai testi giuridici osservava «*quia auctoritas cereum habet nasum, idest in diversum potest flecti sensum, rationibus roborandum est*»: data la mia scarsa dimestichezza con le fonti del rinascimento giuridico, cito da GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1995, p. 162, nt. 90. Grossi è su posizioni diametralmente opposte a quelle propugnate da Irti, ed a sua volta non usa parole dolci per designare i paladini del legalismo giuridico. Alla pagina immediatamente successiva, si legge: «temiamo l'inquinamento – ché tale sarebbe – di una nozione dell'interpretazione come attività meramente logica e dell'interprete come un automa senza volontà e libertà proprie, che costatiamo ancora dominante presso 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 instillato nel loro cervello».

prestare ossequio alle leggi, piuttosto che violarle. Vasta questione, altri avrebbe detto facendo sfoggio di gran spirito pratico, che infrange il *visus* miope dell'umanità: alla quale, salve eccezioni quasi sempre riconducibili al novero dei santi e dei beati, assai di rado riesce d'andare nelle scelte della vita molto in là dal proprio, circoscritto areale.

Ma poi, in fin dei conti, il problema non è solo quello degli invincibili egoismi umani, del nostro essere per natura umani. Non possiamo farcene una colpa né possiamo idealizzare costruzioni che si rivolgono alle nostre azioni, ignorandone l'intima struttura genetica: ce lo suggerisce da tempo anche Michel de Montaigne, con il quale si chiuderanno queste pagine. Un'eccessiva confidenza nelle virtù taumaturgiche del linguaggio – nella capacità che esso avrebbe d'avvolgere, anzi stringere nelle proprie spire simboliche la vitalità dei rapporti tra gli uomini – è destinata, come tante altre ambizioni a far leopardiano naufragio: un'intuizione questa, còlta, con il suo consueto abbinare straordinario nitore a toni alquanto apocalittici, dall'autore che più d'ogn'altro ha aperto la riflessione sull'assenza di solide basi in ogni costruzione culturale<sup>150</sup>. Forse si tratta della più tracotante ambizione umana, quella del nominare. Ma la realtà con la quale il diritto ha da fare, per quanti sforzi le norme pongano in essere al fine d'infrenarla, di tenerla al suo esterno per meglio sottoporla a *traduzione* giuridica (i giuristi amano parlare di *trattamento*), è sempre là con le sue originarie ed incoercibili energie, a ripresentarsi più combattiva che pria, ad imporsi al diritto ed ai suoi mezzi linguistici: insomma a ricordare all'uomo che se *in principio era il verbo*, non è il suo di verbo a poter fare altrettanto. I mezzi linguistici dell'uomo non dispongono d'alcuna possibilità per escludere il reale dal proprio dominio: possono certo governarlo, rallentarlo, moderarne le asperità, fare in modo che esso prenda per certo tempo delle vie lungo le quali altrimenti non si sa-

<sup>150</sup> Scrive F. NIETZSCHE, *Umano troppo umano*, Mondadori, I, Milano 1978 (1876-1878), fr. 11: «in quanto ha creduto per lunghi periodi di tempo nelle nozioni e nei nomi delle cose come in *aeternae virtutes*, l'uomo ha acquistato quell'orgoglio col quale si è innalzato al di sopra dell'animale: egli credeva veramente di avere nel linguaggio la conoscenza del mondo. Il creatore del linguaggio non era così modesto da credere di dare alle cose appunto solo denominazioni. [...]. Molto più tardi – solo oggi – comincia a balenare agli uomini che essi, con la loro fede nel linguaggio, hanno propagato un mostruoso errore. [...] Anche la logica poggia su premesse a cui nulla corrisponde nel mondo reale, per esempio sul presupposto dell'uguaglianza delle cose, dell'identità della stessa cosa in diversi punti del tempo; ma quella scienza sorse dall'opposta fede».

rebbe inoltrato<sup>151</sup>. I processi della vita comunque vanno avanti facendo, magari, una crociana *riverenza* alle parole, ma proseguono. Anche perché non sono formati solo per escludere, i mezzi linguistici; essi hanno pure un compito inclusivo e l'infissione di paletti robusti per distinguere l'esercizio delle due funzioni non è per nulla possibile. Al più, nominando, si può differire (secondo Derrida), ma non certo sopprimere quel che più è al cuore della storicità umana: i crudi fatti, per come li percepiamo.

C'è una caratteristica alla quale il linguaggio – quello di cui si serve la legge, ed il linguaggio in generale – deve necessariamente sottomettersi, ed è d'essere composto da simboli, a loro volta interpretabili attraverso altri simboli, che sono interpretabili da altri simboli..., in un processo che può non aver fine. È in questo senso che Peirce parlò di *semiosi illimitata*, arguendo che l'approdo di questa potenzialmente interminata ricerca non può essere in altro dalla convinzione che l'interprete s'è formato in base alla propria esperienza<sup>152</sup>. In altri ter-

<sup>151</sup> Una buona e sintetica esposizione, seppur ormai risalente, delle tematiche agitate nel dibattito, molto vivo nel secolo scorso, sulle interazioni tra la realtà, il linguaggio ed i reciproci condizionamenti, in K. G. JOHNSON, *Lineamenti di semantica generale* (1972), Armando, Roma 1978, pp. 42 ss.

<sup>152</sup> È utile riferire il concetto con le parole del grande semiologo americano: «in tutti i casi, dopo alcuni preliminari, l'attività di ricerca [del significato del segnoificante] prende forma di sperimentazione nel mondo interno. E la conclusione (se pure la ricerca giunge ad una conclusione definita) è, che in date condizioni, l'interprete si sarà formato l'abito di agire in un dato modo ogni volta che desideri un dato tipo di risultato. La vera e vivente conclusione logica è quest'abito; la formulazione verbale non è altro che la sua espressione. Non nego che un concetto, o una proposizione, o un argomento possano costituire un interpretante logico. Insisto soltanto sul fatto che nessuno di essi può essere un interpretante logico finale, perché ognuno di essi è per sua natura un segno che può essere a sua volta un interpretante logico. Soltanto l'abito, pur potendo essere un segno in qualche altro modo, non lo è nello stesso modo in cui è segno di cui è l'interpretante logico. [...] Il concetto, pur essendo un interpretante logico, lo è solo imperfettamente: partecipando in certa misura della natura di definizione verbale, è inferiore all'abito esattamente come una definizione reale è inferiore ad una definizione verbale. L'abito, deliberatamente formato, autoanalizzantesi – autoanalizzantesi perché formato con l'aiuto dell'analisi degli esercizi che lo hanno nutrito – è la definizione vivente, il vero e finale interpretante logico». C.S. PEIRCE, *Opere*, Bompiani, Milano 2003, cur. M.A. Bonfantini, par. 5.491, p. 274. Più in generale, sul concetto di semiosi illimitata, U. ECO, *Segno*, Mondadori, Milano 1980, 141-146. Sarebbe utilissimo comparare questa concezione di 'abito' con quella di Bourdieu – e con varie altre – ma si tratta di compito euristico che porterebbe molto lontano dal tema di pagine.



mini, la lingua non contiene in sé quanto occorre per la definitiva risoluzione degli incerti semantici di cui è ad ogni passo angosciosamente costellata. Com'è stato molto ben scritto,

il cerchio della semiosi si chiude ad ogni istante e non si chiude mai. Il sistema dei sistemi semiotici, che potrebbe sembrare un universo culturale idealisticamente separato dalla realtà, di fatto porta ad agire sul mondo e a modificarlo; ma ciascuna azione modificatrice si converte a propria volta in segno e dà origine ad un nuovo processo semiosico<sup>153</sup>.

Sarebbe consolatorio opinare che quanto Eco qui scriveva, è lecito predicarsi per il testo letterario o narrativo bensì, non anche per il testo giuridico. A parte che una dimensione estetica ce l'ha anche il diritto e non può non esserne condizionato nelle sue forme manifestative<sup>154</sup>, il problema è evidentemente solo di grado, data l'impossibilità per il linguaggio di rattenere in sé tutto quanto esso per più canali significa. Negarlo per il diritto, significherebbe rifiutarsi alla storia della giurisprudenza e la sua semiosi illimitata – peculiarmente cavillosa, termine questo non senza ragione nato in quegli areali. Del resto, e non sembrerebbe ancora il caso di dilungarsi sul tema, tanto scontate son le cose qui esposte al solo fine di render chiara la radicalità della questione, il continuo slittare dei significati è strutturalmente connesso al modo di funzionare di questa centrale forma dello spirito umano, la lingua:

<sup>153</sup> U. ECO, *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Bompiani, Milano 1979, p. 46. Poco oltre aggiunge che il testo è «intessuto di spazi bianchi, di interstizi da riempire, e chi lo ha emesso prevedeva che essi fossero riempiti e li ha lasciati bianchi per due ragioni. Anzitutto perché un testo è un meccanismo pigro (o economico) che vive sul plusvalore di senso introdotto dal destinatario, e solo in casi di estrema pignoleria, estrema preoccupazione didascalica o estrema repressività il testo si complica di ridondanze e specificazioni ulteriori – sino al limite in cui si violano le normali regole di conversazione. E in secondo luogo perché, via via che si passa dalla funzione didascalica a quella estetica, un testo vuole lasciare al lettore l'iniziativa interpretativa, anche se di solito desidera di essere interpretato con un margine sufficiente di univocità. Un testo vuole che qualcuno lo aiuti a funzionare» (p. 53).

<sup>154</sup> Il tema, che sempre ha attraversato la riflessione giuridica, è stato fatto oggetto, negli ultimi anni, di dedicata attenzione dal Centro di ricerche per l'estetica del diritto, attivo presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria, sotto la direzione del professore Daniele Cananzi.

la nostra esperienza del mondo – è stato finemente osservato<sup>155</sup> – è sostenuta dalla coappartenenza delle parole e delle cose, che non lascia mai trovare le une senza le altre, ma né le confonde né le lascia semplicemente coincidere, in un rapporto di uno ad uno che sarebbe indicibile. E così le cose non sono mai date una volta per tutte, né le parole sono mai fissate in un senso univoco, che renda superflua ogni interrogazione ulteriore.

Linguaggio e realtà – ogni linguaggio, al cospetto d’ogni realtà, reciprocamente – sono, lo abbiamo anche in più risvolti visto, in un rapporto di coalescenza, specie di relazione compatibile anche con una configurazione patologica: essa contrassegna l’inevitabilità dell’ambiguo in qualsiasi rapporto di continuo scambiare; si tratta di una specie di relazione che crea incomputabili aderenze, che talora forse s’ambirebbe pure ad evitare, ma che sono coesenziali al canale linguistico e forse anche alla possibilità stessa del comunicare<sup>156</sup>. È per questa ragione che l’opzione formalistica s’incontra da sempre con grandi adesioni ed altrettanto s’imbatte in forti disapprovazioni. Essa sorge – certo – dall’esigenza di portare la risposta giuridica ai problemi della realtà in un sistema il più possibile preservato, i cui canali di comunicazione non risultino intralciati da altri fattori; e non c’è dubbio che di fronte al protagonismo di non pochi giudici, ed alla innata tendenza della giurisprudenza ad ampliare lo spazio della propria ingerenza – frenando processi o introducendo proprie opzioni – questa aspirazione costituisca un valore, il valore della predicibilità del diritto. Ma è parimente un fatto – in mille modi sperimentato e sperimentabile

<sup>155</sup> M. RUGGENTINI, *I fenomeni e le parole. La verità finita dell’ermeneutica*, Marietti, Genova 1992, p. 205. In un altro luogo di questa suadente raccolta di saggi in cui s’avverte l’eco di riflessioni derridiane ed heideggeriane, leggiamo: «ogni parola è così in fuga verso altre parole, ma in questa evasione costante al di là dei propri limiti trova se stessa. Si trova, ma in fuga, dunque senza possedersi mai, ma ricorrendo sempre alla propria identità (la propria origine) per altre vie tracciate da parole che incrociano di continuo e cui fornisce a sua volta il provvisorio sostegno del proprio movimento» (p. 127).

<sup>156</sup> Tipiche manifestazioni interne al linguaggio della sua inevitabile ambiguità, ricercata o meno, sono fenomeni come la polisemia, la sinonimia, l’omonimia, il cambiamento continuo di significati legato varie ragioni e cause, le infinite parole vaghe o opache, delle quali è pieno lo stesso diritto, e via dicendo. Su questo, S. ULLMAN, *La semantica. Introduzione alla scienza del significato* [1962], Il Mulino, Bologna 1966, pp. 226 ss.

– che «l'interpretazione si presenta come un'esplorazione che ha inizio in un certo testo, ma non ha un limite formale intrinseco e certo»<sup>157</sup>, a causa del troppo stretto rapporto semantico che si stabilisce nel triangolo semiotico, dove la realtà si definisce attraverso la sua nominazione e il *significato* della nominazione è dato con precisione solo nel momento in cui il *significante* aderisce al proprio *referente*. Come anche è stato precisato, «è dalla conoscenza delle relazioni reali, che non abbiamo acquisito in forza della comunicazione linguistica ma grazie all'esperienza, che completiamo, riempiendolo di contenuto, il poco che l'enunciato ci dice»<sup>158</sup>.

E così, fondare le garanzie in esclusiva su base linguistica – io arrivo a dire, anche solo in decisa prevalenza – in ultima analisi su d'un formalismo dogmatico e lessicale (dogmaticamente lessicale), fa correre seriamente il rischio di velare sotto la legittimazione d'una pretesa neutralità linguistica e dei correlati interpretanti logici ai quali apparentemente è affidata la soluzione del caso, le reali ragioni che hanno volta per volta indotto il giudice, secondo il suo disegno culturale eattuale, a prendere una certa decisione in luogo d'un'altra, pur sempre possibile se non anche maggiormente plausibile nel contesto in cui si è trovato a determinarsi per il tramite rassicurante della sentenza. La realtà della vita tende sempre ad affacciarsi alle spalle della concrezione normativa, come hanno ammesso anche teorici del diritto non di certo alieni dal valorizzare la rilevanza del formalismo nel farsi del diritto<sup>159</sup>; aspirare a tenerla fuori, ricacciandola dietro la cortina del lin-

<sup>157</sup> «Essa ammette e richiede sempre ripensamenti e ritorni. Se descrivere un linguaggio è descrivere una forma di vita, interpretare i segni verbali significa viverli e riviverli in un lavoro di scavo e approfondimento del loro senso che può avere un limite ultimo solo con l'estinguersi dell'esigenza soggettiva, in quanto può confondersi con l'intero fluire della vita». T. DE MAURO, *Minisemantica dei linguaggi non verbali e delle lingue*, Laterza, Roma-Bari 1982, 147-148. Parole, queste, agevolmente associabili, sia pure in un meno accentuato pragmatismo, a quelle con cui il processo della semiosi infinita l'abbiamo trovato esposto in Peirce.

<sup>158</sup> P. WEGENER, *Untersuchungen ueber die Grundfragen des Sprachlebens, Benjamins, Amsterdam-Philadelphia*, 1991 (1885), p. 114, cit. da L. FORMIGARI, *Il linguaggio. Storia delle teorie*, Laterza, Bari-Roma 2001, p. 223 (ma da vedersi l'intero paragrafo dal quale la citazione è tratta).

<sup>159</sup> Osserva A. E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Cappelli, Rocca San Casciano 1961, p. 94: «la formula legale, nella sua scheletrica rigidità, reca in sé, quasi condensate e solidificate, una ricca moltitudine di esperienze storiche; essa è immancabilmente, anzi, la soluzione di svariati problemi che non sono solo problemi di logica giuridica: qual meraviglia, quindi, se essa, non appena posta, è per dir così,

guaggio, non essere disposti a scorgere l'intrinseca storicità delle situazioni dalle quali sempre rampolla il diritto – una storicità fatta di giudici, parti, pressioni economiche, orizzonti valoriali, congiunture puntuali, forme relativamente vincolanti, interessi devianti, della più varia natura – può produrre effetti paradossali. Imputando l'esito del giudizio a paradigmi formal-linguistici che si rivelano per lo più illusori, s'occultano le ragioni stesse del decidere e si lascia in libertà – non vigilato attraverso idonei mezzi collettivi – proprio quell'arbitrio della giurisdizione che costituisce da sempre l'antonomastico *caput mortuum* d'ogni discorso si conduca intorno alla giurisdizione ed ai suoi difetti<sup>160</sup>. Arbitrio che poi si rivela esser tale, non perché necessariamente espressione dell'abuso giudiziale, ma perché non sottoposto ad adeguata discussione, quando si creda nella pura formalità del diritto: si creda, o la si coonesti, in fin dei conti ponendo – di fatto – questa implicita premessa a base della pratica del diritto e della sua critica.

Al contrario, storicizzare le sentenze mediante un'attenta analisi del linguaggio e delle argomentazioni in esse impiegate, calati nel contesto degli interessi maturatisi nella *contemporaneità*, significa fare operazione di chiarezza in ordine alle immancabili opzioni, e dunque in ordine ai momenti attraverso cui è realisticamente esercitato il potere del giudice; insistere invece su soluzioni di carattere formale, data l'impossibilità di *frenare le iniquità e le ingiustizie con le parole*, vuol dire mantenere un problema che ha carattere eminentemente politico, 'sotto copertura' di forme giuridiche utili, credo, soltanto a perpetuarlo indefinitamente ed irresponsabilmente. Insomma, come il linguaggio con il quale opera, il diritto stesso non è in grado di esaurirsi in sé

nel crogiuolo dell'indagine del giurista, tenda a mostrare l'esperienza da cui è sorta e i problemi dai quali è scaturita?»

<sup>160</sup> Questo effetto paradosso celato alle spalle del metodo formalistico è stato più volte colto anche dai suoi convinti assertori. «Il formalismo interpretativo – è stato detto e ripetuto – elimina in effetti i vincoli al ragionamento del giurista invece di aumentarli (come dice invece di fare). [...] Serve a coprire operazioni interpretative che sono, al più, solo possibili ma non necessarie, e talora neppure possibili [...] abusa del significato delle parole, facendo loro dire quello che non dicono». M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano 1980, p. 25, che qui fa riferimento ad uno dei *tipi* di formalismo giuridico che egli identifica, quello che riduce l'attività interpretativa a mera ermeneutica logica delle norme poste dal legislatore. Mette qui conto sottolineare che, in vario modo, anche i più convinti associati all'opzione formalistica nel diritto, si trovano a dover prendere atto di come alle sue spalle pulluli una realtà più irrequieta, che trova mezzi e modi per imporsi all'interprete, sospingendolo verso scelte che non si esauriscono affatto nella *lettura* della disposizione all'interno di un sistema di norme.

ed ha bisogno d'un'analisi che osservi il più possibile dall'esterno il suo farsi, lo storicizzi: non per negarne l'intima testura – ad esempio la sua linguisticità orientata verso la conservazione – ché questo sarebbe grave errore di visione storiografica; bensì per dare proprio alla sua linguisticità un significato d'effettività, che dall'esaltazione delle sue sole caratteristiche intrinseche – dello specifico *volersi presentare* del diritto – resterebbe certamente impedito all'osservatore. Nella prospettiva formale, in sintesi – rimanendo essa tutta interna alla dimensione normativa – non può che nascondersi quanto sta dietro l'argomento di presentazione, argomento che è, e pur sempre sarà, solo una parte, forse nemmeno la più determinante, della scelta giudiziaria.

19. *La produzione giurisprudenziale delle norme, testimone loquace della storicità del diritto. Ancora sulla Legge di Hume*

Forse un troppo lungo discorso, quello sin qui portato in avanti; ma che s'è creduto non futile, tant'è lo spessore della stratificazione formalistica accumulatasi nella mentalità del giurista, una stratificazione che ha prodotto, di qui eravamo partiti, tra le altre conseguenze anche un assai tardivo e marginale interesse – tardivo, marginale, e molto eloquente – nel nostro Paese per l'indagine storica sulla produzione giurisprudenziale del diritto; un'indagine che ponendo a tema l'operato dei giudici nella soluzione delle controversie giudiziarie, si dia carico di far emergere per quanto possibile le strategie, consapevoli o meno, volute volta per volta o inalveate nella forma linguistica, che presidiano quel luogo di produzione del diritto così decisivo per l'organizzazione sociale.

Eppure, quando ci si adatti ad un esame più contiguo al materiale giurisprudenziale, si vede all'istante quanto poco rispondente alla realtà dei processi sia la prevalente tesi formalistica, che vuole scorgere nell'uso della logica sul linguaggio dei testi normativi il tratto, se non proprio l'unico, di certo il più qualificante la pratica del diritto, attenuando così al meglio che riesca l'elemento volitivo, fortissimo invece dietro la cortina di parole che vi fanno da strumento mediatore e manifestativo: ed è per questo bagno d'umiltà critica, che tale più ravvicinata esperienza risulta particolarmente illuminante sul piano della *storicità* del diritto. Non è qui il caso di dar prova di fino a che punto la giurisprudenza metta del suo, perché si finirebbe col precipitare nel

banale, anche se si tratterebbe d'un banale giustificato dal persistere nelle prassi giuridiche delle posizioni che sopra, in modo si spera attendibile, si sono illustrate; prassi che come s'è visto s'insiste ad attuare anche quando vi sia piena consapevolezza della loro inadeguatezza a descrivere la fenomenologia giuridica. Ma forse un qualche accenno al fatto, non tanto d'una creatività giurisprudenziale di dimensione non dissimile da quella legislativa, quanto dell'inevitabilità che ciò accada a ragione dell'intima connessione del fatto con il diritto, questo sì è tema sul quale per un momento val la pena ancora d'intrattarsi. Riservando poi alla parte finale di queste riflessioni di dar (scarna) prova, *in corpore vili*, di come le cose sempre vadano quando il giudice è al cospetto di norme cui voglia imprimere come che sia la *sua intenzione*.

Il cenno ad una vicenda giurisprudenziale nota e relativamente recente, ben si presta a dimostrare per qual via la giurisprudenza forgi propri regimi giuridici, li corregga e li attui con una libertà non diversa da quella con cui potrebbe farlo il legislatore in persona: anzi, forse nemmeno questi potrebbe farlo, mancandogli finezza di mezzi giuridici, avvertenza delle particolarità suscitata dalla diretta sollecitazione delle fattispecie, e spesso anche sostanza politica a tanto avvertita. E si presta bene, anche perché mi riferisco ad una materia nient'affatto marginale per l'ordinamento, che incrocia interessi cospicui, continuamente in agitazione nelle aule dei tribunali. Alludo alla trasformazione non da molto impressa al regime giuridico del risarcimento del *danno non patrimoniale*, in due tornate di sentenze delle Sezioni Unite della Suprema. La vicenda è assai nota, per cui saranno sufficienti cenni strettamente funzionali all'indagine nella peculiare prospettiva che si sta qui configurando<sup>161</sup>. Sino agli inizi degli anni Duemila, la giurisprudenza di legittimità era stabile nel sostenere che, in base al combinato disposto degli articoli 2059 c. c. e 185 c. p., il danno non patrimoniale, in virtù del suo contenuto *tipico*, non fosse suscettibile di risarcimento, se non in ipotesi di reato e negli sporadici altri casi in cui, come richiede appunto la lettera della citata norma civilistica, la riparazione fosse espressamente contemplata da una specifica disposizione di legge (o di diritto eurounitario). La cosa era durata, con alcuni tentativi di forzare le strettoie dell'art. 2059 c. c. ad opera dei giudici di merito, per mezzo secolo e più dall'entrata in vigore della Carta costi-

<sup>161</sup> Un esame tecnicamente compiuto ed attento anche al compito assolto dalla Corte di Cassazione può leggersi in M. BARCELLONA, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, Utet, Torino 2011, pp. 791 ss..

tuzionale. Quand'ecco che, con due sentenze, prontamente celebrate dalla dottrina come 'gemelle'<sup>162</sup>, la Corte di Cassazione decise di cambiar d'idea, e scrisse:

*ritiene il Collegio che, venendo in considerazione valori personali di rilievo costituzionale, deve escludersi che il risarcimento del danno non patrimoniale che ne consegua sia soggetto al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'articolo 185 c. p..*

Una lettura della norma *costituzionalmente orientata impone* di ritenere inoperante il detto limite se la lesione ha riguardato *valori della persona costituzionalmente garantiti*. Occorre considerare, infatti, che nel caso in cui la lesione abbia inciso su un interesse costituzionalmente protetto, la riparazione mediante indennizzo (ove non sia praticabile quella in forma specifica) costituisce la *forma minima di tutela*, ed una tutela minima non è assoggettabile a specifici limiti, poiché ciò si risolve in rifiuto di tutela nei casi esclusi (v. Corte Costituzionale sent. 184/1986, che si avvale tuttavia dell'argomento per ampliare l'ambito della tutela ex articolo 2043, al danno non patrimoniale da lesione della integrità biopsichica; ma l'argomento si presta ad essere utilizzato anche per dare una interpretazione conforme a Costituzione dell'articolo 2959) [corsivi miei].

Che nessuno creda più «che le operazioni compiute dal giudice per interpretare il diritto siano esclusivamente operazioni logiche, nel senso stretto della parola, cioè siano operazioni di deduzione di certe conclusioni da certe premesse» normative<sup>163</sup>, è osservazione già compiuta da tempo e che, entro certi limiti, come s'è visto, può esser data per acquisita. Il problema, però, è che decisioni come queste, e come tante altre ancora, hanno ben poco da vedere con i testi normativi dai quali pretendono d'attingere. I *valori personali di rilievo costituzionale* che la Corte di Cassazione *ha ritenuto* d'invenire nella materia del danno non patrimoniale – e che le hanno *imposto* la decisione – erano lì ad attendere nella Costituzione, chissà se insofferenti o sonnacchianti, da almeno un cinquantennio che qualcuno li notasse e desse loro vita reale nella comunità dei cittadini, traducendoli in regole dell'agire attivo. È vero che la Corte Suprema afferma di decidere sulla scorta d'una 'lettura della norma costituzionalmente orientata'. Però è pur vero che

<sup>162</sup> Cass., 8872 e 8828, 2003.

<sup>163</sup> La citazione è tratta da N. BOBBIO, *Sul formalismo giuridico*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1972, p. 92.

questa lettura orientata avrebbe potuto esser *orientata* da lungo tempo, e che invece così non è stato, fino a che – ad un dato momento da lui *ritenuto* – il giudice di legittimità non ha *deciso* d'assegnare all'art. 2059 un significato diverso, *illuminandolo* con i valori sino a quel punto assopiti in Costituzione.

Ora, questo risveglio lo si potrà pure per convenzione nominare 'interpretazione' ed attribuire ad un percorso prevalentemente logico-sistematico di derivazione dalla norma e dal sistema in cui ciascuna norma risiede; ma è un *facto storico* che il destarsi non sia avvenuto né prima né dopo di quel momento e né prima né dopo di quel momento un'intera classe d'interessi umani abbia conseguito l'importante riconoscimento del diritto e dunque realtà esperita e governata dal diritto. Si tratta d'una svolta *voluta* dal giudice in ragione di maturate condizioni storiche da esso apprezzate secondo il proprio *habitus*, una svolta che ha introdotto un nuovo ed importante regime giuridico di natura del tutto analoga – generale, astratta, con tanto di precetto, violazione ed imputazione d'effetti – a quella che avrebbe avuto se fosse stato il legislatore a porre corrispondente norma. Una svolta che sarebbe ingenuo allocare in un rinnovato rapporto tra il giudice e quelle regole, senza riconoscere in essa, come invero è, la pressione dei fatti espressi nell'*attualità* su di una mentalità cetuale predisposta a quel punto ad accoglierla; una pressione che ha impedito di mantenere ancor oltre, fuori dai confini della cittadella giuridica la tutela d'interessi umani che, per molteplici ragioni, qui nemmeno accennabili (ma che ad un saggio monografico avrebbero da dir molto), avevano finito con l'assumere un'intrinseca forza, tale da far saltare le maglie dell'ordinamento finallora respingenti.

Certo, ritorna la questione della nota Legge di Hume, lì a negare che i fatti possano essere portatori di valori, che dall'essere possa ricavarci il dover essere. Ma a parte che quella posizione è sempre più spesso posta in discussione dalla stessa filosofia morale<sup>164</sup>, essa pecca a

<sup>164</sup> Scrive in proposito H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), Einaudi, Torino 2009: «È chiarendo il rapporto tra bene ed essere che una teoria dei valori può eventualmente sperare di fondare il carattere vincolante dei valori, appunto fondando il bene nell'essere. Soltanto a partire da qui sarebbe possibile dimostrare che la natura, aderendo a dei valori, possiede anche l'autorità di sancirli e può esigere il loro riconoscimento da parte nostra e di ogni volontà cosciente. La dimostrazione svolta sinora, secondo cui la natura custodisce dei valori in quanto custodisce degli scopi non ha ancora fornito una risposta se sia a nostra discrezione, oppure se sia nostro dovere, concordare con la sua 'decisione valutativa'» (p. 97). Ed



mio avviso d'eccessiva astrattezza e di distorcente eccesso logico. Il che è poi paradossale ricambio per il grande empirista. Tutto quanto è umano, credo, va considerato secondo criterio umano e tenendo conto della *libertà* (supposta) che caratterizza l'esistenza di ciascuno. Il fatto che a decidere sia un uomo comporta certo che sia lui a riconoscere il valore di una condotta in una certa situazione: nulla si verifica – per l'uomo – se lui stesso non l'avverte, siamo nello scontato epistemologico. Ma questo non dice affatto che quella condotta oggetto di valutazione non sia già portatrice d'un proprio valore che s'imponga *in quella determinata situazione* – torna la situazione come fonte primaria di storicità – per la sua intrinseca normatività: che vuol dire capacità cioè di *costringere* al riconoscimento per la 'impossibilità' morale di non dividerla. Se nulla fosse in essa, non altrimenti nulla potrebbe esservi scorto. Le azioni umane sono normalmente sensate, perseguono cioè degli obiettivi ed esprimono quindi i valori che al perseguimento di quegli obiettivi si connettono immancabilmente. Il giudice è a sua volta colà con il compito di far da arbitro tra quei valori alla stregua espressa dalla situazione in cui essi si sono posti e della quale anch'egli in certa misura partecipa, come essere storico. Ogni situazione umana è coesa intorno a fini ispirati da valori che a loro volta ne costituiscono il coagulante. Cosicché, parlare di fatti normativi – nella concretezza delle situazioni storiche – significa predicare di fatti che hanno una propria capacità d'affermarsi, perché si *coniugano* allo stato delle cose in cui s'inscrivono, che è costretto (relativamente) a riconoscere i valori alla base del loro essere per la forza irresistibile di associazione che i valori umani stessi sprigionano nell'incontro con loro omologhi. Ragionare diversamente, negare che i fatti abbiano una loro portata oggettiva sul piano valoriale, negare che nel loro *essere* si manifesti un *dover essere*, potrà pure astrattamente sostenersi sul piano della rarefatta sofisticazione logica – dove difficilmente qualcosa è interdetto, quando non sottoposto al vaglio tonificante della realtà – ma non servirebbe a spiegare perché, nello svolgersi della storia, ad un certo pun-

in termini ancor più pregnanti per il nostro discorso: «L'incolumità, l'interesse, il destino altrui sono venuti, in virtù delle circostanze o in seguito ad un'intesa, a trovarsi sotto la mia tutela, il che vuol dire il mio controllo *su* di loro include il mio obbligo *verso* di loro. L'esercizio del potere senza l'adempimento del dovere sarà allora 'irresponsabile', ossia costituirà una rottura del rapporto fiduciario che caratterizza la responsabilità» (p. 119). Una sintesi del dibattito, in G. LICCI, *Immagini di conoscenza giuridica*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 41-48.

to quei fatti medesimi siano riconosciuti per meritevoli e procurino conseguenze nelle azioni individuali, collettive ed istituzionali: se non fossero anch'essi testimoni della propria legge storica, c'è da supporre che ciò non avverrebbe. È forse anche qui che si manifesta l'eterna dialettica tra lo spirito oggettivo e quello soggettivo. Il fatto che sia qualcuno a recepire un valore – un qualcuno che vive immerso nel medesimo contesto storico – non vuol dire che i fatti non *l'esprimano da sé*, essendo umani quanto l'uomo che li rileva. In sintesi: realizzandosi in un certo contesto umano, quei fatti sono in esso – e non lo sarebbero in un ipotetico diverso luogo – riconosciuti meritevoli di protezione e questa protezione, prima o poi, finiscono con l'ottenerla. O, viceversa, sono portatori di fattori che quel medesimo contesto considera nocivi rispetto alla propria tessitura valoriale e dunque da reprimere nelle forme in cui sa ben farlo il diritto (sa meglio reprimere di quanto non sappia proteggere o sa proteggere al meglio, reprimendo). Più banalmente può anche dirsi che quando s'è sofferta una certa esperienza, si sviluppano antenne – categorie cognitive – per percepirne d'analoghe e così affinare sempre più i propri mezzi di vita. L'ordinamento giuridico opera attraverso umani che, facendo esperienze, si formano convincimenti normativi, alla stregua dei quali valutano il presente, carichi di passato, in vista del futuro (se son previdenti). E così, sia pur molto guardingo, il diritto – fatto di esperienza e di autorità – associa a sé nuove esperienze, senza che possa stabilirsi se a fomentare la sintesi, sia autore l'esperienza che si presenta (il fatto) o quella che preesiste (la norma): sembrerebbe più che altro un incontro tra due entità che si confondono, procreando del nuovo sulla base comune d'esser frutto di consapute affinità che vengono colte da un soggetto storicamente dato in forme istituzionalmente appropriate.

Torniamo alla Cassazione, perché non si fermò lì. Come ogni accorto fondatore di norme, essa ha curato l'evoluzione della propria creatura. E quando avvertì che le cose rischiavano di scivolare lungo una china indigesta – gli uomini tendono sempre ad approfittare di quel che ricevono – intervenne nuovamente con modi che, fossero stati del legislatore, i giuristi avrebbero nominati *novella* (e non *sentenze gemelle*). La Corte, con una decisione resa a Sezioni Unite<sup>165</sup>, aveva apprestato una definizione suscettibile d'ampie applicazioni. Essa aveva sostenuto che per danno esistenziale (risarcibile) dovesse intendersi

<sup>165</sup> Cass. SU, 24 marzo 2006, n. 6572.

ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile), provocato sul fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno.

Definizione, rigorosa, raffinata, e se si vuole elegante. È però noto da qualche millennio, ma ancora poco assodato, l'insegnamento di Giavoleno Prisco, là a dirci che *omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset* (D 50. 17. 202). E così, di quel nuovo regime introdotto dalla Suprema, attraverso termini astranti e concettuali, i giudici di merito, e soprattutto gli instancabili giudici di pace, avevano cominciato a fare un uso alquanto slargato, abusivo, allontanandosi sempre più dai fatti che ne avevano favorito l'ammissione nel diritto, ed accordando, grazie a manovre verbali, tutele a situazioni sin dall'apparenza eccessive: fino a giungere al risarcimento d'occasionalità emicranie causate da immissioni di fumo, del disappunto provocato da tacchi spezzati o del malumore ingenerato da feste guastate, e d'altre consimili eccentricità. Si veniva così torcendo quella che comunque avrebbe dovuto restare una fattispecie *tipica* di danno, ammissibile solo se radicata in una previsione normativa (sia pure di rango costituzionale), in una fattispecie *atipica* – modellabile come il già noto naso di cera – per configurare la quale sarebbe bastata una generica ingiustizia della condotta. Ma questo accade spesso nel mondo del diritto, sempre per molto 'umane' ragioni, che tendono a sollecitare la fantasia dei legali, i grandi mediatori tra l'istanza sociale e la risposta degli apparati giudiziari, plasmatori per eccellenza, talora manipolatori, delle forme giuridiche. E l'episodio costituisce testimonianza preziosa dell'andamento realistico delle cose.

Spinta a reagire dalla stringente necessità di contenere gli abusi che la formula precedentemente usata per delimitare il danno esistenziale aveva favorito – in sostanza chiamata in causa dalla propria responsabilità politica – la Corte lo fece con altro parto, questa volta plurigemellare, delle Sezioni Unite<sup>166</sup>, in cui emendò la formula normativa in precedenza elaborata. E, dopo aver ricordato «che la figura del danno esistenziale era stata proposta nel dichiarato intento di supplire ad un vuoto di tutela, che ormai non più sussiste»: in sostanza, dopo aver ac-

<sup>166</sup> Si tratta delle note sentenze nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, tutte del 2008.

certato il (per vero rapido) superamento delle ragioni storiche in cui quella categoria era nata per esigenze di protezione minima e che ora rischiava di prestarsi a strumentalizzazioni distorsive, affermò che

il danno non patrimoniale è *categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate*. In particolare, non può farsi riferimento ad una generica categoria denominata “danno esistenziale”, perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell’atipicità, sia pur attraverso l’individuazione della apparentemente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall’interpretazione costituzionale dell’articolo 2059, che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da *diritti inviolabili* secondo Costituzione [corsivi miei].

È una riforma correttiva del precedente regime, attuata attraverso due principali strumenti: impedendo la moltiplicazione delle classi secondo il meccanismo di *species* che si staccano da *genera*, un meccanismo peraltro da essa stessa favorito attraverso la categoria del danno esistenziale; e limitando la tutela, non ad ogni situazione che possa riferirsi a norme costituzionali, ma esclusivamente a quelle che abbiano titoli più blasonati per rivestirsi dello *status* di *diritti inviolabili della persona*. Suscettibili, peraltro, anche questi ultimi, d’evoluzione storico-valoriale, che sempre il giudice sarà lì a rilevare<sup>167</sup>.

In presenza di tali esperienze giurisprudenziali, è difficile insistere nell’affermare che il compito del legislatore si distingua *qualitativamente* da quello disimpegnato della giurisprudenza, ricorrendo a ben identificabili stigmi. E non si parla affatto di situazioni eccezionali. È del tutto comune che la giurisprudenza, nel perseguimento di ragioni pratiche della più svariata natura, giunga non solo ad introdurre regimi

<sup>167</sup> Potenzialità espressamente rilevata dalla Corte: «la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell’apertura dell’art. 2 Cost., ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all’interprete *rinvenire* nel complesso sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l’ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana».

giuridici *ex novo*, ma anche ad autentici capovolgimenti di scelte legislative ben definite, facendo uso dei suoi più ardimentosi mezzi ‘interpretativi’, non di rado accompagnati da quella straordinaria e già incontrata capacità umana che è la spiccata fantasia<sup>168</sup>. Sono quindi modi d’operare che designano il normale agire dei giudici al cospetto dei fatti che sono sottoposti al loro esame – fatti deboli individualmente, ma determinanti nella loro sociologica serialità – un esame che richiede una concretezza molto avanzata ed un’attenzione spiccata alle esigenze della prassi: in parole diverse, una premura per la storicità con la quale il giudice non può fare a meno di misurarsi, perché la sua decisione, a differenza di quella del legislatore, *produce necessariamente conseguenze altrettanto concrete quanto lo sono le situazioni della vita sulle quali ricade e sulle quali in futuro presumibilmente ricadrà*. Ed in ciò è l’aspetto peculiare della storicità giurisprudenziale, storicità perché è il frutto più immediato nel mondo del diritto coattivo; storicità, perché testimone più diretta dei rapporti sottostanti, tra quelli che per lo storico del diritto sia agevole evocare al proprio giudizio. La giurisprudenza è incatenata alle situazioni, diversamente dal legislatore e dallo studioso, i quali possono diversamente spaziare<sup>169</sup> – il secondo ancor

<sup>168</sup> Solo per portare un esempio di quest’altra forma d’intervento sulla legge, si può ricordare, tra i molti possibili, il caso dell’amministrazione della cosa comune, regolato dall’articolo 1105 del codice civile come di spettanza collettiva, e consegnato, invece, dalla giurisprudenza alla gestione individuale. Così si esprime in commento alla norma Lorenza Bullo, nel *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. Cian, p. 1087: «il sistema delineato dal legislatore risulta tuttavia alterato dalla prassi giurisprudenziale (in dottrina si parla di capovolgimento della regola dell’art. 1105 e di sostituzione della stessa con l’amministrazione disgiuntiva [...]) La giurisdizione, infatti, nell’ambito dell’ordinaria amministrazione (in particolare per quanto attiene alla locazione del bene comune) *riconosce al singolo poteri di amministrazione sulla cosa comune* o sulla base di un consenso tacito ovvero di un *mandato presunto*, talvolta di una gestione d’affari non rappresentativa e talvolta sulla base della *affermata esistenza tra i partecipanti alla comunione di una reciproca rappresentanza*». In altri termini, ‘inventando’ una volontà delle parti di conferir mandato, rappresentanza o *negotiorum gestio* mai, o quanto meno spesso, mai concepita da nessuno, la giurisprudenza riesce a far prevalere il proprio disegno (per intuibili finalità pratiche) sulla volontà delle parti e sugli assetti voluti dal legislatore.

<sup>169</sup> Che legislazione e scienza giuridica siano un prodotto già notevolmente sofisticato rispetto al diritto più immediatamente espresso dai rapporti – e dunque da questi ultimi già non poco distanti – è detto molto bene dall’Orestano (*Introduzione*, cit., pp. 444 e 447), pur se, come si è osservato, la giurisprudenza in senso stretto è estranea al suo spettro d’interessi: le «formule normative [...] infatti son già, di per se stesse, il frutto di una prima serie di concettualizzazioni, per le quali, attraverso astrazioni suc-

più del primo, in quanto ha maggior facoltà d'astrarre. Entrambi hanno fatto esperienza che tra loro ed i vividi rapporti giuridici c'è – prima della coazione – l'ampia mediazione verbale del giudice, oltre che, ancor prima, la naturale propensione dei singoli ad umanizzare le norme con cui han da fare, cioè a renderle conformi alle peculiarità del caso, non poche volte in ciò eccedendo. Questo fa sì che le ideazioni del legislatore e dello studioso s'allontanino dalla realtà grevemente produttiva del giuridico: una realtà – già lo si è rilevato – oscura. E che il giudice non può invece non assumere direttamente su di sé con atteggiamento adattativo, prudente, conservativo, infrenato dalla consapevolezza delle conseguenze. Non sempre questo accade, anzi troppo spesso non si dà; ma questo fa parte ancora una volta delle cose dell'uomo e non perciò l'operato del giudice non resta comunque una fortissima testimonianza storica – un calco – anche quando s'allontani dal proprio statuto professionale. Una testimonianza particolarmente elucidante, la sua, perché tutto quanto egli non può fare a meno d'aggiungere al dettato normativo per ricondurlo all'effettività dei rapporti – e non può che far così, per la più volte evidenziata distanza ontologica tra fatto e norma – aiuta molto a comprendere dei percorsi coperti dall'edificazione del giuridico nel massimo momento della sua realizzazione: quando viene a contatto con la vita pratica per conformarla, spesso *ex post*, ai propri disegni, restandone per lo più a sua volta conformato.

## 20. *La determinatezza del diritto come contributo della giurisdizione*

Pare chiaro, almeno a me, quanto questo fattivo compito nella formazione del diritto efficace, ponga la giurisdizione accanto al legislatore con dignità non inferiore e nient'affatto subordinata: un qual-

cessive e generalizzazioni più o meno spinte, dalla considerazione della concreta realtà dei rapporti umani, si passa alle proposizioni verbali e alle formule esprimenti in termini di dover essere il precetto. Si tratta di un vero e proprio processo di traduzione per cui dalla concreta realtà sociale si giunge alla norma, processo in cui è già presente l'opera del giurista, assidua, costante, quotidiana, processo che continuamente si rinnova per effetto anche di quest'opera medesima. [...] Dai primi processi di traduzione, sino alle "teorie generali", tutta l'attività del giurista è quindi un tessuto di concetti, di astrazioni, che per lui finiscono col sostituirsi alla "realtà", che diventano la *sua* realtà, ma che non di meno non sono mai la realtà dei rapporti e degli elementi concreti, su cui si costituisce, continuamente integrandosi, l'esperienza giuridica».

cosa che, come si diceva, stenta ad esser veduta ma che, al pari di tutte le cose reali, produce comunque conseguenze, pur nella disattenzione dei suoi osservatori, anzi talora in modo spiccato proprio grazie alla disattenzione degli osservatori. Ed in questo caso, le conseguenze sono, tra le altre, nel come la giurisprudenza guarda a se stessa allorché decide nelle cause. Lo s'è già detto e visto: ad essere oggetto costante di rinvio e riferimento sono altre sentenze, assai più di quanto non lo siano le leggi. In questo gioca di certo anche un certo qual spirito di corpo, dato che la giurisdizione è potere solo se continuamente riaffermi se stessa, in tal modo prescrivendo le proprie statuizioni come ultima parola e scolpendo i propri orientamenti, se non proprio nella pietra, almeno in un materiale d'una certa durezza e durata: la parola scritta che si ripete con la forza dell'autorità «in cui si è fusa indissolubilmente [...] e si regge e cade con essa»<sup>170</sup>. Ma è anche un problema di responsabilità che nasce da giochi di ruolo. Chi sa d'avere il compito di fornire le norme ad un sistema giuridico – e lo fa continuamente – si rende quasi sempre anche conto della necessità che quelle sue costruzioni svolgano al meglio la funzione per cui sono dettate. E dunque, il primario impegno che incombe sulla giurisprudenza è nel garantire la predicibilità del diritto, ovvero la calcolabilità delle decisioni. Osservate realisticamente le dinamiche del diritto, non ci si può nascondere che tra le interpretazioni possibili, sono sempre quelle della giurisdizione a prevalere, ad essere la *vera* legge; ne segue che l'esigenza di certezza illuministicamente posta nella chiarezza delle leggi, si colloca in realtà, e definitivamente, nella continuità dell'interpretazione giurisprudenziale.

Non proprio di frequente, ma accade che il massimo giudice di legittimità si sia posto il problema di delimitare il proprio compito ed il valore della sua interpretazione. E talora lo fa, articolando con molta chiarezza le indicazioni su come la giurisdizione abbia a vedersi nella propria attività. Qualche anno fa, movendo da un caso di quelli assai speciosi che il processo civile dispensa con non richiesta generosità ai suoi obbligati utenti, la Cassazione, nella formazione a Sezioni Unite, ebbe modo di usare parole chiare circa l'importanza di rispettare il precedente. Torna al discorso che si sta conducendo, seguire la decisione nei suoi passaggi pregnanti<sup>171</sup>:

<sup>170</sup> M. BACHTIN, *La parola nel romanzo*, in *Estetica e romanzo*, Einaudi, Torino 2010 (1934-1935), p. 152; l'intero saggio è da leggere.

<sup>171</sup> Si tratta di Cass., S. U. Civili, 6 novembre 2014, n. 23675, pres. Rovelli, rel. Di

la salvaguardia dell'unità e della stabilità dell'interpretazione giurisprudenziale (massimamente di quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite) è ormai da considerare – specie dopo [la] modifica dell'art. 373 c.p.c. e l'introduzione dell'art. 360 *bis* – alla stregua di un *criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche*. Non l'unico certo e neppure quello su ogni altro prevalente, ma di sicuro un criterio di assoluto rilievo.

Occorre dunque, per derogarvi, che vi siano buone ragioni. E, quando si tratta di interpretazione delle norme processuali, occorre che vi siano ottime ragioni [...] posto che, soprattutto in tale ambito, la conoscenza delle regole (quindi, a monte, l'affidabilità, prevedibilità ed uniformità della relativa interpretazione) costituisce imprescindibile presupposto di *uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo medesimo*.

Certo alla giurisprudenza va riconosciuta una *importante funzione di aggiornamento, adattamento e adeguamento delle norme*, che può presentare profili innovativi, quindi (nei limiti e nei termini dell'adeguamento suddetto) in certa misura creativi, ed indubbiamente la natura interpretativa dell'attività giurisprudenziale si configura come legittimazione costituzionale delle relative espressioni innovative, essendo proprio la differenza tra interpretazione e mera dichiarazione (secondo l'utopia illuministica del giudice *bouche de la loi*) ciò che spiega – e giustifica – l'innovazione giurisprudenziale quale connotato proprio – naturale e non eversivo – della giurisdizione, *senza determinare*, al contempo, *confusioni tra quest'ultima e la legislazione*. [...] Il problema della nomofilachia è in realtà proprio questo: garantire al sistema giuridico-normativo la possibilità di evolversi, adattarsi, correggersi e al tempo stesso conservare, entro ragionevoli limiti, l'uniformità e la prevedibilità dell'interpretazione, soprattutto con riguardo a quella avente ad oggetto norme strumentali (come quelle processuali o comunque procedimentali).

Peraltro, se si ritiene che *non esistono interpretazioni oggettivamente corrette* se non sotto il profilo del metodo utilizzato per giungere ad esse (ed a prescindere dai referenti assiologici dell'interprete), è proprio in un

Iasi, resa su questione di prevenzione che richiedeva di stabilire il momento della litispendenza in caso di concorrenza di giudizi, introdotti uno con ricorso monitorio e l'altro con atto di citazione. Sulla materia si erano da poco già pronunciate le S. U., pervenendo a conclusioni la cui fondatezza una Sezione semplice della Corte aveva poco dopo posto in dubbio. Di qui l'occasione per affermare l'importanza della conservazione del precedente, indipendentemente dalla pur sempre possibile opinabilità delle conclusioni alle quali esso perviene.



contesto ermeneutico come quello sopra delineato che emerge la funzionalità della previsione di cui all'articolo 65 dell'Ordinamento giudiziario, che, al di là della discutibile formulazione, fornisce l'unico criterio (sia pure meramente formale ed estrinseco) di valutazione della esattezza (per mutuare l'infelice terminologia utilizzata nella citata norma) di una interpretazione. [...]

Se dunque la *funzione nomofilattica* risponde all'esigenza strutturale di *stabilire punti fermi o gerarchie tra le possibili opzioni ermeneutiche*, l'interpretazione della legge fornita dalla Corte di Cassazione (e massimamente dalle Sezioni Unite di essa) va tendenzialmente intesa come una sorta di oggettivazione convenzionale di significato, e non potrebbe perciò la stessa Corte di Cassazione, in un immutato contesto normativo e culturale di riferimento ed in assenza di macroscopica arbitrarietà, irrazionalità o ingiustizia del precedente (ossia in assenza di validi motivi per mutare un orientamento già espresso), rimettere in discussione una questione già esaminata e decisa in nome di una diversa, plausibile ricostruzione [corsivi miei]

C'è, è vero, in questa motivazione la persistente ambizione a voler distinguere la funzione giurisdizionale da quella legislativa quanto ai margini di creatività ed a tal fine la Corte ricorre a lemmi come *adeguamento*, dall'incerto campo semantico e dalla molto disponibile praticabilità; troppe sono le ragioni per le quali è difficile essere franchi fino in fondo nell'esame dei fenomeni giuridici, per non comprendere questo affermare e negare ad un tempo, soprattutto quando gli enunciati provengono, si direbbe paradossalmente ma così non è, dal giudice chiamato a garantire l'univocità ermeneutica. E qui poi l'ufficialità della sede non aiuta certo alla piena schiettezza. Ma come effettivamente vadano le cose nelle scelte della giurisprudenza e l'ampiezza della loro portata, si sta cercando di documentare. C'è però nell'ora ricordata sentenza pur chiarissima la coscienza che essenziale per la funzione istituzionale della giurisprudenza è mantenere *punti fermi* tra consentite alternative interpretative, nella convinzione dell'impossibilità d'ovviare altrimenti alla compresenza di molteplici soluzioni, tutte formalmente corrette. Se – una volta l'ordinamento sia dato – i suoi contenuti sono affidati alla 'interpretazione', ne discende che, perché l'ordinamento possa assolvere al suo scopo unificatore ed integratore – suo fondativo compito – debba esserci un'interpretazione prevalente sulle altre: e questa dev'essere quella accettata alla giurisdi-

zione, formata attraverso i meccanismi di elaborazione del proprio volere, perché ciò risponde agli attuali compiti dello Stato: se non più monopolista del diritto, almeno garante della sua effettività.

Non è necessario attribuire a queste generali statuizioni giurisprudenziali un ossequio fideistico: quanto più la giurisprudenza s'esprime ad un livello teorico, tanto più s'allontana dal compito suo primario e tanto meno nella concretezza delle fattispecie è in grado di vincolare altri giudici nel giornaliero decidere. Ciò nonostante, anche in questi casi ci si trova dinanzi a documenti storici di non trascurabile significato per l'autoconsiderazione della giurisdizione: quando il giudice della nomofilachia – parlando prevalentemente a se stesso, e poi anche agli altri giudici – afferma che il rispetto del proprio *dictum* debba tenersi alla stregua di un canone ermeneutico di *assoluto rilievo*, è difficile negare che ci si stia muovendo in un ambiente, anche sotto questo riguardo, che si può continuare a voler distinguere da quello della *common law*, bensì più in omaggio a tradizioni formali, che non a seguito d'una spregiudicata verifica storica della realtà giurisprudenziale<sup>172</sup>.

Del resto, si tratta d'un modo di porre le cose, tutt'altro che recente e che già in passato aveva visto alti rappresentanti della magistratura rendersene interpreti<sup>173</sup>. Il tutto potrebbe dirsi in altre, più chiare parole: visto che non è possibile impedire sia il giudice e non il legislatore

<sup>172</sup> Basti considerare che per converso già dalla seconda metà del secolo scorso, nel diritto inglese è caduto, com'è noto, il domma dell'insuperabilità del precedente – che sempre peraltro era stato suscettibile di attenuazioni attraverso tecniche ben conosciute. In un importante *practice statement* essi affermarono che «un'adesione troppo rigida al precedente sarebbe stata a volte foriera d'ingiustizia [e] “propongono perciò di modificare l'attuale pratica e, pur ritenendo normalmente vincolanti le precedenti pronunce di questa Camera, di ignorare una precedente decisione quando lo ritengono giusto”»: cfr. DAWSON, *Gli oracoli*, cit., p. 119.

<sup>173</sup> Nel *Discorso del Procuratore Generale del Re all'Assemblea Generale del 3 gennaio 1885 della Corte di Cassazione di Torino*, letto in apertura di quell'anno giudiziario, Vincenzo Calenda di Tavani, – nell'intento di promuovere il processo di unificazione delle Corti di Cassazione, all'epoca ancora presenti in Milano, Torino, Napoli, Palermo e Roma – usa argomenti di cui è chiara eco anche nella sentenza sopra riportata nel testo: per lui l'operato della Corte «si esplica integrando, completando la funzione legislativa propriamente detta, conservando delle leggi lo spirito e la forza, mantenendo l'unità del diritto, e per esso la vera uguaglianza dei cittadini davanti alla legge. [...] È il primo e sommo vantaggio e precipua sua missione, del custodire che fa l'uniforme intelligenza della legge mercé l'uniformità della giurisprudenza [...] bene inestimabile per la certezza e la uguaglianza dei diritti dei cittadini sottoposti ad un'unica legge». Il documento può oggi leggersi anche ne cur. Abbamonte, *Il potere dei conflitti*, cit., p. 243-245, di dove cito.

a fissare nella *realtà effettuale* il significato delle norme perché valgano nel singolo caso e come regola del futuro, almeno bisogna evitare che ogni giudice si renda volta a volta legislatore, facendo perdere sia alla giurisprudenza, sia quindi al diritto, di presa sulla realtà. In sostanza, l'illusione di poter mantenere con nettezza il principio della separazione tra i poteri – un'illusione che era alla stessa base dell'istituto della Cassazione<sup>174</sup> – è da tempo caduta, anche se ancora oggi si stenta a riconoscerlo sul piano formale; pur regolandosi, però, sul piano sostanziale come se appunto quell'illusione si fosse trasformata in una mera convenzione ed il problema, dalla separazione tra i poteri, si fosse a sua volta spostato più praticamente su quello della predicibilità del diritto.

Questa realtà fu peraltro molto ben vista dal giovane Schmitt, in un'opera in cui cominciava ad affinarsi nella messa a fuoco di quella che sarà al centro delle sue categorie di pensiero: la *decisione*. Per il grande teorico tedesco non è il procedimento sussuntivo, in buona parte illusorio, a legittimare la sentenza del giudice:

ciò che legittima la decisione [giudiziale] (tanto che sia la legge positiva, la norma culturale o la norma di diritto libero) non precede la decisione stessa, ma è qualcosa che deve ancora realizzarsi (certamente con l'ausilio della legge positiva, della norma culturale o della norma di diritto libero). A determinare la correttezza della decisione non è il fatto che il giudice disponga in conformità di un precetto normativo, ma ancora una volta il fatto che la decisione contribuisca effettivamente a realizzare la *determinatezza giuridica*.<sup>175</sup>

<sup>174</sup> È molto significativo di quanto quest'ambito sia stato sempre opaco, dibattendosi tra consapevolezze ed ascondimenti, ciò che scrive P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, *Storia e legislazioni*, Fratelli Bocca, Torino 1920, p. 439. Nel sintetizzare il senso del dibattito sviluppatosi nell'ambito dell'Assemblea Nazionale in Francia nel corso del 1790, ricorda che i costituenti fossero ossessionati dalla preoccupazione che «il giudice nel dare la sua sentenza volesse sottrarsi al comando della legge, [per cui] egli verrebbe in tal modo ad usurpare le attribuzioni del legislatore, violando in tal modo il principio della separazione dei poteri». Ma aggiunge – a mio avviso non cogliendo l'entità del problema, se si conviene con quanto sin qui sostenuto – che questo «è un concetto erroneo, evidentemente, perché il giudice usurperebbe la funzione del legislatore, soltanto quando si arrogasse la facoltà di emanare disposizioni di carattere generale, il che non avviene quand'egli viola la legge in una decisione limitata al caso concreto»: posizione, questa, che – credo – si sbarazza troppo rapidamente dell'influenza che la giurisprudenza, nel suo complesso, dispiega nel dar forma e contenuti alle regole in ogni ordinamento giuridico.

<sup>175</sup> C. SCHMITT, *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, Giuffrè, Milano 2016 (1912), p. 125 (corsivo mio).

La decisione di un giudice deve essere oggi considerata corretta quando si può ritenere che un altro giudice avrebbe deciso nello stesso modo. Un “altro giudice” significa qui il tipo empirico del moderno giurista colto.<sup>176</sup>

In pratica, rinunciando a qualsiasi pretesa di predeterminazione della decisione concreta nella legge, quel che al giudice realisticamente si richiede è «di far corrispondere la sua decisione alla prassi seguita di fatto», motivando appropriatamente quante volte «egli ritenga di doversi discostare dalla prassi dominante»<sup>177</sup>. È coll'innestarsi di una sentenza dietro l'altra che il diritto si da via via forma; ed è quindi decisivo che s'abbia uno sviluppo coerente nel decidere, garantendo alla giurisprudenza delle massime giurisdizioni un elevato tasso d'indiscutibilità. Lo sforzo di elaborare regole forgiandole sul caso reale verrebbe difatti sprecato per la sua gran parte – e con esso andrebbe sciupata una gran mole d'energie investite dalla società – nell'ipotesi in cui tutto quell'investimento di attività, venisse dissipato dai giudici che seguissero diversamente decretando su analoghe fattispecie. Ed in questo resistere al cambiamento, talora cedendovi quando se ne diano buone o anche ottime ragioni, si vede il tratto forse più espressivo della storicità della giurisprudenza, quello che sopra si è descritto nel fatto di produrre il proprio materiale all'interno di stringenti situazioni, mostrando più intimamente le connessioni tra le quali il diritto scorre stridendo tra gli interessi, ma con ciò stesso permettendo d'intercettare questi ultimi in un momento di massima tensione espressiva: nei reciproci contributi che, spesso riducendosi allo stremo (in ogni senso), offrono inconsapevolmente al duro farsi del giuridico.

#### 21. *La lotta per la 'ultima parola' sul diritto ed i conflitti tra Corti Supreme*

Per ottenere questi risultati, la giurisdizione deve dunque poter dire l'ultima parola. Altrimenti – a parte la compromissione del prestigio, che in quelle alture è fortemente condizionante – la sua funzione nel risolvere i conflitti resterebbe pregiudicata, e l'autorità correlata largamente ridimensionata. È una condizione che essa ha molta cura di

<sup>176</sup> SCHMITT, Ivi, p. 94.

<sup>177</sup> SCHMITT, Ivi, p. 103.

preservare. Una condizione che, nell'indebolimento della coincidenza tra diritto, territorio e Stato sempre più evidente negli ultimi decenni, costituisce una tra le criticità maggiori con le quali sarà necessario fare i conti. Ma nell'organizzazione italiana, sono anche altre le difficoltà che stabilmente si presentano. Essendo il nostro un sistema caratterizzato dalla pluralità delle giurisdizioni – un capitolo a parte andrebbe aperto, tali ne sono le ripercussioni sull'andamento della funzione nel nostro Paese – l'aspetto dell'*ultima parola* è stato sempre problematico ed ha dato luogo ad interminati episodi di conflitto<sup>178</sup>.

Una tale situazione ha presentato e presenta inconvenienti operativi molteplici e comporta un dispendio d'energie di gran rilievo. Ed è stata anche causa di serio conflitto tra giurisdizioni in ordine alla delimitazione delle rispettive competenze, estremamente indicativo proprio nella prospettiva che qui si sta esaminando, per la quale il potere di dire definitivamente il diritto è reputato elemento decisivo e qualificante della funzione giurisdizionale. Già in passato si era avuto un aperto e duraturo scontro, sviluppatosi alla metà degli anni Sessanta e composto un decennio dopo, tra la Corte Costituzionale e Corte di Cassazione, al punto che all'epoca si parlò di 'guerra delle due Corti'<sup>179</sup>. Allora si dibatteva della possibilità che la Corte costituzionale avesse d'esercitare un potere interpretativo sulle norme di legge sottoposte al suo sindacato; questione urticante per gli ambienti della Corte di cassazione, dove si era consolidata la pretesa che voleva il Giudice delle leggi circoscritto alla sola definizione del significato della norma costituzionale, reputandosi riservato al solo Giudice di legittimità il compito dell'interpretazione 'autentica' della legge ordinaria, in virtù del suo ruolo di massimo interprete dell'ordinamento. Insomma, tolti i paludamenti e decrittati i geroglifici giuridici, un'evidente questione di antropologica marcatura dei rispettivi territori.

In una (al tempo) nota sentenza (n. 11 del 1965), la Corte Costituzionale aveva rivendicato a sé «il compito di stabilire quale sia il contenuto della norma impugnata [come] inderogabile presupposto del

<sup>178</sup> Su questa complessa situazione italiana, si vedano le osservazioni, molto provvedute di prospettiva storica, di M. TITA, *Cinque giurisdizioni fanno un sistema? Discussioni sui modelli organizzativi del dicere ius*, in cur. Abbamonte, *Il potere dei conflitti*, cit., pp. 115-121.

<sup>179</sup> Utile per una rapida ricostruzione di questa ben nota vicenda mentre ancora era ancora in corso, N. ASSINI, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la 'guerra delle due Corti'*, Giuffrè, Milano 1973, pp. 1-19.

giudizio di legittimità costituzionale»; e ciò, anche per dar forza alle sentenze interpretative (di accoglimento o di rigetto), tipologia che essa aveva forgiato sin dagli albori della propria attività al fine di rendere più plasmabile e modulabile il compito di dichiarare l'incostituzionalità delle leggi. La questione pungeva nel vivo il potere (ed il prestigio) della Corte di Cassazione, l'autorità del *dire il diritto* senza tema d'esser smentita: e di qui prese avvio la sua sorda (e nemmeno tanto) resistenza nell'accogliere le interpretazioni sulla scorta delle quali il Giudice delle leggi dichiarava infondate questioni di legittimità costituzionale proponendo una propria lettura del testo normativo che lo rendesse conforme allo spirito della costituzione. Lo si è detto: ci volle non meno d'un decennio per far rientrare il conflitto e solo attraverso una mediazione che diede, in fin dei conti, partita vinta alla Corte di Cassazione, imponendo a quella Costituzionale di tener conto, quando riscontrabile, del *diritto vivente* e cioè dell'interpretazione che la Cassazione era riuscita ad imporre. In sostanza il giudice di legittimità era riuscito ad ottenere il riconoscimento della propria 'esclusiva' nella mediazione tra l'ordinamento giuridico e la Corte costituzionale<sup>180</sup>.

Ma la questione dell'*ultima parola*, per la Giurisdizione è molto seria, ne va del suo essere, si potrebbe dire filosofeggiando. Un sistema come quello italiano – che per varie ragioni di carattere storico, oltre che per vischiosità e resistenze proprie degli apparati, i quali tendono sempre a perpetuare le proprie forme, anche quando siano visibilmente-

<sup>180</sup> Ad un accettabile armistizio si pervenne con la sentenza della Corte costituzionale n. 179/1975, che riconobbe esser proprio compito «il porre a confronto la norma, nel significato comunemente ad essa attribuito, con le disposizioni della Costituzione». D'un armistizio peraltro si trattò, dato che il problema mai può dirsi sopito, stanti le inevitabili aderenze tra il sindacato di costituzionalità e l'interpretazione della legge ad esso sottoposta: una situazione, peraltro, che presenta non poche analogie con quella che s'incontra nel giudizio di Cassazione, quando colà s'ambisce alla netta distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, coltivandosi un'illusione già dissolta circa un secolo fa da un noto saggio di Guido Calogero. Innanzi alla Corte Costituzionale, il fatto oggetto del giudizio sono appunto le leggi, la delimitazione del cui ambito costituisce la precondizione per l'esercizio del sindacato. Sugli esiti della vicenda che contrappose le due Corti, puntuale la ricostruzione del giudice di Cassazione e poi giudice e per breve tempo presidente della Corte Costituzionale, M. R. MORELLI, *Rapporti tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale nell'interpretazione della norma giuridica e nell'applicazione del precetto costituzionale*, in *Le Corti Supreme, Atti del Convegno*, Perugia 5-6 maggio 2000, Giuffrè, Milano 2001.

te invecchiate e vadano perdendo in legittimazione<sup>181</sup> – manifesta crepe ed insofferenze, che fanno talora affiorare vere e proprie lotte tra giurisdizioni per l'affermazione della primazia dell'una sull'altra. Una conflittualità per vero non troppo lontana dagli scontri tra le giurisdizioni d'antico regime, dove la battaglia per il potere era e storiograficamente è più direttamente osservabile, in ragione del maggior mascheramento attuabile negli Stati contemporanei, dove il diritto è apparentemente monopolizzato ed assestato, quindi più atto ad occultare ed a sublimare in logiche giuridiche semplici brame di potere<sup>182</sup>.

La vicenda cui si sta alludendo e che tra un momento si descriverà in forma sintetica, a mio avviso testimonia, oltre che l'inscindibilità tra l'*ultima parola* e la giurisdizione anche – più regionalmente – un'evidente crisi di legittimazione ed autorità del giudice amministrativo italiano, istituzione frutto di mediazioni realizzate in epoche trascorse, quando l'accordare giustizia nei confronti dell'amministrazione costituì una concessione e come ogni buona concessione, graziosamente amministrata con sagace parsimonia. Da tempo però, per l'amministrazione e per lo stesso diritto amministrativo si va affermando per molteplici e determinanti ragioni uno statuto di regole via via più omologato a quello del diritto privato<sup>183</sup>; ne segue che la legittima-

<sup>181</sup> Una lucida osservazione di R. DAHRENDORF, *La libertà che cambia*, Laterza, Roma-Bari 1994, p. 83, può servire a chiarire meglio il processo cui si allude nel testo: «La legittimazione [...] è il processo di giustificazione del potere in rapporto a istituzioni, forze sociali nonché classi sociali. Il potere non viene dunque legittimato da un semplice riferimento a norme astratte, ma solo rispetto a ciò che esiste ed è in movimento. Esiste legittimità quando la credibilità della legittimazione riposa su istituzioni sociali che accolgono e trasformano quelle stesse forze da cui sono state attivate. In questo senso, la legittimità è sempre precaria. Le istituzioni hanno senz'altro come peccato originale una tendenza alla pietrificazione, mentre per parte loro le forze sociali si fanno domare solo a fatica».

<sup>182</sup> Un lavoro dal quale si può ottenere un ricco e documentatissimo quadro delle feroci lotte tra le giurisdizioni d'*ancien régime* nelle sue diverse forme di manifestazione interne ed esterne alle istituzioni dello Stato, è di R. AJELLO, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel Regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, I, *La vita giudiziaria*, Jovene, Napoli 1961.

<sup>183</sup> Una parte importante di un recente lavoro di B. SORDI, *Diritto pubblico e privato. Una genealogia storica*, Il Mulino, Bologna 2020, pp. 139 ss., è stata dedicata al tema e l'Autore perviene alla conclusione che «la grande dicotomia è stata archiviata»; testimonianza anche il volume di un magistrato del Consiglio di Stato italiano, P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Wolters Kluwer Cedam, Milano 2018, dove si tenta la ricostruzione di un corpo di principi e discipline omogeneo per diritto pubblico e privato.

zione del giudice *dedicato* alla pubblica amministrazione produce più problemi di quanti non ne tolga, slegata com'è da esigenze obiettive e mantenuta in vita soprattutto per ragioni interne agli apparati e su base giuridico-formale, non assistita da convenienze socio-istituzionali. Cosicché esso finisce con l'essere considerato una sorta di residuo, e ciò non giova alla sua autorevolezza ed al rispetto inter-istituzionale. Di qui un territorio di eterni conflitti ma anche una realtà d'interesse storico straordinariamente vivace, quasi palestra per chi voglia esercitarsi all'osservazione della fenomenologia giuridica, intesa quale crocevia di tensioni della più diversa natura.

Come che sia, è un dato di fatto (di fatto giuridico, ovviamente) che la giurisprudenza della Corte di Cassazione – dapprima fermissima nel distinguere i cosiddetti *limiti interni* della giurisdizione amministrativa, dai *limiti esterni*<sup>184</sup> – è stata indotta via via a sfrangiare quei confini pervenendo, sia pure con la prudenza di chi ha nelle sue mani le chiavi del sistema senza avere adeguata base di legittimazione a farne uso<sup>185</sup>. Una politica condotta attraverso pronunce che hanno mani-

<sup>184</sup> Perché il discorso possa essere meglio seguito anche da chi non fosse addentro a simili questioni – la ricerca della storicità nella giurisprudenza porta sempre ad imbattersi in composti molto tecnici, se si vogliono scorgere i significati sottostanti – può approssimativamente dirsi che oggidi per 'limiti interni' s'intendono tutte quelle possibili violazioni *in procedendo* ed *in iudicando* contenute nella sentenza, che sono ritenute risolvibili solo all'interno della singola giurisdizione, attenendo alla correttezza del giudicare; con 'limiti esterni', invece, ci si riferisce a quelle violazioni che portano il giudice *speciale* (che non ama esser definito tale, ma lo è) a valicare i confini della propria giurisdizione: o perché l'afferma in danno dell'amministrazione, di altra giurisdizione o del potere legislativo (tutte figure, a loro volta diversamente denominate) o perché nega affatto la sussistenza della giurisdizione e dunque, pur dovendosi pronunciare, omette di farlo impedendo a chi avanza la domanda d'ottenere il giusto processo. È su quest'ultima fattispecie, quella del *diniego di giurisdizione*, che verte la vicenda di cui nel testo.

<sup>185</sup> Per decrittare queste metafore, che criptiche proprio non vogliono essere ma che devono comunque concedere all'impossibilità per la *comprensione*, propria delle scienze storiche, di raggiungere il grado di definizione delle scienze della natura – un grado di definizione per loro esiziale – per chiarire, insomma, aggiungo che la Corte di Cassazione non è in grado di assumere la responsabilità di "svolte", senza porre a rischio la fragile base giuridico-formale di cui è ad un tempo garante ed espressione. Come mostra la vicenda qui in esame – letta in una chiave squisitamente storica, tendente a farne emergere le implicazioni istituzionali, piuttosto che a lasciarsi avvincere dalle spire dei non pochi sofismi argomentativi attraverso cui vuol 'neutralmente' presentarsi (anche in ciò, il discutibile compito smitizzante della storiografia) – se un meccanismo dell'orologeria istituzionale tenta, non dico di scambussolare, ma anche



festato una certa propensione a riconoscere la violazione delle regole sui limiti (esterni) della giurisdizione, anche in presenza di fattispecie che, in precedenza, erano state ascritte ai cosiddetti *limiti interni*. Attuando questa strategia, ad esempio, il giudice di legittimità ha portato nell'ambito dei vizi denunciabili innanzi a sé sotto il profilo del diniego di giurisdizione, attività interpretative del giudice amministrativo elaborate in materie rientranti sì nel suo plesso giurisdizionale, in cui però risultavano esercitati poteri dei quali esso concretamente non era fornito<sup>186</sup>. In sostanza, attraverso un graduale ed inizialmente poco avvertito percorso, la Corte di Cassazione è andata in tempi recenti progressivamente erodendo i margini della insindacabile giurisdizione amministrativa, censurando il loro superamento – in positivo o in negativo – anche quando il giudice speciale s'è pronunciato in materia in cui è

semplicemente di registrare il circuito su ritmi appena più veloci, le reazioni del resto risponderanno immancabilmente in modo ostile e cercheranno di trovar la via per impedire il mutamento. Che poi alla lunga ci riusciranno, non è affatto detto, anzi è improbabile se l'istanza di mutamento ha solida base; ma nella breve distanza c'è da essere certi che l'*energheia* giuridica si disporrà vigile in formazione difensiva e saprà apprestare adeguate resistenze ponendo efficaci ostacoli.

<sup>186</sup> Ad esempio, in una decisione delle Sezioni Unite (n. 2312/2012), fu ritenuto che il sindacato del Consiglio di Stato sulla decisione dell'Amministrazione di stipulare il contratto con un appaltatore stante la sua inaffidabilità per ipotesi a suo carico verificatesi di malafede o colpa nell'esecuzione di un precedente rapporto, «deve prendere atto della chiara scelta [del legislatore] di rimettere alla stessa stazione appaltante l'individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente. Il sindacato sulla motivazione del rifiuto deve, pertanto e specularmente, essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante come ragioni del rifiuto e non può avvalersi, onde ritenere avverato il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa». In altre ipotesi è stato ritenuto «configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia» (ad es. n. 15428/13). Al fine di valorizzare l'applicazione del diritto europeo, garantendone la tutela dinanzi alle giurisdizioni dello Stato, la Corte di Cassazione è andata spesso affermando che «non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei Conti), gli errori *in procedendo* o *in iudicando*, ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tale da ridondare in denegata giustizia, e in particolare il caso, tra questi, di errore in procedendo costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di Giustizia» (ad es., SU, n. 31226/2017).

astrattamente dotato di giurisdizione, ma esercitandola concretamente mediante valutazioni idonee ad invadere sfere riservate al giudizio di altri poteri o – quel che più importa sul piano del diritto al giusto processo – atte a svuotare tutele che la legge o il diritto dell'Unione Europea accorda al ricorrente: negando, in sostanza, giustiziabilità a situazioni invece da ritenersi protette. In particolare, sotto quest'ultimo profilo – quello del diniego, che si verifica quando il giudice rifiuti *forme di tutela* accordate dalla legge italiana o sovranazionale – la Corte di Cassazione aveva speso tutta la propria autorità, quella che la rende *ad literam, bouche de la loi*, pronunciandosi ai sensi dell'art. 363 del codice di procedura civile, e cioè nell'*interesse della legge*: argomentando che il concetto di giurisdizione dovesse ormai intendersi in senso dinamico, non più limitato alla verifica del rispetto dei presupposti soggettivi (diritti o interessi legittimi) o oggettivi (assegnazione di specifiche materie) in base ai quali il potere di giudicare viene ripartito tra i diversi ordini di giudici; bensì anche nel senso d'accertare che non siano, nel concreto esercizio del decidere, denegati ambiti di tutela dei diritti che abbiano base nel sistema vigente. Pertanto, il giudice della giurisdizione è andato ammettendo in certe condizioni un sindacato sull'estensione accordata alla domanda di giustizia da parte dei singoli giudici speciali, ricamandosi in tal modo un ambito di controllo sicuramente estraneo alle tradizionali regole del riparto<sup>187</sup>.

Un tale processo erosivo non può essere gradito ad alcuna giurisdizione lo subisca, nemmeno a quelle dello Stato di diritto in cui le regole dovrebbero costituire da ossatura, custodita soprattutto ad opera della giurisdizione chiamata per mestiere ad affermarle. Compito,

<sup>187</sup> Nell'importante SU n. 30254/2008, che darà la stura ad una serie di successive pronunce, si legge: «Nel tessuto della Costituzione non è oggi possibile dubitare che per giurisdizione deve essere inteso non in sé il potere di conoscere di date controversie, attribuito per una specifica parte a ciascuno dei diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma quel potere che la legge assegna e che è conforme a Costituzione che sia assegnato ai giudici perché *risulti attuata nel giudizio la effettività dello stesso ordinamento*. Giurisdizione, nella Costituzione, per quanto interessa qui, è termine che va inteso nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che *comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici* per assicurare l'effettività dell'ordinamento. [...] Se attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce, vi attiene non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio» (corsivi miei).

quello di custodir le regole, vero in generale, non anche quando esse riguardino il potere dei giudici, come insegna, a tacer d'altro, la già ricordata, lunga storia dei conflitti giurisdizionali in ogni epoca consumatisi e, più specificamente, le difficoltà incontrate nel dare un assetto ai rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo nella vicenda italiana<sup>188</sup>. Cosicché non avrebbe richiesto doti da àuguri il presagio che, non appena se ne fosse data la ventura, una reazione sarebbe partita dagli ambienti del giudice amministrativo. Una reazione – inutile anche dirlo – che si sarebbe servita, com'è proprio dei contesti curiali, d'accurate forme giuridiche per farsi sentire, sì da ristabilire la sovranità della giurisdizione amministrativa violata, secondo l'antica, intramontata formula medievale, per la quale *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*<sup>189</sup>.

22. *Una nuova battaglia per l'ultima parola: il Consiglio di Stato all'attacco della Corte di Cassazione, con la 'mediazione' della Corte Costituzionale...*

L'occasione è stata offerta da una vicenda di regime transitorio in

<sup>188</sup> Un'efficace ricostruzione della vicenda italiana è in un giovanile scritto di B. SORDI, *Giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa in Lorenzo Meucci e Giuseppe Mantellini*, in *Quaderni Fiorentini*, 13 (1984), pp. 725-746, lavoro che va oltre quanto ci si attenderebbe dal titolo; un'analoga dialettica si sviluppò nel notissimo conflitto che pose capo al cosiddetto concordato tra Mariano D'Amelio e Santi Romano durante il regime fascista. Sull'instancabile azione posta in essere dalle magistrature per estendere i loro poteri, oltre al citato scritto dell'Ajello, un'interessante esposizione può trovarsi in J. KRYNEN, *L'État de Justice*, II, *L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, Paris 2012.

<sup>189</sup> Non s'allibisca per l'uso alquanto spregiudicato dei precedenti storici, quando si compiono di simili, indiscutibilmente provocatori accostamenti. L'esigenza interpretativa richiede che talora la freccia del tempo oscilli tra ere anche lontane per attuare una comparazione diacronica efficace; ed una dimensione antropologica del diritto, ben conosciuta, ausilia l'emersione di stabili istinti, capaci di governare l'azione e produrre analoghe pulsioni, rinvenibili nei contesti più diversi. Alla mia sensibilità – e la sensibilità, in chi si pretenda storico, è componente da tenere in gran rispetto – queste vicende hanno richiamato il riferimento bassomedievale, in cui la dottrina francese ed italiana o, come si voleva dal Calasso in polemica con l'Ercole (garbate polemiche d'altri tempi, *ça va sans dire*), italiana e francese, s'impegnarono a costruire una teoria della sovranità in favore delle monarchie, all'epoca largamente feudali, rispetto all'Impero: si vedano le molto dense pagine di F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, Giuffrè, Milano 1957, pp. 22 ss., dove la battaglia per la *iurisdictio* (medievale) di ultima istanza è descritta con penna impegnata e vivace.

materia d'impiego pubblico: marginale, in effetti, ma preziosa per ristabilire l'ordine tra le giurisdizioni, almeno un certo ordine. È sempre così che succede nell'esercizio del potere giurisdizionale: sono còlte congiunturali opportunità – da prendere al volo, quando lo si voglia, da lasciar cadere inascoltate, quando non lo si voglia – per affermare importanti principi. E spesso s'ottiene in tal modo la non irrilevante opportunità di mantenere, almeno nell'immediato, il portato innovativo per lo più sconosciuto al vasto pubblico – e non di rado anche ai relativamente esperti – epperò ben compreso dagli addetti ai lavori, in sostanza tra i Signori del diritto, che hanno udito fino, quando occorre. Non è un vantaggio da poco il poter restare al riparo della risonanza collettiva, quando s'incide sui diritti o sulle relative tutele (che poi è pressoché lo stesso).

In sintesi, l'art. 69 del decreto legislativo n. 165 del 2001 – che riassume le disposizioni sull'impiego pubblico privatizzato – reca un regime intertemporale, in virtù del quale tutte le domande avanzate in relazione al periodo del rapporto di lavoro anteriore al giugno del 1998, non transitano come le altre nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, ma restano nella competenza del giudice amministrativo e devono essere azionate entro il 15 settembre del 2000. Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi su una di tali questioni, proposta però oltre il termine settembrino, aveva respinto la domanda reputandola preclusa dall'indicata decadenza, non ritenendo nemmeno di sollevare questione di legittimità costituzionale per l'impedimento che ne derivava all'esercizio del diritto al giusto processo, rispetto a materia (riconoscimento del rapporto d'impiego di fatto) coperta da tutela giurisdizionale e normalmente sottoposta a prescrizione quanto meno quinquennale<sup>190</sup>. Una decisione che sarebbe di lì a poco risultata essere in contrasto con quanto affermato in una successiva sentenza nei termini della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 febbraio 2014, restando così inesorabilmente scolpita la violazione, ad opera della decisione nazionale, della norma sovranazionale per l'autentica interpretazione data ad essa dalla Corte chiamata a giudicare.

La Corte di Cassazione venne quindi investita della domanda, sotto il profilo del rifiuto di una *forma di tutela* e dunque di violazione dell'articolo 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei dirit-

<sup>190</sup> Consiglio di Stato, Sezione VI, 30 luglio 2013, n. 4001.

ti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale, risalente alla decisione n. 239 del 2009, in simili casi – a differenza di quanto avviene per il diritto dell'Unione Europea – il giudice interno non ha la possibilità di disapplicare direttamente la norma che contrasti con disposizioni derivanti da convenzioni internazionali, ma è tenuto a sollevare la questione sotto il profilo della violazione degli obblighi e delle norme internazionali, a seconda dei casi ai sensi degli articoli 117 o 10 della Costituzione. In sostanza, deve chiamare in causa la stessa Corte costituzionale che, con questo nuovo arabesco a tal scopo intessuto, all'epoca si riservò un controllo accentrato sulla conformità della legge interna all'ordinamento internazionale<sup>191</sup>. Autodefinì, in altri termini, uno spazio riservato d'esercizio della propria giurisdizione, in modo da governare l'adattamento della sovranità nazionale alle norme provenienti dal diritto sovranazionale al quale il Paese ha aderito o è tenuto ad aderire. Ma il potere è potere e le forme giuridiche son forme giuridiche: ed ogni loro ambito può prestarsi, quando occorre, a far fronte a molti ed anche imprevisi bisogni: ed anzi tende di regola ad estendersi, accentrandosi quanto più gli riesce, se non ostacolato da altri correligionari poteri. Così, la risorsa di questa riserva di giurisdizione costituzionale ha potuto servire da strumento attraverso il quale il Giudice delle leggi è riuscito ad esercitare il proprio intervento 'regolatore' nei rapporti tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato.

La Corte di Cassazione, in sintesi, aveva ritenuto che il Consiglio di

<sup>191</sup> Mi sembra giusto qui precisare che, adoperando un termine che può apparire irriguardoso come 'arabesco' – ma non è compito dello storico aver riguardi, essendo bensì gravato dell'onere non sempre gradito di provarsi a far emergere nessi – non ho inteso criticare la scelta della Corte che nel 2009 mediò tra la necessità di dar spazio alle convenzioni internazionali alle quali l'Italia aderisce e l'opportunità di non rimettere al giudice comune la scelta di esautorare ad ogni piè sospinto la legge della sua forza in nome di principi assai generali: una scelta nel Belpaese quanto mai opportuna – e questo non è giudizio di storico, ma di contemporaneo. Assai meno pretenziosamente, mi provo a richiamare l'attenzione sull'attitudine delle forme giuridiche, nelle quali tanti ripongono eccesso d'aspettative, a rendersi disponibili a molteplici usi nelle mani di chi ne ha il governo: il che non necessariamente significa deviazione, ma semplicemente evoca la *forma* del diritto, il suo modo d'interagire col reale, del quale *normalmente* diffida e quindi manipola a suo criterio. Ciò non può meravigliare più d'un po', sol che si presti attenzione a quanto la *norma*, con la propria pretesa d'indifferenziare il molteplice nel proprio schema ideale, non può far altro che aspirare a prendere le distanze dalla fattualità (senza peraltro mai riuscirci a pieno, dato che son sempre lì uomini a gestirla).

Stato – denegando accesso alla richiesta tutela da parte di taluni sanitari che intendevano far valere pretese relative ad un rapporto di lavoro intercorso con la pubblica amministrazione prima del giugno del 1998 – avesse rifiutato la tutela giurisdizionale, incorrendo nella violazione dell'art. 6 della Convenzione CEDU. Con ordinanza n° 107 del 2016 sollevò questione di legittimità costituzionale per violazione della norma convenzionale, sotto il profilo della violazione inferta all'art. 117 della Costituzione.

Anche se non è allo stato possibile esser messi a parte dell'esistenza d'eventuali retroscena, il sospetto che questa giurisprudenza della Corte di Cassazione fosse sgradita agli ambienti del Consiglio di Stato è più che legittimo in ragione di quel che s'è osservato sin qui, ed anche sulla base di non irrilevanti testimonianze<sup>192</sup>. Ma c'è pure uno specifico indizio, molto, molto inducente. Com'è noto la Corte Costituzionale è collegio d'estrazione composita; tra i suoi 15 giudici, solo uno proviene dal corpo del Consiglio di Stato, ed all'epoca della sentenza questi era chi sarà poi il futuro presidente della Corte, il napoletano Giancarlo Coraggio. La carriera di tale distinto magistrato, ne faceva un rappresentante insigne di quello che la Costituzione nella sua parte seconda continua a nominare *organo ausiliare del Governo*; in esso aveva operato per oltre un quarantennio, giungendo sino alla sua massima carica, presiedendolo<sup>193</sup>. Da lui – formatosi quasi per l'intera vita professiona-

<sup>192</sup> Ne sono una chiara testimonianza le parole pesanti di commento all'ordinanza della Corte di Cassazione, adoperate da un autorevole ed impegnato magistrato del Consiglio di Stato, parlando di 'tripla capriola', grazie alla quale sarebbe stato introdotto «un sindacato della Cassazione di “nuova generazione” che non ha niente a che vedere con i motivi di giurisdizione”, che ricade pienamente nel sindacato “per violazione di legge”. Una violazione peraltro del tutto peculiare perché si disputa di una sentenza conforme a legge quando è stata resa; che risulta *ex post* in contrasto con la decisione CEDU, che censura la legge *in sé*; dunque la violazione di legge è qui il contrasto sopravvenuto con una decisione della CEDU che considera illegittima una legge nazionale» (cfr. R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale tra ricorso per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” e ricorso per “violazione di legge”*, reperibile in <https://www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2017/06/L%E2%80%99eccesso-di-potere-giurisdizionale.pdf>, p. 78.

<sup>193</sup> Notizie biografiche e sulla prestigiosa carriera di Giancarlo Coraggio possono leggersi nel sito della Corte Costituzionale. Dopo una breve permanenza nella magistratura, ordinaria prima e contabile poi, Coraggio dal 1973 al 2013, quando fu eletto dai suoi colleghi alla Corte Costituzionale in una combattuta tornata, fu prima consigliere e presidente di Sezione e poi, per un anno, presidente di quel consesso. Ha sempre affiancato, secondo il percorso tipico del *grand commis*, esperienze all'interno

le all'interno d'uno dei grandi corpi amministrativi dello Stato – era scontato attendersi appunto un ben strutturato 'spirito di corpo', condizione che crea intensa adesione con gli orizzonti d'aspettative degli ambienti in cui s'è lungamente maturata e consolidata, attraverso pratiche quotidiane le più varie, condivisioni d'interessi, formazione di valori socio-culturali condizionanti nel momento cognitivo e del giudizio. Una condizione che, interiorizzando tratti d'identificazione, sviluppa un *habitus*, la cui capacità di determinare scelte dispone di quasi irresistibili potenzialità, perché produce convinte consapevolezza<sup>194</sup>.

Ora, che tra quindici giudici della Corte, ad essere scelto a far da relatore fosse proprio il componente proveniente dalla giurisdizione dei cui limiti estensionali ne andava, non può certo assegnarsi al caso o almeno è più che lecito dubitarne. In quel giudizio si sarebbe dovuto decidere, anche perché eccepito dalle parti, se il sindacato della Corte di Cassazione sull'esercizio della giurisdizione da parte del Consiglio di Stato potesse assumere quei tratti di 'dinamicità', che la stessa Corte Suprema aveva ritenuto ammissibili pronunciandosi, come si ricorderà, nell'*interesse della legge*. In sostanza si doveva stabilire se la Corte regolatrice potesse, sia pur con distillata prudenza, ampliare il concetto di giurisdizione ed il susseguente sindacato circa il rispetto dei relativi limiti ad opera del Consiglio di Stato, quando quest'ultimo l'avesse fatta un po' troppo grossa, precludendo seriamente l'accesso alla tutela. Per uscire dai tecnicismi: se potesse invadere una parte di quello che il giudice amministrativo aveva ed ha fermamente per suo intangibile territorio. Non v'è dubbio che per conservare alla Corte Costituzionale il proprio ruolo di massima istituzione di garanzia, l'assegnazione della relazione al giudice che proveniva dal Consiglio di

del Governo come capo di gabinetto e di ufficio legislativo, oltre a rivestire altri incarichi di spicco.

<sup>194</sup> Lo studioso che forse meglio d'ogn'altro ha studiato il fenomeno per i corpi amministrativi (ed ha coniato l'accezione di *habitus* nel senso in cui mi riferisco nel testo), P. BOURDIEU, in *Noblesse d'état. Grandes Ecoles et esprit de corps*, Minuit, Paris 1989, p. 258 illustra con molta efficacia la forza condizionante dello spirito di corpo: «*l'amour de soi dans les autres et dans le group tout entier que favorise le rassemblement prolongé des semblables est le véritable fondement de ce que l'on appelle 'esprit de corps' [...]. C'est en effet l'adhésion enchantée aux valeurs et a la valeur d'un groupe en tant que corps intégré et dispose a toutes le espèces d'échanges propres à renforcer l'intégration et la solidarité entre ses membres. Ceux-ci se trouvent ainsi durablement inclinés à mettre au service de chacun (au moins jusqu'à un certain point) les ressources détenus par tous les autres, selon la formule 'Un pour tous, tous pour un'.*».

Stato – dalla ‘parte in causa’ – certamente non sarebbe stata la scelta preferibile: non foss’altro perché chiaramente avrebbe pregiudicato (agli occhi degli *iniziati*, ovviamente, ma era tutto un discorso tra costoro) la neutralità della decisione, facendo perdere la dimensione di sintesi tra gli interessi, che dev’esser propria dell’istituzione in genere ed in particolare di una massima giurisdizione di garanzia, qual è stata pensata la Corte costituzionale negli equilibri fondamentali del sistema politico italiano. In sostanza, avrebbe rischiato – e questo rischio è stato corso, innescando le reazioni corporative di cui si dirà a breve – d’abbassare il Giudice delle leggi, ad istituzione poco integrata ed integrante, nella quale si ripropongono logiche particolaristiche, notoriamente tra le più gravi patologie nella vicenda storica dello Stato italiano.

Il rischio, dunque, lo si volle correre ed il risultato è stato quello da attendersi. La Corte Costituzionale, utilizzando uno strumento del quale s’è dotata sin dagli inizi della propria attività e del quale ha fatto ampio uso anche al fine di scegliere quando e se pronunciarsi – la dichiarazione d’inammissibilità del rinvio per sospetta incostituzionalità della legge, in ragione del *difetto di rilevanza* della questione<sup>195</sup> – ne ha fatto però un’applicazione, questa volta, sul piano storico di peculiare interesse. La forma giuridica, *l’inammissibilità della questione*, è normalmente invocata dalla Corte – a parte i casi in cui ne faccia applicazione ortodossa – per *evitare* di prender partito in questioni in cui non intende impegnarsi o che ritenga ancora immature, o sulle quali non ci sia intesa tra i giudici o, ancora, per evitare tensioni con gli altri poteri, o disinnescare situazioni che reputi pericolose, insomma per far prevalere assetti conservativi su possibili avanzamenti<sup>196</sup>. La pronuncia qui

<sup>195</sup> Un esame di questa tecnica scelta dei casi su cui pronunciarsi, è stata analiticamente condotta da P. BIANCHI, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Giappichelli, Torino 2000, pp. 215-80.

<sup>196</sup> In un volume che costituisce una testimonianza storica d’indubbio interesse per gli *interna corporis* della Corte, Sabino Cassese fornisce, tra le altre, queste indicazioni sulle prassi colà seguite, altrimenti conoscibili solo per illazioni ed induzioni: «il giudizio di inammissibilità non è sempre all’inizio, ma alla fine [della camera di consiglio], nel senso che si decide per l’inammissibilità quando le soluzioni in merito non hanno raccolto consensi sufficienti o non hanno convinto a sufficienza, o hanno spaventato. Insomma, l’atteggiamento è solitamente riduttivo. Viene spesso invocata la ‘discrezionalità del legislatore’. [...] Oggi la Corte decentra [...]. Non formula regole. Evita la questione di costituzionalità, se non vi sono altri motivi per non decidere. Non anticipa i tempi. Evita la collisione con altri poteri. Cerca di ridurre le tensioni. Rispet-



analizzata in prospettiva storica – per il contributo, cioè, che ha offerto alla conservazione d'un certo quadro, in ragione di certe esigenze, istituzionali e di corpo, investigato attraverso l'*ingrandimento* dell'uso *sapiente* delle categorie giuridiche – si distingue nettamente e con significativa valenza probante, dalle ordinarie ragioni che inducono ad usare la formula dell'inammissibilità. E non solo perché costituisce il primo precedente, che mi risulti, in cui la Corte sindacava l'ampiezza nell'esercizio del controllo sulla giurisdizione da parte della Cassazione (dunque, ne doveva valer la pena). Ma soprattutto per una diversa e più decisiva ragione. Questa forma, l'*inammissibilità*, come si diceva, viene di regola impiegata *per non pronunciarsi*; nella nostra vicenda, tutt'all'opposto, è visibilmente utilizzata *per pronunciarsi*, 'ristabilendo ordine'. È questo un caso eloquente, sia detto *per incidens* e ricordando quanto s'è osservato in pagine precedenti, di come le forme giuridiche, i termini linguistici, le espressioni attraverso cui il diritto si pone e ripropone, talora anche con modi cattivanti, non costituiscano garanzia quanto all'impiego che se ne fa e può farsene: essendo nella pratica dei tribunali strumento pressoché inerme nelle mani del giudice che li forgia ed alla bisogna variamente lo rimodella, facendosi forza della sua cospicua forza.

Come si vedrà tra un momento, la Corte ha usato della dichiarazione d'inammissibilità, non tanto per non prender posizione sulla questione dell'incostituzionalità di quel regime transitorio in materia di contenzioso dell'impiego pubblico: si trattava di questione in effetti già risolta dalla pronuncia della Corte EDU, che ne aveva ravvisato l'incompatibilità con l'art. 6 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali. Si sarebbe al più trattato di prendere atto d'un contrasto con l'art. 117 della Costituzione (di fatto già acclarato dalla decisione CEDU), evitando in tal modo anche di fomentare ulteriore contenzioso sovranazionale (con conseguenti condanne per lo Stato) in casi simili. Ma qui l'esigenza che premeva, era superiore: ed era nel porre riparo alla minata (per vero assai poco) giurisdizione del Consiglio di stato, ed ogni mezzo era da considerarsi

ta la supremazia legislativo-parlamentare per quanto possibile. Ha un atteggiamento di *deference*». S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2015, pp. 35, 82 e *passim*, volume non a caso tra i meno ricordati del pur consideratissimo autore, oscuramente, probabilmente anch'esso da ascrivere al perdurante formalismo giuridico, riottoso a riconoscere la funzione politica di ogni corte di giustizia.

lecito per il fine di mantenerla saldamente ancorata al suo inespugnabile fortilizio. Un'esigenza, come s'è detto sin qui, sentita come costitutiva d'ogni giurisdizione – ed interpretata in modo molto deciso dal relatore in Corte, come una più lunga e qui non possibile analisi delle espressioni linguistiche consentirebbe di dar ampia prova. Resta però interessante indugiare ancora un po', e più da vicino, ma non per molto, per intendere a pieno la strategia ed i fini della decisione, perché solo in questo analitico modo un documento giuridico si dispone a far venir fuori le sue effettive ragioni.

Anzitutto, la Corte, lanciando segnali agli addetti ai lavori, presenta le credenziali del suo potere:

la verifica deve essere operata tenendo presente che nella specie non si tratta di un'ordinaria questione di giurisdizione, avente ad oggetto la natura della situazione giuridica soggettiva azionata, ma l'interpretazione ed applicazione di norme costituzionali, e in particolare del comma ottavo dell'art. 111 Cost..

La questione, dunque, rientra nella competenza naturale di questa Corte, quale interprete ultimo delle norme costituzionali, e – nella specie – di quelle che regolano l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali.

[...] Quest'ultima [la norma di cui all'art. 111, comma 8 Cost. sull'impugnazione per motivi di giurisdizione delle decisioni del Consiglio di Stato] attinge il suo significato ed il suo valore dalla contrapposizione con il precedente comma settimo, che prevede il generale ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, contrapposizione evidenziata dalla specificazione che il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti è ammesso per i «soli» motivi inerenti alla giurisdizione<sup>197</sup>.

Si diceva delle credenziali. Queste espressioni sono tutte indirizzate, non alle parti del giudizio – interessate in realtà alla decisione di merito, nulla potendo eccepire in ordine alla competenza della Corte – bensì direttamente alla casella postale di piazza Cavour, sede del giudice di legittimità. Il Giudice delle leggi, infatti, quale suo primo assunto, afferma di non star violando la funzione nomofilattica della Cassazione e per sostenere ciò ascrive la pronuncia di quest'ultima, quella che aveva sollevato la questione di costituzionalità, alla classe

<sup>197</sup> Corte Costituzionale, 18 gennaio 2018, n. 6, presidente Grossi, relatore Coraggio, par. 8, 9 e 11.

delle pronunce sulla giurisdizione. In questo modo, non nascostamente, la Corte Costituzionale cerca d'evitare d'entrare in rotta di collisione con la gelosa prerogativa della Cassazione, che in passato, come sopra si è ricordato in vista di quel che ora si sta osservando<sup>198</sup>, aveva portato al compromesso del *diritto vivente*, in ragione del quale il Giudice delle leggi dovrebbe prendere per buona l'interpretazione delle norme compiuta dalla Cassazione e sulla sua base ne deve scrutinare la legittimità. Ma questo tentativo d'evitare la collisione deve dirsi alquanto maldestro, o almeno come tale sarà avvertito dalla Cassazione. Quest'ultima, lo si è poco sopra ricordato, aveva avuto cura di munire la sua nuova costruzione del concetto di giurisdizione 'in senso dinamico', addirittura ponendosi la questione, per così dire d'ufficio, nell'*interesse della legge*, dunque esercitando la nomofilachia nella sua manifestazione più rarefatta e 'nobile': nobile nel senso di rimanere ben lontana dall'interesse delle parti, un'aspirazione già intercettata in questo lavoro (ed in mille luoghi) in più d'un'occasione.

È vero che i passaggi motivazionali della Corte Costituzionale sopra riferiti tendono a spostare l'interpretazione dagli articoli 362 c. p. c. e 110 c. p. a. verso l'articolo 111, comma 8° della Costituzione, in modo da potersi giovare della qualifica di *interprete ultimo delle norme costituzionali*; ma anche qui le cose non sono piane, così quanto a prima apparenza potrebbero sembrare. E questo, sul versante dell'indagine storica è di interesse particolare, perché mette in luce tensioni e fini. La Corte di Cassazione ha il compito, riconosciute dalla stessa Corte Costituzionale, d'interprete autentico delle disposizioni di legge; e l'articolo 111 della Costituzione riserva ad essa, non alla Corte Costituzionale, la competenza a dirimere le questioni in tema di riparto tra i giudici del potere di decidere. Cosicché, allorquando interpreta il regime del riparto tra le giurisdizioni, lo fa nell'esercizio del proprio compito ordinamentale, creando il *diritto vivente* alla stregua del quale la Corte Costituzionale dovrebbe giudicare per suo stesso asserto. Se il Giudice delle leggi entra nel modo di costruire le categorie giuridiche della Corte di Cassazione – in questo ca-

<sup>198</sup> Non a caso, si è nuovamente parlato dell'esigenza di un concordato tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, secondo il modello D'Amelio – Romano: si veda l'articolo simbolicamente affidato alle penne di un giudice di Cassazione ed un altro di Consiglio di Stato, E. SCODITTI – G. MONTEODORO, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 2020, reperibile in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-giudice-amministrativo-come-risorsa>.

so nella categoria della giurisdizione – sindacava quelli che la stessa sentenza qui analizzata, definisce i *limiti interni* della giurisdizione, quei limiti che essa sta imputando alla Corte di Cassazione d’aver valicato nei riguardi del Consiglio di Stato, come si vedrà. Insomma, un bel ginepraio, dal quale non è agevole venir fuori, almeno dignitosamente. Nel giudizio oggetto della pronuncia, infatti, non era agitato un conflitto d’attribuzioni tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato – luogo nel quale la Corte Costituzionale avrebbe potuto esercitare il proprio sindacato *vestito* dalla competenza di giudice delle attribuzioni tra gli organi dello Stato. Essa stava esaminando una semplice questione di legittimità costituzionale, che non investiva le norme regolatrici della giurisdizione, bensì una disposizione ben più appartata, che dettava una disciplina intertemporale nel testo unico dell’impiego pubblico privatizzato.

Ora, è chiaro che a queste altitudini interpretative, nessuno può pretendere d’affermare che ci si trovi innanzi ad un marchiano errore di diritto, ammesso pure che ne esistano in una ‘scienza’ così poco affidabile. Ma che, nell’uso raffinato dell’argomento giuridico, si leggano in questo caso delle smagliature e delle argomentazioni che suscitano perplessità anche sul piano soltanto intuitivo – nient’affatto irrilevante nell’interpretazione giuridica e nell’interpretazione in genere – questo è difficile negare. Che sia stata colta l’occasione d’un ordinario sindacato di legittimità costituzionale per esercitare il differente compito di regolatore delle attribuzioni tra i poteri dello Stato – questione estranea a quel comune processo – è più d’una semplice impressione e le aporie che si sono or ora segnalate stanno lì a documentarlo, insieme ad altro. Del resto, la Corte Costituzionale, come evidenzia l’ultima parte della citazione, quando afferma che il ricorso avverso le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti è *ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*, non può fare a meno di scontrarsi con la differente accezione che al termine ‘giurisdizione’ riconduce l’interpretazione della Corte di Cassazione. E dunque, il nodo viene al pettine. Come che sia, su questa base la Corte Costituzionale ristabilisce chiare le confinazioni giurisdizionali e scrive:

l’«eccesso di potere giudiziario», denunciabile con il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l’avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio

di Stato o la Corte dei Conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici. [...]

Alla stregua del così precisato ambito di controllo sui "limiti esterni" alla giurisdizione non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda.

Ne consegue, nel caso di specie, l'inammissibilità della questione sollevata per difetto di rilevanza, in ragione della mancanza di legittimazione del giudice *a quo*<sup>199</sup>.

Con queste motivazioni la Corte Costituzionale ha ricacciato indietro la giurisprudenza della Cassazione a dir poco d'una quindicina d'anni ed ha soppresso quei, per vero assai timidi, aneliti di tutela in casi in cui il giudice speciale l'aveva recisamente negata, pur in presenza di ambiti normativi, nazionali e soprattutto sovranazionali, che evidentemente l'accordavano. Ed ha anche privato di tutela posizioni per l'ordinamento sovranazionale e nazionale, meritevoli in modo non più opinabile, contravvenendo ad uno dei suoi costitutivi compiti costituzionali. Evidentemente, però, quando le giurisdizioni tutelano il proprio spettro di poteri, la funzione ad essi rimessa per istituto – la protezione delle situazioni giuridiche meritevoli – recede dinanzi alle esigenze loro proprie di preservare forza d'incidenza con carattere di definitività: venendo prima, in buona sostanza, l'interesse dell'apparato, rispetto a quello della comunità per il quale – in linea teorico-politica – l'apparato sarebbe posto. E questo è un dato storico di rilievo generale, di cui bisogna prendere buona nota, dove s'esaminino e si ricerchino le ragioni di fondo del decidere, indipendentemente da ogni giudizio di valore circa l'apprezzabilità o meno di simili esiti sul piano complessivo della tenuta del sistema<sup>200</sup>.

<sup>199</sup> Ivi, par. 16 e 17.

<sup>200</sup> Ovviamente, questa motivazione di fondo – che è un po' analoga a quella per

### 23. ...e la reazione forte della Suprema

Difficile che le cose potessero veramente fermarsi a quel punto. La Corte delle leggi aveva sì ristabilito in munite mura la giurisdizione del giudice amministrativo, evitando, a suo dire, che categorie dall'incerta definizione fossero foriere d'incertezze, perché avrebbero affidato la perimetrazione dell'ambito del potere accordato al giudice speciale *a valutazioni contingenti e soggettive*; ma, come s'accennava, aveva anche destabilizzato altre di mura: quelle ancor più gelosamente fortificate (ed abituate a respingere ogni assalto, con apparente distacco) della giurisdizione in spettanza alla Suprema. Difatti, la Corte Costituzionale con la sua decisione aveva sindacato la costruzione del concetto di giurisdizione che la Cassazione, massima interprete del diritto, aveva a sua volta creduto poter liberamente di plasmare: per vero venendo incontro a necessità di giustizia, imposte dall'impellente normatività di

cui quando il giurista crea e custodisce il diritto, svolge questo compito anzitutto in proprio vantaggio, lui essendo il primo operatore del potere che dal diritto si dirama – non racchiude la propria influenza nelle situazioni limite come quella qui illustrata, dove il contrasto, siccome più acceso, si rende meno mascherabile. L'interesse del giudice a preservare il suo potere – di qualsiasi giudice, come di qualsiasi autorità – si traduce anche in veri e propri stili giurisprudenziali, intendendosi per tali gli orientamenti di fondo seguiti dal giudice per costruire i propri indirizzi interpretativi. Del resto, al di là delle ragioni che, più o meno retoricamente s'adducono in Italia per giustificare il sistema dalle molte giurisdizioni, è difficile non rendersi conto che lo scopo di giurisdizioni speciali – nel senso d'essere limitate nella loro competenza a determinate materie unificate da un interesse prevalente che le identifica – è proprio quello di mantenere il giudice legato agli interessi dei quali è giudice. Quanto più il giudice speciale si premura di preservare gli interessi la cui cura è a lui affidata, tanto meglio egli svolgerà il proprio ruolo, rafforzerà la propria presenza nella realtà istituzionale e sarà gradito al potere di chi quel giudice ha istituito e ritiene di conservare. Questo però spesso comporta delle distorsioni anche gravi, perché è facile scivolare in fenomeni di trasformazione dell'interesse di cui il giudice speciale ha la tutela, nell'interesse delle persone ed istituzioni che avrebbero il compito di perseguirlo.

Per una più compiuta visione va anche però considerato che quando la giurisdizione preserva gli spazi della propria assolutezza contribuisce a rafforzare il proprio ruolo, per come è all'attualità concepito: non persegue cioè soltanto il proprio interesse corporativo – anche se questo sembra essere lo scopo principale – ma ad un tempo mantiene le condizioni in forza delle quali l'esercizio del proprio potere può essere a pieno portato ad effetto. In sostanza, come spesso accade nella costruzione sociale della realtà, non un solo fine può individuarsi in singole strategie o scelte, ma molti obiettivi, anche non espressamente voluti, sono di fatto perseguiti e talora raggiunti, concorrendo in tal modo alla complessiva tenuta del sistema.

fatti che spesso si vedevano cancellati da decisioni di piglio eccessivamente autoritario, adottate dalla giurisdizione speciale. Il Giudice delle leggi aveva con la sua sentenza addebitato alla Cassazione niente di meno dell'aver valicato i limiti esterni al suo sindacato sul riparto tra le giurisdizioni – essa che del riparto aveva sempre ritenuto di detenere indiscussa la signoria. Nella sostanza, ed al di là delle forme eleganti, era entrato nella competenza probabilmente più importante della Cassazione, anche per le responsabilità costituzionali (e nobilitanti) implicate dalla tenuta complessiva della precaria architettura giurisdizionale italiana, affidata alle attenzioni di almeno cinque differenti giurisdizioni, Corte Costituzionale lasciata a parte. In termini tecnici, la Corte Costituzionale ed il suo relatore, il *doyen* del Consiglio di Stato, avevano giocato al rialzo: e se la Cassazione aveva addebitato al Consiglio di Stato il superamento dei limiti esterni alla propria giurisdizione, denegandola indebitamente in danno del cittadino, la Corte Costituzionale aveva ritorto questa medesima accusa nei confronti della Corte di Cassazione, imputandole d'aver piuttosto essa travalicato i limiti del proprio sindacato sul riparto, in danno questa volta del Consiglio di Stato. Insomma, come s'accennava, un intrico che ricorda abbastanza da vicino le lotte giurisdizionali scomposte d'antico regime. Segno, anche questo, che la posta in gioco è davvero alta.

La Corte di Cassazione, *obtorto collo*, era stata costretta a piegarsi ai voleri della Corte Costituzionale<sup>201</sup>. Tornare innanzi alla Corte Costituzionale, riproponendo ancora la questione, sarebbe stato ingenuo atto suicidario, vista la precedente esperienza e, immutata la composizione personale del Giudice delle leggi, avrebbe significato candidarsi alla disfatta. Si trattava però d'un ossequio provvisorio, d'un *buon viso a cattivo giuoco*, che non aspettava altro – com'è proprio della giurisdizione – della giusta occasione per riscattarsi. E l'occasione si diede. Il Consiglio di Stato, con sentenza della III Sezione n. 5606 del 2019, aveva assunto una di quelle sue decisioni dove l'interesse a conservare l'operato dell'autorità amministrativa vien fatto prevalere su quello del ricorrente ad ottenere una risposta di giustizia. E così, dinanzi all'appello di un concorrente escluso da una gara perché la propria of-

<sup>201</sup> La giurisprudenza delle Sezioni Unite successive alla pronuncia n. 6/18 della Consulta è nel senso di escludere la possibilità del sindacato sui limiti esterni della giurisdizione, quando le pronunce del Consiglio di Stato negassero tutele in materie coperte da diritto sovranazionale vincolante per l'Italia: Cass. S.U., 6460/20, 29085/19, 13243/19 ed altre citate nell'ordinanza della Suprema su cui subito oltre.

ferta non aveva raggiunto il punteggio tecnico minimo, aveva negato che questi potesse investire con le proprie censure altri aspetti della procedura (quali la legittimità dei criteri di valutazione delle offerte, la composizione della commissione giudicatrice, la mancata suddivisione in lotti dell'appalto), se non prima avesse dimostrato l'illegittimità del provvedimento per la parte che ne aveva determinato l'espulsione<sup>202</sup>. Si trattava, dunque, d'una fattispecie che riproponeva alla Corte di Cassazione una tipica situazione di privazione di *forme di tutela* – una tipica situazione di giurisdizione intesa in *senso dinamico* – per di più presidiata da diverse disposizioni sovranazionali del Trattato sull'Unione Europea e dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Ma si trattava anche esattamente della situazione processuale che la ormai nota sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2018 aveva ritenuto non rientrare nell'ambito del controllo sulla giurisdizione riservato al Giudice del riparto.

La risposta della Cassazione – come si è detto, colta nel vivo della definitività della propria giurisdizione, che essa sola anela a delimitare – è stata speculare a quella della Corte Costituzionale. Come la prima aveva schierato il relatore a sua disposizione oggettivamente più prossimo alle ragioni del Consiglio di Stato, così la seconda sceglie

<sup>202</sup> Non senza un certo tono apodittico, il massimo giudice amministrativo aveva testualmente affermato al par. 9 della decisione: «l'odierna appellante, essendo stata esclusa dalla gara per non aver superato la "prova di resistenza" della soglia minima di punteggio dell'offerta tecnica tramite il confronto a coppie, e non essendo riuscita a dimostrare l'illegittimità della gara quanto all'attribuzione del predetto punteggio, rimane dunque priva non solo del titolo a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestarne gli esiti sotto altri profili, giacché diviene portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara». Ora, un assunto del genere, come si osserva sopra nel testo, può giustificarsi solo nella prospettiva di mantenere fermo come che sia l'operato dell'amministrazione, essendo di prima evidenza – e non può essere sfuggito a giudici esperti come quelli di Palazzo Spada – che chi è stato escluso da una gara per non avere raggiunto il punteggio minimo richiesto per il superamento della soglia di sbarramento, non è affatto portatore di un *mero interesse di fatto analogo a quello di qualunque operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara*; perché l'appellante alla gara ha partecipato ed ha tutta la legittimazione e l'interesse ad impugnarne i criteri di valutazione, in quanto capaci d'incidere sull'assegnazione del punteggio, come di contestare la legittima composizione della commissione giudicatrice, dato che da essa il punteggio è stato assegnato. Dunque, spogliando indebitamente l'appellante della legittimazione – e commettendo un *error in procedendo* – il Consiglio di Stato veniva a privare questi di una *forma di tutela*, con tutto quel che ne sarebbe potuto seguire.



d'affidare, nelle Sezioni Unite, il compito di vergare l'ordinanza di rinvio pregiudiziale al suo componente più esposto sul piano dell'affermazione del pieno potere della Suprema di sindacare tale tipologia di pronunce del Consiglio di Stato. Antonio Lamorgese, che redigerà il molto impegnato provvedimento delle Sezioni Unite, s'era già espresso – e la sua voce aveva circolato – nella sede del commento dottrinale, e prim'ancora che la Corte costituzionale emettesse la sua decisione contraria, per la piena legittimità del sindacato in termini di denegata giustizia con riferimento ad una serie diversificata di casi in cui il Consiglio di Stato, facendo cattivo uso della propria giurisdizione avesse, ad esempio, omesso ingiustificatamente il rinvio pregiudiziale, avesse omesso completamente di motivare su capi della decisione, avesse violato platealmente norme eurolunitarie, anche quando sulla loro corretta interpretazione non si fosse ancora pronunciata la Corte di Giustizia. Egli, anzi, si era portato anche più in avanti rispetto alle posizioni già espresse dalla sua Corte, criticandone quella che a suo giudizio doveva considerarsi un'eccessiva prudenza. Parole che pare utile riferire, perché s'inscrivono a pieno in quella che a giusta ragione deve definirsi una nuova, seria polemica tra le due Corti:

il *self restraint* così dimostrato dalla Corte di Cassazione rischia di trascurare che – come si è detto – gli *errores in iudicando* e *in procedendo*, se molto gravi ben possono essere e di norma sono sintomo del superamento dei limiti esterni della giurisdizione, sicché negare il sindacato sui predetti *errores* potrebbe comportare un diniego del controllo sulla giurisdizione. [...] La verifica dell'eccesso di potere giurisdizionale si risolve nella verifica del modo di esercizio del potere spettante al giudice, essendo l'eccesso di potere nient'altro che una forma *particolarmente grave* di violazione di legge. Oggetto del giudizio di Cassazione *non è la verifica della violazione di legge in sé* ma la ricerca degli eventuali *sintomi* dell'eccesso di potere [...].

Il sindacato della Cassazione sui motivi di giurisdizione non dovrebbe arrestarsi alla verifica dell'esistenza di un *error in procedendo* o *in iudicando*, ma dovrebbe spingersi ad accertare la gravità dell'errore e delle sue conseguenze, dovendosi pur sempre verificare se la sentenza impugnata possa ancora ravvisarsi come atto di esercizio di un potere giurisdizionale e se, in conseguenza dell'errore, siano riconoscibili i segni di uno sconfinamento nell'area delle attribuzioni di altri poteri<sup>203</sup>.

<sup>203</sup> A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*, Roma, Corte di Cassazione

Le espressioni sono forti, perché si dice che talora i maestri del Consiglio di Stato rischiano di snaturare a tal punto la decisione da farle perdere i tratti distintivi della funzione giurisdizionale. E le sue argomentazioni – quando parla di ‘sintomo’, ‘particolare gravità’ – potrebbero essere proprio quelle alle quali la Corte costituzionale aveva opposto l’inaccettabilità di un sindacato sulla giurisdizione che fondasse sulla gravità del vizio annidato nella decisione, in quanto in tal modo si sarebbero utilizzate categorie eccessivamente fluide, incapaci di dar sicura morfologia alla fattispecie dell’eccesso di potere giurisdizionale, tale da evitare indebite invasioni di campo.

Dunque, già nel formare il collegio giudicante e nell’assegnare alla vicenda contenziosa il relatore, la Cassazione, o quanto meno il suo Primo Presidente e l’Ufficio preparatorio, non è poco, avevano adottato una distinta strategia, lasciando intendere di non voler oltre tollerare il ‘sopruso’ della Corte Costituzionale. La poco ortodossa decisione di questa ha quindi innescato una competizione ed un nuovo gioco al rialzo, molto indicativo delle tensioni che ruotano intorno ai vertici delle giurisdizioni ed alla giurisdizione di vertice. Quest’ultima deve certamente aver avvertito nella sentenza della Corte Costituzionale una sorta di scavalcamiento, un’inversione di gerarchie tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione, dato che una sua decisione era stata sostanzialmente annichilita – nel modo che s’è detto – e si era negato alla Suprema il sindacato sul suo sottoposto, il giudice amministrativo. Con le gerarchie, nella giurisdizione ed altrove, non si scherza.

Ed allora la pariglia che il Giudice di legittimità rende al Giudice delle leggi, è in un nuovo scavalcamiento: se la Corte Costituzionale ha ritenuto che la Cassazione non possa sindacare il diniego di giurisdizione quando discenda da *gravi errori in iudicando* o *in procedendo*, la seconda ha bypassato la prima e si è rivolta ad un giudice ancor più supremo. Attraverso la forma del *rinvio pregiudiziale*, con l’ordinanza n. 19598/20, le Sezioni Unite hanno chiesto alla Corte di Giustizia d’interpretare il diritto dell’Unione per stabilire se questo non resti violato qualora al giudice della giurisdizione non sia consentito di rilevare le fattispecie di denegata giustizia:

alla luce di una nozione evolutiva del concetto di giurisdizione e della conseguente mutazione della nozione (e del giudizio) sulla giurisdizione –

21 settembre 2017, pp.13-14, reperibile in <https://www.corteconti.it/Download?id=077a7e36-9aa7-4a6b-bbd9-26a120b5fbb8>, (corsivi dell’A.).

*la cui interpretazione è rimessa alle Sezioni Unite (art. 111, 8° comma della Costituzione) – nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento, si è ritenuto che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra pertanto nello schema logico del sindacato per motivi inerenti la giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, della Costituzione, la eroghi concretamente.*

[...]

I limiti all'autonomia procedurale degli Stati [...] non subiscono deroghe in relazione alla natura amministrativa della materia [...], tanto più che, nell'originale sistema giurisdizionale italiano, la materia amministrativa non è «riservata» ai giudici amministrativi, ma è ripartita tra questi ultimi ed i giudici ordinari, *spesso sulla base di scelte del legislatore ordinario discrezionali e variabili nel tempo*, che producono esse l'effetto di far radicare la giurisdizione amministrativa e limitare il sindacato della Corte di Cassazione ai motivi inerenti alla giurisdizione [...]. La nozione di giurisdizione è tuttavia sufficientemente ampia da far ritenere a queste Sezioni Unite – le quali vigilano sul «rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni (art. 65 regio decreto 30 gennaio 1941 n. 12 sull'Ordinamento giudiziario) – che il ricorso per Cassazione costituisca l'estremo rimedio apprestato dall'ordinamento per evitare la formazione di qualunque giudicato contrario al diritto dell'Unione<sup>204</sup>.

La polemica con la Corte Costituzionale – e mediante essa, con il Consiglio di Stato – non avrebbe potuto essere più netta. Le Sezioni Unite, scontrandosi frontalmente con la pretesa del Giudice delle leggi d'essere interprete d'ultima istanza della Costituzione, rivendicano invece per loro il compito d'interpretare l'articolo 111, 8° comma, dato

<sup>204</sup> Cassazione, S. U., 18 settembre 2020, ord. n. 19598, pres. Mammone, rel. Lammorgese, par. 23.1 e 44 (corsivi miei). Sull'ordinanza, un buon inquadramento nel dibattito più strettamente giuridico è in M. A. SANDULLI, *Guida alla lettura delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, (2020), reperibile in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1422-guida-alla-lettura-dell-ordinanza-dellesezioni-unite-della-corte-di-cassazione-n-19598-del-2020>.

che la norma costituzionale riserva alla Cassazione la funzione di regolatore della giurisdizione. E dunque, esse ripropongono e tengono per ferma la loro interpretazione *dinamica* ed estensiva della nozione di giurisdizione, quale elaborata nel tempo dalla giurisprudenza di legittimità. Ma non solo. Perché nel secondo passaggio motivazionale, gli strali della Suprema s'appuntano direttamente sul Consiglio di Stato la cui ampiezza giurisdizionale – arrivano a dire – è da ritenersi qualcosa d'assai precario, legato alle scelte contingenti se non anche alle ubbie del legislatore (forse alimentate dallo stesso Consiglio di Stato), e non può essere – la presenza del giudice speciale – ragione di arretramento delle tutele, sottraendone l'operato al controllo sul pieno esercizio della giurisdizione. Insomma, poco è mancato che dell'operato del giudice amministrativo – e del giudice amministrativo stesso – non si predicasse l'incompatibilità con il sistema dell'Unione Europea e con la piena tutela dei diritti. Non sempre il linguaggio felpato e le parole mediatrici del diritto riescono a contenere a pieno le pulsioni.

Una polemica, dunque, assai dura. E del resto, così come la Corte Costituzionale, per preservare l'assolutezza della giurisdizione amministrativa, ha fatto un uso anomalo della *pronuncia d'inammissibilità della questione*, non molto diversamente deve dirsi della Cassazione. La quale ha usato il rinvio pregiudiziale, non tanto per avere un chiarimento sul diritto dell'unione, quanto piuttosto – ed evidentemente – per chiamare ad arbitro del conflitto tra essa e la Corte Costituzionale la Corte di Giustizia. Cosa ne penseranno nell'ambiente europeo di simili italiane baruffe, è questione che esula dalla prospettiva in cui questo scritto si pone.

#### 24. *Le battaglie di retroguardia: una giovine madre al cospetto della cassazione...*

Quel che qui premeva mostrare ed, auspicabilmente, dimostrare, è sino a qual punto, nella conformazione del potere giurisdizionale, l'*ultima parola* sia questione di vita o di morte<sup>205</sup>. Se, come è sembrato

<sup>205</sup> Ne sono venuti, com'è evidente numerosi altri spunti, in diverse angolazioni: l'importanza individuale degli uomini nelle istituzioni, l'uso spregiudicato delle forme giuridiche, la diversificata ascendenza degli interessi che possono condizionare le scelte istituzionali, il carattere occasionale che dà modo ai giudicanti d'attuare, senza darlo troppo a vedere, impicanti strategie, l'elevata condizionabilità dei costrutti giuridici; e,

lecito dire, onere proprio del giudice è determinare con definitività cosa debba intendersi per diritto in un dato momento storico, e ciò egli ottiene emettendo decisioni che tendenzialmente si susseguano in modo rispettoso dei precedenti, ne va della funzione giurisdizionale il poterlo fare o meno. Veder messa in discussione l'autorità del giudicato mina radicalmente l'autorità del decisore, squalificandolo, privandolo della sua propria forza e funzione, relegandolo in una condizione che esso reputerà sempre inaccettabile, perché accomunata a quella d'un qualsivoglia giurista consulente. Anche in questo, l'amor proprio giuoca una parte.

D'altronde, come s'è notato, è proprio grazie a questi strumenti che il giudice diviene il custode dell'ordinamento ed anzi della conservazione sociale. Esso invigila occhiuto su quanto aspiri ad entrare nel sistema ed è pronto a reagire quando si presenti l'ospite invito: lo fa anche forzando il contenuto delle norme vigenti, se ritenute non all'altezza del compito che egli per esse vede invece doveroso. Avviandoci alla chiusura di queste non proprio lievi considerazioni, non mi sembra un fuor d'opera offrire un'esemplificazione di come la giurisdizione, soprattutto se punta nel vivo delle sue strutture strutturanti, reagisca con la dovuta fermezza ad ingressi indesiderati; ed anche senza soverchi scrupoli, ricorrendo all'ampia tastiera che le sinfonie, quando le si voglia davvero gustare, pongono a disposizione di chi 'esegue' lo spartito. Tra le infinite testimonianze dalle quali sarebbe possibile trascogliere, m'è parso utile raccogliere il frutto d'una vicenda giurisprudenziale della metà degli anni trenta del secolo scorso – una distanza adeguata, per vederci un po' più chiaro – maturatasi in un contenzioso che ha avuto ad oggetto un istituto posto a confine d'una fortezza all'epoca ancora inespugnabile, quella della famiglia cattolica, luogo elettivo per l'esercizio dell'indiscussa autorità paterna<sup>206</sup>. L'istituto era appunto a confine, un confine scivoloso, perché

non da ultimi, i molteplici registri discorsivi che s'inalveano nel testo giudiziario. Questo rampollare di componenti non ha da far sorpresa, va solo ricercato con mezzi appropriati, quando ve ne siano a disposizione: ciò che si trova (o che si crede di trovare) è nient'altro dalla ricca esperienza in cui si manifesta la storicità che il diritto cerca di coprire con versatissime forme.

<sup>206</sup> Mutuo l'espressione della 'famiglia-fortezza' da F. FERRAROTTI, *Nostalgia dell'autorità*, in AA. VV., *In nome del padre*, Laterza, Bari 1983, pp. 3-55, che l'identifica nella «famiglia "cattolica" come unione indissolubile, sotto il potere assoluto del padre-patriarca, il cui interesse primeggiava su ogni altro valore, al punto da offuscare, o rendere quanto meno problematica, la stessa concezione di un interesse

idealmente inscritto tra la liceità istituzionale dell'istituzione cardine della società tradizionale – la famiglia con il suo patriarca – e la realtà anche allora, come sempre, molto più densa, spesso torbida e pruriginosa, che la vita incurante della moralità posticcia s'incarica di porre anche sotto occhi che non possono gradirla o che quanto meno devono tenere il punto nel non gradirla. Il regime giuridico al quale sto alludendo nel velleitario tentativo di creare *suspense*, è quello della *tutela legale* sul figlio naturale, dettato dall'articolo 184 del codice civile del 1865. Esso si poneva nella filiazione naturale, qual sorta di surrogato della patria potestà esercitata dal genitore di sesso maschile per i figli nati all'interno della famiglia ed era regolato dagli articoli 220 e seguenti del medesimo codice. Era dunque un istituto idealmente collocato all'interno di un regime giuridico – quello della *filiazione della prole nata fuori del matrimonio* – posto al limite della famiglia legittima, per annettere alla regolazione un fenomeno ampiamente presente, e dunque non del tutto disconoscibile dal diritto, ma anche potenzialmente in grado d'incrinare l'oleografia (e la pace) familiare, *magna pars* della costruzione ideale ed ideologica dell'organizzazione sociale su base autoritaria. Insomma, territorio di confine, dunque pericoloso ed esposto agli attacchi dello straniero.

Ora, attraverso la tutela legale del figlio naturale, indubbiamente l'ordinamento estendeva la propria presa, per quanto possibile senza smentire i valori sacri della famiglia legittima, fino a ricomprendervi anche la procreazione nata fuori del matrimonio: almeno nel senso di mantenere un certo schema di controllo autoritario alla base di un fenomeno che, per essere sorto all'esterno del modello giuridico familiare, si presentava per molti versi *deviante*. E però, nonostante questi tentativi d'appianamento, la realtà sottostante il fenomeno della filiazione naturale era, come anche si dirà facendo parlare brevemente le fonti, molto lontana da quella del preservato ambiente familiare (o almeno da ciò che di questo era visibile): era una realtà di prevaricazioni,

pubblico superiore a quello immediato della cerchia familiare». (Ivi, p. 51). Alla protezione del modello familiare a base patriarcale corrispondeva lo scopo di preservare lo stesso modello sociale borghese, secondo insegnano i classici studi francofortesi condotti in quegli stessi anni sotto la direzione di Horkheimer: per una sintesi e per le successive evoluzioni del modello, M. HORKHEIMER – T. ADORNO, *Lezioni di sociologia*, Einaudi, Torino 1966 (1956), pp. 147-166.

La scelta, inoltre, cade su questa decisione, perché oggetto di molte ore di lezione nel corso di *Storia della giustizia*, che tengo, come ho già detto, presso il mio Ateneo da anni insieme al collega Massimo Tita.

di divario sociale, di sofferenze e sfruttamenti, di frequenti abbandoni dopo il tratto piacere. In effetti, l'art. 184 del primo codice unitario sembrava lasciare spazio alla diversificazione, nel senso di consentire che la tutela legale, in certe condizioni di scarsa meritevolezza del padre, potesse essere accordata anche alla madre, pure in quei casi in cui entrambi i genitori (e quindi anche il padre) avessero proceduto al riconoscimento<sup>207</sup>. Una possibilità che appariva rispecchiare in modo realistico quella frastagliata fenomenologia, costituita appunto dalla procreazione illegittima. Era così accaduto che una Corte d'Appello, probabilmente indottavi dalle specificità di una fattispecie che vedeva il padre naturale sottrarsi ai suoi doveri, avesse accolto la domanda di una madre – di condizioni economiche e sociali assai più modeste di quelle del padre, professionista e borghese – che rivendicava per sé l'esercizio della tutela legale, indottavi dalle trascuratezze del coniuge restio ad interessarsi responsabilmente dell'infante. Probabilmente sentendosi punto nel suo orgoglio maschile e certamente nell'autorità che riteneva a sé riservata, il padre, l'ingegnere Nestore Bertogli, ricorse per Cassazione, chiedendo l'annullamento dell'impertinente sentenza. La quale così sentenziò, rinviando la decisione ad altra sezione della Corte d'Appello di Milano per il prosieguo del giudizio:

L'art. 184 del codice civile dichiara che se il riconoscimento fu fatto da ambidue i genitori, la tutela compete *di preferenza* al padre. Tale disposizione è *analoga* a quella dell'art. 220 relativo alla patria potestà. L'art. 220 dichiara che durante il matrimonio tale potestà è *esercitata* dal padre. Viene esercitata dalla madre, ove costei sia vedova; oppure anche in co-

<sup>207</sup> Per seguire la ricostruzione che si sta conducendo, è indispensabile avere sott'occhio le due disposizioni maggiormente in rilievo, l'art. 184 e l'art. 220 del codice, rispettivamente dedicate alla tutela legale ed alla patria potestà. L'articolo 184 era così concepito: «il genitore che riconobbe il figlio naturale, ne ha la tutela legale durante la minore età. / Se il riconoscimento fu fatto da ambidue i genitori, la tutela compete *di preferenza* al padre. / Sono applicabili a questa tutela le disposizioni degli articoli 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 e 233». L'art. 220, a sua volta: «Il figlio, qualunque sia la sua età deve onorare e rispettare i genitori. Egli è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore od all'emancipazione. / Durante il matrimonio tale potestà è *esercitata* dal padre e, se egli *non possa* esercitarla, dalla madre. / Sciolto il matrimonio, la patria potestà viene esercitata dal genitore superstite». Va solo aggiunto, che le cause d'interdizione dell'esercizio della potestà paterna erano tassative ed erano fissate nell'art. 233 del codice civile e 33 del codice penale, riconducendosi ad ipotesi di abuso grave della potestà o di condanna all'ergastolo.

stanza del matrimonio, nella ipotesi che il padre non possa esercitare la patria potestà. Il legislatore, nel precedente art. 184 relativo alla tutela legale, *non poteva* adoperare la locuzione «durante il matrimonio»; egli ha usato invece la locuzione «di preferenza», significando così che se il figlio naturale è stato riconosciuto da ambedue i genitori, la tutela legale compete al padre fino a quando costui non muoia, o non si trovi nella impossibilità di esercitarla, o non ne sia privato a norma dell'art. 223 codice civile, richiamato così nell'art. 184 come nell'art. 220<sup>208</sup>.

Che la lingua italiana sia davvero così a corto di lemmi e costruzioni sintattiche, sino al punto di precludere al legislatore di trovare una qualche espressione meno equivoca del sintagma *di preferenza* per segnalare la propria volontà di riservare in esclusiva la tutela legale al padre, beh questa è affermazione un po' forte anche per giudici adusi all'autoriferimento, come quelli della Cassazione in ogni tempo. Ma sul piano della storicità del diritto, queste sensibili forzature dell'elemento linguistico, costituiscono una spia preziosa delle ragioni retrostanti, esse non meno sensibili e reattive delle forme espressive in cui i giudici in ermellino s'industriano per assicurar loro protezione avanzata. Del resto, di cos'altro può essere sintomo se non d'una scelta precisa di campo, l'analogia infondatamente affermata dalla Cassazione tra le formule utilizzate nell'articolo 184 per l'assegnazione della tutela (*di preferenza*) e per l'attribuzione della potestà genitoriale (*è esercitata*)? Nel primo caso, una costruzione avverbiale che serve marcare con un modo ottativo il verbo *compete*; nel secondo, una forma imperativa tipica di contesti normativi. Queste ripetute 'violenze' alla parola della legge, avevano, però, solida legittimazione culturale: attraverso d'esse, la Corte stava lavorando al prezzo dell'ideologia della famiglia legittima ed ai danni della prole naturale, associando quest'ultima a regole e fini che con essa avevano ben poco da spartire. Della famiglia legittima, quella naturale costituisce, nell'esperienza della vita di quegli anni, piuttosto una via di fuga e di temporanea, illusoria libertà o anche di semplice spavalderia e prevaricazione: e comunque – e sempre – essa rappresenta un modello alternativo di costruzione dell'esistenza. Cosicché è lontano da ogni senso, anche tecnicamente giuridico, sottoporle a trattamento uniforme. Non esattamente da *ogni* senso, però. I modelli culturali sono forti, quello del dominio maschile, tra i più

<sup>208</sup> Cass., I, 8 luglio 1936, in *Giurisprudenza Italiana*, LXXXVIII (1936), I, 1, c. 1029 (corsivi miei).



consolidati, anche più duraturo dello schema familiare grazie a cui è andato progressivamente rafforzandosi, per potersi esportare in ogni contesto in cui riesca, pure ricorrendo a metamorfosi<sup>209</sup>. Aveva proprio ragione il saggio Anacarsi a dar dell'illuso a chi riteneva d'infrenare le iniquità umane con le parole. Le parole della legge tendono alla conservazione, è vero; ma in un senso molto lato, nel senso che inducono a resistere al cambiamento, anche quando questo cambiamento c'è nella storia ed avrebbe modo di affacciarsi alla legge, che talora lascia sparuti spiragli, spiragli però ben vigilati dal sistema messo all'opera da un giudice, allevato dalla cultura giuridica a farlo funzionare *preferibilmente* con un certo orientamento. Il sistema, non la singola norma o il singolo, esile fatto prevale: la *langue* non la *parole*. È anche un po' questa la forza d'un codice: lasciar sempre il modo di spengere l'entusiasmo tra le spire dei suoi nessi, rinvii, analogie, disposti che si combinano a piacimento. In questo caso, è accorsa la disciplina della patria potestà in soccorso della tradizione a sbarrare la strada all'istanza femminile che qualche spazio avrebbe pur potuto trovare nella *tutela legale*; in altri casi non mancheranno mai le più diverse forme<sup>210</sup>.

### 25. E la mediazione autoritaria del giudice di merito

In realtà, questa reazione forte della Corte di Cassazione al credito accordato dal giudice di merito all'aspirazione femminile (materna) d'assumere la giuridica (ed esistenziale) responsabilità del figlio, pog-

<sup>209</sup> Lo scrive con particolare efficacia P. BOURDIEU, *Il dominio maschile*, Feltrinelli, Milano 2009 (1998), p. 121, parlando di 'costanza trans-storica dei rapporti di dominio maschile': «così, una visione autenticamente *relazionale* del rapporto di dominio tra gli uomini e le donne, quale si costituisce *nell'insieme degli spazi e sottospazi sociali*, cioè non soltanto nella famiglia, ma anche nell'universo scolastico e nel mondo del lavoro, nell'universo burocratico come nel campo dei *media*, fa crollare l'immagine fantasmatica di un "eterno femminile", ma solo per far meglio apparire, la costanza strutturale del rapporto di dominio tra gli uomini e le donne, che si mantiene al di là delle differenze *sostanziali* di condizione legate ai momenti della storia e alle posizioni dello spazio sociale».

<sup>210</sup> È qui impossibile toccare il tema, perché è tra i più fecondi, in questa prospettiva di ricerca. Basti per farsene un'idea, guardare alla giurisprudenza della Corte di Cassazione formatasi negli anni Settanta del secolo scorso per resistere alle interpretazioni 'costituzionalmente orientate', talora per vero eccessivamente orientate, dei pretori del lavoro in materia di scioperi e licenziamenti.

giava su piattaforma solidissima e molto ampia: come del resto l'ardire degli argomenti impiegati mostra da sé, indizio certo d'un consenso che si sa scontato nell'ambiente da cui quei funambolismi linguistici provenivano e nell'ambiente perbenista al quale essi erano indirizzati. Ce lo racconta, molto più chiaramente, l'esito del giudizio di rinvio, che si celebrerà appena qualche mese dopo (erano almeno efficienti, quei tempi) nelle aule della Corte d'Appello di Milano. Ed anche questo si spiega. Mentre il giudice di ultimo grado può usare a pieno della propria autoreferenzialità, poiché nessuno può dirgli un bel nulla, qualunque cosa egli *affermi* – in sostanza può sostenere, come qui la Corte di Cassazione, ciò che vuole senza tema di smentite – quello di merito ha un dovere di motivazione che discende dalla riformabilità della decisione e dunque dalla sua esigenza di presentarsi solido in caso d'un'eventuale impugnazione. E così si spiega quanto la Corte d'Appello scriverà, esibendo piena adesione alla tradizione e pure una *forma mentis* di straordinario conservatorismo, fuor di tempo forsanche per quei ormai risalenti tempi. Fuor di tempo, però, non per il ceto giudiziario.

Si deve infatti considerare che la chiara (e per noi illuminante) motivazione della Corte d'Appello è resa necessaria in quanto, all'epoca, la legge processuale prevedeva che il giudice di merito avesse libertà di pronunciare diversamente da quanto statuito in Cassazione, essendo tenuto a rispettare solo quanto deciso da una doppia, consecutiva sentenza conforme del giudice di legittimità, secondo il modello della *doppia conforme* di antico regime<sup>211</sup>. Alla Corte d'Appello non sfuggono le esigenze di carattere sostanziale che premono alle porte della legge; questo non significa però che vadano spalancate, magari socchiuse, ma spalancate no. E dinanzi alle perorazioni, forse ingenuamente avanzate ancora da 'la Ligabò'<sup>212</sup>, la madre del piccolo e quasi un'eroina di quei tempi, osserva:

<sup>211</sup> La disciplina della doppia conforme era dettata all'art. 547 del codice di procedura civile. Sul sistema di doppia conforme, A. DE MARTINO, *Per la storia della Cassazione Civile a Napoli. Il dibattito sull'ordinamento giudiziario durante gli anni venti dell'Ottocento*, in A. MAZZACANE – C. VANO (a cura di), *Università e professioni giuridiche in età liberale*, Jovene, Napoli 1994.

<sup>212</sup> Significativo inconscio delle distanze e delle mentalità sociali dell'epoca è che mentre l'uomo-padre viene evocato in sentenza con nome, cognome e titolo professionale – 'ingegnere Nestore Bertogli' – alla donna-madre, appena qualche riga sopra, è riservata la locuzione di cui al testo, priva dell'appellativo "signora" e preceduta dal solo articolo mirante a connotarne la condizione femminile. Nota BOURDIEU, *Il dominio*, cit., p. 17, nt. 6: «si è spesso osservato che sia nella percezione sociale sia nella lingua il genere maschile appare

pensa la Corte che se una diversa e più larga interpretazione della norma in discorso può essere spiegata dal bisogno che, a volte, può spingere il magistrato a prescegliere la madre per maggior vantaggio del figlio, anziché il padre per affidare alla prima l'esercizio della tutela legale (*bisogno al quale s'ispira il progetto del codice civile*, che all'art. 267 consente sia affidato alla madre, anziché al padre, l'esercizio della patria potestà sul figlio naturale riconosciuto) tale interpretazione della legge non è consentita dalla volontà del legislatore, manifestata dalla norma concreta e risultante dalla *valutazione dei principi ai quali s'ispira il sistema vigente*<sup>213</sup>.

Dopo tutto quel che si è visto sinora, sarebbe ozioso indugiare nell'analisi del testo. Par di trovarsi nel *Deserto dei tartari*, a difender qualcosa che forse non c'è già più: anche il codice sta mutando, non però la giurisprudenza, dialettica questa peraltro ben nota perché radicata nel tradizionalismo della mentalità giuridica. È chiaro che la Corte d'appello non avrebbe incontrato alcun ostacolo nel dato letterale a dar spazio a quella normatività del fatto, che essa ben vede nel 'maggior vantaggio' del minore. Anzi. Il problema è nel *sistema*, ma nemmeno, come tra un attimo si dirà, nel sistema normativo nella sua effettiva flessibilità, bensì nell'orizzonte valoriale che delimitava la *forma mentis* di quei giudicanti all'atto del costruire il *proprio* sistema. Viene fuori molto limpidamente:

il legislatore considera i diritti della patria potestà (che corrispondono a quelli compresi nella tutela legale) solamente come mezzi per l'adempimento dei doveri, che incombono ai genitori per la protezione ed assistenza dei figli e, pertanto, dato il principio, che ispira tutto il nostro sistema legislativo, della *prevalenza dell'uomo sulla donna, la quale è posta in condizione d'inferiorità rispetto all'uomo*, è strettamente logico che la

come non contrassegnato, neutro, in qualche modo per opposizione al femminile, esplicitamente caratterizzato»: una caratterizzazione, inutile anche dirlo, espressione di distanziate pregiudizio non certo di riguardo. Sulla diffusa presenza del pregiudizio antifemminile nella cultura (non solo) giuridica d'età liberale e sulla sua persistenza al di là delle tendenzialmente parificanti forme normative, è oggi a disposizione l'interessante e motivata ricerca di F. D'ALTO, *Custodire la dote per custodire la virtù. Politiche della carità nelle carte del banco dell'Annunziata di Napoli*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, soprattutto pp. 31-66, dove la dinamica dell'assegnazione al padre del potere ed alla madre della materiale gestione è descritta con particolare efficacia.

<sup>213</sup> Corte di Appello di Milano, 20 ottobre 1936, in *Giurisprudenza Italiana*, LXXXIX (1937), I, 2, c. 233-234 (corsivi miei).

legge, e per la generica minore condizione nella quale è tenuta la donna e perché, specificamente, è ritenuta *incapace all'esercizio dell'ufficio tutelare* (art. 268 codice civile) sancisca il principio che ove il riconoscimento sia avvenuto ad opera di entrambi i genitori, per l'esercizio dei poteri di tutela *sia preferito* il padre<sup>214</sup>.

La chiusura di questo scampolo, ci segnala un altro trattamento ortopedico al quale è stata suo malgrado sottoposta «la formula, forse non proprio felice usata» dall'art. 184, come scrive poco oltre la Corte. Il problema è che la formula non è felice – forse un po' di felicità avrebbe potuto dispensarne – perché non rende felici i suoi giudici, carezzandone le inculcate convinzioni<sup>215</sup>. Cosicché, ancora una volta, quella locuzione avverbiale *di preferenza*, assume nuova veste grammaticale e la sintassi ovviamente cambia: *sia preferito*, trasformandosi da sintagma che contiene una norma 'd'indirizzo' a precetto d'ordine. Potenza delle mutazioni, se ne sa di questi tempi qualcosa. Ed anche l'accomunamento, dato per scontato, tra la tutela legale e la patria po-

<sup>214</sup> Corte d'Appello, Ivi, cc. 234-235.

<sup>215</sup> Questa della sovrapposizione delle categorie di giudizio del giudice – ed attraverso di esse, di quelle prevalenti nel pensiero medio di un certo momento storico – è una realtà costante nella storia della giurisprudenza e sta a testimoniare tra l'altro la decisività delle categorie cognitive del giudice nella formazione della decisione. Lo si può testimoniare in molti modi e qualcuno lo si è presentato nelle pagine che precedono. Aggiungerei per la straordinaria efficacia un articolo, capitatommi di recente sotto gli occhi, che Alberto Moravia scrisse nel marzo del 1963 dopo avere ascoltato le conclusioni del Pubblico Ministero nel processo che condusse alla condanna di Pier Paolo Pasolini per vilipendio della religione a causa dei contenuti del cortometraggio *Ricotta*. Con la sensibilità propria del letterato quando si pone all'osservazione del diritto, Moravia scriveva: «Egli [il P. M. romano] accusava Pasolini di “vilipendio alla religione”. In realtà avrebbe dovuto accusarlo del reato di “vilipendio della piccola e media borghesia”. [...] Infatti: Pasolini non aveva certamente vilipeso la religione cattolica [...] bensì aveva vilipeso la piccola e media borghesia italiana attraverso la critica dell'idea che essa si fa della religione cattolica. E qual era quest'idea? Era l'idea che traluce nei santini in tricromia, nelle oleografie sotto vetro, nella statuaria di gesso colorato, in tutta insomma l'orribile cianfrusaglia e chincaglieria sacra il cui stile fu determinato una volta per tutte secoli fa nella versione iconografica delle figure del nuovo Vecchio e del Nuovo Testamento diedero Raffaello e soltanto in piccola pare i manieristi. Era un'idea, diciamo pure [...] convenzionale, cioè completamente priva di contenuto religioso e fatta apposta per la comodità di una società, appunto anch'essa del tutto irreligiosa» Cfr. A. MORAVIA, *I santini del pubblico ministero*, ora in ID., *Impegno controverso. Saggi, articoli, interviste: trentacinque anni di scritti politici*, Bompiani, Milano 1980, pp. 73-74.

testà ha non poco d'arbitrario, perché assimila istituti distintamente disciplinati e nominati, ed anche in storico conflitto<sup>216</sup>. Ma dove le resistenze della storia culturale si fanno schiettamente avvertire nella decisione – e pongono ad evidenza le tensioni che vanamente si cerca di dissolvere manipolando il dato testuale – è nell'ascrizione a rigida gerarchia del rapporto uomo-donna, imputandosi all'ordinamento una radicale opzione maschilista che, per vero e come annoterà un commentatore della decisione che a breve interpellaremo, era estranea alla realtà giuridica, molto più disponibile ad ammettere spazi d'autonomia. E la piena adesione alla concezione dell'inferiorità femminile, è talmente disturbante, da far sì che la sentenza, richiamando l'articolo 268 del codice civile sull'incapacità della donna all'ufficio tutelare (riferito al diverso caso della tutela del pupillo privo di genitori), non s'avvede nemmeno delle novità che l'ordinamento italiano aveva registrato a far data da più di tre lustri e che avevano portato all'abrogazione di quel divieto con la legge n. 1176 del 1919, in grazia della vivificante esperienza seguita alla Grande Guerra. Ma anche in questo è la perpetuazione prodotta dall'*habitus*, dalle categorie di giudizio fortemente interiorizzate grazie all'eternarsi ed universalizzarsi della tradizione al di là dei tempi in cui si maturò. È traverso di queste interiorizzazioni relativamente consapevoli che essa riproduce, trasmette e consolida se stessa proiettandosi nel futuro: un percorso che nella giurisdizione – stante la questione del 'precedente' e vario altro – assume forme talora parossistiche e certamente in grado di produrre immagini non troppo discoste dall'allucinazione.

La realtà, si diceva, preme, e la Corte lo percepisce. Si ha un bel giocare con le parole, allargandone o stringendone alla bisogna lo spettro di significazione. I fatti restano lì a reclamare – non si allontanano, non demordono – ed in questo caso il fatto era costituito da un figlio in carne ed ossa, del quale il padre non aveva alcuna cura, ma sul quale voleva continuare a vedere indiscussa la sua autorità: c'è da credere, ma non da poter dimostrare, non esattamente per amor del fantoccino,

<sup>216</sup> Non solo perché alla tutela legale, per il disposto espresso dell'art. 184 non si applica l'art. 220 che disciplina la patria potestà, attribuendola nel modo visto rigidamente al padre. Ma perché il regime della tutela è sempre stato considerato un'insidia grave alla solidità della potestà del padre, finendo con il confinarla al periodo di minorità del pupillo e privandola di quell'aura di sacertà che è ad essa propria: sul punto, M. CAVINA, *Il potere del padre. I, Configurazioni e 'ius corrigendi': lineamenti essenziali nella cultura giuridica italiana preunitaria (1804-1859)*, pp. 162 ss..

quanto piuttosto per rimarginare la ferita inferta al proprio ego da quella perdita di potere. E poi c'è una madre che, esponendosi al pubblico giudizio ed ai costi del difensore, vuol proteggere il frutto dell'amore proibito. Insomma, un plesso di tensioni, difficile da sopprimere del tutto, anche per il più crudo dei decisori.

Ed allora, la mediazione al *modo del diritto* deve venire, per quell'inconculcabile esigenza che esso ha d'aderire sia pur solo in parte ai fatti, se vuol svolgere il proprio compito: si farebbe altrimenti fuori da sé e generalmente questo non accade per nessuna forma dello spirito orientata da ragione. Si tratta dell'esigenza di rinvenire nei fatti quel portato d'umanità che in essi sempre si contiene e che si sposa, almeno in parte, con la valorialità circolante nel momento storico dato. Dunque, la mediazione: sulla base di una domanda subordinata che la signora Ligabò aveva prudentemente proposto (ogni sagace avvocato avrebbe avuto cura d'avanzarla), la Corte dispose che la tutela resti al padre, ma anche che l'esercizio di molti dei suoi contenuti si trasferisca alla madre: insomma, salvare le forme (ciò che più conta nell'immaginario del giurista e dell'ipocrisia borghese), assicurando sostanze non negoziabili. La tradizione perdura e per ora s'adatta ai tempi, che sono quel che sono ma bisogna pur tenerne conto, è compito anche questo del giudice. Ben inteso, tutto ciò legittimandosi su motivi che confermano il *punto di vista* del giudice: diciamolo francamente, il suo ben radicato maschilismo. Dopo essersi fatti forte di puntuali precedenti della Corte di Cassazione, scrivono i nostri giudici:

e la domanda a tal fine avanzata dalla Ligabò appare alla Corte accoglibile. Come è chiaro, nell'increscioso dissidio sorto tra i due genitori, pei quali l'innocente figliuolo, anziché costituire la ragione del legame, rappresenta, purtroppo, la ragione di aspro e doloroso contrasto, deve prevalere, *per evidenti ragioni di utilità sociale ed umana*, solo il vantaggio materiale e morale del bambino. Costui ha appena poco più di due anni (è nato il 24 giugno 1934): è perciò nello stadio della vita nel quale *sono prevalenti le necessità più strettamente fisiologiche*. All'allevamento del bambino occorrono le *cure tenere, affettuose che solo la mamma* può prodigare e nessuna considerazione di *maggiori agi o di più elegante e raffinata educazione* potrebbe valere, ora, a compensare nel piccolo essere la mancanza dell'assistenza di colei che l'ha generato.

*Quando le ragioni di ordine contingente*, che impongono, ora, che la cura, l'assistenza, l'educazione del bambino sia affidata alla genitrice sa-

*ranno mutate*, il magistrato potrà eventualmente adottare altri provvedimenti, ove lo consiglino *le ragioni della maggiore utilità materiale morale* del Bertogli<sup>217</sup>.

Anche a far la tara della retorica dei *buoni sentimenti* che dal tardo Ottocento si perpetua in forma stereotipa, strutturando il piano delle argomentazioni – ‘incresciose situazioni’, ‘dolorosi contrasti’, ‘innocenza infantile, genitori sconsiderati’ – un dato appare in piena luce, ed è quello che da base all’intera decisione: la donna *non ha praticamente dignità giuridica*. Essa, semplicemente non ha diritti, secondo questo modo di pensare; fattrice ed allevatrice di bambini, poco più. La distanza nel tempo di queste affermazioni aiuta a coglierne il significato più pieno; all’epoca esse godevano di ampio – seppur non completo – consenso: per la magistratura, soprattutto in quella di vertice, *andavano da sé*. In questo processo, la madre ha qualche soddisfazione, ma non perché soggetto di diritti, bensì perché strumento del diritto che, per ragioni di utilità sociale ed umana, la vede bene a far da balia nei primi anni di sviluppo dell’infante, perché ci sono affettuosità e delicatezze che *solo la mamma può prodigare*. Ma ben attenti a non oltrepassare questa funzione, è già previsto che, terminato questo compito da nutrice, il pargoletto ormai in forze passi sotto la direzione del padre, dove più *elegante e raffinata educazione* avrà certamente sede, ovvio: pur se, vien da osservare, la pregressa condotta paterna avrebbe potuto spingere a qualche riflessione in più.

Questa è la storicità del diritto giurisprudenziale: un diritto che si fa nel conflitto tra gli interessi contrapposti – individuali, collettivi, culturali, nella *posizione del giudice* – che poco appiglio rinviene nelle norme, soprattutto quando il conflitto si specifica in fatti molto duri e concreti, e si tratta di far salva una tradizione che non si presti ad essere portata innanzi tal quale. Allora è necessaria *l’inventio*, un’*inventio* che è ricerca sì, ma non nelle leggi, bensì nella specola della cultura del giudice (o attraverso di essa, il che cambia poco), nel modo che egli ha d’intender le cose: che non è affatto detto sia quello del legislatore, essendo lui organo della tradizione – non vuol dire della fissità – assai più di chi le norme formalmente pone, dato che è lui ad esser quotidianamente chiamato a custodirle, mantenerle, decisione dopo decisione, *interpretazione dopo interpretazione*.

<sup>217</sup> Corte d’Appello, Ivi, c. 236.

Questa decisione fu annotata dalla penna del napoletano Francesco Degni, distinto civilista, allievo di Emanuele Gianturco (e genero di Francesco Pepere). La scienza del diritto, quand'è tale, ha ben diversa libertà nella lettura delle norme: lo sappiamo, non ha la responsabilità del loro ingresso nel circuito sociale, dunque può con maggiore spregiudicatezza – spregiudicatezza, in senso tecnico – leggerci *significati* aggiornati, al passo con i tempi, non avvinti dalle spire della conservazione 'responsabilizzante'. Ma questo non vuol affatto dire che sia storicamente più rappresentativa ed al passo con i tempi. Piuttosto, svolge più funzione di gramsciana avanguardia, quand'è scienza vera.

Al nostro Degni parve «un'evidente aberrazione il concetto fondamentale posto alla base della decisione, che, cioè, il principio informatore del nostro sistema legislativo sia quello della 'prevalenza dell'uomo sulla donna'». Svolgendo un'analisi che qui non possiamo permetterci di seguire, osservò che pur dovendosi riconoscere come «l'eguaglianza del padre e della madre non poteva essere assoluta»<sup>218</sup>, il principio di eguaglianza civile tra maschi e femmine era già ben presente come indirizzo nell'originario testo del codice, che nel tempo aveva fatto anche notevoli passi innanzi, grazie a puntuali riforme. Certo, una differenza rimaneva, ma non tale da giustificare affermazioni così reazionarie ed insensibili alla realtà dei tempi. Anche perché – e questo, come si è visto, ciò che la sentenza non ha voluto riconoscere, appianando tutto sotto il modello della patria potestà –

l'art. 220 [sulla patria potestà] presuppone l'esistenza di una famiglia legittima, che, perciò, ha basi ordinate di vita, mentre l'art. 184 presuppone l'assenza di ogni vincolo familiare, anzi, il più delle volte, mancanza di convivenza con la madre. L'esperienza insegna che assai spesso la filiazione naturale è il frutto di seduzioni ed inganni su giovanette incoscienti che sopportano in pace l'onta del disonore ed il tormento di *non poter costituirsi, forse, mai, una famiglia legittima, mentre l'uomo che le rese madri, continua indifferente la sua vita*. Se queste infelici non chiedono altro che

<sup>218</sup> Egli osserva dovendo «attribuirsi ad uno di essi la prevalenza, [...] non poteva non essere attribuita al padre che per natura e per tradizione storica rafforzata dal principio cristiano (si ricordi la suggestiva dottrina di S. Paolo che, parificando il matrimonio all'unione di Cristo con la Chiesa, insegnava che, come questa è soggetta al Cristo, così la donna è soggetta al marito, *ad Eph.*, 5, 23), per nostri stessi costumi è il capo della famiglia». DEGNI, *Tutela legale e poteri del giudice*, ivi, c. 233.



consacrare la loro esistenza all'allevamento ed all'educazione della persona ed alla cura dei beni del figlio, a cui con le loro fatiche, con i loro risparmi, procurano anche un patrimonio, perché dovrebbe negarsi ad esse il potere di esercitare la tutela legale sul figlio che il padre, forse, ha abbandonato al suo destino, senza incorrere nell'indegnità di cui all'art. 233? Se la legge meno rigorosamente che non per l'esercizio del diritto della patria potestà, attribuisce al padre soltanto una preferenza all'esercizio della tutela legale, niente vieta che l'autorità giudiziaria nei singoli casi possa attribuire l'esercizio di tale tutela alla madre<sup>219</sup>.

E solo in quest'ultima osservazione, che Degni si sbaglia e finisce col peccare di senso storico: accade quando non si storicizza la giurisprudenza e dunque non se ne mette in giusto peso la sua specificità. *Niente vieta che l'autorità giudiziaria possa attribuire l'esercizio di tale tutela alla madre.* Niente, salvo che la stessa autorità giudiziaria, con il suo carico di tradizione, di griglie mentali, di esercizio linguistico sempre volto al passato. Se si osservano i due ragionamenti – quello della Corte e quello del civilista attento alla vita – c'è una differenza radicale: l'uso che nei due distinti ambienti argomentativi si fa dei *fatti*. La pagina del Degni è uno spaccato di realtà, che avrebbe potuto esser tratta anche da un romanziere verista, chissà da una Matilde Serao. In essa spicca la fenomenologia sociale, la realtà della vita, dura e grama, di reiette stiratrici, gozzaniane cameriste, sartine sognanti, tutte sedotte ed abbandonate da disincantati e cinici borghesi, che non esitano ad abbandonarle dopo l'uso fattone, ingravidandole senza scrupolo. Una realtà che reclama oggettivamente riconoscimento dal diritto, perché contiene – intrinseci – gli attributi dell'umana dignità, fatta di ragioni di vita, sentimento, aspirazione a riconoscersi nella propria creatura, brama d'avere una sia pur minuta famiglia, quella stessa famiglia che l'ordinamento proclama di proteggere ed in ragione della quale esclude dalla sua piena tutela la procreazione naturale. Contraddizioni troppo forti, anche per un ordinamento in larga parte sclerotizzato, per essere assimilate da norme ormai molto usurate. Se questa realtà fosse emersa nella pagina della sentenza, solo a costo di grande fatica – e forse nemmeno – avrebbe potuto essere ricacciata nel suo povero mondo, semplicemente combinando funambolicamente i disposti degli articoli 184 e 220 e qualche richiamo a legislazioni straniere<sup>220</sup>. Si sa-

<sup>219</sup> Corte d'Appello, Ivi, c. 234.

<sup>220</sup> Per intendere l'uso 'strategico' degli strumenti interpretativi, è interessante os-

rebbe *imposta* all'attenzione del diritto, perché capace per più vie di radicarsi al suo interno. Nella sentenza però quella realtà non appare, *non vien fatta* apparire. Se ne lascia passare solo un'altra, ben vera anch'essa ed anch'essa trascelta dall'*esperienza comune* (quella consentanea *all'habitus* del giudice), alla quale si dà spazio e modo d'affermarsi, inclinando le norme verso di sé: ed è già qualcosa, è la mediazione *al modo del diritto in sentenza*. Appare la realtà di quel *povero essere* di due anni, che ha bisogno, lui *ora*, della madre. E alla madre, quindi, può accordarsi quel minimo di considerazione – diciamo incidentale, sull'inconscio schema di ciò che già allora era il trattamento riservato all'*interesse legittimo* del privato al cospetto del pubblico potere – che le deriva graziosamente dal trovarsi sulla strada del titolare dell'interesse: *alias* il figlio dell'ingegner Bertogli, il piccolo Alberto.

I fatti parlano e parlano molto, anche nelle stanze dei giudici, tutt'è che vi siano ammessi, che conseguano l'ambito *riconoscimento giuridico*, impresa nient'affatto scontata. Le norme servono a governarli, quando necessario pure tacitandoli o lasciando loro giusto quel po' di spazio che proprio non può ad essi vietarsi, senza si verificchino effetti paradossali, capaci di ridondare contro quei medesimi valori della conservazione 'intelligente' ai quali la giurisprudenza s'ispira – dove più, dove meno – nella propria condotta. Amministratrice severa della parola performativa della legge, bisogna intenderne il compito se la si voglia spregiudicatamente conoscere, oltrepassando i registri in cui è consuetamente proposta, a mio giudizio troppo corrivi alle premesse sulle quali essa ama proporsi in società: e sui quali la società stessa ama impancarla, rimettendole compiti che altri non vogliono prendere in carico. Ma bisogna intenderne il compito, soprattutto se, attraverso d'essa, si desidera davvero andare a fondo sul tema della *storicità del diritto*. La fenomenologia di questa è molto varia, tende a stemperarsi in forme anodine, a giocar con le parole per nascondere le cose. Quando si parla di *storicità del diritto*, non è che qui si voglia atteggiarsi *à la* Hegel, per carità. È un'espressione di sintesi, che come ogni

servare come quella stessa sentenza che, lo si è visto, aveva destituito d'ogni rilievo ermeneutico il codice italiano in preparazione che contemplava espressamente la tutela del figlio naturale riconosciuto anche alla madre, valorizzi poi un riferimento comparativo al 'codice germanico' – anche con una certa corrività al regime – «pel quale mentre la patria potestà spetta al padre, viene conferita alla madre la cura della persona del figlio» (ivi, c. 236), su ciò supportando la scelta di mediazione di cui sopra nel testo, non contemplata in alcun luogo dal diritto positivo italiano.

concettualizzazione, serve ad abbreviare il discorso, e ad operare con plessi di contenuti senza lungamente e ad ogni occasione richiamarne ciascheduno. La storicità, ormai dovrebb'esser chiaro il senso in cui l'ho intesa, è tutto quanto fa sì che forme giuridiche si producano incessantemente ed in modo assai più ricco di quanto all'osservazione formale non appaia. La stessa prospettiva in cui s'è posto questo scritto, non è altro che una delle possibili, mediante cui il giuridico può esser lumeggiato. E forse, in conclusione, qualcosa su ciò deve ancora dirsi.

## 26. *Qualche considerazione finale*

Ponendo al centro di queste pagine il farsi giurisprudenziale del diritto, s'è tentato di mettere a tema quanto poco si colga della realtà fluente, incerta, complessa del mondo del diritto, quando non ci si convinca a ricercarla seriamente nei modi realistici che le danno ciò che di peculiare essa ha. Quando non si guardi al fenomeno con le lenti distorcenti del formalismo giuridico – più o meno voluto, più o meno strisciante, più o meno esoterico, più o meno funzionale ad interessi – che vorrebbero il diritto rintracciato in prevalenza in stretto confronto con norme precostituite, le norme cui, con maggiore o minore disponibilità d'ascolto, andrebbe ricondotto il caso della vita da giudicare; quando si ci disponga ad un più aperto e meno pregiudicato contatto con quello sfuggente materiale di cui il diritto si compone; quando, ancora, si sia disponibili a porre in discussione l'intera concezione di assetti che è trasmessa al giurista in formazione sin dai primi studi universitari, in assoluta prevalenza intessuti di preconcepite classificazioni, di regole 'certe' da apprendere acriticamente, non nella dinamica del loro stare in società ma nella statica di sistemazioni dogmatiche e classificatorie, talora finanche inebrianti per la loro coerente solidità, ma mai rinvenibili in terra; in sintesi, quando si sia disposti a ricercare il diritto per quello che effettivamente è e non per come si vorrebbe fosse o, senza troppo discutere, per quello che si crede esso sia in ragione delle informazioni alle quali si è stati allevati sin dai primi contatti con la galassia giuridica, quando queste condizioni siano integrate, la giurisprudenza assume un'insostituibile statura euristica e ad un tempo realistica. Insostituibile, non nel senso che tutto debba ricondursi alla dimensione giurisprudenziale, che sarebbe sciocamente ri-

duttivo; ma nel senso che debba riconoscersi al mondo dei tribunali il contributo decisivo che offre – nel bene e nel male, verrebbe da dire, se a queste categorie sia lecito in queste cose assegnare cittadinanza – alle trasformazioni e deformazioni che si sperimentano nel lungo percorso che va dalla formazione dell’istanza individuale, e sociale, alla traduzione in regola. Se ciò non è, una parte non solo significativa ma direi decisiva, decisiva in molti sensi, della natura costitutiva del diritto sarà inesorabilmente perduta. Si perderà il senso della giurisdizione come autentico e forte potere nella creazione del diritto. Ed il giudizio si velerà d’ideologia, ciò che è particolarmente improvido, dopo l’esperienza avutasi dell’uso spregiudicato di questa categoria in epoche ahinoi prossime.

In un penetrante saggio del 1962, Pietro Piovani usò parole limpide per esprimere concetti a questi molto vicini:

nel campo della scienza giuridica una concezione del diritto come *attività* deve, per ottenere consensi, ancora combattere, più che contro avverse teorie puramente normativistiche, contro l’astrattismo legalistico che è, prima di ogni altra cosa, un’inveterata abitudine mentale dei giuristi, consona, oltretutto a molte esigenze della pratica giudiziaria.

[...]

Se il diritto è un tessuto di sistemi di cui gli istituti giuridici sono le cellule; se alla base dei vari istituti è nient’altro che un sopraggiunto, non convenuto, (e non convenibile) legame fra azioni; se questo legame è tutto affidato alla capacità di legare che hanno le azioni individuali istituite; se i confini dei sistemi non sono definibili con geometrica decisione ma vanno – dal «senso giuridico» del giurista – seguiti secondo i loro spostamenti, sembra che il diritto debba essere, tipicamente, un’esperienza fatta tutta di incertezze, evanescente realtà dominata dalla più labile fluidità<sup>221</sup>.

<sup>221</sup> P. PIOVANI, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità del diritto e della lingua*, ora in ID., *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Giuffrè, Milano 1963, risp. pp. 166 e 172 (corsivo mio). Quanto scrive lo stesso Piovani in un precedente saggio (*L’intuizione del diritto come attività*, ivi, p. 96), chiarisce in che senso l’A. vede la consonanza tra l’approccio formalistico e la pratica del diritto, una pagina da ricordare: «la riduzione del diritto alla norma legislativa è sembrata assicurare l’oggettività, è sembrata concludere il plurisecolare processo di emancipazione del diritto dalla morale: ridotto a legge, il diritto è apparso sottratto a interessi, passioni, ideali propri del soggetto umano, è apparso salvaguardato nella sua autonoma purezza: considerato nella ipoteticità astratta della norma legislativa è sembrato collocato su un piano diverso da quello dell’agente e del fatto compiuto dall’agente. Così è sembrato che l’agente

Il testo dell'acuto filosofo napoletano è del 1962, si diceva, risale a circa sessant'anni or sono. Potrebbe essere dunque invecchiato; ma, se mal non si è visto nelle pagine di questo lavoro, invecchiato non lo è affatto. Alle accresciute consapevolezze del forte tasso di convenzionalità a base ideologica dell'impostazione giuspositivistica, non corrispondono nella massima parte dei casi pratiche conseguenti nell'insegnamento e nell'organizzazione del materiale giuridico, tali da porre al centro dell'indagine scientifica i momenti che sono storicamente costitutivi del diritto, del diritto come *attività*, come *continuo farsi*. Per gli storici del diritto – che hanno offerto un rilevante contributo nel favorire questa visione irrealistica col suo prevalere nella mentalità del giurista – è da segnalare la pressoché totale assenza di studi che impostino storicamente lo studio della giurisprudenza, nei suoi percorsi, nel suo modo d'alimentare i propri indirizzi, nelle ricadute della propria attività sul piano dell'organizzazione sociale, nelle complesse dinamiche interne al mondo del diritto e tra esso e ciò che lo contorna.

Dire esperienza giuridica come attività significa affisare un oggetto diveniente, una realtà spirituale che si crea ogni volta che interviene, che ha solo una parte – e non quella più 'decisiva' – in un materiale normativo già a disposizione. Il diritto deve *farsi* sempre che occorra chiamarlo in causa perché metta ordine tra i rapporti. E questa parrebbe un'aporia: un sistema d'ordine che si realizza nel darsi alla vita nel momento del bisogno sembrerebbe l'opposto di quel che può ordinare, di codesta regola che proviene dal passato per proiettarsi sull'avvenire, quella stessa regola che anche noi in questo saggio abbiamo più volte incrociato. Il problema è che la forma diritto non è quella della matematica, che misura con esattezza quantità e rapporti, nel suo mondo convenuto, cui peraltro corrispondono possibilità di verifiche attraverso quantificazioni oggettivanti: oggettivanti, naturalmente, sempre in funzione dello strumento che oggettiva. La regola giuridica ha da fare con quel fangoso materiale della vita, in cui più volte in queste pagine ci si è imbattuti, che mal si presta non solo ad essere incasellato docilmente in schemi disciplinati ideali; ma si stenta spesso e volentieri anche a conoscerne l'intima testura, cioè a dire la natura delle motivazioni, dei fini, dei 'voluti' che fanno di esso la vi-

e il fatto dovessero raggiungere il livello del diritto solo per adeguarvisi, per adattarvisi: il giuspositivismo è, per costituzione, tendenzialmente formalistico (riesca o non riesca ad esserlo coerentemente fino in fondo)».

ceda della vita portata nella clinica del diritto. Una clinica dove la concreta esperienza dell'affezione è parte integrante della terapia. Evocando quest'ultima immagine metonimica, quasi un secolo fa Francesco Carnelutti lamentava come l'insegnamento del diritto nelle facoltà di giurisprudenza 'continuasse a vivere in un assurdo': l'assurdo del non conoscere come il diritto si formi, di non aver lo studente mai visto *un caso vivo del diritto*:

conta, secondo me, la finalità e pertanto lo spirito e il metodo dell'insegnamento: la giurisprudenza, se vogliamo parlare di questa, va studiata non tanto per ricavare dai suoi casi le regole che sono state applicate, quanto per *mostrare come si fa a trovarle ed applicarle*. Insomma, non si tratta di criticare le sentenze, *ma di insegnare a farle*. A tal fine la giurisprudenza può servire soprattutto per fornire dei casi, i quali non siano inventati ma vissuti; ma più servirà la viva esperienza del docente perché soltanto se siano trattati da questa quei casi possono venir portati nella scuola con quel carico d'interessi, di sentimenti, di passioni, di tragedia o di commedia, di simpatia o antipatia, di umanità insomma, che ci vuole per conquistare i discepoli, mostrando loro, finalmente, il diritto vero<sup>222</sup>.

Dopo circa un secolo da questi accorti avvertimenti, le facoltà, anche quelle di giurisprudenza, hanno ammodernato il loro nome nel più dinamico di 'dipartimenti', ad evocare un'articolazione di maggior organicità e funzionalità rispetto alla formazione e trasmissione dei saperi; ma le sentenze sono rimaste sempre lì, fuori ad aspettare la chiamata alle armi dell'insegnamento nel diritto; al più sono occasionalmente accettate a farvi capolino in qualche minore 'esercitazione', quando pure si dia, ma più che altro come statico documento giuridico, visto nel suo esito finale di regola dettata. Eppure, Carnelutti aveva colto il punto: portare precocemente l'educazione giuridica ad occuparsi delle sentenze, significa trasmettere il senso del diritto, mostrare *come si fa a trovare ed applicare le regole* dei rapporti controversi. La sentenza, se ridotta a mero documento giuridico (quel che al massimo di essa si fa quando la si commenta), un'*alias* della norma legislativa vista in sedicesimo, non dice più granché. Se non la si storicizza e non si mostra, volendo usare il dramma carneluttiano, di quali tragedie o commedie si compendi, la sentenza dà molto meno di quanto non possa alla presa

<sup>222</sup> F. CARNELUTTI, *Clinica del diritto*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1935, I, p. 173 (corsivi dell'A.).

di coscienza del giurista, all'autocomprensione della sua attività, in sostanza al modo più decisivo mediante cui il diritto s'impone tra i consociati.

Ora, anche questo è un dato che denuncia un quadro più generale. La persistente marginalità, se non anche estraneità della sentenza negli studi giuridici universitari – fosse pure, solo come documento giuridico non storicizzato – indica uno sfondo culturale altrettanto radicato e difficile da scalfire: lo sfondo giuspositivista, così 'pratico' per la coscienza del giurista, come ci ha detto Piovani, così lontano dalla realtà del diritto, quale la s'incontra uscendo da quelle aule, come dicono le pagine che precedono, se non del tutto infondate. Se la sentenza non è posta al centro della formazione universitaria del giurista – se non è posto al centro della formazione del giurista il problema della *storicità del diritto* – è perché, checché se ne dica nelle dissertazioni (peraltro riservate per lo più a teorici), continua ad ignorarsi l'essenza del giuridico e si preferisce lasciare intatto quel sostrato di convinzioni inesprese, ma pervicacemente inoculate tenendo fuori del *normale* discorso sul diritto quanto di esso è il dato più formante. Ed in tal modo, senza ammetterlo (e forse vederlo), si perpetuano distorsioni nel *visus* del giurista, dalle conseguenze molto rilevanti, anche di carattere politico e costituzionale, come s'è già accennato, poiché si nasconde proprio il luogo delle decisioni ed il come le decisioni in quel luogo sono formate. Formate, senza che nemmeno chi li prende abbia piena contezza di quanto sta compiendo, perché anche lui 'distratto' da una formazione deresponsabilizzante, che trasferisce in un etereo luogo irrealistico ed in gran parte ignoto, ideale – la norma – quel che accade invece nella terra, nell'ombra della vita, tra rumore e furore.

Nelle considerazioni che hanno preceduto queste conclusioni di sintesi si è tentato di mettere a fuoco – con metodo analitico e documentario, assistito da categorie interpretative affinate operando sul medesimo campo – il tema dell'edificazione del giuridico, con impostazione realistica, che tenga a pieno conto del ruolo e del potere dei giudici. Nessuna pretesa di completezza, come dovrebbe convenirsi ad un *saggio* che vuol solo contribuire a portare in luce una realtà, ad un tempo conosciuta e sostanzialmente ignorata, dunque indebolita, logorata, negletta. Si tratta di studi che richiedono un certo impegno: è necessario ricostruire i contesti, non limitarsi alla dimensione individuale, ma ricercare nelle vicende l'universale tortuoso che vi s'annida; è necessario tenere in attenta considerazione le tecniche delle quali la giu-

risdizione fa largo uso – lo si è testimoniato – per raggiungere i propri scopi, non necessariamente da qualificarsi come ‘deviati’ ma certo da ricondursi ad un complesso di ragioni, tra le quali la norma invocata, spesso e volentieri rappresenta poco più che un pretesto, forse un *tertium comparationis*, non troppo di più. Ed anche questo concorre a creare una *forma mentis* non incline alla chiarezza nei rapporti, propensa com’è a tacere le vere ragioni, ad occultare motivazioni dietro forme talora diafane ed inidonee a celare. Certo, sappiamo già da Michel De Montaigne che ci sono deviazioni inevitabili nell’esercizio di certi pubblici uffici, ma che bisogna accettare perché tornano utili all’organizzazione del «nostro essere cementato di qualità malsane»<sup>223</sup>; Montaigne aveva una visione ‘moderna’, pragmaticamente disposta ad accogliere molti dei veleni *attuali*, nella prospettiva del superamento delle strutture di pensiero medievali: per ottenere avanzamenti è necessario rinunciare a tante cose, questo è sempre nell’esistenza dell’uomo. Epperò, dall’epoca di Montaigne ad oggi, di passi avanti ne son stati compiuti molti, mentre nella dimensione giuridica continuano a prevalere – lo si è visto a più riprese – forme miranti all’ascondimento. Con ciò non si fa del bene all’organizzazione sociale, non solo perché non è mai positivo metter la testa sotto terra ad evitare i pericoli, non è positivo né virile; ma anche perché quando si lascino interi e così importanti ambiti del potere – il potere di dettare le regole per l’altrui esistenza – nell’inconsapevolezza e dunque all’irresponsabilità, si verificano nell’organizzazione sociale, del potere e della giurisdizione, i disastri ben noti ed immancabilmente presenti là dove non si risponda di quel che si fa.

<sup>223</sup> M. DE MONTAIGNE, *Saggi*, III, 1, che così continua parlando (anche) dei giudici: «e chi togliesse agli uomini il seme di tali qualità, distruggerebbe le condizioni fondamentali della nostra vita. Allo stesso modo, in ogni governo ci sono degli uffici necessari, non solo abietti, ma anche viziosi; i vizi vi trovano il loro posto e sono utili a fissare il nostro legame, come i veleni a conservare la nostra salute. Se diventano scusabili in quanto fanno al caso nostro e la necessità comune cancella la loro vera natura, bisogna lasciar fare questa parte ai cittadini più vigorosi e meno timorosi che sacrificano il loro onore e la loro coscienza [...]; noialtri, più deboli, assumiamo parti più facili e meno rischiose. Il bene pubblico richiede che si tradisca e che si menta e che si massacri; lasciamo questo incarico a gente più obbediente e più malleabile. Certo, io mi sono spesso irritato nel vedere certi giudici indurre il criminale, con la frode e con false speranze di grazia o di perdono, a rivelare il suo misfatto, e adoperarvi l’inganno e l’impudenza. Sarebbe bene per la giustizia e per Platone medesimo, che favorisce quest’uso, fornirmi altri mezzi più di mio gusto. È una giustizia maligna e non la ritengo meno ferita da se stessa che da altri».